SENATO DELLA REPUBBLICA

Napoli,4 luglio 1994

Caro Forni, ho ricevuto la sua lettera e gli estratti e la ringrazio per l'una e per gli altri. Io non ho più esemplari stampati dell'articolo sull'Oliveto e quindi sono costretto a inviarle una fotocopia dalla Rivista.

Quanto alle opinioni del White esse sono interessanti,ma come tutte le comparazioni di epoche e climi diversi non si possono estendere,se non indicativamente, alle specie coltivate in Italia nell'antichità ed in ispecie a quelle delle regioni centro meridionali.Lo stesso è a dirsi dei riferimenti a coltivazioni moderne dell'ex Unione sovietica,non fosse altro che per il semplice motivo che non siamo in grado di stabilire se le specie fossero le stesse e l'andamento del clima analogo.Naturalmente io non sono un botanico e per questo mi sono rivolto a colleghi dell'Università agraria di Portici,dai quali ho avuto con vari riferimenti di studiosi e di esperienze i dati,che ho indicato nel mio studio. Ovviamente se vi sarà l'occasione in caso di ristampa dello studio potrò aggiungere una breve nota informativa.Comunque dal lato dell'economia agraria antica la questione non è molto importante, dato che in condizioni normali la coltivazione preferita per i cereali era quella autunnale.

Le sarei grato se potesse farmi avere l'indirizzo del White,con il quale non ho relazioni di studio.

Con i più cordiali saluti e molte felicitazioni per il suo utilissimo lavoro

Dott. Francesco De Martino

Senato della Repubblica - Archivio Storico

16. 6. 14

MUSEO LOMBARDO DI STORIA DELL'AGRICOLTURA
e CENTRO STUDI E RICERCHE per la MUSEOLOGIA AGRARIA

(Sede: Castello "Bolognini", v. Battisti 11, S. Angelo Lodigiano, MI)

Indirizzo Postale C.P.908
20101 Milano, Italy
FAX e tel. 02-6687822.

Caro prof. F. De Martino

, i miei complimenti per
le eccellenti lavori che mi ha inviato, densi di acute,
dettagliate osservazioni, preziose per lo studioso.
Proprio contemporaneamente alla sua missiva,
ho ricevuto una lettera di K. D. White (l'autore
di "Agricultural implements of the Roman World") che
mi comunica di esser appena uscito dalla stampa
dale. Spera quindi di completare il suo Volume
"Food and Diet in The Roman World". E (in difesa (02a)
che il frumento "Trimestre" avesse un ciclo veramente
Trimestrale. A prova di ciò (mi scrive) che in Cina
da il frumento primaverile La effettivamente un ciclo
(Mi dispiace su questo argomento nulla speranza che le possa servire)
di tre mesi. Questa sua asserzione per ambienti
diversi da quello mediterraneo attuale (a cui si
riferiscono evidentemente gli agronomi dell'Università
di Portici) è confermata da Ciferri (1960) ed Azzi (1929)
che le unisco. Il che significa che biologicamente il
frumento di determinate cultivar può avere, in de-
terminati ambienti, un ciclo di soli 4 mesi. "Trimestre"
È da tener presente che il clima in età romana

Senato della Repubblica - Archivio Storico

era lievemente diverso dall'attuale.
Ovviamente ciclo breve significa minore produzione quantitativa e qualitativa, il che spiega la scarsa diffusione in età classica dei cosiddetti "primestrali" e la conseguente limitata conoscenza relativa che ne dato origine al dibattito tra Columella e Plinio.
Ancora complimenti per la sua attività e invio alcune mie pubblicazioni che la possono interessare. I migliori saluti

Carlo Pavese

P.S. È possibile avere, anche in fotocopia il suo saggio "Economia dell'Olivo nell'Italia Romana" 1990? Grazie comunque.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ISTITUTO BOTANICO DELLA UNIVERSITÀ
LABORATORIO CRITTOGAMICO
PAVIA

QUADERNO

NUMERO 17

CIFERRI R. e BONVICINI M. - Revisione delle vecchie razze italiane in rapporto ai frumenti mediterranei.

LUGLIO 1960

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Mediterraneo europeo sono racchiusi nelle classiche monografie di Flaksberger (1935 e 1939). Eccellenti dati si hanno per la regione algero-marocchina, soprattutto per opera di Trabut, e per le oasi saharianе (Ciferri e Garavini, 1941), ma hanno poco interesse ai nostri fini.

Per quanto si riferisce al nostro specifico campo geografico di lavoro, per la Sicilia i nostri dati confermano ed estendono quelli di U. de Cillis (1952); ma le comparazioni non sono agevoli, poichè questo studioso si è attenuto strettamente ai criteri sistematici classici per le varietà botaniche di frumento, sì che le varietà da lui studiate sono più vaste e più comprensive delle nostre (e di quelle studiate da Schreiber).

D'altro canto, la comparazione tra i nostri dati e quelli di Schreiber è pure spesso difficile: varie stirpi raccolte dallo studioso sovietico non si trovano nelle nostre collezioni, ma anche molte nostre cultivar non sono indicate da Schreiber. D'altronde sotto lo stesso nome volgare (o sotto nomi simili) si trovano cultivar sensibilmente (e talvolta molto) diverse, e, viceversa, le stesse stirpi vanno in località diverse sotto lo stesso nome o sotto nomi dialettali simili.

Caratteri generali e frumenti tetraploidi

Senza importanza e quasi una curiosità le scarsissime cultivar del *T. polonicum*, i dati più completi sono quelli degli altri frumenti tetraploidi mediterranei: i frumenti turgidi e, soprattutto, quelli duri, questi ultimi più abbondanti e più variati dei precedenti. Per conseguenza le nostre conclusioni biogeografiche si baseranno più sul *T. turgidum* e, soprattutto, sul *T. durum* che sulle altre specie. Val la pena di segnalare l'assenza, nei materiali da noi studiati, di altre specie tetraploidi di *Triticum*, e segnatamente del *T. dicoccum*, che pure trenta o quarant'anni or sono era, sia pur scarsamente, coltivato in Italia. Meno inattesa è l'assenza di *T. spelta*, quasi non più coltivato al principio di questo secolo, e pochissimo pure nel secolo scorso.

I frumenti peninsulari italiani, nel loro insieme, sono molto vicini a quelli greci, e soprattutto della Grecia centrale, e la loro derivazione, per l'Asia Minore, pare aversi dai frumenti del Mar Nero. Ciò si vede meglio dai frumenti dell'Italia meridionale (e in parte centrale) che da quelli dell'Italia settentrionale, ch'è quanto dire dei frumenti tetraploidi, e segnatamente dai duri. Le varietà di frumenti esaploidi sono quelle diffuse nell'Europa continentale (e soprattutto meridionale), senza particolari dati degni di menzione. I frumenti tetraploidi, nell'Italia meridionale, si accavallano e si intersecano, come se vi fossero state — e quasi certamente vi

furono — numerose introduzioni dalle terre del Mediterraneo orientale, mentre scarsi sono i rapporti tra frumenti duri della Penisola e quelli nordafricani delle stesse specie.

Dai dati di Schreiber e quelli di U. de Cillis sui frumenti siculi si deduce che, in seno ai tipi mediterranei, questi sono rappresentati prevalentemente da razze di mediano ciclo di vita, ma vi sono presenti anche delle razze tardive (quelle precoci sono solo razze selezionate e di recente diffusione). I frumenti duri locali dell'isola, nelle semine primaverili, si mostrarono molto esigenti in fatto di clima, nelle colture russe; certi frumenti turgidi siculi, anzi, non riuscirono affatto a spigare.

Le tabelle di Schreiber per le stirpi mediterranee di frumento coltivato nell'Unione Sovietica (e quindi sotto condizioni ambiente lontane da quelle mediterranee, ma uniformi e perciò comparabili) riportano le seguenti cifre:

Frumenti di	Lunghezza totale (1) del ciclo media (giorni)	Massimi e minimi (giorni)
Cipro	88-90	83-100
Sicilia	91-93	88- 96
Rodi	93-96	88- 98
Sardegna	95-97	90-102

Naturalmente ciò riflette semine primaverili, perchè per quelle autunnali de Cillis indica per le stirpi precoci sino alla fioritura 123-138 giorni (160-175 alla maturazione); per quelle mediane 138-153 giorni (175-185) e per quelle tardive 153-158 giorni (185-190).

I frumenti di Sicilia sono i soli, tra quelli mediterranei, antocianici e pubescenti, limitatamente alle plantule di quelli teneri e di quelli turgidi, non dei duri, per quel che si sa.

In riguardo alla pruinosità, i frumenti siculi, con quelli sardi e di Rodi, sono tra i più pruinosi. Come per i frumenti sardi, quelli siculi hanno le foglie più lunghe e più larghe delle altre razze mediterranee; tra questi, quelli turgidi le hanno più sviluppate, mentre i frumenti del Mediterraneo orientale hanno le foglie, di regola, mediamente larghe e lunghe.

I frumenti siculi hanno, di regola, il culmo sottile, ciò che significa che hanno di frequente una marcata tendenza all'allettamento.

Per la resistenza alle malattie crittogamiche, vedi oltre.

L'accestimento è mediocre (salvochè in razze selezionate coltivate nell'isola, dove è molto alto, rispetto alle vecchie razze locali).

Predominano le spighette a glume robuste ed ovate, che, nelle razze a spiga gentile, hanno 10-14 mm di lunghezza, più larghe nei frumenti a glume pubescenti. Non molto frequenti i frumenti teneri del tipo turgi-

(1) Cioè fino alla maturazione

Senato della Repubblica - Archivio Storico

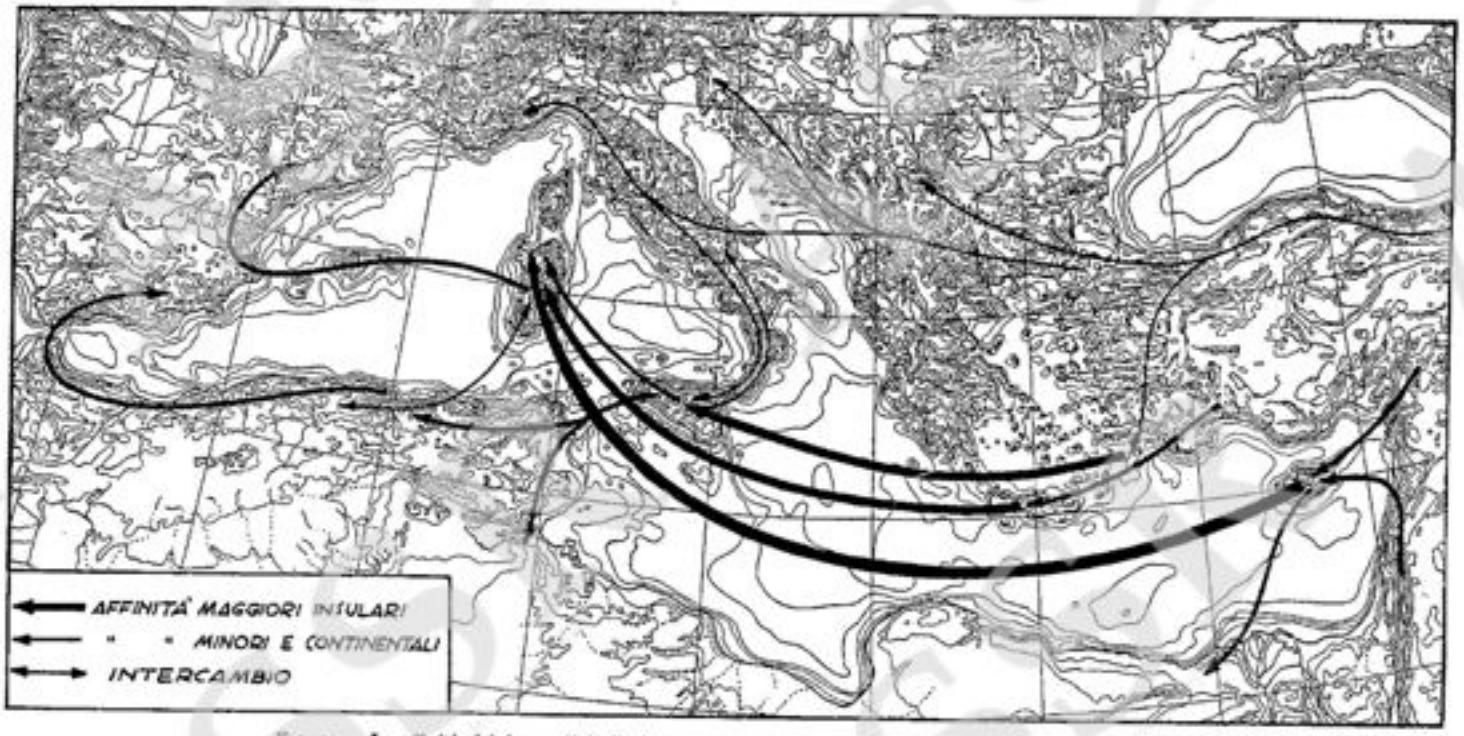


FIG. 74. – Le affinità dei frumenti italiani soprattutto tetraploidi in relazione ai frumenti mediterranei.
(La grossezza delle linee è in relazione alle affinità morfologiche).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

DOTT. GIROLAMO AZZI

Prof. Ordinario di Ecologia Agraria nella R. Università di Perugia
Presidente del Centro Internazionale di Coordinamento per le Ricerche di Ecologia Agraria
e di Genetica (Istituto Internazionale di Agricoltura - Roma)

TRATTATO
DI
ECOLOGIA AGRARIA

L'ambiente fisico
e la produzione agraria

★

TORINO 1939
SOCIETÀ EDITRICE INTERNAZIONALE
Corso Regina Margherita, 176

Torino: Via Garibaldi 20 - *Milano:* Piazza Duomo 16 - *Genova:* Via Petrarca 22-24 r.
Parma: Via al Duomo 8 - *Roma:* Via Due Macelli 52-54
Catania: Via Vittorio Em. 145-149

7

ASSR Archivio Storico

ha luogo nella prima metà di settembre dell'anno seguente.

Zona umida (del Pacifico). — Nel territorio di Tokio piove durante tutto l'anno; le precipitazioni sono però particolarmente abbondanti nel semestre estivo e diminuiscono un poco da novembre a gennaio, durante l'epoca dell'accestimento, senza tuttavia raggiungere il limite per deficienza (equivalente della deficienza 30 mm.).

Nella seconda metà del periodo vegetativo (febbraio-giugno) gli eccessi di pioggia sono d'altra parte ben manifesti e molto intensi.

L'equivalente dell'eccesso (60 mm.) durante il quarto sottoperiodo è sempre largamente superato.

Nella direzione Ovest, in territorio sovietico, il regime delle precipitazioni continua ad essere tipicamente estivo, solo che il totale delle precipitazioni è molto ridotto, di modo che i frumenti autunnali sarebbero sicuramente danneggiati dalle deficienze idriche durante le prime fasi del loro sviluppo. Questa regione però è caratterizzata dalla coltura esclusiva dei marzuoli che vengono seminati al principio di maggio per essere raccolti ai primi giorni di agosto. Da maggio ad agosto non si rilevano deficienze, ma al contrario eccessi di pioggia che danneggiano la pianta dalla semina fino al raccolto (vedi quadro: Nicol Ussuriiski).

3 mesi

Zona intermedia. — Procedendo ancor più verso occidente nella Transbaikalia (Nercinsky), si rileva una situazione comune alla più gran parte del territorio siberiano. Le piogge estive sono già molto ridotte, senza tuttavia cessare dall'essere dannose per eccesso al grano durante la granigione e la maturazione (la mietitura ha luogo nella seconda metà di agosto).

D'altra parte, data la situazione termica, l'intervallo dell'anno utilizzabile per la coltura del grano è molto corto: il mese di settembre è già troppo freddo per consentire la maturazione. Per maturar dunque i grani non oltre il mese di agosto, è pertanto necessario seminare al più presto possibile, appena la temperatura lo permetta. In questo caso però la semina il più delle volte viene a cadere in un periodo di piogge scarse (marzo-aprile) e tale deficienza può talora prolungarsi sino alla spigatura, compromettendo il raccolto (vedi quadro: Nercinsky).

Abbiamo dunque tipicamente danni per deficienze idriche nella prima e danni per eccessi di pioggia nella seconda metà del ciclo vegetativo.

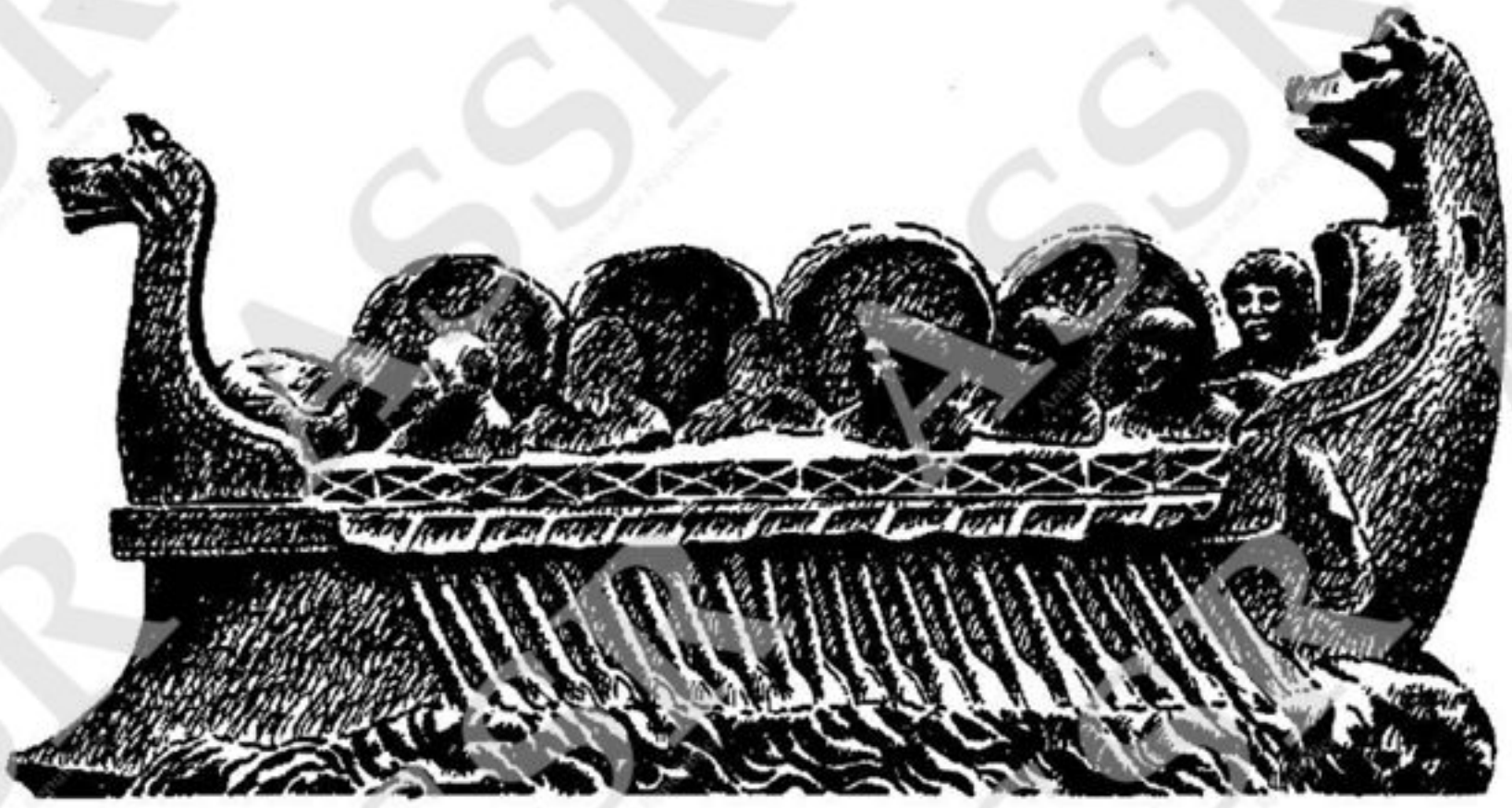
Zona arida. — Passando ora fino a Temir, nel territorio dell'Ural, si incontra ancora un regime di piogge più abbondanti nel semestre caldo (estivo) e più scarse nel semestre freddo (invernale). Tuttavia anche nella estate il totale delle piogge non raggiunge mai l'equivalente dell'eccesso, chè anzi, la somma delle precipitazioni è deficiente nei confronti tanto della nascita che dell'accestimento e della spigatura.

In tutto il territorio del Turkestan il fenomeno più dannoso al grano è dato senza alcun dubbio dalle deficienze idriche: così in Fergana, con semine in ottobre ed il raccolto in giugno-luglio per gli autunnali e con semine in marzo e raccolto in luglio per i marzuoli, le precipitazioni mensili risultano manife-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

de Ligt

Münstersche Beiträge zur Antiken Handelsgeschichte



SONDERDRUCK

Scripta Mercaturae Verlag

Senato della Repubblica - Archivio Storico

demzufolge immer mehr zu. So weit die unvollständigen Daten Schlußfolgerungen erlauben, muß angenommen werden, daß bis zum Ende des 6. vorchristlichen Jahrzehnts der Staat sehr wohl im Stande war, die mit den Getreidegesetzen verbundenen Spesen zu bezahlen. Nach dem Getreidegesetz des Jahres 58 v. Chr. von Clodius, das bestimmte, das Getreide umsonst zu verteilen, war das aber nicht länger möglich. Zurecht behauptet Cicero, daß jenes Gesetz einen schweren Schlag für die Staatskasse bedeutete. Die Geschehnisse nach dem Tribunat von Clodius zeigen, daß er zu weit gegangen war.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Münstersche Beiträge z. antiken Handelsgeschichte, Bd..IX (1990), H. 2, S. 24 - 56.

Demand, Supply, Distribution: The Roman Peasantry between Town and Countryside: Rural Monetization and Peasant Demand * [1]

by L. de Ligt

1. INTRODUCTION

Ever since Adam Smith's assertion that "the great commerce of every civilised society is that between the inhabitants of the town and those of the country" and his accompanying claim that "the division of labour in this is advantageous to all the different persons concerned" [2], questions concerning the division of labour between town and country have played a considerable role in historical research. Perhaps present-day students of ancient history are best acquainted with *negative* assertions relating to this subject matter. After all, one of the thrusts of Moses Finleys 'consumer city' ideal type was to emphasize the overwhelming importance of surplus-extraction on the basis of 'legal claims', with the obvious corollary that, in Antiquity, the relationship between town and country was *not* characterized by a balanced and mutually advantageous exchange of urban against rural products [3].

In this contribution I re-analyse economic relations between town and countryside. But instead of proceeding top-down and focusing on the functions of towns, I attempt rather to take a bottom-up view of urban-rural relations. It is the peasantry, not the townsmen, that will occupy the centre of attention. After discussing some problematical aspects of the distinction between 'urban' and 'rural' (section 1), as well as some dangers involved in the

* Anmerkung der Herausgeber: Teil 2 und die Zusammenfassung erscheinen in MBAH X,1 (1991).

[1] This contribution was written during a nine months' stay at the University of Cambridge. My thanks are due to the British Council for providing the generous support which made possible this stay. I have much benefited from conversation with Keith Hopkins and also from helpful comments by Peter Garnsey and Dick Whittaker. Walter Scheidel (Vienna) advised me on a point of detail and supplied me with a reference to a useful article. The greatest debt, however, is owed to 'Pieter-Wim' de Neeve for his continuous encouragement and help. His untimely death meant the loss of a good friend and a great teacher.

[2] Quoted by M.I *Finley*, The Ancient City: from Fustel de Coulanges to Max Weber and Beyond (orig. 1977), in: id., Economy and Society in Ancient Greece, ed. by B.D. Shaw and R.P. Saller, Harmondsworth 1983, 3-23, at 7.

[3] *Finley* (1983) (cf. previous note), esp. 13 ff.; and M.I. Finley, The Ancient Economy, 2nd edn London 1985, 125- 141 and 192- 195.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

use of fragmentary literary sources (section 2), I begin with rural monetization (section 3). I argue in favour of regional diversity in the extent to which the use of money penetrated the rural economy and also in favour of the existence of mixed systems, in which cash transactions occurred alongside barter exchanges. From then on my discussion follows the classic tripartite division into 'demand', 'production' and 'distribution'. First I argue that the 'autarkic' character of peasant *households* should not be overestimated and that, in fact, there was considerable peasant demand for manufactured goods and services (section 4). Second, that a large part of this peasant demand could be (and was) satisfied by non-agricultural specialists who did not live in urban centres, but rather in the villages themselves (section 5). The third step is to take a look at the market system which linked the town with its surrounding countryside (section 6). Finally the question is raised as to whether there is anything *specifically ancient* in ancient urban-rural relationships (section 7). Of course, questions of this type force us to introduce a comparative perspective. A current distinction is that between the ancient 'consumer city' and the medieval 'producer city'. But did the levels of peasant demand, of village production and of urban-rural distribution which we observe in Antiquity really differ that much from their late-medieval counterparts?

It seems hardly necessary to emphasize that the ancient evidence bearing on the problems raised in this article is very thin. Perhaps only the Egyptian sources offer a sufficient basis for a discussion of rural demand, supply and distribution which goes beyond a very general and impressionistic account. For the rest we are forced to draw on evidence that is very scattered, both geographically and in time. Yet it is evident that what is true of Italy in the first century B.C. does not necessarily apply to, say, 2nd century A.D. Greece or 4th century A.D. Syria. I am well aware of the problems involved, but see no way of solving them. The only alternative would seem to be to leave out the non-Egyptian evidence altogether. I can only hope that the reader shares my preference for a more general account on the basis of heterogeneous sources.

The nature of the surviving evidence thus imposes severe limitations on the conclusions that can be reached by the research undertaken in the sections that follow. Given the likelihood of geographical divergencies and important developments over time, the scantiness of the extant sources may even seem to pose an unsurmountable obstacle to any serious investigation of the problems under discussion. Yet, the various forms in which Roman civilisation manifested itself in different parts of the Empire also displayed striking *similarities* and there were important *elements of continuity* from the early Empire

Senato della Repubblica - Archivio Storico

right till the disintegration of its western half in the 5th century A.D. and even into the early-Byzantine period. One of the major constants was the *city* as the preferred centre of residence of the landowning elite, and also as the pivot of the Roman administrative structure. Rome preferred to exercise its rule through the agency of a great number of self-governing urban communities, each of which stood at the head of a rural territory.[4]

To be sure, there were all sorts of differences in the way in which cities actually functioned within the various societies that were parts of the Roman Empire. The *civitas*-capitals of the various 'nations' of Gaul started out as little more than *primi inter pares* as far as the relationship with other settlements in 'their' territories was concerned [5]. Even in the centuries that followed urbanisation may have made limited headway only. Late imperial Gaul has been described as "still relatively unurbanised", while it is also claimed that in the same period its nobles "were still recognisably Gallic chieftains, the centre of a network of asymmetrical relationships" [6]. For 1st and 2nd century Britain it has been suggested that the indigenous elite preferred to remain primarily rurally rather than urban based [7]. To this it must be added that it is quite commonly assumed that, in various parts of the Empire, Late Antiquity witnessed a shift in the residential preferences of landlords, favouring rural villas rather than houses in the cities. On the other hand it seems wise to follow, for both Britain and Gaul, Drinkwater's judgement that "the massive input of resources into a *civitas*-capital ... led quickly to its developing a special importance and personality of its own" [8]. Thus, during the first centuries following the Roman conquest, the general rule that the Empire essentially consisted of a series of Roman-controlled 'city-states' gradually came to correspond with actually prevailing conditions in more and more of its constituent provinces.

It is clear that it was the norm for each of these 'city-states' to have an *urban* centre. Pausanias (10.4.1 f.) expressed his scorn that Panopeus in Phocis should not have a gymnasium, an agora, fountains and decent housing, while possessing city-status and standing at the head of a territory. What Pausanias

[4] P. *Garnsey* and R. *Saller*, The Roman Empire: Economy and Society, London 1987, 26.
[5] J.F. *Drinkwater*, Roman Gaul, paperb. edn London 1984, 104-105.
[6] P. *Garnsey*, Famine and Food Supply in the Graeco-Roman World, Cambridge 1988, 59.
[7] R. *Hingley*, Rural Settlement in Roman Britain, London 1989, 22.
[8] *Drinkwater* (cf. note 5), 105.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

expected to find in a 'real' city was buildings associated with its administrative role and, at the same time, reflecting the expenditure of an urban-based ruling elite. Throughout the Roman period, this was an important element of continuity, though perhaps in the western half of the Empire to a lesser extent than in the east. Consequently, I have refrained from drawing heavily on evidence, especially late imperial evidence, from the western provinces. At the same time, I feel free to make use of early Byzantine sources for Asia Minor and the Middle East.

The Roman government, and most contemporary observers, were mainly concerned with the administrative (and cultural) notion of what was and what was not a 'city'. But need *we* follow them in this? I think not. Almost 70 years ago Max Weber was at pains to point out the crucial distinction between 'cities' in a juridical/administrative sense and 'cities' in an *economic* sense. The latter are defined, not by their juridical status, but by the fact that they are larger settlements of which "the resident population satisfy an economically essential portion of their daily needs in the local market, and that in an essential part by means of products which the residents and the inhabitants of the immediate vicinity have produced or otherwise acquired for sale in the market." [9] A cruder economic definition of a 'town' might distinguish it from a village by concentrating on differences in size *and* occupational structure. A settlement should not be classified as a town (in the economic sense) when its population is much below 2000, nor when over 50 percent of its inhabitants are engaged in agricultural production. "At the most basic level, cities are sizeable settlements of people most of whom do not grow food".[10] On these criteria, settlements with not more than a few hundred inhabitants are not 'towns', not even 'small towns', even if they have a significant proportion of non-agricultural specialists among their resident populations [11]. Nor does a population of 2000 or even more turn a settlement into a 'town' as long as the vast majority of its inhabitants is employed in agriculture. In the ancient world, some large villages of Ptolemaic and Roman Egypt constitute a case in point [12]. One can also think of the 'agro-towns' of medieval Andalucia and

[9] M. *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (orig. 1922), 5th edn Tübingen 1985, 727-732 (the quoted passage at 728); cf. *Finley* (1983) (cf. note 2), 15.

[10] P. M. *Hohenberg* and L. M. *Lees*, The Making of Urban Europe 1000 - 1950, Cambridge, Mass./London 1985, 17.

[11] Pace R. *Hilton*, The Small Town as Part of Peasant Society, Ch. 5 of R. Hilton, The English peasantry in the Later Middle Ages, Oxford 1975.

[12] The population of the Ptolemaic village of Karanis has been estimated at c. 1500; that of Roman Karanis at c. 4500 in the 140s A.D. and c. 2600 in the 170s A.D. See D.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

other parts of southern Europe, whose 'town-ness' in an economic sense is often very doubtful [13].

For ancient historians, the important question is whether or not, in the Roman Empire, there were any settlements that would fall under our economic definition of a 'town', but, in spite of this, did not possess the administrative status of a city. To this the unhesitating answer must be yes. The Roman distinction between 'cities' and 'villages' was first and foremost political and administrative. With reference to the frequent 'disappearances' of towns in Asia Minor, Louis Robert wrote long ago,

> "Of course, to say that the city disappeared does not mean that there was no longer any inhabitant, no peasant to work the neighbouring fields. Instead, it means that it lost its independence and that its territory was attached to that of another city. Some of these villages in Asia Minor may be alive, many buildings may be erected there, just like in a 'city', many inscriptions may be engraved. Sometimes a very precise document is needed in order to distinguish such a village from a 'city'" [14].

City-status was incompatible with administrative subordination to another urban centre. The principle was taken to its absurd limits when, in 194 A.D., Syrian Antioch, a city with perhaps as many as 200.000 inhabitants and one of the largest urban centres of the ancient world, saw its status temporarily reduced to that of a 'village' of the neighbouring town of Laodicea [15]. Other parts of the Empire present a similar picture, if in a less dramatic way. In Gallia Belgica the area covered by most *vici* was rather small. But some reached 25, 40 or even 100 ha., and were larger than some of the *civitas*-capitals. South of the Seine, Alesia reached some 80 ha., even if part of this area was built up rather sparsely [16]. In some of these larger vici we find such public buildings as

J. *Crawford*, Kerkeosiris, an Egyptian village in the Ptolemaic Period, Cambridge 1971, 124, and H. *Geremek*, Karanis, Communauté Rurale de l'Egypte Romaine au IIe-IIIe Siècle de Notre Ere, Wroclaw/Warszawa/Krakow 1969, 37-39.

[13] J. *de Vries*, European Urbanization 1500- 1800, London 1984, at 54, does not regard the 'agro-cities' of South Italy as 'real cities'. Cf. ibid. 58 on the problem of the urban character of settlements with less than 5000 inhabitants.

[14] Transl. from L. *Robert*, Etudes de Numismatique Grecque, Collège de France 1951, 46.

[15] Herod. 3.6.9., with R. *Ziegler*, Antiochia, Laodicea und Sidon in der Politik der Severer, Chiron 8 (1978), 493-514. For the estimated population of Antioch: J.H.W.G. *Liebeschuetz*, Antioch. City and Imperial Administration in the Later Roman Empire, Oxford 1972, 93-95.

[16] E.M. *Wightman*, Gallia Belgica, London 1985, 97-98. For Alesia, e.g. M. *Mangin*, Le Travail du Fer et son Rôle dans la Naissance et le Développement d'Alésia, Offa 40 (1983), 85-99, at 85-86.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

temples, baths and *fora* [17]. Vicus institutions were sometimes modeled closely on those of 'real' cities. The *decemlecti* of Aix-les-Bains recall the urban council of of *decuriones* [18]. Below (section 4) it will be argued that village populations were socially far from homogeneous and that everywhere we have to reckon with the presence of a group of better-off peasants. Some 'villages', however, could boast not only such a group of well-to-do peasants, but also a sizeable stratum of rentier landowners. Such a pre-existing pattern of intra-village stratification must lie behind most cases of villages being promoted to city status [19]. The chances are that well before they were raised to city status, such 'villages' approached or achieved 'town-ness' in an economic sense. To this it must be added that, even when employed in an exclusively economic sense, the term 'village' still covers a broad spectrum of settlements, ranging from groupings of two or three houses to very sizeable conglomerations with fairly stratified populations. In the Hauran, villages

> "were not all of the same importance. On the one hand we have big villages of which Nawa, with the big necropolis associated with it ..., its late city status, but also with its big houses of a properly rural character, constitutes a fine instance. The title *mêtrokômia* that was given to some of these sizeable centres (*bourgs*) ... shows that their importance was appreciated by contemporaries. Madjel ash-Shôr ..., on the contrary, represents the small village, especially frequent in the east. Above, we made mention of the hamlets, a hundred metres across ... In the case of these latter sites, we deliberately do not speak of 'villages', reserving that term for agglomera-

[17] Numerous examples of *vici* having *fora*, temples and baths in Caesarodunum 11 (1976) (= Actes du Colloque 'Le Vicus Gallo-Romain') passim. For important *vici*, some of them achieving city status in the Later Empire, cf. P. *Broise*, Les *vici* viennois d' après l'épigraphie lapidaire, Caesarodunum 11 (1976), 205-210, at 207, and P.-A. *Fevrier*, A propos du *vicus* en Gaule meridionale, ibid., 309-321, at 318-319. For urban features displayed by a number of *vici*, cf. also M. *Mangin*, Artisanat et Commerce dans les Agglomérations Secondaires du Centre-Est de la Gaule sous l'Empire, in: Ph. Leveau (ed.), L'Origine des Richesses Dépensées dans la Ville Antique, Aix-en-Provence 1985, 113-131.

[18] J. *Prieur*, Le *vicus* thermal d'Aix-les-Bains, Caesarodunum 11 (1976), 157-166, at 162; *Fevrier* (cf. note 17), 316.

[19] For instances of such promotions in the Hauran: F. *Villeneuve*, L'Economie Rurale et la Vie des Campagnes dans le Hauran Antique (Ier siècle av. J.C.- VIIe siècle ap. J.C.): une Approche, in: J.-M. Dentzer (ed.), Hauran I. Recherches Archéologiques sur la Syrie du Sud à l'Epoque Hellénistique et Romaine, première partie, Paris 1985, 63-136, at 76; M. *Sartre*, Villes et Villages du Hauran (Syrie) du Ier au IVe Siècle, in: E. Frézouls (ed.), Sociétés Urbaines, Sociétés Rurales dans l'Asie Mineure et la Syrie Hellénistiques et Romaines, Strasbourg 1987, 239-257, at 247-8 and 257.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

tions which were in clear possession of a developed communal organisation..." [20].

The distinction between 'town' and 'village' and, with it, that between 'urban' and 'rural', thus turns out to be extremely tricky. Indeed, from a purely economic point of view, there is a lot to be said for abandoning the town-village dichotomy altogether and replacing it by a more flexible classification of settlements on the basis of, among other criteria, size, occupational structure and the nature of external sources of 'settlement income'. In this contribution I shall not go as far as that. Yet, the problematical aspect of the urban-rural distinction is something to be kept in mind by anyone investigating the economic relationship between town and country in the ancient world. Inevitably, the problem will crop up more than once in the following sections, in which some aspects of this relationship will be explored.

2. A STARTING POINT: Lib Or. 11.230.

I start with a short analysis of a passage from Libanius, partly because it is highly relevant to the problem of rural demand, production and distribution, but also because it illustrates the problematical character of some of our literary sources. The passage is worth quoting in full. According to Libanius (*Or.* 11.230), in the territory of Antioch there were:

"large and well-populated villages (*kômai megalai kai polyanthrôpoi*), populous no less than many cities, and with crafts (*cheirotechniai*) such as are in towns, exchanging with each other their goods through festivals (*panêgyreis*), each playing host in turn and being invited and stimulated and delighted and enriched by them through giving of its surplus or filling its needs, setting out some things for sale, buying others, in circumstances far happier than the merchants at sea. In the place of the latter's waves and swells they transact their business to laughter and handclapping, having little need of the city (*mikra tês poleôs chrêizousai*) because of their exchange among themselves" [21].

The large villages of the Antiochene *chôra* are a fine illustration of the ambiguities of the category of "village". In the passage quoted this is even

[20] Transl. from *Villeneuve* (cf. note 19), 76. For distinctions between rural settlements of different sizes, cf. *Hingley* (cf. note 7), 75. For the later Empire and early Byzantine period, the ambiguity surrounding the larger rural settlements is brought out well by G. *Dagron*, Entre Village et Cité: la Bourgade Rurale des IVe-VIIe Siècles en Orient, Koinonia 3 (1979), 29-52.

[21] Translation slightly adapted from R. *MacMullen*, Roman Social Relations, New Haven/London 1974, 24.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

brought out quite explicitly, in that Libanius himself puts considerable emphasis on the fact that the large villages he describes, at least in some respects, are not unsimilar to *towns*. There is, however, another theme in this passage that stands out even more. Libanius's description of the conditions in Antioch's territory implies the almost complete economic self-sufficiency of the rural inhabitants *vis-à-vis* the city. Jones seems to hit the mark when saying of the Syrian peasants that "their needs were very simple and could mostly be satisfied by the village smith, potter and weaver" [22]. It may be useful, however, to point out that the picture is not one of peasant *household*, or even village, self-sufficiency, but rather points to a situation of near 'autarky' of a *cluster of villages*. In fact, Libanius's description seems to come very close to what Eric Wolf has termed 'sectional markets'. Such 'sectional markets' are parts of a system of peasant interchange which involves

> "periodic encounters in a market place. A market links a set of communities which are scattered around it like the planets of the solar system around the sun. Each of these communities may have its own economic specialty. Usually the mainstay of the majority of communities is some form of cultivation, and the economic specialty is carried on by people who farm, and also make pots, weave cloth, produce tiles, or work leather. A few communities may in fact specialize almost entirely in the production of a particular finished craft product. Periodically people from the various communities meet in the market place and exchange the fruits of their labors." [23]

Even though Libanius's account may not fit this model in *all* respects [24], the resemblance is certainly very striking. The Antiochene villages were not purely agricultural communities, but also had their *crafts*. Even though each of them was not completely self-sufficient in all products needed, they were as good as self-sufficient *as a group*. As Libanius says, "they had little need of the city (*mikra tês poleôs chrêizousai*) because of their exchange among themselves".

[22] A.H.M. *Jones*, The Economic Life of the Towns of the Roman Empire (orig. 1955), in: id., The Roman Economy, ed. by P.A. Brunt, Oxford 1974, 35-60, at 38. It comes as no surprise to see that the passage is often cited in support of the "consumer city" thesis: e.g. *Finley* (1983) (cf. note 2), 21; G.E.M. *de Ste. Croix*, The Class Struggle in the Ancient Greek World, London 1981, 541, note 16.

[23] E.R. *Wolf*, Peasants, Englewood Cliffs 1966, 40.

[24] While *Wolf*, loc. cit., is clearly thinking of periodic encounters in *one* market-place, Libanius' *panêgyreis* are part of a *network* formed by a *number* of markets.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

But before making too much of this passage we should perhaps first answer the question of whether literary sources of this type can be regarded as providing any reliable information at all. In fact, Libanius's own writings contain clues that *Or.* 11.230 should be treated with caution. In this connection Libanius's oration *De Angariis* (*Or.* 50) deserves our special attention. In this latter oration we see Libanius protesting against the fact that the pack-animals of peasants who visit the city of Antioch are requisitioned for the purpose of carrying off rubble from public building sites. Libanius informs us that these peasants had to come to Antioch "because they needed the city" (*Or.* 50.29: *chrêizousi tês poleôs*)! Now as we shall see later on (section 6), it may well be the case that the contradiction with *Or.* 11.230 and *Or.* 50.29 is apparent rather than real. But it surely warns us that we should not regard the information provided by literary sources such as Libanius's orations as wholly unproblematical. This conclusion obtrudes itself even more when we become aware of the possibility that Libanius's description of what is going on in the countryside of Antioch might well contain an element of what we might call 'ideological distortion'. I think it is worthwhile to go into this problem in some detail, since the interpretational difficulties involved affect not just Libanius's orations, but quite a number of the literary sources providing information on the rural inhabitants of the ancient world. In the case of Lib. 11.230 it is important to realize that we are dealing with part of an oration which is entirely devoted to the glorification of the city of Antioch. Libanius's praise of its *chôra* should be understood as a contribution to this higher laudatory end. Now this is where the 'ideology' comes in. When praising the Antiochene territory, Libanius - quite understandably - slips into borrowing some *topoi* from the related genre of the glorification of countrylife. A well-known *topos* of this latter genre is that a few acres of land are enough to supply a peasant with all he needs. The *topos* often goes on to contrast the peace of mind enjoyed by this 'autarkic' peasant with the feverish greed of the merchant, who roams the dangerous seas with a view to acquiring riches. It can hardly be a coincidence that this latter motive also turns up in our passage [25]. I think we may legiti-

[25] For other passages in which autarkic countrylife is contrasted with maritime trade see: H. *Kier*, De Laudibus Vitae Rusticae, Marburg 1933, 47-49; R. *Vischer*, Das Einfache Leben, Göttingen 1965, 145-146. Interestingly, a collection of such *topoi* is to be found in Libanius' own *Progymnasmata*. An instructive example is the section devoted to the "comparison of sea-faring and farming". According to this comparison sea-faring is both dangerous and the product of *pleonexia*. The contrary is true of farming. This is a safe and peaceful activity and, moreover, supplies mankind with the only things it

Senato della Repubblica - Archivio Storico

mately conclude that this 'autarky motive', even though in Lib. 11.230 it is applied to a cluster of villages rather than to a peasant household, may well have overcoloured the picture Libanius presents of the Antiochene countryside.

3. A DIGRESSION ON RURAL MONETIZATION

Problems similar to those which affect our reading of Lib. *Or.* 11.230 surround the interpretation of numerous other literary sources as well. Let me illustrate this by discussing a few passages that have a bearing on a problem which is closely related to the question of peasant self-sufficiency: rural monetization. What, for instance, are we to make of the claim of the peasant in Aristophanes' *Acharnians* who pictures his home village as a place where "No one cries, 'Buy charcoal, vinegar, oil', where the word 'buy' is unknown" [26]? The peasant who "never goes to town" is a stock-figure in many descriptions of countrylife, as are the rural inhabitants who "shun the market place" and supply themselves with those goods they do not themselves produce by means of reciprocal exchange rather than through cash purchases. The examples range from Athenian comedy to Dio's Euboean Discourse and beyond [27]. In fact, the motif keeps cropping up right till early-Byzantine anachoretic literature which describes the way of life of certain hermits in the following terms, "The coin of Caesar has no currency among them, as they do not know the practices of selling and buying. Each gives the other for free what is useful, receiving in turn as a gift that in which he is lacking" [28]. "I have no contacts with traders and what a drachm is I do not know", claims the *ampelourgos* of Philostratus's *Heroicus*, for his habit is to "exchange a cow for grain, a goat for wine, and so on". It is, however, to be noted that this peasant cites himself as an *exception*, which is in line with the reaction of the Phoenician trader to whom he is explaining his way of life, "You are talking about a market of a fairytale type, dear wine-grower, one more of the legendary than of the

really needs. See Lib., Comp. 4, cc. 2-4 and 12- 13; cf. Comp. 5, devoted to a comparison of town and country.

[26] Aristoph., Acharn. 33-36, quoted by *Finley* (1985) (cf. note 3), 107.

[27] E.g. Aristoph. fr. 387 Edmonds; Menand., Georg. fr. 3 Koerte; Aesop, Fab. 303; Dio Chrys., Or. 7, cc. 21 (trips to town highly unusual); 43-48 and 63 (no money); cc. 69 and 73 (barter).

[28] ps.(?)-Nil. Ancyr., Narr. 3.8 (= PG 79.617c) (5th cent. A.D.?), rightly labeled 'une Utopie étonnante' by E. *Patlagean*, Pauvreté Economique et Pauvreté Sociale à Byzance, 4e-7e siècles, Paris/La Haye 1977, 316 (cf. 352). (For the problem of the authorship of the *Narrationes* see the first note of the introduction to F. Conca's Teubner edition, Leipig 1983).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

human kind". And even the peasant himself is prepared to admit that in general "farming cannot do without money" [29]. And so we are left with the question, "Can these literary passages be accepted as accurate descriptions of rural life?" Or were ancient peasants perhaps more 'autarkic' and penniless in the minds of some writers than they were in the real world?

It seems time to try to approach the problem of rural monetization [30] in a different way. Two approaches are possible, one deductive and proceeding from the construction of a model of the economic structure of the Roman Empire as a whole; the other inductive and mainly based on coin finds in various parts of the Empire, especially its rural areas. Literary evidence also plays some part, but its role is essentially limited to illustration. It can provide clues as to the existence of money-using peasants. But it will never clarify the quantitative importance of the phenomenon whose existence it illustrates. The relationship between the deductive approach and its inductive competitor is an uneasy one. Models of the Roman economy cannot be 'disproved', but they can be rejected for lack of utility. And lack of utility can result partly from lack of fit with the available evidence. But how often must this lack of fit occur for the model to be rejected? And what if the model seems to fit the evidence from one region but not that from another? To this type of question there are no ready answers.

The model I have in mind is Keith Hopkins's taxes-and-trade model. It is concerned chiefly with the imposition of money taxes and rents and their effect on the emergence of complementary flows of taxes and trade between different regions of the Roman Empire. But it has also something to say about the impact of money taxes and money rents on rural monetization. The essence of the model can be summarized as follows. "In the first and second centuries A.D. the Roman state exacted a large amount of taxes in money and then spent them, predominantly along the frontiers where the armies were stationed and in the city of Rome where the emperor normally kept Court". At the same time, large absentee landowners often lived a considerable distance away from their estates. Since the cost of transporting staple foods over long distances were high, the transfer of rents to landlords in far-away cities usually took place in the form of cash. Furthermore, large landowners "needed most of their rental income in cash, in order to buy services (slaves,

[29] Philostr., Her. 1.4.6 ff. It is only fair to admit that in making this last assertion the wine-grower may be thinking of larger landowners, as the text contains references to hired labourers.

[30] Throughout this section the term 'monetization' refers to the use of money as a means of payment and exchange.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

water) and non-farm goods (houses, fuel, clothes, silks, luxuries)." [31] However, also at a local level "the Roman imposition of money taxes and their expenditure outside the region where they were levied had a serious impact on simple cultivators; they were forced to produce, and to sell, more food in order to pay taxes". The model implies a key role for urban-based artisans: "In economically unsophisticated regions, peasant tax-payers increasingly sold some of their primary produce in local markets in order to raise money with which to pay taxes. The food which they sold was consumed locally by artisans, who made goods of higher value and lower volume than staple foods" [32]. These goods (e.g. textiles, leather goods, pots) were then exported to both the frontier provinces and to the city of Rome. Exactly the same mechanism was at work in the case of regions from which cash rents were transferred to absentee landlords living in distant centres of preferred elite residence.

The model thus operates at two levels. First, at an interregional level. Regions that were net-exporters of money rents and taxes earned these back by exporting goods, especially manufactured goods, to tax-importing parts of the Empire. Secondly, on a local level. Peasants had to sell products in order to pay their money rents to landlords and taxes in cash to the imperial government. In what follows, I concentrate on this second level. First, I present some literary evidence for the involvement of peasants in a cash-using economy. Then I discuss the contribution of archaeology. I argue that we should allow for enormous diversity between regions, and also for the widespread existence of *mixed systems* in which barter transactions coexisted with the use of coin. Finally the question is raised as to whether the assumption of rural monetization is a necessary premise for the hypothesis of a complementary flow of taxes/rents and trade on an interregional level.

I start with the literary sources. Pride of place should probably be given to Apuleius's *Metamorphoses*, a novel of the 2nd century A.D., which seems to give us a glimpse of conditions prevailing in the countryside of contemporary Roman Greece. In an article which appeared ten years ago Fergus Millar, having claimed that the towns of Roman Greece were part of a "fully monetized economy", went on to present some passages from Apuleius's novel which speak of rural inhabitants using cash, not only in their transactions with

[31] The quotations are from K. *Hopkins*, Introduction, in: P. Garnsey, K. Hopkins and C.R. Whittaker (eds), Trade in the Ancient Economy, London 1983, ix-xxv, at xix-xx, and *id.*, Models, Ships and Staples, in: P. Garnsey and C.R. Whittaker (eds), Trade and Famine in Classical Antiquity, Cambridge 1983, 84-109, at 87. Cf. *id.*, Taxes and Trade in the Roman Empire, JRS 70 (1980), 101-125, at 104-105.
[32] *Hopkins* (1980) (cf. previous note), 102.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

townsmen, but also for exchanges among themselves. Millar even ventured the suggestion that the impression evoked by the *Metamorphoses* is not one of a subsistence economy, but rather resembles something like "a capitalist market economy without factories" [33].

This is an extreme claim and no doubt intended above all to provoke. On the other hand, there exists scattered literary evidence for various parts of the Mediterranean region, especially Italy, Greece and Syria, which may be interpreted as lending some support to the suggestion that Millar's 'World of the Golden Ass' did not stand entirely on its own. How else do we explain the numerous references to rural inhabitants who go to town to sell their products? Since market-gardening was market-orientated by definition, it will come as no surprise to come across *hortulani* who sell their vegetables in town [34]. But there are also numerous references to herdsmen selling animals or animal products[35], while peasants sell almost anything: grain, bread, olives, wine, fruits, fodder, cheese, fowl, flowers[36], wood[37] and so on[38]. There cannot be the least doubt that quite a number of peasants sold their products in town in all periods of Greek and Roman history. In the 3rd century B.C. the peasants from Sicyon's territory used to come to the city at dawn. In the 6th century A.D. the inhabitants of the countryside round North African Syllectus could

[33] F. *Millar*, The World of the Golden Ass, JRS 71 (1981), 63-75, at 72-73.

[34] ps.-Verg., Mor. 79-83; Apul., Met. 9.32 (= ps.-Luc., Asin. 43). Cf. Plaut., Mil. 193-194; Hor., Ep. 1.18.36. A late reference is Apophth. Patr., anon. coll. N. 67; cf. also N 261 (for the edition used see below note 41). On 'market-gardening' see P.W. *de Neeve*, Peasants in Peril: Location and Economy in the Second Century B.C., Amsterdam 1984, 17 (with the sources in note 27) and 38 with note 101; A. *Carandini*, Orti e Frutteti intorno a Roma, in: id., Schiavi in Italia, Roma 1988, 339-357.

[35] E.g. Varro, RR 2.3.10; Verg., Georg. 3.402 and Ecl. 1.33-35; Ov., Fast. 4.769; Calp., Ecl. 4.25-26 and 5.36-37.

[36] E.g. Verg., Georg. 1.273-275 (olives, fruits); ps.-Verg., Priap. 2.10-13 (lambs, milk); Col., RR 10.303-310 (flowers); Lib., Or. 50 cc. 25, 28 and 31 (wheat, barley, fodder, cheese); Procop., Bell. 1.9.5 (fowl, bread, fruit); Zach. Rhetor, Hist. Eccl. 7.3 (in: K. *Ahrens* and G. *Krüger*, Die sogenannte Kirchengeschichte des Zacharias Rhetor, Leipzig 1899, 103- 104) (wheat, wine, and other victuals); Vita Nicolai Sionitae, c. 52 (in: G. *Anrich*, Haghios Nikolaos. Der Heilige Nikolaos in der Griechischen Kirche, Bd. 1, Leipzig 1913) (grain, meal, wine, wood).

[37] E.g. Vita Aesopi cc. 57-60 [p. 54 in B.E. *Perry*, Aesopica, vol. I, Urbana 1952 (1st or 2nd cent. A.D.)]; Sozomen, HE 5.10.1. For an interesting reference to an urban-based woodcutter who sells his wood in town: Apophthegm. Patr., anon. coll. N 628 (for the edition used see below note 41).

[38] Cf. also Cod. Theod. 13.1.3, 13.1.10 and 13.1.12: peasants selling the products of their own farms are to be exempt from the *collatio lustralis*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

be seen doing the same [39]. The 3rd century A.D. jurist Callistratus tells landowners that there are no objections to peasants going to the city in order to sell provisions, as long as they refrain from retailing their stock and sell it in its entirety to professional traders [40]. The enumeration of evidence could be continued for pages. However, an exhaustive listing of sources is unnecessary, as the general point is clear: peasant sales were a quite ordinary phenomenon, which would seem to suggest that a significant number of peasants had the disposal over certain amounts of cash. The obvious objection that scattered evidence like this proves really nothing can, I think, at least partially be countered by the argument that the sheer quantity of available references would be surprising if they did not reflect a rather commonplace reality.

As I did not undertake an investigation of the papyrological evidence, it would probably be best to keep silent about Egypt altogether. Yet I cannot refrain from pointing to the literary evidence of the *Apophthegmata Patrum*[41]. Reading this source certainly leaves one with the impression that, at least in the later imperial and early Byzantine period, the use of money was fairly widespread in Egypt too. True, there are occasional references to remuneration of harvest labourers in kind, as well as one or two references to barter [42]. But in general the unmistakable impression is one of an economy that is monetized to a fairly large degree. The Egyptian anachoretes sell their cords, mats, baskets and sieves in towns and villages, and they sell them to obtain the *cash* with which they buy their livelihood [43], and sometimes even their raw

[39] Plut., Arat. 8; Procop., Bell. 3.16.10-11.

[40] Dig. 50.11.2. For peasants selling their products to professional traders in town cf. Plato, Rep. 371c; Apul., Met. 9.32.

[41] For the alphabethical collection I used L. *Regnault*, Les Sentences des Pères du Désert: collection alphabétique, Solesmes 1981; for the anonymous collection: *id.*, Les Sentences des Pères du Désert: série des anonymes, Solesmes/Bellefontaine 1985. An English translation of the alphabetical collection is: B. *Ward*, The Sayings of the Desert Fathers, rev. ed. London/Oxford 1981. A partial translation of what is presumably the oldest part of the anonymous collection in: *ead.*, The Wisdom of the Desert Fathers, Oxford 1986.

[42] From most passages concerning remuneration of harvest labour it is not clear whether payment is made in money or in kind. Remuneration in kind is clear from: alphab. coll. Beniam. 1; and Isaiah 5. Barter: alphab. coll. Theod. Pherm. 22; Silv. 7. For the edition used cf. previous note.

[43] Sales in villages: anon. coll. N 340; 375; 596 (1596,9); In towns: ibid. N 358; J 758; J 762; and alphab. coll. Agath. 27 and 30. In markets: anon. coll. N 179; alphab. coll. Dan. 3; Isid. 7; Philagr. 1; poem. 163. Explicit and implicit references to sales for cash include: anon. coll. N 45; 175; 608A; J 764; alphab. coll. Agath. 16; Luc. 1; Megeth. 1; Poem. 10; Pist. 1; Sis. 16. (for the editions used cf. note 41).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

materials [44]. In fact, the hermits are in continual danger of falling prey to the diabolical temptation of saving the cash earned through the sale of their handicrafts [45]. This lends support to Foraboschi and Gara's arguments for a gradual (though always incomplete) monetization of the Egyptian economy during the Roman and Byzantine period [46].

The outcome of Foraboschi and Gara's investigations provides a useful reminder that a clear-cut dichotomy between full monetization on the one hand and its total absence on the other is bound to be misleading. Instead, we must be prepared to accept that in many, if not all, rural areas of the Roman Empire barter transactions and cash payments complemented each other rather than being mutually exclusive. Who, indeed, could expect otherwise, after reading Braudel's comments on early modern Europe where "under the thin surface of the monetary economies, primitive activities continued and blended into the others ..." and where "rudimentary economies survived ..., encircled by monetary life which did not destroy them but rather kept them as so many internal colonies within easy reach" [47]. It is conceivable that, in the ancient world, it was the 'rudimentary economies' that did the encircling, while it was the monetary activities that constituted the 'internal colonies'. However that may be, a coexistence of cash and barter practices was surely as characteristic of the rural parts of the Roman Empire as it was of early modern Europe. The wandering priests of Apuleius's 2nd century A.D. Greek countryside saw their services rewarded with gifts of grain, wine and milk, but also with cash (*Met.* 8.28). Late Roman and early Byzantine Syria also provides some eloquent instances. According to Libanius, in times of prosperity it was not unusual for the peasants of the Antiochene *chôra* to possess chests, clothes and certain stocks of coin. Yet peasants of the same area are said to have bribed local detachments of troops not only with bullion or gold coin, but

[44] For the purchase of raw materials see: alphab. coll. Joh. Pers. 2; Poem. 10; Or. 4.
[45] Saving, hoards or possession of money. anon. coll. N 6; 7; 30; 74; 262; 493; 641; alphab. coll. Dan. 6. On the role of money in the economy of the late Empire and early Byzantine period see *Patlagean* (cf. note 28), ch. 7 (p. 350 for the evidence of the *Apophthegmata*).
[46] D. *Foraboschi* and A. *Gara*, L'Economia dei Crediti in Natura, Athenaeum 60 (1982), 69-83, esp. 70-73. Cf. D.W. *Rathbone*, The Ancient Economy and Graeco-Roman Egypt, in: L. Criscuolo and G. Geraci (eds), Egitto e Storia Antica dall' Ellenismo all' Età Araba, Bologna 1989, 159- 176, at 165.
[47] F. *Braudel*, Civilization and Capitalism, 15th-18th Century, vol. I: The Structures of Everyday Life, London 1981, 444-445. Cf. *id.*, The Mediterranean and the Mediterranean World in the Age of Philip II, London 1972, 438.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

also with wheat, barley and fruits [48]. In the Hauran, some 400 kilometres to the south, the cost of a tomb was expressed as a combination of money, wine and oil [49]. Likewise, when, in 540 A.D., the citizens of Edessa wanted to ransom the Antiochene captives taken by Chosroes I "any farmer who was in want of plate or money" contributed an ass or a sheep instead [50]. At every period we are faced with a *mixed* reality.

I hope to have shown that literary sources can draw our attention to certain interesting features of peasant marketing and exchange. Yet, in the end, there are rather narrow limits to what this evidence can tell us. It certainly illustrates the involvement of some rural inhabitants in a monetary economy, above all when selling products in town, but to a lesser extent also when conducting transactions with other country people. It hints at the coexistence of barter and money transactions in a rural context. But at the same time, these snippets leave us essentially in the dark as to many crucial aspects of peasant involvement in money-using markets. With the exception of the fairly informative *Apophthegmata*, where the heroes are hermits and not ordinary peasants, they scarcely even specify why peasants sold their products in these markets. Were, for instance, the proceeds of these sales partly used for expenditure on services and manufactured goods, or did they simply end up in the coffers of the local tax-collector? What is more important, sources like these do not shed light on the *quantitative importance* of the phenomena to which they refer. They do not, and cannot, provide an answer to the crucial questions, "How many peasants?", "How much cash? ". Nor do they provide a reliable clue to developments over time.

As far as I can see, only two types of evidence have the potential of yielding somewhat more precise insights into the geographical and chronological spread of rural monetization in the Roman Empire. This evidence consists of the papyri of Egypt and of numismatical evidence dug up by archaeologists. Thanks to the abundant papyrological material we shall, perhaps, be able one day to speak with some precision about the degree to which money penetrated the rural economy of Egypt. For the other provinces our evidence is virtually restricted to coin finds.

Coin evidence is an invaluable, and under-exploited, clue to economic processes in the ancient world, though its interpretation is often far from unpro-

[48] Lib., Or. 2.32 and Or. 47.4 respectively.
[49] R. *Dussaud* and F. *Macler*, Mission dans les Regions Désertiques de la Syrie Moyenne, Paris 1903, no. 46 at p. 256. Cf. *Sartre* (see note 19), 253 note 47.
[50] Procop., Bell. 2.13.4.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

blematic. It has, for instance, been pointed out that the low number of coins found on rural sites does not necessarily indicate a low level of monetization, for it seems certain that the number of coins archaeologists dig up at *any* site represents an almost unbelievably tiny fraction of the coinage once in circulation there. To quote Greene, "It would ... be unwise to claim that because only very small numbers of coins are found on many rural villas and farmsteads, their occupants were not involved in a cash economy except when visiting urban markets" [51]. None the less, the material of coin finds remains one on which important conclusions can be built. In his classic article on "money and exchange in the Roman world" Crawford drew attention to the fact that none of the known Belgian hoards of the 1st and 2nd centuries A.D. contains any denomination smaller than the *as*. In view of the fact that such denominations must have been essential for the settling of small day-to-day transactions and, moreover, do turn up on urban sites and even on the sites of Roman villas in Italy, this points to the conclusion that, in 1st and 2nd century Belgium, coinage scarcely functioned as a means of exchange [52]. This instance illustrates an important way in which archaeology can throw light on the problem of rural monetization, *viz.* by providing a clue to the availability, or non-availability, of low-value currency in rural areas. True, if small coin was not available to rural inhabitants, this did not necessarily preclude the payment of taxes and rents in higher-value coins (presumably acquired by bulk sales of produce) [53]. But it certainly prevented money from playing an important part in the daily lives of ordinary peasants.

Archaeology can throw light on the availability to rural inhabitants of small change in various ways. Hoard evidence has already been mentioned. As regards stray finds from rural areas, we have seen that, in isolation, these tend to tell us next to nothing. However, this problem can be mitigated, perhaps solved, by looking for consistent patterns revealed by the aggregate coin finds from a large number of rural sites. Finally, archaeology can shed light on chronological developments in the coin supply of entire regions. If, during a

[51] K. *Greene*, The Archaeology of the Roman Economy, London 1986, 60.
[52] M. *Crawford*, Money and Exchange in the Roman World, JRS 60 (1970), 40-48, esp. 44-45. It should, however, not be forgotten that subdivisions of the *as* were rarely struck after the 60s A.D.: *Greene* (cf. previous note), 56. The absence of small change from hoards has been interpreted as evidence for the unimportant part played by money in day-to-day transactions also by early mediaevalists: G. *Duby*, The Early Growth of the European Economy (French orig. 1973), Engl. transl. London 1974, 63- 64.
[53] Theod., Ep. Sakk. 37 (5th cent. A.D.) seems to refer to Syrian peasants paying their taxes in gold coin.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

certain period, low value coinage was not supplied to a certain part of the Empire at all, it was obviously not available for day-to-day transactions in the countryside.

What can be done in this field, is shown, for instance, by Fulford's convenient survey of the economy of Roman Britain. While in 1st century A.D. Britain Roman low value coins were in very short supply indeed, they became more common during the 2nd century. Then, from the end of the 2nd century till about 260, the supply of bronze coinage dried up again. However, the 260s marked the beginning of a remarkable "proliferation of very debased antoniniani and their imitations. This coinage circulated widely across Britain in both rural and urban settlements, providing proof for the first time of the involvement of all levels of the settlement and social hierarchy (particularly in lowland Britain) in a coin-using economy" [54]. The most striking aspect of these findings is that, in Britain, it was the 3rd century A.D. debasement of the silver coinage which first made available significant amounts of small change to rural inhabitants. To some extent, this factor must have operated in other parts of the Empire as well. On the other hand it would be foolish simply to project the British pattern on entirely different regions. In the South-Syrian village of Sī^{c}, even though it was excavated only very partially, some 300 bronze coins came to light. More than one third of these can be assigned with certainty to the 1st century A.D., the vast majority of them being of Nabataean origin. For most of this period the Hauran was controlled by the 'client kings' of the Herodian dynasty and not subject to Roman direct taxation [55]. It is not so clear whether Sī^{c} is typical of other villages in the area. Despite this, it serves as a reminder that, in some regions, rural monetization may actually have made some headway before, and quite independent of, their incorporation as provinces into the Roman Empire and the imposition of Roman money taxes[56].

[54] M. *Fulford*, The Economy of Roman Britain, in: M. Todd (ed.), Research on Roman Britain, 1960-89, London 1989, 175-201, at 181-2, 185 and 191-193 (the quotation on 193). Note Fulford's warning that the post-260 spread of low value coinage does not exclude the possibility that (higher value) coins had been widely used earlier on: ibid. 193.

[55] C. *Augé*, Les Monnaies de Fouille de Sī^{c} et la Circulation Monétaire Antique dans le Hauran, in: Dentzer (1985) (cf. note 19), 203- 217. Client kingdoms did not, normally, pay tribute to Rome: D. *Braund*, Rome and the Friendly King, London 1984, 63-66.

[56] For Sī^{c}'s possibly exceptional character, see J.-M. *Dentzer*, Développement et Culture de la Syrie du Sud dans la Période Préprovinciale (1er s. avant J.C. - 1er s. après J.-C., in: id., Hauran I (cf. note 19), deuxième partie, Paris 1986, 386-420, at 404-406.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Where does all this leave Hopkins's suggestion of a progressive spread, among peasant producers, of the use of coin? First of all, it should be said that differences between various parts of the Empire appear to have been enormous. Small change is missing from Belgian hoards of the 1st and 2nd centuries A.D., but is found on the sites of contemporary Italian villas. Low-value currency was scarcely available in 1st century Britain, but not rare at all in a contemporary village in the Hauran. Some literary passages seem to imply that, among peasants, barter was the rule and the use of money unknown. Yet, at the same time other literary sources suggest that selling farmers were a perfectly ordinary phenomenon. The picture is one of great regional diversity and, at the same time, of a bewildering coexistence of barter and money transactions within the same regions. In at least a number of regions, the non-availability of low-value currency appears to have blocked the spread to rural areas of a coin-using economy during most of the Principate. The overall impression is that, while in some parts of the Empire money appears to have penetrated the rural economy to a certain extent, it seems unwarranted to speak of a general trend towards rural monetization during the first two centuries A.D.

As I made clear from the start, Hopkins's model of a progressive rural monetization cannot be 'disproved' though it may be rejected for lack of utility. It is, however, perfectly legitimate to modify the existing model, or to suggest a different one. In this context, it seems useful to point out that the connection between Hopkins's first, interregional, level and his second, local, level is very loose, indeed so loose that the model's first level can survive the amputation of the second. What I mean is this. The hypothesis that the long-distance transfer of taxes and rents preferably took a cash form is not incompatible with the assumption that primary producers paid most of their dues in kind. Tax-farmers and local representatives of landlords (e.g. head-lessees) may have collected taxes and rents in kind and have sold them locally (to consumers or traders), after which the cash proceeds were sent off to other regions. Stated otherwise, rural monetization and the payment by peasants of money rents and money taxes were, in my view, neither a necessary precondition nor an inevitable consequence of a complementary flow of taxes and trade on the regional level. Whether or not this latter mechanism actually existed [57] is, therefore, immaterial for the purposes of this article which deals, after all, not

[57] For a critique of this aspect of Hopkins's model, see now R. *Duncan-Jones*, Structure and Scale in the Roman Economy, Cambridge 1990, esp. chs 2 and 12.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

with interregional flows of trade and taxation, but merely with the needs of the peasantry of the Empire and the way in which these needs were supplied.

4. DEMAND

I now pass on to the problem of peasant *demand*. What use did peasants make of that part of their products which was left after payment of rents and taxes? Let me make clear from the start that we cannot hope to reconstruct the budget of the 'average' Roman peasant. This is because of an almost complete lack of sources which throw any light on the expenditure habits of any peasant in the Roman Empire. However, it may be helpful for analytical purposes to distinguish between the following items of peasant expenditure (the list has no claim to being exhaustive):

- food (!)
- social occasions (e.g. weddings, funerals)
- 'services' in the widest sense of the word (e.g. religious services, medical help, legal help, patronage)
- perishable goods needed for producing or preserving food (e.g. salt, pitch)
- manufactured goods used in the production process
- manufactured consumer goods (e.g. textiles, tableware)
- major 'factors of production' such as land or cattle

The first four items have in common that they have left very few traces, both in the literary sources *and* in the archaeological record and are, for this reason, easily overlooked. Let me start with expenditure on food. Several factors contributed to keeping expenditure on this item at an extremely low level. It is axiomatic that peasant production in Antiquity aimed at self-sufficiency in foodstuffs, and that food shortages caused by harvest failures or other factors were frequently 'solved' by simply cutting down consumption levels. No doubt as a general picture this is correct. Yet we should not forget about the nuances. Some peasants could afford to bring some variation into their diets by the occasional purchase of some small fishes or some other food items [58]. Secondly some peasants were able, in years of prosperity, to lay aside some money with which to buy food in times of food shortage. That this was

[58] Perhaps somewhat surprisingly, even the ancient literary sources offer some illustrations of this: e.g. ps.-Verg., Mor. 79-83, with the remarks of C. *de Ruyt*, Macellum, Marché Alimentaire des Romains, Louvain 1983, 370. Cf. Antiphanes, But. fr. 68 Kock (*ap.* Athen. 8.358d-e) for a fishmonger selling fish in the countryside.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

the case appears, for instance, from an altogether exceptional passage from the 1st or 2nd century A.D. *Vita Aesopi*, where we find a peasant saying to his ass:

> "Come on, let's make haste and let this wood be sold for twelve *asses*, then you will get two for fodder, I shall take two for myself, and the other eight we shall keep for bad times to come, lest we catch some illness or are left without any expedient by the sudden onset of a storm. For if you eat barley today, and there is some sudden adversity afterwards, you will have no fodder or barley to eat." [59]

The significance of this passage is deserving of further exploration. Historians who work on the economic history of other periods will no doubt look with compassion on the kind of evidence available to those studying the economy of the ancient world. To a large extent this compassion is justified. There are countless important questions to which students of ancient economic history will never be able to provide an answer. Having admitted this, it none the less seems fair to point out that passages like the one just quoted do tell us something about the way the ancient economy worked. This is not to say that there are no obvious limitations to the conclusions that can be built on the story of the *Life of Aesop*. The *Vita* was probably written in Egypt, somewhere in the 1st or 2nd century A.D. [60]. The quoted passage is from an episode which is set on the island of Samos. Therefore, strictly speaking the only thing the passage informs us about is how an Egyptian writer of the Principate visualized life on an island in the Aegean. Why then is the story of the peasant still worth our attention? To begin with, the *Vita Aesopi* is not, like most other ancient literary texts that have been preserved thanks to the efforts of the copyists of the Middle Ages, a piece that stands up to the standards of 'high' literature. Compared to the cultivated language of, say, high-level philosophical or rhetorical works, its usage is much closer to the Greek that was actually spoken in the street. Likewise, its subject matter is 'vulgar', in that its hero is an ordinary slave, though one with a gift for coining *bons mots* and composing fables. Moreover, it is obvious that this slave has the sympathy of the author of the *Vita*, who presents his behaviour and ready wit as being funny rather than as mean and contemptible. In sum, this is a piece of 'popular literature', meant for circulation among a non-elite readership. Per-

[59] Vita Aesopi cc. 57-60 (for the edition used see above note 37). For the *Vita*'s date of composition: *Perry* (see ibid.), 5 and note 16.
[60] *Perry* (see note 37), 2-3.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

haps this is not as close to the daily lives of the lower classes as we can get (after all, there are the Egyptian papyri), but it is certainly as close as a literary text can take us.

The chief significance of the passage quoted from this *Vita* lies in the role which it attributes to money in peasant stategies for coping with unforeseeable future adversities. In recent years, these strategies have been the subject of lively discussions, also among ancient historians [61]. Strategies for coping with variations in available resources have been conveniently grouped under four headings: consumer mobility, diversification of foods produced (and consumed), storage of available foodstuffs for future use and, finally, exchange. As Halstead and O'Shea observe, exchange "functions in a fashion similar to storage in that present abundance is converted, this time via social transactions, into a future obligation in time of need". Especially in small-scale societies, it often takes the form of sharing and reciprocity with little need of formal recognition of the future obligation of the receiving party. However, "in more complex circumstances, it may be necessary to denote obligation through the counter-movement of valuable tokens." [62] Accumulating valuables with a view to future needs, including those associated with inforeseeable food scarcities, has important advantages over 'physical storage', *i.e.* storage of the produce itself. Valuables are more easily preserved and often have the additional advantage that their display contributes to the prestige of the owner. For that reason, jewellery often rates high among means of saving preferred by peasants [63]. In monetized economies, peasants also have the option of 'storing' their rights to assistance in future crises in a cash form. "The process of conversion, through which a token becomes imbued with the latent equivalent value of food, finds its logical extension in modern cash economies". [64]

Here we hit upon the striking aspect of the picture which the author of the 'Life of Aesop' puts before us. For it is exactly this monetary option to which the quoted passage refers. The peasant of the *Vita* is concerned about misfortunes that might befall him in the future and his way of coping with this possibility of future adversity is to save *cash* with which to buy food in case a storm destroys his crop, or to pay for medical help in case he falls ill. This is

[61] E.g. *Garnsey* (1988) (cf. note 6), chapter 4.
[62] P. *Halstead* and J. *O'Shea*, Introduction: Cultural Responses to Risk and Uncertainty, in: idd. (eds), Bad Year Economics. Cultural Responses to Risk and Uncertainty, Cambridge 1989, 1-7, at 3-4.
[63] Cf. R. *Firth* and B.S. *Yamey* (eds), Capital, Saving and Credit in Peasant Societies, London 1964, index s.v.'ornaments'.
[64] *Halstead* and *O'Shea* (cf. note 62), 4.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

not to say that, among ancient peasants, saving cash was the buffering mechanism most frequently adopted to cope with recurrent subsistence crises and other misfortunes. Though quantification is out of the question, I actually suspect that other mechanisms, such as food storage, reciprocity and the accumulation of easily realizable assets such as jewellery, played a more important part than did the putting aside of money reserves [65]. On the other hand, as a piece of 'popular literature', the *Vita Aesopi* has a claim to providing a picture of society that must have been recognizable for its readership which, as we saw, can be presumed to have consisted of a stratum of non-elite literates. The picture of a peasant intending to save money in order to provide against the consequences of future illnesses or crop failures thus also has a claim to a certain typicality. To this it must be added that, in one or two other literary sources, rural inhabitants appear to accumulate cash savings for much the same reasons as the peasant of the *Vita* [66]. Taken together, these arguments surely lend support to the view that cash savings occupied a role of some importance in the risk-coping strategies of a significant number of ancient peasants. This also implies that cash expenditure on food figured on the budgets of at least a number of peasants. At the same time, it is difficult to avoid the impression that peasant expenditure on food was typically associated with harvest failures. It may have been not uncommon for peasants to acquire, by exchange or purchase, small amounts of foodstuffs which brought some variation into their diets. A significant number of peasants may have bought foodstuffs at the time of food scarcities. What seems to be missing, however, is evidence of ancient peasants sacrificing their subsistence base in order to devote more of their lands to the cultivation of cash crops. But this is a feature of ancient peasant production to which more attention will be given below (section 7).

The above may serve as a reminder, if we needed any, that there is no direct link between peasant cash income and the purchase of craft goods from specialist producers. Apart from the function of money as a means which helped peasants to weather the effects of harvest failure or disease, we must take into account also expenditure on social occasions such as weddings and

[65] On storage: *Garnsey* (1988) (cf. note 6), 53 ff. On reciprocity: ibid., 56 ff., and P. *Garnsey* and G. *Woolf*, Patronage of the Rural Poor in the Roman World, in: A. Wallace-Hadrill (ed.), Patronage in Ancient Society, London/NY 1989, 153-170, at 156.

[66] Cf. Apophthegm. Patr., anon. coll. N 261 where we hear of a gardener who lays aside some money in case he will be old or sick and will have expenses to pay (cf. N 262) (for the edition used cf. above note 41). For peasants buying food at the time of a food crisis cf. Lib., Or. 27.14.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

funerals [67]. In the Hauran villages, temples and epigraphical evidence of village priests bear testimony to the existence of demand for religious services. And so does the band of itinerant priests of Apuleius *Metamorphoses*, whom the author describes as making a living out of the services they provide to the villagers of Roman Greece [68]. More than two centuries later we find the soldiers in the countryside of Antioch providing services of yet another kind: patronage in return for payments in money and in kind (cf. section 3).

Where does this leave expenditure on more durable (and more visible) goods such as agricultural implements, clothing and shoes? Are we to imagine the Roman peasantry as being clothed exclusively in homespuns, manufacturing their own pots, and largely using home-made implements? Of course the answer is no. A very high degree of self-sufficiency may have been characteristic of unusually extended 'households' (if we may call them by that name) like the South Slav *zadruga* before the second part of the nineteenth century[69]. But as far as I know Antiquity has no parallels to offer for such conglomerates of nuclear families, comprising some 20 to 40 members. And even the *zadrugas* had to sell a certain amount of produce to obtain salt and iron for implements. *A fortiori* ancient peasants must have bought items like salt and agricultural implements made of iron. Indeed, even from the notoriously reticent literary sources it is clear that peasants *bought* items like sickles, jars, millstones and pitch [70]. In Italy, under the Republic, a town like Capua supplied "the means for the cultivation of the *ager Campanus*" [71]. Likewise Palladius's much later advice to large landowners to the effect that they should prevent their *rustici* from making trips to town by keeping carpenters, smiths and potters on their estates, makes sense only if these *rustici* were in the habit of buying their pottery and implements made of wood and iron [72]. As regards consumer goods of a relatively durable kind, a reference to home-made shoes

[67] For the countryside as a place for weddings and festivals cf. the rather too rosy picture of Philem. fr. 71 Kock.

[68] H.I. *MacAdam*, Epigraphy and Village Life in Southern Syria during the Roman and Early Byzantine Periods, Berytus 31 (1983), 103-115, at 113; Apul., Met. 8.28.

[69] *Wolf* (cf. note 23), 37-38.

[70] Aristoph., Pax 1198 ff. (sickles, jars); Verg., Georg. 1.273-275 (a millstone, pitch); Philostr., Her. 1.6 (wine bowls); cf. Cod. Theod. 4.13.2-3 and Cod. Just. 4.61.5. Even the peasants of Dio's *Euboean Oration* have their sickles, drag hoes and hunting knives: Or. 7.47.

[71] Cic., Leg. Agr. 2.88.

[72] Palladius 1.6.2. However, the precise status of Palladius' *rustici* (tenants, slaves, farm-overseers?) is not clear.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

must be set against a passage from Aristophanes' *Knights* referring to the *sale* of shoes to the peasants of Attica [73]. As to textiles, I have no doubt that a lot of spinning and weaving was going on in many peasant households. But if it was the norm for peasants to make their own clothing, what then are all those weavers doing in the villages of Egypt, and why does Diocletian's Edict mention textiles "*ad usus rusticorum*"? [74] In short, it does not really come as a surprise to find John Chrysostom saying about "the art of farming":

> "If it did not have the art of metal-working, so as to borrow from it a drag hoe, a ploughshare, a sickle, an axe and other implements; and if it did not have the art of carpentry, so as to make a wooden plough, to construct a yoke, and a threshing cart for threshing ears of corn; and if it did not have the art of leather-cutting, so as to make straps; and the art of building so as to build a stable for the plough-bulls, as well as houses for the sowing farmers; and the art of cutting thickets, so as to cut wood; and, finally, the art of making bread, it would not exist at all." [75]

True, this is a list of skills rather than of occupations. But it seems clear that at least some of these skills (e.g. smithying) can have been practised only by professional craftsmen.

Archaeology provides additional confirmation, if we needed any. Frayn has warned us that metal equipment is overrepresented in the archaeological record and that "throughout the Roman period, many tools which could be made of iron were also produced in wood". This is a useful reminder and I gladly accept as plausible the view that, in some parts of the Empire, little metal was used for the implements with which peasants worked their land [76]. None the less iron digging tools, sickles, knives and even plough shares *do*

[73] Long., Daphnis et Chloe 1.19.2; Aristoph., Eq. 315 ff.

[74] S. *Lauffer*, Diokletians Preisedikt (Berlin 1971), index s.v. *idiôtês* and the fragments from Aphrodisias. For discussions, see A.H.M. *Jones*, The Cloth Industry under the Roman Empire (orig. 1960), in: id. (1974) (cf. note 22), 350-364, at 352 and 363; K. *Hopkins*, Economic Growth and Towns in Classical Antiquity, in: Ph. Abrams and E.A. Wrigley (eds), Towns in Societies, Cambridge 1978, 35-77, at 54; H.W. *Pleket*, Greek Epigraphy and Comparative Ancient History: Two Case Studies, Epigr. Anat. 12 (1988), 25-38, at 31. Cf. Petr., Sat. 12 ff.

[75] John Chrys., In Matth. LXII.4 (PG. 58.523). For the 'threshing cart' cf. Euseb., Comm. in Is. 94 (ad Jes. 28:24-29) (p. 185 f. ed. Ziegler) and John Chrys., In Matth. XI.6 (PG 57.199). See also K.D. *White*, Agricultural Implements of the Roman World, Cambridge 1967, 155-156.

[76] J.M. *Frayn*, Subsistence Farming in Roman Italy, Fontwell/London 1979, 131-135. For the importance of wooden implements in the early Middle Ages, cf. *Duby* (1974) (cf. note 52), 14-15.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

turn up on rural sites all over the Empire [77]. It seems unlikely that peasant cultivators typically fashioned such implements with their own hands. It seems scarcely necessary to add professionally-made pottery, as we all know often the most important clue for the dating of excavated rural dwellings.

Of course the important question is, "How *significant* was this rural demand for goods (and services) provided by professionals?" Again it will be clear that we are not in a position to give any precise quantitative anwer to this question. Therefore, we have to fall back on arguments of a more general type. Two such arguments have been put forward by Hopkins over a number of articles [78]. One relates to peasant stratification, the other depends on the distinction between *per capita* and aggregate demand. I shall discuss each of them in turn. First peasant stratification. In a recent book on the Roman economy and society it is claimed that the Roman economy was an underdeveloped one in which "the mass of the population lived at or near subsistence level". [79] I have no doubt that, broadly speaking, this can only be correct. Yet, just as is the case with Cipolla's comment that, in preindustrial Europe, "peasants were always clothed in rags", the picture conjured up by such statements is too simple. After all, as Cipolla admits, even among the peasants "one would have found the very poor, the poor and the not so poor" [80]. In other words: we have to take account of peasant stratification. In his *Awkward Class*, Teodor Shanin brought to light the existence of a complicated pattern of upward and downward socio-economic mobility among the Russian peasantry of the 1910s and 1920s. This intricate pattern of multidirectional mobility was produced by such factors as farm partition, household mergers, family extinction, migration, harvest failures and livestock diseases, and implied the existence, at any given moment, of considerable social and economic differentiation among peasant households [81]. Since many of these factors were

[77] E.g. *Wightman* (cf. note 16), 123; V. *Velkov*, Les Campagnes et la Population Rurale en Thrace au IVe-VIe Siècle, Byzantinobulgarica 1 (1962), 31-66, at 63. For an earlier period, cf. also App., Syr. 1.

[78] *Hopkins* (1978) (cf. note 74), 49, 54-55, 58 and 75. Cf. also *id.*, Models, Ships and Staples (cf. note 31), 84.

[79] *Garnsey* and *Saller* (cf. note 4), 43.

[80] C.M. *Cipolla*, Before the Industrial Revolution. European Society and Economy 1000-1700, 2nd edn London 1981, at 32 and 9 respectively.

[81] T. *Shanin*, The Awkward Class. Political Sociology of Peasantry in a Developing Society: Russia 1910-1925, Oxford 1972, esp. chs. 3-6. For the Middle Ages e.g. R. *Hilton*, Reasons for Inequality among Medieval Peasants, Journal of Peasant Studies 5 (1978), 271-284. It is deliberately that, among the factors underlying differentiation processes

Senato della Repubblica - Archivio Storico

at work in other parts of the world and in other historical periods too, Shanin's conclusions certainly apply to numerous other 'peasant societies' beside that of pre-1930 Russia.

As regards peasant stratification in Antiquity, even the literary texts have some 'rich farmers' to offer [82]. It will, however, scarcely come as a surprise that our best evidence is from Egypt once again. In a village like Kerkeosiris there existed enormous variations in the sizes of plots. It is true that factors like absentee landlordism and the combined holding of multiple plots do much to obscure the extent to which the available data reflect wealth-distinctions among sections of the Egyptian peasantry. Yet the overall impression remains one of substantial economic differentiation within the village of Kerkeosiris [83]. With the 2nd century A.D. village of Karanis we are on much firmer ground. Here detailed evidence on the distribution of 'garden' land (*i.e.* land under vegetables, olives, vines or palmtrees) bears witness to the existence of a fairly stratified village community [84].

Table 1: *Distribution of 'garden' land in 2nd cent. Karanis* [85]

size of holdings	percentage of all land-holders
0 < 1 aroura	60 %
1 < 2 arouras	19 %
2 < 5 arouras	15 %
5 < 15 arouras	6 %
	100 %

in peasant societies, I make no mention of what is commonly referred to as 'the biological cycle of peasant family life'. This factor looms large in Chayanovs work, e.g. in his *Theory of Peasant Economy* (Engl. transl. Homewood, Ill. 1966). But the exact impact of peasant life-cycles on household mobility has, in fact, been the subject of substantial controversy. See *Shanin*, op. cit., 101-109.

[82] ps.-Luc., Dial. Meretr. 15.2; Dio Chrys., Or. 7.68; Apophth. Patr. anon. coll. N 407. Cf. the opposition between the "poor" goatherd Daphnis and the "rich" other peasants sueing for the hand of Chloe, which is an important theme in Longus, Daphnis et Chloe (e.g. 1.16.2-4; 3.25.4; 3.26.4; 3.27.1). Cf. however S. *Said*, La Société Rurale dans le Roman Grec ou la Campagne Vue de la Ville, in: Frézouls (1987) (cf. note 19), 149-171, at 167, according to whom this opposition should be understood above all as a narrative device. For epigraphical evidence: B. *Gerov*, Zum Problem der Thrakischen Dorfgemeinde (orig. 1976), in: id., Beiträge zur Geschichte der römischen Provinzen Moesien und Thrakien. Gesammelte Aufsätze, Amsterdam 1980, 319-348, at 340-343; *MacAdam* (cf. note 68), 113.

[83] D.J. *Crawford* (cf. note 12), 48, 74-76, 105 and table VI on pp. 162 ff.

[84] For Karanis see the appendix in *Geremek* (cf. note 12), 105-118, esp. 115-117.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Egypt is often treated as exceptional. But was it exceptional in *this* respect? I do not think so. Outside Egypt housing often provides a clue to peasant stratification. Take for instance what Tchalenko writes about the Syrian village of Behyo: "Such marked contrasts in the character of dwellings imply a population which is socially very differentiated. One goes [down] from the comfortable residence, through villas of steadily increasing simplicity and small farms, to humble shanties." [86] Sodini and Tate's recent re-survey of housing in the villages of Tchalenko's '*Massif Calcaire*' has done much to confirm this impression. Differences between houses of various types can be explained partly as reflecting a *chronological* evolution in building techniques. Yet, also within each category we find considerable differences in the execution, size and decoration of buildings. Such qualitative and quantitative differences point to significant differences in construction costs, which, in their turn, no doubt reflect a considerable degree of socio-economic differentiation among the inhabitants of the villages [87]. The same phenomenon has been observed by Villeneuve in the villages of the Hauran: "The monotony in the way the dwellings are designed does not exclude a great diversity in the quality and size of the buildings". It is interesting to read Villeneuve's comments on the largest houses, which seem to date from the early Byzantine period: "These buildings should not be interpreted as centres of *estates*, but merely as the centres of farms that were more prosperous than the rest, *within the framework of the village system*" (Villeneuve's italics) [88].

Though the data for Karanis refer to 'garden' land only, a similar pattern surely existed in the case of land under cereals.

[85] After *Geremek* (cf. note 12), 117.

[86] Transl. from G. *Tchalenko*, Villages Antiques de la Syrie du Nord, vol. 1, Paris 1953, 358; cf. 372-373.

[87] J.-P. *Sodini* and G. *Tate*, Maisons d'Epoque Romaine et Byzantine (IIe-VIe siècles du Massif Calcaire de Syrie du Nord. Etude Typologique, in: J. Balty (ed.), Apamée de Syrie. Bilan des Recherches 1973-1979: Aspects de l'Architecture Domestique d'Apamée (Actes Colloque Bruxelles 1980) (Bruxelles 1984), 377-429. Perhaps quality is a better index than size, for, as Tate points out, a greater number of rooms does not necessarily indicate a higher level of *per capita* prosperity of the occupants: G. *Tate* Archéologie Sérielle et Histoire Rurale: le Cas du Massif Calcaire dans la Syrie du Nord, in: G. Noyé (ed.), Structures de l'Habitat et Occupation du Sol dans les Pays Méditerranéens: les Méthodes et l'Apport de l'Archéologie Extensive (Rome/Madrid 1988), 107-114, at 114.

[88] Transl. from *Villeneuve* (cf. note 19), 103 and 113 respectively. *Sartre* (cf. note 19), 253-254, suggests that the 'superb buildings' found in certain villages "peuvent évoquer quelque ferme associée à une maison de maitre". But as *Villeneuve* (114) points out,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

The preceding discussion has shown that we always have to reckon with a group of reasonably well-off peasants as a potential source of demand for specialist goods and services. No doubt this group was always a small minority of the farming population. And so it might be objected that the existence of this middling stratum of more well-to-do farmers did little to affect the very low level of *average* peasant *per capita* demand. However, this is where Hopkins's second argument comes in. The essence of this is that the low level of peasant *per capita* demand was offset by the fact that the peasantry constituted over 80% of the Empire's population. In other words: even if individual peasants bought little, their *aggregate* demand must have been significant.

Let us now take a closer look at the implications which these two factors, *aggregate demand* and *stratification*, had for the structure and volume of peasant demand. At this point I should like to introduce an argument from comparison. What do we know about the spending habits of peasants, especially well-off peasants, in later historical periods? Let us begin with the case of late-medieval England, where, as has been argued recently, an increasingly market-orientated behaviour among sections of the peasantry stimulated the development of a significant group of well-to-do farmers in the countryside [89]. What is known about the demand patterns prevailing among the English peasantry of this particular period, and how were these patterns affected by peasant stratification? Of course it would be absurd to expect a simple answer, valid for all regions at any moment beteen, say, 1350 and 1500 A.D. In 1358 it was said of the peasant population of one particular area "*sunt agricultores, non emunt, sed vendunt*" [90]. Yet a century later an English refugee who had spent more than ten years in France made the quite general observation that English peasants ate better, drank better, clothed better and had far more farm implements than their French counterparts [91]. Postan describes the prevailing demand patterns as follows: "Salt was, as a rule, bought and so were articles made of iron and earthenware. Most households also bought

the absence of any separation between *pars urbana* and *pars rustica* runs counter to the interpretation of the richer houses as residences of urban-based large landowners.

[89] K. *Biddick*, Medieval English Peasants and Market Involvement, Journal of Economic History 45 (1985), 823-831. *ead.*, Missing Links: Taxable Wealth, Markets and Stratification among Medieval English Peasants, Journal of Interdisciplinary History 18.2 (1987), 277-298, esp. 277-280 and 296-298.

[90] R. *Hilton*, Medieval Market Towns and Simple Commodity Production, Past & Present 109 (1985), 3-23, at 7.

[91] A. *MacFarlane*, The Origins of English Individualism, paperback edn, Oxford 1979, 180-181.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

small quantities of pitch, tar and occasionally even such semi-luxuries as pepper or textile fineries." [92] This was true of the peasantry in general. But what about the rich peasants? As regards this, it is interesting to see Postan surmise that, after payment of rents and various dues and taxes, a large part of *their* cash resources found its way into the acquisition of additional land and into petty money-lending rather than into demand for services or the purchase of manufactured goods [93]. This conclusion is echoed by Hobsbawn's remarks about the spending habits of the "middle and rich peasantry" in preindustrial Europe. "Its wants are traditional; most of its wealth goes into more land and cattle, or into hoards, or into new building, or even into sheer waste, like those gargantuan weddings, funerals and other feasts which disturbed continental princes at the turn of the sixteenth century." [94]

Postan's and Hobsbawn's verdict may well be too pessimistic and it certainly does not apply to the structure of peasant demand in all preindustrial societies. In 16th and 17th century England, rising peasant prosperity brought about not only a 'rebuilding' but also a 'reclothing' of the countryside. It is clear that here peasant resources found their way into the purchase of manufactured goods, especially linnens, long before production technology was revolutionized by the advent of the steam engine, the power loom and the spinning jenny [95]. The coastal provinces of the early modern Dutch Republic present an equally interesting case. Here peasants "avoided the trap of using their income to chase after parcels of land". Nor did they bother to show off their wealth by purchasing an irrationally large number of horses. Instead, the Friesian peasantry preferred to spend its increased resources on bigger farm buildings, better farm equipment, glass, earthenware, textiles and also on silver and gold ornaments [96]. On the other hand, neither 17th century England, with its enclosures, large tenancies and prosperous yeomen, nor the early modern Dutch Republic, with its commercializing entrepeneurial farmers, is li-

[92] M.M. *Postan*, The Medieval Economy and Society. An Economic History of Britain in the Middle Ages, London 1972, 198-199.
[93] *Postan* (see previous note), 135 ff.
[94] E-J. *Hobsbawn*, The Crisis of the Seventeenth Century (orig. 1954), in: T. Aston (ed.), Crisis in Europe, 1560-1660 (5th edn London 1975), 5-58, at 26.
[95] K. *Wrightson*, English Society, 1580-1680, London 1982, 135-136; M. *Spufford*, The Great Reclothing of Rural England, London 1984, esp. 1 ff. and 114 ff.
[96] J. *de Vries*, Peasant Demand Patterns and Economic Development: Friesland 1550-1750, in: W.N. Parker and E.L. Jones (eds), European Peasants and their Markets (Princeton 1975), 205-268 (the quotation at 235). Cf. J. *de Vries*, The Dutch Rural Economy in the Golden Age, 1500-1700, New Haven/London 1974, 214 ff.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

kely to be representative of conditions prevailing in the ancient world. Indeed, the comparison is instructive mainly because it provides a contrast, and hints at crucial differences between the 'peasant economy' of the ancient world and its modernizing English and Dutch counterparts in the early-modern period. This is a line of inquiry that I shall pursue a bit further in the final section of this contribution (section 7).

The relevance of all this for our understanding of ancient rural society is that it demonstrates that, though some link between the presence of a group of well-to-do peasants and demand for *manufactured goods* is likely to have existed, this link is far from straightforward. And the link with demand for *urban-produced* manufactures must be, if anything, even more tenuous. Consequently, it would be dangerous to assume that peasant *stratification* had more than a limited impact on peasant demand for externally supplied goods and services. Well-off peasants may have spent their resources in all sorts of ways: on land, cattle, social occasions *etc*. Expenditure on better housing is reflected in the archaeological record. No doubt some prosperous villagers used part of their resources to buy clothing of a more luxury type, or objects made of gold and silver. But I suspect that such purchases were made only occasionally, indeed so occasionally as to have a rather limited effect on total peasant demand. In any case, the demand for luxuries that was generated by nucleated village communities must often have been too low to warrant the setting-up of permanent establishments for the production and sale of such goods.

This is not to deny that, even in the case of 'luxuries', trifling *per capita* demand, when aggregated, might add up to something big. To say that this must have been the case on an Empire-wide scale is to state an obvious truth, but also a truth that is more or less meaningless, since it seems unlikely that any producer or group of producers was in a position to tap the aggregate demand for 'luxuries' by well-to-do peasants all over the Empire. Yet it might also be true on a regional scale, in which case one may suspect reliance on urban-based producers and/or traders. As to demand on a local level, if villages were very large and could boast a sizeable stratum of better-off inhabitants - including people like veterans and the personnel of thriving village sanctuaries - it might be feasible to provide luxury goods even on a permanent basis. This is shown by the fact that goldsmiths are on record in Egyptian villages, some of which had as many as 2000 or more inhabitants [97]. Again the question obtrudes itself, "How typical was Egypt?". Did Egyptian villages, per-

[97] T. *Reil*, Beiträge zur Kenntnis des Gewerbes im hellenistischen Aegypten (orig. Borna-Leipzig 1913), repr. NY 1979, 50 f.; *Geremek* (cf. note 12), 92 and 94.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

haps, have exceptionally large and/or more stratified populations than had villages in other parts of the Empire? I am afraid that, as to this, we are completely in the dark. None the less I would suggest that, in general, only aggregate peasant demand for *non-luxuries* was so important as to warrant the permanent establishment of suppliers in a rural context [98]. After all, even in the Egyptian countryside there were certainly more potters, coppersmiths and textile workers than there were glass-makers and goldsmiths [99].

The general picture of peasant demand which seems to emerge from the preceding discussion is in accordance with what is known of other 'peasant societies' [100]. Peasant production aimed at self-sufficiency in food, so that peasant demand for externally supplied foodstuffs tended to be very low. On the other hand, this aim was not easily achieved, if only because harvests fluctuated wildly and crop failures were common. Among the mechanisms used to cope with this problem were storage, reciprocal exchange with neighbouring producers and also cutting down consumption levels. Interestingly, there is some evidence that the saving of cash was also one of the buffering tactics adopted by peasants to cope with unforeseeable future adversities.

The bulk of what peasants produced went into subsistence and into the payment of rents and taxes. The emphasis of the preceding discussion has been on the fact that, in spite of this, it would be wrong to envisage ancient peasant households as wholly 'autarkic'. Part of peasant resources were also spent on goods and services provided by specialists. What needs to be stressed is that this did not make ancient peasants less 'peasant' (in the technical sense of the word). After all, as Thorner has warned us, "We should be careful not to slip into the trap of imagining a 'pure' type of peasant household which consumes practically everything it produces and practically nothing else, as distinct from an 'impure' type which produces for a market as well as for its own immediate needs. The latter is historically more common and more character-

[98] It is quite deliberately that I speak of a "rural" rather than of a "village" context here, because we should take into account also the manufacturing activities that took place on rural estates. Cf. *Geremek* (cf. note 12), 95.

[99] *Reil* (cf. note 97) passim.

[100] Since the concept of a 'peasant economy' is, or should be, well-known, a discussion of the technical notion of 'peasant' can be dispensed with. Recent discussions by ancient historians include: *De Ste. Croix* (cf. note 22), 208-209 and *De Neeve* (cf. note 34), 15. Cf. also *Gamsey* (cf. note 6), 44-47.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

istic" [101]. The main aim of the preceding discussion has been to suggest that what little we know of the peasantry of the Roman world fits in with the final sentence of this statement.

[101] D. *Thorner*, Peasant Economy as a Category in History (orig. 1962), in: T. Shanin (ed.), Peasants and Peasant Societies, 2nd edn Oxford 1987, 62-68, at 65.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Gaetano Forni

GLI ALBORI DELL' AGRICOLTURA

Origine ed evoluzione fino agli Etruschi ed Italici









FUNDAMENTA AGRICULTURAE

Questo volume è reperibile all'Università di Napoli (Istituto di Antropologia - prof. Franco Fedele)

Archivio Storico della Repubblica - Archivio Storico

FRUMENTI INTERESSANTI DIRETTAMENTE O INDIRETTAMENTE L'AGRICOLTURA PREISTORICA E ANTICA NEL NOSTRO PAESE

Nome botanico	Patrimonio genetico (1)	Grado di domesticazione	Caratteristiche utili	Epoca e regione di origine	Prime evidenze in Italia	Scala di utilità (2)
Triticum monococcum ssp. *boeoticum* (= monococco selvatico)	Diploide	Selvatico	Vestito, rachide fragile, immune da crittogame	X millennio a.C. Tell Abu Hureyre (Siria) (Hillmann, 1975)	—	1
Triticum monococcum ssp. *monococcum* (= monococco coltivato = ted. *Einkorn* = spelta minore o farro piccolo)	Diploide	Domestico	Vestito, rachide resistente, immune da crittogame e allettamento	VIII-VII mill. a.C. Varie località del Prossimo Oriente (Zohary e Hopf, 1988)	Grotta dell'Uzzo (Sicilia) 5900 a.C. (Costantini, 1989); Masseria S. Tecchia (Puglia) 5000 a.C. (Follieri, 1987); Vho (Cremona), fine V mill. a.C. (Castelletti, 1975; Biagi e Nisbet, 1987)	2
Triticum turgidum ssp. *dicoccoides* (= dicocco selvatico)	Tetraploide	Selvatico	Vestito, resistente alle crittogame e all'allettamento	X-IX mill. a.C. Varie località del Prossimo Oriente (Zohary e Hopf, 1988)	—	1
Triticum turgidum ssp. *dicoccum* (= dicocco coltivato = probab. *far* dei Latini = tedesco *Emmer*)	Tetraploide	Domestico	Vestito, resistente alle crittogame e all'allettamento	VIII-VII mill. a.C. Varie località del Prossimo Oriente (Zohary e Hopf, 1988)	Grotta dell'Uzzo (Sicilia) 5900 a.C. (Costantini, 1989); Masseria S. Tecchia (Puglia) 5000 a.C. (Follieri, 1987); Mosio (Mantova), fine IV mill. a.C. (Biagi e Nisbet, 1987)	2
Triticum turgidum ssp. *durum* (= grano duro, da pasta)	Tetraploide	Domestico	Nudo	VII-VI mill. a.C. Varie località del Prossimo Oriente (Zohary e Hopf, 1988)	Rendina (Puglia), 5160 a.C. (Follieri, 1987)	4
Triticum aestivum ssp. *spelta* (spelta oppure farro = tedesco *Dinkel*, da non confondere col *far*)	Esaploide	Domestico	Vestito, resistente alle crittogame e al freddo	1ª metà V mill. a.C. Arukio I (Transcaucasia) (Janushevich, 1984)	Rendina (Puglia), 4490 a.C. (Follieri, 1987); Fiavè (Trento), 1400 a.C. (Jones e Rowley Conwy, 1984)	2
Triticum aestivum ssp. *aestivum* o *sativum* o *vulgare* (grano da farina, grano tenero)	Esaploide	Domestico	Nudo	VI-V mill. a.C. Area Caspica (Zohary e Hopf, 1988)	Grotta dell'Uzzo (Sicilia) 4800 a.C. (Costantini, 1989); Fiavè (Trento), 1400 a.C. (Jones e Rowley Conwy, 1984)	5
Triticum aestivum ssp. *compactum* (grano nano, grano compatto)	Esaploide	Domestico	Nudo, resistente al freddo	VII mill. a.C. Tell Ramad (Siria) (Feldmann in Simmonds, 1976)	Grotta dell'Uzzo (Sicilia) 4800 a.C. (Costantini, 1989); Lagozza di Besnate (Varese) 3000 a.C. (Castelletti, 1975/6 Biagi e Nisbet, 1987)	3
Triticum aestivum ssp. *sphaerococcum* (grano tondo: sferococco)	Esaploide	Domestico	Nudo	4000 a.C., India (Jarrige e Meadow, 1980, in Zohary e Hopf, 1988)	—	3

(1) Diploide, tetraploide, esaploide, ecc. a seconda che il corredo cromosomico sia doppio, quadruplo o sestuplo.
(2) 1 = utilità minima; 5 = utilità massima; gli altri numeri indicano utilità intermedie.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Alcune precisazioni alla tabella dei frumenti

1 - Molti botanici (ad es. Ciferri, Helbaek, ecc.) elevano al rango di specie i gruppi sistematici indicati nella tabella qui a fianco (come fanno Feldman ed altri) quali sottospecie (ssp.) o varietà (v.), un quasi sinonimo di sottospecie.

Noi stessi indicheremo per brevità, ad esempio, semplicemente *T. dicoccum* anziché *T. turgidum* ssp. *dicoccum*.

2 - L'incremento del patrimonio genetico (più precisamente cromosomico) è a grandi linee parallelo al processo di domesticazione, ma non rigidamente coincidente. Per questo i frumenti esaploidi sono tutti domestici, mentre parte dei diploidi sono selvatici o comunque spontanei.

3 - Caratteri «progrediti», come il facile distacco delle glume durante la trebbiatura, cioè la *nudità* delle cariossidi, sono talora posposti dai coltivatori alla presenza di caratteri arcaici, come l'essere *vestiti*, in quanto connessi a minor resistenza al freddo e all'umidità. In tali situazioni climatiche, infatti, i frumenti poco resistenti piegano ad angolo il culmo, si distendono (da cui il termine *allettamento*) e poi seccano senza maturare. Il danno è aggravato dal diffondersi di crittogame parassite (donde il nome, a tali malattie, di crittogame), tra le quali primeggiano le *ruggini*.

Queste erano riconosciute dagli antichi Romani come talmente dannose che vennero elevate al rango di divinità: *Robigo*. In suo onore si svolgevano riti particolari di tradizione antichissima, in aprile, all'epoca delle piogge primaverili. Da ciò si spiega come venissero coltivati per lungo tempo i grani vestiti, più resistenti, come si è detto, a tali avversità, e come nell'antica Germania si prediligesse, tra gli stessi grani esaploidi, il *T. spelta*, pure vestito, ma particolarmente resistente, oltre che all'umidità al freddo invernale. *Spelt* è infatti termine germanico, da cui quello di «spelta», introdotto in Roma con il commercio del grano dal Nord.

È da notare che una forma speltoide era emersa, secondo Kislev (1984) già nel VI millennio a. C. in Irak, ma non è da collegarsi con il *T. spelta* ricomparso più di recente nell'area germanica (Kislev, ibidem, pag. 68).

4 - È molto difficile passare dall'ordine linguistico — e quindi dal documento scritto — a quello ontologico (quale appunto è il reperto archeologico), e viceversa, quando ci si riferisce ad epoche lontane. Lo si può verificare già per i tempi attuali, consultando il Penzig (1924), ove si può notare come spesso il medesimo termine indichi, a seconda della località, specie vegetali completamente diverse.

La stessa cosa era stata sottolineata, per le epoce antiche e la preistoria, da Devoto (1962, pag. 44), per cui non vi può essere alcuna certezza assoluta d'identificazione botanica ad esempio per il *far* degli antichi Romani.

Ciferri, al riguardo, sotto la voce *farro* dell'Enciclopedia Agraria Italiana (Vol. IV, 1960, pag. 367) distingue tra il termine italiano *farro*, che fa corrispondere al *T. spelta* (come del resto fa Helbaek, 1967, pag. 282) e il *far* latino che, nella medesima voce, identifica con il *T. dicoccum*. Si rimane quindi perplessi circa le considerazioni di Ampolo (1980, pag. 16, n. 5) su quanto scrive Ciferri.

A nostro parere, la motivazione che soggiace a quanto scrive Ciferri è la seguente: il cereale vestito tipico dei Romani era il *T. dicoccum*; solo più tardi prevalse, tra i grani vestiti, il *T. spelta*; di conseguenza, mentre prima, nel linguaggio popolare, il grano vestito, e quindi il *far*, era il *T. dicoccum*, successivamente, all'emergere del linguaggio volgare, cioè nel Medioevo, il farro era l'equivalente della spelta.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

PRESENTAZIONE

Da ormai sessant'anni grazie alle nuove vie di ricerca aperte da L. Febvre e M. Bloch, fondatori dell'«Annales», la più importante rivista storica del nostro secolo, la storia è venuta a trovarsi al punto di incrocio di tante discipline: le geografia fisica, le scienze naturali, le scienze economiche e sociali, ed è maturata la possibilità di una storia integrale attenta alla cultura materiale, alla tecnologia, all'economia produttiva, alla società, alla vita quotidiana. Quella storia globale che F. Braudel chiamerà la storia della lunga durata, capace di leggere al di sotto della superficie degli avvenimenti politici e individuali quei lenti movimenti che fanno spostare a poco a poco, quasi insensibilmente, le strutture. Una trasformazione per molti aspetti analoga si è operata nella ricerca archeologica preistorica, quando dallo studio tipologico, cronologico e culturale dei reperti si è passati allo studio delle società che li hanno prodotti. Lo studio delle forme di sussistenza, delle culture come sistemi di adattamento all'ambiente e delle interrelazioni tra bioma, habitat e cultura sono i cardini fondamentali del nuovo approccio economico ed ecologico negli studi preistorici e J.G. Clark ne è stato il pioniere.

Lo studio dei rapporti uomo-ambiente nel passato è possibile grazie all'adozione di metodi di ricerca interdisciplinari fin dal momento dello scavo archeologico. In particolare lo studio della fauna (archeozoologia) e della flora (paleobotanica) hanno lo scopo di ricostruire non solo l'evoluzione dell'ambiente ma anche l'economia delle comunità del passato e l'impatto antropico sull'ambiente.

Si sono così accumulate enormi quantità di dati su uno dei problemi più affascinanti della preistoria: l'origine dell'agricoltura e dell'allevamento e l'evolversi delle tecniche di produzione del cibo.

Dopo la scoperta del fuoco, è stata l'agricoltura a determinare i cambiamenti più rivoluzionari nella storia del genere umano. Da un'economia di tipo predatorio, basata sulla caccia, la pesca, la raccolta di frutti, semi e radici, gli uomini lentamente passarono ad un'economia di produzione del cibo. Nel corso del tempo gli effetti dell'agricoltura produssero una serie di cambiamenti rivoluzionari: un forte incremento demografico, una vistosa trasformazione dell'ambiente naturale e la possibilità di accumulare eccedenze alimentari. Fu così che si crearono le condizioni indispensabili per il sorgere della civiltà urbana.

Ma il passaggio dall'economia predatoria a quella produttiva non fu così rivoluzionario come il termine «rivoluzione neolitica» potrebbe far intendere. Nella prima parte del libro Forni analizza ampiamente il tema dell'origine dell'agricoltura alla luce dei diversi approcci possibili. Naturalmente ampio spazio è dato alle interpretazioni e ai dibattiti che traggono alimento dalla documentazione archeologica, che si accresce in permanenza. L'autore prende posizione a favore di quelle tesi secondo cui i primordi delle tecniche di produzione del cibo sono profondamente radicati nei tempi pre-neolitici. Comunità mesolitiche del Vicino Orien-

47

Senato della Repubblica

te, ad esempio, praticavano la combustione della prateria e della boscaglia, favorendo lo sviluppo dei germogli e le radure a cereali, in modo da attirare ovi-caprini, antilopi e gazzelle.

L'agricoltura seminativa basata su grano, orzo e leguminose, e l'allevamento di capra, pecora, bue, maiale, hanno avuto origine nelle zone collinari e nei bacini inframontani del Vicino Oriente, da cui poi si diffusero nel bacino del Mediterraneo e nell'Europa continentale e settentrionale. L'introduzione e lo sviluppo dell'agricoltura in Europa furono compiti tutt'altro che facili: ci vollero 3000 anni perché in condizioni ecologiche profondamente diverse da quelle originarie si potessero adattare con successo specie vegetali e animali esotiche come il grano, l'orzo, la capra e la pecora. Un compito immane aspettava poi le comunità neolitiche europee. L'Europa era interamente coperta dalle foreste e per creare campi e pascoli era indispensabile intraprendere una colossale opera di disboscamento e di dissodamento. Anche questo è uno dei temi discussi e approfonditi dall'Autore.

Mentre la prima parte del libro è dedicata alle origini dell'agricoltura e dell'allevamento, la seconda parte può definirsi una storia dell'agricoltura italiana dall'età del Bronzo ai tempi romani. Forni intende dimostrare come la struttura fondamentale dell'agricoltura italiana risalga alla civiltà etrusca e italica.

Come abbiamo brevemente ricordato all'inizio, l'archeologia come la storia si trova all'incrocio di tante discipline diverse nella prospettiva di ricostruire una storia globale.

Un archeologo non può essere uno specialista di tutte le branche della sua disciplina né tanto meno di altre discipline. Tuttavia deve conoscere le possibilità offerte dall'incontro con altre discipline. Non è raro il caso che importanti documenti per la storia dell'agricoltura preistorica siano rimasti ignorati perché non se ne è saputo comprendere il significato. Uno dei meriti del libro di Forni, e della fatica a cui si è sobbarcato, è proprio quello di favorire l'incontro tra due discipline diverse ma che devono cooperare per ottenere risultati duraturi. La lettura delle documentazione archeologica da parte di uno storico dell'agricoltura costituisce un sicuro passo in avanti e non può che stimolare una maggiore attenzione da parte degli archeologi al fondamentale tema dell'economia produttiva.

PROF. RAFFAELE DE MARINIS
Istituto di Archeologia - Università degli Studi di Milano

Senato della Repubblica - Archivio Storico

INDICE ANALITICO

(i numeri di pagina in corsivo si riferiscono alle illustrazioni; quando il numero della pagina è seguito da C, significa che si tratta di una cartina, quando invece è seguito da T, di una tabella)

Abbruciatura stoppie, residuo ignicoltura preistorica, 99
— v. anche brusare/brasare
Abitazioni agrarie La Tène e gallo-romane, 348
— v. Insediamenti
Aborigeni Australia, 98
Accette, 329 e seg., 343, *333*, *337*, *340*
Addensamento insediamenti età del Bronzo, 240C
Adescamento, v. Domesticazione e Animali esca
Agricoltura e ambiente, 17 e seg., 27 e seg.
— e ambiente, simbiosi mutualistica, 17
— diffusione, 106C
— e domesticazione fruoloi, 86
— e donna, v. Donna
— le due grandi epoche, 18
— etrusca, le quattro fasi, 222
— fonte di vita, 17
— intensificazione IV periodo, 288
— origini, 122
— orticoltura, differenze antropologiche, 64
— v. anche Coltivazione, origini; Allevamento, origini
Agrimensura, 280 e seg., *281*, *347*
Alba, alpe, *202*
Alberata viti, 356 e seg.
Alce, 123 e seg.
— cavalcatura, 38
— da tiro, 128
— mungitura, 130
Alfabetizzazione, origini e diffusione, 273C
Alimentazione carnea etrusca, 379 e seg., 396, *380*, *386*, *401*
— vegetale etrusca, *401*
Allattamento animali e donna, 44, 49, *42*, *43*
Allevamento e agricoltura, 86
— definizione, 91
— fuoco e coltivazione, 95, 116
— inconsapevole-semiallevamento, 92
— origine e profitto economico, 83 e seg., 91
— e religione, 90
— per svago, 46 e seg.
— tentativi, 43
— I periodo etrusco, 241 e seg
— IV periodo etrusco, 379 e seg
Allevatori e agricoltori: teorie di precedenza storico-culturale, 118 e seg.
— primitivi contemporanei, 84
Alpeggio, origine e tradizione, 176, 248
Alternanza, v. Rotazione
Ambiente e agricoltura, 118, *31*
Ammansimento, 74, 79
Analogia, concetto, 19
Ananas, *372*
Anatre, 396, *393*
Anaunia, v. San Zeno
— martiri, 268
Anfore, *357*, *361*
Animali, dimensione, evoluzione, *401*
— esca, 37, 134 e seg.
— familiarizzazione, 37, 41 e seg., 91
— rinselvatichimento, 45
— selezione presso i cacciatori, 32
— uomo, tipologia relazioni, 91 e seg.
Annona squamosa, *372*
Antropocentrismo, 18
Antropologia culturale e archeoagricoltura, 20 e seg.
— interazione con scienze naturali, 21
Aratore di Arezzo, 303, *296*
Aratro, diffusione, 151C, 159, 175C, 313C
— in Africa, *152*, *153*, *157*
— e arte delle situle, 263 e seg.
— e culto della fecondità, 265
— ergologia, 293, *182*
— età del Bronzo, 147 e seg., 185, *150*, *180-183*
— età del Ferro, 298 e seg., *183*, *184*
— età del Rame, 147 e seg., 186, *180*, *185*
— evoluzione, cronistoria, 316T
— Bronzo Gardesano, 185, *182*, 316T
— a carrello, catene, 314, *301*, *304*, 317T
— e dissodamento, 154
— rastri ed erpici - correlazioni storiche, *153*, 158
— etruschi, *296*, *298*, 317T
— denominazione/etimi, *313*
— ideogrammi, *155*, *158*
— impossibilità d'uso, 154
— introduzione in Italia, 179 e seg., 316T
— ippotrainato, *265*, *267*
— su monete, 306, 312, *275*
— origine, 147 e seg., 151C, 175C, *155*, *156*, 316T
— origine ed evoluzione climatica, 180 e seg.
— polivomere, 318T, *153*
— pre-etrusco/etrusco, relazioni, 188
— preistorico in Europa, *180*, *181*, *185*
— preistorico in Italia, *180* e seg., 316T
— prima documentazione camuna, 160, 316T
— a ruote, origini, 314, *304*, 317T
— seminatore, *185*
— semplice, tipologia, 293 e seg.
— siloria, 302, 313C, 309, 317T
— su situle, 263 e seg.
— socha, 153, *153*
— solchi fossili, 159, *157*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

— tipologia, *182, 183*
— di Trittolemo, 186, *275*
— su tombe e urne, 307, *275, 297, 309*
— vantaggi, 170
— v. anche Vomeri
— di Arezzo, 303, *296*
— di Bedolina, *265*
— di Bisenzio, 251, *251*
— della Certosa di Bologna (situla), 264, *265*
— di Civita Castellana, 305, *296*
— del Cornaggia Castiglioni, 300, *309*
— del Lavagnone, 186 e seg., *182*
— di Montebelluna (cista), 268, *265*
— di Nesazio (situla), 268, *265*
— del Ripostiglio del Genio Militare, 308, *297*
— di San Zeno, 265, *265*
— di Seradina, *267*
— di Talamone, 307, *296*
— di Tarquinia, 298, 306, *296*
— vantaggi tecnici, 170 e seg.
Aratrocoltura, origine, 69
Aratura, scene su ceramica, *275*
Arature ripetute, 190
Arboricoltura, 367
Archeoagricoltura, esperimenti, 171
Archeologia e mode pendolari, 119
— territoriale, 116
Arco, invenzione ed evoluzione, *156*
Area origine animali domestici, 69C
Area origine *Equus* spp., 69C
— Suini, 69C, 78C
Aree coltivate nella preistoria, 104, 161, 229C, 238C, 291
Arieti cavalcati, *131*
Aristocrazia, origini, 204
Aristocrazie etrusche, origini, 216 e seg.
Artemide e cervo, 128, 140, *141*
— e mito di Ifigenia, *139*
Asce, 343, *333, 340*
Asino degli Etruschi, *392*
— prima introduzione in Italia, 80T
— origine domesticazione, 69C, 80T
— selvatico, *244*
Assemblearismo e preistoria, 196 e seg.
Assemblee, ubicazione, 200
Atteone, mito di, 141
Avantreno sterzabile in carro, 177, *173, 402*
Avvicendamento e maggese, 224
— e rotazione, evoluzione, 167, 251
— e rotazione, origini, 162

Baco da seta e donna, 53
Bambini e adolescenti allevatori, 48, 56
Bardatura cavallo, *390, 391*
Bastone assolcatore, 159
— da scavo, *47, 50*
— da scavo, evoluzione, *155*
Bidenti IV periodo etrusco, 319 e seg., *321, 322, 323*
— v. Strumenti manuali in ferro
Bifidità vertebre zebù, *388*
Bilance, *347*
Bisonti adescamento, 34, *36*
Bollitoio, *245*

Bonifica, simboli e divinità, 345 e seg., *386*
Boomerang, evoluzione, *156*
Bos indicus (zebù), *55, 78, 388*
Bos primigenius brachyceros e *B. macroceros (megaceros)*, 69 e seg., *66, 68, 78*
Bos taurus brachyceros e *B. macroceros*, *77, 78, 180*
Bottaio, botti e tini, *361*
Bovini in Africa, origine, *78, 79*
— allevam. I periodo etrusco, 242
— cattura tra i Minoici, *85*
— culto, *70, 365, 386, 387, 388*
— origine domesticazione, 68, 69, 80T
— origine razze italiane, 381, *389*
— prima introduzione in Italia, 80T
— raffigurazioni Tardo Paleolitico-Epipaleolitico, *66, 67*
— specie, sottospecie, razze, 381, *385* e seg.
Bronzo-ferro, trapasso, agricoltura, 215
Bronzo, evoluzione tecnologie, 179
Brusare-brasare, 100, 251
Bulbi, raccolta presso i Minoici, *119, 121*
— tubericoltura, 154, 155

Caccia, 29 e seg., 96
Cammello all'aratro bivomere, *152, 153*
— origine domesticazione, 80T
Canalizzazioni, 348
Canarini, domesticazione, 34, 54
Cane, origine domesticazione, 68, 80T
— prima introduzione in Italia, 80T
— razze, 396, *400*
Capanne, costruzione (Pigmei), 47
— preistoriche, costruzione (Sahara), *87*
— etrusche, *283*
Capra, culto, *65*
— traino, *132*
Caprovini, v. Ovicaprini
Carri etruschi e italici, *258, 259, 260, 261*
— distribuzione, 403C
— introduzione e genesi città, 171
— Magna Grecia, *173*,
— Mesopotamia, *168*
— origine, 171, *168*
— preistorici, *173*
— prime documentazioni in Italia, *170, 172*
— Sahara, *71, 87*
— su situle, *175*
— sterzabili, *172, 173*
— storia, 177
Carro agricolo Bolsena, *403*
— a stanghe di Salerno, *403*
— della Ca' Morta, *403*
Cartine: area di origine animali domestici, 69
— area di origine asini ed emioni, 69
— vie d'immigrazione e formazione in Africa di razze bovine domestiche, 78
— area di origine maiali, 78
— diffusione dell'agricoltura dal Prossimo Oriente, 106
— «centri» e «non-centri» di origine delle piante coltivate, 107
— diffusione dei cereali selvatici, 109
— schema di diffusione delle principali piante domestiche dal Prossimo Oriente, 111

Senato della Repubblica - Archivio Storico

— siti di reperimento in Italia di resti di piante alimentari, 117
— area di diffusione dell'aratro, 153
— siti di reperimento ruote preistoriche in Padania, 169
— diffusione dell'aratro e del carro dal IV al II mill. a.C., 175
— diffusione del vomere in ferro dal VI sec. a.C. all'anno 0, 189
— messa a coltura, in epoche diverse, dei vari tipi di terreno in Italia, 229
— variazione stagionale delle precipitazioni annuali in Italia, 230, 231
— variazione dell'ubicazione insediamenti nel medio e tardo Neolitico, 238
— effetti dell'introduzione dell'agricoltura all'aratro in Italia, 240
— popolamento in Italia nell'età del Bronzo, 249
— formazione delle strutture etniche nel nostro Paese, 273
— effetti della rivoluzione del ferro sull'incremento della popolazione nell'Italia centrale, 287
— il nucleo etnico della Rezia secondo Risch, 304
— etimi della terminologia dell'aratro in Italia, 313
— quadro delle relazioni tra agricoltura padana e renodanubiana, 313
— aree di diffusione della potatura corta e di quella lunga con sostegno vivo nella vite, 358
— diffusione delle tombe con carri in Italia, 403
Caseificio etrusco, 379
— e linguistica, 142
— preistorico, 142, *79*
Castagno, 240, 374
Castellum: significato sociale, 206
Catalizzatori evoluzione sociale e agricoltura, 219
Cattura e domesticazione, 83 e seg., 88
Cavalli camuffati da cervi, 131, *132*
— etruschi, greci, italici, veneti, 261, 388 e seg., *390*
— celtici, romani, *391*
— specie, sottospecie, razze, 392, *392*
— traino aratri, *267*
Cavallo, area domesticazione, 81
— bardatura, 392, *258*, *391*
— ferri, *390*
— importazione dalla Grecia, *258*
— morsi, 253, 261, 389, *253*
— origine domesticazione, 75 e seg., 131, 80T
— origine razze italiane, 392, *392*
— prima introduzione in Italia, 80T
— razze da cocchio e da cavalcatura, 261
— razze da corsa e da lavoro, 388 e seg.
— selvatico, raffigurazione, *66*, *70*
— v. anche Equini, Equus
Cavolo, origine coltivazione, *113*
Cedri, 375, *371*, *372*
Celti, cartina espansione, 273C
Centri d'origine delle piante domestiche, 107C
Centuriazione, 282 e seg.
Cereali, area di origine, 107C
— culto, *110*, *353*
— epoca di diffusione in Italia, 234T
— diffusione, 109C
— raccolta-trebbiatura Sahara, *87*
— selvatici, disseminazione, *112*
— spontanei e coltivazione, 64 e seg.
Cerealicoltura, 64, 224 e seg., 351
Cernunno, dio-cervo, 138, *141*
Cervo, allevamento, 125 e seg., 133 e seg., 134, *136*, *137*, *138*
— caccia e semiallevamento, *66*, *125-141*
— cavalcatura, 124, *129*, *130*
— cessazione allevamento, 127
— civiltà del, 47 e seg.
— culto, 138 e seg., *134*, *141*
— e donna, 140
— nell'editto di Rotari, 133 e seg.
— giogo-aratro presso gli Sciti, 131
— e linguistica, 142
— modo di vita, 123
— protodomesticazione (semidomestic.), 123-127
Cervi da tiro, 135
Cesoie per tosatura, 344, *333*, *335*, *340*
Ceti medi, emersione, 217, 218, 249
Chirone, mito del cavallo, 138
Ciclomorfi, *105*, *106*, *127*, *130*
Ciliegie, *371*
Cinghiale, *381*
Cippo divisorio etrusco, *347*
Città, origini, 171, 286
Clima, evoluzione, influenza, 64, 120, *239*, *285*
Collegamenti padano-anauni-atesini, 311
Collettivismo fossile, 206
Colombi, 396, *393*
Colti-allevamento, 64, 116
Coltivazione, matrice domesticazione animale, 86
— origini, dibattito, 95 e seg., 116
— origini e linguistica, 100
Coltri, *299*, *301*
Compascuo, 200, 202
Comunitarismo, residui attuali, 204
Coltello scuoiatore, *333*
Conciliabula, *conjuratio*, 198, 200
Controfuochi, 99
Coppelle v. Ciclomorfi
Cotogne, *370*
Crop-robbers domesticazione, 63
Cunicoli, 345 e seg., *346*

Danza della pioggia, *43*
Dea madre, v. Madre
Dema, divinità della terra, 266
Demografia villanoviana, 289 e seg.
Demografici, calcoli, 289 e seg., *401*
Denominazione delle piante e fuoco, 100
Derrate, misurazione, *282*
Diana, mito, v. Artemide
Dimensioni animali domestici preistorici, protostorici, romani e selvatici, 266
Dipolarità origini agricoltura, 64, 154 e seg.
Disboscamento col fuoco, 99
Divaricazione orticoltura-cerealicoltura, 64
— culturale popoli alpini-conquistatori Romani, 195
Divinità della fecondità, 266
— dalle corna di cervo, 128
Domesticazione e ambiente, 27, 88
— animale e linguistica, 142

Archivio storico
Senato della Repubblica - Archivio Storico

— animali esca, 37
— concetto, 83 e seg.
— definizione, 88, 91
— esigenze fisiologiche e ludiche, 84
— febbre, 88
— e gioco, 56, 46, 84
— e imprinting, 60 e seg.
— e mutamento climatico, 64
— origini, 27, 80T, *38*
— origini, dibattito, 63 e seg.
— origini, v. anche Ignicoltura, *slash and burn*
— origini, v. singoli animali
— ovicaprini, 63
— e parassitismo, 27 e seg.
— e profitto, 90
— e protezione, 27 e seg.
— e psicologia, 60 e seg.
— tipologia, 91
Domesticità «naturale», 32, 54
Domesticoide, concetto, 91, 108
Donna e agricoltura, 17, *31*
— allevatrice, 43, 53
— su biroccio trainato da bue, *87*
— cacciatrice, *50*
— e cervo, 140
— generazione e trascendenza, 17, 18
— e fuoco, 140, *99*
— iniziazione, *50*
— origine e simbologia dell'agricoltura, 17, *28*, *31*, *48*, *50*
— raccoglitrice, *50*
— e strumenti primitivi (Sahara), *48*, *50*
— v. anche Allattamento animali
— v. anche Madre
Dono, origine economia di scambio, 280
Doppio sesso, v. Sesso

«Eccellenti» famiglie, 248
Eccocentrismo, 18
Ecologia, 17 e seg., 27 e seg.
Ecologica preparazione uomo paleolitico, 97
Economia di scambio, 280
— di sussistenza, 220
Emione, 69C, *85*
Epoche, le due grandi epoche dell'agricoltura, 18
— preistoriche, corrispondenze varie regioni 221T
Equini, allevamento, I periodo etrusco, 244
— area origine, 69C, 80T
— domesticazione, 68, 75 e seg., 81
Equus africanus africanus, 69T, *71*
— *asinus hydruntinus*, 81, *66*
— *caballus przewalskii*, *70*
— *hemionus*, cattura, *85*
Eracle, v. Bonifica
Ergologia, 293, *182*
Erpici, rastri, aratro, 158
Estimo, tecniche induttive e archeologia, 397
Etnoarcheologia, 41 e seg., 19, *89*
Etnografia/etnologia, differenza, 41, 42
Etruschi, il tipo contadino, *283*
— il tipo proprietario terriero, *283*
Evandro e origini aratrocoltura in Italia, 179 e seg.
Evoluzione sociale e agricoltura, 219
— sociale, catalizzatori, 219
Evoluzionismo e archeologia agraria, 18 e seg.
Fabbro, officina, *279*
Faggio, faggiole, 238
Fagiani, 396, *393*
Fagiolo/dolico, *374*
Falcetti, 329 e seg., *330-341*
— preistorici, *148*, *149*, *150*, *228*
— bronzo, *226*, *227*, *279*
— ferro, 329 e seg., 336, *301*, *330-341*
— trentini, 338, *332*, *333*
Falci, *330-341*
— bronzo, 291, *225*, *227*
— evoluzione, 334
— ferro, 329 e seg., *330-341*
— incisioni rupestri, 334
— messorie e fienaie, 330 e seg.
— di San Zeno, 334, *332*, *333*
— e falcetti, maneggiamento, 336
Familiarizzazione e domesticazione, 83 e seg., 91
— renna nel Paleolitico, 37
— con serpenti, 45, *43*
Far, farro, tipo di frumento, 232, 234T, 235
Faraone, galline, 396, *393*
Farinate, *farinatae*, 228
Farrago e alimentazione, 232
Fecondità, culto della, 125, 265
Ferri di cavallo, *390*
Ferro, rivoluzione, 163, 327, 329
Fichi, *370*
Fienagione, origini, 252, 259 e seg.
— v. anche Falci
Filatura, 379, *383*
Finimenti cavalli, 392
Fondovalle, messa a coltura, 291
Foraggiatori e pastori, 118, 123 e seg.
Fosterra Talamone, 324, *321*
Formaggi, v. Caseificio, sbrinz, scamorza
Formiche allevatrici, 33, *33*
— v. anche Pastorizia
Forno da pane, *354*, *355*
— da vasaio, *363*
Fossili linguistici nel linguaggio quotidiano, 206
— sociali e socioculturali, 206 e seg.
Fragola, origini coltivazione, 376T, *113*
Frantoio, *368*
Freir, dio-cervo, 138
Frumenti, prima introduzione in Italia, 234T, 111C, *236*
— varie specie e area origine, 234T, 111C
— aree origine coltivaz., 107C, 109C, 111C
— macinatura, *148*, *353*, *354*, *355*
Fruttiferi, v. Piante da frutto
Fuochi «misteriosi», 162
Fuoco, conseguenze economiche, 96
— e denominazione piante, 100
— disboscamento, 95 e seg., 99, *100*
— ed ecologia, 95 e seg.
— e incremento selvaggina, 98
— origini possesso, 96, 97

Gallo, 396, *394*, *395*
— culto, *395*
Gatto, *400*

52
Senato della Repubblica - Archivio Storico

— domesticazione, 49, *45*
Giardini ornamentali etruschi, *400*
Giglio, raccolta e culto, *121*
Giochi con il toro, *384*
Gioghi bovini, 316, *315*
Granai, 213, *348*
Greca colonizzazione, 272 e seg.
Groma, 280

Hagia Triada, vaso mietitori, 291, *225*

Idealismo e archeologia agraria, 19
Idrauliche, macchine, *346*, *347*
— opere etrusche, 345 e seg., *347*
Idristi, 95, 103 e seg.
Ifigenia, mito, *139*
Igname, coltivazione, *100*
— origine, 107C
Ignicoltura, 95 e seg., 103 e seg.
— articolata, 112
— e clima, 120
— documentazione archeologica, 96
— Nuova Guinea, *100*
Ignisti, 95 e seg., 103 e seg.
— idristi, radici storiche, 121
Ignitecniche e produttività, 108
Immanicatura, 332
Importazioni di lusso dalla Grecia, 260
Imprinting, 60
Incendio controfuoco, 99
— economia di, documentazione, 96
Indeuropeo, origine, 176
Individualismo egalitario, 277
Ingenuità tecnica di alcuni studiosi, 161
Innesto, origini, *400*
Insediamenti Bronzo, 240C, *243*
— ferro, *348*,
— neolitici, *233*, 238C, 240C
— neolitici, precarietà/stabilità, 103 e seg.
— neolitici e territorialità, 104
— ubicazione, 117C, 229C, 238C, 240C
Insegnamento gratuito nella Magna Grecia, 280
Interazione dati archeologici e dati botanici, 21
— storia - economia sociale, 20
Interdisciplinare apporto, 163
Ippologia ittito-hurrita, *71*
Irrigazione, origini, 164
Ittiti, cavalcatura, 131
— ippologia, *71*

Labrusche viti selvatiche, 356
Lana v. Filatura e Tessitura
Latte di cerva e caseificio, 142
— digestione, 174
Lavagnone, aratro preistorico, 186 e seg., *182*
Legumicoltura, I periodo etrusco, 232
— IV periodo etrusco, 375
Leguminose, epoca di introduzione in Italia, 376T
Limoni, *371*, *372*
Linguistica: origini indeuropeo e semito-camitico, 177
— e cervo, 142
— nomi piante, 100
— relazioni rastrum-aratro, 159
— e siloria, 302
Linguistici fossili, 206
— influsso miceneo, 190
Linguistico, incrocio, 302
Longobardi e allevamento cervo, 134
Lotta maschi renne, *35*
Lotte contadine in Etruria, 286
Lupo concorrente uomo, 32, 34, *35*
— familiarizzazione, *43*
— leader bisonti, *36*
— leader renne, *35*

Macinatura cereali, *148*, *353*, *354*, *355*
Madre, dea, *28*, *29*, *30*, *31*
Maggese, 167
— introduzione in Italia, 190, 224
— e rotazione biennale, 282
Magistratura elettiva, 280, 282
Magna Grecia, strutture agrarie, 397
Maiale, origini domesticazione, 34, 80T
— prima introduzione in Italia, 80T
— sacrificio, *380*, *383*
Maiali, v. anche Suini
— area origine allevamento, 69C, 78C
— razze italiane, *381*
Mandorle, *371*
Mango, *372*
Mappe preistoriche, *243*
Masso di Cemmo e storia allevamento, 21 e seg.
Matriarcato, matrilinearità, 18, 174, 176 e seg.
Mele, *367*, *370*, *373*, 376T
Melograni, *370*
— introduzione, 375, 376T
Mentalità quantitativa individualistica, 276
Mestoli etruschi, *363*
Metallurgia e siderurgia, 276, *274*
Micenea origine maggese, 190
Mietitori, vaso di Hagia Triada, 291, *225*
Mietitrice Gallica, *355*
Mietitura, strumenti, 329 e seg.
Misurazione derrate, *282*
— terra, origini, 280 e seg., *281*
Mitra e il culto del toro, *388*
Molitura olive, *368*
Moneta etrusca con aratro, 306, *296*
— iberica con aratro, *275*
— Magna Grecia, *353*
— Magna Grecia con simboli coltivazione, *357*
— siciliana con aratro, *275*
Monte Bego, aratri preistorici, *183*, *184*
Morsi equini, 253, 261, 389, *253*
— equini in corno, *228*
Moscati origine, 352
Muflone, *382*
Mulino di Olinto, *354*
— rotativo, *354*
Mungitura preistorica Sahara, *77*
— sumerica, *79*
Musei agricoli, 210, 404
Mutazione biologica digestione latte, 174

Natura-madre-agricoltura, 17, 18, *28*, *29*, *31*
Noce, 240, *365*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Nomenclatura familiare genealogica, origini, 284
Nomi piante, origine, 100
«Noidista» scuola, 122

Oche, 396, *394*
Olcilicio, *364*, *368*, *369*
Oligarchia, origini, 217 e seg.
Olive da tavola, 373
— raccolta e spremitura, *368*, *369*
Olivicoltura, 367 e seg., *360*
— I periodo etrusco, 236
Olivo culto, *360*
Onagro, 69C, 85
Ortaggi, epoca d'introduzione in Italia, 376T
Orticoltura e ignicoltura, 110, 115
Orticoltura intensiva, 64
— origini, 109, 154 e seg., 375
Orticolturisti, radici storiche, 121 e seg.
Ovicaprini, origini domesticazione, 80T
— prima introduzione in Italia, 80T
— specie, sottospecie, razze, 379 e seg., *382*, *383*
— I periodo etrusco, 241

Pagus, gentilizio, 205
— territoriale, 205
Paleoagronomi e origini aratro, 114
Palme, *400*
Pane e ciclo di produzione, *353*, *354*, *355*, *365*
Panettiere, *355*
Parchi naturali e agricoltura, 29
Pastori, tende, *55*
Pastorizia, *55*, *57*
— formiche, *33*
— origini, 48, 118, 176
— e ragazzi, 57
Patriarcato e patrilinearità, 18, 174, 176 e seg.
Pennato, 342, *340*
Peri, introduz., 375, 376T
Periodi preistorici, v. Epoche
Pesche, *371*
Piante domestiche, centri di origine, diffusione, 107C, 111C, 117C
— continenti extra-europei, 107C
Piante, epoca introduzione in Italia, 376T
— raccolta e disseminazione, 29
— reperti fossili, *114*, 117C, *237*, *401*
Piccoli erbivori, domesticazione, 63
— v. anche Ovicaprini
Picconi corno, *228*
— IV periodo etrusco, 319 e seg., *320* e seg.
— v. anche Strumenti manuali in ferro
Pigiatura uva, 361, *359*
Pigmei Ba Mbuti, *45*
Piroclimax, 98
Pitoecosistema, 98
Pirofite, piante, 98, 100
Plovum, v. anche Aratro a carrello, *313*
Polenta, origine, 228, 232
Polli, origine e allevamento, 34 e seg.
— origine razze italiane, *395*
— specie, sottospecie, razze, 396, *394*, *395*
Popolazione, incremento, 267C

Positivismo e archeologia agraria, 19
Potatoi, 343, *332*, *333*, *340*, *341*
Potatura, origini, 358, 365, *359*
Precipitazioni annuali, 230C, 231C
Primitivo, concetto di, 41
Principes e incisioni rupestri, 213 e seg., *212*, *214*
— significato sociale, 216
Privatizzazione della terra, 203
Processo propulsore, 247
Produttività agraria Magna Grecia, 397
— della terra, 298 e seg.
Prometeo e il fuoco, 95 e seg., *97*
Proprietà individuale del suolo, origini, 197, 203, 204, 284 e seg.
Proprietario terriero assenteista, 257
Protoerpice zootrainato, *130*
Psicologiche componenti nella domesticazione, 59 e seg.
Puls (polenta), *puls fabata*, 228, 232

Quantitativa, forma mentis, 280
Quercicoltura e ghiande I periodo etrusco, 238

Raccolta, economia di, 96, *50*
— bulbi, *50*, *119*, *121*
— frutti, *46*
— olive, *368*
Rastri, *151*, *152*, *153*, *322*
— e aratri: correlazioni, 158, *153*
— zootrainati, *130*, *152*, *153*
— v. anche Strumenti manuali in ferro
Relazioni uomo-animale, tipologia, 91
Renne, allevamento, 34, 36 e seg., 123, *35*, *126*
— attrazione orina, 37
— familiarizzazione nel Paleolitico, 38, *38*
— in Italia, 80T
— origine domesticazione, 34, *35*
— uomo, simbiosi, *38*
Rezia ubicazione nucleo etnico, 273C, 304C
Ribattini immanicatura falci, *332*, *333*
Rimozione animali da ambiente-naturale, 90 e seg.
Rivoluzione urbana e strutture agrarie, 271 e seg., 280
Rivoluzione in agricoltura con strumenti di ferro, 163
— tecnologica, effetti sociali, 195
Robigo, divinità, 235
Roncole bronzo, *331*
— falcetti, 338
— da sfrondo, 339 e seg., 342, *331* e seg.
— San Zeno, 338
— tipologia e impiego, 338 e seg.
Rotari editto, 133 e seg.
Rotazione e avvicendamento, 162 e seg., 167 e seg., 190, 224
Ruggine del frumento, 235
Ruote, area distribuzione, 169C
— fabbricazione, *169*, *170*
— tassonomia, *169*

Sacrifici umani e agricoltura, 266
San Zeno d'Ansunia, 310-311, 324-44
Sbrinz (formaggio), origine, 142
Scambio, economia di, 280

54

Archivio della Repubblica - Archivio Storico

Scamorza, origine, 142
Scrofe domestiche fecondate da verri selvatici, 34
Scuderia romana, *391*
Scuri, v. anche Accette
Sedentarietà e allevamento, 46
— evoluzione, 203
— origini, 203
— tardo Neolitico, 116 e seg.
Seghe, 343, *331* e seg.
Selezione animale, 91
Selvaggina, 98
Semi di piante dell'età del Bronzo, *237*
Semi-allevamento, 36, 91, 125
— domesticazione, 91
Semina presso raccoglitori, 29
Semito-camitico, origini, 176
Sesso doppio, 30
Siderurgia, acquisizione, 276
— v. Metallurgia
Sidro, *373*
Signora degli animali, 140
— della foresta, 140
Simbiosi etrusco-greca, 271
— uomo-ambiente biologico, 17 e seg., 27 e seg., 34
— uomo-renna, *38*
Situle, arte, 263 e seg., *175, 265* e seg.
Slash and burn (taglia e brucia), 112
Solchi fossili, 159, *157*
Sole, simbolo di fecondità, 125
Spazzatura e protocoltivazione, 154
Spelta, 232, 234T, 235
Spremitura olive, *368, 369*
Stabulazione, 330
Stalle, 213, 230, *79*
Stato, origine, 164
Storia, lunga durata, 15
Stradali, lavori, 349, *347*
Stratificazione sociale età del Bronzo, 211
— e masso di Cemmo, 72 e seg.
— origine, 195 e seg., *198* e seg., *212*
Strumenti lignei e coltivazione neolitica, 109
— in ferro e rivoluzione economica, 163 e seg.
— manuali in ferro, 319 e seg., 329 e seg.
Strutture economiche elementari (Thurnwald), *89*
— territoriali, origine, 213
Suini, allevamento, *74, 73*
— allevamento I periodo etrusco, 241
— area origine, 69C, 78C, 80T
— origine razze italiane, 379, 396, *380, 381*
— specie, sottospecie, razze, 379 e seg., *380, 381*
Suoli, 229C
Surplus alimentare, aratro, città, 171 e seg.
— in America pre-colombiana, 171
Susino, origine, 376T, *113*
Svizzera, raccolta vegetali nel Neolitico, *114*
— strumenti neolitici, *148, 149*
— strumenti età Ferro, *340*
Swidden-ignicoltura, v. Taglia e brucia, 112

Tabelle: origine ed evoluzione relazioni uomo-animale, 80
— corrispondenze cronologico-culturali nella regione euro-mediterranea, 221
— frumenti interessanti l'agricoltura preistorica e antica del nostro Paese, 234
— evoluzione climatica e ambientale in Italia, 239
— cronistoria documentaria evoluzione aratro, 316
— cronistoria introduzione in Italia principali piante domestiche, 376
Taglia e brucia, 112, 342
Taro, coltivazione, *100*
— centri origine, 107C
Tassonomia, 81
Tecniche agricole I periodo etrusco, 224
Tende pastori sahariani, *55*
Tessitura, *383*
Thurnwald, schemi etnostorici di, 89, 156, 198, 199, 214, 215, 217
Tini, *361*
Torchio, tipologia, *368, 369, 373*
Toro (v. anche Bovini), *384-388*
Toro schiaccia lupa romana, *386*
Tosatura, strumenti (cesoie), 344
Tregge, *168, 170*
Trittolemo, mito, 186
— v. Aratri di
«Tropicalista» scuola, 122

Uccelli da guardia-baby-sitter, 44
Uomo-animale, tipologia relazioni, 91
— del Paleolitico, 97
— di Pechino, 96
— parassita, 29
— tardo Paleolitico italiano raffigurazione, *66*
Urbana rivoluzione e strutture agrarie, 280
Urna cineraria con pastore e gregge, *383*
Urne cinerarie con effigi aratri, *297*
Uro, v. *Bos primigenius*
Uva, raccolta e pigiatura, *359, 361*
— da tavola, *370*

Vagliatura preistorica cereali, *87*
Valcamonica, aratri, *180, 265, 267, 269*
Vanga a trazione, *155*
Vanghe, 323 e seg., *321, 323, 325, 327*
— v. Strumenti manuali in ferro
Vasi, fabbricazione, *363*
— vinari, *357, 358, 363*
Velocità di lavoro con aratro, 170
Vendemmia, *357, 359*
Venditore frutta, *366*
— olio, *364*
— pane, *355*
— vino, *361*
Venezia Giulia vomeri, v. Vomeri
Versi animali (polli), tipologia, *58*
Villanoviana, rivoluzione-processo propulsore, 212, 247 e seg.
Villanoviani, allevamento cavallo, 245
— animali allevati, 252 e seg.
— attrezzi agricoli, 250
— piante coltivate, 252
— tecniche agrarie, 251
Vini moscati, origine, 352

55

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Vinificazione, *361*
Vino, conservazione, *361*
— culto-esaltazione, *357*, *358*
— trasporto e vendita, *361*
Vite, longidiurna e brevidiurna, 356 e seg.
— su monete, *357*
— maritata, 360 e seg.
— potatura lunga e corta, 358, 359C, *359*
— selvatica labrusca, 356 e seg.
Viticoltura I periodo etrusco, 236
— IV periodo etrusco, 351 e seg.
— di pregio, 366
Vomeri in ferro, *294* e seg.
— in ferro, diffusione, 189C
— in ferro asimmetrici, 313C
— in ferro, introduzione, 298, *294*, 295, 299, *301*
— in ferro, origini, 295
— in legno, 170, 190
— Celtici, *299*
— Monte Loffa, 311, *294*
— San Zeno, 298, 312, *294*
— Sicilia antica, 298, 312, *294*
— Venezia Giulia, 312

Zappa, evoluzione, *156*
Zappe IV periodo etrusco, 319 e seg., *320* e seg.
— San Zeno, 328
— siceliote, 328
— in corno di cervo, 224
— in tutto legno, 327
— v. Strumenti manuali in ferro
Zebù, v. *Bos indicus* e Bovini
Zizania aquatica e semicoltivazione, 29
Zucca/lagenaria, *375*
Zoccolo, esame zoognostico, *390*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

GLI ALBORI DELL'AGRICOLTURA

di Gaetano Forni

È a tutti noto che agricoltura è sinonimo di ambiente o, meglio, di simbiosi dell'uomo con l'ambiente biologico. Essa inoltre costituisce tuttora la fonte quasi unica del nostro quotidiano nutrimento. Non solo, ma non si possono comprendere i più intimi risvolti del mondo industriale, ignorandone la matrice agricola. Infatti, sino alla metà del secolo scorso, anche i paesi che per primi si sono industrializzati erano in genere ancora eminentemente rurali. Nel nostro Paese poi il passaggio all'industrializzazione è stato molto più recente. Ma per capire un processo, una civiltà, occorre conoscerne innanzitutto la formazione, e quasi nessuno si rende pienamente conto che le tecniche agrarie pre-industriali avevano raggiunto una sostanziale completezza già in epoca ellenistica, vale a dire etrusca e tardo-etrusca. Basti pensare che lo strumento fondamentale, l'aratro, illustrato da Catone e da Virgilio, era sostanzialmente identico a quello in uso nella Penisola trent'anni fa, che la produttività media non era molto diversa e che le strutture democratiche di oggi sono ispirate a quelle della Città-Stato della Magna Grecia e dell'Etruria. Ecco quindi che non si può capire sufficientemente la realtà contemporanea e moderna e, a maggior ragione, quella medievale e classica, come pure il significato stesso dell'agricoltura, e le sue prospettive per il futuro, se non si conosce come si sono costituite le sue fondamenta. Questo volume, utilizzando gli eccezionali recentissimi progressi delle scienze antropologico-archeologiche, della paleobotanica e della paleozoologia, si propone di soddisfare, secondo gli indirizzi della nuova storia, queste essenziali esigenze, non solo — come sottolinea il prof. Raffaele De Marinis dell'Istituto di archeologia dell'Università di Milano, nella prefazione — degli specialisti, ma anche di chiunque voglia comprendere se stesso attraverso la conoscenza del significato e delle forme delle proprie origini, come della fonte millenaria del proprio nutrimento.

In sovraccoperta. In alto, raffigurazioni sul primo masso di Cemmo (Valcamonica) con cerva cavalcata (Eneolitico). *In basso: a sinistra,* il rito della donna che allatta l'agnello (Pompei, Villa dei misteri); *al centro,* l'aratore di Arezzo (IV sec. a.C.); *a destra,* il figlio di Ercole allattato da una cerva (Ercolano).

Gaetano Forni

È condirettore della Rivista di Storia dell'Agricoltura, edita dall'Accademia dei Georgofili di Firenze, e svolge attività scientifica presso il Museo lombardo di storia dell'agricoltura di S. Angelo Lodigiano (Milano). Ha esordito (1961) con un saggio sulle relazioni tra religione, strutture socio-economiche e genesi delle tecniche agrarie, pubblicato dall'editore P. Parey di Berlino-Amburgo. Dal 1963 è stato docente ordinario di scienze agrarie e capo-istituto titolare nelle scuole di agricoltura. Successivamente, socio fondatore (1971) e membro del Consiglio Direttivo dell'Istituto nazionale di storia dell'agricoltura (con sede presso l'Università Statale di Milano). Socio fondatore dell'International Association for the Study of Prehistoric and Ethnological Religions. Medaglia A. Smith per la Storia economica (Università di Verona, 1977). Circa la metodologia da lui seguita e il livello scientifico delle sue numerose ricerche, che spaziano nella storia antropologica e nell'archeologia dell'agricoltura, è significativo quanto ne scrive l'autorevole rivista «Oesterreich. Zeitschrift für Volkskunde» (1989), nella recensione della sua ultima pubblicazione riguardante la storia degli strumenti agricoli padani, stesa da un illustre cattedratico universitario austriaco, il prof. Oskar Moser: «... l'opera è sorprendente per la concezione di fondo, la struttura...», così da costituire «quasi un ... avvenimento scientifico», «... Forni travalica il metodo... puramente morfologico e tipologico, in favore di una visione storica, economico-agraria e pluridimensionale in cui inserisce linguistica, dialettologia e abbondante materiale archeologico... Questa... ricerca storica... sarà d'ora in avanti da meditare e da discutere... insieme al gran numero di nuove ricerche di Forni... Esse rappresentano indubbiamente importanti e notevoli contributi, con la loro, in parte, nuova impostazione e il ricco materiale documentario».

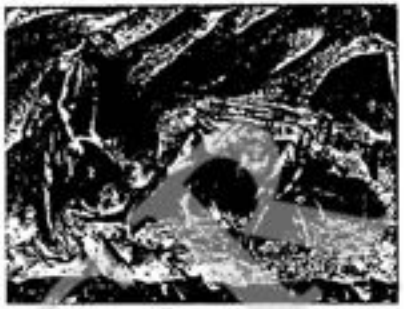
Edito da:
REDA – Ramo Editoriale degli Agricoltori 1990
Via di Tor Sapienza, 172 – 00155 Roma –
Tel. (06) 2280077 – Telefax: 2280230

Disponibile anche presso:
Libreria BRETSCHNEIDER S.r.l.
Via Cresenzio 43 – 00193 ROMA
Tel. e Telefax: 06-68 79361

Senato della Repubblica - Archivio Storico

GAETANO FORNI

Questioni di storia degli ordinamenti culturali (avvicendamenti, rotazioni) dalle origini preistoriche all'età industriale



Estratto dal n. 1, giugno 1987, della «RIVISTA DI STORIA DELL'AGRICOLTURA»

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Questioni di storia degli ordinamenti culturali (avvicendamenti, rotazioni) dalle origini preistoriche all'età industriale

Con particolare riguardo all'antichità classica, al Medioevo, al Rinascimento. Il problema del maggese

Premessa. Il significato dell'avvicendamento e della rotazione delle colture nell'ambito storico-agrario. La necessità di possederne la conoscenza per comprendere l'agricoltura di una data epoca

Conoscere l'agricoltura di una data epoca e regione equivale innanzitutto a conoscerne gli ordinamenti culturali, vale a dire (Sereni 1950 pp. 209 sgg.) la scelta delle varie colture, le relazioni tra coltivazioni ordinarie e quelle foraggere, l'eventuale posto del maggese, e quindi l'entità e il ruolo dell'allevamento nell'ambito aziendale. Significa rendersi conto del succedersi delle varie colture secondo le loro caratteristiche fito-eco-sociologiche (es. il rapporto tra graminacee cerealicole e leguminose foraggere) e così via. Ecco quindi che conoscere l'ordinamento colturale, l'avvicendamento, la rotazione, caratteristici di una data agricoltura, corrisponde alla conoscenza delle strutture più essenziali di essa. Conoscere l'evoluzione dei suoi ordinamenti colturali significa conoscerne la storia, ed i fondamenti stessi dei suoi risvolti socio-economici. Ciò perché evidentemente la scelta delle colture, l'intensità di coltura, sono da porsi in relazione con le esigenze di una popolazione e quindi con la sua densità, la sua economia, la sua struttura sociale.

Prima di concludere questo paragrafo, è opportuno precisare qualche concetto specifico dell'argomento e i relativi termini.

Sotto il profilo agronomico moderno, si definisce come « avvicendamento » il succedersi delle varie coltivazioni. Generalmente precedono le colture (mais, patata, barbabietola, ecc.: le *sarchiate* in genere), dette « da rinnovo » in quanto, richiedendo profonde lavorazioni preparatorie, abbondanti letamazioni, e appunto frequenti sarchiature (che presentano anche l'effetto di ripulire il terreno dalle

Senato della Repubblica - Archivio Storico

malerbe), « rinnovano », per così dire, il suolo coltivato. Succedono le colture « depauperanti », quali la maggioranza dei « classici » cereali dell'Antico Mondo: frumento, orzo, ecc. Esse richiedono una ricca disponibilità di sali minerali, e quindi utilizzano (da ciò il nome) i residui ben decomposti e mineralizzati del letame somministrato alla coltura da rinnovo, o i composti azotati di cui hanno arricchito il suolo eventuali colture miglioratrici che le abbiano precedute.

Le lavorazioni che caratterizzano le colture depauperanti non richiedono il rinettamento dalle malerbe, il che comporta uno svantaggio per le colture successive. Queste colture « depauperanti » si possono susseguire per diverse annate, ma intervallate necessariamente da colture « miglioratrici » (leguminose, foraggere o meno). Queste ultime, grazie ai batteri azoto-fissatori che convivono in simbiosi nelle loro radici, arricchiscono il terreno di sali azotati (Enc. Agr. Ital. REDA, voci specifiche). In un senso più lato, si può considerare anche il prato polifita (costituito da graminacee e da altre specie erbacee, oltre che da leguminose), detto eufemisticamente « stabile », ma in realtà, malgrado una prolungata durata, anch'esso poliennale, come una coltura miglioratrice, dato che arricchisce notevolmente il terreno in humus e quindi, alla fine, in composti azotati e in altri sali minerali. Poiché tuttavia il suolo a prato, per essere utilizzato per un'altra coltura, deve essere arato abbastanza profondamente, la coltura prativa possiede delle caratteristiche che la avvicinano altresì alle colture « da rinnovo ».

Talora, nel ciclo annuale, si inseriscono (in genere dopo il frumento) erbai od altre colture della durata di pochi mesi, che solitamente non vengono menzionate quando si illustra un avvicendamento. Spesso si usa come generico sinonimo di « avvicendamento » il termine « rotazione » (delle colture). Questo tuttavia serve meglio per distinguere un dato tipo di avvicendamento: quello in cui il ciclo, cioè il succedersi delle specie coltivate, segue uno schema fisso, preciso, come ad esempio la tradizionale rotazione biennale dei Romani: un anno a cereali, un anno a maggese lavorato.

Natura dell'attività coltivatoria desunta dalle caratteristiche socio-ecologiche dei progenitori delle piante coltivate

È noto che le piante agrarie rientrano (Harlan 1975, pp. 61-104), come categoria ecologica, nell'ambito di quelle « pioniere »

o « colonizzatrici » delle aree disturbate e quindi sono specifiche di queste. Erano infatti le piante che l'uomo cacciatore raccoglieva nella prateria, nella boscaglia, e di cui gettava i residui come rifiuti presso gli accampamenti e delle quali solo quelle specie che traevano vantaggio da tale sommovimento prendevano il sopravvento, erano le piante antropofile (per lo più nitrofile) che pure crescevano con le prime, e con le prime si combinavano geneticamente con l'ibridazione introgressiva (Anderson 1968), ma erano soprattutto le piante favorite dal fuoco degli incendi con i quali si stanava la selvaggina e che, dopo la loro rapida crescita, venivano ad adescarla.

Piante tutte che quindi esigevano od erano altamente favorite dalla terra « disturbata », cioè « instabile », smossa, e il cui sviluppo — per la massima parte di esse — era esaltato dall'utilizzazione dei prodotti mineralizzati, disciolti in acqua, derivanti dalla decomposizione delle sostanze organiche, ben oltre quanto sia previsto dalla complementarietà delle piante verdi con gli animali, nell'ambito del ciclo eco-biologico. Si deve inoltre tener presente l'esistenza concorrenziale delle piante infestanti, tanto più vivace quanto migliori siano le condizioni di coltivazione realizzate. Da ciò deriva che l'ambiente fisico (terra + atmosfera), quello biologico (in particolare la compresenza sincronica, ma anche diacronica, delle piante coltivate e delle infestanti) ed i rispettivi fattori ecologico-agrari produttivi (acqua + nutrienti in essa solubilizzati) sono via via strutturati da specifici interventi umani: semina di piante secondo una successione diacronica (avvicendamento, rotazione); lavorazione e sistemazione del suolo, irrigazione, concimazione, correzione del pH, diserbo, ecc. Da ciò deriva altresì che, sin dall'origine e proprio per la natura stessa originaria delle piante coltivate, come piante specifiche delle aree instabili, esiste una contrapposizione profonda tra un'ecologia della stabilità e quindi gli interventi ecologici umani stabilizzanti ad essa coerenti, cioè di conservazione della stabilità, e l'ecologia dell'instabilità, cioè l'ecologia dei suoli instabili. Questa è specifica dell'agricoltura ed è volta, mediante le lavorazioni del suolo, a determinare quelle condizioni appunto d'instabilità proprie alla più parte delle piante coltivate, come piante colonizzatrici. È ovvio che ciò richiede una grande accuratezza di interventi preventivi e correttivi atti ad evitare e controllare le conseguenze erosive derivanti dall'instabilità dei suoli smossi. Quindi rigorose sistemazioni idrauliche del suolo, eliminazione di operazioni per loro natura erosive, quali il

Senato della Repubblica - Archivio Storico

« rittochino », con il quale è l'aratro stesso che, arando dall'alto verso il basso, sposta il terreno verso valle. L'instabilità del suolo infatti implica il pericolo dell'erosione, ma non si identifica essa stessa con l'erosione.

Se i primordi della coltivazione giacciono a livello inconscio, occorre notare che già in quel contesto si verificò quella sua bilocazione cui si è accennato trattando dell'origine delle piante coltivate. Da un lato, nella radurazione con il fuoco per fini originariamente venatori, da cui deriverà poi, in epoca neolitica, la cerealicoltura estensiva basata sull'avvicendamento grosso modo ventennale frumento-boscaglia, e, dopo lunga evoluzione, la rotazione cereale-erba (due-tre anni a cereale, seguiti da due-cinque anni a riposo pascolato) e infine quella biennale (Età del Bronzo: 2000-1000 a.C. per l'Italia: cereale-maggese, introdotta presso di noi dai Micenei, Peruzzi 1981). Dall'altro, nei cumuli di rifiuti e nelle deiezioni. Da qui si originerà, nell'ambito preistorico, quella orticoltura a coltivazione conitnuata teorizzata e illustrata da Sherratt (1980) e da Rowley-Conwy (1981). Essa fu verificata (Rowley-Conwy ibidem pp. 90-91) nelle condizioni di terreni e di climi inglesi a Woburn e a Rothamsted, dove per 50 anni nel primo caso e per 110 anni nel secondo venne sperimentata la coltivazione continua senza rotazione e persino senza concimazione di cereali vernini (orzo e frumento), ottenendo risultati sempre positivi (anche se inferiori a quelli della parcella concimata di confronto), tranne rarissime annate climaticamente avverse.

È successiva, ma da riporsi comunque nella preistoria, in coincidenza con lo sviluppo della coltura delle leguminose nell'area mediterranea orientale, cioè almeno alla fine dell'Età del Bronzo (1000 a.C.) la constatazione del positivo avvicendamento cereali-leguminose, grazie al potere fertilizzante (arricchimento del suolo in azoto) di queste ultime. Esso era conosciuto e teorizzato dai Greci (Teofrasto VIII, 9, 1) e confermato dai Romani, come si legge in Virgilio nelle Georgiche (I 73-81) analizzate al riguardo da Forni (1984 pp. 167-68), ma è stato trattato anche da Catone (37, 2), Varrone (I 23, 3), Columella (II 13, 1 e II 15, 5-6).

I problemi originari della nostra agricoltura

Parain e Jones, due accurati storici dell'agricoltura del nostro Paese, nella Cambridge Economic History (trad. it. 1976), riferendosi in particolare al periodo che va dalla preistoria al Medioevo, così evidenziano le tradizionali limitazioni e i problemi della nostra agricoltura: « ... la modestia delle rese e l'incertezza dei raccolti, cui peraltro non dovevano essere estranee anche le condizioni climatiche...; tuttavia, la ragione principale di quelle deficienze andava cercata in una debolezza connaturata ai principi stessi della pratica agricola, e precisamente nell'inadeguatezza della concimazione del suolo, dovuta all'incapacità generalizzata d'integrare coltura dei campi e allevamento e produrre in tal modo foraggi, derrate animali e concimi naturali in quantità sufficienti » (Jones 1976, pp. 457-8). Lo stesso Autore aveva in precedenza fatto anche notare (p. 445) che « nella maggior parte d'Italia i sistemi di scolo (delle acque), se pure esistevano, rimasero rudimentali ». Aggiunge Parain (1976, p. 168) che se meta essenziale di un'agricoltura efficiente è la coltivazione continua, in Italia era difficoltoso persino il passaggio dalla antichissima rotazione biennale (cereali-maggese) introdotta, come si è già accennato, sin dalla preistoria e perfezionata in epoca micenea già a cavallo tra il II e il I millennio a.C., a quella triennale. Infatti, una piovosità ristretta alla primavera e all'autunno, come avviene in Italia Settentionale, o peggio ancora all'inverno, come avviene in quella Meridionale, rende scarsamente produttive le semine primaverili. Gli stessi prati e le colture foraggere, specie nel Sud, sono poco redditizie qualora non siano irrigue. Ma scarso foraggio, come aveva rilevato Jones, significa scarso letame, e la mancanza di letame impedisce sia una feconda coltura granaria, sia le stesse colture foraggere. Di qui la difficoltà di ridurre il maggese dalla metà della superficie arata, come avviene con la rotazione biennale, ad un terzo, come avviene con quella triennale. Parain (ibidem p. 176), e, più approfonditamente, Haussmann (1964, pp. 134-138) fanno infatti notare che nel maggese lavorato le ripetute arature rompono i capillari superficiali e quindi si impedisce l'evaporazione dell'acqua proveniente dagli strati profondi del suolo, conservando così nel terreno parte dell'umidità derivata dalle piogge invernali; si eliminano inoltre le erbe infestanti, con plurimo vantaggio, quali l'impedimento del consumo di so-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

stanze nutritive e di acqua da parte di queste, il conseguente parziale sovescio, la ripulitura del campo per la successiva coltura granaria. Tali vantaggi non sono tuttavia esenti, specie a lunga scadenza, da profondi limiti a livello pedologico, oltre che agronomico, evidenziati dall'Haussmann (ibidem).

Date queste premesse, analizzeremo a mo' d'esempio, a proposito del problema che ci interessa, la situazione agronomica e il relativo contesto sociale per il periodo Medioevo-Rinascimento, in particolare nell'Alta Italia.

Dinamica della popolazione e dinamica delle dimensioni fondiarie: il caso del Medioevo. È a tutti nota l'influenza che ha la pressione demografica sull'intensità e diffusione d'applicazione nonché sull'evoluzione delle tecniche agrarie. Entro certi limiti, la relazione tra i due processi è corrispondente e proporzionale (v. fig. 1), come ha evidenziato la Boserup (1965). Superati tali limiti, che variano cronologicamente e geograficamente, si può pervenire ad effetti opposti, quali l'involuzione tecnica, il degrado del territorio e la conseguente carestia. È ovvio poi che si tratta di indicazioni orientative e l'incremento demografico, superati i limiti ottimali per una progredita agricoltura, può sfociare in una intensificazione del commercio, dell'attività militare e così via. Comunque sia, una correlazione positiva tra lo sviluppo della popolazione e quello dell'agricoltura, verificatasi in epoca preistorica (Villanoviana), etrusca e romana (Forni in stampa; Carandini 1985 vol. I) si è notata in Italia già alla fine del I millennio a.C., ma soprattutto tra il X e gli inizi del XIV secolo, periodo in cui la popolazione venne all'incirca a raddoppiarsi, ed ancor più ingente fu l'incremento della produzione agricola (Jones 1976, p. 418). Tale sviluppo si accompagnò ad una spettacolare espansione della città. Questa, con le sue esigenze di consumo, funse da propulsore dell'attività agricola (ibidem, p. 419), anche se in qualche caso l'inurbamento eccessivo determinò l'abbandono parziale della campagna, a stento frenato dalla legislazione. Mentre, nell'Alto Medioevo, le aree coltivate della Padania consistevano (Fumagalli 1976, p. 8) in due lunghe fasce che comprendevano l'alta pianura e la bassa collina a Nord e a Sud del Po, a partire dal X secolo si svolse un'intensa opera di bonifica e dissodamento che cambiò radicalmente il paesaggio (Montanari 1984, p. 196). Parallelamente si attuò un moltiplicarsi delle aziende contadine e dei proprietari fondiari. Nel XIII secolo borgate come Chieri e Moncalieri erano costituite per 2/3 circa da proprietari fondiari (Jones 1976, pp. 423-431; 514-517). Presto tale processo degenerò nei fenomeni tipici della polverizzazione fondiaria. Tale involuzione, accompagnata da un peggioramento del clima, iniziato già nel XII secolo (Montanari 1984, p. 196) e quindi da carestie e pestilenze, portò, tra il 1350 e il 1450 ad una decimazione della popolazione. È solo nel 1500 inoltrato che,

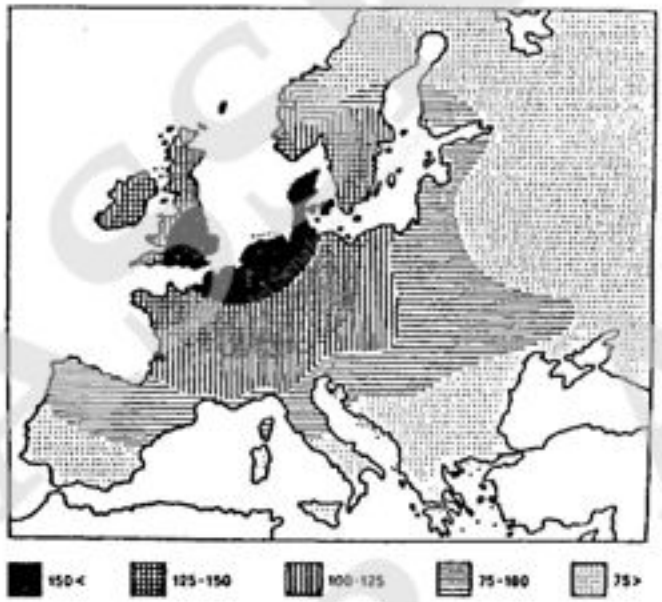


FIG. 1. - La carta di intensità produttiva della moderna agricoltura in Europa (gli indici si riferiscono alla produttività agraria per unità di superficie) coincide a grandi linee con quella della maggior densità di popolazione, evidenziando l'asserto Boserupiano che, a prescindere alla fertilità originaria del suolo, alla più alta densità di popolazione corrisponde (nella realtà non in rapporto univoco di causa/effetto, ma in modo biunivoco) la più alta produttività agraria (da P. I. Fowler, 1971, per gentile concessione della Leicester University Press).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

con la successiva ripresa, si raggiunse il livello demografico precedente (Jones 1976, pp. 420, 440; Rotelli 1973, pp. 82-100). Ad essa non fu estranea una riorganizzazione delle strutture fondiarie e aziendali, con processi di riaccorpamento che portarono, specie in pianura, all'emergere e poi al prevalere delle grandi fattorie. È in tale epoca (XIV-XV secolo) che sorgono i grossi cascinali della Bassa Lombardia (Jones 1976, pp. 479-80 e 517-525). L'incremento della popolazione al di là delle esigenze proprie all'agricoltura e la disponibilità di eccedenze alimentari sono all'origine del processo d'industrializzazione in età moderna (Forni 1985, p. 28). È significativo che la correlazione qui evidenziata tra incremento demografico, nascita e sviluppo dell'urbanizzazione, intensificazione e progresso agronomico, ricalca quanto era avvenuto tra la fine dell'Età del Bronzo e l'Età Romana. Processo di rlevanza sociologica quindi, oltre che storica, analizzato e illustrato a fondo in altra sede (Forni, in stampa).

Origine e storia del maggese. Sua posizione nell'avvicendamento. La rotazione tradizionale romana, cioè quella biennale: maggese, cereale vernino, aveva una lontanissima origine. Essa da un lato si connetteva, come già si è accennato, con le pratiche di messa a coltura della boscaglia e della steppa a parco, con il fuoco, che si intervallava con un periodo di lungo riposo; dall'altro rispondeva alle esigenze di rinettatura del campo dalle male erbe. Con il differenziarsi di cultivars (= varietà coltivate) sempre più esigenti, la minaccia delle infestanti si fece sempre più grave, specie nelle coltivazioni vernine. Queste, data la lunga durata della loro coltura, permettevano uno sviluppo più massiccio delle malerbe. La prima documentazione di dettaglio dell'attività coltivatoria ci è offerta dalle tavolette con scritte in caratteri cuneiformi provenienti dall'antica Mesopotamia. La più importante descrizione al riguardo, il cosiddetto « Calendario del Fattore », documento sumerico risalente al 1700 circa a.C. (come altri meno dettagliati di epoca sumerica o di epoche immediatamente successive) evidenziano delle operazioni colturali inerenti la lavorazione del suolo, che iniziano a maggio-giugno (cioè dopo la mietitura del raccolto precedente) e si concludono a settembre-ottobre (epoca della semina), ma in prevalenza si riferiscono ad una coltura unica: quella dell'orzo vernino. Esso veniva seminato appunto all'inizio dell'autunno e mietuto in marzo o aprile. La semina era preceduta da una lunga serie di operazioni che comprendevano l'irrigazione con l'acqua fertilizzante delle piene ad aprile-maggio, l'estirpazione delle erbacce e un primo dissodamento del suolo con picconi pesanti, cui seguiva quello più fine con picconi leggeri, il suo sminuzzamento e spianatura con l'erpice. Dopo che d'estate il terreno si era seccato, lo si arava con l'aratro pesante e a questa aratura ne seguiva una seconda con l'aratro leggero e infine lo sminuzzamento delle zolle con la mazza, una triplice erpicatura completata con il rastrello. Infine, all'inizio dell'autunno si procedeva alla semina con l'aratro seminatore. La semina si estendeva sino a novembre. Tali operazioni si svolgevano tutte nello spazio di un anno. Ciò era reso possibile dalle condizioni connesse con il lungo periodo vegetativo che si estendeva praticamente lungo l'intera annata, come anche dalla suaccennata irrigazione fertilizzante nell'epoca delle piene.

Erano previste anche semine primaverili a febbraio-marzo (Salonen 1968, p. 201), specialmente per la coltivazione di leguminose (lenticchie, vecce, ceci, piselli, ecc.) nonché sesamo, aglio, cipolla, porri, cetrioli, meloni, finocchi, ecc. ed altre piante elencate da Fales (1976, pp. 165 sgg.). Tali semine riguardavano gli stessi cereali. Infatti, poiché quelli vernini venivano mietuti a marzo, dopo una rapida preparazione del suolo si produceva alla risemina dell'orzo primaverile (orzo distico: *Hordeum rectum nigrum*). Questo si sviluppava grazie alla fertirrigazione permessa dall'impiego delle acque delle piene e si poteva così raccogliere già in giugno (Fales 1976, p. 174). Che le lavorazioni del suolo fossero molteplici, condotte in modo diverso e con strumenti diversi risulta chiaro nella Bibbia. Così il libro di Isaia (28, 24-25), riferendosi presumibilmente all'ambiente non irriguo della Palestina verso il 1000 a.C., accenna alle continue arature, zappature, spianature che precedevano le varie colture: aneto, comino, grano e orzo.

È infatti nell'ambiente asciutto mediterraneo che si definisce meglio la tecnica del maggese. Come evidenzia Peruzzi (1981, pp. 120 sgg.) il « maggese » (letteralmente campo lavorato a maggio) era definito in latino in vari modi, in particolare *vervactum*, cioè appunto, secondo l'etimologia popolare riportata da Plinio (*N. H.* XVIII 176) « campo lavorato di primavera » (infatti in latino primavera = *ver* ed eseguito = *actum*). Ma Peruzzi (ibidem, p. 123 e 1973 pp. 164 sgg.) aggiunge che in realtà tale termine derivante non dal Greco (*forfon aktiton*), come pensa Meillet, bensì sicuramente dal Mice-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

neo *worwom aktitom*, e significa « solco non coltivato ». Tale correlazione col Miceneo è di notevolissima importanza perché dimostra sia come la tecnica del maggese fosse praticata dai Micenei già a metà del II millennio a.C., sia che essa sia stata introdotta in Italia in seguito ai contatti con i Micenei stessi. Ciò è documentato dall'antica tradizione latina, per la quale importanti progressi nella tecnica agricola furono introdotti in Italia dal mitico eroe Evandro, proveniente dall'Arcadia. Infatti si legge in Ps. Aur. Vict. *or.* 5.3.

« *Primus itaque omnium Euander ... fruges in Graecia primum inuentas ostendit serendique usum edocuit terrasque excolendae gratia primus boues in Italia iunxit.* » Tradizione cui accennava Virgilio nell'Eneide (8, 313-318). Peruzzi, sulla scia di Plinio (ibidem) e di Varrone (I 442-3) distingue il *vervactum* dal *novale*. In quest'ultimo sottolinea l'incrocio linguistico tra *novos* e *neuos*, avvenuto anche in Latino, parallelamente a quanto successe in Greco, ove l'antico termine *neios* (= terra coltivata, arata) è stato contaminato da *neos* (= nuovo). Cioè il « novale » sarebbe stato poi così indicato perché si riferirebbe effettivamente alla terra « messa a nuovo » durante l'anno del maggese. Essa si distinguerebbe dal *vervactum*, perché questo sarebbe lavorato solo in primavera, mentre in estate, autunno, inverno, come spiega la successiva interpretazione popolare, non si arava. Anche nel « novale » viene effettuata l'aratura di primavera (come documenta Plinio nel passo succitato), ma è implicito come essa sia stata preceduta da altre arature, altrimenti « novale » e « vervactum » sarebbero semplici sinonimi.

Il « novale » per Peruzzi sarebbe quindi un tipo di maggese, più perfezionato, importato più tardivamente nel nostro Paese. Peruzzi riporta anche un commento di Festo (352, 21-24) sulla terra *restibilis*. Questo termine, secondo tale Autore, indicherebbe la pratica del « reingrano ». Ma non sembra esser questo il significato che Varrone (I 44, 2-3) assegna a *restibilis*. Ciò perché nel contesto di tutta la trattazione appare che Varrone veramente ammette che vi siano terre coltivate tutti gli anni. Infatti, precisa in tale passo che in questo caso occorre che ad anni alterni la terra non sia coltivata con piante depauperanti come il frumento « *agrum alternis annis reliqui oportet paulo lenioribus sationibus, id est quae minus sugunt terram* ». Ma sull'agronomia romano-antico ritorneremo più avanti. Omero, nell'Iliade (composta, scrive Codino nella prefazione alla traduzione di Calzecchi Onesti, Torino 1968, verso l'VIII sec. a.C.) fa

rappresentare da Efesto (Iliade *18* 541-549), sullo scudo di Achille, un maggese dopo tre arature. Descrive gli aratori che tracciavano i solchi (evidentemente quelli della quarta aratura). Alla fine del solco bevevano una coppa di vino dolcissimo. Esiodo, pure dell'VIII sec. a.C., fa riferimento, nelle « Opere e Giorni » all'aratura autunnale (v. 616), cui fa seguire quella invernale (v. 450) e quella primaverile (v. 460-61). Accena poi all'aratura per la semina sul maggese in autunno (462-469). È evidente da tutto ciò che il maggese, per Esiodo, durava un anno. Infatti raccomandava (v 383-392) di mietere nudo quando sorgono le Pleiadi (metà maggio) e arare (per seminare) nudo quando tramontano (metà ottobre). Di conseguenza le arature che suggerisce per l'inverno e la primavera si riferiscono all'anno del maggese. Teofrasto (IV sec. a.C.) in « Peri Futon Aition » (III, 20, 8) raccomanda di arare quattro volte la terra: in inverno, primavera, estate e infine autunno, cioè, alla semina. Senofonte (pure del IV sec. a.C.) fa descrivere da Socrate, nell'« Oikonomikos » — con grande proprietà di linguaggio agronomico — il maggese: suggerisce di effettuare la prima aratura in primavera, così da sotterrare le erbe infestanti già cresciute, ma non ancora in seme (XVI, 12), in modo da impedirne la successiva riproduzione e utilizzarle come concime. L'aratura va poi ripetuta più volte possibile in estate, così da eliminare le cattive erbe man mano che ricrescono e di farle arrostire al sole con la terra rivoltata (XVI 14). È poi implicito che l'ultima aratura va fatta in occasione della semina autunnale (XVII).

A proposito della mietitura (XVIII 2) accenna all'abbruciatura delle stoppie per fini fertilizzanti e all'impiego della paglia come letame. A questo punto ci sembra che la definizione di Sigaut (1977, p. 154) riguardo al maggese, che egli ricava comparando quelle dei massimi agronomi europei degli ultimi secoli: Duhamel de Monceau (1750 XIII), Marshall (1796 I, p. 338; II 1803, p. 208) Thaer (1880, 234-5) sia la più soddisfacente: « maggese è la successione delle arature di primavera e d'estate effettuate in preparazione della semina autunnale. Con lo stesso termine si indicano i terreni che ricevono tali lavorazioni ». Boris Fischietti, nell'Enciclopedia Agraria Italiana (1969) accoglie in sostanza tale definizione, ma elimina la specificazione « di primavera e di estate », valida per la Francia centro-settentrionale (ordinariamente innevata d'inverno), ma che ovviamente non ha significato per il Meridione del nostro Paese. Infat-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ti Oliva (1948, p. 345) specifica che le lavorazioni del maggese sono eseguite durante l'intera annata.

Presso i Romani, come White (1970, pp. 119 sgg.) sottolinea e come abbiamo già accennato, erano ampiamente diffuse sia le terre (*vervacta*) cui era assegnata una rotazione che prevedeva il maggese alternato alla coltivazione (Plinio XVIII, 187, e Virgilio Georg. I 71 sgg) sia anche terre a maggese intervallato a due (Plinio XVIII 191) o più anni di coltivazione, sia le terre (*restibiles*) che ogni anno erano restituite alla coltivazione (Varrone, Lingua latina V 39: « *Ager restibilis qui restituitur quotquot annis* »).

Plinio (XVIII 187 e 191) esemplifica al riguardo la rotazione frumento-leguminosa. Precisa altresì che, nelle terre fertili, come nelle vulcaniche della Campania, l'alternanza con la leguminosa non è necessaria. In Campania, ad esempio, dopo l'orzo si semina il miglio e, successivamente, le rape. Queste fungevano da sarchiata « da rinnovo » per il ciclo successivo.

Plinio ricorda che le terre magre richiedono necessariamente la rotazione biennale con maggese. Anche Columella (II 17) suggerisce un sistema di avvicendamento molto apprezzato da White (1970, p. 122), nel quale piselli, fave, vecce o lupini si alternano con i cereali. Esso è stato acutamente e approfonditamente analizzato da Carandini (1985 I, pp. 133-137) e da Saltini (1984 I, pp. 62-65), ma con interpretazione molto diversa degli elementi che Columella lascia impliciti.

White e Carandini (ibidem) osservano che se Plinio, Varrone, Virgilio e Columella hanno dedicato così ampio spazio alle rotazioni continue, significa che esse, al loro tempo, erano largamente applicate. Le grandi città come Roma richiedevano grandi quantità di alimenti, che solo l'intensificazione colturale propria alle rotazioni continue (integrate dalla concimazione) permettevano di soddisfare. Tali rotazioni continue vennero abbandonate col diffondersi del latifondo e soprattutto con il fortissimo decremento demografico verificatosi nell'Alto Medioevo. White (ibidem) e Carandini (ibidem) sottolineano anche l'importanza data ai prati da parte degli Autori rustici latini, in particolare Columella (II, 17).

Relatività storico geografico agronomica della presenza del maggese: il contributo degli agronomi rinascimentali (Gallo e Tarello principalmente) alla sua eliminazione in età moderna.

La tradizionale rotazione biennale romana (cereali-maggese) è senza dubbio la più diffusa anche nel Medioevo. Essa, grazie alla sua semplicità operativa, alla sua aderenza ad una realtà agraria ancora rudimentale, persiste in ampie aree dell'Italia Settentrionale non solo sino alla fine di tale periodo (per il Veronese, Rossini e Vanzetti, 1979, p. 134, accennano, per il XIV-XV secolo, a quote di maggese che toccano il 50%), ma ben oltre, se nel Basso Piemonte (Alessandrino) ancora nel 1569 essa era prevalente (Doria e Sivori 1983, p. 31) e se nella stessa piana asciutta lombarda tale rotazione venne abbandonata probabilmente solo con l'introduzione del mais, cioè nel tardo '600 (De Maddalena 1964, p. 421). Anche nella Padania Emiliana, secondo la ricca documentazione illustrata da Bignardi (1983, p. 10), che riporta le citazioni del Malvasia (1609) e del Tanara (1644), per le quali in tale area « la metà di ogni possessione è sempre seminata a grano e l'altra metà è a maggese », la rotazione biennale rimase predominante sino a tutto il '600.

Nelle fasce pedemontane e collinari transpadane, il maggese (anche se non sempre con la rotazione biennale) si conservò sino al '700 e talora sino a metà '800 (Zaninelli 1976, p. 187). È certo comunque che lo sviluppo demografico, particolarmente intenso nella Padania nel XII-XIII secolo, provocò, assieme ad una estensione degli arativi, una intensificazione colturale di cui lo sviluppo dell'irrigazione e la riduzione del maggese rappresentarono tuttavia l'elemento più appariscente.

Il processo iniziò nella Bassa Lombardia nel XII secolo con la semina primaverile del maggese con colture quali la fava, il lino, la canapa, cui si aggiungevano talora anche altre colture intercalari di rapido sviluppo. Esso sfociò nel XIII secolo nella diffusione della rotazione triennale od anche, nell'ambito irriguo, addirittura in qualche caso nell'eliminazione « di colpo » (scrive Jones 1976, p. 455) del maggese, sostituito dal prato di vicenda. Analoga evoluzione si ebbe, anche se molto più tardivamente, nella Padania Emiliana, ove il maggese nudo diventava sempre più frequentemente vestito con colture a semina primaverile quale la canapa (Bignardi 1983, p. 10).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Ma più frequentemente nella stessa Bassa Lombarda l'eliminazione del maggese fu graduale e preceduta dall'introduzione di rotazioni più complesse che prevedevano un riposo ogni cinque, sei o sette anni. Infatti la riduzione del maggese implicava la necessità di più forti letamazioni, specialmente nel caso in cui non si fosse inserita la leguminosa. Da qui il bisogno di intercalare un periodo a prato di almeno tre anni. Ciò a meno della presenza di prati o pascoli fuori avvicendamento (Parain 1976, p. 176).

Altra e più grave difficoltà con cui ci si scontrava riducendo il maggese era l'insufficiente eliminazione delle malerbe, con grave danno alla coltura granaria, fatto questo che prima si otteneva appunto con il maggese. La soluzione a questo problema si ebbe più tardi con l'introduzione di una coltura « rinettatrice », quella di rinnovo (le rape, nella celebre rotazione di Norfolk che consisteva appunto in I anno rape, II orzo, III trifoglio, IV frumento; mais in altre rotazioni continue nostrane), come già avevano presunto gli Autori Romani (Plinio XVIII 191, v. Parain 1976, p. 167) altrimenti si rendeva necessaria, come raccomandava Tarello, un'« accurata abbruciatura » delle stoppie (cfr. questa voce in « Ricordo di agricoltura », 1967).

Certo il trapasso dalla rotazione biennale a quella triennale e da questa a quella continua non è un processo di semplice comprensione. Sigaut (1977), in un approfondito studio sull'argomento, sottolinea come gli intendimenti degli antichi agronomi nell'effettuare il maggese non era essenzialmente quello di conservare l'umidità del suolo, se ad esempio Senofonte, nell'« Oiconomicos » (XVI 14, 15) precisa che l'aratura (o la zappatura) doveva esser tale da portare in superficie la terra sottostante non cotta dal sole, così da fare arrostire anch'essa(dal sole) assieme alle cattive erbe. Sigaut (p. 148) interpreta il passo come se anche lo strato profondo e non semplicemente sottostante debba esser portato in superficie. Quindi, a suo parere, l'affermare che le arature nel maggese devono essere superficiali è una falsa asserzione dei moderni. Analogamente combatte altre interpretazioni attuali, quale l'identificazione concettualmente erronea del maggese con il « riposo » o con l'« incolto » o con le « stoppie » o con il « pascolo sulle stoppie ». Sigaut aggiunge (pp. 160-163) che nelle aree nordiche europee, dal Baltico all'Irlanda, ove si usano e (si devono usare, dato il clima) solo i cereali primaverili, *ab origine* non viene applicata la tecnica del maggese. È evidente

quindi che in tali regioni con l'unica aratura pre-semina primaverile (talvolta preceduta da una autunnale) e per la densità dell'avena o dell'orzo poi seminati, venga egualmente impedito lo sviluppo delle malerbe.

Tutte le constatazioni e osservazioni sopra effettuate pongono in evidenza come l'agricoltura costituisca una realtà estremamente complessa che si articola in modi diversi a seconda delle epoche storiche e dell'area etno-geografica. La rotazione continua è certamente, in un determinato ambito, un obiettivo di utilizzo più integrale e intensivo del territorio. Ma non è in assoluto una conquista recente. Come si è visto in uso *ab origine* in talune regioni come le Scozia (Sigaut, ibidem e Parain 1976, p. 170) e, nella preistoria, generalizzata ovunque con i metodi dell'orto-cerealicoltura, secondo la ipotesi di Sherratt (1982), conosciuta dai Romani che l'applicarono diffusamente (Carandini 1985, vol. I, pp. 133-137) nei terreni più fertili con l'impiego del sovescio, delle leguminose, del letame, realizzando quegli « *agri restibiles* » quei « *restibilia* » citati da Varrone (I, 44) continuativamente produttivi; attuata già nell'Alto Medioevo (Parain 1976, p. 167) e forse anche prima in Germania, Francia Settentrionale, Paesi Bassi.

Tentativi di coltivazione intensiva continua tra la fine del Medioevo e il Rinascimento si verificarono, come si è già accennato, anche in Italia, specie nelle aree irrigue dell'Alta Italia.

Gli agronomi di quel periodo, a partire dal Crescenzi (Jones 1976, p. 455) illustravano i casi di terreni mai lasciati a maggese. Agostino Gallo, nell'edizione del 1615 delle « Venti giornate d'agricoltura » (la prima edizione intitolata « Le dieci giornate d'agricoltura » era del 1564), nella prima giornata, nel paragrafo « Le regole che si debbono osservare nel coltivar bene i campi » precisa che « ... quando un campo ha fatto un sol frumento, o altra biada grossa, e che sia per farne un altro il seguente anno », occorre innanzitutto mieterlo il più presto possibile: ciò in modo di predisporre il terreno alla coltura del grano ripetuta nell'anno successivo, secondo le regole che aveva appena prima indicato (nel paragrafo: « Effetto dell'arare quando si seminano le biade »), e cioè cinque arature seguite ciascuna da un'erpicatura per lungo e una per traverso oltre che da un'accurata rastrellatura per togliere le male erbe.

Gallo raccomanda di essere molto rigorosi in tali lavorazioni, e soprattutto di verificare, prima di seminare in questo secondo anno il

Senato della Repubblica - Archivio Storico

grano, che il campo risulti ben pulito dalle malerbe. In caso contrario è meglio, scrive il Gallo, non seminare, ché miglior risultato si ottiene nel confronto dal campo che dopo il grano e nel successivo anno « resti voto ». Se dunque il campo, dopo le cinque arature e rinettature, risulti perfettamente mondo dalle malerbe, si risemina in autunno, come si è detto, il grano, mietendolo poi ancora all'inizio di giugno. In questo secondo anno, prima della fine di giugno, si semina il miglio, mentre poi nel terzo anno, dopo opportune lavorazioni, si coltiva avena e veccia seminate a marzo nella proporzione di una metà per ciascuna delle due specie. A maggio si falcia questo foraggio, così che, all'inizio di giugno, si potranno seminare fagioli o glio. Gallo dà però la preferenza ai fagioli (*Vigna sinensis* = fagiolo dell'occhio, in quanto il vero fagiolo = *Phaseolus vulgaris* di origine americana si è diffuso in Italia più tardi), perché, ritornando al grano nell'autunno successivo, questo darà un raccolto più abbondante se sarà preceduto appunto dai fagioli dell'occhio. Da tutto ciò si desume che il Gallo, con le dovute cautele e raccomandazioni, suggerisce, tra le regole per coltivar bene i campi, la « rotazione continua ». Intendendo con questo termine una successione di colture per la quale ogni anno il terreno venga utilizzato (frumento-miglio-fagioli-frumento). Essa non esclude ovviamente le arature ed ercicature ripetute, tra una coltura e l'altra, come appunto nel nostro caso tra giugno e l'autunno, tra le due colture ripetute di frumento.

Lo scopo principale del maggese, quello di pulire il terreno dalle malerbe, come ha evidenziato Sigaut, era così conseguito con tali arature ravvicinate, in una sorta di maggese « concentrato » anche in una « rotazione continua ». E che lo fosse efficacemente è dimostrato dal fatto che ancora alcuni secoli dopo Songa (1785) e Burger (1842, p. 7), come riferisce Sigaut (1977, p. 155) documentano che tale rotazione suggerita dal Gallo fosse ancora in uso. Sigaut (ibidem) aggiunge che ciò era possibile solo nel nostro Paese, con un clima caldo e quindi con una mietitura precoce, e con lo sviluppo rapido delle malerbe che potevano essere eliminate di volta in volta, man mano che crescevano, con le cinque arature. Nell'ambito transalpino, tale tipo di rotazione continua sarebbe stato impossibile. Infatti, come si è già accennato, in tali regioni si dovette attendere sino al XVIII secolo, con l'inserimento delle sarchiate da rinnovo, per introdurre la rotazione continua (rotazione di Norfolk). Prima, a Nord delle Alpi, per coltivare i cereali vernini, era necessario dedicare al maggese almeno un anno, partendo con la rottura delle stoppie nella primavera successiva al raccolto (prima aratura).

Anche Tarello, nel suo « Ricordo di agricoltura » (I ediz. 1567), si pone nella medesima direzione del Gallo: drastica riduzione del maggese nell'area seminativa. Esso passa infatti dal 50% di tale area, come era prevista nella rotazione biennale — nel suo tempo ancora molto diffusa nella fascia collinare — o dal 33% della triennale, al 25% della rotazione quadriennale da lui proposta. Non solo, ma grande merito del Tarello, spirito più sistematico e geniale del Gallo, (Saltini, 1984) sta nel porre lo stesso prato fuori vicenda in rotazione. Esso veniva, con speciali accorgimenti (abbruciature e arature accurate al fine principale di eliminare le malerbe) messo a coltura per il grano per 5 anni. Dopo di che tornava a prato per 15 anni. Ed è in tale ambito che il Tarello proponeva di fatto, e più specificamente, la rotazione continua. Ma del resto anche nell'area a seminativo egli si muoveva, come si è visto, verso l'eliminazione degli anni a maggese, anche se vi perviene solo parzialmente. In questa prospettiva di indirizzo ha ragione quindi il Sereni (1958, p. 128) quando pone anche il Tarello tra i pionieri della rotazione continua.

Nello stesso modo veniva interpretato dal Del Bene che, ai primi dell'800 (Bignardi 1983, p. 39), nella nota di commento al passo di Virgilio (Georgiche I, 73 sgg.), nel quale propone la rotazione alternata cereali-leguminose, si esprime: « Ecco schiettissima la coltura alternata di cui ai suoi giorni menò gran vanto il Tarello » e, più recentemente, dal Marani che scrive (1941, p. 37) infatti: « (il Tarello) sostituisce la coltura continua alla discontinua », come dal De Maddalena (1964, p. 414) che cita e accoglie l'interpretazione del Marani, dal Chittolini (1979, p. 199), dallo stesso Parain che afferma (1976, p. 169) come il Tarello propose una rotazione in cui sistematicamente « le colture foraggere sostituissero il maggese ».

Né dobbiamo dimenticare, tra i più recenti studiosi, il Bignardi (1983, p. 10) che scrive: « ... il Tarello ... propone fin dal 1567 ... un sistema di rotazione continua, sostituendo ai nudi maggesi la coltura delle piante foraggere ». Ed è questo anche il senso complessivo dell'introduzione del Berengo all'ultima edizione (1975) del «Ricordo di agricoltura » del Tarello ove, al di là dei dettagli, viene sottolineato tale orientamento di fondo del celebre agronomo

Senato della Repubblica - Archivio Storico

bresciano del '500. Infatti in ogni argomentazione occorre cogliere l'indirizzo e il significato complessivi, rispettando ovviamente anche ciò che costituisce un dettaglio o una necessità transeunte. L'errore maggiore (in confronto a quello minore — eventualmente compiuto dal Sereni, dal Marani, ecc. — di trascurare o non riferirsi correttamente ai dettagli) è piuttosto quello di assolutizzare tali dettagli. Così, nel caso del Tarello, stravolgerebbe l'indirizzo complessivo della sua rivoluzione agronomica volta al superamento del maggese, chi vorrebbe porre l'accento su quell'anno residuo di maggese che il Tarello ha dovuto conservare, non essendo ancora conosciute e introdotte al suo tempo quelle grandi colture sarchiate da rinnovo (mais ecc.) che avrebbero permesso più tardi di eliminare anche quell'ultimo residuo. Ha documentato abbondantemente il Sigaut (1977, p. 157) come le sarchiate in precedenza conosciute (rape, ecc.) spesso non fossero, nel contesto tecnico-economico del tempo, utilizzabili.

Infine, non basta avere ed esporre chiaramente le proprie argomentazioni circa la soluzione di un problema agronomico, perché tale soluzione venga realizzata. Occorre che esista un contesto socio-economico che permetta questa attuazione. Rotazioni ventennali, miglioramenti fondiari incisivi, come quelli che proponeva il Tarello, richiedevano una diversa mentalità da quelle proprie ai proprietari terrieri ed alla classe politica dello Stato Veneziano del suo tempo. Per questo i suoi insegnamenti ebbero al momento un limitato accoglimento (Marani 1940, p. 40, De Maddalena 1964, pp. 414-415, Grasso Caprioli 1985, p. 67), mentre lo ebbero più tardi, già alla fine del '700, in un clima di sensibilità sociale parzialmente diverso (Re 1808, Sereni 1958, p. 125; Forni 1985, p. 29) e con le nuove possibilità di perfezionamenti tecnico-agronomici, di notevole rilievo anche sotto il profilo economico, offerte dalla recente diffusione delle sarchiate da rinnovo di origine americana (mais e patata).

Il ruolo delle foraggere nell'agricoltura medievale, rinascimentale e moderna

Come sinteticamente sottolinea il Sereni (1958, p. 126), non tanto negli antichi sistemi dei « campi ed erba » derivati dall'evoluzione dell'ignicoltura, quanto nei successivi più perfezionati sistemi a maggese, e persino in quelli ad incipiente rotazione continua, le foraggere erano generalmente confinate fuori dell'azienda agricola. I bovini da lavoro si limitavano a pascolare sui ristoppi, negli incolti, sui maggesi, ad utilizzare le scarse risorse della « frasca » o i radi sfalci dei magri prati. Spesso poi l'allevamento era condotto da imprese zootecniche armentizie autonome, separate da quelle agricole, di carattere per lo più transumante. Da qui la diffusione di strutture di gestione di tali imprese, come quella della soccida (Cherubini 1981, p. 329 sgg.; Pecorella 1975). Jones (1976, p. 460) fa notare che, dopo la forte pressione demografica culminata nel XIV secolo, gli stessi statuti locali vietavano oltre un ristretto limite le colture che non servissero direttamente all'alimentazione umana. Comunque, al di là della legislazione, le esigenze alimentari (Jones, ibidem) nella stessa Lombardia, specie in quella non irrigua, lasciavano di fatto scarso spazio nelle rotazioni alle colture da foraggio. Ciò è confermato dal Cherubini (1981, p. 373) che, tra le leguminose coltivate sino al XV secolo, non fa alcun cenno a quelle da foraggio. Tale esclusione delle colture da foraggio nei seminativi, specie per quelli non irrigui, è sottolineata anche dal Sereni (1958, p. 126). E, come molto opportunamente avverte Jones (1976, p. 459), occorre evitare l'abbaglio di confondere le pratiche suggerite da trattatisti d'avanguardia, quali Columella, Crescenzi e Gallo, per gli agricoltori-modello, con quelle realmente allora in uso.

Così ad esempio, se il Gallo, nella prima giornata, propone « per havere del fieno assai » la semina del trifoglio in avvicendamento, e l'erbaio misto di veccia e avena, ciò rientra in quelle ardite innovazioni che, come rileva il Sereni (1958, p. 120) il Gallo suggeriva, a differenza dei manualisti di agronomia più in voga nel '500, ancora fermi sul maggese nudo. Ma sarebbe certamente impensabile da ciò arguire che, nell'uso comune, al tempo del Gallo rientrasse la coltivazione delle leguminose da foraggio. Al più ciò poteva accadere nell'ambito della pianura irrigua (in cui del resto il Gallo operava) e non nell'ambito pedemontano e collinare.

Analogamente, sarebbe assurdo concludere, dalla lettura di quel passo del Gallo (inserito ancora nella prima giornata), nel quale egli suggerisce un'accurata preparazione del prato permanente, che ciò costituisse una pratica a quel tempo generalizzata, ed anzi, più globalmente, inferire che le colture foraggere rivestissero un ruolo rilevante nell'ordinamento colturale dell'epoca.

Per avere comunque un'idea più precisa di quale fosse la posi-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

zione delle foraggere all'epoca del Tarello, occorre innanzitutto distinguere le aree irrigue da quelle non irrigue. Nelle prime, come si è detto, specie nella Bassa Lombardia, la coltura delle foraggere in genere rivestiva, già nel Rinascimento, un ruolo non trascurabile. Nelle seconde, bisogna ulteriormente far distinzione fra quelle sottoposte ad una notevole pressione demografica, come il Veneto propriamente detto, nelle quali l'area cerealicola era assolutamente preponderante — ciò anche perché la politica economica veneta era volta a potenziare la produzione cerealicola (De Maddalena 1964, p. 388), non essendo influenzata dalla vicinanza di una grande area irrigua ad alta tradizione casearia, e quindi almeno parzialmente praticola (come era invece la Bassa Lombardia) — e quelle sottoposte ad una pressione demografica più lieve od ubicate in aree tecnicamente più attardate, come poteva essere il caso prevalente negli ambiti asciutti del Piemonte e dell'Emilia. De Maddalena (1964, p. 410) riporta dati di ricerche per cui, ancora a metà del '700, quasi metà del Piemonte risulterebbe incoltivata. Ciò premesso, bisogna aggiungere che, in questi ultimissimi decenni, si sono pubblicati diversi studi locali sull'argomento che ci pongono a disposizione alcuni dati utili per chiarire la questione. Per l'area più specificamente bresciana, Scaglia (1980, pp. 123-131) ha evidenziato alcuni dati interessanti tratti soprattutto dall'Estimo Generale Veneto del 1531 e da quello del 1593, nonché dai documenti connessi a tali Estimi. Nell'area pedemontana, che comprende appunto la fascia collinare e prealpina oltre all'alta pianura di quella regione, il bosco (con il ronchivo) occupava in media il 20%, con oscillazioni nelle singole possessioni che presentavano estremi del 5-10% nella Franciacorta; e all'opposto del 60-70%, come ad esempio nei Comuni di Polaveno e Brione, nei pressi di Iseo. È da tener presente che, trattandosi di boschi a ceduo, nei primi anni susseguenti al taglio si ha un discreto pascolo.

Nell'area non boschiva, il prato stabile oscilla da 1/3 alla metà (1/4-1/3 nella pianura asciutta). Nelle terre dei piccoli proprietari (aziende di 1-2 ha) la quasi totalità del suolo, nell'area collina-re-montuosa, era ad arativo. Il foraggio per gli animali da lavoro veniva tratto dai boschi pascolivi e dai ronchivi. Nella pianura asciutta, mancando i boschi, anche le piccole aziende lasciavano spazio ai prati stabili.

La ripartizione tra le proprietà degli « indigeni » e dei cittadini

variava notevolmente nel tempo. Nel '400 si riduce notevolmente la proprietà dei « locali », che si trasformano in massari e braccianti (laboratores).

Dopo il 1530-1540 si ha prima un arresto, poi un'inversione di tendenza. Anzi, alla fine del '500, molti cittadini (nobili, professionisti, burocrati, artigiani, commercianti) diventano, o ridiventano « esercenti opere rurali ». Nel 1531 i cittadini posseggono nel Pedemonte 213.620 piò (1 piò = 1/3 di ha circa), i contadini locali 133.947 piò. Le rotazioni, nelle possessioni dei cittadini, già nel tardo '500 presentano affinità con quelle proposte ed esaltate dal Gallo: sessennali od anche settennali. Le leguminose: fave e fagioli (dell'occhio = *Vigna sinensis*) sono in complesso scarsamente coltivate. Quelle specificamente da foraggio, come il trifoglio, compaiono solo sporadicamente come alternativa al prato « grasso » da vicenda. Infatti dagli Estimi risulta che in queste aziende due terzi del seminativo sono a frumento o farro o segale, un sesto (o un settimo) a foraggere avvicendate. Il resto era diviso tra miglio, melica o spelta (o anche avena) e fave o fagioli dell'occhio. Naturalmente la melica non era allora il mais, ma il sorgo o la saggina. Nelle piccole proprietà contadine (generalmente ubicate nei terreni meno fertili) si ha la rotazione biennale (maggese-frumento) od anche la triennale (maggese-frumento-miglio oppure fave o fagioli dell'occhio). Nella pianura irrigua 1/5 della superficie è a prato adacquatorio, il resto a frumento (da 1/3 a 2/3), a lino e a miglio.

Prezioso, per ampliare le conoscenze sulla situazione durante il Rinascimento nel territorio dello Stato Veneziano di cui anche il Bresciano faceva parte, lo studio di M. Lecce (1958), grandemente apprezzato anche in ambito internazionale (Jones 1964, p. 322 n. 117). Esso si riferisce al Veronese, area non solo attigua a quella Bresciana, ma altresì pedologicamente affine, poiché sia la fascia prealpina sia quella dell'altipiano diluviale posseggono un substrato calcareo marnoso. I dati offerti dalla pubblicazione sono particolarmente ricchi in quanto appunto ricavati da un censimento condotto nel 1555 da parte dell'Autorità Comunale Veronese per rispondere alla richiesta di 1000 bovini, effettuata dal governo centrale Veneziano, per approvigionare le beccherie della città. Nella relazione che accompagnava il censimento, si legge che nell'area prealpina i pascoli risultano sassosi e poveri. Nell'area collinare e pedemontana « magra et sutta e per conseguenza sterile et mal atta a pascolar » i « campi »

Senato della Repubblica - Archivio Storico

(misura veronese pari, come si è detto, a circa 1/3 di ha) a prato sono « segatti una volta tanto a l'anno ». Inoltre aggiunge che molte ville (cioè aziende agricole) non avendo che « campi aratorii » (= terreni a seminativo) e quindi privi di pascoli e di prati, sono costrette a pascolar lo scarso bestiame per « le vie campestri » e le erbe spontanee (« le erbe selvatoche ») che crescono nei campi dopo la mietitura. Il che calza a pennello con quanto Forni scriveva (1985, p. 27) a proposito dell'agricoltura ai tempi del Tarello, riferendosi implicitamente in particolare alla situazione delle campagne dello Stato Veneziano, che « i prati stabili (risultavano) trascurati, lasciati sostanzialmente incolti o al più semicoltivati, come semplici pascoli soggetti a sfalcio saltuario ». Viene pure perfettamente confermata l'inesistenza di colture intercalari da foraggio, quindi anche l'utilizzo delle leguminose da foraggio.

C'è di più: nelle stesse « Basse », specificano le relazioni annesse al censimento dei pascoli e prati « de particolari » (cioè dei privati, come da quelli « de comune » come dei « logi comuni », cioè quelli di proprietà e sfruttamento collettivi, il fieno è di qualità scadente, pieno di « sevole » e « non troppo bon da ingrassar bestiame ». Cioè anche qui non si fa alcun cenno agli erbai da foraggio proposti dai trattatisti d'avanguardia quali il Gallo.

Le tabelle ricavate dai dati pervenuti (e quindi solo parziali) di suddetto censimento elencano anche il numero dei « campi » (misura, come si è detto, equivalente a 1/3 di ha) a prato nell'« alto », « medio » e « basso Veronese » pari rispettivamente a 4.134, 6.790 e 11.775. I « campi » più specificamente a pascolo sono complessivamente 4.823 (1.864 per l'Alto Veronese e 1908 per il Basso; il resto per il Medio). Per quel che riguarda più specificamente la Lombardia, nella prima metà del XVI secolo, secondo i dati riportati da Jones (1976, p. 441), l'area a seminativo era intorno al 75% nella pianura asciutta, in quella della zona collinare nelle aree di Como, Bergamo, Brescia l'arativo superava il 50%, mentre i prati superavano, in particolare per il Comasco, il 13% (De Maddalena, 1964, p. 387). Ciò può non contraddire i calcoli del Tarello (tenendo conto dell'area a pascolo non specificata da Jones e De Maddalena) per il quale, applicando il suo metodo (che prevedeva una rotazione implicante la coltura delle foraggere sul 50% del seminativo e la coltivazione a cereali del 25% dell'area a prato stabile) si sarebbe portata complessivamente la coltura delle foraggere al 60% del territorio (Tarello, ed. 1975, p. 115). La congruità di tali dati con l'ipotesi innovativa del Tarello è offerta ancora una volta dal De Maddalena (ibidem, p. 385) che, basandosi sui dati catastali della metà del XVI secolo, prevede una media complessiva per lo Stato di Milano (che si estendeva dalle Alpi alla Bassa) di un'area a seminativo per metà a foraggere e di un'area fuori rotazione per 1/4 a prato. Il censimento spagnolo rileva una percentuale dei pascoli e delle brughiere di quasi il 10% (De Maddalena 1964, p. 410). Il censimento del Veronese sopra citato non riporta l'area a seminativo, ma il dato può essere ricavato, con ipotesi molto attendibili, per via indiretta. Come si è visto, esso indica per il Medio Veronese una superficie a prato-pascolo di quasi 8000 campi, pari a quasi tremila ha, relativa ai Comuni di tale territorio di cui ci sono pervenuti i dati. Siccome per questi stessi Comuni sono specificati oltre 5.000 animali da tiro, tenendo conto delle esigenze del maggese, l'area a seminativo del Veronese risulterebbe superiore in percentuale a quella della corrispondente fascia territoriale lombarda.

Tali dati non sembrano contrapporsi a quelli che gli estimi del territorio Veronese, resi esecutivi sul finire del XIV secolo e analizzati da Rossini e Vanzetti (1979) ci forniscono per quest'epoca, e cioè il 52% di seminativo e il 24% di prati e pascoli, cui si aggiungevano il 14% di aree improduttive e il 16% di boschi: entrambe categorie almeno parzialmente pascolive.

La situazione può essere ulteriormente indagata utilizzando dati forniti da ricerche di microstoria. Secondo i dati riportati dal De Maddalena (1964, pp. 386 ss.; pp. 410-411), in Lombardia, nel Pavese, nella possessione di Portalbera nel 1553 l'84,7% della superficie è terra da pascolo (« pascoli sutti », « pascoli gabbati » e « prato-pascolo sutto »), mentre in quella di Comairano è destinato a prato-pascolo il 40%, ed a San Re, nell'Oltrepò Pavese, lo è solo il 10%. A Pegazzera nel '600 si aggira sul 20%. A Belgiojoso (tenuta dei Barbiano) le colture foraggere assommano al 26%.

Nel Mantovano, nella corte di Letto Palidano, nel 1577 1/3 del terreno è a prato stabile, e questo giunge al 50% nella corte di Soave. Al 56% in quella di Marmirolo. Non trascurabile era anche l'area a pascolo. Abbiamo già specificato che, secondo i dati di De Maddalena, pascolo e brughiera, secondo il censimento di Carlo V, occupavano il 10% dello Stato di Milano, con punte anche elevate, come si è visto, in tenute come quella di Portalbera nel

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Pavese. Persino nello Stato Veneto, malgrado il programma di intensivo sviluppo della cerealicoltura, l'area ad uso collettivo è ancora molto estesa. Nel Trevigiano ad esempio ben 125.123 « campi » (un « campo » = 1/2 ha circa) sono così utilizzati. Di essi la maggior parte (circa 100.000) erano a pascolo, o prato-pascolo, o bosco pascolato.

Altre ricerche recentissime di microstoria aziendale confermano tale situazione. Nel XIV secolo, al culmine dei dissodamenti medievali (dopo si ebbe un calo di popolazione per carestie e pestilenze e una lenta ripresa, per cui alle condizioni di partenza, come si è già accennato, si ritornò solo un secolo dopo) nell'azienda benedettina di S. Maria Teodote (Fidenza) si avevano (Chiappa Mauri 1978, pp. 230-1) il 55% delle terre ad arativo tenuto a rotazione biennale (4 arature nell'anno del maggese in preparazione alla semina del frumento, che si riducevano a tre, nel caso si seminasse la spelta), il 40% a prato-pascolo (bosco pascolivo ecc.).

Nella medesima epoca (sec. XIV), nella fascia pedemontana Lombarda, a Cairate (Varese), nel tenimento del Monastero di S. Maria Assunta si aveva (Piantanida 1978, pp. 308-311) una percentuale del 48% a seminativo, mentre il bosco e l'incolto, entrambi evidentemente pascolivi (negli Atti non vengono quasi mai specificati i prati propriamente detti, e anche nella mappa del tenimento è specificato in un sol punto il prato), superavano il 30%. Il resto era a superficie vitata. Dalla cartina risulta che un ampio spazio presso il fiume era di uso collettivo (*Viganum*, da *vicus*) del villaggio, cioè di Cairate.

Non molto diversa era la situazione di San Colombano, tra il Po e il Lambro, nella tenuta (*possessiones*) della Certosa di Pavia, nel XV secolo. Qui il seminativo propriamente detto (Chiappa Mauri 1979, p. 146) era del 34%; ma si devono aggiungere le aree (15%) ad utilizzo misto: parte arativa, parte vitata, parte a pascolo o prato, per cui prudenzialmente si può pensare che il seminativo arrivasse al 40%. Vi era poi infatti un 17% di vigneto che però, essendo in parte misto a seminativo, si può considerare sul 15%. Infine si aveva un 45% a prato, di cui il 30% circa a prato propriamente detto, il resto a pascolo, bosco pascolivo, brughiera pascoliva.

Anche nella Bassa irrigua Lombarda, nell'azienda di Bertonico, appartenente all'Ospedale Maggiore e ubicata tra l'Adda e la Muzza ad una quindicina di km da Lodi, il rapporto tra cereali e prato non

era, nel XV secolo (Chittolini 1979, p. 186) molto diverso da quello delle aziende considerate in precedenza, anche se ovviamente la consistenza « pratorum et pasculorum » qui è maggiore: più del 50% (600 ha su un totale di 1100 ha). Inoltre hanno rilevanza i prati irrigui, le colture foraggere in rotazione. Maggiore è la differenza nelle terre più fertili e irrigue nella II metà del '500, per una più dinamica evoluzione. Così nelle medesime possessioni di Bertonico, in quella meno fertile della Gora, il prato occupava il 38%, mentre l'arativo occupava il 58%. Nella Taccagna, l'arativo era il 51%, il prato era il 45% (di cui il 9% era prato a spianata, cioè era prato formatosi spontaneamente sul terreno prima a cereali, opportunamente spianato; il 20% era prato di un anno e il 6% di più anni). Il prato della Gora invece era circa a metà di spianata e metà era prato vecchio.

Nella più fertile possessione di Ceradello, il 71% circa della terra risultava a prato avvicendabile (il 31% a spianata, il 35% a prato di una cotica, il 5% prato vecchio). L'arativo era solo il 28%. Nell'Alessandrino (pianura in prevalenza asciutta) in prossimità della Lombardia, secondo quanto riferiscono Doria e Sivori (1983, pp. 13 sgg.), nell'azienda della Boldina (120 ha) di proprietà dei Doria, nel 1569 la percentuale a bosco è del 18,4%, quella a prato del 23,5%, a pascolo povero (gerbido) del 23,7%, l'arativo del 33,6%. Più di un secolo dopo (1692) il bosco si era ridotto al 12,6%, il prato rimane quasi stabile al 21%, l'arativo sale al 62,9%, cui si collega un'area vitata di 2,9 ha. In Piemonte, nell'area collinare del Monferrato, alla medesima epoca i Doria posseggono un'azienda di 60 ha, dedicata per il 23,3% a bosco, 16,7% a prato, 60% a campo (di cui il 20% vitato). Un secolo dopo (considerando anche successivi acquisti e conseguenti accorpamenti) il bosco si riduce all'8,9%, il prato sale al 23%, l'arativo al 67,5%, con notevole riduzione (al 2,2%) nel suo ambito del vitato.

Interessante lo studio delle variazioni delle colture nel Piemonte Centrale, studiato di recente da Rotelli (1973, pp. 109 sgg.). A Chieri, nel 1289, i due terzi del territorio sono ad arativo con avvicendamento biennale; vigneto, prato stabile e bosco si ripartiscono in parti uguali il rimanente terzo del territorio.

Un secolo e mezzo dopo, a causa della forte diminuzione della popolazione per il susseguirsi delle pestilenze, l'arativo si dimezza al 35%, il prato sale al 18%, il bosco al 16%, il vigneto scende al

Senato della Repubblica - Archivio Storico

4%, ma compare l'alteno, cioè filari di viti alternati ad arativo, come precisano Zaninelli (1976, p. 186) e, in forma più storicamente e linguisticamente approfondita, il Bosshard (1938).

Tale situazione si mantiene in sostanza ferma sino all'inizio del XVI secolo.

In altre aree del Piemonte Centrale si hanno proporzioni diverse di alteno e di arativo, ma la proporzione del prato è sempre del 18%. Per le epoche successive, sono indicativi i dati già riportati da Doria e Sivori. È infatti solo alla fine del '700 che in Piemonte comincia a praticarsi su vasta scala l'irrigazione (De Maddalena 1964, pp. 385 e 410). Nell'Emilia, nella pianura Parmense, nelle possessioni di S. Vitale a Fontanellato e in altre località nel XVI secolo, significativo (Arcangeli 1983, p. 190) è il passaggio dal 10% a prato negli anni 1543-1545 (un prato in buona parte a pascolo) al 30% (a Fontanellato) ed anche al 50% (a Noceto). Tuttavia, fa notare l'Arcangeli (p. 190), gran parte del prato rimane asciutto anche per le minori possibilità irrigue in confronto alla Lombardia. Limitata anche la praticoltura da vicenda, essendo sempre marcata la tradizionale separazione tra cerealicoltura e allevamento. Presente ancora sino al XVIII secolo il semplice pascolo.

Infatti una vera rivoluzione agricola in Emilia si ebbe solo nel '700 (Bignardi 1983, p. 130) « quando il maggese nudo fu vestito da leguminose (trifoglio, erba medica) » od anche (ibidem, p. 135) da piante ortive « sedani o cavoli o rape... qualche cereale a semina primaverile (e allora si passava da una rotazione biennale ... ad una rotazione triennale) ». Una novità rivoluzionaria per l'Emilia intervenne anche con l'introduzione nel Bolognese della rotazione continua grano-canapa, con radici che si pongono forse sin nel XV secolo. Filippo Re, come fa notare il Bignardi (ibidem, pp. 135-136) esalta tale tipo di rotazione, impostata sul fatto che la canapa, tipica pianta da rinnovo, esige profonde e accurate lavorazioni, accompagnate da notevoli letamazioni, e la contrappone a quelle in uso ancora in altre parte dell'Emilia, ove si lascia ogni anno « un sesto, un quinto e talora un quarto e più vuoto » aggiunge, « cosicché ogni anno (ad es. nel Reggiano) rimangono inutili circa 30.000 biolche » (= 3000 m² circa). E il suo pensiero, che si rifaceva al Tarello (v. l'elogio che ne scrisse nel suo « Dizionario dei libri d'agricoltura » del 1808-9), ai grandi agronomi francesi come il Duhamel Dumonceau e inglesi, come lo Young (Bignardi 1983, p. 129) lo porta a

proporre rotazioni continue, in cui erano inserite come foraggere miglioratrici la medica e il trifoglio, e, come piante da rinnovo sarchiate, le piante americane di recente introdotte: patata, mais. Tali proposte si diffusero in Emilia solo alla fine dell'800 (Bignardi 1983, p. 143), quando i maggesi andarono scomparendo, sostituiti dai medicai e dalle lupinelle. Grosso modo, il processo si verificò nella medesima epoca anche nell'Italia Centrale (Imberciadori 1976, pp. 224 sgg.).

Evoluzione degli ordinamenti colturali ed evoluzione aziendale. Il ruolo dell'irrigazione

La tradizione della villa rustica romano-padana (Righini 1979, p. 75 sgg.), grazie alla sua già elevata efficienza di tipo agricolo-zootecnico e alla convergenza con la naturale tendenza dell'uomo a costruire i vari elementi della dimora, man mano se ne presenti la necessità, attorno ad un cortile (*corte*) quadrangolare aperto o chiuso, ha potuto giungere idealmente sino a noi, sia pure in strutture profondamente modificate e diversificate sotto il profilo storico-sociale (Pecora 1970, p. 237). A tale conservazione ha contribuito in misura non trascurabile, tra i secoli XI e XIII, il costituirsi delle *grange* (dal latino *granica* = granaio, tramite il franco-provenzale *granche* — infatti il termine fu in uso soprattutto in Piemonte), insediamenti monastici cistercensi, luoghi non solo di orazione, ma fulcri di una meravigliosa opera di dissodamento, di sistemazioni idrauliche o di regolari colture, nelle plaghe acquitrinose della Bassa (Pecora, ibidem).

Ma, con tutto ciò, è indubbio che solo in casi e plaghe particolari possa essere invocata una derivazione almeno indiretta e ideale della grande dimora a corte da quella di tradizione romana. Ciò è più frequentemente vero per quella medievale. È questo il caso, nel Lodigiano, di cascine che si rifanno ad antiche Abbazie (Bassi, in stampa).

Vi sono anche casi di grandi cascine che possono far riferimento ad insediamenti agricoli sviluppatisi per impulso della nobiltà di estrazione mercantile, ad esempio nel Lodigiano la Cascina Borromea, fatta costruire dai Borromei, feudatari di Camairago, dal 1445.

La generalità degli insediamenti a corte attuali risale infatti

Senato della Repubblica - Archivio Storico

(Gambi 1964, Chittolini 1979, Chiappa Mauri 1979) solo al XVI secolo e si è dilatata enormemente nel corso del '700 e nel primo Ottocento. Nella Bassa Lombarda, ancora a metà del '500, i complessi edili corrispondenti alle attuali grandi aziende non erano disposti a quadrilatero attorno ad uno spazio chiuso, ma si distribuivano su due linee parallele separate da un cortile aperto. Profondamente diversa da quella ottocentesca era la struttura sociale, in quanto le medie e le piccole aziende moltiplicatesi nel Tardo Medioevo erano condotte da massari. Questi perdettero via via la loro qualifica, per trasformarsi in salariati, man mano che si moltiplicarono gli impianti irrigui, si estesero le colture foraggere, si intensificarono gli allevamenti zootecnici, si sviluppò l'industria casearia e si introdussero nuove colture cerealicole: riso e mais, che costituirono la base delle nuove regolari rotazioni, sostituenti l'antico sistema a maggese. Si trattò di trasformazioni richiedenti abilità imprenditoriali, abbondanza di capitali e un massiccio lavoro di manodopera organizzata, di cui gli antichi massari non potevano disporre. Tuttavia alcuni di essi, più forniti di spirito imprenditoriale, si trasformarono in grandi affittuari.

Il nucleo costitutivo dell'azienda si andò di conseguenza rafforzando: una prima fase di ampliamenti edili si fisserebbe per la Bassa tra il 1530 e l'inizio del secolo XVII, con il potenziamento delle stalle, dei locali dell'industria casearia. Siepi e muri proteggevano l'azienda dai continui furti. Ma la fase più intensiva che porta alla chiusura ermetica della corte rurale e all'instaurarsi di una struttura organizzativa gerarchica (il tutto forse secondo un generico modello ideale tradizionale romano e soprattutto monastico), si ebbe soltanto alla fine del XVII secolo, grazie all'ampliamento delle stelle, dei fienili, dei porticati, dei magazzini, delle abitazioni dei salariati, delle prime pile per la lavorazione del riso (Pecora 1970, p. 238; Coppola 1979, Bracco, Caligaris, Pico 1979). Questa evoluzione venne favorita inizialmente anche dai processi di parziale rifeudalizzazione e quindi di concentrazione fondiaria, svoltisi durante la dominazione spagnola.

Che comunque la condizione base sul piano tecnico fosse una notevole intensificazione produttiva imperniata sull'utilizzo dell'acqua, e quindi sulle colture foraggere e sull'industria zootecnico-casearia, è dimostrato dal fatto che, nella soprastante pianura asciutta, la mezzadria e il piccolo affitto si sono conservati fino alla fine del

secolo scorso ed oltre, mentre là dove, nella seconda metà dell'800, si costruirono poi i grandi canali irrigui (Cavour, Villoresi, ecc.), non solo si registrarono modifiche negli indirizzi produttivi (Rozzi 1979, p. 463), con incremento della foraggicoltura e aumento del patrimonio zootecnico, ma qua e là si costituì la grande azienda (Pecora 1970, p. 235), prima specifica della « Bassa ».

Conclusioni: gli avvicendamenti in Alta Italia tra '800 e '900 e l'attualità della rivoluzione agronomica tarelliana oggi

Inevitabilmente questo studio sull'origine e l'evoluzione degli avvicendamenti si basa, come tutte le ricerche di carattere storico, su una raccolta di documenti, sulla loro interpretazione d'insieme. Di conseguenza è inevitabile, malgrado il continuo sforzo di esporre ciò che si ritiene siano stati oggettivamente gli eventi ed i fatti, un grosso margine di soggettività e di opinabilità. Quanto sia elevato nello storico tale margine può essere evidenziato ad ogni piè sospinto. Ho qui sottomano per esempio uno studio, per altro ben documentato e ricco di acute osservazioni, di G. Arias (1908) sul Tarello. L'Autore parte dal punto di vista che nello Stato Veneto, nel Tardo Rinascimento, si era pervenuti ad una eccessiva estensione della coltura granicola. La produzione dei grani, malgrado ciò, per l'esaurirsi progressivo delle terre (i cereali tradizionali, come è noto, costituiscono una coltura depauperante), diminuiva anziché progredire. Tutta l'opera del Tarello, secondo l'Arias, costituirebbe una reazione agronomica a questo stato di cose. E fin qui l'interpretazione sembra corretta. Lo è molto meno quando addirittura non si accorge che il Tarello poneva a coltura tutta la terra disponibile. Persino i prati stabili, intervallando pure in essi la coltivazione dei cereali, mirando, anche in tal modo, a perseguire quel raddoppiamento della produzione granaria che costituiva il fine ultimo della sua impostazione agronomica (Tarello, p. 117 ed. 1975).

Ci siamo diffusi sull'analisi della situazione tardo medievale-rinascimentale perché in quell'epoca, prima col Crescenzi, e soprattutto poi con Agostino Gallo e Camillo Tarello, si posero le basi dell'agronomia moderna. Quest'ultimo in particolare rimane per così dire il simbolo, oltre che in gran parte l'artefice, di ordinamenti e di avvicendamenti colturali che prefigurano, nel loro indirizzo di fondo,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

quello attuale. Infatti è noto che il merito del Tarello è di aver proposto « per primo un sistema *ordinato* e *armonico* di coltura » (Arias 1908, p. 464), capace non solo di restituire alla terra i perduti elementi e di impedirne l'esaurimento, ma altresì di ridurre la presenza dei vegetali infestanti e dei parassiti in genere. Infatti la coltura continua, come si è prima notato, era già *ab origine* di uso comune nelle regioni a coltivazione granaria primaverile (Sigaut 1977, pp. 155-160) e nei sistemi di coltivazione di tipo ortivo (Parain 1976, pp. 170-1). A questi ultimi, caratterizzati dalla concimazione, si possono assimilare quelli che utilizzano le inondazioni fertilizzanti (valle del Nilo, Mesopotamia, ecc.). Egualmente la coltura continua con il sistema dell'avvicendamento con le leguminose era pure già noto a Varrone (I 44) e ad altri agronomi Latini. In pari modo, già ab antiquo era in uso arare i prati stabili di tanto in tanto, non solo in Francia Settentrionale e in Germania (Parain 1976, pp. 170 e 174), ma anche in Italia in epoca Romana (Carandini 1985, I, pp. 133-137) e in Italia Settentrionale, durante il Medioevo (Jones 1976, p. 453). La rottura dei prati vecchi è infatti una tecnica agronomica che incrementa la produttività complessiva.

In effetti, il grosso merito del Tarello è appunto quello di abbracciare organicamente tutte queste tradizioni agrotecniche (Marani 1941, p. 37). Lo stesso suo sottolineare la necessità di abbruciare accuratamente le stoppie e le cotiche dei prati, ai fini della lotta contro le infestanti e i parassiti, lo rende efficace precursore di quel passo definitivo verso il conseguimento della coltura continua, che sarà permesso all'agricoltore solo con l'introduzione delle nuove sarchiate di origine americana. Queste dovevano rivelarsi infatti (anche sul piano agronomico, oltre che su quello produttivo) nettamente superiori alle sarchiate dell'antichità: rapa, ecc.

Ma a questo punto è necessario riassumere quelli che sono in definitiva, a nostro parere, i fondamenti della cosiddetta rivoluzione agronomica tarelliana. Innanzitutto, come si è accennato nel sottoporre ad avvicendamento tutta l'area aziendale che possa essere coltivata, cioè non solo il tradizionale seminativo, ma anche l'area prativa stabile (che Tarello pure sottopone ad aratura). La rotazione proposta dal Tarello per l'arativo tradizionale è diversa da quella suggerita per il prato, ma in entrambe la coltura delle foraggere (in particolare, nell'area seminativa, quella delle leguminose) riveste un ruolo fondamentale. E questo è l'altro componente basilare dell'innovazione tarelliana: le foraggere, infatti, in precedenza, non occupavano una posizione centrale nell'attività coltivatoria, anche se è giusto rilevare, come si è già notato, che pure il Gallo, nelle prime due giornate, vi dedica una notevole attenzione. Non solo, ma, come si è accennato, con il Tarello, più che con il Gallo (1615, p. 27), gli stessi prati stabili (prima spesso trascurati o semicoltivati come semplici pascoli soggetti a sfalcio saltuario) venivano inseriti nell'area propriamente coltivata. In sostanza, Tarello proponeva che la terra tradizionalmente arata, che, nella regione pedemontana del Bresciano in cui agiva, era ancora sottoposta a un ciclo di coltivazione biennale o triennale, venisse soggetta (pag. 16 sgg. dell'edizione curata dal Berengo) ad un particolare ciclo quadriennale: I anno cereali, II e III prato, con preferenza assoluta per una leguminosa da foraggio: il trifoglio pratense, grazie ai suoi marcati effetti miglioratori, IV anno a riposo lavorato, per tornare poi ai cereali, all'inizio del ciclo successivo. Nell'area a prato stabile, Tarello (p. 91 sgg.) suggeriva di introdurre, con speciali accorgimenti (abbruciatura, arature ripetute, ecc.) la coltura a cereali per cinque anni, cui faceva seguire quindici anni di prato ad elevata produttività, grazie alle lavorazioni effettuate in precedenza per la coltura dei cereali. Ed è in particolare in questo ambito che Tarello proponeva di fatto la rotazione continua.

È evidente che, con una simile impostazione, oltre ad un enorme potenziamento delle foraggere e quindi dell'allevamento del bestiame, non si trascurava, e anzi indirettamente si aumentava, la produzione dei cereali, dei quali il Tarello raccomandava il più nobile: il frumento. Da sottolinearsi infatti che i tre potenziamenti: foraggio, bestiame, frumento, interagivano tra loro, perché più foraggio significava non solo più bestiame, e quindi più carne, latte e derivati, ma anche più letame per fertilizzare la terra e maggiore disponibilità di animali da lavoro. Ma più alimenti per la popolazione umana e per il bestiame significavano, a loro volta, più e migliore lavoro dei campi (arature, ecc.) che pure Tarello sottolineava, esigendo tra l'altro ben otto arature (in luogo delle quattro in uso), in preparazione delle semine dei cereali. Occorre poi menzionare altri aspetti dell'opera tarelliana che non vanno trascurati: innanzitutto la sua mentalità logico-sperimentale. Egli non si basa solo sull'autorità degli antichi, che pure conosce a fondo, ma basa le sue argomentazioni, più ancora del Gallo, anche e soprattutto sull'esperienza propria e altrui, e sul ragionamento. Altrettanto moderne sono certe sue caratteristi-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

che di comportamento: l'attenzione per i massari, e i lavoratori della terra in genere, che taccia sì da scansafatiche trascurati (come era ed è frequente uso da parte dei proprietari di terre), ma delle cui esigenze di lavoro e di re-[illegible]dito tiene sempre conto nella sua opera. Per loro anzi sottolinea la necessità di un'adeguata istruzione professionale che, in modo geniale, il Tarello propone di effettuare in maniera capillare, affidandola ai parroci di campagna. Come si vede, un anticipo di trecento anni sulle cattedre ambulanti di agricoltura.

Abbiamo detto « il simbolo » in quanto egli innanzitutto tracciò un indirizzo che poté trovare dopo di lui più integrale applicazione, grazie anche all'introduzione su larga scala delle sarchiate di origine americana. In un recente studio, Tano e Bellini (1985, pp. 83 sgg.; ma cfr. anche Serpieri 1950, p. 51 sgg. e Sigaut 1977 p. 155) evidenziano quali fossero gli avvicendamenti caratteristici nell'Italia Settentrionale, nel secolo che intercorre tra il 1850 e il 1950.

Nell'alta pianura asciutta e nella fascia collinare pedemontana della Padania, ancora sino alla metà dell'Ottocento (Zaninelli 1976, p. 187) erano diffusi avvicendamenti in cui entrava il maggese ogni tre, quattro, cinque anni. Ma specie nella pianura asciutta era predominante la cosiddetta « rotazione italica », basata sulla successione continua granoturco-grano. Il rinnovo letamato e sarchiato con il mais rinettava il terreno e preparava la fertilità per il cereale vernino successivo. La difficoltà stava però (Zaninelli, ibidem) nella carenza di foraggio e quindi del letame necessario. Ecco quindi che successivamente (Tano e Bellini, ibidem) si diffusero in tale area rotazioni come le seguenti: rinnovo, frumento, medica, medica, frumento. Nelle aree irrigue si andava dalla rotazione: rinnovo (con abbondante letamazione)-frumento, a quella quadriennale o sessennale: rinnovo, frumento, tre anni di ladino (o due anni di ladino + uno di trifoglio violetto, di cui il primo in consociazione con il frumento), frumento, alla ottennale in cui, ai tre anni a ladino della precedente, seguono e si inseriscono due anni a riso.

Nel Vercellese una monosuccessione a riso di 3 o 5 anni, era intercalata ad un avvicendamento biennale di frumento consociato a ladino più loiessa. Questi avvicendamenti rappresentavano lo sbocco finale, il culmine di una evoluzione che, nata sostanzialmente alla fine del Medioevo, possiede nei grandi agronomi rinascimentali, come il Tarello e, in misura minore, il Gallo, i suoi principali propulsori, almeno sul piano teorico.

Ma che succede a partire dagli Anni Sessanta? Giardini e Cinti (1985, pp. 118-120), dopo aver ricordato che negli ultimi venti anni la praticoltura da vicenda si è ridotta improvvisamente del 40%, evidenziano come le massime rese si ottengano invece anche oggi solo con l'inserimento del prato nella rotazione, combinato con l'utilizzo di letame e di concimi chimici. Sottolineano come il prato in agricoltura e il fieno in zootecnia costituiscano i due grandi volani che consentono anche di recuperare gli effetti negativi di andamenti stagionali avversi. Tali conclusioni sono ribadite, più specificamente per la Transpadania, da Tano e Bellini (ibidem, p. 100), che precisano come la coltura avvicendata delle foraggere, anche nell'agricoltura contemporanea, sia indispensabile per esaltare la fertilità agronomica. Ricordano inoltre che « le quote di azoto fissate nel terreno rappresentano un notevole risparmio energetico che, soprattutto oggi, non possiamo permetterci di sottovalutare ».

In altri termini oggi il dimezzamento dell'area assegnata alla praticoltura da vicenda sembra indicare che vada profilandosi una tendenza opposta a quella espressa dalla rivoluzione agronomica tarelliana: viene a prevalere la monocoltura, giocando sull'uso intensivo dei concimi chimici, sulle facili lavorazioni del suolo e sull'impiego dei mangimi in allevamento.

Opportunamente al riguardo la Carta Europea dei Suoli, promulgata dal Consiglio d'Europa nel 1972, precisa che la meccanizzazione e i metodi moderni di coltivazione, se impiegati solo per aumentare le rese immediate senza tener conto delle condizioni ottimali del terreno agrario, possono costituire una sorta di suicidio collettivo, se comportano il deterioramento di queste delicate strutture. Tali considerazioni emergono anche al Convegno sulla Politica del Territorio della Federazione Naz. Cavalieri del Lavoro. Si legge infatti negli Atti del Convegno (pp. 4 e sgg. Roma 1978): « L'espansione della monocoltura maidicola in vaste aree di pianura, oltre a profilare una prospettiva agronomicamente negativa, dà luogo a un progressivo impoverimento delle diversità biologiche del territorio... esige l'impiego di altissime dosi di nitrati, e provoca altresì l'insorgenza di condizioni favorevoli allo sviluppo dei parassiti, vegetali ed animali, donde un crescente massiccio impiego di diserbanti e pesticidi, causa anch'essi di diffuso inquinamento ».

E più avanti, a proposito delle tecniche industriali di allevamento in atto vengono a rompere il delicato ciclo della sostanza

Senato della Repubblica - Archivio Storico

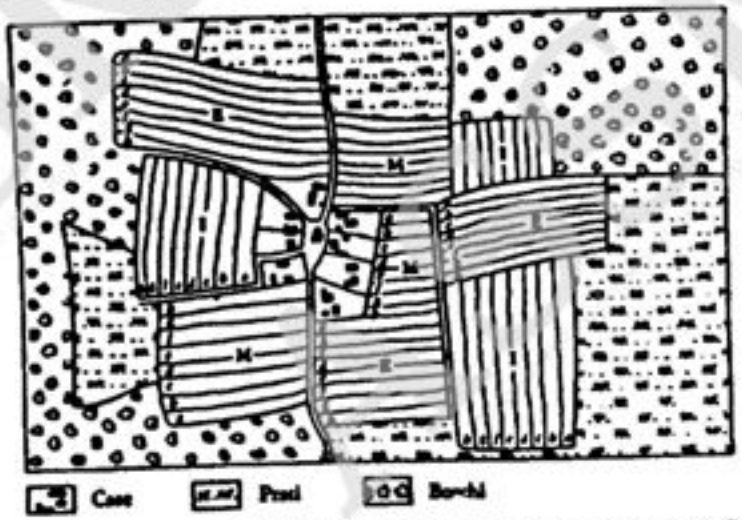


FIG. 2. - Strutture agrarie tipiche (anche se non generalizzate) medievali: pianta di un villaggio circondato da « campi aperti » a rotazione triennale. Le lettere maiuscole M, I, E indicano i campi rispettivamente a maggese, colture a cereali vernini, colture primaverili-estive. Le lettere minuscole a, b, c... indicano i singoli abitanti del villaggio, ad ognuno dei quali erano assegnati, in quel determinato anno, appezzamenti in vari stadi della rotazione (da Lopez, 1975).

vità zootecnica nelle aree più idonee al fine di un tornaconto immediato, cioè in quelle di pianura, si denuncia la conseguente « emarginazione di milioni di ha di terre di montagna e di alta collina con spreco e distruzione di ingenti risorse, restringimento della base produttiva, disordine idrogeologico, esodi di popolazione, aumento della disoccupazione ».

Non solo, ma viene altresì specificato che le tecniche d'allevamento un atto vengono a rompere il delicato ciclo della sostanza organica. Infatti « le tecnologie generalmente adottate escludendo o riducendo grandemente la lettiera permanente... danno luogo ad un accumulo di liquami che provocano inquinamento delle falde freatiche... »

A questo punto ci sembra quindi molto discutibile quanto scrive il Baldoni (1980, p. 80): « Bisogna dire che nei tempi più recenti



FIG. 3. - Distribuzione delle colture nella fascia pedemontana lombarda, tra la fine del Medioevo e l'inizio dell'Età Moderna. Qui la mappa di Cairate, secondo la documentazione raccolta da Piantanida (1978).

la pratica dell'avvicendamento va perdendo gradatamente d'importanza, come perde ogni giorno più valore l'impiego a scopo migliorativo delle foraggere, dei prati, delle leguminose. Il perché di questo fenomeno è facile da spiegarsi: l'azoto, una volta costosissimo, anche nella forma organica, è oggi alla portata di tutti ed a prezzi più che accessibili... l'avvento degli erbicidi ha fatto perdere importanza all'utilità dell'avvicendamento come pratica di lotta alle malerbe, i fitofarmaci sono oggi disponibili in una gamma vastissima, per combattere quelle malattie e quegli insetti che una volta erano controllati solo cambiando coltura. I progressi della meccanica consentono oggi lavorazioni profonde e strutturazioni del terreno una volta impensabili, ed anche questi collaborano al superamento dell'avvicendamento ».

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Opportunamente tuttavia poi precisa: « Occorre però anche aggiungere che ancora non tutta l'utilità dell'avvicendamento è venuta meno... (gli) erbicidi non sono ancora del tutto perfezionati... anche nel campo dei farmaci manca ancora la possibilità di controllo di alcune malattie e insetti che infestano le colture ».

Per la comprensione della portata e del significato della rivoluzione agronomica tarelliana è essenziale la conoscenza della trattazione agronomica di Alberto Oliva (1948). Questi non solo è probabilmente il massimo degli agronomi italiani a metà del secolo, ma la sua vastissima preparazione storico-culturale gli permette di affrontare e sviluppare gli argomenti non solo sotto il profilo tecnico, ma anche in dimensione storica. Ciò gli offre la possibilità di raggiungere la massima obiettività, profondità e completezza.

Così, a proposito di argomenti che riguardano i fondamenti agronomici del tarellismo, se, nella ricca inquadratura storico-economica (pp. 13-68) iniziale qualifica come insipiente l'intera scuola agronomica italiana dell'800, quando respinge in assoluto e in blocco la teoria mineralistica di Liebig, a pag. 534 precisa che l'agricoltura mediterranea, caratterizzata dalla scarsità di piogge, dalla dominanza di processi ossidanti e quindi (all'opposto di quella centro-nordica) da carenza di humus e non di sali minerali, deve riferirsi non tanto ai precetti del Liebig (1841), quanto fondamentalmente a quelli di Catone, opportunamente ammodernati. Di conseguenza esalta (pp. 150 e 363-364) l'impostazione umo-minerale di Draghetti. Questa, in feconda sintesi, supera la vecchia antitesi tra i « mineralisti » nordici e gli « umisti » nostrani, ci fa comprendere l'esatta portata della concezione tarelliana oggi. Anche l'aver assegnato, come ha fatto l'Oliva, il sorgere del tarellismo nel XVI secolo, non pare esser frutto di abbaglio. In effetti è ovvio che se nel XVI secolo venne riconosciuto ufficialmente un « Privilegio » dalla Repubblica Veneta al suo « metodo » agronomico, ciò significa che il seme delle sue idee era non solo stato gettato dall'Autore, ma aveva trovato qualcuno (tra gli altri la maggioranza del Senato Veneziano — 98 voti favorevoli del Senato — che votò in suo favore, cfr. Berengo nell'introduzione al « Ricordo » del 1975) che l'aveva accolto. Cioè il tarellismo era sorto e, anche se non ancora prevalente, non si potrebbe nemmeno definire essere in quell'epoca in fase embrionale.

GAETANO FORNI

Gli « ordinamenti colturali » (nell'ambito delle coltivazioni erbacee) suggeriti da Columella, rapportati a 100 jugeri (1) (2)

Tipo di coltura	Stagionalità della semina	Durata delle coltivazioni	n. jugeri	n. giornate lavorative	n. gioghi complessivi (2 buoi per giogo)
frumento	autunnale	3/4 d'anno	25 (30)	115 (138)	
legumi	autunnale	3/4 d'anno	25 (20)	60 (48)	
cereali o legumi	primaverile	1/3 d'anno	15 (10)		
maggese	—	un anno	10 (—)	115 (104)	1
prato	autunnale o primaverile a seconda del clima	3 (6) anni (ma anche più, se di erba medica)	25 (40)		
TOTALE	—	6 (8) anni	100 (100)	290 (3) (290)	1

(1) I dati sono desunti da Columella, secondo l'interpretazione (particolarmente determinante a proposito di ciò che l'agronomo latino lascia implicito) di Carandini (1985, vol. I, pp. 133-137).

(2) Columella suggerisce anche una variante più intensiva (i dati tra parentesi) senza maggese, con incremento del prato da 25 a 40 jugeri.

(3) Columella aggiunge circa 45 giorni tra festività e giornate di pioggia, e inoltre 30 giorni di riposo dopo la semina. Per Carandini (*ibidem*), con la prima variante su 3/4 del fondo (= 75 jugeri) si avrebbe una rotazione triennale (cioè, un quarto: parte — 15 jugeri — a mezzo maggese con semina primaverile, e parte — 10 jugeri — a maggese intero; un quarto a frumento od altro cereale; un quarto a legumi autunnali). Il rimanente quarto si sarebbe assegnato a prato. Questo di fatto ogni tre anni entrava nel ciclo e quindi, per Carandini, di fatto la rotazione complessiva proposta da Columella era sessennale.

Nella seconda variante, la rotazione era biennale per il 60% del fondo (30 jugeri a grano e 30 jugeri a maggese vestito: 10 a legumi primaverili, 20 a legumi autunnali). I rimanenti 40 jugeri sarebbero dedicati ad un prato sessennale. In questo caso, la rotazione complessiva era di fatto ottennale. È chiaro che, nell'interpretazione di Carandini, gli avvicendamenti proposti da Columella proporrebbero degli ordinamenti culturali con una integrazione seminativo-prato quale poi venne realizzata solo in età moderna.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. 1976, *Storia economica*, Cambridge, Vol. I, tr. it., Torino.
ANDERSON E., 1968, *Introgressive hybridization*, New York.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Arcangeli L. 1983, *Una grande proprietà nella pianura parmense nel XVI secolo*, in Coppola G., 1983.
Arias G. 1908, *Un antico innovatore dei metodi di coltura agraria*, Giornale degli Economisti, 1908.
Baldoni R. 1980, *Camillo Tarello e l'avvicendamento agrario*, in Atti Convegno su Camillo Tarello, Lonato 1979, Brescia.
Baroncelli U. 1980, *La fama di Camillo Tarello nel Settecento nel Veneto e a Brescia*, in Atti Convegno su Camillo Tarello, Lonato 1979, Brescia.
Bassi G., in stampa.
Belloni F. 1983, *La gestione di un'azienda agraria della pianura irrigua padana. Il fondo borromaico di Comairano dal '500 al '700*, in Coppola G., 1983.
Bignardi A. 1983, *Disegno storico dell'agricoltura italiana*, Bologna.
Borelli G. 1982, *Problemi di storia rurale veneta*, in G. Borelli, Uomini e civiltà agraria in territorio veronese, Banca Pop. Verona, I., Verona.
Boserup E. 1965, *The conditions of agricultural growth*, Chicago.
Bosshard H. 1938, *Saggio di un glossario dell'antico Lombardo*, Firenze.
Bracco G., Calligaris G. Picco L., 1979, *L'azienda agraria di S. Maria di Lucedio negli ultimi decenni del XVIII secolo*, in: VV.AA., 1979.
Burger J. 1842, *Agriculture du Royaume Lombardo-Venetien*, Paris.
Carandini A. *et alii*, 1985, *Settefinestre: una villa schiavistica nell'Etruria Romana*, Modena.
Casali A. 1901, *Agricoltura. Messer Camillo Tarello da Lonato*, Zanichelli, Bologna.
Chiappa Mauri L. 1979, *Un'azienda agraria basso-medievale: le possessioni della Certosa di Pavia, in territorio di S. Colombano nella prima metà del XV sec.*, in: VV.AA. 1979.
Chiappa Mauri L. 1978, *Per la storia delle campagne: la gestione della proprietà di S. Maria Teodote di Pavia (fine XII-inizio XIV sec.)*, in VV.AA., 1978.
Chittolini G. 1979, *Alle origini delle «grandi aziende» della Bassa Lombardia*, in VV.AA., 1979.
Cherubini G. 1981, *Le campagne italiane dall'XI al XV sec.*, in: G. Galasso, Storia d'Italia, vol. IV, Einaudi, Torino.
Coppola G., 1979, *La gestione di una proprietà agricola nella pianura lombarda nella prima metà del XVIII sec.*, in VV.AA. 1979.
Coppola G. et al. 1983, *Agricoltura e aziende agrarie nell'Italia centro-settentrionale (secoli XVI-XIX)*, Angeli, Milano.
Crescenzi, Pietro de', 1305 (I ed. 1471). *Liber ruralium commodorum*.
Crescini F. 1951, *Piante erbacee di grande coltura*, Roma.
Crescini F. 1959, *Agronomia generale*, Roma.
De Maddalena A. 1964, *Il mondo rurale italiano nel Cinque e nel Seicento*. Riv. Storica Italiana, Napoli.
Doria G., Sivori G., 1983, *Il declino di un'azienda agraria nella piana alessandrina tra la seconda metà del '500 e la fine del '600*, in Coppola G., 1983.
Duhamel Dumonceau H. L. 1750, *Traité de la culture des terres*, Paris.
Enciclopedia Agraria Italiana, 1951 sgg., REDA, Roma.
Fales F. M. 1976, *La produzione primaria*, in VV.AA., *L'alba della civiltà*, II, UTET, Torino.
Fondazione Ugo da Como, 1980, *Atti del Convegno su Camillo Tarello e la storia dell'Agricoltura bresciana al tempo della Repubblica Veneta*, Lonato 29-30 sett. 1979, Brescia.
Forni G. 1979, *Origini delle strutture agrarie dell'Italia preromana*, in VV.AA., 1979.

Forni G. 1981, *Dall'ignicoltura cerealicola del Prossimo Oriente alla genesi dell'aratocoltura in Italia*, Riv. St. Agricoltura n. 1, Firenze.
Forni G. 1985, *In che cosa consiste la rivoluzione agronomica di Camillo Tarello*, AMIA n. 9, in Riv. St. Agricoltura n. 2, Firenze.
Forni G., in stampa, *Questioni di storia agraria pre-romana: le quattro epoche dell'agricoltura etrusca*.
Fowler P. J. 1971, *Early prehistoric agriculture in Western Europe*, in: D.D.A. Simpson ed., *Economy and settlement ... in Europe*, Leicester.
Fumagalli V., 1976, *Terra e società nell'Italia Padana: i secoli IX e X*, Torino.
Fumagalli V. 1978, *Il Regno Italico*, Torino.
Gambi L. 1964, *Per una storia dell'abitazione rurale in Italia*, Riv. Storica Italiana, Napoli.
Giardini A., Cinti F. 1985, *Praticoltura da vicenda nell'Italia Centrale*, Riv. Agronomia, Bologna.
Grasso Caprioli F. 1982, *Camillo Tarello, Agostino Gallo, Giacomo Chizzola e l'Accademia di Rezzato*, Riv. St. Agricoltura n. 2, Firenze.
Grasso Caprioli F. 1985, *Storia dell'agricoltura e cultura del territorio. Scompare con la «Marsina» la culla dell'agronomia moderna*, Genio Rurale n. 2.
Grasso Caprioli F. 1986, *Proposta per la ricostruzione della «Marcina» a Gavardo*, in Atti Soc. Agraria di Lombardia.
Harlan J. R. 1975, *Crops and Man*, Madison.
Haussmann G. 1964, *La terra e l'uomo*, Torino.
Haussmann G. 1972, *Il suolo d'Italia nella storia*, in VV.AA., Storia d'Italia, vol. I, Torino.
Imberciadori I., 1976, *Per la storia agraria marco-umbro-toscana del sec. XVIII*, in VV.AA. 1976.
Jones P. I. 1964, *Per la storia agraria italiana nel Medioevo, lineamenti e problemi*, Riv. Storica Italiana, Napoli.
Jones P. I. 1976, *La società agraria medievale all'apice del suo sviluppo*, in AA.VV. 1976.
Kolendo J. 1980, *L'agricoltura nell'Italia Romana*, Roma.
Leoce M. 1958, *Le condizioni zootecniche agricole del territorio Veronese nella prima metà del '500*, Economia e Storia.
Lechi F. 1980, *Le implicazioni economiche degli avvicendamenti e l'insegnamento storico di Camillo Tarello*, in Atti Convegno su Camillo Tarello, Lonato 1979, Brescia.
Lopez R. S. 1975, *La rivoluzione commerciale del Medioevo*, Torino.
Malvasia I. 1609, (ma stampato nel 1871), *Istruzione agricola per il fattore*, Bologna.
Marani C. 1941, *Camillo Tarello e gli inizi della scienza agronomica moderna*, Riv. di Storia Economica, VI.
Marshall W. 1796, *The rural economy of Yorkshire*, London.
Marshall W. 1803, *Agriculture des différentes parties de l'Angleterre*, Paris.
Montanari M. 1984, *Campagne medievali*, Torino.
Nicoli V. 1902, *Saggio storico e bibliografico dell'agricoltura italiana dalle origini al 1900*.
Oliva A., 1948, *Trattato di agricoltura generale*, Milano.
Parain C. 1976, *L'evoluzione delle tecniche agricole*, in AA.VV. 1976.
Pecora G. 1970, *La corte padana*, in: G. Barbieri, L. Gambi, *La casa rurale in Italia*, Firenze.
Pecorella C. 1975, *Contratti di allevamento del bestiame nella regione Piacentina nel XIII secolo*, Giuffré, Milano.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

PERUZZI E. 1973, *Agricoltura Micenea nel Lazio*, Minos, Salamanca.
PERUZZI E. 1981, *Romulus farrow*, Parola del Passato, Napoli.
PIANTANIDA A. 1978, *Note sui beni terrieri del Monastero di S. M. Assunta di Cairate tra i secoli XIII e XIV*, in: VV.AA., Felix olim Lombardia, Milano.
PONI C. 1970, *Un «privilegio» d'agricoltura: Camillo Tarello e il Senato di Venezia*, Riv. Storica Italiana, II.
RATTI A. 1895, *Il Libro dei Prati di Chiaravalle*, Arch. Storico Lombardo.
RE F. 1808-9, *Dizionario ragionato dei libri d'Agricoltura, Veterinaria ...*, Venezia.
ROSSINI E., VANZETTI C., 1979, *L'agricoltura veronese alla fine del sec. XIV*, in VV.AA. 1979.
RIGHINI V, 1979, *Ville rustiche e ville urbano-rustiche nella Gallia Cisalpina*, in VV.AA. 1979.
ROTELLI C. 1973, *Una campagna medievale*, Einaudi, Torino.
ROZZI P. 1979, *Il canale Villoresi e le trasformazioni indotte dall'irrigazione nelle aziende agricole dell'altopiano milanese*, in VV.AA. 1979.
ROWLEY-CONWY P. 1984, *Slash and burn in the temperate European Neolithic*, in: R. MERCER ed., *Farming practice in British Prehistory*. Univ. Press, Edinburgh.
SALONEN A. 1968, *Agricoltura mesopotamica nach sumerisch-akkadischen Quellen*, Ann. Acad. Scient. Fennicae, Helsinki.
SALTINI A. 1984, *Storia delle scienze agrarie*, Edagricole, Bologna, vol. I.
SCAGLIA B. 1980, *Note sull'agricoltura bresciana nei secoli XV-XVI-XVII attraverso gli estimi*, in Atti Convegno su Camillo Tarello, Lonato 1979.
SERENI E. 1958, *Spunti della rivoluzione agronomica europea nella scuola bresciana cinquecentesca di Agostino Gallo e di Camillo Tarello*, in Studi in onore di Romolo Cessi, Storia e Letteratura, Roma.
SERPIERI A. 1950, *Istituzioni di Economia Agraria*, Bologna.
SHERRATT A. G. 1980, *Water, soil and seasonality in early cereal cultivation*, World Archaelogy 11.
SIGAUT F. 1977, *Quelques notions de base en matière de travail du sol dans les anciennes agricultures européennes*, in «Les hommes et leurs sols: les techniques de préparation du champ dans l'histoire des systèmes de culture», JATBA (J. Agr. Trop. et Bot. Appl.), Paris.
SLICHER VAN BATH B. M. 1972, *Storia agraria dell'Europa Occidentale*, tr. it., Einaudi, Torino.
SONGA A. 1785, *Green manures and fallowing in the Milanese*, Annals of Agriculture, 4.
TAGLIAFERRI A. 1980, *L'agricoltura bresciana nelle relazioni dei Rettori Veneti*, in Atti Convegno su Camillo Tarello, Lonato 1979.
TANARA V. 1644, *L'economia del cittadino in villa*, Bologna.
TANO F., BELLINI P. 1985, *Praticoltura da vicenda nell'Italia Settentrionale*, Riv. di Agronomia, 2-3.
TARELLO C., *Ricordo di agricoltura*. Ed. 1772, a cura di P. G. Scotoni, Bassaglia, Venezia; Ed. 1975, a cura di M. Berengo, Einaudi, Torino.
THAER A. D. 1880, *Grundsätze d. rationellen Landwirtschaft*, Berlin.
VV.AA. 1976, *Storia dell'Agricoltura Italiana*, Fabbri, Milano.
VV.AA. 1978, *Felix Olim Lombardia*, Milano.
VV.AA. 1979, *L'azienda agraria nell'Italia Centro-Settentrionale dall'antichità ad oggi*, Atti Convegno Verona 1977, Giannini, Napoli.
VIOLANTE C. 1981, *La società milanese nell'età precomunale*, Laterza, Bari.
WHITE K. D. 1970, *Roman Farming*, Thames & Hudson, London.
ZANINELLI S., 1964, *Una grande azienda agricola nella pianura irrigua lombarda nei secoli XVIII e XIX*. Giuffrè, Milano.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Il grano e le macine

La macinazione di cereali in Alto Adige dall'Antichità al Medioevo

Museo Provinciale di Castel Tirolo

27 aprile - 24 luglio 1994

Senato della Repubblica - Archivio Storico

© Editore
Museo Provinciale di Castel Tirolo
Dir. Siegfried W. de Rachewiltz
I-39019 Tirolo
aprile 1994



Con il sostegno della Giunta Provinciale di Bolzano

organizzatori
Museo Provinciale di Castel Tirolo,
Soprintendenza di Bolzano - Ufficio Beni Archeologici

ideazione
Siegfried de Rachewiltz, Lorenzo Dal Ri, Catrin Marzoli

progettazione della mostra
Christoph Mayr-Fingerle, Renate Marchetti

saggi
Maddalena Donner, Gaetano Forni, Klaus Oeggl

progetto grafico, catalogo, manifesto, illustrazioni
Gruppe Gut Graphics

traduzioni
Franz Haller, Giuseppe Richelbuono, Petra Veneri

stampa
Fotolito Stampfer, Tipografia Presel

enti prestatori
Bolzano, Museo Civico di Bolzano
Ferrara, Museo Archeologico di Ferrara
Firenze, Museo Archeologico Nazionale di Firenze
Merano, Museo Civico di Merano
Oderzo, Museo Civico Opitergino
Parigi, Musée du Louvre
Pompei, Soprintendenza Archeologica di Pompei
Trento, Museo Tridentino di Scienze Naturali
Trento, Servizio Beni Archeologici
Ortisei/Val Gardena, Museum de Gherdëina, Waltraud Comploi-Burger

Sommario

Premessa pagina 8
Bruno Hosp

Prefazione e ringraziamento 9
Siegfried de Rachewiltz

Che cosa e perché si macina 13
Gaetano Forni

Cereali della preistoria e della protostoria nelle Alpi Centrali 37
Klaus Oeggl

Le macine come problema archeologico. Alcune considerazioni 51
Lorenzo Dal Ri

La macinazione. Evoluzione delle tecniche e degli strumenti 73
Maddalena Donner, Catrin Marzoli

Le macine da mulino nel mito e nel culto 99
I mulini del Medioevo nel Tirolo 116
Le macine a mano di Castel Tirolo 131
Siegfried de Rachewiltz

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Come l'uomo ha „creato" e produce i cereali: Una prospettiva storica

Gaetano Forni

I cereali: Origine e storia di una simbiosi creatrice

I. La fecondità, la creatività, la produttività, sono il frutto della cooperazione non solo tra gli uomini, ma anche tra l'uomo e le altre specie viventi: piante e animali. Questa cooperazione, con termine generale, si chiama simbiosi (dal greco "sun" = insieme e "bios" = vita, cioè vivere assieme). Essa si verifica anche tra gli animali. Caratteristico l'esempio delle formiche: esse allevano altri animali [1], in particolare afidi. Questi producono un succo zuccherino: la melata, di cui le formiche si nutrono.
La cooperazione tra uomo, piante e animali è chiamata „agricoltura" nel suo significato più ampio, e, in termini scientifici, „agroecosistema" (fig. 1). Tutte le grandi civiltà si sono basate su di una propria specifica agricoltura, centrata sulla coltivazione di una determinata pianta [2]. Così la civiltà mediterraneo-europea è basata sulla coltivazione del frumento e degli altri cereali (orzo, segale, miglio ecc.). Quella asiatico-orientale sulla coltivazione del riso. Le civiltà dell'America pre-colombiana sulla coltivazione del mais e della patata. Nelle foreste equatoriali con clima caldo-umido, si sono sviluppate le civiltà delle piante da bulbo, rizoma, tubero (manioca, igname ecc.) (fig. 2).
La simbiosi tra l'uomo e le piante coltivate le ha trasformate nei millenni. E ciò così profondamente, che si può parlare in un certo senso di una „creazione" [3]. La più spettacolare è quella del mais, pianta che allo stato selvatico non esiste in natura [4].

II. I cereali mediterranei, piante del fuoco e conviventi con l'uomo. Nella sua area d'origine, gli altipiani steppici del Mediterraneo orientale (fig.



Fig. 1: Il significato dell'agricoltura: nell'ambiente "campo" l'uomo, coltivando e allevando piante e animali domestici, e difendendoli contro i parassiti, concorre a determinare l'equilibrio biologico in tale ambiente. Esso coinvolge anche il suolo. Infatti le spoglie degli esseri viventi, sparse anche dall'uomo appositamente con la letamazione, sono decomposte nel terreno e trasformate, dai microbi del suolo, in composti minerali, che così possono essere assorbiti dalle piante (Forni e Pisani, 1978).

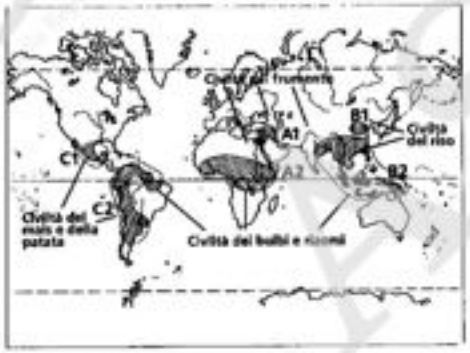
[1] FORNI, PISANI 1978.

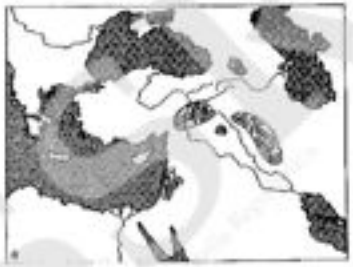
[2] SHALAN 1982; FORNI 1988; PISANI, FORNI, BASSI 1993; WERBA 1954.

[3] KÖNDGEN 1990; GERMANNI 1990; CHARLES, HELLMAN, van ZEIST et alii 1984-5; KÖNIGA-GASKINS 1987.

[4] SIMMONDS et alii 1975.

Senato della Repubblica - Archivio Storico







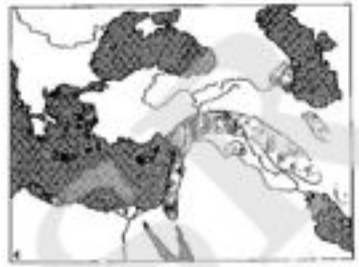


Fig. 2: Le „Grandi Civiltà" sono in stretta relazione con i „centri" (A1, B1, C1) e le „aree" (A2, B2, C2) in cui ancora oggi crescono spontanei gli antenati delle piante coltivate (secondo Harlan 1992 e Fiori 1990).
Fig. 3/a, b, c: Sugli altipiani steppici circum-mediterranei e circum-mesopotamici sono ubicati gli areali di diffusione degli antenati selvatici dei principali cereali ora coltivati in Europa:
a) Areale del dicocco selvatico (wilder Emmer).
b) Areale del monococco selvatico (wildes Einkorn).
c) Areale dell'orzo selvatico (Wildgerste) (secondo Harlan 1992, Hönelsen 1990, Uerpmann 1990, Zohary, Hopf 1993).

3a, b, c), ove gli incendi spontanei sono endemici, il frumento ha una spiga che a maturità si frammenta in spighette. Queste, cadendo al suolo, penetrano in esso, grazie ai pungiglioni (ariste) mobili con il variare dell'umidità dell'aria, di cui sono dotate (fig. 4). Ciò permette loro di sopravvivere agli incendi spontanei, donde il nome scientifico di pirofite (dal greco "pur" = fuoco e "fiton" = pianta) dato a questo tipo di piante, e le antiche denominazioni date ai cereali (ad es. greco "puros", celtico "brace").
Tale resistenza al fuoco e ad altre avversità (calpestio ecc.) dei cereali selvatici ha fatto in modo che questi fossero tra le pochissime piante che crescessero strettamente con l'uomo, presso i suoi accampamenti, sugli spiazzi calpestati, come ancora oggi vediamo crescere sui marciapiedi l'orzo murino (*H. murinum L.*).
I frumenti selvatici hanno la spiga che a maturità, appena toccata, si frammenta e quindi va raccolta acerba. Le cariossidi (i frutti del frumento) sono vestite e quindi vanno bruciacchiate e pestate, onde poterle scortecciare, prima di mangiarle. Inoltre sono molto piccole.
Di conseguenza l'uomo, con l'attenta osservazione, durata per millenni lungo le generazioni, ha scelto per la riproduzione le spighe di frumento prive di questi difetti. In questo modo ha plasmato, modellato secondo i suoi fini il patrimonio genetico ereditario del frumento e quindi la pianta stessa, trasformandola da selvatica a domestica [1].

III. **Come la simbiosi con l'uomo ha "creato" il frumento.** La chiave di volta per capire come il patrimonio genetico venga modificato [2] sta nel meccanismo riproduttivo (fig. 5), cioè:
a) Nel passaggio da patrimonio genetico semplice (aploide, dal greco "haplos" = semplice) proprio delle cellule sessuali (gameti) a quello doppio (diploide), proprio dello zigote (cellula uovo fecondata) e quindi della cariosside e di tutta la pianta che ne deriva.
b) Nel passaggio inverso, quando nel fiore si formano i gameti, con la riduzione ad aploide del patrimonio diploide.
Persino le comuni erbe da pascolo hanno offerto un determinante contributo al patrimonio genetico dei nostri frumenti. Durante la riproduzione dei nostri cereali, si possono verificare le deviazioni più strane. Ecco le principali:
• il fiore "si dimentica" di ridurre da diploidi ad aploidi le cellule riproduttive. Risultato: una pianta a patrimonio tetraploide quindi più grande anche nella spiga.
• ogni cellula-uovo del frumento dovrebbe essere fecondata da gameti maschili della stessa specie. Capita invece talora che venga fecondata da quello di una comune erba da pascolo, o magari da un'erbaccia infestante!

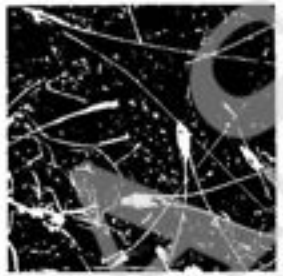


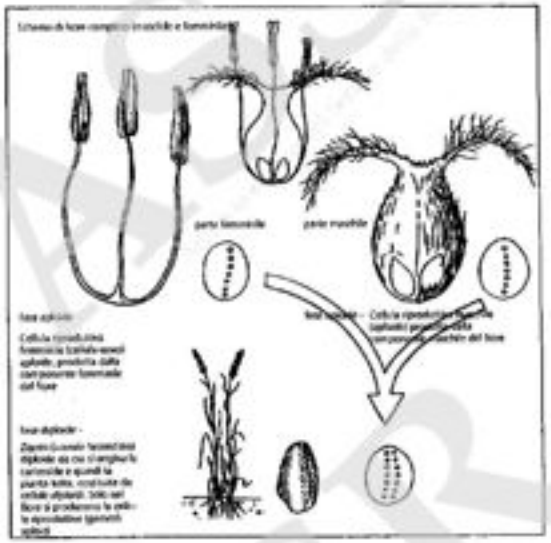
Fig. 4: Spighette di un frumento spontaneo, il Triticum dicoccoides (dicocco, Emmer selvatico) in fase di penetrazione nel suolo.

[1] Per approfondimenti sotto il profilo botanico e antropologico (ghirologico ecc.): KÖRBER 1990; sotto il profilo floristico: KÖRBER-GROHNE 1987.

[2] CHARLES 1984.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

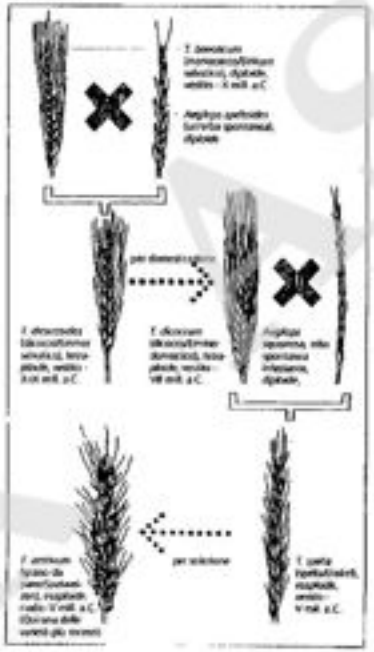
Fig. 5. Dalla fecondazione deriva la formazione della cariosside



I risultati possono essere imprevedibili. Ad esempio il passaggio, nelle piante figlie, ad un patrimonio genetico tetraploide o magari alla fine addirittura esaploide!

- altre deviazze genetiche possono modificare determinati caratteri, ad es. lo stacco delle glumelle dalla cariosside con formazione di frumenti nudi.
- condizioni fisiche abnormi (gli incendi endemici delle aree di origine) favoriscono le deviazze. E' appunto utilizzando queste deviazze, con attenta, continua osservazione e intelligenti scelte, che l'uomo ha trasformato il cereale selvatico in cereale domestico. Secondo Charles (fig. 6), questo è il più probabile itinerario con cui l'uomo ha guidato la trasformazione che dal più primitivo dei grani selvatici, il monococco spontaneo, l'Einkorn selvatico (*Triticum boeoticum*) sbocca nel frumento oggi più coltivato, il grano da pane, il Saatweizen (*Triticum aestivum*).

Fig. 6. Dal monococco/Einkorn selvatico (*Triticum boeoticum*) al frumento tenero/Saatweizen (*T. aestivum*) una lunga avventura. (Si tenga presente che "X" = incrocio, "→" indica il frutto dell'incrocio e/o della prassi selettiva).



Senato della Repubblica - Archivio Storico

Fig. 7. Ciclo di sviluppo [1]. Gli stadi delle sviluppo vegetativo:
1° Germinazione (A, B, C, D)
2° Accestimento, cioè fuoriuscita di culmi secondari (E, F, G)
3° Con G ha l'inizio la „levata" (cioè lo sviluppo in altezza della pianta)
4° „Levata" e „botticella" (H). In (I) particolare di uno stadio avanzato della botticella in cui questa è stata sezionata per evidenziarne il contenuto (e quindi il perché dell'ingrossamento, da cui appunto il nome di „botticella"). Esso è costituito dalla spiga in formazione.
5° Sviluppo completo (K)

[1] GRIME 1960

Note ai Levate 1
* Dati tratti dalle seguenti stazioni: ZOHARY, HOPF 1950, TARAMONDI et alt. 1976, KÖRBER-GROHNE 1967, van ZEIST, WASYLIKOWA, BOHNE 1981, FORNI 1982.

* Dati tratti dalle seguenti stazioni: DE CIO, 1980 e in questo catalogo: FORNI 1976, 1980, CAVIGLIOTTI, COSTANTINI, FOGLINI 1987, HELBAEK 1960, BIAGI, MERET 1987a, 1987b, FOLLIERI 1987, HOPF 1987, HERBIG 1989. Ci si limita a indicare le presenze di cereali più rilevanti, tralasciando il caso di cereali intervenuti posteriormente. Anche per l'epoca del ferro ci siamo soltanto riferiti a quelle più significative. Per le aree circumalpine tale indicazione vale anche per le epoche precedenti. Nel Mediterraneo e nell'area di Lipari (BIAGI 1986) ha importanza anche grafone (o Triticum spp.). Forte ambiva di 3.000 a.C. è l'esistenza di grano coltivato (T. monococcum) e in tutta la penisola (compreso Sicilia) di farro (T. dicoccum).

** Diploide, con spighetta singola per nodo, a seconda che il secondo nodo porti o no rimasti, quadrifloro o triploide. La distinzione tra T. sativum e T. compactum non è netta. Attualmente si tende a riunire sotto sottospecie T. aestivum tutti i frumenti esaploidi.

*** Il cosiddetto tipo Triticum monococcum è T. aegilopoides, selvatico, tipo I grani nudi, il T. spelta di corteggiamento, importato poi in Europa, soppiantò progressivamente, il grano vestito e quindi il tipo vero e T. dicoccum, successivamente, all'avvento del Cristianesimo soppiantò il T. dicoccum, il farro e il T. monococcum, detto spelta.



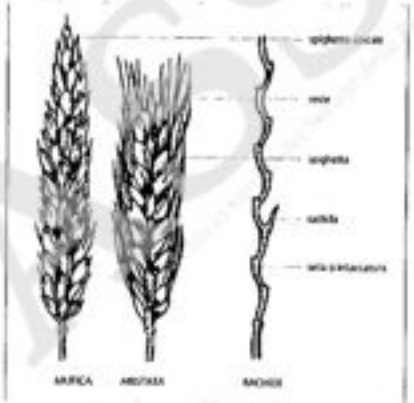




Fig. 8. Come è costituita a maturità la spiga.
Fig. 9. Spighetta in fiore e singolo fiore.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Le principali specie di frumento

Tavola 1: Genere Triticum, famiglia Graminaceae, sottofamiglia Festucoideae

Nome botanico	nomi volgari tedesco	nomi volgari italiano	Caratteristiche	Epoca prime evidenze e regioni d'origine[1]	Eventuali prime evidenze nel bacino montano dell'Adige e aree prossime[2]
1. **Triticum boeoticum Boiss.**	Wildes Einkorn	monococco selvatico	diploide[3] selvatico, vestito, rachide fragile, invasivo da coltivazione	X millennio a.C. Siria	
2. **Triticum monococcum L.**	Einkorn	monococco domestico, piccolo farro	diploide[3] domestico, vestito, rachide resistente, insensibile alla coltivazione	VIII-VII millennio a.C. Prossimo Oriente	Neolitico a La Vela (TN), Lagozza (VA). Carbonizzati al Lithidyum Gnedikov a Isera (TN) (da dal Bronzo a Riparo Gaban, Fiavè, Molina di Ledro (TN). Età del Ferro a San Zeno (TN).
3. **Triticum dicoccoides Körn.**	Wilder Emmer	dicocco selvatico	tetraploide[4] selvatico, vestito, resistente alla coltivazione	X-IX millennio a.C. Prossimo Oriente	
4. **Triticum dicoccum Schübl.**	Emmer	dicocco domestico (farro)[11]	tetraploide[4] domestico, vestito, resistente alla coltivazione	VIII-VII millennio a.C. Prossimo Oriente	Neolitico a La Vela (TN), Lagozza (VA), Eneolitico a Telvesal. Età del Bronzo a Riparo Gaban, Fiavè, Molina di Ledro (TN). Età del Ferro a San Zeno (TN).
5. **Triticum spelta L.**	Dinkel (Spelt)	spelta (farro)[11]	esaploide[5], domestico, vestito, resistente alla coltivazione e al freddo	I metà V millennio a.C. Transcaucasia	Età del Bronzo a Fiavè (TN) e forse a Castel Cora (RZ). Età del Ferro a Hunnenkeller presso Mutters (Innsbruck), Scuol (Engadina), Arcisi di Castelrotto (VR).
6. **Triticum aestivum L.**	Saatweizen	grano tenero	esaploide[5], domestico, nudo, da pane. È ora il più diffuso nei nostri climi	VI-V millennio a.C. Asia centrale	Neolitico forse a La Vela (TN). Età del Bronzo a Gaban (TN), forse a Fiavè e Ledro (TN). Età del Ferro a Scuol-Tschan e Basadone (Svizzera).
7. Triticum **durum Desf.**	Hartweizen	grano duro	tetraploide[4], domestico, nudo da pane, clima mediterraneo	VI-VI millennio a.C. Prossimo Oriente	Età del Bronzo a Fiavè (TN).
8. **Triticum compactum Host.**	Zwerg- weizen	grano duro	esaploide[5], domestico, nudo, resistente al freddo	VII millennio a.C. Siria	Età tardo Neolitico a Lagozza di Brunate (VA).

Altri cereali

Tavola 2: Graminaceae (Festucoideae e Panicoideae) e Poligonaceae

Nome scientifico	Categoria botanica	nomi volgari tedesco	nomi volgari italiano	Caratteristiche	Luogo/epoca primi reperimenti[12]	Eventuali presenze in ambito atesino e in sua prossimità[12]
Hordeum[14] spontaneum L.	Fam. Graminaceae sottofam. Festucoideae	Wildgerste	orzo selvatico	rachide fragile, diploide (14 cromosomi)	Siria 9000 a.C.	
Hordeum distichum L.	id.	Zweizeilige Gerste	orzo distico	rachide resistente	ca 7500 a.C.	
Hordeum[14] tetrastichum Körn.	id.	Lockerährige vierzeilige Gerste	orzo tetrastico vestito	rachide resistente, pelosità		Lagozza (Besnate), Varano Borghi, Varese (Bandi)
Hordeum vulgare L. **(H. exastichum** L.)	id.	Dichtährige Gerste	orzo esastico	rachide resistente, pelosità		Lagozza[13] (Besnate), Varano Borghi, Varese (Bandi), Molina di Ledro (Perini), Riparo Gaban (Bianco Peroni), Hornstaad, Sipplingen (Reinerth)
Hordeum[14] nudum L.	id.	Nacktgerste	orzo nudo	rachide resistente, distica, nudo	Asia 6000 a.C.	Lago di Ledro (Perini), Riparo Gaban (Bianco Peroni), Hornstaad, Sipplingen (Reinerth)
Secale ancestrale Zhuk.	id.	Wildroggen	segale spontanea	rachide fragile, base forma evoluta/arc.	Asia minore, Caucaso	
Secale vavilovii Grossh.	id.			Sono uno degli antenati della segale coltivata	Asia minore, Caucaso	
Secale cereale L.	id.	Roggen	segale	domestica, rachide resistente, diploide (14 cromosomi)	Paleo-anatolica (ancestrale di Iberica	Mare nel Nord (Linné)
Avena strigosa Schreb.	id.	Wildhafer	avena selvatica	annuale selvatica dell'Asia sativa, diploide (14 cromo.)	Mediterraneo occidentale	
Avena **sterilis** L.	id.			forma coltivata/ibrida dell'Avena sativa, esaploide (42 cromo.)	Dal Neolitico come infestante	
Avena **fatua** L.	id.	Flughafer	avena fatua	s. n. v.	Dal II millennio a.C. in Europa	Età del ferro Avena sp. indistinte, come stipendio nella circumalpina e Italia centr.; Avena di epoche, Castelvetro Veronese)
Avena sativa L.	id.	Saathafer	avena	domestica, panicoche non diversificabile	Dal II millennio a.C. in Europa	
Panicum miliaceum L.	Famiglia Graminaceae sottofamiglia Panicoideae	Rispenhirse	miglio	annuale (36 cromosomi), la forma spontanea (P. ruderale) è diffusa/coltivata	I.P. spontaneo è diffuso in Asia centrale; I.P. coltivato in Europa centrale (V° mill. a.C.); in Italia nell'antic. Neolitico	Padova (orto Botanico), Lazio e Friuli (Bianco), nell'Età del Ferro il P. miliaceum è abbondantissimo a San Zeno Atesino[14] e a Castelvetro Veronese; in coltivazioni nelle dell'Orto Bot. Innsbruck (Wallner)
Setaria italica L.	Fam. Graminaceae, s.f. Panicoideae	Kolbenhirse	panico	diploide (18 cromosomi), derivata dalla Setaria viridis (non presente in Italia)	4000 a.C. in Cina, in Europa è diffusa parallelam. al miglio	in genere è presente con il miglio
Polygonum fagopyrum L.	Poligonacee	Buchweizen	grano saraceno	pericarpo e cotiledoni degni la membrana del frumento (cultura prospettiva)	1000 a.C. in Cina, in Europa centrale alla fine del ultimo millennio a.C.	in Ungheria verso il 1000 d.C., meno il fabbisogno nell'ambiente alpino

Senato della Repubblica - Archivio Storico



Fig. 10. A fianco: siti delle Alpi e Prealpi centrali ove, secondo Oeggl ed altri, sono stati reperiti cereali di epoca preistorica.
■ Neolitico: 1) Lagozza (Besnate, VA)
○ Eneolitico: 2) Vela (TN), 3) Barbiano, 4) Aica di Fié, 5) Similaun, 6) Tolerait
✕ Età del Bronzo: 7) Gaban, 8) Fiavé, 9) Ledro
● Età del Ferro, sino all'età volgare: 10) Stans (Schwarz), 11) Hinmelreich (Wattens), 12) Scuol, 13) Sludenno, 14) Arche (Castelrotto), 15) San Zeno (Val di Non).

Note di Tavola 2:
* v. ass. cc. in nota 8

** v. ass. cc. in nota 9

* Oggi tutte le forme d'orzo coltivate vengono riferite, in quanto tassi inferiori, [illegible] vulgare L. Invece viene riportata anche la nomenclatura comunemente [illegible] sp. spontaneum. Come per il frumento, anche qui faremo riferimento, per brevità, solo alle sottospecie. Quindi nell'esame [illegible] spontaneum, H. distichum ecc. Analoghe osservazioni sono da riferire agli altri cereali segale, miglio ecc. [illegible] che l'orzo è arrivato ai piedi dell'arco alpino centrale [illegible] ed ora, puntualmente ora è il miglio. Ad es. a San Zeno di Rotzolla gli scavatori esplorarono 20 cassoni di miglio (Fogolari 1940).

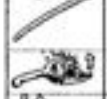
* L'orzo [illegible] nel Neolitico e in Italia, TR, a Molino di Sotto, Elt [illegible] a Fiavè di Fié.

* [illegible] che attualmente [illegible] dei tipi, risultano sono in genere considerati varietà dell'H. vulgare sp. vulgare e che questa [illegible] da esperti con limite all'indicazione della specie H. vulgare.

Note di Tavola 3:
** HARTH 1961; KORN 1985, 1992; SERESSA 1977; DE RACHEWILTZ 1981; KOSTRZEWSKI 1969; HELMHOLZ 1984-1.

Dalla semina alla farina

in prospettiva storica [17]
Tavola 3:

	Operazione	Quando	Strumenti, modalità, condizioni	Cronologia e ambiente
	Messa a coltura di aree prima non coltivate	[illegible]	[illegible] strumenti da taglio per la vegetazione legnosa	[illegible]
	Preparazione alla coltura cerealicola	Nell'arco o negli anni precedenti	Oggi di 5 anni di cerealicoltura, la terra riposava per 15-20 anni, con sviluppo della boscaglia secondaria	Dal Neolitico all'età del Bronzo
			Con i metalli si introdusse il maggese e l'avvicendamento	Dall'età del Bronzo alla Romana
	Concimazione	Durante la preparazione del suolo	Con la transumanza e l'allevamento stallino del bestiame	Età del Ferro
	Preparazione del terreno alla semina	Estate o Autunno	Fuoco (incendi endemici) e mezzi adatti dell'Omo: – zoli zappe – poi aratri semplici in legno – indi aratri con vomere metallico – aratri a coltello – aratri con vomeri asimmetrici e con coltro	Neolitico Neolitico Età del Bronzo/Romana Età del Ferro Età Romana Età Romana-Medioevo
	Semina	Autunno Primavera	A mano alla pozzanella con pertiche o cavicchi A mano a spaglio A mano alla pozzanella e in solco, poi a spaglio	Neolitico, Bronzo Età Romana, Medioevo nell'Europa temperata Dal Medioevo ad oggi
	Diserbo e sarchiatura	Primavera	Alla zappa e a mano	Dal Neolitico
	Raccolta	Quasi sempre coincidente con maturazione	Incendio e non [illegible] raccolta delle spighe rimanenti A mezzo [illegible] due legni paralleli, estremità con [illegible] Falcetto con [illegible] di bronzo Falcetti di ferro a dentini grossi id. a denti a chiodo	Epipaleolitico/Mesolitico Epipaleolitico e sporadicamente sino ad oggi Dal Neolitico all'Età del Rame Età del Bronzo Età del Ferro e Romana Medioevo
	Trebbiatura	Dopo il raccolto e ad essiccazione	[illegible] battitura, sollevando all'aria la sovrastante [illegible] per la separazione delle spighe Battitura da parte di animali, bastonatura, calpestamento Con pesci piatti, rulli dentati, correggiato	Sino ad oggi, derivo da quello per incendio spontaneo del Mesolitico Dal Neolitico sino ai tempi recenti Età Romana
	Pulitura	e. r. s.	[illegible] con una [illegible] [illegible] [illegible] e flabello	Dal Neolitico Epoca Ellenistica
	Tostatura	e. r. s.	Olle [illegible] di grani vestiti, per renderne [illegible] la [illegible]	Diviso dall'incendio delle stoppie di cereali spontanei, in uso dal tardo Paleolitico
	Pilatura	e. r. s.	Mortarone e [illegible] di grani vestiti Pestelli di legno e pietra a clava	dal Neolitico con radici nell'Epipaleolitico in orizzonti Mesopotamici
	Macinatura	r. r. s.	Dapprima con macina a sella, poi con varie modifiche più progredite	Dal Neolitico con radici nell'Epipaleolitico

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Perchè si pila e si macina?

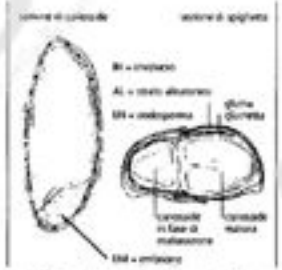


Fig. 11: Con la mietitura si staccano dalla pianta le spighe, in seguito, con la trebbiatura, si staccano le spighette dalla rachide, che spesso si frantuma. Nello schema di cariosside in sezione, l'involucro (= pericarpo + perisperma) e lo strato aleuronico sono quelli che, con la macinatura, vengono frantumati in squame di crusca. Queste vengono separate dalla farina con la stacciatura. La farina deriva dalla frantumazione della parte interna.

* CASINI 1982; ERCOLI 1986; HELBAEK 1964-5.

Come è fatta la cariosside (il frutto del grano).
L'analisi della costituzione del chicco di grano (la cariosside) permette di rispondere a questi interrogativi [18]. Quando la cariosside è messa nel terreno umido, il suo embrione germina. Per svilupparsi, necessita di nutrimento: amido, proteine, composti minerali di fosforo, magnesio, calcio ecc. tutte sostanze che, nella cariosside, sono immagazzinate sopra l'embrione. Poichè tali sostanze, essendo insolubili in acqua, non sono assimilabili, con la germinazione vengono prodotti degli enzimi che le solubilizzano. Infatti la pianta madre, quando la spiga sviluppa le cariossidi, inserite nelle spighette (fig. 11), non solo dà loro tale dotazione di nutrimenti, ma, elaborandoli in forme non immediatamente assimilabile, impedisce che vengano utilizzati anzitempo. Inoltre le difende inserendole in una robusta duplice corazza. La prima, quella esterna, consiste in due valve coriacee a vertice aguzzo e pungente: le glumelle. Sotto ad esse vi è la seconda: un sacco costituito da due robusti tegumenti, strettamente connessi tra loro: il pericarpo e il perisperma. In tale sacco è contenuto l'embrione, con la sua riserva nutritiva, l'endosperma.

Come l'uomo può utilizzare le cariossidi per il proprio nutrimento.
Ciò premesso, risultano evidenti le operazioni necessarie per cibarsi dei frutti di frumento: innanzitutto togliere la duplice corazza. Poi rendere assimilabili per il proprio organismo (che non secerne gli enzimi solubilizzanti, prodotti dall'embrione mentre germina) le sostanze nutritive contenute nella cariosside.

I obiettivo: Togliere le glumelle. Lo si consegue con due procedimenti: a) mediante tostatura, rendere fragili tali glumelle, così che poi, "pestando" le cariossidi vestite con un bastone a base allargata (il pestello) in un mortaio, cioè con la pilatura, le glumelle si frammentano e si staccano (la cosidetta pula) liberando le cariossidi nude (fig. 12).
b) più radicalmente produrre, e quindi coltivare, varietà di frumento già a cariosside nuda, cioè con glumelle che si staccano con facilità mediante una semplice frizione (la trebbiatura). Ciò è stato ottenuto impiegando per la semina, vale a dire per la riproduzione, cariossidi prese da spighe che, per "errore" genetico (un po' analogamente a quanto capita nell'uomo, quando nascono bambini "albini", cioè privi di pigmento negli occhi e nei capelli) si sono formate appunto con glumelle non aderenti alla cariosside.
II obiettivo: Togliere il secondo involucro, quello del pericarpo col **perisperma.** Lo si consegue schiacciando le cariossidi, cioè macinandole. Il che, sfarinando il contenuto della cariosside, stacca in forma di piccole squame (la crusca) tale involucro (fig. 12).
III obiettivo: Rendere le sostanze nutritive della cariosside più digeribili. Ciò è stato in parte già predisposto dalla macinazione, che ha sminuzzato e trasformato in farina il contenuto delle cariossidi, ma viene ulteriormente agevolato dalla cottura, che trasforma l'amido in destrine solubili in acqua, quindi assimilabili da parte dell'apparato digerente umano.

L'agricoltura cerealicola in viaggio verso l'Europa e le Alpi Centrali

I. La prima **tappa: l'introduzione dei cereali in Europa: loro strada d'arrivo nel Tirolo.**
L'agricoltura europea si basa su fondamenta praticamente per intero derivate dalle civiltà degli altri continenti. Il primo contributo, l'introduzione stessa dell'agricoltura basata sulla coltivazione del frumento e di altri cereali, oltre a colture minori, ci perviene dal Mediterraneo orientale [19].
Le illustrazioni (figg. 13, 14) ci evidenziano che il ritmo di diffusione della cerealicoltura neolitica (e, più in generale, dell'agricoltura) era in media di circa 1 Km/anno [20].
Per cui, partendo dagli altipiani palestino/siriani verso l'8000-7000 a.C. (secondo la datazione con il radiocarbonio) si arriva verso la fine del 6. millennio nelle aree più accessibili del bacino padano-atesino e di quello alto-danubiano.
La coltivazione dei cereali di tipo estensivo aridofilo nell'area di origine (mediterraneo-orientale) si propaga in Europa secondo un'impostazione più di tipo orticolo, presso sorgenti e rive fluvio-lacuali.
Difficoltà di eccezionale rilevanza erano costituite dalla diversità climatica: piovosità in primavera-estate (anziché in inverno, come nel Mediterraneo orientale) che diffondeva le malattie crittogamiche (ruggine, carbone, ecc.). Tali malattie divennero devastanti con l'introduzione dei grani nudi. E' così che la ruggine, per scongiurarne i danni, fu oggetto di culto (dea Robigo) presso i Romani - culto certamente di origine preistorica [21].



Fig. 12: Con la tostatura e la pilatura la cariosside vestita viene spellita. Nel caso delle specie di grano nudo, il processo è analogo, solo che la trebbiatura libera le cariossidi già nude. Vengono quindi eliminate le fasi di tostatura e pilatura. Infine, con la macinatura, è possibile separare gli involucri interni (crusca) dal contenuto (farina).

* SCHIEDER 1938; GERMANN 1990; FORNI 1994; LEITNER 1990; PERRI et alii 1988/89; MAURIZIO 1895; DELABARRE 1993; CANCIANNATO 1988/89; DAL RI 1987; DOSSENA 1977; ROTHENBURGER 1978; LANE 1986; GLAESSNER 1987.

* AMBROSIANI, CASINI, STORCHI 1994; CASINI-FORCINA E. et al. 1993; ANATI 1982.

* ACENA 1990.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

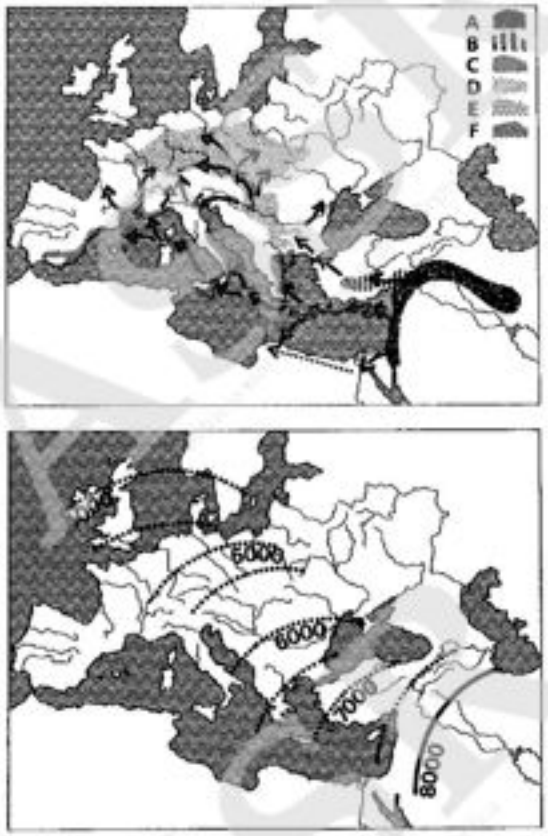


Fig. 13: Area di origine dell'agricoltura e sua diffusione in Europa, ripreso a Höneisen 1990, Uerpmann 1990:
A) La Mezzaluna fertile, epicentro di origine dell'agricoltura (8000 a.C.).
B) Il primo inserimento avvenne nella Turchia meridionale (7500 a.C.).
C) Lo stadio di diffusione iniziale in Europa (6500 a.C.).
D) L'epicentro secondario del Basso Danubio è da porsi nel 6° millennio a.C.,
E) L'Europa centrale conobbe l'agricoltura nel millennio successivo (5°).
F) L'Europa mediterranea centro-occidentale precedette l'Europa centrale di circa mezzo millennio (5500/4500 a.C.).
Fig. 14: Il ritmo di diffusione dell'agricoltura dal Mediterraneo orientale all'Europa nord-occidentale è, secondo Ammermann e Cavalli-Sforza, 1984, Höneisen 1990 e Uerpmann 1990, in media di circa 1 km/anno.

Da qui la notevole importanza della coltivazione dell'orzo, più resistente a queste malattie.
L'archeologia ha evidenziato come l'agricoltura protocerealicola (cioè alla zappa) nel Sudtirolo sia pervenuta dal Mediterraneo orientale attraverso il bacino padano-atesino [21].

II. La seconda tappa: l'introduzione dell'aratro e del carro. L'utilizzo della forza animale.

Il periodo dal IV al III millennio a.C. fu uno dei più innovativi della storia umana: oltre alla genesi e diffusione di fondamentali strumenti produttivi, quali l'aratro (un uomo dotato di aratro equivale, nel dissodare, a dieci uomini dotati solo di zappa) e di trasporto (il carro), vennero addomesticati il bue, gli equini e i camelidi, animali di cui si utilizzò la forza di traino [22].
Si sviluppò l'arte casearia e quella della lana. Molte di tali innovazioni giunsero nelle Alpi centrali tra la fine del III mil. e il II mill. a.C.. E' così in tale epoca che qui dall'orticoltura alla zappa, si passò all'agricoltura all'aratro. E' da tener presente che, dal punto di vista tecnologico, il carro presuppone l'aratro, perchè con questo la deculpicazione, sotto certi profili, della produzione agricolo-cerealicola da parte del singolo operatore (con passaggio dall'orto al campo) implica il trasporto del surplus nei borghi nascenti, ove artigiani e commercianti possono non dedicarsi all'agricoltura.
E' significativa al riguardo la stele con la raffigurazione di un carro [23] (fig. 15), reperita ad Algund presso Merano, che risale al III mill. a.C. (Calcolitico). Ma è in Valcamonica, sul II Masso di Cemmo, che compare, nella medesima epoca, con chiara evidenza, l'abbinamento carro/aratro (fig. 16), oltre ad altre incisioni di aratro.
Il più antico aratro finora reperito è stato rinvenuto in un ambito strettamente connesso con la cerealicoltura, in un acquitrino prossimo al Lago di Garda, cioè nelle propaggini meridionali delle Alpi centrali. Esso risale all'antica età del Bronzo [24].
Sono strettamente connessi agli aratri altri attrezzi della cerealicoltura: zappe per la sarchiatura e falcetti, pure reperiti in località prossime al Lago di Garda (fig. 17), come nel bacino dell'Adige.

III. La terza tappa: la rivoluzione del ferro e l'introduzione del cavallo in agricoltura.

L'adozione del vomere in ferro ha potenziato l'efficacia dell'aratro e accentuato la sua funzione dissodatrice. Analogamente è avvenuto per i falcetti. E' nell'età del Ferro che è stata introdotta la falce fienaia e quindi la fienagione e la stabulazione del bestiame, nonché la letamazione dei campi

[21] BAGOLINI 1980, LEONARDI 1990, LUNZ 1985.
[22] FORNI 1990.
[23] LEONARDI 1990.
[24] PERINI 1984, 1987, FORNI 1990, DE MARINIS, VAVI 1990.

Senato della Repubblica - Archivio Storico



Fig. 15: L'impiego del carro si rese necessario in agricoltura a seguito dell'introduzione dell'aratro con la sua maggior produzione per unità lavorativa. Qui il carro inciso sulla stele di Lagundo (Merano) risalente al III mill. a.C.



Fig. 16: Il carro o l'aratro sono evidenziati strettamente connessi anche dall'artista preistorico sul II masso di Cemmo, in Valcamonica (Ridisegnato da: Cooperativa archeologica „Ormo dell'Uomo").

a cereali, con notevole incremento di produzione. Da ciò è conseguito un progresso tecnologico complessivo, con la diffusione del cavallo, animale da traino più veloce, e con l'introduzione di nuovi strumenti, quale il mulino a tramoggia [26].

Numerosi strumenti in ferro per la lavorazione del suolo (zappe, picconi ecc.) e per la mietitura sono stati reperiti anche nell'ambito atesino (figg. 18 e 19) o in prossimità di esso [27] (fig. 20).

Gli effetti della rivoluzione del ferro sull'agricoltura cerealicola sono desunti dall'addensamento della popolazione (grande incremento degli insediamenti in confronto al Neolitico/Calcolitico, aumento della loro ampiezza, in confronto all'età del Bronzo).

IV. La quarta tappa: lo sviluppo della cerealicoltura in età romana e medievale in dipendenza del progresso tecnologico agrario.

In epoca romana [28] si assiste nel Tirolo ad una maggior diffusione degli strumenti in ferro (fig. 21), compreso il Mahdhaken o Schritterhaken, già presente nella cultura retica di Fritzens-San Zeno (fig. 22): esso era costituito





Fig. 17: Aratri (tra cui quello più antico sinora reperito e qui ridisegnato secondo la ricostruzione di Perini: A), zappe B) e falcetti C) ed altri attrezzi per la cerealicoltura, risalenti all'età del Bronzo, sono stati reperiti nell'area pre-alpina centrale, nei pressi del Lago di Garda.

Fig. 18: Già dal tardo Neolitico compaiono nel Sudtirolo denti di selce per falcetti (Villandro). Tali strumenti non mancano nelle epoche successive, quali il falcetto con denti di selce di Flavè (TN) A), quello in bronzo di Lafrei-Appiano B), quelli in ferro di Putzer Gschleier-Appiano C).

Strumenti in ferro per la lavorazione del suolo sono stati reperiti anche a San Zeno D), E) (sui ridisegnati da H. Nothdurfter).

[26] FORNI 1950; LEITNER 1990; DAL RI 1997.

[27] NOTHDURFTER 1979.

[28] HAGER 1995.

Senato della Repubblica - Archivio Storico





Figg. 19, 20: La più antica documentazione del vomere d'aratro in ferro a sud delle Alpi è evidenziata dalla scena d'aratura di Bedolina (notare il vomere tipicamente metallico a ferro di vanga), che risale alla prima metà dell'ultimo millennio a.C. (in alto a destra, da rilievo del CCSP nel Museo Lombardo di Storia dell'Agricoltura), mentre la situla (a sinistra) di San Zeno d'Anaunia con raffigurazione - parziale - di un aratro è da assegnarsi alla II metà di tale millennio.

Fig. 21: Rasoio di epoca romana di Villandro (Rifisegnato da Zanzanaro, 1987/8).

Fig. 22: Esemplare di Mahdhalden (Schriftenreihe), strumento ad uncino che serviva a riunire i culmi di grano da falciare o estirpare, reperito a Birgitz, Hohe Birga. Tale strumento era in uso ancora pochi decenni or sono (Ridisegnato da Gleirscher, 1987).





da un uncino che probabilmente serviva per riunire in un mannello i culmi da segare poi col falcetto, o per estirparli (mietitura per estirpazione) [29]. Strumenti analoghi erano ancora impiegati sino ad epoca recente nell'agricoltura tirolese. Inoltre si rileva una migliore organizzazione del territorio con una costituzione di fattorie "praedia" i cui nomi talora si sono conservati fino ad oggi: ad es. Appianum, ora Eppan; Barbianum, ora Barbian ecc. Un processo un po' analogo si ebbe nel Medioevo [30], quando si formarono le "curtes" accanto ad aziende più piccole (mansi).

In età romana si ebbero inoltre grandi innovazioni tecnologiche (Fig. 23) che si diffonderanno poi in modo più omogeneo nel tardo Medioevo, quale l'aratro a ruote [31]. Questo, secondo l'ipotesi di un autorevole aratrologo (Haudricourt), sarebbe emerso probabilmente in Val di Non/Nonstal (Fig. 24). Egualmente ai margini delle Alpi centro-orientali sarebbe stato introdotto l'aratro dotato di coltro, con vomere che rivolta la zolla (versorium) (fig. 25).

Tra l'età del Ferro e quella romana si è accentuata la coltivazione del grano, pur non mancando gli altri cereali. Questi prevalsero nel più antico Medioevo. E' presumibile che il grano saraceno sia stato introdotto solo nel tardo Medioevo.

E' importante conoscere la produttività della coltivazione. Limitandoci al frumento, mentre si può orientativamente calcolare una produzione sui 5 q/ha nelle steppe a cereali spontanei dell'area mediterranea orientale, essa aumenta fino agli 8-10 q nei campi preistorici ben coltivati (diserbo, sarchiatura). Giunge ai 10-12 q nell'età del Ferro e romana con la letamazione. Si tenga presente che l'aratro accelera il lavoro, non lo migliora [32].

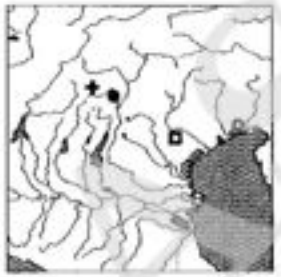


Fig. 23: Ubicazione delle località del Sudtirolo e delle Venezie ove sono stati reperiti documenti diretti o indiretti relativi al perfezionamento dell'aratro:
- ● San Zeno, in Val di Non: numerosi reperti di strumenti agricoli in ferro di epoca pre-romana e romana
- ✚ Miniere di ferro presso Tucine, nella vicina Val di Sole
- □ Salgareda di Treviso: reperto di un vomere asimmetrico con un coltro
- ○ Aquileia: catena-gancio di aratro a carrello.

[29] GLEIRSCHER 1987.
[30] HAUDE 1968.
[31] FORNI 1985, 1990.
[32] FORNI 1990.

Senato della Repubblica - Archivio Storico





Fig. 24: in alto a dx: Ricostruzione dell'aratro a carrello di epoca romana secondo Steenberg (cfr. Forni 1990).
In basso a dx: Ma l'aratro illustrato da Virgilio nelle Georgiche era probabilmente ad una sola ruota, come questo in uso a Magré (BZ), rilevato da Desedla (1977).
Fig. 25: Coltro connesso ad un vomere asimmetrico e coltrone-gancio per carrello di epoca romana, costituenti fondamentali documenti di un significativo perfezionamento dell'aratro, sono stati reperiti in località non molto lontane dall'ambito atesino (Treviso e Aquileia) (Rid. da Zancanaro, 1987/B).

BIBLIOGRAFIA

AMMERMANN A.J., CAVALLI-SFORZA L.L. 1984 The neolithic transition and the genetics of populations in Europe, Princeton.

ANATI E. 1982 I Camuni - Alle radici della civiltà europea, Milano.

BAGOLINI B. 1980 Introduzione al Neolitico dell'Italia settentrionale nel quadro dell'evoluzione delle prime culture agricole europee, in Suppl., 9, Boll. Soc. Nat. „S. Zimoli", Pordenone.

BEUG H.J. 1964 Untersuchungen z. spät- und postglazialen Vegetationsgeschichte im Gardasengebiet unter besonderer Berücksichtigung der mediterranen Arten, in Flora, 154, pp. 401-444.

BIAGI P., NISBET R. 1987a The earliest farm communities in northern Italy, in Guilaine et alii, Premières Communautés Paysannes en Méditerranée Occidentale, in Coll. Intern. C.N.R.S., Montpellier 1983, Paris, pp. 447-453.

BIAGI P., NISBET R. 1987b Ursprung der Landwirtschaft in Norditalien, in Z. f. Archäologie 21, Berlin, pp. 11-14.

CASTELLETTI L., COSTANTINI L., TOZZI C. 1987 Considerazioni sull'economia e l'ambiente durante il Neolitico in Italia, in Atti XXVI Riunione Scient. Ist. Ital. Preistoria e Protostoria, Firenze 1985, Firenze, pp. 37-55.

CAVALLI-SFORZA L., CAVALLI-SFORZA F. 1993 Chi siamo - La storia della diversità umana, Milano.

CHARLES M.P. 1984 Introductory remarks on the cereals, in Bulletin on Sumerian Agriculture, 1, pp. 17-31.

CIFERRI R. 1960 voce Frumento in Enc. Agr., Ital., Roma, pp. 1131-1153.

DAL RI L. 1987 Influssi etrusco-italici nella regione retico-alpina, in Gli Etruschi a Nord del Po, 2, Catalogo della mostra, Mantova, pp. 160-179.

DE MARINIS R., VAY L. 1990 L'aratro del Lavagnone, Schede Museo Archeol. „Rambotti", Desenzano 85.

DE RACHEWILTZ S. 1981 Brot in südlichen Tirol, Schlanders.

DOSEDLA H.C. 1977 Pflug und Art in Osterreich, in Österr. Volkskunde Atlas - Kommentar, 6. Lief./1 Teil, Bl. 99, 100, 101, Wien.

FOGOLARI M. 1960 San Zeno nell'Anaunia, in VV.AA., Civiltà del Ferro, Bologna, pp. 265-321.

FOLLIERI M. 1987 L'agriculture des plus anciennes communautés rurales d'Italie, in Guilaine et alii, Premières Communautés Paysannes en Méditerranée Occidentale, Coll. Intern. C.N.R.S.,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Montpellier 1983, Paris, pp. 243-247.

FORNI G. 1979 Origini delle strutture agrarie dell'Italia preromana, in L'azienda agraria nell'Italia centro-settentrionale dall'antichità ad oggi, Napoli, pp. 13-66.

FORNI G. 1984 Problemi di ergologia agraria virgiliana. L'agricoltura antica in Virgilio: sue radici e persistenze nelle tradizioni attuali, in VV.AA., Misurare la terra. Il caso Mantovano, Modena, pp. 154-171; 226-229.

FORNI G. 1989 Le più antiche evidenze dell'introduzione di vomeri d'aratro e di altri strumenti agricoli come documento dell'evoluzione della metallurgia in Italia, in Dal bronzo fuoco all'alto forno, Atti I Simposio Valcamonica 1988, Varese, pp. 359-380.

FORNI G. 1990 Gli alberi dell'agricoltura, Roma.

FORNI G., PISANI F. 1978 Scienza ambiente uomo, III, Milano.

GLEIRSCHER P. 1987 Die Kleinfunde von der Hohen Birga bei Virgitz, in Ber. Röm.-Germ. Kommn. 68, Mainz/R., pp. 255-256.

GUILAINE J. et alii 1987 Premières Communautés Paysannes en Méditerranée Occidentale, Coll. Intern. C.N.R.S., Montpellier 1983, Paris.

HAIDER P.W. 1990 Antike und Frühestes Mittelalter, in Geschichte des Landes Tirol, I, Bozen, pp. 131-290.

HARLAN J.R. 1992 Crops and Man, Madison.

HAUDRICOURT A.G., DELAMARRE M.J.-B. 1955 L'homme et la charrue à travers le monde, Paris.

HILLMAN G.C. 1984/5 Traditional husbandry and processing of archaic cereals in modern times. In Bulletin on Sumerian Agriculture. I, pp. 114-152; pp. 1-31.

HÖNEISEN M. 1990 Die Ausbreitung frühester bäuerlicher Kultur in Europa, in Die ersten Bauern 2. Pfahlbaufunde Europas, Schweizerisches Landesmuseum Zürich, pp. 15-26.

HOPF M. 1987 Les débuts de l'agriculture et la diffusion des plantes cultivées dans la péninsule ibérique, in Guilaine et alii, Premières Communautés Paysannes en Méditerranée Occidentale, Coll. Intern. C.N.R.S., Montpellier 1983, Paris, pp. 267-274.

KÖRBER-GROHNE U. 1988 Nutzpflanzen in Deutschland, Kulturgeschichte und Biologie, Stuttgart.

KOSTROWICKI J. 1980 Geografia dell'agricoltura, Milano.

LEITNER W., HAIDER P.W., RIEDMANN J. 1990 Geschichte des Landes Tirol, I, Bozen.

LUNZ R. 1986 Vor- und Frühgeschichte Südtirols, 1. Steinzeit, Calliano.

NISBET R. 1985 Aspetti cronologici dell'agricoltura neolitica nell'Italia settentrionale, in Atti II Congr. Naz. Soc. Ital. di Ecologia, 5, pp. 943-945.

NOTHDURFTER H. 1979 Die Eisenfunde von Sanzeno im Nonsberg, Röm.-Germ. Forschungen 38, Mainz/R.

OEGGL K. et alii 1992 Erste Ergebnisse der Auswertung der vegetabilischen Reste vom Hausbabjochfund, in Der Mann im Eis, intern. Symposium 1992 in Innsbruck, Veröff. Univ. Innsbruck 187, Innsbruck, pp. 307-312.

OEGGL K. 1992 Botanische Untersuchungen zur menschlichen Besiedlung im mittleren Alpenraum während der Bronze- und Eisenzeit, in Die Räter, Bozen, pp. 709-721.

PERINI R. et alii (ed.) 1987 Scavi archeologici nella zona palafitticola di Fiavé-Carera, 2, Patrimonio storico e artistico del Trentino, 9, Trento.

PISANI F., FORNI G., BASSI G. 1993 Nell'agricoltura lombarda il contributo delle civiltà agrarie di ogni tempo e di tutto il mondo, Milano.

SEBESTA G. 1977 La via dei mulini, Trento.

SIMMONDS N.W. et alii 1976 Evolution of crop plants, London-New York.

TIRELLI M. 1966 La carpologia dei cereali, Pinerolo.

UERPMANN H.P. 1990 Die Anfänge von Tierhaltung und Pflanzenanbau in Die ersten Bauern 2. Pfahlbaufunde Europas, Schweizerisches Landesmuseum Zürich, pp. 27-38.

VAN ZEIST W., WASYLIKOWA K., BEHRE K.E. 1991 Progress in old world palaeoethnobotany, Rotterdam.

WERNECK H.L. 1949 Kultur- und Nutzpflanzen, Wels.

WERTH E. 1954 Grabstock, Hacke und Pflug. Versuch einer Entstehungsgeschichte des Landbaues, Ludwigsburg.

ZANCANARO M. 1988 Strumenti agricoli romani nella X regio: Veneto e Trentino-Alto Adige, Tesi di laurea (rel. G. Rosadi), Univ. di Padova.

ZOHARY D., HOPF M. 1993 Domestication of plants in the old World, Oxford.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Pistoia S. 112

RM.
Arnim, H. v.: Zur Entstehungsgeschichte der aristotelischen Politik. 8°. 1924. 3.50
— Die drei aristotelischen Ethiken. 8°. 1924. 4.50
— Arius Didymus' Abriß der peripatetischen Ethik. 8°. 1926. 5.—
— Das Ethikoshema in Aristoteles' Topik. 8°. 1927. 5.—
— Eudemische Ethik und Metaphysik. 8°. 1928. 2.50
— Nochmals die aristotelischen Ethiken (Gegen W. Jäger. Zur Abwehr). 8°. 1929. 2.80
— Die sprachliche Forschung als Grundlage der Chronologie der platonischen Dialoge und der „Kratylos". 8°. 1930. 1.25
— Der neueste Versuch, die Magna Moralia als echt zu erweisen. 8°. 1929. 2.70
— Die Entstehung der Gotteslehre des Aristoteles. 8°. 1931. 3.90
Domaszewski, A. v.: Bellum Marsicum. 8°. 1925. 1.—
Egermann, F.: Die Prooimien zu den Werken des Sallust. 8°. 1932. 4.30
Gerstinger, H.: Pamprepios von Panopolis. 4°. 1928. 5.—
Heberdey, R.: Termessische Studien. 4°. 1930. 22.50
Heller, A.: Abhängigkeitsbeziehungen zwischen Abhängigkeitsbeziehungen. 8°. 1917. 1.50
— Naturwissenschaft und Philosophie. I. 8°. 1920. 3.50
— II. 8°. 1921. 4.—
Holzinger, K. von: Erklärungen umstrittener Stellen des Aristophanes. I. 8°. 1929. 3.75
— — II. 8°. 1933. 3.60
— Erklärungen zu einigen Stellen der Offenbarung Johannis und der Sybillinischen Orakel. 8°. 1936. 7.—
— Kritisch-exegetischer Kommentar zu Aristophanes' Plutos. 8°. 1941. 17.—
— Vorstudien zu Demetrios Triklinios. 8°. 1939. 6.50
Hopfner, Th.: Thomas Magister, Demetrios Triklinios, Manuel Moschopulos. Eine Studie über ihren Sprachgebrauch. 8°. 1918. 2.—
— Der Tierkult der alten Ägypter. 4°. 1916. 14.—
Horna, K.: Die Hymnen des Mesomedes. 8°. 1928. 2.—
Kalinka, E.: Aus der Werkstatt des Hörsaals. 8°. 1930. 1.70
— Die älteste erhaltene Abschrift des Verzeichnisses der Werke Augustins. 8°. 1925. 1.20
Karabacek, J. v.: Abendländische Künstler zu Konstantinopel im 15. und 16. Jahrhundert. I. Italienische Künstler am Hofe Muhammeds II. des Eroberers, 1451—1481. Mit 9 Tafeln und 55 Textbildern. 4°. 1918. 17.10
Kraus, W.: Testimonia Aristophanea. 4°. 1932. 2.40
Kreibig, J. K.: Über die Quantität des Urteils. 8°. 1919. 1.20
Kroll, W.: Das Epicheirema. 8°. 1935. —.95
— Zur Geschichte der aristotelischen Zoologie. 4°. 1940. 2.—
Lesky, A.: Alkestis, der Mythus und das Drama. 8°. 1925. 3.60
Mally, E.: Studien zur Theorie der Möglichkeit und Ähnlichkeit. 8°. 1923. 3.40
Meinong, A.: Über emotionale Präsentation. 8°. 1917. 5.—
— Zum Erweise des allgemeinen Kausalgesetzes. 8°. 1913. 3.10

Akademie der Wissenschaften in Wien
Philosophisch-historische Klasse
Sitzungsberichte. 221. Band, I. Abhandlung

Fundus cum instrumento

Eine agrar- und rechtsgeschichtliche Studie

Von

Artur Steinwenter
korresp. Mitglied der Akademie der Wissenschaften in Wien

Vorgelegt in der Sitzung am 3. Dezember 1941

Istituto Giuridico dell'Università di Napoli BIBLIOTECA 64375

1942
Hölder-Pichler-Tempsky
Wien und Leipzig
Kommissions-Verleger der Akademie der Wissenschaften in Wien

Senato della Repubblica - Archivio Storico
94

I. Einleitung.

Der gemeinrechtlichen Lehre von den Pertinenzen, wie sie etwa bei Wächter,[1] Unger,[2] Windscheid[3] und Dernburg[4] vorgetragen wurde, gelang es trotz vielfacher Bemühungen nicht, aus den überlieferten Sätzen der Pandektenjuristen Rechtssätze abzuleiten, welche für die deutschen wirtschaftlichen Verhältnisse brauchbar waren. Kein Wunder, denn die gemeinrechtliche Unterscheidung der Nebensachen in Bestandteile und Zubehörstücke, wie sie dann ins BGB. übergegangen ist, konnte eben, wie so vieles andere, nicht aus den Digesten herausgelesen werden, weil sie im wesentlichen deutschrechtlicher Herkunft war. Daß der Pertinenzbegriff des 19. Jahrhunderts der römischen Rechtswissenschaft fremd war, hat zuerst Göppert[5] erkannt, und Kohler[6] stellte sich schon früh die Frage, warum denn die römischen Klassiker keinen Anlaß hatten, eine Lehre von den Pertinenzen zu entwickeln. Von Göppert ausgehend hat dann Sokolowski[7] in seiner bekannten Art den antiken Begriffsrealismus auch hier als maßgebendes Kriterium erweisen wollen. Allen diesen Arbeiten ist eine exakte, historisch-kritische Exegese der Texte, vor allem des Digestentitels 33, 7 de instructo vel instrumento

[1] Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechtes, II, 242 f.
[2] Österr. Privatrecht, I, 467 f.
[3] Pandekten[8], I, § 143.
[4] Pandekten[7], I, 74 und Pfandrecht, I, § 36; weitere Literatur bei Andreoli, Le Pertinenze 6 f. (= Bd. 12 der Monografie de „Il Foro della Lombardia").
[5] Organische Erzeugnisse (1869) 62.
[6] Jherings Jahrbücher 26 (1888), 9 f.
[7] Philosophie im Privatrecht, I (1902), § 16.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

legato, noch ferngelegen. Diese setzt erst mit Riccobono ein, der in der Festschrift für Biagio Brugi (1916), ausgehend vom frg. Vat. 70, einen Teil der einschlägigen wirtschaftlichen und juristischen Probleme in geistvoller Weise untersucht und gelöst hat. Bonfante[1] aber nahm mit Klarheit und Energie das Gesamtproblem der Pertinenzen, wie es sich aus den Digesten darbietet, in Angriff. Er versuchte zu zeigen, daß die Römer weder den Namen noch den Begriff der Pertinenz kennen. Sie unterscheiden nur zwischen pars und instrumentum. Pars aber sei, gleichgültig, ob unselbständiger Bestandteil oder körperlich selbständige Sache, immer nur ein elemento ad integrare la cosa nel suo concetto sociale (151 f.); instrumentum aber dürfe nicht unter den Pertinenzbegriff gebracht werden, weil sein rechtliches Schicksal keineswegs das des modernen Zubehöres sei.

Ungefähr gleichzeitig mit Bonfantes Darstellung hat Oppikofer in seinem aufsehenerregenden Buche über das Unternehmensrecht[2] auch dem römischen Rechte einen breiten Raum gewährt und dabei versucht, von dem Grundgedanken seines Buches ausgehend, auch das Problem fundus — pars fundi — instrumentum durch die Einführung unternehmensrechtlicher Gesichtspunkte neu zu beleuchten. Er kommt zum Ergebnisse, daß die Römer den fundus nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich als Agrarunternehmen erfaßt haben.[3] Allerdings ist der fundus und das gelegentlich auch begegnende gewerbliche Unternehmen (taberna) nur auf sachenrechtlicher Grundlage, also ohne Einbeziehung von Forderungen anerkannt worden (S. 44), was um so leichter war, als das Recht auf Arbeitskräfte wegen deren Unfreiheit als Sachenrecht erschien. Auch habe das römische Recht keine Möglichkeit einer Übertragung durch ein einheitliches Verfügungsgeschäft gekannt, so daß sich das Agrarunternehmen nur wenn es Gegenstand einer Willenserklärung war als Sachgesamtheit darstellte. Der organisatorische Zweck und die vom Unternehmer gesetzten wirtschaftlichen Bedingungen zu diesem Zwecke genügten grundsätzlich zur Entstehung der Zubehöreigenschaft. Die weiteren Erfordernisse der Pandektistik (Beziehung zu den wirtschaftlichen Zwecken der Hauptsache, Abstellen auf die Verkehrsanschauung) waren dem römischen Rechte fremd. Für die wirtschaftliche Zuordnung zum werbenden Unternehmen die rechtliche Form im Begriff der (sic!) Zubehör gefunden zu haben, dies ist die große Leistung des römischen Unternehmensrechtes, die in ihrer Bedeutung über die römische Zeit hinausstrahlt (S. 44).

Dieser auffallende Gegensatz zwischen den Anschauungen des großen Romanisten Bonfante und des vom deutschen Rechte herkommenden Handelsrechtlers Oppikofer muß schon an sich Anreiz geben zu einer Überprüfung der Lehre vom instrumentum fundi, um zu sehen, inwieweit sich die Thesen Oppikofers vom romanistischen Standpunkt aus als haltbar erweisen.[4] Diese Überprüfung sucht man aber vergebens in der jüngsten Darstellung des Problems, in der romanistischen Einleitung zu Andreolis Buch über die Pertinenzen; er hat anscheinend Oppikofer nicht gekannt, denn er nimmt selbst in seinen germanistischen Ausführungen auf ihn keinerlei Bezug.

Aber nicht nur die Kritik der romanistischen Lehren Oppikofers steht noch aus, auch mit der quellenmäßigen Grundlage der Lehre vom Fundus-Unternehmen ist es nicht zum besten bestellt. In den angeführten Untersuchungen ist keineswegs das ganze Material herangezogen, das zur Beleuchtung des Problems von allen Seiten her dienen könnte. Vor allem hat sich Oppikofer (S. 31, 1) bewußt auf die

[1] Corso di Diritto Romano, I (1926), 123 f. (die Frage wurde schon früher in den ‚Note' zur ital. Windscheid-Übersetzung V 237 f. behandelt). Ihm schlossen sich an: Betti, Diritto Romano, I, 704; Albertario, Diritto Romano (1940), 113. Arangio-Ruiz hat an einer Stelle, die leicht übersehen werden kann, im Dizionario epigrafico unter dem Stichwort Instrumentum einen guten Überblick über Quellen und Probleme gegeben.

[2] Erschienen 1927, aber schon 1926 als Habilitationsschrift eingereicht.

[3] Oppikofer schrieb in Unkenntnis von Riccobonos zitierter Abhandlung, in der S. 130 das instrumentum bereits zum Begriff azienda agricola in Beziehung gesetzt wird.

[4] Diese Forderung hat schon H. Meyer in seiner klärenden Besprechung des Buches Sav. Z. germ. Abt. 48 (1928), 340 f., gestellt.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Pandekten in ihrer justinianischen Form beschränkt, daher das Voluntas-Problem interpolationskritisch nicht behandelt, obwohl es sich gerade in der Frage, ob Verfügungen über den fundus auch das instrumentum ergreifen, als grundlegend erweist. Die italienischen Arbeiten sind natürlich textkritisch eingestellt,[1] benützen die römischen Agrarschriftsteller, die Feldmesser und gelegentlich auch die Inschriften, nehmen aber noch nicht zum Ergebnis der archäologischen Villenforschung Stellung. Das reiche Material, das die griechischen Papyri sowie die lateinischen Urkunden aus Ravenna bieten, ist im rechtsgeschichtlichen Schrifttum eben nur gestreift worden. Auch Andreoli, den so wie Oppikofer dogmatische Interessen an das römische Material herangeführt haben, arbeitet nur mit dem traditionellen Quellenbestand. Eine Zusammenstellung aller Papyri, die irgendwie unternehmensrechtlich gedeutet werden könnten, versucht lediglich eine fleißige Gießener Dissertation,[2] ohne aber zu juristisch überzeugenden Formulierungen zu gelangen. Es wäre daher auch zu untersuchen, ob nicht eine Nachlese dieser Quellenkreise etwas Wesentliches zur Frage des römischen Agrarunternehmens beizutragen vermöchte.

Auf diesem Wege könnte der Jurist auch dem Vorwurfe entgehen, den einer der besten Kenner der wirtschaftlichen und archäologischen Seite des Fundus-Problems, Adolf Schulten,[3] vorlängst erhoben hat,[4] daß wir uns nämlich von den Realien des römischen Rechtslebens kaum Rechenschaft zu geben pflegen. Mag dieser Angriff in seiner Allgemeinheit unberechtigt sein, weil seit dem Einsetzen der juristischen Papyrusforschung gerade der Rechtshistoriker sich vielleicht mehr um wirtschaftliche und soziale Grundlagen der antiken Rechte zu kümmern pflegt als umgekehrt der Profanhistoriker

[1] Andreoli allerdings ist in seiner Interpolationskritik durchaus abhängig von der benützten Literatur.
[2] Durst, Zubehör und Unternehmen im Recht der Papyri, 1938.
[3] Vgl. dessen zusammenfassende Art. Fundus im Diz. epigr. und bei Pauly-Wissowa.
[4] Die römische Grundherrschaft (1896), 37 ff.

um die Rechtsquellen,[1] so trifft der Vorwurf in unserem Falle auch heute noch zu; denn außer Riccobono hat sich keiner der nur-romanistischen Autoren eingehender mit den wirtschaftlichen Tatsachen des römischen landwirtschaftlichen Betriebes befaßt.

Die folgenden Ausführungen vermeiden es daher im Gegensatz zu den vorhin genannten Arbeiten, ihren Ausgang von einer Analyse des Digestentitels 33, 7 zu nehmen. Sie stellen mit Absicht die nichtnormativen Quellen voran und wollen so in erster Linie ein Bild der geschichtlichen Wirklichkeit des fundus als Agrarunternehmen geben. Für diesen Vorgang sprechen auch noch andere Erwägungen. Ich halte es für wenig zweckmäßig, dogmatische Lehrmeinungen und Fallentscheidungen römischer Juristen auf einem eminent wirtschaftsrechtlichen Gebiete zu untersuchen, ohne vorher zu prüfen, inwieweit ihnen die wirtschaftlichen Voraussetzungen bekannt waren, und vor allem, ob sie auch genügt waren, diesen Voraussetzungen in vollem Umfange Rechnung zu tragen, oder ob sie zum Problem des Fundus nur einseitig als wirtschaftsfremde Theoretiker Stellung nehmen wollten.[2] Der römische fundus als Agrarunternehmen war ja primär ein Gebilde des Wirtschaftslebens, das seine erste wissenschaftliche Behandlung von den Agrarschriftstellern erfuhr, bevor noch die Juristen sich mit ihm befaßt haben. Wie Giesecke in seinem Aufsatze über die rechtliche Bedeutung des Unternehmens[3] von seinem Standpunkt des Modernrechtlers ausgeführt hat, findet die Rechtsordnung das ‚Unternehmen' als einen komplexen Tatbestand der Wirtschaft bereits fertig vor und die rechtlichen Bestimmungen erfassen ihn keineswegs einheitlich, sondern immer nur von einer oder mehreren Seiten her. Die Jurisprudenz kann also nicht von einem konstruierten Begriff des Unternehmens ausgehen, sondern muß im Anschluß an die Wirtschaftswissenschaft die rechtlichen

[1] Jonkers, Economische en sociale Toestanden in het romeinsche Rijk blijkende uit het Corpus juris (Diss., Utrecht 1938), 1 ff.
[2] Vgl. zu dieser Tendenz der Klassiker einstweilen Mitteis, Sav. Z. 19 (1899), 199 f., und Schulz, Prinzipien d. röm. Rechts, 16 f.
[3] Festschrift für Heymann, II, 118 f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Betrachtungsweisen, die sich aus den verschiedenen positiven Rechtsbestimmungen ergeben, kritisch würdigen. Diese methodische Überlegung kann in entsprechender Umformung auch auf das Agrarunternehmen des römischen fundus übertragen werden; ja sie empfiehlt sich vielleicht beim antiken Recht noch mehr als beim modernen. Denn im Bereich der römischen Entwicklung steht keine Reformgesetzgebung in Frage, die der Fundus-Wirtschaft neue Wege weisen wollte und daher in ihr Gefüge entscheidend hätte eingreifen können. Was hier in früh- und hochklassischer Zeit an Rechtsschöpfung vorliegt, ist vorwiegend behutsame, konservative, vom Einzelfall ausgehende Arbeit der römischen Juristen, denen es ganz fernlag, die Landwirtschaft in bestimmter Richtung beeinflussen zu wollen. Unsere Fragestellung muß daher lauten: Haben sich die Juristen bemüht, den wirtschaftlichen Gegebenheiten des römischen fundus gerecht zu werden, oder sind ihre Entscheidungen von wirtschaftsfremden Überlegungen beeinflußt worden? Ich möchte daher auch aus diesem Grunde unter vorläufiger Zurückstellung der juristischen Gedankengänge der Klassiker zuerst in großen Umrissen die wirtschaftlichen Grundlagen des Fundus-Problems überblicken, wie sie sich aus den Agrarschriftstellern, den Grabungsergebnissen, den Urkunden und auch aus den wirtschaftlich deutbaren Tatbestandsberichten der Digesten ergeben. Um aber auch die Haltung Justinians zum Fundus-Problem und damit die Interpolationenfrage beurteilen zu können, müssen diese Grundlagen, insbesondere an Hand der Urkunden des griechischen Ostens und des lateinischen Westens, noch bis ins 6. Jahrh. verfolgt werden.

II. Fundus.[1]

A. Unter fundus verstehen die Quellen in strenger Terminologie ein durch Assignation aus dem italischen ager publicus ausgeschiedenes und in ziviles Eigentum übergegangenes landwirtschaftliches Grundstück.[1] In der Kaiserzeit werden auch Besitzungen in der Provinz als fundus bezeichnet.[2] So wenig wie heute ein Bauernhof oder ein Landgut, war auch der römische fundus ein totes Grundstück, das in keiner inneren Beziehung zu dem auf ihm geführten landwirtschaftlichen Betrieb stand. Vielmehr war der assignierte fundus mit seiner villa rustica[3] ein Einzelhof und als solcher eine Einheit, integrum aliquid (Ulp., 50, 16, 60); er war ein vom ersten Eigentümer, dessen Namen er dauernd trägt, organi-

[1] Allgemein orientierende Literatur: M. Weber, Röm. Agrargeschichte (1891). Schulten s. s. O. Gummerus, Der römische Gutsbetrieb = 5. Beiheft zur „Klio" (100). Heitland, Agricola, A Study of Agriculture and Rustic Life in the Greco-Roman World (1921). Rostowzew, Gesellschaft und Wirtschaft im röm. Kaiserreich (übersetzt v. Wickert). Dopsch, Wirtschaftliche und soziale Grundlagen, I², 328f. Pauly-Wissowa, Art. Bauernstand (Kornemann), fundus (Schulten), Landwirtschaft (Orth), Industrie und Handel (Gummerus) und Art. Villa (Grenier) bei Daremberg-Saglio. Aus zweiter Hand schöpfen W. Fleischmann, Altgerm. und altröm. Agrarverhältnisse (1906), und v. Quillfeldt, Altröm. Landwirtschaftsrecht (1909).

[1] Die folgenden Ausführungen befassen sich nur mit dem im Privateigentum stehenden fundus, die Besitzverhältnisse des ager publicus, über die jetzt Kaser, Sav. Z. 67, 1 f., einen ausgezeichneten kritischen Überblick gegeben hat, bleiben außer Betracht. Der technische Ausdruck der Feldmesser für die Begründung eines fundus ist fundum constituere; vgl. Schriften d. Feldmesser p. 50; 48. Zum Begriff des fundus siehe Mommsen, Hermes, 19 = Ges. hist. Schr., II), 293f. Mittels in einem Zusatz zu Schm. Inst., 17. Aufl., 256, 5. Schulten Art. Fundus; Rudolph, Staat und Stadt im röm. Italien, 176; 180f., und Ciapessoni, Studi Albertoni, II, 82f. mit weiteren Nachweisen.

Auch die ursprüngliche Bedeutung von fundus in der Zeit vor Ausbildung des Individualeigentums an Grund und Boden bleibt hier außer Betracht und muß daher auch der von M. Weber, Agrargeschichte, 82f., für diese Zeit als Hypothese angenommene genossenschaftliche Charakter von fundus im Sinne von Hufenrecht innerhalb einer agrarischen Gemeinschaft dahingestellt bleiben. Nur eines dürfte m. E. feststehen. Aus dem t. t. fundum fieri (nach Plaut. trin. 1122; Gell. 19, 8, 12 und Festus p. 89 gleich auctorem fieri) des römischen Bundesgenossenrechtes läßt sich diese Hypothese nicht erweisen. Hierzu vgl. Kaden, Quaest. ad Cic. Balbianam (Diss. Gießen 1912), 41f. v. Premerstein, Sav. Z. 43, 68f. Besseler, Sav. Z. 45, 428; 49, 450; Opera 46. Rudolph, 180f.; für Weber anscheinend Wieacker, Das neue Bild der Antike, II, 173.

[2] Siehe unten S. 9 u. 43, ferner Dopsch, 347, und Ciapessoni, 87.

[3] Im Gegensatz zur Luxusvilla, die nicht als Unternehmen angesehen werden kann. Die Diskussion bei Varro, de re rust., III, 2, 4, darüber

Senato della Repubblica - Archivio Storico

sierter landwirtschaftlicher Betrieb,[1] der seine Aufgabe, dem Eigentümer einen Ertrag abzuwerfen, nur erfüllen konnte, wenn die Kulturen, die notwendigen Gebäude und eine Reihe von Betriebsmitteln dauernd mit ihm verbunden waren. Diese Betriebsmittel umfassen in der römischen Wirtschaft die unfreien Arbeiter, das Arbeitsvieh, das Ackergerät und die Behälter für die Früchte. Hingegen läßt sich von einer geordneten Absatzregelung des fundus nichts Sicheres aussagen,[2] wenn auch die ältere Auffassung von der abgeschlossenen Gutswirtschaft für den italischen fundus längst widerlegt ist und höchstens für entlegene Villen in der Provinz einigen Anspruch auf Richtigkeit haben könnte.[3]

B. Erste und unerläßliche Voraussetzung eines fundus ist die Betriebsstätte, die aedificia, ohne die überhaupt kein fundus, sondern nur ein ager vorliegt.[4] Während aber nach Bonfantes Lehre die römischen Juristen einen grundlegen-

---

was denn eigentlich eine villa sei, und die verschiedenen Stellungnahmen der Teilnehmer an der Unterredung zeigen, daß zu Varros Zeiten villa nicht mehr ein selbstverständlicher Begriff der wirtschaftlichen Produktion war.

[1] Schulten, Diz. epigr., 339; Weber, 82f. (dazu Rudolph, Stadt und Staat im röm. Italien, 176f.); Oppikofer, 31. Keine Bedeutung für unsere Betrachtung haben die Größenverhältnisse des fundus. Daten hierfür enthalten die Angaben der Schriftsteller über Assignationen von ager privatus (dazu Pfeifer, Agrargeschichtlicher Beitrag zur Reform des Ti. Gracchus [1914], 24ff., und Wieacker, Hausgenossenschaft u. Erbeinsetzung [Festschrift für Siber] 241), die Agrarschriftsteller (dazu Gummerus, 56f. und 76f.) und die Alimentartafeln (Mommsen, Hermes, 19, 394f.; Kromeyer, Neue Jahrb. 33 [194], 146f. und 164f.; hierzu müssen aber verglichen werden die Korrekturen der Bodenwertschätzungen bei Pfeifer, 22f.).

[2] Vgl. Rostowzew, I, 345, II, 51.

[3] Weber, Art. Agrargeschichte im Hdwb. d. Stw., 1³, 166. Gummerus, 94f. (Zusammenfassung). Rostowzew, I, 183; 213; 339. Carl, Die Agrarlehre des Columella, Vj. Schr. f. Soz. u. Wirtsch. Gesch. 19 (1926), 131. Grenier bei Tenney Frank, Economic Survey of Ancient Rome, III (1937), 496f., Collingwood, ebenda III, 79 und Cambridge Ancient History, XII, 284f., Oertel ebenda XII, 240.

[4] Vier. Dig. 50, 16, 211. Ciapessoni versucht den terminologischen Widerspruch mit Ulp. 50, 16, 60 durch kühne Interpolationsannahmen zu beheben (S. 75 und 101).

den Unterschied zwischen dem instrumentum und den als partes fundi anzusehenden Bauten (Dig. 7, 4, 8; 33, 7, 15, 2 [itp.]; 50, 16, 211) gemacht haben, fällt es auf, daß die Agrarschriftsteller, auch wenn sie wie Cato und Varro rechtskundig waren, diesen Unterschied keineswegs hervorheben. So wie das instrumentum für den Betrieb notwendig ist, verlangt (postulat) der fundus auch Gebäude (Varro, I, 11; Columella, I, 4), deren Größe, Zahl und Art sich nach dem Erträgnis und Umfang des landwirtschaftlichen Betriebes zu richten haben.[1] Cato, dessen liber de agricultura die Landwirtschaft des ausgehenden 2. Jahrhunderts vor Augen hat, zählt Gebäude, Geräte und Maschinen im selben Zusammenhange auf (cap. III., XIV.); der ungefähr ein Jahrhundert später schreibende Varro behandelt zwar (I, 5s.) zunächst das solum fundi und dessen partes und erst nachher das zur cultura notwendige instrumentum; aber das ist eine rein literarische Einteilung des Themas: agricultura, ohne daß der Theoretiker Varro daraus irgendeine praktische Folgerung zöge. Erst der jüngste der drei großen Agrarschriftsteller, Columella (Zeit des Nero) versucht (I, 6) eine wirtschaftlich gedachte Einteilung der Bauten des fundus in drei partes, die pars urbana (Wohngebäude), die pars rustica (Küche, Sklavenwohnungen, Ställe) und die pars fructuaria, welch letztere den ganzen Komplex erst zum fundus macht und von einer Luxusvilla unterscheidet.[2] Zu dieser pars fructuaria gehören die cella vinaria, olearia und torcularia, die horrea und granaria, ferner das furnum, pistrinum, stercullinum, die nubilaria und area (Dreschtenne); nirgends aber werden diese partes irgendwie in Gegensatz zum instrumentum gebracht. Wohl aber haben die Ausgrabungen gelehrt, daß die Angaben der Agrarschriftsteller, besonders die genauen des Columella,[3] mit der Wirklichkeit durchaus übereinstimmten. Nicht nur die Reste antiker villae rusticae in Italien (Pompeji!), sondern überall dort, wo sich das römische Villensystem verbreitet hat, in

---

[1] Cato, III, 1s.; Varro, I, 13; Vitruv, VI, 6, 3; cf. Dig. 33, 7, 27, 3: villam ... cogendis et conservandis fructibus necessariam.

[2] Varro, III, 2, 4; Schulten, Diz. epigr., 344, Grundherrschaft, 58.

[3] Vgl. auch Vitruv, de archit., VI, 6, 5.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Gallien, Germanien, Britannien, Istrien und Afrika, zeigen sie alle im Grundriß je nach der Größe des Betriebes mehr oder weniger umfangreiche Wohnräume für Landarbeiter, Ställe, Preßgebäude und Magazine für Wein, Öl und Getreide.[1]

Für den Zusammenhang unter diesen Gebäuden, der doch durch die Zugehörigkeit zum selben Betrieb bedingt ist, hatten die Juristen anscheinend wenig Verständnis; für sie ist allein maßgebend die dauernde Verbindung der Gebäude mit dem Boden (Dig. 50, 16, 211; 33, 2, 32, 5) und das Problem löst sich durch den sachenrechtlichen Grundsatz superficies solo cedit.[2] Obwohl also Verfügungen und Verpflichtungsgeschäfte über den fundus notwendigerweise auch die darauf befindlichen Gebäude erfassen müssen, werden sie in den Urkunden oft ausdrücklich neben dem Grundstück erwähnt. So in dem Testament Dig. 33, 7, 20, 7: fundus cum stabulo,[3] und 32, 35, 2: fundus cum taberna; 32, 92 pr.: f. cum casulis; 33, 7, 20 pr.: f. cum apotheca; CIL, X, 444: f. cum suis villis, CIL, X, 1401 (Bruns 54): f. cum aedificiis, CIL, VI, 2, 10239 (Bruns 139): hortulos cum aedificiis et vineis. Diese Belege erscheinen freilich dürftig, zumal die viel zahlreicheren Erwähnungen eines f. cum casis in den Alimentartafeln wohl nicht hierher zu stellen sein dürften, weil hier casa nicht das Gebäude als Betriebsstätte des fundus, sondern eine selbständige Grundparzelle mit einem Vorwerk bedeuten wird.[4] Sobald wir aber die urkundenarme Zeit überwunden haben und im 6. Jahrh. die Zahl der überlieferten Texte aus dem lateinischen Westen[5]

[1] Rostowzew, I, 212, 248, 260f.; II, 261, 278. Day, Yale Class. Stud., III (1932), 167f. (Pompeji). Gnirs, Österr. Jahresh. 18 (1903), Beiheft 119, 158 (Istrien). Collingwood, Economic Survey, III, 76f. (Britannien). Grenier, ebd. III, 498f. (Frankreich und Belgien); Ders., Art. Villa bei Daremberg-Saglio; Fremersdorf, Röm.-germ. Forschungen, VI (1933), 49; Schmitz, Bonner Jahrb. 139 (1934), 80f. (Rheinland).

[2] Ulp. Dig. 43, 17, 3, 7; 9, 2, 50. Gai. 2, 73 und Dig. 41, 1, 7, 10; darüber zuletzt Wenger, Philologus, 88, 254f., und Biondi, Servitutes, 449f.

[3] Sollte der echte Text des Testamentes wirklich nur den Stall erwähnt haben?

[4] Schulten, Diz. epigr., IV, 343.

[5] Die griechischen Papyri werden in einem eigenen Abschnitte behandelt werden.

ansteigt, zeigt es sich, daß die Anführung der zum fundus gehörigen Gebäude fester Bestandteil des herkömmlichen Urkundenformulares war. Dies beweisen klar die Formelsammlungen aus der Merowingerzeit, die bis ins 6. Jahrh. zurückreichen und durch den spätrömischen Notariatsstil stärkstens beeinflußt sind;[1] denn hier werden bei Verfügungen über Liegenschaften regelmäßig domus und aedificia als Gegenstand des Rechtsgeschäftes mitgenannt.[2] Aber auch in den bei Spangenberg vereinigten Urkunden finden wir, namentlich in Testamenten, Schenkungen und Verkäufen, zwei formelhafte Wendungen zur Bezeichnung des fundus, der Gegenstand des Rechtsgeschäftes ist. In der ausführlicheren werden, sofern ein geschlossener Betrieb und nicht nur einzelne Parzellen in Frage stehen, die Gebäude ausdrücklich mitangeführt: fundus cum aedificiis (Nr. 17 [fränkisch!], 51, 52a) oder f. cum castello (Nr. 34, 54, alle 6. Jahrh.).[3] In der kürzeren Formel fehlt in der Regel die Erwähnung der Gebäude; sie wurde wohl als selbstverständlich weggelassen.[4]

Eine besondere juristische Bedeutung kommt diesen Aufzählungen wohl nicht zu. Sie sind, um mit Papinian (Dig. 33, 7, 12, 46) zu reden, ex abundanti adjectum. Ihr Hauptzweck ist es, Streitigkeiten über die Auslegung des Rechtsgeschäftes zu vermeiden.[5] Darauf deutet auch der Umstand hin, daß in den Urkunden klar unterschieden wird, ob eine unbehauste Liegenschaft, ein locus in der Digestenterminologie (vgl. ep. Greg. I, l. c.), oder eine Quote eines fundus mit entsprechenden An-

[1] Felgentraeger, Festschrift Koschaker, III, 366ff.

[2] Form. Arvern. 6; form. Marc. 14d. Vgl. auch form. Visig., Mon. Germ. Leges, V, 579. Felgentraeger, 312[22], verweist als Vorbild außer auf die gleich zu besprechenden Urkunden noch auf C. Th. 8, 12, 1 und die Interpretation zu C. Th. 3, 5, 2.

[3] Ebenso wird in dem Briefe Gregors des Großen an Felix (Mon. Germ. Epist. II, p. 434, a. d. J. 604) die cella vinaria ausdrücklich erwähnt.

[4] Die Generalklausel f. cum omnibus ad se pertinentibus mag wohl genügt haben, einen Streit unmöglich zu machen.

[5] Für Schenkungen war diese Urkundenpraxis und ihr Zweck der Streitverhütung sogar durch kaiserlichen Erlaß (C. Th. 8, 12, 1 = frg. Vat. 249, 5) sanktioniert. Die westgotische Interpretation unterstreicht dies noch besonders. Vgl. Ehrhardt, Sav. Z. 51, 166f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

teilen an den Gebäuden (Spangenberg, 34, 52a) oder der gesamte fundus mit allen seinen Baulichkeiten übertragen werden soll.

C. Juristisch viel wichtiger ist es, die Urkunden und Inschriften daraufhin zu prüfen, ob auch außerhalb der Grenzen des geschlossenen fundus liegende Grundparzellen oder Anteile an Gemeinschaftswäldern und -weiden von den Rechtsgeschäften über den fundus mitergriffen werden, ob auch diese Immobilien als Elemente des im fundus verkörperten landwirtschaftlichen Unternehmens aufgefaßt werden. Was sagen die außerhalb der Digesten liegenden Quellen über das von Riccobono mit gewohnter Lebhaftigkeit in das ‚Reich der Fabel' verwiesene Problem der unbeweglichen ‚Pertinenzen' des fundus? Sie können freilich dieses Problem dogmatisch nicht beantworten, geben aber ein außerordentlich wirkungsvolles Bild des Wirtschaftslebens und der konkreten Rechtsübung.

Um den betriebstechnischen Standpunkt zu erkennen, gehen wir vom wirtschaftlichen Vorgang der junctio aus. Darunter kann zweierlei verstanden werden: Zusammenschluß oder Angliederung. Der gleichwertige Zusammenschluß von fundi ist aus der Namensform ersichtlich. Während der Name fundus Lollianus die von einem Lollius zuerst organisierte Landwirtschaft bezeichnet, deutet ein Doppelname, wie etwa f. Cassianus Nonianus (Dig. 33, 7, 27, 5) oder gar ein dreifacher,[1] nicht auf eine bloße Personalunion mehrerer wirtschaftlich selbständiger fundi, sondern auf eine Einheit, die durch junctio entstanden ist. Sie war die betriebstechnische Grundlage der Latifundienbildung. Maßgebend für die Einheit des Fundus-Komplexes erscheint immer die einheitliche Bewirtschaftung. Nur sie bewirkt es, daß der fortan im Singular genannte fundus auch im Verkehr als Einheit empfunden wird.[2]

[1] Zahlreiche Belege bietet die velejatische Tafel.

[2] Mommsen, Hermes, 19 (= Hist. Schr. II), 397, 1, macht aufmerksam, daß in den Alimentartafeln sogar das Vectigal einheitlich auferlegt wird. Zum Vorgang des Zusammenschlusses von fundi vgl. außer Mommsen l. c. 394f. noch Schulten, Diz. ep., 343, und de Pachtere,

D. Von dieser Vereinigung ursprünglich selbständiger Betriebe ist aber wohl zu trennen die Angliederung einzelner Grundparzellen an ein Fundusunternehmen, das dadurch lediglich vergrößert wird. In den Inschriften, vor allem in der großen Tafel von Velejа, kommen solche adjunctiones zahlreich vor, meist gekennzeichnet durch die Formel fundus cum casis oder cum praediis, meridibus o. ä.[1] Überblickt

La table hypothécaire de Veleja (= Bibl. de l'école des hautes études 228 [1920]), 62 ff., der nachweist, daß ein mehrfacher Name auch dadurch entstanden sein kann, daß Parzellen von ursprünglich so genannten fundi abgetrennt und zu einem neuen fundus vereinigt worden sind. Aus seinen Ausführungen geht hervor, wie häufig Zusammenlegungen, Teilungen und neuerliche Zusammenlegungen vorgekommen sind. Im frühen Mittelalter konnte dies zur Bildung einer massa von mehr als einem Dutzend fundi führen. Spangenberg, Nr. 36; ep. Gregor., p. 484; vgl. auch Liber pontificalis, p. 54a. His, Domänen der röm. Kaiserzeit, 69. Serafinuzza im Economic Survey, III, 364f. Entstehen durch innerbetriebliche Teilung eines fundus zwei neue fundi, so führen diese entweder den gleichen Namen (CIL, IX, 5845) oder unterscheiden sich durch die Bezeichnung f. superior und inferior (CIL, IV, 5588, 5528; X, 407, II, 9—10, f. Julianus major, minor et medianus; CIL, IX, 1455, 3, 21). Vgl. hierzu Dig. 31, 86, 1: fundum Sejanum, quem paterfamilias uno quidem nomine universum habuit, sed per duas partes locabat, ita ut superiorem partem Sejanum superiorem, inferiorem, partem autem Sejanum inferiorem appellaret. Besäßen wir Urkunden über alle diese Teilungen und Zusammenlegungen, so gewännen wir einen ganz anderen Einblick in das römische Bodenrecht.

[1] Im einzelnen lassen sich folgende Verbindungen belegen:

1. f. cum casis (Meierhof, Vorwerk; siehe oben S. 16) tab. Velej. I, 8, 11, 15, 17, 19, 21; II, 29; IV, 41, 51; VI, 30, 44, 95; tab. Baebiana, II, 24; III, 28. Schulten, Grundherrschaft, 52; Diz. epigr., 343. His, 67. De Pachtere, 61[3].
2. f. cum praediis tab. Velej., IV, 51; VI, 63, 66, 68, 70.
3. f. cum meridibus (dazu Schulten, Hermes, 49, 5; verfehlt Oppikofer, 45[1]), das sind von einem ursprünglichen f. abgetrennte und zu einem anderen geschlagene Parzellen, also gleichbedeutend mit locus oder pars fundi; vgl. tab. Velej., IV, 45: f. cum fundo, casis, silvis et loco agri, und CIL, X, 114: vineae cum parte fundi. Belegstellen für meris: tab. Velej., II, 14; III, 2, 8; IV, 39; VI, 83, 96; VII, 15. De Pachtere, 61[3]. Tab. Velej., VI, 86 werden neben den merides auch noch alluviones junctae praediis genannt.
4. f. cum colonis (Schulten, Diz. epigr., 343), I, 33; II, 44, 69, 88; VI, 49; vgl. VII, 37.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

mann alle diese Anhängsel, die mit dem fundi zusammen Gegenstand jener obligatio praediorum sind, welche der Alimentarstiftung zugrunde liegt, so scheint es vom wirtschaftlichen Standpunkt aus ganz zweifellos, daß wir es mit Elementen des im fundus verkörperten Unternehmens zu tun haben. Dabei kann aber von einer junctio im technischen Sinne wohl nur gesprochen werden, wenn es sich um Parzellen im Alleineigentum und nicht um Gemeinschaftsweiden handelt, und weiters, wenn diese Parzellen dem fundus zugeschlagen worden sind, entweder objektiv bei der ursprünglichen Assignation oder durch rechtsgeschäftliche Verfügung des Eigentümers des fundus, also durch bloß subjektive junctio. Die objektive Verbindung ist bei den Feldmessern die Regel. Hier war es wohl gleichgültig, ob die Parzelle an den fundus räumlich angrenzte oder von ihm durch dazwischen liegende Nachbargrundstücke getrennt war,[1] da die Zusammengehörigkeit in beiden Fällen aus der Mappe ersichtlich war.[2] Nur selten erwähnen die Feldmesser die nur subjektive junctio;[3] sie war ja für den Geometer etwas Regel-

5. f. cum silvis Dig. 32, 93, 4, 4; 33, 7, 27, 5. Tab. Velej., I, 2, 87; III, 85; IV, 41.

6. f. cum saltibus tab. Baebiana II, 47; vgl. tab. Velej., VI, 63, 66, 68, 70.

7. f. cum debilis (Bedeutung unbekannt: Forcellini: locus pascendo non aptus; De Pachtere, 34 u. 61[1]: pâturages): III, 75; IV, 89; VII, 37.

8. f. cum parietinis (anscheinend Grundparzellen mit verfallenen Gebäuden) tab. Bach., II, 69; III, 1, 9, 85.

9. f. cum communionibus tab. Velej., I, 2, 87; III, 54, 56, 58, 60, 64, 67, 83; IV, 84, 87; V, 27. Unter communia werden in der velejischen Tafel die compascua verstanden, die nicht der Gemeinde als solcher gehören, sondern mehreren fundi zusammen zustehen. Vgl. die silvae communiones, I, 2, 87; III, 83. Brugi, Dottrine degli agrimensori, 328 f. Schulten, Dig. epigr. 343. De Pachtere, 38, 61. Auch der f. cum jure Appenini, V, 21 dürfte nichts anderes als ein f. mit einem Anteil an einer im Gebirge gelegenen Weide sein. Schulten l. c. De Pachtere, 35. Die einer colonia als solcher zustehenden compascua kommen hier nicht in Frage.

[1] Front., p. 48, 14. Hygin. grom., p. 201, 12, besonders 204, 2. Dopsch, 342.

[2] Hygin., p. 201, 12. Brugi, Dottrine, 321.

[3] Sic. Flacc., p. 161, 11. Hygin. de gen. constr., p. 130, 12. Brugi, Dottrine, 294; Arch. giur., 57, 85.

widriges, das sein Werk in Unordnung brachte.[1] Dennoch ist allen Fällen von junctio gemeinsam die Überzeugung der Feldmesser, daß sich die Zusammengehörigkeit der durch junctio verbundenen Grundstücke auf wirtschaftliche Notwendigkeiten stützt und daß die zugeschlagenen Parzellen für den Betrieb des fundus unerläßlich sind,[2] sei es, weil der fundus selbst keinen Wald besaß oder weil im Gebirge liegende Parzellen anders als im Zusammenhang mit einem fundus wirtschaftlich nicht ausgenutzt werden konnten. Ebenso behauptet auch der Anfragende in einem Responsum des Scaevola, Dig. 33, 7, 27, 5, von den silvae und salicta: nec sine his fundi coli possint. Auch von den Anhängseln der fundi in den Alimentartafeln dürfen wir ohneweiters annehmen, daß sie Teile einer einheitlichen Wirtschaftsführung waren. Unterstützt wird diese Meinung durch die genauen Angaben, welche die Agrarschriftsteller über diese Zusammenhänge beim Weinbau machen. Hier waren nach Columella, IV, 30, für die Rebpfähle und Pergeln, zum Binden der Reben und für die erforderlichen Körbe Kastanienwälder,[3] Rohr-[4] und Weidenpflanzungen[5] notwendig, und zwar brauchen 20 Joch Weingarten 1 Joch Kastanienwald, 1 Joch Rohrpflanzungen und fast 1 Joch Weidicht.[6] Ohne diese Nebengrundstücke war ein rentabler Weinbau überhaupt nicht möglich: Quibus si deficitur agricola, causam faciendi vineta non habet cum omnia, quae sunt necessaria, extra fundum quaerenda sunt. Die harundineta und salicta rechnet er also zum fundus selbst.[7]

[1] De Pachtere, 67, glaubt, aus der Tafel von Veleja schließen zu können, daß die subjektive junctio beim nächsten Census in irgendeiner Form objektiviert wurde. Aber weder die Feldmesser noch die Juristen beingen hierfür sichere Anhaltspunkte.

[2] Front., p. 48, 14; cf. p. 204, 2.

[3] Ebenso Dig. 7, 1, 9, 7; 33, 7, 27, 5.

[4] Harundineta, Dig. 7, 1, 9, 7; CIL, X, 114. Dazu Riccobono, Studi Brugi, 1864.

[5] Salicta, Dig. 7, 1, 9, 7; 33, 7, 12, 11; 27, 5.

[6] Day, Yale Class. Stud., III, 1831.

[7] Ein ähnliches Bild des Zusammenhanges der Rohrpflanzungen mit dem Weinbau ergeben, wie hier vorgreifend festgestellt werden soll, die Papyri. Da Rohrstäbe wegen der Holzarmut Ägyptens fast ausschließlich als Weinpfähle in Betracht kamen, finden sich in den Kauf- und

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Auch die Digestenjuristen bringen zahlreiche Beispiele von adjunctio fundi,[1] doch handelt es sich hier durchwegs um subjektive Verbindung. Nirgends wird auf Assignation, Kataster oder Mappe der Feldmesser als Beweis für die junctio ausdrücklich Bezug genommen, offenbar, weil die objektive junctio für die Juristen von ihrem Standpunkt der Testamentsauslegung kein Problem darstellte und daher nicht erörtert wurde. Als Anlaß der subjektiven Verbindung erwähnen die Quellen Zukauf (emptio)[2] oder innerbetriebliche Teilung, deren Schilderung bei Pomp. 30, 24, 2—3 dem Falle bei Hygin. de gen. contr., p. 130, 12, ziemlich genau entspricht. Als äußeres Kennzeichen der subjektiven junctio erwähnen die Juristen die gemeinsame appellatio[3] und als Folge dieser die einheitliche Betriebsführung, vor allem Verbuchung der Einkünfte des zugeschlagenen Stückes auf das Konto des fundus.[4] Auch die Juristen machen keinen Unterschied, ob es sich um angrenzende Parzellen handelt oder um entfernt liegende Grundstücke. Scaev., Dig. 33, 7, 20, 7, und Paul. III, 6, 54 sprechen in letzterem Falle (pascua!) unbedenklich von einer conjunctio sub una fundi appellatione, nur der Schlußsatz von Jav. Dig. 31, 10

Pachtverträgen (Belege bei Grenfell-Hunt, P. Oxy. XIV, S. 19, und Schnebel, Landwirtschaft, 255 f.; vgl. noch P. Harr. 137) die *καλαμία* sehr oft neben dem Weingarten erwähnt. Bezeichnend für die Auffassung dieses Zusammenhanges sind zwei Urkunden: P. Oxy. XIV, 1631 (280) τοῦ ... κτήματος καὶ τῆς περικειμένης καλαμίτιδος und P. Giss. 56 (6. Jahrh.), wo in der Aufzählung des *dioecus* eines Weingartens neben Kelter und Bewässerungsanlagen auch die *καλαμία* vorkommt.

[1] Labeo, Dig. 33, 7, 4; Jav. 31, 10; Jul. 41, 4, 7, 1; Pomp. 30, 24, 2—3; 50, 16, 60; Scaev. 33, 7, 20, 7; 27, 5; Pap. 32, 91, 3; Paul. sent. III, 6, 54 und Dig. 32, 92 pr.

[2] Jul. 41, 4, 7, 1; Paul. III, 6, 49; 32, 92 pr.; Pap. 32, 91, 3. Vgl. das lebendige Bild dieser pulcherrimae jungendi bei Plin. ep. III, 19.

[3] Dig. 33, 7, 20, 7; Paul. III, 6, 54; Dig. 32, 91, 3; vgl. 34, 5, 1.

[4] Dig. 32, 91, 3; inspiciendum, an literis et rationibus appellatione Sejanorum Gabiniana quoque continentur et utriusque possessionis confusi reditus tituli Sejanorum accepti lati essent. Vgl. dazu M. Voigt, XII Tafeln, I, 356, 16, und Oppikofer, 35. — Auch nach dem Reichserbhofrecht klagt bekanntlich die Zugehörigkeit der Parzellen zum Erbhofe davon ab, daß sie von der Hofstelle aus einheitlich bewirtschaftet werden. §§ 3; 7 REG.

unterscheidet zwischen separatim possidere und universitati prioris fundi adjungere, beschränkt also die junctio auf die räumliche Eingliederung.[1]

E. Eine Sonderstellung nehmen die Gemeinschaftsweiden, die compascua und communia, ein, da hier eine junctio der ganzen Gemeinschaft mit dem einzelnen fundus schlechterdings unmöglich ist. Ohne hier die juristische Konstruktion anschneiden zu wollen, sei nur festgestellt, daß sowohl die Einbeziehung in die obligatio praediorum der Alimentartafeln, die Ausdrucksweise der Feldmesser[2] wie auch die künstliche Nachbildung dieses Institutes bei Scaev., Dig. 8, 5, 20, 1, beweisen, daß es sich hier um wirtschaftliche Zusammenhänge handelt, die nicht nur als notwendig, sondern fast als betrieblich untrennbar aufgefaßt worden sind. Wie lebendig die Einheit des landwirtschaftlichen Unternehmens empfunden wurde, zeigt endlich noch der Umstand, daß der fundus als Träger dieses Betriebes in der Sprache von Laien und Juristen geradezu personifiziert worden ist. Ich meine damit nicht nur den bekannten Tropus aus der Servitutenlehre, den fundus serviens,[3] sondern auch die Ausdrücke, welche die Beziehung zwischen fundus und seinen wirtschaftlichen Elementen unter dem Bild

[1] Der Satzteil universitati — adjungere ist auch nach Albertario, Annali Perugia 1919, 50, sachlich nicht zu beanstanden; hingegen sind Riccobono, Studi Brugi, 198, Krüger ad h. l. und v. Schnorr, Juristische Person, 121[3], für formelle und sachliche Interpolation. Beachtenswert ist die Übersetzung der Basiliken, welche die durch die junctio bewirkte Einheit stark betont: *ἐὰν ἑτέρου τι τῷ ἀγρῷ καὶ ἐνωμένον τύχῃ.*

[2] Pascuorum proprietas pertinens ad fundos, Frontin., p. 15, 4; loca quae pertinent ad proximos quoque possessores, qui ad ea attingunt finibus suis, Hygin. de contr. agr., p. 117, 1; cf. Sic. Flaccus, p. 137, 10; Hygin. gromm., p. 201, 15: proximis possessoribus datum est in commune nomine pascuorum. Auch in der ausgehenden Antike bleibt die Auffassung die gleiche. Vgl. die lex rom. Burgund., 17, 5: silvarum, montium et pascui jus, ut uniculque pro rata possessionis subjecit, esse commune. Dopsch, I 220; 363.

[3] Vgl. hierzu Dig. 8, 6, 4: iter sepulchro debitum mit CIL, V, 2548: iter debetur fundo; ferner fundus fundo servit Dig. 30, 70, 1; 8, 4, 6; hauriendi jus non hominis sed praedii est Dig. 8, 3, 20, 3, v. Schnorr 57.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

des meum esse darstellen.[1] In diesen Gedankengang gehört wohl auch der gen. possessivus (nicht partitivus, wie Oppikofer, 32, meint) fundi esse, z. B. Dig. 19, 1, 17, pr.: fundi nihil est, nisi quod terra se tenet ... multa enim defossa esse neque tamen fundi aut villae haberi, dieselbe Sprachform, die zur Bezeichnung von Eigentum verwendet wird.[2]

F. Waren es bisher überwiegend Quellen der Prinzipatszeit, die hier zu Worte kamen, einer Zeit, aus der uns lateinische Urkunden über Privatrechtsgeschäfte, die einen fundus betreffen, von Testamenten abgesehen, kaum überliefert sind, so soll jetzt noch versucht werden, aus Texten der Epoche des Corpus juris, aus den Käufen und Schenkungen des 6. und den Formeln des 7. Jahrh. eine Vorstellung über den spätrömischen fundus als landwirtschaftlichen Betrieb zu gewinnen.

In den Ravennatischen Urkunden werden in der ausführlichen Formel (s. o. S. 15) mit großer Regelmäßigkeit alle zum fundus gehörigen Parzellen nach ihrer Kulturgattung angeführt, wie agri, silvae, prata, pascua, salicta, vineae, oliveta, arbusta.[3] Von den Formeln enthalten solche Aufzählungen, die im wesentlichen mit den Urkunden übereinstimmen, form. Visigoth., p. 579; form. Andecav. Nr. 37, 40, 41, 58,[4] form. Arvern. 6 und Markulf 14d. Auch dieser Formelbestandteil steht in Zusammenhang mit der Vorschrift des C. Th. 8, 12, 1, (s. o. S. 15), ist aber durch diese Verordnung nicht neu eingeführt, sondern nur für ein Teilgebiet bestätigt worden. Er hat seinen Grund nicht bloß in dem

[1] Varro, I, 11: fundus postelat tecta; CIL. X, 444: fundus cum suis villis. Feldm. p. 226, 3: ager qui arvo fundo tertio vel quarto vicino situs est. Dig. 33, 7, 12, 14: agri ab hoc agro veluti mutuantur; Dig. 33, 7, 8, 1: si fundus saltus partiones habet. Vgl. auch Oppikofer, 47 f., mit H. Meyer, Sav. Z. 48, 545.

[2] Vgl. auch Dig. 19, 1, 17, 7 und 50, 16, 245; v. Schnorr 57[7].

[3] Spangenberg 34 (587) = ep. Greg. app. I. Vgl. noch 17, 38, 48, 49, 52, 54, 56, alle aus dem 6. Jahrh. Ferner gehören hierher auch die ganz analogen und besonders ausführlichen Urkunden des 6. und 7. Jahrh., die Oppikofer, 50, 4, und 51, 2, als angebliche Belege für germanisches Recht abdruckt.

[4] Dazu Felgentraeger, Koschaker-Festschrift, III. 372.

Wunsche nach möglichst eindeutiger Willenserklärung, wie dies bei den aedificia der Fall ist, sondern wohl auch in steuerlichen Vorschriften. Denn in den Zensuserklärungen war nach Ulp. 50, 15, 4, pr. der fundus nach seinen Kulturgattungen, wie arvum, vinea, olivetum, pratum, pascua und silvae, zu deklarieren.[1]

G. Die lateinischen Urkunden des 6. Jahrh. bringen aber in der formelhaften Aufzählung dieser steuerlich wichtigen Teile des landwirtschaftlichen Bodens noch ein weiteres, gerade für unser Thema wichtiges Glied, das bisher nicht berührt wurde. Es werden nämlich auch adjacentia,[2] appendicia[3] und juncta[4] des fundus als Gegenstand der Verfügung in die Schenkung oder den Kaufvertrag mit aufgenommen. Daß es sich hier nicht etwa um germanische Einflüsse handeln kann, wie dies anscheinend Oppikofer, 50,[5] glaubt, zeigt schlagend eine Verordnung des C. Th., auf die schon Du Cange s. v. adjacentia verwiesen hat: Si quando adnotationes nostrae contineant possessionem sive domum quam donaverimus ‚integro statu' donatam, hoc verbo ea vis continebitur, quam antea scribebamus, ‚cum adjacentibus et mancipiis et pecoribus et fructibus et omni jure suo', ut ea, quae ad instructum possessionis vel domus pertinent, tra-

[1] Vgl. auch Hygin. grom., p. 205, 13 (für Pannonien): arvi primi, arvi secundi, prati, silvae glandiferae, vulgares, pascuae. Dazu die Art. Kataster u. Tributum bei Pauly-Wissowa (Sp. 63).

[2] f. cum adjacentibus Spangenberg 34, 52, 53, 56; cum adjacentiis form. Arvern. 6; Markulf 14d; cum junctis et objecenciis(!) form. Andec. 37 u. 46. Den Formelzusammenhängen entsprechend auch in den fränkischen Urkunden nachzuweisen; vgl. etwa Pardessus, Diplomata, I, 180 (615); II, 254 (631); 268 (635). Mon. Germ. Dipl. 40 (662); 41 (663).

[3] Spangenberg 34. Mon. Germ. Dipl. 40 (662); 42 (664). Pardessus, II, 331 (664). Form. Andec. 46.

[4] Form. Andec. 37: cum junctis et subjunctis; Andec. 1c; 41; 46; 58.

[5] Auch Wopfner, Mitt. d. österr. Inst. f. Gesch.-Forsch., 34 (1913), 391, behandelt die ‚Pertinenzklausel' noch von einem rein mediävistischen Standpunkt aus, während Dopsch, I, 254 f., ihren antiken Ursprung erkannt hat. Nur ist er mehr geneigt, die Klausel aus der berüchtigten zwangsweisen Epibole — adjectio sterilium des frühbyzantinischen Rechtes und nicht aus der hier geschilderten junctio herzuleiten. Vgl. bes. S. 354, 364 und 372.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

denda sint. 10, 8, 1 (313). Was nun aber die Bedeutung dieser Klausel anlangt, so dürfte es wohl ziemlich sicher sein, daß mit den adjacentia, appendicia und juncta die durch objektive oder subjektive junctio mit dem fundus verbundenen Grundstücke darunter mitverstanden sind,[1] und zwar gleichgültig, ob es Teile eines in sich geschlossenen Gutes oder körperlich selbständige Parzellen sind. Das gekürzte Formular von Ravenna erwähnt die adjacentia nicht, sondern spricht nur von omnia ad fundum (generaliter) pertinentia. Vgl. oben S. 15, 4. In dieser Klausel sind aber die adjacentia wohl auch inbegriffen. Dafür spricht der Wechsel im Ausdruck der Urkunde Nr. 34. Bei der Schenkung der drei ersten Objekte werden die adjacentia und appendices gewissenhaft genannt, bei der nächsten Schenkung aber nur mehr gesagt: cum omni jure et proprietate eorum et omnibus ad se pertinentibus. Auch Nr. 56 und Nr. 52 können für diese Annahme herangezogen werden.[2] Alle hier angezogenen Quellen zeigen also übereinstimmend, daß in den Geschäftsurkunden der spätrömischen Zeit bei Veräußerungen eines fundus nicht nur über den Gutshof selbst, sondern regelmäßig auch über die zum fundus wirtschaftlich gehörigen, wenn auch von ihm getrennten Grundstücke unter einem verfügt worden ist. Diese Parzellen werden als adjacentia, aber auch als pertinentia bezeichnet.

III. Instrumentum.

A. Weniger reichlich fließen die außerdogmatischen Quellen zum Problem des instrumentum. Begreiflicherweise treten

[1] In den Papyri entspricht den adjacentia m. E. das allerdings seltene προσπαραχείμενα P. Cairo 104, 7, 12 (580). Vgl. noch P. Mon. 15, 5 (6. Jahrh.) und Cairo 312: οἰκία ... μετὰ τῆς συναμένης τῇ οἰκίᾳ ἐκκλησίας. Ausnahmsweise werden in lateinischen Urkunden des 7. Jahrh. auch bewegliche Sachen unter den adjacentia inbegriffen. Du Cange l. c.

[2] Cum omnibus generaliter longe lateque pertinentibus vel universis adjacentibus (Nr. 56) und: cum portione aedificii et omni jure, instructo, instrumento atque earum omnibus ad se pertinentibus (52). Vgl. hierzu die von Ferrari, Documenti greci medioevali, 51, 9, zitierte lateinische Urkunde aus Sizilien (1177): domum cum omnibus introitibus et exitibus et pertinentiis.

hier die Inschriften zurück, weil sie, ihrer Natur als für ewige Zeiten bestimmte Kundmachung entsprechend, sich nur selten mit den weniger wertvollen und rasch wechselnden, beweglichen Betriebsmitteln befassen. Da auch die lateinischen Urkunden erst in später Zeit in nennenswertem Umfange zur Verfügung stehen, sind wir hier zunächst einmal ganz auf die Agrarschriftsteller angewiesen, werden aber dafür durch die Güte und das hohe Alter dieser Überlieferung entschädigt. Denn schon bei Cato, dessen landwirtschaftliches Werk die älteste römische Prosaschrift ist, sind die Zusammenhänge zwischen fundus und instrumentum klar erkannt.[1]

Cato hat nämlich aus seiner praktischen Erfahrung heraus eine von späteren Autoren, wie den beiden Saserna und Varro, erörterte formula instrumenti[2] aufgestellt, in der er für zwei Modellgüter, ein Weingut und eine Ölpflanzung, genau berechnet, wieviel an Betriebsmitteln, und zwar an Arbeitern, Vieh und Geräten, zur ordentlichen und erfolgreichen Bewirtschaftung erforderlich seien. Varro übernimmt Catos Berechnung, übt freilich an ihr Kritik, deren Verständnislosigkeit den reinen Theoretiker verrät;[3] in einem Punkte scheint er aber, wenn auch vielleicht nicht aus klarer Einsicht, sondern mehr gefühlsmäßig, über seine Vorbilder hinauszukommen. Er versucht nämlich als erster so etwas wie eine Abgrenzung der zum fundus gehörigen und der mit ihm nicht organisch verbundenen Betriebsmittel. Das ergibt sich aus cap. I, 2, 22s. Denn wenn er es dort ablehnt, eine Töpferei (figlina) oder eine Herberge, die sich auf dem fundus befindet, zum Gutsbetrieb zu rechnen, obwohl auch die Einkünfte daraus propter agrum aut etiam in agro entstehen, so sieht er eben in der figlina nur einen Nebenbetrieb, in der Herberge einen Doppelbetrieb, die beide seiner Ansicht nach nicht mehr zum

[1] Vgl. Cato 10, 11, 12, 13 und die Bezugnahme auf Cato bei Varro, I, 18, 19, 22. Die Dissertation von Westerath, Die Fachausdrücke des Ackerbaues bei den römischen Agrarschriftstellern (1928), behandelt nur das Technische und geht auf die wirtschaftlichen Fragen nicht ein.

[2] Varro, I, 22f.; cf. Columella, II, 13, 7. Zu diesen Listen vgl. Hörle, Catos Hausbücher (1929), 236ff.

[3] Gummerus, 61.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

landwirtschaftlichen Unternehmen der villa rustica gehören. Mittelbar ist damit aber auch entschieden, daß die figlina nicht zum instrumentum fundi, wie er es auffaßt, gezählt wird; das deckt sich aber vollständig mit der Ansicht, welche die ungefähr gleichzeitigen Juristen Labeo und Trebatius in einem konkreten Falle (Dig. 33, 7, 25, 1) vertreten haben: Quidam cum in fundo figlinas haberet, figulorum operas majore parte anni ad opus rusticum utebatur, deinde ejus fundi instrumentum legaverat. Labeo Trebatius non videri figulos in instrumento fundi esse.

B. Von den zur Bewirtschaftung der villa rustica notwendigen Betriebsmitteln nennt Cato I, 5 anscheinend nur das Ackergerät, die landwirtschaftlichen Maschinen und die zur Aufbewahrung der Früchte notwendigen Gefäße mit dem Gesamtnamen instrumentum; so wenn er rät, beim Kauf eines fundus darauf zu achten, instrumenti magni ne siet,[1] als Beispiel dieses instrumentum aber nur vasa torcularia und dolia nennt.[2] In den Kapiteln 10—12, welche die Aufzählung des nötigen landwirtschaftlichen Inventars einschließlich des Viehs und der unfreien Arbeiter enthält, wird der Ausdruck instrumentum vermieden. Diese eingeschränkte Bedeutung des Wortes steht durchaus nicht allein; sie findet sich in den literarischen Quellen auch bei Columella, I, 8 (zweimal), XII, 3, bei Val. Maximus, IV, 4, 6, und bei Phaedrus, IV, 5, 24 (beide Zeit des Tiberius), und noch im 4. Jahrh. bei Palladius, de re rustica, I, 43, der mit instrumentum nur das landwirtschaftliche Gerät bezeichnet. Die erweiterte Bedeutung von instrumentum als Summe aller beweglichen Betriebsmittel einschließlich der Arbeitssklaven, jedoch ohne Saatgut, Dünger und Zuchtvieh, verwendet unter den Agrarschriftstellern nur Varro, I, 17 s.,[3] indem er zugleich die merkwürdige Einteilung in instrumentum vocale (Sklaven), semivocale (Arbeitsvieh) und mutum (Geräte und Maschinen) durchführt. Varro hat, wie er selbst sagt, diese Einteilung von anderer Seite übernommen: alii in tres partes (sc. eas res dividunt). Wer diese alii sind, vermag ich exakt nicht festzustellen, weil die einzige Parallele zur Varronischen Dreiteilung nur bei dem späten Militärschriftsteller Vegetius (4. Jahrh.) zu finden ist.[4] Vielleicht hat Arist., Pol., I, 2, 4: τῶν δ' ὀργάνων τὰ μὲν ἄψυχα, τὰ δ' ἔμψυχα[5] als entferntes Vorbild eingewirkt. Wie dem auch sei, sicherlich ist die Einteilung aus der dem Verfasser des Werkes de lingua latina natürlich wohlbekannten Gedankenwelt der Grammatiker gekommen[6] und ist an sich dogmatisch ziemlich bedeutungslos. Beachtenswert wird sie aber insofern, als sie zeigt, daß sich zur Zeit der ausgehenden Republik instrumentum bereits zu einem einheitlichen Gesamtbegriff entwickelt hat, beachtenswert vor allem aber auch deshalb, weil sich der gleiche Zwiespalt in der Bedeutung von instrumentum auch bei den Juristen nachweisen läßt. Den ältesten Beleg für den erweiterten Instrumentumbegriff gibt Qu. Mucius, über dessen Meinung Ulp. Dig. 28, 5, 35, 3 berichtet: ut est apud Mucium relatum, cum fundus erat legatus vel cum instrumento vel cum his quae ibi sunt: agasonem enim missum in villam a patre familias non pertinere ad fundi legatum Mucius ait.[7] Qu. Mucius hat hier den agaso nicht etwa deshalb vom Legat ausgenommen, weil Sklaven überhaupt nicht unter den Begriff des instrumentum fallen, sondern weil er nicht zum Betrieb der villa gehört.[8] Den Anlaß zur Abgrenzung des Begriffes gab die

[1] Vgl. Cic., Verr., III, 21, 53: arationes ... magna impensa magnoque instrumento.

[2] Wenn Cato l. c. sagt: videto, quam minimi instrumenti, sumtuosusque ager ne siet. Scito idem agrum quod hominem, quamvis quaestuosus siet, si sumptuosus erit, reliqui non multum (Gummerus, 21), so ist hier unter instrumentum wohl nur der zum Betrieb nötige technische Apparat gemeint.

[3] In seiner älteren Schrift, de lingua latina, V, 21, sagt er aber noch: instrumenta rustica quae serendi aut colendi fructus causa facta.

[4] Er teilt in seiner epitome rei militaris, III, 5, die militärischen signa in vocalia, semivocalia und muta ein.

[5] Zitiert von Berlin-Dorigny, Art. Instrumentum bei Daremberg-Saglio.

[6] Vgl. die Einteilung der Laute bei Quint. I, 4, 6 und 1, 7, 14 in vocales, semivocales und mutae. Es handelt sich bei Varro demnach gewissermaßen um ein Gegenstück zur Einteilung der res in corporales und incorporales, deren Herkunft aus den Lehren der Grammatiker Stroux, Atti del Congr. internazionale, Roma, I, 1211, erwiesen hat.

[7] Lenel, Pal. Qu. Mucius, 14; Kübler, Pauly-Wissowa, 31. Hb., 444.

[8] quia non idcirco illo erat missus, ut id esset.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Auslegung eines Testamentes, wie denn auch derselbe Jurist sich aus dem gleichen Grunde mit dem Begriff der penus legata befaßt hat.[1] Bei Vitellius (Zeit des Augustus), auf den wohl die in der l. 8. Dig. 33, 7 vorgetragene Lehre des Sabinus zurückgeführt werden darf, ist der erweiterte Instrumentumbegriff bereits zu einem endgültigen ausgereift; auf seinen Inhalt werde ich noch zurückkommen. Auf ihm baut Ulpian in seinem Sabinuskommentar im Titel de instrumento legato weiter. Dig. 33, 7, 8, 10, 12. Auf der anderen Seite steht die Behauptung des Alfenus: nihil animalis instrumenti esse (Dig. 33, 7, 12, 2), und im Titel 33, 7 wird mehrfach ein instrumentum rusticum als etwas von den mancipia und dem pecus Verschiedenes genannt.[2] Da dieser engere Begriff des instrumentum rusticum, der demnach nur das instrumentum mutum Varronischer Prägung in sich beschlossen hat, fast ausschließlich den Sachverhalten, die den Responsen zugrunde liegen, oder dem Wortlaut der zu interpretierenden Testamente entnommen ist, so wird man wohl annehmen dürfen, daß der engere Begriff dem praktischen Wirtschaftsleben angehörte, der weitere aber von den veteres im Anschluß an Varro und seine Vorbilder zu Ende der Republik entwickelt worden ist. Im Wirtschaftsleben wird instrumentum wie supellex, vestis und mundus als funktionelle Einheit empfunden und in den Vermögensverzeichnissen der Römer (libelli familiae Dig. 32, 99 pr.) als ein besonderes Konto (ratio) geführt worden sein.[3] Demnach war instrumentum (rusticum) nicht nur ein gutswirtschaftlicher, sondern auch ein buchhalterischer Begriff. Darüber hinaus muß instrumentum auch im Zensusrecht eine anerkannte, einheitliche Größe gewesen sein. Leider berichtet darüber nur eine einzige, isolierte Stelle, aus der keine weiteren Folgerungen gezogen werden können. Gell. 6, 11, 9 gibt ein Bruchstück aus einer Rede des Scipio Africanus minor (etwa 150 v. Chr.), in welcher dieser sagt: majorem pecuniam absumpsisti, quam quanti omne instrumentum fundi Sabini in censum dedicavisti. Ist hier auch das instrumentum im engeren Sinne gemeint? Doch wohl nicht, denn das Ackergerät und die Maschinen wären nicht so wertvoll, wie es der Sinn der Stelle erfordert; da Sklaven und Vieh auch deklariert wurden,[1] so dürfte omne instrumentum diese wohl auch umfaßt haben. Ein Bedenken bleibt freilich zurück. Der ungefähr gleichzeitige Cato erwähnt den erweiterten Begriff nicht, die Juristen des folgenden Jahrhunderts bemühen sich, ihn zu klären und zu umreißen; das wäre auffällig, wenn er als steuertechnischer längst etwas Feststehendes gewesen wäre.[2]

Bevor ich zur wirtschaftlichen Gestalt des instrumentum in der Kaiserzeit übergehe, muß noch eine Bemerkung über Catos Auffassung hinzugefügt werden. In seiner Aufzählung des instrumentum (cap. 10, vgl. mit 1, 5) werden vasa torcularia und dolia ausdrücklich zum instrumentum gerechnet, ohne daß unterschieden würde, ob sie infixa et inaedificata sind. Nach der sich auf Pomp. Dig. 33, 7, 21 stützenden Lehre Bonfantes (a. a. O. 136) soll aber gerade dieser Umstand maßgebend sein, ob Betriebsmittel zum instrumentum zählen oder als pars fundi zu betrachten seien. Endlich möge hier noch festgestellt werden, daß Cato, 1, 5, den Kauf der villa mit instrumentum offenbar als das Normale ansieht,[3] wie denn

[1] Gell. noct. att. 4, 1, 17; Dig. 33, 9, 8 pr. Auch die berühmte l. 7 Dig. 33, 10 mit ihrer Theorie der Auslegung (Stroux, Atti Roma, 1, 1184.) geht von einem Legat an der supellex aus.

[2] Paul. h. t. 18, 9; 22, 1 = sent. 3, 6, 47. Scaev. 20 pr., 1, 3, 7, 9 und 27, 4. Vgl. C. J. 8, 16, 7: instr. aratorium (itp.).

[3] Vgl. Varro, l. 22, 6: instrumentum et supellectilem rusticum omnem oportet habere scriptam in urbe et rure dominum mit Dig. 33, 10, 7, 2: aspici oportere, in quam rationem eo solitus est referre. M. Voigt, XII Tafeln, 350.

[1] Mommsen, Staatsrecht, II[3], 391f. Humbert bei Daremberg-Saglio, I, 2, 1006[60].

[2] Nach Mommsen l. c. 393[1] wären bei Scipio nur Sklaven und Vieh gemeint (ebenso Schwahn, Pauly-Wissowa, Art. Tributum 55), weil beim Zensus nur res mancipi zu deklarieren waren. Es wäre aber doch ein seltsamer Sprachgebrauch, mit omne instrumentum die res mancipi zu bezeichnen und die Sachen, die sonst instrumentum heißen, just nicht.

[3] Ebenso wohl auch Columella, arg. I, 7. Hingegen möchte ich hier nicht heranziehen das schon von Cujacius in diesem Zusammenhang gebrachte Varro-Fragment bei Nonius Marcellus, p. 545 M.: haec adventoribus accedunt: cellae claves claustra carnaria dolia, da die von Blümner, Privatalterthümer[2], 143, bevorzugte Lesart aedium emtoribus (statt adventoribus) von Lindsay mit Recht abgelehnt wird.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

auch nach cap. 146 bei der Verdingung der Ölernte der Unternehmer das instrumentum zum Gebrauch erhält und zur Rückstellung verpflichtet wird. Beim Kauf und bei der locatio conductio war offenbar durch Vertrag und Urkundenklauseln, deren Formular uns für diese Zeit leider nicht bekannt ist, hinlängliche Vorsorge über Schicksal und Umfang des instrumentum getroffen worden. Anders beim Testament; da mußte eine ungenaue oder unvollständige Erklärung des Erblassers nach seinem Tode durch die Kunst der Juristen ausgelegt werden, um den Widerstreit der Interessen zwischen Erben und Legatar durch Fallentscheidung oder begriffliche Klärung von Wesen und Umfang des instrumentum beizulegen.

C. Die eben berührte Frage der locatio conductio des fundus muß noch etwas weiter verfolgt werden. Welchen Einfluß hat denn die Bewirtschaftungsform der Pacht auf das Verhältnis des fundus zu seinem instrumentum ausgeübt? Die Juristen behandeln das Problem als solches nicht, sondern beachten das instrumentum beim Pachtvertrag nur aus dem Gesichtswinkel der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien heraus. Im Titel 33, 7 werden lediglich die reliqua colonorum, eine Dauererscheinung der römischen Pacht,[1] erwähnt und das Legat des fundus cum reliquis colonorum erläutert. In der republikanischen Zeit scheint beim fundus privatus neben der Sklavenwirtschaft die Verpachtung noch keine ausschlaggebende Bedeutung gehabt zu haben. Schilling[2] verweist auf die mangelhafte Entwicklung der Pacht als Rechtsinstitut, die zeige, daß der Pacht eine wirtschaftlich ins Gewicht fallende Rolle nicht zugekommen sein könne. Nur die Kleinpacht einzelner Parzellen ist durch Varro, I, 17, 2 in Verbindung mit I, 2, 17 und II, 3, 7, sowie Columella, I, 7, 4,[3] bezeugt. Da diese Pacht den überwiegen-

[1] His 18; Kübler, Festschrift für Vahlen, 566; Gummerus, 85. Dig. 33, 7, 20 pr., 3; 27 pr., 1; 32, 78, 3; 91 pr.; 101 pr. Vgl. CIL. XI, 1147 (Veleja); VI, 75; Plin., ep. III, 19; IX, 37; X, 8.

[2] Studien aus der röm. Agrargeschichte = Abh. des Herderinstitutes, II, 314.

[3] Dazu Gummerus, 62f.; a. A. Lewald, Personalexekution, 7, und die dort Angeführten.

den Teil des fundus mit der villa und dem instrumentum in der Eigenregie des Gutsherrn beläßt, ergibt sich aus ihr keine wesentliche Änderung für die Lage des instrumentum, auch dann nicht, wenn einzelne Stücke (vgl. Cato, 146) dem redemptor zur Einbringung der Ernte überlassen werden; denn ihre Zugehörigkeit zum Fundusunternehmen wird dadurch nicht aufgehoben. Ebenso natürlich, wenn ein ganzer fundus mit villa und instrumentum verpachtet wird.[1] Wenn aber in der Kaiserzeit, besonders auf den afrikanischen Domänen,[2] regelmäßig nur mehr das Hofland durch den Eigentümer oder Großpächter bewirtschaftet wird, der ganze übrige Gutsbezirk dauernd an coloni verpachtet ist, liegen vom betrieblichen Standpunkt aus gesehen mehrere landwirtschaftliche Unternehmungen vor, von denen jede für sich, Hofland und Pachtgründe, ihr eigenes instrumentum haben. Auch bei den Digestenjuristen verweist das Nebeneinander von mancipia und reliqua colonorum in den oben angeführten Stellen auf das Zusammentreffen von Eigenregie und Pachtbetrieb. Fraglich bleibt also nur der Fall, wenn der Pächter seinen Betrieb teils mit eigenem, teils mit Inventar des Verpächters führt. Wird der Pächter auf Grund einer aestimatio venditionis causa Eigentümer des vom Verpächter herrührenden instrumentum,[3] so geht das instrumentum zweifellos aus dem Betrieb des Verpächters in den des Pächters über. Wenn aber der Pächter so kapitalschwach ist, daß er die kostspieligeren Stücke des instrumentum rusticum, wie die Ölpresse, nach Dig. 19, 2, 19, 2 nur pachten kann, sonst aber mit seinen eigenen invecta inducta et illata, die er überdies noch als Pfand bestellen muß, wirtschaftet,[4] so befindet er sich in einer derart abhängigen Lage, daß der Betrieb des Pächters wohl nur als

[1] Cic., pro Caec., 94. Dig. 19, 2, 25, 3; 30, 4.

[2] Weber, Agrargeschichte, 243f. Schulten, Grundherrschaften, 44ff., 93ff. Kübler, 562. His, 71., Rostowzew, I, 174, 184, II, 881., 136. Depsch, 333f.

[3] Dig. 19, 2, 3; 54, 2; 46, 1, 52, 2. Kübler, Festschrift f. Vahlen, 565f. Costa, Locazione di cose (1915), 28.

[4] Dig. 20, 6, 14 (Labeo); Cod. Just. 4, 65, 5; darauf hat Pernice, Sav. Z. 19, 91, hingewiesen.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Teil des Fundusunternehmens angesehen worden ist und die im Eigentum und Besitz (!) des Verpächters verbliebenen verpachteten Geräte noch immer zum instrumentum des Hofes landes zählten.[1]

D. Die letzte Frage, die hier noch berührt werden soll, ist die nach den Ergebnissen der archäologischen Forschung für das Problem des instrumentum. In Betracht kommen zunächst die Ausgrabungen der kampanischen villae rusticae, weil nur diese zeitlich und räumlich den Schilderungen Varros und Columellas so nahe stehen, daß sie miteinander verglichen werden können.[2] Dieser Vergleich ergibt eine derartige Übereinstimmung, daß Rostowzew (I, 55, 261) annimmt, die Wirtschaft dieser Villen sei geradezu nach den Regeln der Handbücher für methodische Landwirtschaft vor sich gegangen.[3] Trotzdem ist der Ertrag für unser Problem ein verhältnismäßig geringer, weil hier, wie bei den afrikanischen, den gallischen und den Villen der Mosel-Rhein-Gegend, die inschriftliche Überlieferung fast ganz versagt.[4] Nur die Graffiti, CIL, IV, 6886, 6887 und 6888,[5] die ein Inventar von Weingartenpfählen (pali) darstellen, in Verbindung mit der großen Menge von solchen Pfählen, die in einer der pompejanischen Villen gefunden worden ist,[6] zeigen deutlich das Vorhandensein eines ausreichenden instrumentum und dessen wirtschaftliche Zugehörigkeit zur villa. Ebenso beweisen die in der Villa des Fannius Synistor (Rostowzew, I, 213) vorgefundenen landwirtschaftlichen Eisengeräte wie die Wohnräume

[1] Neratius, Dig. 33, 7, 24, scheint sogar das dem Pächter gehörige Gerät zum instrumentum fundi zu rechnen. Für den an die Scholle gebundenen colonus der späteren Zeit, der selbst zum Bestandteil des fundus geworden ist, war dies selbstverständlich. Kübler, Lehrbuch der röm. Rechtsgeschichte, 249f.

[2] Vgl. hierzu den Überblick bei Rostowzew, I, 212, 248f., 260 und bei Day, l. c. 167f.

[3] In gleichem Sinne auch Hörle, 216f., 280.

[4] Schmitz, Bonner Jahrb. 139 (1934), 80.

[5] Rostowzew, I, 260.

[6] Rostowzew, l. c. In Ägypten werden die allerdings viel weniger dauerhaften Rohrpfähle zu Zehntausenden gehandelt. Schnebel, 256, zu P. Soc. It. 393. Vgl. jetzt auch noch P. Columbia Zenon II, 76.

für Sklaven, die Stallanlagen, Wein- und Ölkeller, daß diese Villen ein instrumentum besaßen, welches auf ein umfangreiches, wohlgegliedertes, ja, wie Rostowzew glaubt, fabriksmäßig betriebenes landwirtschaftliches Unternehmen schließen läßt.[1] In der Hauptsache wird in diesen Villen nur mehr Wein und Öl produziert; als landwirtschaftliche Nebenbetriebe (Gummerus, Pauly-Wissowa, IX, 1461) sind nachweisbar Käsereien,[2] Walkereien,[3] Webereien[4] und Töpfereien.[5] Diese Nebenbetriebe werden zu Doppelbetrieben, sobald sie nicht nur mit den Urprodukten des fundus vorwiegend für die Bedürfnisse des Agrarunternehmens arbeiten, sondern ganz auf Verkauf und Export eingestellt sind, wie dies bei den großen Industrieanlagen auf den gallischen und rheinischen Villen der Kaiserzeit der Fall war.[6] Über die rechtliche Stellung des instrumentum dieser Neben- und Doppelbetriebe ergibt freilich die Villenforschung unmittelbar nichts. Wohl aber gewinnen wir aus dem Material für die frühe Kaiserzeit den Gesamteindruck, daß wir es bei den fundi um hochentwickelte Unternehmungen auf landwirtschaftlicher Grundlage zu tun haben. Es erscheint wirtschaftlich kaum erträglich, daß ein solches Unternehmen von seinen Betriebsmitteln entblößt wird, daß durch rechtsgeschäftliche Verfügungen fundus und instrumentum abgesonderte rechtliche Schicksale erleiden, weil dadurch das Unternehmen zerstört und der Wert des fundus schwer geschädigt worden wäre.

[1] Gegen die Hereinziehung modern-kapitalistischer Begriffe Carl, a. a. O. 17f.

[2] Rostowzew, I, 212; II, 252. Day, 174, 50.

[3] Rostowzew, I, 234; 313. Grenier bei Tenney Frank, III, 496f.; cf. Dig. 33, 7, 12, 6; 39, 3, 3 pr.

[4] Gummerus, Gutsbetrieb, 71, zu Varro, I, 2, 21. Rostowzew, I, 145; 313.

[5] Vgl. oben 25; ferner Collingwood bei Tenney Frank, III, 79, und Gummerus, Pauly-Wissowa, IX, 1461. Aus den Rechtsquellen verweise ich auf Dig. 8, 3, 6; 18, 1, 65; 33, 7, 25, 1. CIL, XI, 1147; II, 89; VII, 37.

[6] Rostowzew, Grenier und Gummerus, a. a. O.; Jouk'ers, 64, über industrielle Erzeugung von Ton-, Eisen- und Bronzewaren auf den genannten Villen. Dig. 39, 4, 16, 11 (dazu Rostowzew, I, 314) erwähnt auch Eisenwerke auf einem fundus.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

E. Das sind also die ‚Realien', welche wir den Entscheidungen der Digestenjuristen über das instrumentum zugrunde legen dürfen; daß ihnen nicht nur die geschilderten Tatsachen des Wirtschaftslebens, sondern auch die inneren Zusammenhänge nicht ganz unbekannt waren, läßt sich trotz mancher Responsen, die grundsätzlich einen gegenteiligen Standpunkt einnehmen, sehr wahrscheinlich machen.[1] Finden wir doch im Sabinuskommentar des Ulpian, Dig. 33, 7, 8 pr. und 12, 10, im Anschluß an die Meinung früherer Juristen vorgetragene Erläuterungen über einen Katalog von Gerätschaften aus dem Bereich des instrumentum mutum, der sich mit der Aufzählung bei Cato und Varro weitgehend berührt. Derselbe Jurist gibt uns Dig. 19, 2, 19, 2 sogar eine technisch einwandfreie Beschreibung der römischen Ölpresse. Wenn man nicht glauben will, daß die Juristen aus eigener landwirtschaftlicher Erfahrung schöpften, so bleiben wohl nur die Agrarschriftsteller als Quelle übrig. In Übereinstimmung mit diesen wird auch von der Mehrzahl der Juristen das Saatgut nicht zum instrumentum gerechnet, weil dieses ein apparatus rerum diutius mansurarum sei, unter welchen das Saatgut nicht falle.

Auch andere Aussprüche der Klassiker lassen erkennen, daß ihnen die Einsicht in die wirtschaftlichen Notwendigkeiten nicht ganz gefehlt habe. So wissen sie, daß die Beziehung zwischen instrumentum und fundus durch das colere, die cultura des Bodens hergestellt werde, daß also bei der Betrachtung von der wirtschaftlichen Seite her der Zweck durchaus im Vordergrund steht. Die auf Vitellius und Sabinus zurückreichende Definition der l. 8 Dig. 33, 7 erfaßt das instrumentum als die der Fruchtziehung dienenden Sachen (utilis culturae l. 8 pr.); an anderer Stelle spricht Ulpian

[1] Das beweisen die bisher zitierten Digestenstellen, zeigt aber auch ein konkretes Beispiel, das hier noch hervorgehoben werden soll. Der von den Juristen oft behandelte Fall der dolia defossa (siehe unten S. 93) findet seine Illustration in der von Day, 200, mitgeteilten Tatsache, daß in den ausgegrabenen villae vinariae bis zu 84 in die Erde gegrabene dolia vorgefunden worden sind. Weitere archäologische Belege bei Pauly-Wissowa, Art. Dolia.

wieder vom instrumentum als von Sachen, sine quibus possessio exerceri nequit.[1]

F. Als Ziel des landwirtschaftlichen Betriebes fassen auch die Juristen in Einklang mit der seit Cato ständig vertretenen Lehre der Agrarschriftsteller die Gewinnung einer möglichst großen Rente auf.[2] Die agri cultura soll und muß einen Ertrag abwerfen. Die Digesten überliefern zahlreiche Beispiele von Testamenten,[3] in denen über die Rente eines fundus letztwillig verfügt wird; es paßt daher durchaus zur wirtschaftlichen Denkweise der Römer, wenn in einigen Fragmenten die Zugehörigkeit von Sachen zum instrumentum fundi davon abhängig gemacht wird, daß die Rente des fundus von diesen Betriebsmitteln wesentlich abhängig ist.[4] Ganz besonders charakteristisch für den Zusammenhang der Juristenschriften mit den Tatsachen des Wirtschaftslebens und den Meinungen der Fachschriftsteller ist das Auftauchen der Begriffe dos praedii und entheca in den Digesten bei Papinian 46, 1, 52, 2[5] und

[1] Vgl. auch die l. 27, 5 (in der Antrage): nec sine his fundi coli possunt; 19 pr. mancipia fundi colendi gratia in fundo fuerint; 15, 2: desiderant tam villae quam agri custodiam; 18, 7: si fundi causa habeantur; siehe auch die allerdings auf das instrumentum eines Hauses bezügliche Unterscheidung des Pegasus zwischen res tempestatis vel incendiae arcendae und voluptatis causa paratae und des Cassius Distinktion zwischen tutela und ornamentum l. 12, 16.

[2] Gummerus, Gutsbetrieb, 20 f.; 94. Kornemann, Pauly-Wissowa, Suppl. IV, 101. Carl, l. c. 9. Walther, Neue Jahrb. f. antike und deutsche Bildung 1940, 208. Vgl. auch Plinius, ep. III, 19: agri sunt fertiles, pingues, aquosi, constant campis, vineis, silvis quae materiam et ex ea reditum sicut modicum ita statuum praestant, und Feldmesser, 49, 11: saltus reditus causa accipere. Brugi, Dottrine, 322.

[3] Belege im VIR unter reditus.

[4] Paul. III, 6, 41; Dig. 33, 7, 9. Ulp. 33, 7, 10. Jav. 33, 7, 11; cf. Ulp. 7, 1, 13, 4 und 5; 50, 16, 198. Die Stellen sind durchaus nicht alle hell; vgl. Beseler, II, 87; IV, 197; V, 55; Sav. Z. 53, 34 f. Albertario, Introduzione, 95, 33. Guarneri-Citati, BIDR, 43, 81, M. E. kann es sich aber nur um Glossene handeln, welche einen an sich echt römischen Gedanken als Begründung verwenden.

[5] Fidejussores a colonis datos etiam ob pecuniam dotis praediorum teneri convenit. Dazu Kübler, Festschrift Vahlen, 366.

3*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

33, 7, 2, 1,[1] bei Scaevola 33, 7, 20, 1 und 3,[2] Ulpian 32, 68, 3[3] und Modestin 31, 34, 1.[4] Dos praedii findet sich nämlich in ähnlicher Bedeutung wie bei Papinian und Scaevola — von späteren Kaisergesetzen abgesehen — nur bei Columella.[5] Bei diesem Schriftsteller wird dos freilich nur in einem recht engen und bildlichen Sinne[6] gebraucht. Bei den Weinbergen gelten ihm die Rebpfähle (pedamenta), Querlatten (juga) und das Flechtwerk (vimina), das instrumentum (3, 3, 5) des Weinberges, als quasi dotes (4, 30, 1) der Grundstücke mit der gleichen Begründung, wie sie Ulp. 47, 3, 1, 1 gibt, weil sie vineis necessariae sind.[7] Papinian und Scaevola hingegen verstehen unter dos praedii viel umfassender das ganze instrumentum rusticum, das zusammen mit den mancipia und dem pecus ein wesentliches Element des fundus instructus bildet.[8] Dies scheint sich auch aus Pap. 46, 1, 52, 2 zu ergeben, wo dos offenbar das dem Pächter mitverpachtete Inventar darstellt, besonders aber aus der Gleichstellung von dos praedii

[1] Dotes praediorum, (quae graeco vocabulo *ἐνθήκας* appellantur), cum non instructa legantur, non praestantur. Der eingeklammerte Satzteil dürfte Glossem sein. Vgl. Albertario, Introduzione, 58.

[2] § 1: Seio liberto meo fundus illum et illum do lego ita ut instructi sunt cum dotibus et reliquis colonorum et saltuariis. § 3: Praedia ut instructa sunt cum dotibus et reliquis colonorum et villicorum et mancipiis et pecore omni legavit et peculiis et cum actore. Dazu Seeck, Untergang, I, 565.

[3] Praedia cum his enthecis, quae in ea possessione sunt, relictis mancipia quoque praediorum, cum illic testamenti facti tempore fuerunt, cedent. Dazu Heitland, Agricola, 368.

[4] *Βούλομαι οὖτόν σου ἐκτὸς ἰσαίτου χωρὶς ἐλέου εἶναι τῶν ἐνθήκας αὐτοῦ πάσας* und *αὐγερεῶν ἐγκτησάμενον Καμάνην σὺν οἷς ἔχει ἐνθήκαις πάσαις*.

[5] 3, 3, 5: dotem, id est instrumentum vineis praeparant. 3, 3, 8: vinea que cum sua dote, id est cum pedamentis et viminibus. 4, 30, 1: pedamentum, jugorumque et viminum prospiciendorum tradenda ratio est. Haec enim quasi quaedam dotes vineis ante praeparantur.

[6] A. A. Riccobono, Studi Brugi, 187 f.

[7] Hingegen ist bei Pomp. 19, 2, 3 das tertium comparationis zwischen instrumentum und dos die Übergabe unter einer aestimatio.

[8] Nicht aber, wie Arangio-Ruiz, Dig. epigr., unter instrumentum, meint, die silva palaris, das salictum und ähnliche partes fundi. Vgl. auch Riccobono l. c. 188 f.

mit enthecа in Dig. 33, 7, 2, 1. Mag auch das griechische Wort hier Glossem sein, so zeigt doch Ulp. 32, 68, 3, daß enthecа auch der römischen Praxis als wirtschaftlicher Begriff geläufig war. Allerdings könnte gestritten werden, ob enthecа nur das instrumentum im engeren Sinne bedeute oder auch Sklaven und Vieh in sich schloß. Dieser Unsicherheit sollte wohl durch die Urkundenklausel: *σὺν ταῖς ἐνθήκαις πάσαις* vorgebeugt werden.[1]

In den späteren Quellen kommt von den vielen Bedeutungen, die *ἐνθήκη* haben kann,[2] die hier behandelte, soweit ich sehe,[3] nur im Cod. Theod.,[4] in CIL, III, 13. 569, 38 (wahrscheinlich ein Erlaß Konstantins des Großen) und in der Nov. Just. 128, 8 (545) vor. In den kaiserlichen Konstitutionen des 4. Jahrh. werden unter enthecа die mit einer possessio verbundenen Betriebsmittel verstanden, und zwar allem Anscheine nach das instrumentum im weiteren Sinne, denn die Inschrift spricht von mancipia, pecore vel quid aliut ex enthecis, also das, was in der bereits angeführten Konstitution von 313, C. Th. 10, 8, 1, als quae ad instrumentum possessionis pertinent erläutert wird.[5] Unklar wie immer ist Justinian mit seinem Wortschwall: *μετὰ πάντων τῶν ἐν αὐτῇ εἰρισκομένων γεωργῶν καὶ παιουλίων αὐτῶν καὶ ἐνθήκων καὶ καρπῶν καὶ ζώων καὶ παντὸς ἄλλου* instructus *καὶ* instrumentou *τοῦ ἐκεῖσε εἰρισκομένου*.

Juristisch ergibt sich aus allen diesen Stellen, daß über fundus und instrumentum, bzw. enthecа einheitlich verfügt wurde und daß es auch vom Standpunkt des Gesetzgebers

[1] Dig. 31, 34, 1. Vgl. hierzu aus der Schenkungsurkunde des Fl. Syrophilus (Bruns, 139, 2.—3. Jahrh.) l. 15: cum instrumento omni, quod die mortis ibi habuero.

[2] Darüber Gothofred im Kommentar zu C. Th. 15, 1, 12.

[3] In den Papyri kommt sie anscheinend nicht vor.

[4] 5, 13, 4 (368); dazu His, 13, 3; Seeck, Regesten 232. 5, 13, 18 (368), His, 87, 5. Das merkwürdige Zitat bei Andreoli, Pertinenze, 39: CIL, XI, 662 ist keine lateinische Inschrift, sondern C. J. 11, 66, 2 = C. Th. 5, 13, 4!

[5] Nicht hierher dürfte C. Th. 14, 3, 7 (364) gehören; die Verordnung unterscheidet beim Betrieb einer liturgischen pistrina zwischen fundus detalis (?) und omnis enthecа pistrinorum, meint also wohl den Betriebsfonds der Bäckerei.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

selbstverständlich erschien, Unternehmen und Betriebsmittel nicht voneinander zu trennen. Noch deutlicher läßt sich dieser Grundsatz aus den lateinischen Geschäftsurkunden des 5. und 6. Jahrh. erkennen. Während die oben S. 15 herangezogenen Formelsammlungen des frühen Mittelalters, von den mancipia abgesehen, fast nie Mobilien[1] erwähnen, die als instrumentum gelten, finden wir in den ravennatischen Texten folgende ständige Klausel: cum omni jure, instructo instrumentoque suo et omnibus generaliter ad eam (sc. massam) pertinentibus.[2] Es ist also auch hier anerkannte Regel, über fundus und instructum instrumentumque durch einheitliches Geschäft zu verfügen; sollen einige Stücke des instrumentum von der Verfügung ausgenommen werden, so erscheint in der Formel eine exceptio und es wird also z. B. ein fundus geschenkt exceptis mancipiis.[3] Auch diese Klausel ist durchaus nicht neu. Wir besitzen eine große Reihe von Digestenstellen, aus denen wir schließen dürfen, daß schon in den Kaufformularen der klassischen Zeit solche exceptiones vorkamen[4] und daß sie bezeichnenderweise nicht nur Teile des instrumentum betrafen,[5] sondern auch Dinge, die nach der Meinung der Juristen als pars fundi zu gelten hätten.[6]

[1] Ausnahme nur form. Andec. 13 und 40.

[2] So Greg. I, an Felix 604 (Mon. Germ. Epist., II, 434); Spangenberg, 28 (471); 52 a (538—544); 51 (553); 54 (572); 47 (Original verloren). Nur ergänzt ist die Klausel in Nr. 50 (540); etwas abweichend ist die Formulierung in Nr. 49 (aus unbekannter Zeit), wo utensilia, movilia, ferramenta (oder incrementa) zusammen das instrumentum bezeichnen sollen. Der Formelbestandteil ‚cum omni jure' wird unten S. 53 f. erörtert werden.

[3] Spangenberg, 17, 26, 33, 39. Ganz eigenartig ist diese Klausel in der verworrenen subscriptio eines Zeugen bei Nr. 36 (5. Jahrh.; der Vertragskörper ist nicht erhalten): excepto mancipiis et mobilibus rebus seseque mobentibus, wo also, wenn die Überlieferung richtig ist, das gesamte instrumentum von der Schenkung ausgenommen gewesen wäre. Nach C. Th. 13, 10, 3 (vgl. schon Dig. 30, 112) war unrullssig eine exceptio von Unfreien, die als coloni glebae adscripti galten.

[4] Vgl. die Beispiele im VIR, II, 670.

[5] Dig. 33, 7, 25, 2: cum instrumentum omne legatum esset excepto pecore; cf. 19, 1, 17, 6: si ruta et caesa exciplantur in venditione.

[6] Dig. 18, 1, 74 pr.: dolia in horreis defossa in venditione nominatim excepta; 30, 72: fundum Coruclianum exceptis vineis; 30, 91, 3: qui

G. Das Gesamtformular der ravennatischen Kauf- und Schenkungsurkunden zeigt also — und das ist für unsere Untersuchung das Wertvollste —, daß in **einem** Vertrage und durch **eine** Sammelverfügung über alle Elemente des landwirtschaftlichen Unternehmens, über fundus, Gebäude, Vorwerke, Außengründe, Kolonen, unfreie Arbeiter, Vieh und instrumentum rusticum, gleichzeitig disponiert wurde und, wie wir wohl weiter annehmen dürfen, daß die körperliche Tradition, soweit eine solche überhaupt erfolgte,[1] uno actu für fundus und seine Elemente vor sich gegangen ist.[2]

Die Formel instructum instrumentumque ist aber noch aus einem anderen Grunde für unser Thema interessant. Solazzi hat nämlich in seiner Miszelle: L'interpolazione della rubrica[3] in der Rubrik zu Dig. 33, 7 de (instructo vel) instrumento, die eingeklammerten Worte als itp. bezeichnet, 1. weil es sprachlich richtig heißen müßte: instructu (von instructus), und 2. weil es nach Ausweis der Quellen nur ein Legat an einem f. instructus oder an einem f. cum instrumentum gegeben habe, nicht aber ein Legat an einem f. cum instructo. Die vorhin genannten Quellen lassen aber den Sachverhalt etwas anders erscheinen. Gewiß hat Solazzi recht, daß die klassische Rubrik des Sabinussystems nur de instramento legato gelautet hat.[4] Aber der Index Florentinus überliefert als Titel der in den Digesten de instrumenti significatione genannten Monographie des Paulus[5] ‚de instructo et instru-

fundum excepto aedificio legat; cf. 18, 1, 77: in lege fundi vendundi lapidicinae exceptae erant.

[1] Siehe unten S. 60.

[2] Spangenberg, p. 181 (489) = Schiaparelli, Documenti latini, p. 124: et cum hodie ambulassent et pervenissent ad singula praedia adque introissent ..... et inquilinos sive servos, et circuissent omnes fines, terminos, agros, arvos, cultos vel incultos ... et traditis corporalis celebrata fuisset. Vgl. Spangenberg, p. 258: (ideo cum arteribus) engtoris perreximus ad duas uncias fundi Domitiani cum omni jure suo, ibique nullo contradicente ... sollemnis introductio est celebrata.

[3] Studia et Documenta 1936, S. 328.

[4] Lenel, Sabinussystem, 46; a. A. Schulz, Sabinus-Fragmente, 40.

[5] Dig. 33, 10, 4; 32, 99; die Autorschaft des Paulus bezweifelt Guarino, Sav. Z., 62, 216 f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

mento',[1] und diese Wendung ist, wie wir gesehen haben, schon seit Konstantin (C. Th. 10, 8, 1) bekannt und gebräuchlich gewesen. Übrigens scheint instructum als Substantiv bereits in klassischen Schriften vorzukommen.[2] Unter diesen Umständen brauchen wir meines Erachtens nicht anzunehmen, daß Tribonian die Rubrik zu 33, 7 durch Interpolation geschaffen habe; er dürfte sie schon in den nachklassischen Handschriften des Paulus und vielleicht auch bei Ulpian vorgefunden haben.

IV. Die griechischen Papyri.

A. Gegenüber dem beinahe kärglichen Quellenstand der vorbyzantinischen Urkunden erscheint die Masse der Papyri, die mit landwirtschaftlichen Betrieben in einem Zusammenhang stehen und Zweckbauten sowie Gerät in Beziehung mit bebautem Grund nennen, erdrückend groß, so groß, daß es der sonst so fleißigen Dissertation von Durst nicht restlos gelungen ist, auch nur das Material vollständig zu erfassen und entsprechend zu ordnen.[3] Eine nähere Überlegung wird aber zeigen, daß für unsere Untersuchung der erwähnte Bestand an Papyri nicht in seiner Gänze verwertet werden kann. Zunächst ist eine zeitliche Einschränkung notwendig. Urkunden der Ptolemäerzeit und aus den Anfängen der Römerherrschaft, die sich weder mit römischer Wirtschaftsweise noch mit römischem Rechtsdenken berühren, scheiden hier aus, da sie für die Behandlung des Fundusproblems nichts hergeben: weder unmittelbar, weil jede gegenseitige Einflußnahme fehlt, noch auch mittelbar, weil die Wirtschaftsformen des vorrömischen Ägypten und Italiens doch so weit verschieden waren, daß sich auch eine Vergleichung kaum als nutzbringend erweisen dürfte. Partsch hat zwar in seiner Besprechung von Rostowzews grundlegendem Werk: A large estate in Egypt in the 3rd Cent.[1] gemeint, daß die ‚Lebensverhältnisse' auf dem Lehensgut des ptolemäischen Dioiketen Apollonios in Philadelphia von der ‚römischen Gutswirtschaft der großen Zeit zwischen dem 1. Jahrh. vor und dem 3. Jahrh. nach Chr. nicht wesentlich verschieden' gewesen seien. Das kann aber wohl nur mit Einschränkungen anerkannt werden. Gewiß finden wir in der sozialen Stellung des Gutsherrn, in der landwirtschaftlichen Technik und in der Bewirtschaftung durch Pächter[2] Übereinstimmungen mit vielem, was wir über die römischen Latifundien wissen; aber die Rechtslage ist denn doch wegen des Fehlens eines freien Privateigentums, wegen der Wirtschaftsüberwachung und der Belieferung durch den Staat, endlich auch wegen des Fehlens des Villensystems und der in der gutsherrlichen Villa verkörperten Einheit des Betriebes eine ganz verschiedene. Zudem mangelt es gerade an Urkunden, die für den Vergleich mit den Rechtsproblemen des fundus etwas Entscheidendes aussagen würden.[3]

B. Dieselben Erwägungen müssen aber mehr oder weniger auch für die sogenannte römische Periode gelten, weil die trotz aller Auflockerung durch die römische Politik noch immer gebundene Bodenwirtschaft Ägyptens weder für das Villensystem der Kaiserzeit noch für die individualwirtschaftlich orientierte klassische Jurisprudenz[4] vorbildlich oder sonstwie von Einfluß gewesen sein kann. Das bezeugt die Tatsache, daß gerade in den Digestenstellen, in denen griechische Tatbestände mit wirtschaftlichem Einschlag in Erscheinung treten, sicher andere Bodenwirtschaftsformen als die Ägyp-

[1] Ind. Flor., XXV, 58.

[2] Pomp. 33, 7, 15, 2. Scaev. 33, 7, 20 pr.; 27, 4. Ulp. 33, 7, 12, 27. Die Annahme des VIR, daß hier zu instructum immer fundum zu ergänzen sei, scheint mir etwas gewaltsam zu sein.

[3] Die Arbeit muß mit Vorsicht benützt werden, da zahlreiche Druckfehler und Falschzitate unterlaufen sind.

[1] Sav. Z. 43, 567.

[2] Ein lebhaftes Bild der Landwirtschaft des Apollonios zeichnet Viereck, Philadelphia = Morgenland, Heft 16 (1928).

[3] Rostowzew, Large estate, 80, 84, 96 f. Dies gilt nicht nur für das Lehensland, sondern auch für *ἰδιόκτητα*, zu denen sich freies Eigentum entwickelt (Rostowzew, Kolonat, 14 f.) und die daher viel eher mit einem römischen Landgut in Parallele gesetzt werden könnten. Durst, 8, 11, 18; mehr als Vermutungen über die Zusammengehörigkeit von *ἐρῆμα* und Inventar sind daher nicht möglich. Vgl. Durst zur Bedeutung von *συγκέφαια*.

[4] Schönbauer, Bergrecht, 127, vgl. mit 123 f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

tischen vorausgesetzt sind. So ist der oben behandelte Begriff *ἐνθήκη* — entheca — den Papyri anscheinend fremd geblieben und die Rechtsfälle, die in den Dig. 31, 34, 1; 32, 101 pr.; 34, 1, 4 in griechischer Sprache vorgetragen werden, haben weder geographisch etwas mit Ägypten zu tun noch verwenden sie für fundus und die damit zusammenhängenden Begriffe die Terminologie der vorbyzantinischen Papyri. *Χωρίον*, die offizielle Übersetzung von fundus,[1] kommt in den Papyri vorwiegend in der Bedeutung Grundstück, im besonderen *ἀμπελικὸν χωρίον* = Weingarten vor, nicht aber im Sinne eines landwirtschaftlichen Unternehmens, wie es der fundus, auch der provinziale, war.[2] Wohl aber könnten die in römischer Zeit in Ägypten auftauchenden privaten *οὐσίαι* umgekehrt durch römische Bodenwirtschaft beeinflußt worden sein, da sich schon durch die Person ihrer Eigentümer eine Beziehung zur Verwaltung des kaiserlichen patrimonium und der grundherrlichen saltus[3] ergeben könnte.[4] Trotzdem läßt sich auch aus dem Material über die *οὐσίαι* der römischen Epoche nichts Maßgebliches für den römischen fundus folgern, denn:

1. ist für die *οὐσίαι* die einheitliche Betriebsweise nicht sicherzustellen. Sie waren ja kein geschlossener Gutsbezirk, sondern, wie ihr Name sagt, nur ein durch die Person des Eigentümers zusammengehaltener Vermögenskomplex aus verschiedenartigen Teilstücken,[5] der auch Staatsland in sich

[1] Schulten, Art. Fundus im Dic. epigr., 343.

[2] Selbst in der Bittschrift an Sept. Severus und Caracalla, P. Oxy. 705, 65 f. = Chrest. I, 407, kann *χωρίον* nicht diesen Sinn haben, weil es kaum denkbar wäre, daß ein römischer Bürger sagen könnte, er und seine Söhne (!) besäßen im Gau von Oxyrhynchus mehrere fundi, und er wolle zu Stiftungszwecken einen weiteren verkaufen. Unter *χωρίον* wird wohl auch hier nur ein Grundstück, aber nicht eine einheitlich und dauernd organisierte Gutswirtschaft verstanden sein. Ἐξωκτησις ex massa, possessio, kommt nach Preisigke in den Papyri überhaupt nicht vor.

[3] Dazu His, 1—17. Schulten, Grundherrschaft, 1 f.; 17 f.

[4] Wilcken, Grundzüge, I, 298 f., 302 f. Rostowzew, Kolonat, 119 ff.; Gesellschaft und Wirtschaft, II, 293.

[5] Rostowzew, Kolonat, 127.

schloß; ferner scheint, wie Durst, 31 f., richtig beobachtet hat, unter augenscheinlicher Nachwirkung der ptolemäischen Bodenverfassung auch in römischer Zeit Haus- und Landbesitz noch nicht als Wirtschaftseinheit empfunden worden zu sein. Endlich fehlt auch bei den *οὐσίαι* die zentrale Villenanlage.[1]

2. Über die rechtliche Stellung des Gutsbestandes oder des Inventars solcher *οὐσίαι* erfahren wir so gut wie nichts. Wenn ich recht sehe, ist es eine einzige Urkunde,[2] eine Steuerliste, die bei der Aufzählung der steuerpflichtigen Weingärten von *οὐσίαι* zweimal das Kelterhaus und dessen (!) *χαρακτήρια* nennt.

C. Das für die *οὐσίαι* Gesagte kann, trotz der geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse, auch für die ägyptischen Grundherrschaften der byzantinischen Zeit, deren Muster der Gutsbesitz der Apionen darstellt, gelten.[3] Hier finden wir, ebenso wie bei den afrikanischen saltus, den in mehrere Gaue zerstreuten Besitz zerfallen in einzelne *κτήματα*, die jetzt aber nicht mehr das im freien Eigentum stehende Haus mit Garten, Wein- und Ölland bezeichnen, sondern, wie die afrikanischen vici und castella, eine von Kolonen bearbeitete Siedlung.[4] Der Gutsherr stellt diesen unfreien Pächtern die Bewässerungsanlagen bei,[5] auch Ölpressen und Mühlen,[6] aber der eigentliche landwirtschaftliche Betrieb liegt in der Hand der Kolonen. Von einem einheitlichen Agrarunternehmen des Gutsherrn, der doch der Hauptsache nach nur ein feudaler Rentenempfänger war, kann nicht gut geredet werden. Aussagen über rechtliche Beziehungen zwischen

[1] Rostowzew's Annahme (Gesellschaft und Wirtschaft, II, 297; vgl. auch noch P. Oslo III, S. 184), daß die *ἐνθήκαι* solche zentrale Gutshöfe waren, läßt sich wohl nicht streng beweisen.

[2] P. Lond. 198, Neudruck: P. Ryl. II, S. 255; dazu Rostowzew, Gesellschaft und Wirtschaft, II, 297.

[3] Dazu Hardy, The large estates of byzantine Egypt (1931).

[4] Gelzer, Studien zur byz. Verwaltung Ägyptens, 86; Hardy, 89, 133. Das vom Gutsherrn in Eigenregie bewirtschaftete Land ist in den Apionentexten zwar nachweisbar (Hardy, 117), aber nicht näher bekannt; auch über die gutsherrliche Villa wissen wir nichts Genaues.

[5] Hardy, 125, 127 f.

[6] Hardy, 130 f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Grundherrschaft und instrumentum fehlen daher; wohl aber wird die Bindung des Kolonen *μετὰ τῶν αὐτοῦ φιλτάτων καὶ γαμετῆς καὶ κτήνεσι καὶ πάσης τῆς αὐτοῦ ἀποσκευῆς* an das *κτῆμα* ausdrücklich vorausgesetzt. P. Oxy. 135; P. Soc. It. 52 (beide 6. Jahrh.). Diese Erscheinung ist aber für die ägyptische Wirtschaft wesentlich und charakteristisch für den Unterschied zum römischen Fundusunternehmen. Nicht beim Gesamtbetrieb einer Gutswirtschaft, sondern bei der Bebauung von Parzellen,[1] ganz besonders aber beim Wein- und Ölbau, wo die technischen Voraussetzungen ähnlich wie in den anderen Teilen des Reiches lagen, zeigt sich in den Urkunden deutlich eine enge Zusammengehörigkeit zwischen Boden und seinen Betriebsmitteln. Es sind daher nur die auf *κτήματα* (im ursprünglichen Sinn) bezüglichen Urkunden,[2] die uns ein

[1] Aber auch in den auf Einzelgrundstücke bezüglichen Urkunden fehlt es an Stellen, in denen ganz deutlich ein Hof als wirtschaftliche Zentrale, von der aus andere Bauten und Betriebsmittel abhängen, bezeichnet würde. Die Belege, die Durst, 35, 23, anführt, sind nicht durchschlagend. Auffallend ist es, daß auch bei der Verpachtung eines *κτῆμα* von der Überlassung einer Hofstelle fast nie gesprochen wird. Vgl. die möglicherweise als Ausnahme hievon zu deutenden PP. Hamb. 23 und Oxy. 1959. Die Quellen über das ländliche Haus bei Luckhard, Privathaus (1914), 78 ff., besprochen. Durst, 37, glaubt allerdings in dem seit dem 4. Jahrh. nachweisbaren Ausdruck *γεώργιον* einen Sammelbegriff gefunden zu haben, der nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich gedacht war und alles, was mit der landwirtschaftlichen Bestellung und Verwertung der Produkte zusammenhängt, erfaßte. Ein Beweis wird hierfür nicht erbracht. Aus den Belegstellen läßt sich nichts Sicheres erschließen. Daß *γεώργια* bisweilen einen eigenen Namen tragen (P. Lond. III, 1012 vgl. mit P. Ross. Georg. III, 40; Lond. V, p. 86; Cairo III, p. 206), könnte ja an sich wie beim römischen fundus auf eine Wirtschaftseinheit hinweisen. Bedenken erweckt aber der Umstand, daß in den Pachtverträgen über *γεώργια*, deren Umfang übrigens bescheiden gewesen zu sein scheint, nur die Bewässerungsanlagen (in P. Lond 1012 und P. Ross. Georg. III, 40 sogar nur die Hälfte) mitverpachtet werden, nie aber die Hofstelle erwähnt wird. Eine rechtliche Einheit kann aus diesen dürftigen Angaben unmöglich erschlossen werden. M. E. dürfte *γεώργιον* nur einer der byzantinischen Ausdrücke für landwirtschaftliche Grundstücke gewesen sein.

[2] Gesammelt bei Durst, 42 f.; die später publizierten ergeben nichts wesentlich Neues.

ziemlich klares Bild von dem geben, was als wirtschaftliches Zubehör eines Weinberges, eines *παμπράσιον* oder *παραδείσος* aufgefaßt wurde. Wir finden da *ἐποδοχεῖα*, Wachthütten (*μοναί*), Kelteranlagen, Ölpressen, Trockenplätze, die für den Weinbau notwendig waren (*ἡλιοστάσια*, dazu Schnebel, Landwirtschaft, 288 f.), die schon erwähnten Rohrpflanzungen (s. o. S. 32, 6), Taubenhäuser (*περιστερεῶνες*),[1] Ställe, verschiedene Vorratsräume und vor allem die wichtigen Bewässerungsanlagen. Ebenso ist die Aufzählung der auf dem Grunde stehenden Fruchtbäume üblich.[2]

D. Ziehen wir einen Vergleich mit dem aus den römischen Quellen Erschlossenen, so zeigt es sich, daß in den Papyri bei den Aufzählungen des Gutsbestandes unter dem namentlich Angeführten die unbeweglichen partes durchaus überwiegen,[3] ja daß nach der Verkehrsanschauung auch die Bewässerungsmaschinen, die Kelteranlagen und Pressen als gleichwertig mit diesen Bestandteilen angesehen wurden.[4] In den Kauf-, Pacht- und Teilungsverträgen über landwirtschaftlich genutzten Grund werden außer den genannten Maschinen niemals weiteres Gerät namentlich angeführt, unfreie Arbeiter nicht erwähnt.[5] Auch Vieh wird in den Kauf- und Teilungsverträgen (P. Flor. 50) nicht in Zusammenhang mit der Verfügung über Grund und Boden genannt, nur einige Pacht-[6]

[1] Sie waren zur Düngergewinnung notwendig. Schnebel, 85 f.

[2] Sie begegnet schon in den demotischen Urkunden (vgl. P. Hauswaldt passim), in griechischen Inschriften (Maroi, 353 f.), in dem aus dem Arsakidenreiche stammenden P. Minns 1, im P. Dura 101, in lateinischen Urkunden aus dem Vandalenreiche (Tijdschrift XIV, 389, 401), in den ravennatischen (Spangenberg, 34, 38, 43, 49, 52, 56) und byzantinischen Urkunden (Ferrari, Documenti, S. 32, 50, 97 f.). Maroi, SDHJ. I, 352 f.

[3] Über das Fehlen einer Hofstelle siehe S. 44, Anm. 1.

[4] Siehe die Ausführungen Schnebels, 285, über die unter den Immobilien erscheinenden festsitzenden Gerätsaser.

[5] Eine unsichere Gegeninstanz wäre P. Lond. 216, 11 p., 186 (94), Miete eines *ἐργαστήριον*, wo unter der Aufzählung unbeweglicher Bestandteile *ποιμένα* (= *Ποιμένι*?) vorkommen.

[6] Wassynski, 77 f. Durst, 37 f. P. Giss., S. 98. v. Bolla, Tiermiete und Viehpacht, 9.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

und Teilpachtverträge[1] enthalten die Beistellung des Arbeitsviehs durch den Verpächter. Beweist dies etwas für die Pertinenzqualität des Viehs? S. v. Bolla, 11, ist geneigt, in Hinblick auf die klassische Lehre vom instrumentum fundi die Frage im Sinne einer Pertinenz durch Parteiwillen zu bejahen; Waszynski, 76 f., faßt sogar alle Lieferungen des Verpächters, auch die von Saatgut, als ‚Pertinenzien' auf. Daß von einer dinglichen Pertinenzeigenschaft nicht die Rede sein kann, ist selbstverständlich; dagegen spricht schon das zahlenmäßige Verhältnis zwischen den wenigen Urkunden, in denen Vieh beigestellt wird, und der übergroßen Menge von Verträgen, in denen dies nicht der Fall ist. Ich habe aber auch gegen die abgeschwächte Formulierung v. Bollas Bedenken und möchte ebenso wie beim Vorschuß des Saatgetreides nur an ein rein schuldrechtliches Verhältnis denken, selbst dann, wenn die Überlassung der Tiere unentgeltlich erfolgt. Der Wortlaut[2] der Pachtverträge läßt erkennen, daß nicht eine dingliche Verbindung wie bei den Bewässerungs- und Kelteranlagen konstatiert, sondern die Gestellungspflicht durch besondere Zusage übernommen wird. Aber es wäre doch immerhin möglich, daß das Vieh, ebenso wie das niemals ausdrücklich erwähnte Ackergerät, in jenen Generalklauseln mit inbegriffen wäre, mit denen die Zugehörigkeit zwischen Betriebsmitteln und Boden bezeichnet wird und deren rechtliche Bedeutung daher eingehend geprüft werden muß. Ich meine die von Durst in diesem Zusammenhange herangezogenen Ausdrücke: *τὰ συγκείμενα*, *τὰ ἐνήκοντα*, *τὰ χρησιμεύοντα* und *τὰ δίκαια*.

E. Von diesen fällt freilich *συγκείμενα* oder *συγκυροῦντα* (wörtlich: das Anschließende) für unsere Zwecke aus, da es sich um einen typisch hellenistischen Terminus handelt. Er begegnet nämlich nicht nur in ägyptischen Urkunden,[3] sondern auch im Marmarica-P. Vat. 2, VI, 33, im P. Minns 1 = Jur. Pap. 36 (88 v. Chr.), im P. Dura 23 (186 n. Chr.) und wird

[1] Waszynski, 156. Kohler, Teilpacht, 45. v. Bolla, 94.

[2] P. Thead. 6 und Oxy. 729: *παραλήψεται*; P. Gen. 34: *δώσει*; cf. BGU, 308, 588.

[3] Darüber Durst, 12, 18 f.; 28 f.

besonders bei *ἀμπελικὰ κτήματα* als zusammenfassender Ausdruck für den unbeweglichen Gutsbestand verwendet.[1] *Συγκείμενα* wird zwar in die römische Zeit übernommen, verliert jedoch an Bedeutung, indem es mit *ἐνήκοντα* oder *χρησιμεύοντα* gekoppelt[2] und schließlich im 4. Jahrh. verdrängt wird.[3] Hingegen soll nach Durst, 33, 18 und 60, 167, *τὰ ἐνήκοντα* ‚römisiert' sein und dem ‚römischen Zubehörbegriff pertinentia' entsprechen. Nach den vorhandenen Belegen wäre eine solche römische Beeinflussung sprachlich und sachlich nicht geradezu unmöglich und *ἐνήκοντα* würde dann auch den rechtlichen Gedanken der Zugehörigkeit sehr stark betonen, da das Wort ja auch die Beziehung des Eigentümers zu seiner Sache auszudrücken vermag.[4] Trotzdem muß ich die Ansicht Durst's ablehnen. Einmal weil pertinentia in unserer Bedeutung nur sehr spät in den Urkunden begegnet (s. o. S. 15[4] u. 38) und den früheren Quellen fremd ist, während *ἐνήκοντα* schon seit Beginn der römischen Zeit in den Papyri nachweisbar ist,[5] daher keine Lehnübersetzung sein kann. Dann aber auch, weil *ἐνήκοντα*

[1] Bezeichnend für die Langlebigkeit solcher Klauseln ist der Umstand, daß die gleichfalls im P. Minns vorkommende Wendung *σὺν ἐλεύθῳ καὶ ἐξόδῳ* nicht nur zahllose Male in den ägyptischen Papyri anzutreffen ist (Taubenschlag, Arch. VIII, 301.), sondern auch in den Ravenna-Papyri (Nr. 30, 37), ja sogar noch in sizilischen Urkunden aus dem 11. und 12. Jh. Ferrari zitiert S. 51, 9 z. B. aus einem lateinischen Text des Jahres 1177: domum cum omnibus introitibus et exitibus et pertinentiis. Vgl. auch Trinchera, Syllabus 27 (1033) und 31 (1039). Dem römischen Urkundenstil entspricht diese Form nicht; die siebenbürgische Kaufurkunde Bruns Nr. 133 (139 p. Chr.) hat domum cum aditibus.

[2] Z. B. P. Ryl. II, 99 (3. Jahrh.); Vat. 2 (2. Jahrh.); CPR 9 (271), 214 (2. Jahrh.); Oxy. 482 (169). Chrest. II, 241 (283/4); Oxy. 907 (276); P. Soc. II. 093 (392).

[3] In der zeitlich isoliert dastehenden (vgl. CPR 4 u. d. J. 32[3]) Klausel der Speosepapyri des 6. Jahrh. P. Mon. 9, 99; 11, 63; P. Lond. V, 1924: *μέρος ἀπὸ πάντων τῶν συγκυροόντων χρησιμείων* hat *συγκυροῦντα* die alte technische Bedeutung wohl nicht mehr.

[4] Vgl. z. B. *τὸ ἐνήκον μοι μέρος οἰκίας* Sammelbuch 5295, 24 mit Stud. Pal. I, S. 7, 16: (*μέρος*) *οἰκίας καὶ χρησιμείων καὶ ἀναβάσεων . . . μετὰ πάντος τοῦ ἀνηκόντος κύτῃ δικαίου κτλ.* Ebenso Sammelbuch 5175, 12 u. a.

[5] P. Lond. III, 1168, 4 (p. 135), 18 n. Chr.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

selbst in den Papyri einen örtlich und sachlich sehr beschränkten Anwendungsbereich hat: örtlich, denn die weitaus überwiegende Zahl der Belege stammt aus Hermopolis und dem benachbarten Antinoupolis, nur wenige aus Oxyrhynchos — und sachlich, denn nahezu alle beziehen sich auf Hauszubehör oder doch auf Weingärten, nur ganz ausnahmsweise auf Ackerland.[1] Man hat den Eindruck, als ob der Notariatstil von Hermopolis, um ja alle denkbaren Teile und Zubehörstücke eines Hauses zu erfassen, die Klausel: *μέρος οἰκίας καὶ αὐλῆς καὶ συγκυρόντων καὶ χρηστηρίων καὶ ἀνηκόντων* erfunden hätte. Jedenfalls kann bei dieser Sachlage *ἀνήκοντα* nicht die generelle Bezeichnung für Ackergerät oder Arbeitsvieh gewesen sein. Es liegt aber auch kein Grund vor, der hier auf einen Einfluß römischen Urkundenstils schließen ließe.

F. Auch von *χρηστήρια* muß gleich vorweg das eine behauptet werden, daß dieser juristische Fachausdruck dem römischen instrumentum fundi nicht entspricht. *Χρηστήρια*, ein der Literatursprache fremder Ausdruck,[2] wird in der ptolemäischen Periode anscheinend noch nicht technisch verwendet;[3] in römischer Zeit wird er zunächst von Nebensachen, die wirtschaftlich zu einem Hause gehören, gebraucht und erst später und nicht in demselben Ausmaße auf landwirtschaftliche Grundstücke ausgedehnt. Philologisch würde *χρηστήρια* einem lateinischen ‚utensilia' entsprechen, doch ist dieser Begriff den literarisch überlieferten Rechtsquellen unbekannt und auch in den Urkunden der Spätzeit selten (Spangenberg 17, 40). Da aber *χρηστήρια* in den vordiokletianischen Papyri, in byzantinischen und noch in koptischen (KRU passim) vorkommt, so könnte an sich angenommen werden, daß dieser Begriff, wenn er schon nicht unter römischem Einfluß aufgekommen ist, so doch imstande gewesen wäre, die stetig vordringende römisch-byzantinische Rechtsanschauung, im besonderen also den Instrumentum-Begriff in sich aufzunehmen. Denn die römischen Definitionen des instrumentum betonen doch das Dienen gegenüber der Hauptsache, den

[1] P. Ryl. 99, 5 (3. Jahrh., Antinoe) und P. Soc. It. 931 (324).

[2] Vgl. Pollux Onomastikon X, 11.

[3] Durst. 28f.; 34; zustimmend Petropoulos, P. Athen, p. 344.

Nutzen für den Betrieb des fundus (utilis culturae, s. o. S. 34). Ferner wäre zu beachten, daß, wie das instrumentum beim römischen Zensus deklariert wurde, auch die χρ. bei den *διαγραφαί* eine ähnliche, übrigens gleich unbestimmte Rolle gespielt haben.[1] Trotzdem zwingt ein Überblick über die ganzen *χρηστήρια*-Belege der Papyri zur Bejahung unserer Annahme.

Die Belege für reines Ackerland sind schon an sich nicht beweiskräftig, weil es sich dabei meist um isolierte Parzellen und daher um keine einheitlichen, in sich geschlossenen Betriebe handelt. Es läßt sich auch aus den Urkunden nicht recht ersehen, was denn eigentlich — von Bewässerungsanlagen und allenfalls Scheunen abgesehen — *χρηστήρια* eines einzelnen Ackers sein sollten. Aber auch bei Häusern, auf die sich die meisten Belege beziehen, und bei den *κτήματα*, unter denen die Weingärten im Vordergrund stehen, ist die Bedeutung von *χρηστήρια* wegen der schwankenden und oft ungenauen Sprache der Papyri schwer festzustellen. Berger[2] hat mit Zustimmung anderer Papyrologen die Ansicht vertreten, *χρηστήρια* bezeichne nicht bloß das tote, bewegliche Inventar, sondern alles, was zur Benützung und Bewirtschaftung eines Hauses oder *κτῆμα* gehöre und daher für den Käufer, Mieter oder Pächter von Wert sei, gleichgültig ob es Bestandteil oder instrumentum sei oder ob es sich gar nur um Rechte handle, die mit der Hauptsache verknüpft sind (z. B. *εἴσοδος καὶ ἔξοδος*). Ich glaube, daß wir uns mit dieser weitmaschigen Umschreibung nicht begnügen müssen — man kann doch ein

[1] In Frage kommt nur Hausbesitz. Hier wird in einzelnen, keineswegs in allen *κατ' οἰκίαν διαγραφαί* das Haus *σὺν χρηστηρίοις* deklariert. BGU 97 = Jur. Pap. 25 (201/2); 447 (175/4); Berl. Leihgabe 15 (189). Flor. 4 (245). Harris 75 (4. Jahrh.); Oslo III, 99 (160/1); Oxy. 1348 (202/3); Rein. 49 = Chrest. I, 207 (215/6). Ebenso auch in den Einzel-*διαγραφαί* an die Bibliotheken: P. Straßb. 34; Lips. 3; Oxy. 482; 1268; Lond. III, 940 p. 117 = Jur. Pap. 64; III, 945, p. 120; vgl. auch BGU 11 = Chrest. I, 239 (*συγκύροντα*) und die Paratheseigesuche P. Hamb. 16 = Jur. Pap. 65 und Oxy. 1192.

[2] Ztschr. f. vgl. Rechtswiss., 29, 364f.; vgl. hierzu Wenger, P. Mon., S. 112f., Preisigke, P. Straßb, S. 18, und Wörterbuch s. v.; Luckhard, Privathaus, 85f.; Durst, 34f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Stück weiterkommen. Zunächst scheint es mir ganz sicher zu sein, daß man das Recht auf εἴσοδος und ἔξοδος nicht zu den χορηγήσω, sondern zu den δίκαια des Grundstückes zählte,[1] denn in genauer stilisierten Urkunden steht χορηγήσω immer vor εἴσοδος, will also diesen nicht mit erfassen.[2] Was bedeutet aber χορηγήσω in der Tat? Berger legt Wert auf jene Belege, welche die übliche Aufzählung des vom Geschäft erfaßten Gegenstandes mit καὶ τὰ λοιπὰ oder ἕτερα oder ἄλλα χορηγήσω abschließen,[3] was nach ihm beweisen soll, daß die vorher genannten Hausbestandteile oder bei Landwirtschaften die Scheunen, Bewässerungsanlagen und anderen Nutzbauten auch als χορηγήσω aufgefaßt wurden. Aber wird hier nicht zuviel bewiesen? Denn wenn ἕτερα χορηγήσω wirklich nur die übrigen χορηγήσω nach Art von Hof, Brunnen, Zisterne usw. hieße, dann wären überhaupt nur unbewegliche Sachen χορηγήσω, ja, im P. Cairo 67097 würde sogar eine Eigenkirche dazu zählen. Das ist natürlich falsch, denn es entspricht nicht der sprachlichen Grundbedeutung von χορηγήσω; außerdem wird bei Mühlen, Ölpressen, Kelteranlagen und gewerblichen Betrieben[4] gerade das bewegliche Zubehör mit dem Namen χορηγήσω umfaßt. Ich glaube also, daß der Ausgangspunkt und Begriffskern das ‚Gerät' ist, daher bei den κτήματα das tote Inventar einschließlich der Kelteranlagen (Schnebel 286), und nur die nach Ort und Zeit sehr verschiedene Ausdrucksweise der Urkunden hat auch die Bewässerungsanlagen und anderen Zweckbauten, weil sie ja auch dem Betriebe dienen und nützen, in den χορηγήσω-

[1] Vgl. dazu die von Taubenschlag, Arch. VIII, 31, Anm. 1 und 2, angeführten Texte; den Gegensatz, den er zwischen den in der Anm. 1 und 2 genannten Papyri findet, vermag ich nicht zu erkennen.

[2] Z. B. P. Oslo 40; Oxy. 502, 20; 1208, 12; Goodsp. 13. P. Soc. It. VIII, 922, 11: σὺν πᾶσι χορηγ]ήσεσι καὶ εἰσόδοις καὶ ἐξόδοις καὶ τοῖς ἄλλοις δικαίοις αὐτῆς.

[3] Lond: P. Lond. II, 216, 11; III, 1022, 21; P. Soc. 450; 698. ἕτερα χορ: Lond. V, 1691, 14 (532); Cairo 67096, II, 32; Mon. 9, 99; Oxy. 948, 20; 481, 9; 510, 17; 1155, 11; 1648, 20; P. Arch. VI, 108; BGU 447. ἄλλα χορ.: P. Sc. 3295, 12.

[4] Belege bei Durst, 49f.

Begriff einbezogen. Nichts aber spricht dafür, daß auch Vieh oder Saatgut oder unfreie Arbeiter χορηγήσω waren.[1]

Wenn also auch die angenommene Grundbedeutung von χορηγήσω eine gewisse Verwandtschaft mit dem instrumentum im engeren Sinne aufweist, so ist doch die weitere Entwicklung beider Begriffe so sehr auseinandergegangen, daß man zu der an die Spitze gestellten These gelangen muß. Den Papyri ist der erweiterte Instrumentum-Begriff der Digesten fremd und die Einbeziehung von Gebäudebestandteilen und anderen Immobilien in die χορηγήσω müßte wieder vom klassischen Standpunkt aus abgelehnt werden.[2] Wohl aber ist eine

[1] Zur Unterstützung dieser Behauptung möchte ich noch folgendes vorbringen. In den Aufzählungen der χορηγήσω von Häusern, für welche genügend einschlägiges Material vorliegt, wechselt der Ausdruck τὰ τούτῳ χορηγήσω mit τὰ ἕτερα χορ., ja einmal sogar in derselben Urkunde (P. Oxy. 501, Z. 14 und 17). Das legt doch die Vermutung nahe, daß καὶ τὰ ἕτερα (ἄλλα, λοιπά) χορ. oft nichts anderes sagen will als ‚und überdies das Gerät' und nur in besonderen Fällen Liegenschaftsteile in sich schließt. Ein solcher Fall ist z. B. in den byzantinischen Synergapyri gegeben (P. Mon. 9, 11, 12; Lond. V 1724; 1732: τρίτον μέρος διὰ πάντων τῶν συγκυρούντων χορηγήσων: τοῦ προδήμου καὶ πυλῶνος κτλ.) und in P. Cairo 67110, 33 (καὶ πάντων ἐν αὐτῷ χορηγήσων, τοῦτ' ἔστι τοῖς δύο μικρίοις) oder, wenn es analog der exceptio masciporum der ravennatischen Urkunden (oben S. 38*) heißt: χορ. πλὴν πάσου ἵππ (Oxy. 1036) oder παρὲξ πάσου (Oxy. 1207). Wäre Vieh oder Saatgut ohneweiters zu den χορηγήσω gerechnet worden, so müßten solche exceptiones gerade für diese beiden Gegenstände häufig vorkommen, denn die Pachtverträge zeigten (oben S. 45 f.), daß Vieh nur in seltenen Fällen dem Pächter mit übergeben worden ist. Waszynski, 78, will allerdings in der Klausel ἄνευ σαλχάμου; oder ἀνατροφῆ eine auf das Saatgut als Zubehör bezügliche exceptio sehen. Mit Unrecht; denn die Lieferung des Saatgutes erfolgt ebensowenig wie beim Staatsland als Zubehör des Bodens oder des landwirtschaftlichen Betriebes, sondern auf Grund einer im Vertrag übernommenen obligatorischen Pflicht. P. Tebt. 108: ἐφ' ᾧ δώσει σπέρμα καὶ δώσει τὴν ἄνωσιν ἀνάντικρυ. Vgl. auch oben S. 46.

[2] In den Glossen (Corp. Gloss. Lat., II, 88) wird bezeichnenderweise instrumenta mit χορηγήσω, instrumentum hingegen mit ἐξάρτησις (Hapaxleg.) wiedergegeben, das in den Papyri für die technische Ausrüstung eines Schiffes oder einer maschinellen Anlage verwendet wird, Preisigke, Wörterbuch, s. ἐξάρτια. Auch die Byzantiner übersetzen das instrumentum der Digesten niemals mit χορηγήσω. Sie behel-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

gewisse Analogie mit dem Stil der spätrömischen Kauf- und Schenkungsurkunden nicht zu verkennen. Auch diese beschränken ja, wie oben gezeigt, in der ausführlichen Formel die namentliche Aufzählung des Gutsbestandes zumeist auf unbewegliche Sachen,[1] so daß das bewegliche Zubehör in der Generalklausel cum omnibus generaliter pertinentibus stecken muß, wenn die Klausel cum omni instrumento fehlt.[2] Übrigens dürfte diese Analogie nicht ganz zufällig sein. Für die Aufzählung des sogenannten Gutsbestandes war ja eine gemeinsame reichsrechtliche Grundlage (C. Th. 8, 12, 1; s. o. S. 22) gegeben und die Übereinstimmungen in einzelnen formelhaften Wendungen der lateinischen und der griko-ägyptischen Urkunden aus byzantinischer Zeit sind bekannt und oft festgestellt worden.[3] Die Ursache liegt aber nicht in einer unmittelbaren gegenseitigen Beeinflussung, sondern in der Herkunft aus einer gemeinsamen Quelle, dem in Byzanz entwickelten Urkundenstil.

G. Haben die bisher besprochenen Ausdrücke, die eine Beziehung zwischen landwirtschaftlichem Betrieb und dessen Betriebsmitteln versinnbildlichen wollen, keine oder doch keine sicher nachweisbare Beeinflussung durch römische Quellen der klassischen Periode gezeigt, so ändert sich das deutlich beim letzten Begriffswort, das zu erörtern bleibt, bei der Formel *μετὰ πατρὸς δικαίου* oder *σὺν παντὶ δικαίῳ*. Hier ist der Einfluß lateinischen Urkundenstils sehr wahrscheinlich; ja, wollte man nur die römischen Urkundenklauseln des 3. bis 6. Jahrh. mit den byzantinischen Papyri vergleichen, so müßte man sogar zur Überzeugung einer unmittelbaren Beeinflussung kommen.

Den Ausgangspunkt bilden drei Responsen des 3. Jahrh., deren Sachverhalt die Worte des auszulegenden Testamentes wiedergibt:

ten im 6. Jahrh. noch das lateinische Wort bei (Nov. Just., 128, 8; Theophil. inst., II, 20, 17, p. 316; Kyrill. Bas. Schol., XX, 1, 19) und übersetzen in den Basiliken mit *ἰδιοκτησία* oder *ἴδιορία*.

[1] Vgl. oben S. 22.

[2] Das ist die Mehrzahl der Urkunden; nur in 50 und 52a ist die Aufzählung der Bestandteile mit der Instrumentum-Klausel vereinigt.

[3] v. Druffel, Stud. z. byz. Urkundenwesen, 50, 4. Ehrhardt, Sav. Z. 51, 126 f. Steinwenter, Studi Albertoni, I, 73 f. Ferrari, Studi Riccobono, I, 457 f., und die dort Zitierten.

Dig. 33, 7, 12, 42 Ulp. 20 Sab: domo ita, ut instructa est, cum omni jure legata.

Dig. 33, 10, 8 Modest. 9 resp.: quidam uxori suae legaverat domum cum jure suo omni et instrumento et supellectili.

Paul. sent. III, 6, 58: domo cum omni jure suo, sicut instructa est, legata.

Derselbe Sprachgebrauch mit deutlichem Hinweis auf die urkundliche Praxis kehrt in Cod. Theod. wieder:

Cod. Theod. 10, 8, 1 (313 vgl. oben S. 37), hoc verbo (integro statu) ea vis continebitur, quam antea scribebamus ‚cum adjacentibus et mancipiis et pecoribus et fructibus et omni jure suo'.

Cod. Theod. 5, 13, 3 (364): universa, quae ... in possessionem sunt translata templorum ... cum omni jure ad rem privatam nostram redire mandamus.

Nov. Theod. 24, 4 = Cod. Just. 11, 60, 3 (443): agros limitaneos universos cum paludibus omnique jure.

Den Schluß der Entwicklungsreihe bilden wieder die ravennatischen Urkunden des 5. und 6. Jahrh., und zwar die schon zum Teil besprochene (S. 38) Instrumentum-Klausel: Spangenberg 26 (471), Schenkung: cum omnibus ad se pertinentibus et cum omni jure, instructo atque instrumento suo. Ganz analog formuliert sind Nr. 28 (491); 47; 51 (540); 52a (536/44); 54 (572). In Nr. 50 ist die Klausel nur ergänzt. Hingegen bringen Nr. 17 (571); 27 (489); 28 (491); 34 (587); 38 (6. Jahrh.); 40; 55 (6. Jahrh.); 56 (591) eine andere Fassung, welche instructum und instrumentum wegläßt und entweder einfach von einem Hause oder fundus cum omni jure suo et pertinentibus spricht oder noch hinzufügt (cum omni jure) et proprietate ejus, sicut a me optimo jure possessum est (z. B. 38).

Vergleicht man nun diese ganze Reihe mit den so zahlreichen Papyri des 5. bis 7. Jahrh., Kauf-, Teilungs- Miet- und Pachtverträgen, in denen das Objekt, sei es Haus oder *κτῆμα*, *μετὰ πατρὸς αὐτοῦ τοῦ δικαίου* vom Rechtsgeschäft erfaßt wird,[1] so

[1] Es hätte keinen Sinn, alle Belege hier anzuführen, zumal die auf Häuser bezüglichen die Mehrzahl ausmachen, für uns aber von ge-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

redet die zeitliche Aufeinanderfolge und die augenscheinliche Übereinstimmung der formelhaften Wendung eine eindringliche Sprache.[1] Versucht man aber Sinn und Bedeutung der Klauseln festzustellen, so zeigt sich alsbald ein Unterschied zwischen den lateinischen Quellen und den Papyri. Die Klausel cum omni jure der Digesten zielt offenbar nur auf die mit der Liegenschaft verbundenen dinglichen Rechte und wohl auch Lasten, will also nicht viel anderes sagen als die Wendung f. cum sua condicione (Dig. 8, 3, 23, 2) oder cum sua causa (Dig. 13, 7, 18, 2; 32, 30, 3). Betriebsmittel, insbesondere das instrumentum, sind hier nicht inbegriffen.[2] Dabei bleibt es auch in der Kaisergesetzgebung des 4. und 5. Jahrh., denn C. Theod. 10, 8, 1 unterscheidet adjacentia und instrumentum deutlich von omne jus, rechnet aber auch letzteres zum integer status des fundus, also zum voll betriebsfähigen landwirtschaftlichen Unternehmen.[3] Es liegt daher meines Erachtens kein ausschlaggebender Grund vor, die ravennatischen Urkunden, welche die gleiche Unterscheidung zwischen omne jus und instrumentum aufweisen, anders auszulegen und mit Rabel, DLZ. 1906, 1009, in omne jus den ‚Gutsbestand' zu sehen, das heißt außer den zum fundus gehörigen Realrechten und den juristischen Eigenschaften des Bodens auch die zugehörigen Ländereien.[4] Diese sind doch, wenn sie nicht

ringerer Bedeutung sind. Vgl. die Nachweise für Landwirtschaften bei Durst, 40, 41, 45.

[1] Man könnte sogar die Worte des frg. 44, 8, Dig. 33, in die Sprache der Papyri übersetzen: *οἰκία μετὰ πάντος δικαίου αὐτῆς καὶ χρεογράφων* (?) *καὶ ἐνδυματείας.*

[2] Vgl. Modest. l. c. cum omni jure et instrumento.

[3] Lediglich das aus dem Breviar stammende Sentenzenfragment III, 6, 48 zählt, offenbar unter dem Einfluß der Entwicklung des schollengebundenen Kolonats (vgl. Segrè, Arch. giur., 46, 207), mancipia und coloni zum jus fundi.

[4] Es ist von den Rabel zustimmenden Autoren (z. B. Preisigke, P. M. Meyer, Berger) wohl nicht genügend beachtet worden, daß Rabel mit ‚Gutsbestand' einen Begriff des modernen Grundbuchsrechtes, im besonderen des österreichischen, verwendet hat. Der Gutsbestand umfaßt dort die Bestandteile des Grundbuchskörpers und die mit dem Eigentumsrechte an dem Grundbuchskörper verbundenen dinglichen Rechte und radizierten Gewerbe. § 7 allg. Grundbuchsanlegungsgesetz vom 10. 12. 1929. Für den noch weitergehenden ‚Gutsbestand' des Erbhofrechtes, der nach § 8 EHRV auch die dem Bauer nur persönlich zustehenden Rechte und Anteile umfaßt, fehlt es an einem gesetzlichen Terminus.

ohnehin abgesondert aufgezählt werden, mit den adjacentia oder pertinentia gemeint. Zudem spricht auch die Beziehung auf den Besitz optimo jure[1] für die hier vertretene Meinung.[2]

Da jus in der besprochenen Formel nicht die Liegenschaft und ihre Bestandteile bezeichnen will, ist seine Bedeutung auch nicht wesensgleich mit ‚Vermögen' oder ‚Eigentum' (C. Th. 13, 6, 2 [365]; 16, 5, 12 [383]), wie sie in den Wendungen locus juris fisci (C. Th. 13, 11, 1), juris templorum (C. Th. 10, 1, 8), juris ecclesiarum (C. J. 1, 2, 14, 2), res juris publici (C. Th. 16, 5, 45), juris civitatum (C. J. 1, 12, 23pr.), privati juris (C. Th. 11, 1, 4), sui juris (C. Th. 10, 18, 2), alieni juris (C. Th. 2, 26, 2) steckt.[3] Den Unterschied der beiden Bedeutungen von jus läßt klar erkennen Spangenberg 28 (491): casam juris nostri ... cum omni jure suo ... donavimus oder 34 (587) ex meo jure in vestro jure dominioque transscribo quattuor uncias fundorum cum omni jure et proprietate eorum.[4]

[1] Dazu Kübler bei Pauly-Wissowa unter Optimo jure.

[2] Die gleiche Bedeutung läßt sich übrigens noch weiter bis ins 12. Jahrh. in griechischen Texten verfolgen. Trinchera, Syllabus, 27 (1033) und 31 (1030): *μετὰ πάσης τῆς ἀναφερούσης καὶ προσηκούσης αὐτῇ οἰκοδομῆς καὶ τῶν δικαίων αὐτῆς*; vgl. hierzu P. Soc. It. 922 (180/92): *καὶ οἰκοδομὰς καὶ ἐξόδους καὶ τοῖς ἄλλοις δικαίοις αὐτῆς*. Ferner Johannes Schol. (Cotelerius, Monumenta, I, 159) im Formular einer Klosterschenkung aus dem 12. Jahrh.: *μονὴν μετὰ πάντων τῶν δικαίων καὶ προσηκόντων αὐτῆς καὶ τῶν ὑπ' αὐτὴν κτημάτων!* Anstatt *δίκαιον* begegnet ebenso wie in den Papyri (z. B. P. Soc. It. 626; P. Ross. Georg. 56; P. Oxy. 1896) auch *δικαίωμα* in den bei Ferrari, 51, zitierten sizilischen Urkunden des 12. Jahrh.

[3] Hierzu Tamassia in der Note zu Brugi, Atti e memorie della R. Accad. Padova 1905/6, 145 f. Fustel de Coulanges, Institutions politiques, IV, 49, 3; Steinwenter, Sav. Z. 50, kan. Abt., 31 f.; Ägyptus XIII, 316. Leicht, Diritto Preisteriano, 56, 2. v. Schnorr, Jur. Person, 207. Biscardi, Stud. Senesi, 54 (1940), 283. Ich habe im Text, um den Zusammenhang nicht zu sprengen, nur einzelne Beispiele aus den Kodifikationen gebracht, behalte mir aber vor, die Bedeutungsgeschichte von jus in vollem Umfange zu behandeln.

[4] Ebenso BGU 303 (386): *διὰ τοῦ δικαίου τῆς ... οἰκίας ... ἀφούρας ... μετὰ πάντος αὐτῶν δικαίου.*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

II. In den Papyri verläuft die Entwicklung des analogen Begriffes *δίκαιον* auf etwas verschiedener Linie. In den vorbyzantinischen Texten treffen wir *δίκαιον* nur selten, immer aber in der Bedeutung von Rechten, die mit einem Grundstück verbunden sind.[1] Das geht ganz unzweideutig hervor aus der formelhaften Wendung *σὺν ταῖς ἄλλαις χρήσεσιν καὶ δικαίοις πᾶσι*;[2] ebenso wohl auch aus P. Dura 101, der von *πᾶν δίκαιον τῆς αὐτῆς χώρας* spricht.[3] Es fragt sich nur, ob hier römischer Einfluß vorliegt. Der P. Dura 101 ist zwar von einem römischen Veteranen in römischer Form[4] errichtet; in den angeführten ägyptischen Urkunden und ihren formelhaften Wendungen ist aber kaum etwas von römischem Einfluß zu bemerken. Da nun die in Dura und in Ägypten mit der *δίκαιον*-Klausel in engem Zusammenhang stehende Formel vom *εἴσοδος* und *ἔξοδος* hellenistisch ist (s. o. S. 47, Anm. 1), wird man auch für die *δίκαιον*-Klausel eine der römischen parallel gehende hellenistische Entwicklung mindestens erwägen müssen.[5]

In den nachdiokletianischen Papyri tritt aber eine bedeutsame Änderung ein. Jetzt findet sich eine stattliche Zahl von Urkunden, in denen die lateinische Klausel cum omni jure suo in genauer sprachlicher Wiedergabe auftaucht. *Μετὰ παντὸς αὐτοῦ δικαίου*[6] bedeutet auch hier zunächst nur

[1] Durst, 35, findet fünf Belegstellen, von denen aber zwei nicht hierher zu stellen sind. In BGU 301 heißt *δίκαια* soviel wie Urkunden (Preisigke, Wörterbuch, I, 335); CPR 187 (1. bis 2. Jahrh.) dürfte falsch ergänzt sein. Richtig sind P. Bour. 15 (1. Jahrh.); CPR 176 (255; in CPR 179 fehlen die maßgebenden Zeilen); BGU 667 (221/2); ferner gehören hierher P. Hamb. 15 (209) und P. Soc. It. 922 (180/92) und von außerägyptischen Urkunden der wichtige P. Dura 101 (227). Dem Stile nach müssen auch Papyri des 4. Jahrh., wie BGU 1049, P. Theod. 1, 2 und Straßb. 9 zu den vorbyzantinischen gezählt werden.

[2] BGU 667 (221/2); CPR 176 (255); P. Soc. It. 922 (180/92); P. Theod. 1 (306) und 2 (305); nur *χρῆσις* hat die Formel im P. Mil. 26 (127/8) und Straßb. 9 (307).

[3] Welles, Arch. du droit orient., I, 273, denkt an water-rights; dafür sprechen die in der vorigen Anm. zitierten Papyri.

[4] Welles, l. c. 278; Wilcken, Arch. f. Pap.-Forsch., XIII, 152.

[5] Ebenso Welles, 280. Damit soll aber kein materieller Gegensatz zur römischen Urkundenpraxis behauptet werden.

[6] Die Pluralform *δίκαια*, offenbar attrahiert durch das pl. t. *χρησίμων*, ist als Übersetzung aus dem Lateinischen weniger korrekt, doch

die Realrechte und sonstigen mit dem Eigentum verbundenen Nutzungsrechte. Das wird freilich selten so klar gesagt wie etwa in P. Straßb. 4, 12 (550):[1] Lond. III, 1044, 19 (p. 254, 6. Jahrh.): Lond. V, 1691 (552)[2] und Cairo 67299.[3] Wenn aber *δίκαιον* neben *χρησίμων* steht,[4] so ist a priori anzunehmen, daß hier die römische Formel cum omni jure in ihrer ursprünglichen Bedeutung zur bisher üblichen ägyptischen *χρησίμων*-Klausel hinzugetreten sei. Dafür scheint mir Lond. 1691 und Straßb. 4 ein starker Beweisgrund zu sein.

Nun gibt es aber zahlreiche Texte, in denen die *δίκαιον*-Klausel allein steht.[5] Soll da *δίκαιον* nur die römische Bedeutung haben oder hat es den Begriffswert von *χρησίμων* in sich mit aufgenommen? Hierfür eine ausnahmslos geltende Regel aufzustellen, ist natürlich bei Urkunden, denen römische Klarheit und Schärfe des Ausdrucks mangelt, unmöglich; aber als Grundsatz möchte ich doch annehmen, daß *δίκαιον* in diesen Fällen auch Bestandteile und Zugehörstücke in sich begreift. Für diesen Bedeutungswandel möchte ich auf folgende Texte hinweisen: P. Stud. Pal. I, S. 8 (454), P. Oxy. 1890 (508), Lond. III, 1023 (5. und 6. Jahrh.) und Cairo 67110 (byz. Z.) stellen alle im Wechsel des Ausdruckes *δίκαιον* und *χρησίμων* gleich, aus der namentlichen Aufzählung ergibt sich aber mit Sicherheit, daß der eben aufgestellte Grundsatz hier Anwendung findet, *δίκαιον* also auch sachlich *χρησίμων* mitbezeichnen will.[6] Einen weiteren Beweis hierfür gewinnt man

wechselt der Ausdruck auch innerhalb derselben örtlichen und zeitlichen Bereiches. So z. B. in P. Cairo 67106 (539) *καὶ παντὶ δικαίῳ* und 67107 (540) *καὶ δικαίων πάντων*.

[1] *Μετὰ παντὸς τοῦ καθ' ὁλοκλήρου δίκαιος οἰκίας τρόπον χρησίμων καὶ δικαίου ὑπαρχόντος τε καὶ αὐτομάτου*.

[2] *Σὺν παντὶ τῷ ἐνόντι δικαίῳ πρὸς τὰ γυναικὰ αὐτοῦ δικαιώματα ... σὺν αἱρέσεσι καὶ ἐκθέσει κοινοῦ ψιλοῦ καὶ ἰδίων χρησίμων*.

[3] *Ψιλὸν χώρημα μετὰ αὐτοῦ τοῦ δικαίου ... διενδεκάτῳ πᾶν δίκαιον εἴτε ὑπαρχόντων εἴτε ἀνήκοντα προσόντων τῷ προειρημένῳ ψιλῷ χωρήματι*.

[4] Durst, 40 und 46, 75, doch ist die Aufzählung nicht vollständig.

[5] Durst, 41 und 46; es fehlen die Belege für Häuser und die seit 1938 veröffentlichten Urkunden, doch ändert sich dadurch nichts Wesentliches.

[6] P. Oxy. 1890 sagt *χρησίμων ἤτοι δικαιώματα*. Cairo 110 *πάντων τῶν ἐν αὐτῷ δικαίων καὶ χρησίμων, τοῦτ' ἔστι ... δύο μαγγανείς*. Lond.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

aus dem Vergleich von Sb. 5174 (512 Fayûm) und 5175 (513) mit P. Mon. 11 und 12 (Syene). In den Fayûmer Texten wird eine Mönchszelle verkauft μετὰ παντὸς τοῦ δικαίου αὐτῆ δικαίου ἀπ' ἐδάφους μέχρι παντὸς ὕψους; auch Mon. 11 verwendet diese auch den koptischen Urkunden geläufige Formel, und zwar l. 30 mit χρησιήρια (ebenso Mon. 12, 24), in l. 70 aber mit δίκαιον. Gemeint sind aber immer Bestandteile und Zugehör des Gebäudes zwischen Fundament und Dach. Den Hauptbeleg bilden aber die Urkunden, in denen an die übliche Aufzählung der Grundstücksbestandteile und Bewässerungsanlagen eben nicht wie früher χρησιήρια, sondern δίκαιον als alleinige Generalklausel anschließt.[1]

So geht denn die unter römischem Einfluß stehende Entwicklung der frühbyzantinischen Papyri dahin, mit der Klausel σὺν παντὶ δικαίῳ grundsätzlich alles zu einem Grundstücke Gehörige an Bestandteilen und instrumentum zu umfassen; zugehörig aber nicht zu einem in sich geschlossenen Agrarunternehmen wie beim römischen fundus, sondern zugehörig zu einem Hause, einem Wein- oder Obstgarten oder einem Acker. Ausgenommen von dieser Zugehörigkeit bleiben auch in byzantinischer Zeit Saatgut, Vieh und die in Ägypten immer in Sonderstellung befindlichen Sklaven. Es liegt im Worte, daß diese Zugehörigkeit nicht nur als eine wirtschaftliche, sondern auch als rechtliche angesehen wurde. Fragt sich nur, inwieweit diese rechtliche Zugehörigkeit auch bei Verfügungsgeschäften über die Liegenschaft zum Ausdruck kommt. Das Material hierfür ist dürftig, denn die meisten Belege betreffen Pacht- und Mietverträge, die ja in diesem Punkte keine maßgebende Entscheidung ermöglichen. Denn wenn auch der Verpächter in der Regel mit δίκαιον verpachtet und daher über das, was mitverpachtet ist, sofern keine exceptio vorliegt, allein der Begriffsumfang von δίκαιον entscheiden würde, so beweist dies

[1] Sb. 5174: μετὰ παντὸς αὐτοῦ τοῦ δικαίου, τοῦτ' ἔστιν ... μέρος κοιτῶνος καὶ παμφόρου καὶ σταυλίου κτλ. ... καὶ λοιπῶν χρησιμῶν. Dazu Berger a. a. O. 366. Vgl. jetzt auch P. Lond. 2017 (Eranos 38, 98) (947).

[2] Z. B. P. Giss. 56; Lond. 1694, 1695, 1696, 1709; Cairo 67170, 67300; Ross. Georg. III, 33, 40, 65; P. Par. 21 bis (alle 6. Jahrh.); Lond. III, 1012; Sammelbuch 4483 (beide 7. Jahrh.).

noch nicht, ob das δίκαιον auch ohne entsprechende Vertragsklausel als mitverpachtet gilt, noch weniger aber, welche Regel bei Veräußerungen gilt. Doch scheinen mir einige Urkunden etwas Licht auf die kaufweise Veräußerung zu werfen.

Die regulären Apographai von Häusern erwähnen in den oben S. 49 Anm. 3 angeführten Fällen die χρησιήρια, als zum Haus gehörig und mit ihm erworben. Das sieht doch aus, als ob die Veräußerung auch die χρησιήρια im üblichen Umfange miterfaßt hätte. Ja, P. Oxy. X, 1268,[1] die Apographe eines Hauses mit οἴδιον κτλ. und τὰ τούτων χρησιήρια beruft sich ausdrücklich auf den Kauf durch συγχώρησις und auf die καταγραφή! Noch deutlicher ist P. Hamb. 15 und 16 (209), weil hier Kaufvertrag und Parathesis-Gesuch vorliegen. Beide bezeichnen das Objekt als Haus mit χρησιήρια, der Kaufvertrag sogar mit χρησιήρια, χρήσεις und δίκαιον. Die Veräußerung ergreift also das Haus, seine Bestandteile, Zugehör und Rechte, wenn auch kraft ausdrücklicher Disposition. Soweit nur die partes domus in Frage stehen, liegt nur Selbstverständliches vor, nicht soweit χρησιήρια und δίκαιον darüber hinausgehen. Da eine körperliche Tradition neben der Urkunde in den Papyri nicht rechtsbegründend wirkt,[2] so muß in diesen Fällen die Veräußerung des gesamten Objektes uno actu durch die Urkunde geschehen sein.

Diese Papyri des 2. und 3. Jahrh. setzen das Funktionieren der Bibliotheken voraus und vermögen auch nur für die Stellung der χρησιήρια etwas auszusagen. Die byzantinischen Urkunden, die für das δίκαιον allein in Betracht kommen, kennen nur mehr den einheitlichen Kauf mit der Katagraphe als Bestandteil der Parteierklärung.[3] Durch den Vollzug der Kaufurkunde, die mit der Katagraphe-Klausel versehen ist,

[1] Dazu Schönbauer, Liegenschaftsrecht, 62 und die dort Zitierten.

[2] Mitteis, Grundzüge, 182, 188. Partsch, Heidelb. Sitz.-Ber. 1916, 10. Abh., 25. Schwarz, Die öffentl. und priv. Urkunde im römischen Ägypten, 169, 196 f., 254 f., 279. Pringsheim, Kauf mit fremdem Geld, 1 f., 33, 3, 82; zweifelnd Hellebrand bei Pauly-Wissowa, XVIII, 426 f., und Sav. Z. 36, 331.

[3] Mitteis, Grundzüge, 188. Partsch, Gött. Gel. Anz. 1910, 758, 1915, 430; Ztschr. für d. ges. Handelsrecht, 70, 465 f. Schwarz, Actes du VIme Congrès de Papyrologie, 448 f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

geht gleichfalls das Eigentum am Objekt uno actu auf den Erwerber über. Nun finden sich auch unter diesen byzantinischen Kaufverträgen solche, in denen die Liegenschaft mit χωρισ/ῳα[1] und auch mit δίκαιον[2] veräußert wird. Wir dürfen also auch für die byzantinische Zeit die Möglichkeit einer einheitlichen Verfügung über Grundstück und Betriebsmittel bejahen.

I. Diese Feststellung legt es nahe, abschließend nochmals von den ägyptischen Papyri einen Blick nach Ravenna (s. o. S. 38) zu werfen. Hier ist es bekanntlich bestritten, ob die traditio per cartam zum Eigentumserwerb genügte[3] oder ob die sollemnis traditio, die durch Spangenberg 27, 40, 48, 50, 52a, 53 bezeugt ist, in allen Fällen zum Erwerbe des in der Urkunde übertragenen Eigentums notwendig sei. Wäre die von Brunner und Partsch[4] entwickelte erstgenannte Lehre in vollem Umfange richtig, dann würde die hier für die ägyptischen Papyri aufgestellte Meinung ohneweiters auch für Ravenna gelten, weil die lateinische Veräußerungsurkunde die gleiche Wirkung hätte wie eine πρᾶσις καὶ κατογραφή. Ich glaube aber, auch wenn wir uns Riccobono anschließen, der lehrt, daß die obligate traditio corporalis erst mit der Einführung der justinianischen Kodifikation in Italien verschwunden sei (Sav. Z. 34, 219), kommen wir zu keinem we-

[1] P. Goodsp. 18 (341), Hermopolis; P. Mon. 12 (300/1); vgl. Stud. Pal., XX, 171 (438). Hier fehlt zwar der technische Ausdruck, sachlich liegt aber Veräußerung mit χωρισ/ῳα vor.

[2] P. Sayce, SB 5174 und 5175 (513) Fayûm; P. Par. 21 (616); 21bis (599); 21ter (599) Panopolis; vielleicht kann P. Soc. It. 66 (4. Jahrh.) in diesem Sinne ergänzt werden. In den P. Stud. Pal. I, S. 7 (454) Antinoe; P. SB 7296 (430) Antinoe und P. Mon. 11 (586) wechseln die Ausdrücke χωρισ/ῳα und δίκαιον.

[3] Übersicht über den status controversiae in der deutschen Literatur bei Schultze-v. Lasaulx, Beiträge zur Geschichte des Wertpapierrechtes (1931), 31 f.; dazu kommt aus dem übrigen Schrifttum vor allem Schupfer, Riv. it. per le sc. giur., 39 (1905), 5 ff.; Riccobono, Sav. Z. 34, 216 f.; Bonfante, Scritti giur., II, 310, 1; und Corso II/2, 187; Arangio-Ruiz, Istituzioni[3], 206 f.; Collinet, Droit de Justinien, I, 249 f.; Monier, Manuel de droit Romain, I, 488 f.; Naber, Riv. di storia del dir. ital., XIV, 40.

[4] Besonders Ztschr. f. H. R., LXX, 465 f.

sentlich verschiedenen Ergebnis, freilich aus einem anderen Grunde. Denn wenn auch vor 553 in Italien die körperliche Tradition erforderlich war, so haben wir doch keinen Anlaß zu glauben, daß jedesmal für fundus, instructum, instrumentum, pertinentia, adjacentia und omne jus (Spangenberg, p. 258!) gesonderte Traditionshandlungen verlangt wurden. Die öffentliche, also wirksamste Tradition bestand doch in einer sollemnis introductio, deren körperlicher Akt sich in einem circumire fines[1] erschöpfte und bei dem es wesentlich darauf ankam, daß seitens des Vorbesitzers und der Nachbarn kein förmlicher Widerspruch erhoben wurde.[2] Eine solche Tradition war aber kein Hindernis für eine Übertragung des ganzen fundus als landwirtschaftlichen Unternehmens uno actu.[3] Es bestand also in diesem Punkte kein Unterschied zwischen ägyptischer und italischer Praxis.

V. Die Gesetzgebung und das Fundusproblem.

A. Der Überblick über die nichtnormativen Erkenntnisquellen hat gezeigt, daß die Praxis immer bestrebt war, den Erfordernissen einer rationell betriebenen Landwirtschaft wenigstens insoweit zu entsprechen, als einer Zerreißung von Boden und Betriebsmitteln durch rechtsgeschäftliche Akte entgegengearbeitet und, soweit der italische und provinzielle fundus in Frage kam, auch die Einheit des Unternehmens anerkannt und geschützt wurde. Die Tatsache, daß durch Dispositionen des Eigentümers fundus, partes und instrumentum zusammengehalten wurde, beweist aber, selbst wenn diese

[1] Vgl. Spangenberg, p. 181 (oben S. 39 Anm. 2), mit Paul. Dig. 41, 2, 3.

[2] Vgl. das nullo contradicente bei Spangenberg, p. 258, mit Ed. Praef. Praet. 33, 1, wo gefordert wird, daß zwei Tabularien bei der παράδοσις anwesend sein müssen, um zu bezeugen, ὡς οὐδεὶς ἀντέλεγεν.

[3] Vgl. auch C. Th. 10, 9, 2 (325) post allegationem beneficii principalis omnium bonorum, id est immobilium moventium vel ... praediorum urbanorum aedium mancipiorum animalium argenti auri ornamentorum vestium pecuniae fiscus incorporationem traditionemque percipiat.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Übung durch Jahrhunderte hindurch nachweisbar ist, noch nichts für die Stellung, welche die Normen, mögen diese auf der Ordnung des Gesetzes-, des Gewohnheits- oder Juristenrechtes beruhen, dem Problem des landwirtschaftlichen Unternehmens gegenüber einnehmen; ob und in welchem Umfang der fundus auch in Fällen, in denen keine rechtsgeschäftliche Verfügung vorlag oder vorliegen konnte, als Einheit anerkannt wurde, insbesondere ob das instrumentum auch ex lege an das Schicksal des fundus gebunden sein konnte.[1]

Bei der schon berührten Eigenart der römischen Rechtsentwicklung (s. o. S. 10) darf von Volksgesetzen hier nichts erwartet werden. Wenn es richtig ist, daß die römische Privatgesetzgebung zur Zeit des Freistaates nur auf ‚neuralgische Punkte der sozialen und wirtschaftlichen Ordnung'[2] eingestellt war, so lag wohl kein Grund vor, die Beziehungen zwischen dem fundus und seinen Betriebsmitteln durch gesetzgeberischen Eingriff zu regeln. Denn es stand ja nicht das Problem der Ansiedlung besitzloser und daher sozial unruhiger Volksteile auf dem ager publicus — das Thema der leges agrariae — zur Diskussion, sondern nur Fragen der landwirtschaftlichen Rentabilität, welche die Staatsführung weniger interessierten. Es war ja auch ein Gesetz gar nicht notwendig, insolang sich die Wirtschaft durch die von der Kautelarjurisprudenz gelenkte Praxis der Verträge und Testamente zu helfen vermochte. Am ehesten würde man erwarten, daß die gesetzlichen Veräußerungsverbote von Liegenschaften oder doch deren praktische Anwendung sich notgedrungen mit der Abgrenzung des Begriffes fundus und damit auch mit dessen partes und dem instrumentum hätten befassen müssen. Die Quellen scheinen hier aber zu versagen. Vom Veräußerungsverbot der grakchischen lex Sempronia agraria wissen wir allerdings nichts Näheres.[3] Auch das Kapitel der lex Julia

[1] Vgl. hierzu meine grundsätzlichen Bemerkungen in der krit. Vjschr., 4. Folge, XXI, 161 f.

[2] Wieacker, Die Antike, XVI, 191.

[3] Appian, bell. civ., I, 19; cf. lex agraria Bruns Nr. 11, cap. 11, 15. Appian, l. c., läßt nur die Besitzer von Staatsland klagen, daß sie durch die mit der lex Sempronia verbundenen Konfiskation *dgegid*

über den fundus dotalis ergibt nichts,[1] obwohl es gerade auf den italischen fundus abgestellt war.[2] Das Gesetz scheint nur den fundus mit seinen unbeweglichen Bestandteilen (Dig. 23, 5; 13 pr. und 1) und Servituten (23, 5, 5—7) mit dem Veräußerungsverbot belegt zu haben, nicht aber die Früchte (cf. 23, 5, 18) und wohl auch nicht das instrumentum. Denn sonst müßte sich doch eine diesbezügliche Erörterung im Digestentitel 23, 5 vorfinden. Übrigens haben die Juristen auch bei der Behandlung der restitutio dotis nur vom partus ancillae, von der alluvio, dem thesaurus, von Tierjungen und gefällten Bäumen gesprochen,[3] also von Dingen, bei denen der Streit darum ging, ob sie fructus, bzw. Bestandteile seien oder nicht, niemals aber vom instrumentum. Da nun aber doch nicht angenommen werden darf, daß der fundus dotalis regelmäßig ohne instrumentum, also betriebsunfähig, als dos gegeben worden sei, muß auch hier rechtsgeschäftlich, durch die aestimatio dotis und den Dotalvertrag, geholfen worden sein.

Auch bei den Mündelgrundstücken wird weder in der grundlegenden oratio Severi (Dig. 27, 9, 1, 2) noch in den Kommentaren das instrumentum als vom Verbot mitergriffen bezeichnet; erwähnt werden nur lapidicinae, metalla und salinae (Dig, 27, 9, 3, 6—5 pr.), die aber Teile und nicht instrumentum des fundus sind. In der spätkaiserlichen Gesetzgebung klingt aber der Gedanke des Schutzes landwirtschaftlicher Unternehmungen doch deutlich an, freilich nur zaghaft und ohne Folgerichtigkeit der Durchführung. Denn wenn

vi ligna laverit und *quod ad aedificia* verloren hätten; in einem andern Zusammenhang (1, 8) erwähnt er auch den Verlust der *servitutes*.

[1] Auch die Senatus Consulta de aedificiis diruendis (Bruns, Fontes, S. 209; Bachofen, Ausgewählte Lehren, 185 ff.) bringen nichts Einschlägiges, obwohl sie, wie das SC. Volusianum l. 33 und Dig. 18, 1, 52 beweisen, auch auf fundi und villae angewendet wurden. Sie sollten eben nur die Spekulation mit auf Abbruch gekauften Gebäuden verhindern, nicht aber den fundus vor Ausplünderung seiner Betriebsmittel schützen.

[2] Die Ausdehnung auf provinziale Grundstücke scheint erst später erfolgt zu sein. Rotondi, Leges publicae, 446. Bonfante, Corso, I, 329. Lauria, La Dote Romana, 58, 59.

[3] Stellen bei Bechmann, Dotalrecht, II, 187.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Konstantin C. J. 5, 72, 4 nur den Verkauf von animalia supervacua gestattet und die mancipia rustica als durch die Oratio Severi gebunden erachtet (C. J. 5, 37, 22 pr. und C. Th. 3, 32, 1), so liegt hier doch das Bestreben zutage, die Entgliederung des fundus als Unternehmens wenigstens in bezug auf das instrumentum vocale und semivocale zu verhindern. Übrigens verfügt dies derselbe Kaiser, der in der schon zitierten C. 1 C. Th. 10, 8 (313) den Übergang von bona vacantia cum iis quae ad instructum possessionis gehören, als selbstverständliche Praxis hinstellt.[1]

B. Aus den Konstitutionen, welche die Veräußerung von Kirchengut verbieten, läßt sich nicht viel für unser Problem entnehmen. Das hängt wohl nicht damit zusammen, daß keine landwirtschaftlichen Unternehmungen in kirchlichem Eigentum standen, sondern daß die Bewirtschaftung vorwiegend durch Verpachtung an Freie oder Unfreie geschah, die Betriebsmittel daher entweder im Eigentum des Pächters standen oder Peculium der mancipia rustica und Kolonen waren. C. J. 1, 2, 14, 1 (Leo 470). Wenn also die Konstitutionen, in denen die Veräußerungsverbote immer wieder eingeschärft werden,[2] nur von Immobilien reden (C. J. 1, 2, 14. 17. Nov. 7 praef., cap. 1; 6; Nov. 46. 54, 2. 120, 1; 9), so wird sich das Veräußerungsverbot nicht nur auf die zu den unbeweglichen Sachen zählenden mancipia rustica und coloni (Kübler, Studi Bonfante, II 330), sondern auch auf deren peculium und damit auch auf das instrumentum bezogen haben. Wir haben daher Grund für die Annahme, daß die Folge einer verbotenen Veräußerung, die vindicatio praedii, auf den ganzen fundus samt dem allenfalls mitveräußerten instrumentum ging: Praedia autem et in his omnia constituta ab ipsis clericis et temporalibus oeconomis cum fructibus seu pensionibus et accessionibus totius medii temporis vindicentur, ut tamquam penitus a nullo empta vel vendita teneantur, quia ea, quae contra leges fiunt, pro infectis habenda sunt.

[1] Analoge Verfügungen enthalten C. Th. 5, 13, 4 und 5, 15, 18 (beide 368).
[2] Vgl. die Zusammenstellung bei Knecht, Das justinianische Kirchenvermögensrecht, 133 f.

(C. J. 1, 2, 14, 4). Zu dieser Auffassung des Erlasses berechtigt uns die bereits nachgewiesene Praxis der spätrömischen Zeit, den fundus in der Regel nur mit seinen Betriebsmitteln zu veräußern.

In diesen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang paßt es endlich auch, wenn Justinian in der bereits erwähnten Nov. 128, 8 anordnet, daß auch bei der ἐπιβολή einer κτῆσις (vgl. Seeck, Art. Epibole bei Pauly-Wissowa) diese den Nachbargrundstücken zugeschlagen wird mit den Kolonen und deren Pekulium, mit Tieren, Früchten und allem sonstigen instrumentum, somit also der fundus als Wirtschaftseinheit anerkannt wird. Die Tendenz der nachklassischen Gesetzgebung, den Niedergang der Landwirtschaft mit den ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu hemmen,[1] und die gleichzeitige urkundliche Praxis scheinen also in der nachdiokletianischen Zeit das Verständnis des Gesetzgebers für das landwirtschaftliche Unternehmen und seine Bedürfnisse geweckt, ja in einzelnen Fällen zu gesetzlichen Schutzmaßnahmen geführt zu haben.

C. Im Rahmen dieser Bestrebungen muß auch die Gesetzgebung über die Kolonen kurz gewürdigt werden;[2] denn der Kolone, gleichgültig welcher Art er angehört, ist landwirtschaftlicher Arbeiter, der durch die glebae adscriptio derart mit dem fundus verbunden wird, daß diese Bindung innerhalb gewisser Grenzen als dinglich bezeichnet werden kann. Schon Marcian bezeichnet Dig. 30, 112 ein Legat an inquilini[3] ohne die praedia, quibus adhaerent, als inutile und Ulp. Dig. 50, 15, 4, 8 berichtet, daß die inquilini, denen später durch Interpolation (cf. Ind. Itp.) die coloni gleichgestellt wurden, in der pro-

[1] Dazu Chiazzese, Confronti testuali, I, 417; zustimmend Albertario, Introduzione storica, I, 93, und Wenger, Die Antike, XVII, 167. Biscardi, Studi Senesi, 54, 285.
[2] Übersicht über Quellen und Literatur bei Kübler, Rechtsgeschichte, 347. Schulten, Art. Colonatus im Diz. epigr. Seeck, Art. Colonat bei Pauly-Wissowa und Rostowzew im Handwörterbuch der Staatswiss., 3. Aufl.
[3] Dazu Seeck, l. c.; Segrè, Arch. giur. 43, 200, 1; 46, 266, 1; Arangio-Ruiz, Ist.[8], 64; Donatuti, BIDR 34, 203.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

fessio zum Zensus angegeben werden mußten.[1] Im 4. Jahrh. sind die Kolonen bereits derart mit dem Boden, den sie bearbeiten, verbunden, daß ein fundus ohne sie nicht veräußert werden konnte (C. Th. 13, 10, 3; C. J. 11, 48, 7), ja nicht einmal eine rechtsgeschäftliche exceptio (s. o. S. 38) der Kolonen beim Verkauf des Betriebes möglich war. Nur innerhalb seiner landwirtschaftlichen Besitzungen konnte der Eigentümer den Arbeitseinsatz in gewissem Umfange regeln.[2] Wenn diese Gesetzgebung sicherlich, wie alle Wirtschaftsmaßnahmen der absoluten Zeit, auch fiskalisch beeinflußt war, so sind ihr — trotz aller Verkehrtheit der Mittel in der Durchführung — doch betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte keineswegs fremd. Das beweist der eben erwähnte Arbeitseinsatz (si quando utriusque fundi idem dominus de possessione referta cultoribus ad eam colonos quae laborabat tenuitate transtulerit, C. J. 11, 48, 13, 1), zeigt die Betonung der Nützlichkeit der Kolonen für den fundus und nicht für den Eigentümer (C. Th. 13, 10, 3) und der Grundsatz, daß sie nur mit einem betriebsfähigen landwirtschaftlichen Unternehmen veräußert werden können, nicht aber zur Umgehung der Vorschriften nur mit einer parva portio terrae (C. J. 11, 48, 7, 1). Unzulänglich bleibt diese Gesetzgebung aber insofern, als sie aus dem ganzen Komplex nur ein Problem, damals wohl das brennendste, die Arbeitsorganisation, herausgriff und regelte. Es fehlt weiterhin ein Gesetz, welches das Schicksal des übrigen instrumentum beim Verkauf oder der Verpfändung des fundus regeln würde, obwohl die byzantinische Theorie hierfür eine ausbaufähige Grundlage bereitgestellt hätte, denn Theophilus 2, 20, 17 erklärt, wenn auch nur in der Lehre vom Legat, das instrumentum fundi als παρακολούθημα (accessio) des fundus mit der Folge, daß mit dem Unwirksamwerden des Legates am fundus immer auch das Vermächtnis am instrumentum erlösche. Wohl aber hat der westgotische Paulus 3, 6, 34 und 49 in offenem Widerspruch zu den Digestenjuristen (s. u. S. 82), aber in Einklang mit der hier verfolgten Entwicklung das Legat eines fundus auch ohne besondere Willenserklärung auf in-

[1] Zur adscriptio censibus im allgemeinen vgl. C. Th. 5, 3, 1; 11, 1, 14; 26.
[2] C. Th. 11, 1, 14. Nov. Val. 35, 18. C. J. 11, 48, 13, 1. Ed. Theod. 142.

strumentum und adjectiones ausgedehnt und damit die Wirtschaftseinheit des fundus weitgehend anerkannt.

D. In der Gesetzgebung des Freistaates und der Kaiserzeit fehlt endlich auch der Ansatzpunkt, der im modernen Recht von so großer Bedeutung für die gesetzliche Bindung des Grundstückszugehörs geworden ist, nämlich die Exekution gegen landwirtschaftliche Betriebe.[1] Es ist mir keine Norm bekannt geworden, welche dieses Problem wirklich lösen würde. In Betracht kämen aus dem öffentlichen Rechte der Verkauf der praedia subsignata,[2] aus dem privaten Verfahrensrecht die Spezialexekution in einen fundus; nicht hingegen der Konkurs, da beim Erwerb des gesamten Schuldnervermögens durch den bonorum emptor der fundus mit seinen Betriebsmitteln keine Sonderstellung einnahm. Aus dem gleichen Grunde ist auch aus einer Verordnung, wie C. Th. 9, 42, 7 (369),[3] die eine Verzeichnung eines beschlagnahmten Landgutes unter besonderer Hervorhebung der Betriebsmittel anordnet, für unsere Frage nichts zu folgern. Es wird eben die Errichtung eines Gesamtinventares verlangt und nicht etwa das Schicksal des instrumentum besonders geregelt. Wenn hingegen beim pignus in causa judicati captum vorzugsweise Vieh und Sklaven, die doch möglicherweise zum instrumentum vocale und semivocale gehören, dem Zugriff der Exekution freigegeben werden, ohne daß irgendeine Einschränkung zugunsten landwirtschaftlicher Betriebe erwähnt würde,[4] so geht daraus mindestens das eine hervor, daß unser Problem von den Klassikern nicht beachtet, vermutlich für sie nicht praktisch geworden ist.[5]

[1] Kohler, Jherings Jb. 26, 78f.
[2] Quellenübersicht bei Rivier, Untersuchung über die cautio praedibus praediisque (1863), dazu Partsch, Demotische Bürgschaft, 639f.
[3] Et plena descriptio comprehendat, quod spatium et quod sit ruris ingeniosum, quid aut cultum sit aut colatur, quid in vineis olivis arentibus pascuis silvis fuerit inventum . . . quotve mancipia in praediis occupatis vel urbana vel rustica vel quarum artium generibus inbuta teneantur, quot sint casarii vel colani, quot boum exercitiis terrarum atque vomeribus inservientium, quot pecorum et armentorum greges et in qua diversitate numerati sint . . .
[4] Dig. 42, 1, 15, 2 (Ant. Pius); cf. 9, 2, 29, 7.
[5] Ebenso auch nicht bei der Enteignung. Bei de Robertis, La espropriazione per pubblica utilità nel diritto Romano, finde ich wenigstens

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Erst im Zuge der spätkaiserlichen Agrarpolitik wurde auch bei Exekutionen der Zusammenhang zwischen fundus und instrumentum wenigstens tatsächlich beachtet und gewahrt. Wenn z. B. C. Th. 11, 36, 25 (378) bei der executio de possessione vel fundis angeordnet wird, daß fructus omnes, qui tempore interpositae provocationis capti vel postea nati erunt, in deposito conlocentur, jure fundi penes eum qui appellaverit, constituto, so ist es klar, daß hier auch die Mittel zur Fruchtgewinnung mit dem fundus vereint geblieben sein müssen.[1] Noch weiter geht eine Verordnung Konstantins (C. Th. 2, 30, 1 = C. J. 8, 16, 7), die sich, wie Gothofred nachgewiesen hat, in ihrer ursprünglichen Fassung nur auf fiskalische Forderungen bezogen hat. Sie verbietet, aus diesem Titel servi und boves aratores exekutiv zu pfänden, weil dadurch illatio tributorum retardator! Das Verbot muß aber trotz der den Vollstreckungsorganen angedrohten Kapitalstrafe nicht viel geholfen haben, weil Theodosius II. im Jahre 414 gezwungen war,[2] in einem Erlaß an den comes sacrarum largitionum neuerlich die Pfändung von Sachen, die ad culturam agri pertinent (C. J. 8, 16, 8), zu verbieten und unter einem (C. J. 11, 48, 15) auch die Exekution auf Kolonen zu untersagen. In der justinianischen Gestalt von C. Th. 2, 30, 1 wurde durch Interpolation das Pfändungsverbot auch auf das instrumentum aratorium ausgedehnt[3]

keine Stelle, welche die Frage streifen würde, welchen Umfang die Enteignung eines fundus habe. Hingegen scheint in den Papyri ein ähnliches Problem bei der Konfiskation aufgetaucht zu sein. Die Bittschrift P. Cairo Zenon 460 hat zum Gegenstand eine Meinungsverschiedenheit über den Umfang von offenbar konfiszierten und durch die Praktores versteigerten σκαλίσματα samt συγκόμματα.

[1] Vgl. auch Nov. 167, wo die gerichtliche Übergabe des Exekutionsobjektes (παράδοσις; dazu Bethmann-Hollweg, Röm. Zivilproceß, III, 313, und v. Druffel, Papyrologische Studien, 68, 1) in der gleichen Weise wie bei der rechtsgeschäftlichen Tradition vor sich geht, also vermutlich der ganze landwirtschaftliche Betrieb durch einheitlichen Akt übergeben worden ist.

[2] Bei Andreoli, 64, Note 3 und 4, ist das zeitliche Verhältnis der beiden Konstitutionen durch ein Versehen verwechselt worden.

[3] In der Dreiteilung servi boves instrumentum aratorium klingt — vielleicht unbewußt — die Varronische Gliederung in instr. vocale, semivocale und mutum nach.

und durch Einreihung in den Titel quae res pignori obligari possunt vel non der Anschein erweckt, als ob auch rechtsgeschäftliche Verpfändungen von Inventarstücken des fundus unzulässig wären, was zum Digestenrecht in offenem Widerspruch stünde und wohl nie praktisches Recht war. Diese ungenügende Durchbildung des Exekutionsrechtes hängt mit der späten Entwicklung der Spezialexekution zusammen. Die kaiserliche Gesetzgebung hat nicht mehr die Kraft und wohl auch gar nicht die Absicht, die außerhalb des Interessenbereiches der vorwiegend stadtrömisch und privatrechtlich eingestellten Klassiker[1] liegenden Rechtsinstitute dogmatisch zu klären und auszubauen. Sie beschränkt sich auf Eingriffe aus konkretem Anlaß und läßt in der uns vorliegenden Überlieferung das tatsächlich geübte Recht oft nur unvollkommen erkennen.

VI. Die Jurisprudenz.

Nachdem wir nun versucht haben, das römische landwirtschaftliche Unternehmen an Hand der Tatsachen des Rechts- und Wirtschaftslebens zu rekonstruieren, die Auffassungen der antiken landwirtschaftlichen Betriebslehre und den Standpunkt der römischen Gesetzgebung gegenüber dem Fundusproblem geprüft haben, kehren wir zur Frage zurück, die den Ausgangspunkt unserer Untersuchung gebildet hat und die allein in der dogmatischen und rechtsgeschichtlichen Literatur eingehend behandelt worden ist: Wie stellt sich die römische Jurisprudenz zum landwirtschaftlichen Unternehmen? Hat sie ihrer Arbeit unternehmensrechtliche Gesichtspunkte zugrunde gelegt oder ist sie im Formaljuristischen stecken geblieben und hat sich begnügt, Auslegungsregeln für die Geschäfte über den fundus zu geben? Dieser Gegensatz ist die wesentliche Grundlage der eingangs geschilderten Kontroverse zwischen Oppikofer und Bonfante. Oppikofer glaubt die große Leistung der römischen Jurisprudenz darin zu erkennen, daß sie im Begriff der Pertinenz kraft subjektiver Zweckwidmung die elementare Grundlage des land-

[1] Schulz, Prinzipien, 221.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

wirtschaftlichen Unternehmensrechtes gefunden habe, ohne freilich die unternehmensrechtlichen Gedanken in voller Konsequenz durchgeführt zu haben. Ein Argument Oppikofers für diese mangelnde Folgerichtigkeit, daß nämlich die Römer die unternehmensrechtliche Organisation nur auf sachenrechtlicher Basis anerkannt haben, wiegt an sich wohl nicht schwer, wenn man bedenkt, daß das Reichserbhofgesetz, das doch gewiß den Erbhof als landwirtschaftliches Unternehmen sehr weitgehend schützen will, durchaus vom Gedanken des Zubehörs beherrscht ist, Arbeits- und Absatzorganisation überhaupt nicht erfaßt und auch die wenigen Forderungen, die zum Hof gehören, in die Denkform des Zubehörs einschließt. Das ist meines Erachtens kein Zufall. Beim landwirtschaftlichen Unternehmen mittlerer Größe steht eben der Boden derart im Vordergrund des Betriebes, daß es genügt, die dem Betriebe dienenden Sachen als Zubehör an den Boden zu binden, nicht aber die Notwendigkeit besteht, über das Zubehör hinausgehende Bindungen auszusprechen. Da übrigens in der römischen Landwirtschaft ein Teil der Arbeiter, die mancipia rustica, coloni und inquilini, ohnedies nach sachenrechtlichen Gesichtspunkten dem fundus eingegliedert ist, würde in diesem freilich sehr unerfreulichen Punkte die römische Unternehmensorganisation sogar über die moderne hinausreichen. Hingegen ist Oppikofer gegenüber Bonfante durchaus im Unrecht, wenn er glaubt, die klassische Jurisprudenz hätte gerade auf dem Pertinenzbegriff aufgebaut. Dagegen sprechen zwei gewichtige Gründe. Einmal ist der Name Pertinenz den Digestenjuristen fremd und taucht erst — in anderer Bedeutung — in den oben herangezogenen spätrömischen Veräußerungsurkunden auf. Dann aber, weil, wie Bonfante nachdrücklich betont, weder der Begriff pars noch der des instrumentum rechtlich dem entspricht, was wir unter gemeinrechtlichem Einflusse unter Pertinenz-Zubehör verstehen. Denn weder pars noch instrumentum entstehen durch rein subjektive Zweckwidmung und auch ihre rechtliche Bindung an den fundus ist nicht die eines Zubehörs. Diese Behauptungen bedürfen allerdings noch eines näheren Beweises aus den Quellen.

A. Die juristische Theorie des Instrumentum.

1. Um Oppikofers durch Sokolowski beeinflußte These von der subjektiven Zweckwidmung zu überprüfen, muß das Voluntasproblem, soweit es hier einschlägig ist, überblickt werden, und zwar zuerst für das instrumentum, weil nur dieses von den Juristen ex professo behandelt worden ist. Der ganze Digestentitel de instructo vel instrumento legato (33, 7) setzt sich zusammen aus Fragmenten von Sabinuskommentaren und anderen zivilrechtlichen Werken, die sich im Legatsrecht mit der Auslegung des Wortes instrumentum und gleichwertiger Ausdrücke befassen. Ebenso wie in den benachbarten Titeln der Bücher 33 und 34 wollen die Klassiker Auslegungsregeln gewinnen für die Worte, welche der Testator einer letztwilligen Erklärung für Sachgesamtheiten, wie instrumentum, penus, supellex, mundus, aurum, cibaria u. ä., gebraucht hat. Alle diese Regeln gruppieren sich um die zentrale Frage, ob die verba des Testamentes oder die voluntas des Testators entscheidend sein sollen.[1]

Den Ausgangspunkt für die römischen Juristen bildet auch hier selbstverständlich die Auslegung nach dem Wortlaut; ohne die Frage nach dem wirklichen, ja nicht einmal nach dem vermuteten Willen ausdrücklich zu stellen, werden die verba, bzw. die scriptura nach der usuellen Wortbedeutung ausgelegt. So bei dem ältesten mir bekannten Falle, in dem das Legat eines fundus cum instrumento Anlaß zur Auslegung durch Qu. Mucius, den Verfechter des status scripti in der

[1] Das Problem verba — voluntas ist seit Gradenwitz unendlich viel behandelt worden, in neuerer Zeit von Riccobono, Mélanges Cornil (1926), II, 357 ff. Donatuti, BIDR 34 (1925), 185 ff., zuletzt im Buch von Maschi, Studi sull' interpretazione dei legati (1938; dazu Kreller, Sav. Z. 60, 286), und von Koschaker, Conferenze Romanistiche di Pavia (1940), 104 f., 155, 175. Andreoli, 49 f., nimmt nur von einem dogmatisch harmonisierenden Standpunkt aus zur Frage der willensmäßigen Bindung des instrumentum an den fundus Stellung.

Allgemeine Übersicht über das Voluntas-animus-Problem bei Albertario, Studi Bonfante, 8, 645 f.; Introduzione, 118 f. Pringsheim, Animus in Roman Law (1933), und Riccobono, Atti del Congresso di Diritto Romano, Roma, I, 179 f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

causa Curiana, gab.[1] Unter dem Einfluß des Sabinus überwiegt die Wortauslegung noch im Titel 33, 7. Die Juristen geben offenbar von den in den Testamentsvorlagen am häufigsten vorkommenden verba aus[2] und erläutern, um nur das Wichtigste zu nennen, die Formeln fundus cum instrumento,[3] fundus et instrumentum,[4] fundus instructus.[5] Seltener sind die Wendungen f. ut optimus maximus,[6] f. cum mancipiis, pecoribus et omni instrumento o. s.,[7] fundum uti possedi,[8] f. sicut est,[9] fundum quoque ibi sunt[10] und f. cum dotibus.[11] Dabei laufen in den Kommentaren und Responsen zwei Fragen nebeneinander: 1. Was bedeutet das Legat des instrumentum, bzw. des fundus instructus an sich, was gehört alles dazu, und 2. — viel seltener erörtert — wie ist die Verbindung zwischen fundus und Betriebsmitteln bei den Formeln f. cum instrumento, f. et instrumentum und f. instructus rechtlich zu bestimmen?

2. Die erste Frage wird für das instrumentum, wie oben angeführt, vielleicht unter dem Einfluß des Varro von Sabinus[12] nach der Formel beantwortet: in instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi cogendi conservandi gratia

[1] Dig. 28, 5, 35, 3; anderer Ansicht Maschi, 32, der hier eine Willensauslegung findet.

[2] Vgl. Dig. 33, 7, 27, 3; 5; 28; 33, 7, 18, 3 (Scaevola); 33, 7, 5 (Paulus); 33, 10, 14 (Callistratus).

[3] Paul. 33, 7, 15, 2; Scaev. 33, 7, 20, 7; Neral.-Paul. 33, 7, 24.

[4] Labeo-Paul. 33, 7, 5.

[5] Labeo-Paul. 33, 7, 5; Scaev. 33, 7, 6; 20 pr., 1; 28; Vitellius-Sabinus-Cassius-Ulp. 33, 7, 12, 27; Cassius-Ulp. 18, 1; Pap. 3 pr.; Pap. Ulp. 12, 46; 47; Paul., sent. 3, 6, 50—51. Vgl. Diokl. C. J. 6, 38, 2.

[6] Paul. 33, 7, 22 pr.; sent. 3, 6, 45; Scaev. 32, 93, 4.

[7] Paul. 33, 7, 22, 1; sent. 3, 6, 47; Dig. 32, 92 pr.

[8] Scaev. 32, 93, 2; 33, 7, 20, 9; Paul., sent. 3, 6, 58; Dig. 32, 78, 2; Pap. 32, 91, 1.

[9] Scaev. 33, 7, 27, 4; Paul. 32, 78, 3.

[10] Qu. Mucius 28, 5, 35, 3; Sab. 33, 7, 18, 12; Scaev. 32, 93, 2.

[11] Pap. 33, 7, 2, 1; Scaev. 20, 1.

[12] In Anschluß an Vitellius (s. o. S. 28); denkbar wäre es, daß schon Servius, der von Ulpian in diesem Zusammenhange zweimal (33, 7, 12 pr. und 6) zitiert wird, eine Formel für das instrumentum aufgestellt hätte.

parata sunt. Welches Ansehen diese von Ulpian und Paulus übernommene Formel[1] erlangt hat, zeigt der Umstand, daß noch Diokletian, C. J. 6, 38, 2, sie unter Berufung auf die juris auctoritas als verbindlich anerkannte. Maßgebend für die Zugehörigkeit zum instrumentum ist darnach also die rein objektive Eingliederung in den landwirtschaftlichen Produktionsprozeß, der notwendige Dienst an der cultura fundi. In reicher Kasuistik haben die veteres und die Klassiker nach dieser Formel das Thema der Zugehörigkeit zum instrumentum behandelt. In Einzelheiten herrscht vielfach Widerspruch, doch ist ein bestimmter Schulgegensatz kaum festzustellen,[2] denn auch Labeo, Neratius und Pegasus (Dig. 33, 7, 12, 3 und 4) stehen der von Ulpian und Paulus überlieferten Sabinianischen Schuldefinition des instrumentum nahe, Pegasus tritt dem von Cassius[3] aufgestellten Unterscheidungsmerkmale zwischen instrumentum und ornamentum[4] rückhaltlos bei. Nur bei einer Auslegungsregel ist ein Schulgegensatz zu erkennen. Labeo (33, 7, 5) lehrt,[5] daß zwischen fundus cum instrumento und fundus instructus kein Unterschied bestehe, wie denn auch die ravennatischen Urkunden, die Glosse zu Theophilus[6] und wohl auch die justinianische Rubrik zu Dig. 33, 7 beide Ausdrücke als gleichwertig behandeln. Hingegen sagen Servius

[1] Ulp. 33, 7, 8 und 12. Paul., sent. 3, 6, 35—37; cf. 33, 7, 9. Zu der von Lauria, Annali Macerata, VI, 46, konstatierten Übereinstimmung zwischen Ulpian und Paulus vgl. Scherillo, Studi Riccobono, I, 41. Von der Sabinianischen Formel weicht Alfenus ab (33, 7, 12, 2), der noch die volkstümliche Bedeutung des instrumentum als agrartechnischen Apparates vertritt (s. o. S. 26).

[2] Vgl. Maschi, 57.

[3] Der wohl auch hier Vorgänger hatte. Vgl. Alf. Dig. 32, 60, 3, wo der Unterschied zwischen ornandi und tuendi causa, allerdings in anderem Zusammenhange, verwendet wird.

[4] ad tutelam (sc. domus) oder ad voluptatem 33, 7, 12, 16.

[5] So auch Pap. 33, 7, 2 und 12, 37. Bonfante, II/1, 145, 2; a. A. Beseler, IV, 150, und Andreoli, 40, 4.

[6] Ferrini, Opere, I, 190. Ganz verständnislos ist Isid. Etymol., V, 26—27, obwohl die Reihenfolge seiner Stichwörter (Pfandrecht, Besitz, usus, usus-fructus) zeigt, daß sie aus einer juristischen Quelle stammen.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

(33, 7, 16, 2), Sabinus und Cassius (33, 7, 12, 27 — durch Glossen erweitert) in Fortentwicklung der erwähnten Definition des instrumentum, daß f. instructus mehr sei als f. cum instrumento, denn beim f. instructus entscheide nicht der objektive Dienst an der agricultura, sondern ein subjektives Moment, der proprius usus: omnia quae eo collocata sunt, ut instructior esset paterfamilias.[1] Dieser subjektive, auf die Bequemlichkeit des Eigentümers abstellende Begriff hat dann freilich mit wirtschaftlichen und gar mit unternehmensrechtlichen Erwägungen kaum mehr Berührung. In den anderen Kontroversen, die den Umfang des instrumentum betreffen, ist die Haltung der Schulen nicht mehr zu erkennen. In der Frage, ob Getreide zum instrumentum gehöre, beruft sich Ulpian für seinen bejahenden Standpunkt in einer verdorbenen Stelle[2] gegenüber anonymen plurimi auf Servius und seine Schüler, aber nur für das zum Unterhalt der familia rustica bis zur nächsten Ernte Erforderliche (vgl. § 9 Reichserbhofgesetz!); auch für das Saatgut wird trotz der ablehnenden Haltung der Agrarschriftsteller (s. o. S. 34) die Zugehörigkeit angenommen, jedoch im überlieferten Text nur ‚nonnulli' als Eideshelfer aufgerufen.[3]

Auf Servius geht auch die Lehre zurück, daß die Hilfskräfte, welche zur Deckung gewerblichen Bedarfes auf dem fundus gehalten werden, als instrumentum instrumenti und daher auch als instrumentum fundi anzusehen seien (33, 7, 12, 6), doch ist auch hier der Text schlecht überliefert[4] und wird eine gegnerische Meinung nicht erwähnt. Ebensowenig

[1] Vgl. 33, 10, 7, 1: patris familias instrumentum mit proprium suum instrumentum in 33, 7, 12, 27.

[2] Dig. 33, 7, 12 pr. Dazu Beseler, III, 129, der aber bei seiner Textherstellung die Entscheidung des Servius ins Gegenteil verkehrt, und Maschf, 49. Die dem Ulpian in den Mund gelegten Gründe: quia et instar culturae est et ita consumitur, ut semper reponeretur sind nicht nur sprachlich schwer anstößig, sondern auch sachlich belanglos.

[3] Wie Ulpian entscheidet auch Paul, sent. III, 6, 44 = 33, 7, 18, 4. Aus letzterem Fragment geht übrigens hervor, daß zu den ‚nonnulli' auch Scaevola gehören muß, der in zwei Responsen die gleiche Ansicht vertritt. [nisi — probaret] itp.

[4] Vgl. Mommsens Verbesserungsvorschläge zur Stelle.

auch bei der Cassianischen Lehre (33, 7, 12, 11), daß es quae solo continentur, nicht zum instrumentum gehören.[1] In frg. 25 pr. h. t. wird endlich noch über eine Kontroverse zwischen Labeo und Tubero, der als Schüler des Ofilius möglicherweise eine Ansicht des Servius wiedergibt, berichtet. Tubero vertritt die wirtschaftlich richtige Ansicht, daß zum instrumentum nur so viel Kleinvieh (pecus) zähle, als der fundus selbst ernähren könne (sustinere), während Labeo, anscheinend mit Erfolg, widersprach. Die Begründung des Labeo ist freilich kaum mehr aus der Stelle zu rekonstruieren, denn das aufgeregte Gerede gehört sicher nicht Labeo an.[2] Dieser hat wahrscheinlich die Ansicht vertreten, daß es auch hier nicht auf das wirtschaftlich notwendige, sondern auf das tatsächlich vorhandene instrumentum ankomme, ein Gegensatz, der uns jetzt durch die verschiedene Auffassung des Zubehörs in § 98, 2 BGB und § 297 ABGB einerseits und § 7 REG. anderseits so geläufig geworden ist.

3. Neben dieser überwiegend vertretenen objektiven Auslegung der verba legati, die nach dem individuellen, wirklichen Willen des Erblassers nicht fragt, sondern höchstens aus der usuellen Wortbedeutung und den wirtschaftlichen Zusammenhängen einen typischen Willen vermutet, wird in einer Reihe von Stellen die Auslegung nach dem wirklichen Willen als maßgebend erklärt. Dabei ist es wohlgemerkt der Wille des Testators, der entscheiden soll, ob das instrumentum vermacht sei und was dazu gehöre, nicht aber der Wille des Eigentümers des fundus, der durch Verfügung unter Lebenden eine Pertinenzierung schafft. Ein größerer Teil von diesen Quellenaussprüchen ist schon durch die äußere Form zweifellos als Ergebnis byzantinischer Ve-

[1] Vgl. hierzu Ulp. Dig. 7, 1, 9, 6, wo aber die Bezeichnung des seminarium als quasi instrumentum agri itp. ist. Vgl. S. 87.

[2] Pernice war geneigt, [non — esse] zu streichen (Bremer, Jurisprudentiae, II, 1, 188); zustimmend Andreoli, 43, 1. Der geistige Urheber des Beispiels von den 2000 Schafen hat übersehen, daß nur pecora stercorandi causa parata zum instrumentum gehören (Sab. Ulp. 33, 7, 8 pr. Alf. 33, 60, 3) und daß man diese Zahl nicht willkürlich verdoppeln könne. Cato 10, 2 rechnete 100 Schafe auf 140 jugera Ölpflanzung. Vgl. auch Beseler, Sav. Z. 54, 19.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

luntastheorie gekennzeichnet. So die bekannten Sätze [nisi aliud testatorem sensisse heres probaret] oder [nisi manifeste contrariam voluntatem coheredes approbant], die als Anhängsel an eine ausgesprochen objektive Auslegung der verba legati diese ins Gegenteil verkehren; indem sie dem irgendwie erweislichen Willen des Erblassers den Vorrang vor seiner Erklärung einräumen, machen sie die im echten Texte vom Klassiker erarbeitete Auslegungsregel vollständig wertlos.[1] Zu diesen interpolierten nisi-Sätzen zähle ich aus dem Titel 33, 7 die Fragmente 12, 43, 44, 45; 18, 9, 11; 20, 2; 27, 3;[2] bei dieser Auslegungsmethode haben wirtschaftliche Beziehungen nichts mehr zu sagen. Unecht ist aber auch die sententia defuncti im frg. 1, 1[3] und die contraria voluntas (sc. testatoris) in Dig. 7, 1, 15, 6.[4]

Natürlich gibt es aber auch einige echte Stellen, die instrumentum und voluntas testatoris in Beziehung bringen, darunter sogar eine, in der Pedius das Problem anscheinend grundsätzlich zu lösen versucht: Optimum ergo esse Pedius ait non propriam verborum significationem, sed inprimis quod testator demonstrare voluerit, deinde in qua praesumptione sunt qui in quaque regione commorantur.[5] Das sieht so aus, als ob Pedius hier in der bekannten Kontroverse zwischen

[1] Das justinianische System befolgt noch § 683 ABGB; dazu schon Krainz, System des österr. Privatrechtes, II[4], 708.

[2] Außer den im Ind. Itp. angeführten Autoren vgl. noch Beseler, Tijdschr., X, 186.

[3] Vgl. Messina-Vitrano, Annali Perugia, 28 (1915), 291 f., zum Widerspruch zwischen l. 1, 1 und l. 5; dazu noch Weiß, Sav. Z. 45, 380.

[4] Stoll, Sav. Z. 44, 12, 5; Guarneri-Citati, SDHJ, I, 178, 79; contra Bonfante, Corso, II/1, 148, 2. In die l. 17, 2, Dig. 18, 1 (dazu Ind. Itp.) ist das Legat wohl nur durch Interpolation hineingekommen; im zweiten Satz des § 2 ist nur mehr vom Kauf die Rede und die ganze Stelle ist aus dem Kommentar zum Edikt Empti venditi entnommen.

[5] Paulus 33, 7, 18, 3; dazu Riccobono, Mél. Cornil, II, 361, 3. Donatuti, BIDR 34, 209; La Pira, BIDR 45, 320 f. Grosso, Studi Bonfante, II, 197, 28. Maschi, 55 (fälschlich als Dig. 33, 7, 19, 3 zitiert). Beseler, Sav. Z. 53, 34, 1, Himmelschein, Symbolae Friburgenses, 407. Andreoli, 47 f., und jetzt besonders Koschaker, Conferenze Romanistiche, 177 f. Zur Bedeutung von demonstrare Stroux bei Koschaker, 101, 43.

Servius und Tubero (Dig. 33, 10, 7, 2) die Partei des Tubero ergreifen wolle, denn nicht der communis usus nominum (Servius) = propria verborum significatio soll über den Umfang des legierten instrumentum entscheiden, sondern in erster Linie die voluntas dicentis (Tubero) = quid testator demonstrare voluerit (Pedius). Wenn aber Paulus und Pedius eine Auslegungsregel für das instrumentum fundi herausziehen, die von Tubero für die supellex entwickelt worden ist, so zeigt diese Gleichbehandlung von supellex und instrumentum ein von wirtschaftlichen Erwägungen freies Denken, das lediglich den persönlichen Interessenkonflikt zwischen Erben und Vermächtnisnehmer nach identischen Regeln ordnen will. Bei der supellex und auch noch beim fundus instructus im Sinne Ulpians wäre die Abgrenzung nach der Willkür des Erblassers ja naheliegend, beim instrumentum fundi müßten aber die Beziehungen zum landwirtschaftlichen Betriebe entscheiden. Daher wäre die subjektive Auslegung hier durchaus nicht als Fortschritt zu werten gegenüber der Sabinianischen Regel, die zur Erforschung des typischen Willens immer auch die wirtschaftlichen Gegebenheiten berücksichtigt. Übrigens glaube ich, wenn der Schlußsatz des Pedius echt ist,[1] daß der Jurist mit seiner im frg. 18 etwas zusammenhangslos dastehenden Äußerung gar nicht der schrankenlosen Willensauslegung das Wort reden, sondern ebenso wie Marcellus, Dig. 32, 69, 1, nur den subjektiven Sprachgebrauch des Erblassers berücksichtigt wissen wollte.

4. Ergeben die bisher untersuchten Stellen nichts für Oppikofers These, weil sie nur Regeln für die Testamentsauslegung aufstellen wollen, so wären jetzt noch die Fragmente zu prüfen, in denen die unter Lebenden erfolgte destinatio des Grundeigentümers einen objektiven Sachzusammenhang zwischen fundus und instrumentum und dessen Bestandteilen derart herstellen soll, daß auch die letztwillige Verfügung über diesen fundus durch die destinatio inhaltlich bestimmt wird.[2] Nun ist es aber auffallend, daß sich alle Stellen, in denen die Zugehörigkeit zum instrumentum durch die destinatio

[1] So Grosso gegen Donatuti; vgl. Koschaker, 177 f.

[2] Dazu auch Maschi, 70.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

patrisfamilias hergestellt wird, gerade nur auf unfreie Arbeitskräfte beziehen. Gewiß lag die Disposition über den Arbeitseinsatz der mancipia rustica letzten Endes immer beim Eigentümer des fundus und war durch die Eingliederung in den landwirtschaftlichen Betrieb objektiv auch die Zugehörigkeit zum instrumentum entschieden.[1] Es ist aber nicht zu übersehen, daß in den von der destinatio handelnden Stellen der Prozeß der dinglichen Bindung an die Scholle, den wir aus den Quellen der absoluten Kaiserzeit kennen (s. o. S. 66), vorweggenommen oder doch weitgehend vorbereitet erscheint.

Paul. sent. 3, 6, 48[2] ist in der vorliegenden Form sicher unecht, weil das Fragment deutlich den entwickelten Kolonat voraussetzt.[3] Das gleiche gilt wohl auch für den Schlußsatz des Papinianischen Responsum 33, 7, 12, 37 (ac — faceret), der sogar in seinem Wortlaut mit den Verordnungen des 5. und 6. Jahrh. über die Versetzung von Kolonen übereinstimmt,[4] zugleich aber mit dem Vordersatz und der Auffassung, die Pap. 33, 7, 2, 1 vom fundus instructus vertritt, nicht im Einklang steht. Der Zusammenhang von § 37 und 38 zeigt, daß Papinian lediglich sagen wollte, nicht der augenblickliche Aufenthaltsort entscheide über die Zugehörigkeit des mancipium, sondern die betriebliche Eingliederung. Fehlt es an dieser, so hilft auch der animus patrisfamilias nichts, und umgekehrt muß wohl die Eingliederung genügen, ohne daß noch der animus transferendi dazukommen müsse. Ebenso sind die beiden sprachlich anstößigen Ulpianstellen, Dig. 28, 5, 35, 3[5]

[1] Treb. Ulp. 33, 7, 12, 5 (Maschi, 70); Scaev. 34, 4, 31 pr. (Koschaker, 119, 134).

[2] Actor vel colonus ex alio fundo in eodem constitutus, qui cum omni instrumento legatus erat, ad legatarium non pertinet, nisi eum ad jus eius fundi testator voluerit pertinere.

[3] Vgl. Segrè, Arch. giur., 46, 267.

[4] Vgl. Dig. 33, 7, 12, 37: mancipia eo animo transtulit pl. ut fundi instrumentum faceret mit Nov. Val. 35, 13 (452) ex referto agro ad alterum rus aliquos homines propria voluntate et ordinatione transtulerit. Vgl. auch C. J. 11, 48, 13, 1 (460) und Dig. 30, 112 mit C. J. 11, 48, 2. Donatuti, 203; contra Maschi, 114 f.

[5] Quare ne servi quidem, qui operari in agro consuerunt, qui in alios agros revertebantur, et quasi ab alio commodati in eo sunt condicione,

und 33, 7, 12, 14,[1] meines Erachtens auch sachlich bedenklich, weil hier von Sklaven gesagt wird, daß sie agro und nicht fundo destinati sunt, wie ein italische Verhältnisse berücksichtigender Klassiker geschrieben hätte.[2] Im frg. 35, 3 wird im Gegensatz zur präzisen Fragestellung bei Qu. Mucius (fundus erat legatus vel cum instrumento vel cum his, quae ibi sunt) konfus von mehreren agri geredet, zwischen denen die Sklaven ausgeliehen werden, ohne zu beachten, daß diese agri doch normalerweise zum selben fundus gehören und daher die innerbetriebliche Verschiebung kein juristisches Problem bilden kann. Im anderen Fragment ist aber die Entscheidung, für die ausnahmsweise keine Autorität angeführt wird,[3] in offenem Widerspruch zum frg. 4 Dig. 33, 7, das — anscheinend nach Prokulianischer Lehre —, wenn für ein Stück des instrumentum möglicherweise zwei fundi juncti zuständig wären, nicht die destinatio patrisfamilias, sondern die wirtschaftliche Eingliederung entscheiden läßt. Ebenso läßt Paulus in der soweit echten l. 19 Dig. 33, 7 für die Zugehörigkeit der mancipia zum instrumentum nicht wie angeblich Scaev. Dig. 20, 1, 32 pr. den animus des dominus fundi entscheidend sein,[4] sondern ganz schlicht das inducere fundi colendi gratia.

ut ad legatum pertinerent, quia non ita in agro fuerunt, ut ei agro viderentur destinati. Verbesserungsvorschläge in der ital. Digestenausgabe.

[1] Dazu Beseler, Tijdschr., X, 185, und zu der hier vorkommen den Phrase si quidem apparet, si non apparet Jur. Miniaturen, 87 f.

[2] Besonders scharf Servius 33, 7, 16, 1: instrumentum vineae nihil esse, d. h. ein Weingarten ist kein fundus, sondern nur eine pars fundi und hat daher als solcher kein instrumentum. Dagegen allerdings Alfenus, l. c.

[3] Si quis eodem instrumento in pluribus(?) agris(?) utitur, cuius agri sit instrumentum quaeritur, et ego arbitror, si quidem apparet voluntas patrisfamiliae, cui potius agro destinaverat, eius esse instrumentum: ceteri enim agri ab hoc agro veluti mutuantur; si non apparet, nullius(?) instrumento cedet. Andreoli, 47, hält die Stelle für unversehrt.

[4] Anstößig ist auch servi non temporis causa accomodarentur; vgl. dazu die Itp. in den eben besprochenen Ulpianstellen 28, 5, 35, 3 und 33, 7, 12, 14.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Hier liegt aber der echte Kernpunkt aller dieser Stellen. Nach übereinstimmender Lehre, die von Qu. Mucius (28, 5, 35, 3) über Labeo, Trebatius, Javolen (33, 7, 4), Pomponius (32, 44), Scaevola (20, 1, 32 pr.) bis Papinian (32, 7, 12, 37) und Paulus (33, 7, 19 pr.) reicht,[1] entscheidet beim Legat des f. cum instrumento nicht eine vorübergehende Verbindung eines Sklaven mit dem Fundusunternehmen, sondern da das instrumentum nur die res dictas manusve umfaßt, die dauernde Eingliederung. Von einem besonderen, rechtlich relevanten animus ist in der unversehrten Überlieferung nicht die Rede. Dem subjektiven Willensakt kann also nur eine sehr beschränkte Bedeutung beigelegt werden. Nur in Verbindung mit der dauernden Zuteilung wird aus ihm eine Regel für die Auslegung des legatum fundi gewonnen. Ein Realakt nach Art der Pertinenzierung kann in der destinatio patrisfamilias in den klassischen Quellen überhaupt nicht gefunden werden, in den tribonianisierten Digesten aber nur für unfreie, den Kolonatsgesetzen unterstellte Arbeitskräfte. Die Streitfragen der modernen Dogmatik nach der rechtlichen Natur der Pertinenzierung, ob Realakt, Rechtsgeschäft oder bloßes Faktum, haben daher für die römischen Quellen wohl keine Bedeutung.

5. Die zweite der oben aufgeworfenen Fragen ist die nach dem Schicksal des instrumentum, wenn der fundus Gegenstand eines Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäftes ist. Wie weit reicht nach der Lehre der Klassiker die rechtliche Bindung zwischen Boden und seinen Betriebsmitteln? Wird das instrumentum wie eine Pertinenz von den Geschäften über den fundus von selbst ergriffen oder nur kraft ausdrücklicher Willenserklärung? Das Problem wird von den Klassikern überhaupt nur für Legat, Ususfrukt und Pacht beachtet, nicht aber für Veräußerungen unter Lebenden.[2] Beim Kauf muß

[1] Analoge Gedankengänge finden sich auch bei Labeo 19, 1, 17, 7, Paul. 32, 78, 7 und Modest. 32, 62.

[2] Für das Pfandrecht gibt es zwei Stellen, Scaev. 20, 1, 32 pr. und Modest. 20, 1, 26, 2, die in entfernter Beziehung zum Problem stehen. Bei Modestin sind praedia ausdrücklich cum mancipiis verpfändet. Der Pfandnexus soll, im Gegensatz zu der von Scaev. für das instrumentum tabernae (Dig. 20, 1, 34 pr.) gegebenen Lösung (dazu Oppikofer, 42), nicht im die Augenblick der Pfandhaftung vorhandenen Sklaven, sondern nur die zur Zeit der Verpfändung auf dem fundus befindlichen und die Kinder verpfändeter Sklavinnen ergreifen. Scaevola hingegen gibt nur eine Interpretation eines ihm vorliegenden Pfandvertrages, und zwar der Klausel: Quaecumque in praedia pignori data inducta invecta importata ibi nata parata essent, pignori essent. Er sieht, wie oben S. 801 gezeigt, nur jene Sklaven als verpfändet an, welche dauernd zur Arbeit auf dem fundus eingesetzt sind, also zum instrumentum gehören. Die grundsätzliche Frage, ob der Pfandnexus an sich auch das instrumentum ergreife, wird nicht gestellt, sondern wie beim Legat, das Problem auf das Gebiet der Auslegung verschoben.

also schon in klassischer Zeit durch die leges contractus so regelmäßig für das Schicksal des instrumentum Vorsorge getroffen worden sein, daß ein Anlaß zur juristischen Diskussion anscheinend nicht entstanden ist. Fehlte es aber an einer solchen Verfügung, so kann wohl kein Zweifel bestehen, daß das instrumentum nicht als mitverkauft gilt.[1]

Die rechtsgeschäftliche Bindung des instrumentum an den fundus verlangt zu ihrer vollen praktischen Wirksamkeit auch einen gemeinsamen Übertragungsakt. Wie sich dieser in der spätrömischen Praxis abgespielt hat, wurde an Hand der Urkunden bereits gezeigt. Für den italischen fundus der klassischen Zeit weist uns Ulp. 21, 1, 33 den praktischen Vorgang. Durch einheitliche emptio venditio wird der fundus verkauft und durch dictum in mancipio zugesagt, daß das instrumentum mit oder ohne exceptio fundo accessurum werde.[2] Von einer abgesonderten Tradition oder Manzipation der einzelnen Stücke des instrumentum ist nicht die Rede; der Eigentumserwerb am fundus durch Manzipation oder Tradition, besonders die auf den Funduserwerb passende traditio longa manu (Dig. 41, 2, 18, 2), bringt offenbar die Besitzergreifung am instrumentum mit sich. Für das Legatsrecht ist sogar eine vindicatio instrumenti bezeugt, wenn das Vermächtnis am fundus cum instrumento ein Vindikationslegat war. Ja Paulus, Dig. 33, 7, 1, 1, hält sogar eine abgesonderte Vindikation des instrumentum für möglich, was durch Paul. Dig. 31, 6 trotz

[1] Vgl. Riccobono, Studi Brugi, 189.

[2] Vgl. Riccobono, 184; anderer Ansicht anscheinend Oppikofer, 36.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

der Interpolation der Schlußworte (Ind. Itp.) und durch Dig. 31, 2 bestätigt wird.[1]

6. Anders als beim Kauf wird beim Legat ausdrücklich die Frage erörtert, ob das instrumentum auch ohne erklärten Willen des Erblassers zusammen mit dem fundus auf den Legatar übergehe. Scheinbar stehen sich hier zwei einander glatt widersprechende Regeln gegenüber. Paul., sent. 3, 6, 34 sagt: fundo vel servo legato tam fundi instrumentum quam servi peculium ad legatarium pertinet.[2] Diese Stelle gibt aber nur die im vorigen Abschnitt geschilderte Tendenz der spätkaiserlichen Gesetzgebung und der gleichzeitigen Praxis wieder, nicht aber die Lehre der Klassiker. Der echte Paulus vertritt in Dig. 33, 7, 1 und 5 einen durchaus anderen Standpunkt; nach ihm ist immer eine ausdrückliche Verfügung über das instrumentum nötig. Er folgt hier der von Labeo (33, 7, 5), Scaevola (32, 93, 4; 33, 7, 18, 13; 20 pr. und 3), Papinian (33, 7, 2, 1) und besonders scharf von Callistratus[3] verfochtenen strikten Auslegungsregel, daß mangels eines Anhaltspunktes in den verba testamenti eine rechtliche Grundlage für eine Ausdehnung des Vermächtnisses auf das instrumentum nicht gegeben erscheine. Daß diese Auslegung meist zu wirtschaftlich unhaltbaren Folgen, zu einer Zerreißung einer bestehenden Wirtschaftseinheit und zur Lahmlegung eines Agrarunternehmens führen wird und dem Legatar, der selbst über kein ausreichendes instrumentum verfügt, die Inbetriebnahme des legierten fundus erschweren, ja oft unmöglich machen wird — von solchen Erwägungen ist bei den Juristen nicht eine Spur zu bemerken. Ihr Gedankengang ist rein for-

[1] Vgl. Sokolowski, Philosophie im Privatrecht, I, 57, Ferrini, Legati, 282, und vor allem Bonfante, Corso, II/1, 119f.

[2] Addenda, 35, 1.

[3] Dig. 33, 10, 14: Fundo legato instrumentum ejus non aliter legato cedit, nisi specialiter id expressum sit: nam et domo legato neque instrumentum ejus neque supellex aliter legato cedit, quam si id ipsum nominatim expressum a testatore fuerit. Die Stelle zeigt sprachlich (non aliter nisi) byzantinisches Gepräge, steht aber sachlich mit den zitierten Parallelstellen in vollem Einklang. Der erste, anstößige Satz ist offenbar durch den zweiten, einwandfreien beeinflußt. Vgl. auch noch Scaev. 33, 7, 18, 13.

mal und daher wirtschaftsfremd. Nur ganz schwache Ansätze zu einer benigna interpretatio sind wahrzunehmen, indem die Worte fundus sicut est oder sicut a me possessus est[1] als genügende Grundlage für den unzerstörten Übergang des Unternehmens erachtet wird. Demgegenüber stehen aber Erörterungen, wie Pap. 33, 7, 2, 1, Pomp. 33, 7, 21 und Call. 33, 10, 14, in denen das Vermächtnis eines fundus ohne instrumentum als vom Erblasser gewollt diskutiert wird, eine Verfügung, für die es in den urkundlichen Quellen und im Wortlaut der durch die Digesten überlieferten Testamente, wenn man von der exceptio einzelner Stücke absieht, so gut wie kein Beispiel gibt. Erklärlich sind solche Auseinandersetzungen, wenn man annimmt, daß ihre geistigen Väter nicht mehr die italisch-römischen Anschauungen vom geschlossenen Fundusunternehmen vor Augen hatten, sondern die landwirtschaftlichen Betriebeformen des östlichen Mittelmeerraumes mit ihrer Parzellenwirtschaft. Wenn der Grieche Callistratus, l. c., instrumentum fundi, instr. domus und supellex rechtlich ganz gleichstellt, dann hat er unter fundus eben nur an einen Acker oder Weingarten und nicht an ein landwirtschaftliches Unternehmen gedacht; bei einer Grundparzelle ist es schließlich eine reine Willensfrage, ob der Vermächtnisnehmer mehr oder weniger an Betriebsmitteln bekommt, weil er ja auch ohne diese die Wirtschaft weiterführen kann.[2]

Den Gipfelpunkt an formalistischer Auffassung des Fundusproblems gibt Paulus, der in Dig. 33, 7, 1 und 5 eine eigenartige Theorie entwickelt, die er auch für das Legat eines Sklaven mit Pekulium (33, 8, 1 und 3) vertritt. Danach soll ein einheitliches Legat nur dann vorliegen, wenn der Erblasser die Wortform fundus cum instrumento verwendet hat;[3] sagt er fundus et instrumentum, so lägen zwei Legate

[1] Belege oben S. 72; vgl. aber Servius 33, 7, 16, 1 der die fehlerhafte Erklärung keineswegs nach dem Willen des Erblassers korrigiert.

[2] Bei Ulpian 33, 7, 12 schwankt der Ausdruck zwischen fundus und ager (§ 6—14). Wenn man nicht annehmen will, daß auch Ulpian an östliche Wirtschaftsformen dachte, muß auch hier an spätere Überarbeitung gedacht werden. Vgl. oben S. 73.

[3] So frg. 5. Die gegenteilige Behauptung des frg. 1 (sive — instructus) kann, wie Messina-Vitrano, Annali Perugia, 28 (1913), 291 f. (vgl. Beseler, IV, 150), ausführt, nur durch ungeschickte Interpolation ent-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

vor, die voneinander so unabhängig seien, daß im Falle einer alienatio fundi durch den Testator sogar das legatum instrumenti aufrecht bleibe. Das hieße also, daß hier der Vermächtnisnehmer den wirtschaftlichen Apparat eines fundus bekäme, den der Erblasser zu Lebzeiten ohne instrumentum veräußert haben müßte. Für Paulus, der doch eine Monographie über das instrumentum geschrieben hat, kommt es also gar nicht darauf an, ob fundus und instrumentum eine wirtschaftliche Einheit bilden, sondern nur, ob sich aus den verba legati durch eine silbenstecherische Auslegung ein vermuteter, typischer Wille des Erblassers ergebe, beides als Einheit zu behandeln.

7. Die Tatsache, daß die Juristen das Problem der Bindung des instrumentum an den fundus nur aus dem Gesichtswinkel der Wortauslegung oder höchstens der Erforschung eines typischen Willens des Erblassers betrachten, erklärt auch die ganz andere Behandlung des usus und ususfructus an einem fundus instructus.[1] Auch hier interessiert den Juristen zunächst

standen sein, weil es den byzantinischen Theoretikern nicht mehr auf die Worte, sondern den Willen des Erblassers ankam, was auch durch das Anhängsel ex sententia defuncti betont werden soll. Nur halte ich seine Rekonstruktion des frg. 1: Si fundus instructus legatus est für bedenklich. Da Paulus verlangt, daß nominatim plures res in legato experimuntur (Dig. 31, 2), damit plura legata vorliegen, so würde man nach frg. 5 doch erwarten, daß fundus et instrumentum hier zuerst und wahrscheinlich sogar allein genannt würde; denn es ist nicht recht zu glauben, daß Paulus f. cum instrumento als Einheit, f. instructus aber als Mehrheit von Legaten ausgelegt habe. Inst. 2, 20, 17, eine Stelle, die vielleicht auf Marcian zurückgeht, behandelt f. cum instrumento und f. instructus als einheitliches Legat. Auch Andreoli, 51, 1, hat Bedenken gegen die Interpolationsannahmen Messina-Vitranos; er hält aber das pr. des frg. 1 für echt und will den Widerspruch zwischen dem pr. und § 1 dadurch auflösen, daß er auch das Legat am fundus cum instrumento zerlegt in ein legato principale am fundus und ein diesem untergeordnetes legato accessorio am instrumentum. Trotzdem also zwei Legate vorliegen, müsse doch wegen der Akzessorietät mit der Veräußerung des fundus das Legat am instrumentum hinfällig werden. Diese Konstruktion läßt sich wohl gegenüber Paul. Dig. 31, 2 und 33, 8, 3 nicht halten.

[1] Dazu Bonfante, Corso, III, 68, und Riccobono, l. c. 185 f. Andreoli, 38 f.

nur die Auslegung des Testamentes, in welchem diese Versorgungsvermächtnisse angeordnet worden sind. Pomponius, Dig. 7, 8, 16, interpretiert das Legat des usus an einem f. instructus ziemlich selbstverständlich als usus am fundus und am instrumentum; weiter geht, wenn auch zweifelnd, Ulpian, Dig. 7, 1, 9, 7.[1] Das Legat des ususfructus an einem fundus umfaßt nach seiner Meinung auch ohne ausdrückliche Grundlage in den verba testamenti den fructus instrumenti mit der Begründung, daß der Nießbraucher den fundus wie der paterfamilias benützen dürfe. Es wird aber auch die von Celsus im selben Fragment betonte Betriebspflicht des Usufructuars mit hereingespielt haben, deren notwendiges Gegenstück eben die Benützung des instrumentum war. Zum colere fundum und zum percipere fructus fundi (7, 1, 9 pr.) braucht man quae fructus quaerendi cogendi conservandi gratia parata sunt, also das instrumentum nach der Sabinianischen Definition. Im einzelnen scheinen aber auch hier Streitfragen bestanden zu haben, die aus der überarbeiteten l. 15, 6, Dig. 7, 1 Ulp. 18, Sab.[2] noch durchschimmern. Wichtig ist, daß auch eine Erneuerungspflicht des instrumentum indirekt aus der allerdings glossierten, sachlich aber insoweit unbedenklichen l. 9, 6, Dig. 7, 1 hervorgeht.

Über die betriebstechnische Seite des instrumentum bei der Pacht, wovon Dig. 19, 2, 19, 2 handelt, wurde schon oben gesprochen. Der Rechtsanspruch des Pächters auf die wertvollen Stücke des instrumentum, die er sich selbst wegen Kapitalmangels nicht beschaffen kann, liegt hier entweder in einer Klausel des Vertrages begründet oder doch im ständigen Geschäftsgebrauch, der zur Ergänzung des unvollständigen Vertrages herangezogen werden kann. Immer aber besteht nur eine obligatorische Verpflichtung zur Leistung des instrumentum. In allen Fällen wird also das instrumentum, wie zu Oppikofer abschließend festgestellt werden kann, von den Juristen noch nicht den Regeln unterworfen, die für den Pertinenzbegriff des gemeinen und modernen Rechtes maßgebend sind. Die Klassiker anerkennen keine dingliche Bin-

[1] Zur Textkritik Riccobono, l. c. 185 f., Ann. Palermo 3/4, 353, 1 und unten S. 87.

[2] Ind. itp. und Guarneri-Citati, SDHI 1, 173.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

dung, nicht einmal in dem abgeschwächten Sinn, daß die Verfügungsgeschäfte über den fundus mangels gegenteiliger Disposition an sich auch das instrumentum ergreifen. Nur eine mit großer Zurückhaltung und viel Formalismus geübte Wortauslegung des Willensgeschäftes über den fundus vermochte besonders beim Legat die Bindung der Betriebsmittel an die Betriebsgrundlage herbeizuführen, ebenso aber auch Ergebnisse zu erzielen, die als wirtschaftsfremde Entscheidungen gewertet werden müssen. Erst die nachklassische Entwicklung läßt deutlich die Ansätze für eine Pertinenzierung des instrumentum erkennen.

B. Pars fundi.

1. Der bisher für das instrumentum erörterte Fragenkomplex muß nun auch für die nicht zum instrumentum gerechneten partes fundi durchbesprochen werden. Wie steht es hier mit der subjektiven Zweckwidmung; ist sie die Grundlage für das Entstehen einer pars fundi? In den Digesten fehlt es an einer eigentlichen sedes materiae für dieses Problem, nicht etwa deshalb, weil Bonfante zu Unrecht den Juristen den dogmatischen Begriff der pars fundi unterlegt hätte. Die Unterscheidung zwischen pars und instrumentum ist quellenmäßig.[1] Allerdings ist sie zunächst für Gebäude und nicht für den fundus aufgestellt; das nach Bonfante, 134f., unterscheidende Merkmal, die pars sei ein elemento necessario all'essenza de la cosa, indispensabile alla consummatio o perfectio (Dig. 50, 16, 245 pr. + 139, 1), ist an sich wohl nur auf Gebäude anwendbar. Es fehlt auch im Sabinussystem anscheinend ein besonderer Titel de fundo legato,[2] und so liegen denn in den Digesten die meisten Entscheidungen zerstreut in den Titeln 30 bis 33. Sie gehören zwar auch überwiegend der Lehre von den Legaten an, doch wird im Gegensatz zum instrumentum nicht versucht, eine Definition der pars fundi zu geben, wohl deshalb, weil in den auszulegenden Testamenten

[1] Dig. 19, 1, 13, 31 bis 17 pr.; 32, 52, 7a; 33, 7, 12, 23 bis 25. Auch interpolierte Stellen verwenden den Begriff der pars fundi, z. B 33, 7, 15, 2 (Beseler, V, 56), 33, 6, 3, 1 (Beseler, Sav. Z. 56, 64).

[2] Anderer Ansicht Bremer, Jurisprudentia, II/1, 379.

eine entsprechende formelhafte Wendung fehlte. Nur eine Regel wird mit Berufung auf Cassius nachdrücklich vertreten: fundus fundi instrumentum esse non potest,[1] d. h. also, daß der Begriff des instrumentum und die für ihn gegebenen Auslegungsregeln nicht auf die partes fundi auszudehnen seien. Wenn daher in Dig. 7, 1, 9, 6 ein seminarium quasi(!) instrumentum agri(!) genannt wird und nach Dig. 33, 6, 3, 1 cuppae immobiles in agro, velut instrumentum agri(!) sein sollen, so liegt hier eine nachklassische Textänderung vor. Da nun, wie schon gezeigt, die auf dem fundus errichteten Gebäude und die objektive Angliederung von Parzellen bei den Juristen keine Erläuterung finden, weil darin für sie, auch vom Standpunkt der Voluntastheorie, kein Problem liegt, bleiben zur Erörterung nur zwei Fragen übrig: 1. Die subjektive Angliederung von Parzellen, insbesondere von Weideland, und 2. die rechtliche Behandlung der dolia defossa.

2. Da für die Klassiker auch hier der Ausgangspunkt ein erbrechtlicher ist, ob nämlich das Legat am fundus auch die pascua umfaßt, falls diese nicht ausdrücklich im Testament genannt sind, wie etwa in Dig. 32, 92 pr., so muß sich die Erörterung von selbst auf den Willen des Erblassers lenken und nicht nach der Zweckwidmung des Eigentümers fragen. Dennoch läßt sich auch hier feststellen, daß die Willensauslegung keinen größeren Anwendungsbereich gehabt haben kann als beim instrumentum. Noch Scaevola vertritt in Dig. 33, 7, 27, 5[2] eine ganz engherzige Wortauslegung. Die adjecti agelli quos simul testator comparavit nec sine his fundi coli possint werden als nicht zum Legat gehörig erklärt, weil sie durch den Wortlaut des Testamentes[3] nicht gedeckt erscheinen. Die Frage nach dem Willen des Erblassers oder auch nur nach seinem subjektiven Sprachgebrauch wird gar nicht auf-

[1] Ulp. 33, 7, 12, 11; vgl. die entsprechende Gegenformulierung bei Ulp. Dig. 19, 1, 17 pr.: fundi nihil est, nisi quod terra se tenet. Dazu Riccobono, Studi Brugi, 192. Bonfante, II/1, 150.

[2] Segrè, Arch. giur., 37, 91, 6; Brugi, Dottrine, 323; Riccobono, Riv. ital. sc. giur., 21, 405.

[3] Cum aulis salictis et silvis wird also nur auf die durch obj. junctio verbundenen Parzellen bezogen.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

geworfen, ebensowenig bedacht, daß durch die Zerreißung der fundus und die agelli entwertet sind.

Eine Abart dieser Wortauslegung ist es, wenn die vor dem Testierakt geschehene subjektive Angliederung für den Umfang des Vermächtnisses am fundus nur unter der Voraussetzung anerkannt wird, daß die vereinigten Grundstücke nunmehr unter derselben gemeinsamen appellatio, besonders in der Rechnungsführung, erscheinen, wie sie im Testament gebraucht wird. Scaevola 33, 7, 20, 7; Papinian 32, 91, 3; Paulus, sent. 3, 6, 49.[1] Vgl. Paulus 31, 86, 1: fundum Sejanum uno nomine universum possedit. Diese freiere Auslegung glaubt, wie Dig. 34, 5, 1 zeigt, aus dem Sprachgebrauch des Erblassers dessen typischen Willen nach formalistischer Methode zu erforschen, muß in der Tat aber dabei auf wirtschaftliche Zusammenhänge eingehen, ohne freilich den wirklichen Hauptgrund, die einheitliche Betriebsführung, als solchen anzuerkennen. Zu dem gleichen Ergebnis kommt man, wenn man die Ansicht der Klassiker in der Frage, ob eine nach dem Testierakt erfolgte subjektive adjectio dem Vermächtnisnehmer zugute komme, vergleicht. Pomp. 30, Spr. und Paul., sent. 3, 6, 54 lassen in sprachlich nicht angreifbaren Worten,[2] derselbe Pomp. 30, 24, 2 in einem schwer veränderten Fragment ohne Begründung die nachträglich erfolgte Vergrößerung des vermachten fundus Gegenstand der Forderung aus dem Damnationslegat sein, offenbar weil die Juristen aus der geschehenen Angliederung schließen auf den Willen des Erblassers, den fundus, so wie er zur Zeit seines Todes ist, zu legieren und daher gegenüber der actio ex testamento des Legatars eine ex° doli (Ulp. 44, 4, 4, 10) nicht eingewendet werden kann. Viel deutlicher ist Jav. Dig. 31, 10.[3] Er zeigt, daß die An-

[1] Vgl. auch Dig. 32, 91, 5, 6 zu Riccobono, Studi Brugi, 1984. Argumentum stammt aus der Ausdrucksweise der Grammatiker, Stroux bei Koschaker, 101, 43.

[2] Die Argumentation der Stelle ist freilich nicht schlüssig. Doch ist des Pomponius Auffassung der adjectio durch Dig. 30, 24, 2 gesichert.

[3] Cum fundus nominatim legatus sit, si quid ei post testamentum factum adjectum est, id quoque legato cedit, etiam si illa verba adjecta non

hänger der strengen Wortauslegung für ihre Lehre eine Stütze im Wortlaut des Testamentes, wie etwa die Formel fundus qui meus erit, verlangt haben, um bei nachträglich geschehener Angliederung das augmentum legati anzuerkennen. Javolen begnügt sich mit den bekannten Anzeichen einheitlicher Betriebsführung.[1]

Ganz das gleiche behutsame Fortschreiten finden wir aber auch — und das bestätigt die Richtigkeit unserer Auffassung für die adjectio — bei demselben Problem bezüglich des instrumentum.[2] Hat hier beim Damnationslegat der Vermächtnisnehmer Anspruch auf das, was zur Zeit des Todes,[3] oder nur auf das, was zur Zeit der Testamentserrichtung zum instrumentum gehört? Die Juristen sind geneigt, auch diese Frage nach den Regeln der Willensinterpretation zu entscheiden. Scaevola, Dig. 32, 101, 1 = Paulus 32, 78, 3, Scaevola 32, 93, 2 = Paulus 32, 78, 2 und Ulp. 32, 68, 3 (obwohl glossiert, sachlich im Einklang mit den anderen Stellen) stützen sich wieder auf Testamentsklauseln (fundum uti est, bzw. praedia uti a me possessa sunt et quaecumque ibi erunt cum moriar), um dem Legatar das instrumentum zur Zeit des Todes des Erblassers zusprechen zu können.[4] Bisweilen wird diese Auslegung der verba selbst von einem Scaevola so frei geübt, daß ihm die Formel fundus cum mancipiis et instrumento omni (34, 4, 31 pr.) genügte, um auch eine nach dem Testierakt erfolgte Erweiterung des Legates um einen vilicus anzuerken-

sint: qui meus erit, si modo testator eum partem non separatim possedit, sed universitati prioris fundi adiunxit.

[1] Literatur zur Textkritik o. S. 21, 1; gegen die Echtheit auch Roddi, I mutamenti della cosa (1936), 108 f.; dazu Guarneri-Citati, SDHI, III (1937), 476.

[2] Dazu Bonfante, II/1, 118 f.

[3] Oder genauer den dies cedens 33, 7, 28 = 36, 2, 28 (Schulz, Symb. Frib., 206).

[4] Scaev. 32, 101, 1 = Paul. 32, 78, 3 scheinen im überlieferten Text keinen wesentlichen Unterschied zwischen den Fassungen uti est und uti erit zu machen, während Scaev. 32, 93, 2 = Paul. 32, 78, 2 und vielleicht auch der echte Ulpiantext 32, 68, 3 die Formel uti erit verlangten, um auch den Zuwachs an instrumentum in das Legat einzubeziehen.

[5] Die in den Worten cum memor erat eorum, quae testamento cavisset steckende Rücksichtnahme auf den vermuteten Willen des Testators

Senato della Repubblica - Archivio Storico

nen.[2] Ebenso ist meines Erachtens auch die unvollständig überlieferte Paulusstelle 33, 7, 19 pr. aufzufassen.[1] Es fehlt hier nämlich der vom Juristen interpretierte Wortlaut des Testamentes. Vermutlich wird wie in der eben angeführten Scaevolastelle das Testament die Klausel fundus cum mancipiis et omni instrumento enthalten haben.

3. Von hier aus kann auch zur Echtheitsfrage des oben schon zitierten Pomponiusfragmentes (Dig. 30, 24, 2 und 3) Stellung genommen werden.[3] Beseler, Sav. Z. 53, 31,[2] scheint wegen der Analogie zwischen der adjunctio partis und der alienatio einer pars fundi, in welchem Falle nach Gai. II, 198 ‚plerique' dem Erben eine exceptio doli gewähren,[4] wenn der Legatar die veräußerte pars beansprucht, dieselbe exceptio geben zu wollen, wenn der Legatar auf den durch adjunctio hinzugekommenen Teil Klage erhebt. Nach den angeführten Parallelen, die nicht nur die Erweiterung des instrumentum, sondern auch die Angliederung von partes betreffen, dürfte hierfür keine hinreichende Quellengrundlage vorhanden sein; wohl aber ist der in § 3 stehende, aber auch für § 2 geltende Hinweis auf die Willkür des Eigentümers, der allein

ist wohl aus sprachlichen und sachlichen Gründen (Messina-Vitrano, Annali Palermo, VI, 200 ff., zustimmend Koschaker, 119, 102) als interpoliert anzusehen.

[1] Si mancipia quae, post testamentum factum in fundum Seiae relictum a testatore inducta, fundi colendi gratia in eodem fundo fuerint, ea quoque instrumento fundi contineri respondi; quamvis enim ea mancipia testator demonstrasset, quae tunc ibi essent cum legaret, tamen non minuendi legati, sed augendi causa mancipiorum quoque fecit mentionem [ceterum instrumento fundi mancipia quoque colendi agri causa inducta contineri non ambigitur]. Der Schlußsatz ist eine überflüssige Glosse, die mancipia waren doch ausdrücklich im Testament genannt.

[2] Vgl. außer Ind. Itp. noch Beseler, Sav. Z. 53, 31, und Roddi, l. c. Guarneri-Citati, SDHI, III, 476, beanstandet mit Recht den Vergleich mit der alluvio unter Hinweis darauf, daß ein limitierter fundus in Frage stehe. Ferner ist verdächtig [et maxime si] mit dem Hinweis auf die Voraussetzungen des Vindikationsvermächtnisses die Wiederholung des partem adjecerit, ager statt fundus, und destinatio.

[3] Ähnlich wohl auch Sanfilippo, Annali Palermo, XVII, 113, zu Dig. 30, 8 pr.

[4] Zu dieser Frage zusammenfassend jetzt Koschaker, l. c. 981.

durch seinen Willen den Umfang des fundus und die Zugehörigkeit der partes bestimme, unecht. Diese im Fragment nicht weniger als dreimal vorkommende destinatio, an sich schon ein kompilatorischer Ausdruck (Albertario, Studi di Diritto Romano, I, 203), ist bereits beim instrumentum (s. o. S. 77 f.) als für sich allein nicht ausschlaggebend erkannt worden; sie ist es ebensowenig bei der adjectio. Denn wir haben gesehen, daß nicht der nackte Wille, sondern die dauernde wirtschaftliche Eingliederung für die subjektive junctio rechtlich maßgebend ist und die Klassiker erst aus dieser, insbesondere aus der gemeinsamen Benennung der Grundstücke Schlüsse auf einen typischen Willen des Testators (!) ziehen. Der Satz, daß durch destinatio des Eigentümers fundorum nomina et domus[1] bestimmt werden, ist, insbesondere durch die Heranziehung von domus, sinnlos; auch die Parallelstelle Ulp. 69, ed. Dig. 50, 16, 60[2] ist bis auf den Schlußsatz si — efficietur durch und durch tribonianisch und ebenso sinnlos wie das interpolierte Pomponius-Fragment. Was der animus fundi, der durch Zauberwirkung aus einer isolierten Ackerparzelle ein landwirtschaftliches Unternehmen machen kann, eigentlich sein soll, das wird uns wohlweislich nicht verraten.

4. Als bisheriges Ergebnis gilt also auch für die partes fundi der Satz, daß die Klassiker der subjektiven Zweck-

[1] Da diese Lesart durch Basiliken bestätigt wird, ist m. E. der Emendationsvorschlag Mommsens (modus statt domus) abzulehnen. Zu retten wäre die Stelle vielleicht, wenn man den Schluß mit Biscobono, Studi Brugi, 196 f., auf die Limitation eines assignierten fundus beziehen wollte und daher fundorum fines liest. Aber auch dann wäre die Parallele zwischen der subjektiven junctio und der Assignation sowie die Bezeichnung beider Akte mit destinatio verfehlt.

[2] Ceterum adeo opinio nostra et constitutio locum a fundo separat, ut et modicus locus possit fundus dici, si fundi animo eum habuimus, non etiam magnitudo locum a fundo separat, sed nostra affectio: et quaelibet portio fundi poterit fundus dici, si jam hoc constituerimus, nec non et fundus locus constituti potest; nam si eum alii adjunxerimus fundo, locus fundi efficietur. Zu dieser Stelle vgl. außer Ind. Itp. noch Albertario, Studi, I, 86, 1; Solazzi, BIDR 34, 309; Guarneri-Citati, BIDR 43, 75, 3, 79, 3, und vor allem Ciapessoni, Studi Albertoni, II, 693, 701.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

widmung nur im Rahmen der subjektiven junctio Bedeutung zugemessen haben und auch da wieder nur bei der Testamentsauslegung als Mittel, den vermuteten typischen Willen des Testators zu erforschen. Wie stellen sich aber die Juristen zum Problem der vom fundus räumlich getrennten Weide- und Waldparzellen? Ihre große wirtschaftliche Bedeutung konnten wir an Hand der Alimentartafeln auseinandersetzen; für ihre rechtliche Konstruktion, soweit es sich um compascua handelt, haben die Feldmesser sehr beachtenswerte Grundlagen geliefert (vgl. o. S. 19). Da das jus compascui den einzelnen Höfen durch Assignation in rem zugewiesen wurde,[1] liegt eine objektive junctio vor, die von Mitteis, RPR 344, charakterisiert wurde als ‚Zuweisung an bestimmte Höfe als Realgenossenschaft. Die Nutzung am ager compascuus ist ein wahres subjektives Recht, das dauernd mit dem Hofe verbunden ist'.[2] Dieses pertinere ad fundos, das wohl eine Grundlage für die Formel von den pertinentia in den spätlateinischen Urkunden abgegeben hat, hätte nun doch den Juristen Anlaß bieten können, sich mit der Frage dieser ‚Fundus-pertinenzen' zu befassen. Das ist aber nach unserer Überlieferung nicht geschehen. Ja, man könnte sagen, daß die Klassiker auch an dieser Frage vorbeigegangen seien, wenn nicht zwei Fragmente, Scaev. 8, 5, 20, 1 und Ulp. 7, 1, 9, 7, die Kontroverse über die Funduspertinenzen zwischen Brugi, Riccobono und Bonfante hervorgerufen hätten, in deren Verlauf Bonfante seine Lehre von der pars fundi und dem instrumentum entwickelt hat.

Die viel erörterte Scaevolastelle[3] hat es nicht unmittelbar mit assignierten pascua zu tun, sondern mit einer rechts-

[1] Front., p. 15, 4: est et pascuorum proprietas pertinens ad fundos, sed in commune; cf. Hygin., p. 117: quae pertinerent ad proximos quosque possessores, qui ad ea attingunt finibus suis. Quod genus agrorum, id est compascuorum, etiam nunc in assignationibus quibusdam incidere potest. Sic. Flaccus, p. 157, 10; Hygin. Grom. 201, 13. Dazu die Figur 194, Schriften der Feldmesser, Bd. I.

[2] Vgl. auch Brugi, Dottrine, 322 ff., und Dopsch, Grundlagen, 345.

[3] Hauptliteratur: Brugi, Arch. giur., 37, 64 ff. Riccobono, Riv. it. per le sc. giur., 21, 402 f.; Studi Brugi, 123 f. Biondi, Servitutes, 241 f.

geschäftlichen Nachbildung. Der Boden steht im Miteigentum mehrerer Funduseigentümer, das Weiderecht ist vertraglich begründet und die Frage, ob eine Veräußerung oder ein Legat des fundus auch den Anteil an dieser gemeinsamen Weide ergreift, wird von Scaevola, wie nicht anders zu erwarten, als Auslegungsproblem gelöst: respondit id observandum quod actum inter contrahentes esset. Uns interessiert daher hier nur die Interpolation des Fragmentes. Triboniáns Einschub [sed si voluntas contrahentium manifesta non sit, et hoc jus ad emptores transire][1] bezeichnet den Anteil am saltus communis als jus fundi und läßt auch ohne Willenserklärung dieses jus fundi auf Käufer und Legatar übergehen! Wer dächte hier nicht an die Formel des fundus cum omni jure der byzantinischen Urkunden und an die spätrömische Tendenz, die landwirtschaftlichen Betriebe nicht zu entgliedern?[2]

Ebensowenig wie der echte Scaevola hat sich auch der echte Ulpian mit dem Problem der Funduspertinenzen befaßt. Allerdings ist die Auslegung der Stelle streitig.[3] Beim ersten Tatbestand des Fragmentes hat Stephanos, Bas. Suppl. I, 65, angenommen, daß der ager eine vom legierten fundus getrennte Liegenschaft sei, mit anderen Worten, daß es sich hier um eine Funduspertinenz handle. Das liegt aber, wie Riccobono, Studi Brugi, 184, und Bonfante, Corso, III, 68 f., gezeigt haben, in der Stelle nicht drin. Der ager ist nur ein Teil des geschlossenen fundus, der Rohrbezug ist eine innerbetriebliche Angelegenheit und hat mit Pertinenzen nichts zu tun. Das Mißverständnis des Stephanos ist, wie mir scheint, unschwer zu erklären. Als Byzantiner ist ihm der Unterschied zwischen ager und fundus verlorengegangen, er übersetzt beides mit ἀγρός, weil er unter beiden lateinischen Ausdrücken nur mehr selbständige Grundstücke versteht.

[1] Itp.-Nachweise bei Biondi, l. c.

[2] Riccobono, 193.

[3] Instrumenti fructum habere debet: vendendi tamen facultatem non habet. Nam et si fundi ususfructus fuerit legatus et sit ager, unde palo in fundum, cujus usustructus legatus est, solebat paterfamilias uti, vel salice vel harundine, puto fructuarium hactenus uti posse, ne ex eo vendat nisi forte salicti ei vel silvae palaris vel harundineti ususfructus sit legatus: tunc enim et vendere potest.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Im zweiten Tatbestand[1] sieht Riccobono im salictum, harundinetum und in der silva palaris zwar mit Recht eine selbständige Parzelle, nimmt aber an, daß auch hier ein legierter Nießbrauch am fundus selbst zu supponieren sei und daß der Nießbraucher am fundus nur dann die silva palaris benützen dürfe, wenn ihm durch ausdrückliche Verfügung auch an diesem abgesonderten Grundstück der Nießbrauch eingeräumt worden ist. Das wäre aber nicht notwendig, wenn es Fundespertinenzen gäbe und die silva palaris als solche anzusehen wäre. Viel einfacher ist die Auffassung Bonfantes. Er meint, gestützt auf Dig. 7, 1, 59, 2 und den in der l. 9 folgenden Satz des Trebatius, daß überhaupt nur ein selbständiger Nießbrauch an einer allein zur Produktion von pedamenta verwendbaren Parzelle in Frage stehe und daß hier, weil jede Verbindung mit einem Fundusunternehmen fehle, auch die kommerzielle Ausbeutung dem Nießbraucher gestattet werde. Schließt man sich dieser durchaus möglichen Deutung an, so sagt auch dieser zweite Tatbestand nichts von einer Fundespertinenz. Die Klassiker haben sohin allem Anscheine nach weder die rechtliche Beziehung zwischen fundus und ager compascuus noch zwischen fundus und den von ihm getrennten, aber dem Betrieb des fundus dienenden Parzellen ex professo behandelt, sondern sich nur mit der negativen Feststellung (Dig. 33, 7, 12, 11) begnügt, daß der instrumentum-Begriff hier nicht anwendbar sei.

5. Aus dem Bereich der partes fundi bleibt endlich noch als letzte Frage, die zugleich auch einen weiteren Prüfstein für die wirtschaftlichen Anschauungen der Klassiker gibt, die nach der rechtlichen Behandlung der dolia und pali. Der Stand der Rechtsquellen ist in beiden Punkten mehr denn sonst verworren und widerspruchsvoll. Beginnen wir mit den dolia, so werden diese bald zum instrumentum gerechnet (Paul., sent. 3, 6, 37; Ulp. Dig. 33, 7, 8, 1; 19, 1, 17 pr.), bald wieder als pars fundi erklärt (Paul. 18, 1, 76 pr.; Pomp. 33, 7, 21); bald wird Wert darauf gelegt, ob die dolia defossa (19, 1, 17; 18, 1, 76 pr.; 33, 7, 8, 1) oder depressa (33, 6, 3, 1) oder infixa

[1] Nisi forte — potest. Wenn man diesen Satz zur Gänze als itp. ansieht, vereinfacht sich der Fall natürlich noch weiter.

(33, 7, 21), bzw. defixa (32, 93, 4) seien, an anderer Stelle (sent. 3, 6, 37) wird dieser Umstand wieder vernachlässigt.

Um hier klar zu sehen, wird es notwendig sein, vom archäologischen Befunde auszugehen. Dolia waren große, bis zu 11½ hl haltende Standfässer aus Ton, die zur Aufbewahrung von Wein, Öl, Getreide und anderen Vorräten verwendet wurden. Eingegraben in den Boden des Kellers waren anscheinend nur die Weinfässer, weil in ihnen der junge Wein die Gärung mitmachte und das Eingraben nach Ansicht der Römer notwendig war, um die richtige Temperatur des Weinmostes zu erzielen.[1] Die Ausgrabungen bestätigen diese Angaben.[2] Die Agrarschriftsteller rechnen, wie schon gezeigt (S. 29), alle Arten von dolia unbedenklich zum instrumentum, ja Cato, c. 10 und 11, gibt auch hier eine einheitliche Formel, wieviel dolia für ein Weingut und wieviel für eine Ölpflanzung von bestimmter Größe notwendig sind. Ein technischer Unterschied ergibt sich nach Colum., XII, 18, 5, lediglich beim Verpichen der dolia: picanda sunt aliter ea, quae demersa sunt humi, aliter quae stant supra terram. Auch nach der Sabinianischen Begriffsbestimmung gehören die dolia, weil sie res conservandorum fructuum causa comparata sunt, zum instrumentum (Paul., sent. 3, 6, 37; Ulp. 33, 7, 8, 1; Theoph. 2, 20, 17). Die Textüberlieferung ist aber nicht in Ordnung; l. 8, 1 ist durch eine unverständliche Glosse (licet defossa non sint) erweitert. Das non macht den Konzessivsatz sinnlos und ist mit Cujacius (Ed. Neap., VII, 781) wohl zu streichen;[3] glossiert ist aber auch eine andere Ulpianstelle,[4] freilich ohne daß durch den Glossator etwas tatsächlich Falsches in den Text hinein-

[1] Plin., hist. nat., 14, 27: mitiores plagae dollis condent vina infodiuntque terrae tota aut ad partionem situs, das heißt also um so tiefer, je wärmer die Luft ist. Vgl. Pottier, Art. Dolia bei Daremberg-Saglio.

[2] Vgl. oben S. 34, 1 und Mau, Art. Dolium bei Pauly-Wissowa und Pottier, l. c.

[3] Ebenso ist auch bei Scaev. Dig. 32, 93, 4 der Satz id est cuppae et dolia, quae in cella defixa sunt eine erläuternde Glosse zu vasa vinaria, die aber die Entscheidung nicht beeinflußt.

[4] Dig. 33, 6, 3, 1: maxime si depressa in cella vinaria fuerint aut ea sunt, quae per magnitudinem difficile moveantur und nisi pari modo immobilia in agro velut instrumentum agri erant. Vgl. oben S. 87.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

gekommen wäre. Die von Ulpian behandelte Frage, ob beim legatum vini auch die dolia in den verba legati inbegriffen seien (dazu Bonfante, II/1, 147 f.), hat allerdings für unser Problem nur eine indirekte Bedeutung. Wären nämlich die dolia defossa eine pars fundi, so würde dies ein Grund für die negative Entscheidung des Streites sein. Ulpian scheint diesen Punkt hier überhaupt nicht berührt zu haben, der Glossator hat ihn nur sehr unklar und durch östliche Wirtschaftsformen beeinflußt[1] hereingezogen. Wohl aber lehnt derselbe Ulpian in Dig. 10, 1, 17 pr. die Ansicht ab, daß die Kelterfässer, selbst wenn sie eingegraben sind, eine pars fundi seien, eben weil sie zum instrumentum gehören. Offenbar hält er die Verbindung mit dem Boden für nicht fest genug, als daß man von den dolia defossa sagen könne, terra se tenent. Die gleiche Anschauung Ulpians ist auch aus der teils gekürzten, teils sonst veränderten, aber durch Dig. 7, 1, 9, 7 gestützten l. 15, 6 Dig. 7, 1[2] zu entnehmen. Die quidam, deren Ansicht abgelehnt wird, haben doch wohl unterschieden, ob die Fässer vergraben sind oder nicht.[3] Die Antinomie liegt demnach nicht innerhalb der Aussprüche Ulpians, sondern im Verhältnisse von Pomp. 33, 7, 21 und Paul. 18, 1, 76 pr. zu Ulpian und zu Paul., sent. 3, 6, 37, die beide die sabinianische Instrumentumformel ohneweiters auf die dolia anwenden.[4] Dieser Widerspruch ist meines Erachtens einfach zu erklären.[5]

[1] Vgl. oben S. 83, 2.

[2] ... ut puta dolels, si forte fundi usus fructus sit legatus, et putant quidam, etsi defossa sint, uti prohibendum: idem et in serils et in cuppis et in cadis et amphoris putant: idem et in specularibus, si domus ususfructus legetur, sed ego puto, nisi sit contraria voluntas etiam instrumentum fundi vel domus contineri. Lit. oben S. 85, 2.

[3] Mit der Zuteilung der dolia schlechthin zum instrumentum ist auch leichter verträglich die Kaufklausel (dictum) dolia fundo accessura (Stellen bei Seckel-Levy, Sav. Z. 47, 123). Auch hier wird zwischen stehenden und eingegrabenen Fässern praktisch nicht unterschieden. Vgl. Labeo-Paulus 19, 1, 54, 1: dolia octoginta accedere fundo, quae infossa essent. Mit Paul. 18, 1, 76 pr. wäre das nur vereinbar, wenn man solche dicta als ex abundanti gemacht (Dig. 19, 1, 17, 6) ansieht.

[4] Vgl. auch Naber, Riv. di storia del dir. it., XIV, 28, 46.

[5] Kohler, l. c., will zwischen dolia defossa und dolia infixa einen juristisch wesentlichen Unterschied in der Art der Verbindung mit dem Boden herauslesen. Angesichts des wirtschaftlichen Befundes muß ich das für Pandektenharmonistik halten. Unergiebig ist auch Andreoli, 12 f., 21.

Pomponius und Paulus 18, 1, 76 pr. übertragen Grundsätze, die für Teile des Hauses bereits entwickelt waren,[1] auf den fundus! Bei den Elementen eines Hauses hat es einen guten Sinn zu unterscheiden, ob sie mit dem Hause fest verbunden seien oder nicht, und danach ihr rechtliches Schicksal im Falle der Veräußerung oder des Legates zu bestimmen. Bei den dolia eines fundus ist es aber den wirtschaftlich denkenden Agrarschriftstellern und den durch die Sabinianische Formel beeinflußten Juristen nicht eingefallen, ein dolium anders zu behandeln, je nachdem, ob es Getreide oder jungen Wein enthält. Auch könnte man doch nur sehr schwer sagen, daß die dolia defossa zur perfectio eines fundus notwendig seien, die freistehenden aber nicht. Bei der Paulusstelle (18, 1, 76 pr.), die vom Verkauf von horrea, also von Gebäuden, handelt, liegt die Heranziehung der für Häuser geltenden Regel näher, ebenso vielleicht bei Pomponius, wenn man nämlich annimmt, daß der ungewöhnliche Fall des fundus sine instrumento legatus ihm wirklich vorlag und er nun versuchen mußte, aus diesem Testamente einen erträglichen Sinn zu entnehmen. Bestätigt wird uns diese Annahme durch die Parallele mit den Hausmühlen (molae) und den Schüttkästen (granaria).[2] Denn auch bei den Öl- und Getreidemühlen wurde seit den Tagen der veteres (Dig. 33, 7, 26, 1) nur darüber gestritten, ob sie zum instrumentum oder zur supellex gehören,[3] was natürlich von der Beschaffenheit der Mühlen abhängt; erst Pomponius formuliert l. c. die Frage wieder so wie bei den

[1] Bonfante, II, 1, 135 ff. Guarneri-Citati, SDHJ, I, 173 f.

[2] Gemeint sind hier natürlich nicht festgebaute Scheunen (siehe oben S. 18), sondern die aus Brettern und Flechtwerk hergestellten Behälter. Stellen bei Kohler, l. c., 25, 49. Ulp. 33, 7, 12, 1 rechnet sie zum instrumentum, Jav. 19, 1, 18 pr. unterscheidet: sedium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt: quod si supra terram sunt nulli et caesis cedunt.

[3] Paul./Scaev. 33, 7, 18, 5; Ulp. 33, 7, 12, 10; Paul., sent. 3, 6, 36. Unbekannt ist die Meinung des Neraz in Dig. 33, 7, 18, 2. Vgl. Kohler, 24 f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

dolia, ob sie nämlich adfixae und inaedificatae und dadurch zu partes aedificiorum geworden seien.

6. Die Behandlung der dolia hat also m. E. den Beweis erbracht, daß die Unterscheidung pars fundi und instrumentum nicht restlos durchgeführt werden konnte. Eine formalistische, vom Wohnhaus und seinen Teilen abgeleitete Distinktion vermochte sich auf dem Gebiete der Landwirtschaft im Kampf mit dem wirtschaftlich gedachten Instrumentum nicht voll durchzusetzen.[1] Für das Dogma von der subjektiven Zweckwidmung ergeben aber die Stellen über die dolia defossa nicht die geringste Stütze.

Doch soll in einem nahe verwandten Falle, wenigstens nach Ulp. 19, 1, 17, 11, der Willensentschluß des Eigentümers über die Eigenschaft einer Sache als pars fundi entscheiden: Pali, qui vineae causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt, sed qui exempti sunt hac mente ut collocentur, fundi sunt.

Aber auch diese Stelle steht in offenem Widerspruch zu allem, was wir über die Rebpfähle (pali) wissen. Bei Columella haben wir die Stützen der Weinreben geradezu als Musterfall der dos praediі, das ist des instrumentum, kennengelernt, und die Papyri konnten diesen Eindruck nur bestätigen. Die Gegner des Servius (Dig. 33, 7, 16, 1) haben unbedenklich die pali als instrumentum nicht nur des fundus (so wohl Servius), sondern sogar der vinea als Einzelgrundstück gelten lassen, ja Ulpian selbst (33, 7, 12, 11) zählt das ganze Material zum Heranziehen der Reben, darunter ausdrücklich die pali, zum instrumentum (cf. Paul. 7, 1, 59, 2). Zu Beginn des frg. 17, Dig. 19, 1, setzt Ulpian auseinander, daß die im Keller eingegrabenen dolia keine pars fundi, sondern instrumentum seien, weil sie im Boden nicht verwurzelt sind, und nun sollen plötzlich im § 11 derselben lex nicht nur die eingesteckten Pfähle, sondern sogar die vorübergehend herausgenommenen kraft des animus reponendi eine pars fundi sein. Will man auch hier nicht zum Mittel der Pandektenharmonistik greifen,[2] so kann dieser sich selbst widerspre-

[1] Vgl. das oben S. 49 über γομφίμη Gesagte.

[2] So Göppert, Organische Erzeugnisse, 61, 14, der die noch nicht gebrauchten Rebpfähle zum instrumentum, die pali collocati und

chende Ulpian nur durch Interpolation erklärt werden. Eine solche anzunehmen liegt in der Tat sehr nahe. Schon der erwähnte Gegensatz zwischen pr. und § 11, noch mehr aber der Umstand, daß § 11 mitten in einer Erörterung über die partes aedium erscheint, lassen auf späteren Einschub schließen. Zum Satz des § 10: ea quae ex aedificio detracta sunt ut reponantur aedificii sunt: at quae parata sunt ut imponantur non sunt aedificii werden in syntaktischer Nachformung die pali des Weinberges als Hauptbeispiel hingestellt.[1] Man braucht gar nicht die Lehre vom animus reponendi[2] als rein byzantinisch zu bezeichnen, eine solche Arbeitsweise kann denn doch nicht Ulpian zugemutet werden.

So fällt denn auch dieser letzte Beleg für die destinatio patris familias als die Bestandteilseigenschaft begründenden Umstandes. Daß der Ulpianischen Formel der pars als dessen quod terra se tenet eine gewisse Unsicherheit anhaftet, kann nicht geleugnet werden; es hängt dies damit zusammen, daß sie einer tragfähigen Basis in der Lehre der Agrarschriftsteller entbehrt und in der Urkundenpraxis dem pars-Begriffe keine ausschlaggebende Bedeutung zukam.* In Wirklichkeit haben aber die von der Sabinianischen Formel ausgehenden Juristen, ohne sich dessen ganz bewußt zu werden, die pars fundi eigentlich nur negativ bestimmt als diejenigen Elemente des Fundusunternehmens, die nicht zum instrumentum zählen.

VII. Schluß.

Ein überdurchschnittlich günstiger Quellenstand hat es gestattet, das Fundusproblem von der Zeit der Vorklassiker bis über Justinian hinaus zu verfolgen und in dieser Periode

exempti aber zur pars fundi rechnet. Das scheitert m. E. an 33, 7, 16, 1 und an der Tatsache, daß die von Göppert als Unterstützung herangezogene l. 12, 25 Dig. 33, 7 nach Guarneri-Citati, SDHJ, I, 173, sicher als itp. anzusehen ist.

[1] Die Dachziegel, die zu § 10 passen würden, folgen erst bei Jav. l. 18, 1.

[2] Für itp. Pringsheim, Animus, 55, 22; dagegen Riccobono, Annali Palermo, III—IV, 479, 1; vgl. Guarneri-Citati, BIDR 43, 35; Studi Albertoni, II, 146; SDHJ, I, 1781.; III, 475, 477.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

nicht nur die dürftigen gesetzlichen Normen kennenzulernen, sondern auch — was nur selten in diesem Umfange möglich ist — die wirtschaftliche und urkundliche Praxis mit der Theorie zu vergleichen. Das Ergebnis fiel allerdings nicht gerade zugunsten der Theorie aus. Die große Leistung des römischen Unternehmensrechtes, eine wenn auch zeitbedingte Rechtsform für die Zuordnung zum Unternehmen gefunden zu haben — von der Oppikofer spricht —, kann den Klassikern wohl nicht zugesprochen werden. Für sie lag ja das ganze Problem von vornherein schon auf einem Nebengeleise. Denn wenn sie die Fragen der Zugehörigkeit zum fundus und zum instrumentum und ihre gegenseitige Bindung fast ausschließlich beim Legat behandeln, so setzen sie doch voraus, daß der Erblasser neben dem Stammgut, das dem Erben zufällt, noch einen oder mehrere fundi besitze, die er Vermächtnisnehmern hinterläßt. Nicht die Idee eines ungeteilten oder unveräußerlichen Stammgutes als Grundlage eines bäuerlichen Geschlechtes, die doch bei den römischen Koloniegründungen, den Viritanassignationen und den agrarischen Reformen immerhin eines der treibenden agrarpolitischen Motive gewesen ist, ja vielleicht auch an der Schaffung der heredis institutio beteiligt war, wird von den Klassikern vertreten; sie wollen nur den privaten Interessenkonflikt zwischen Erben und Legatar durch angemessene Auslegung des Testamentes lösen, weiter nichts. Man muß sich eben hüten, ein modern beeinflußtes Wunschbild in die Schriften der Klassiker hinein zu projizieren und danach Werturteile zu fällen. Das hieße von den römischen Juristen Leistungen erwarten, die sie nach Tradition und Stellung einfach nicht erbringen konnten. Sie hätten ja als Respondenten niemals Probleme des Bodenrechtes, an denen die Volksgesetzgebung vorüberging, lösen können, weil ihnen die hierzu nötige Möglichkeit normativen Eingreifens fehlte. Was aber schwerer wiegt, sie sind an diesen Problemen wie an dem ganzen öffentlichen Bodenrecht[1] und anderen Erscheinungen des Wirtschaftsrechtes[2] vorbeigegangen, weil sie nicht im Gesichtskreis ihrer

[1] Schulz, Prinzipien, 20.
[2] Mitteis, Sav. Z. 19, 199f.

stadtrömischen Gutachtertätigkeit lagen. Selbst wenn sie, was ich glaube wahrscheinlich gemacht zu haben, zum Teil durch die Formulierungen der Agrarschriftsteller beeinflußt waren und gewisse betriebstechnische Kenntnisse besaßen, ist es ihnen, so wie bei anderen Rechtsinstituten, nicht notwendig erschienen, öffentlichrechtlichen und wirtschaftlichen Bindungen maßgebenden Einfluß auf ihre von der Wortauslegung ausgehenden Fallentscheidungen einzuräumen. Die Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Notwendigkeiten blieb also überwiegend der Praxis der Urkundenverfasser überlassen.

In dieser Praxis konnte aber das ganze Fundusproblem erst nach dem Abkommen des alten kollektiven Bodenrechtes auftauchen. Solange die sachliche familia als sippengebundenes, der freien Verfügung des paterfamilias entzogenes Vermögen existierte, war auch die Einheit des bäuerlichen Stammgutes gesichert, denn richtiger Ansicht nach umfaßt die familia wohl den geschlossenen landwirtschaftlichen Betrieb der altrömischen Familie.[1] Das Zusammenfließen von familia und pecunia läßt die Eigenart des landwirtschaftlichen Unternehmens stark in den Hintergrund treten. Das Wegfallen der sippenmäßigen und des größten Teiles der flurmäßigen Bindungen, die freie Teilbarkeit und die nur wenig erschwerte Veräußerungsmöglichkeit des Stammgutes und seiner Betriebsmittel erweckt den Anschein, als ob nun jedes Verständnis für den Aufbau eines landwirtschaftlichen Unternehmens als Sondervermögen weggefallen wäre. Daß dem in der Tat nicht so war, sollte durch die Entwicklung des fundus cum instrumento gezeigt werden. Bedeutet doch der fundus eine neue Siedlungseinheit, den Einzelhof, der frei von Beschränkungen einer dörflichen und weitgehend auch der alten gaumäßigen Bodenverfassung einen in sich geschlossenen landwirtschaftlichen Betrieb auf Neuland darstellt. Sogar die Reste der dörflichen Allmende (ager compascuus, saltus) konnten als Weiderechte und Waldparzellen dem fundus durch die objektive iunctio angegliedert

[1] Wlassak, Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht, 42ff.; vgl. hierzu Silber, Sav. Z. 34, 413, und Wieacker, Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung, 9ff.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

werden. ‚Rom sprengte die Dörfer und machte alle Bauern zu Gutsbesitzern', formulierte Max Weber[1] diesen Vorgang der Fundusbildung. Parallel zu ihm laufen die Bestrebungen, durch die heredis institutio den möglichst ungeteilten Übergang des fundus im Erbgange zu sichern.[2] Während die Schaffung der neuen Bodeneinheit des fundus durch die Limitation der römischen Feldmesser geschah, das Aufkommen der heredis institutio auf die Tätigkeit der pontifikalen Juristen zurückgeführt wird, ist die Vereinheitlichung des beweglichen Betriebsgutes, des instrumentum, durch die Agrarschriftsteller und die in den Urkundenformularen zutage tretende wirtschaftliche Praxis, der die steuerliche nachfolgte, geleistet worden.

So entstand im privaten fundus cum instrumento ein Sondervermögen, das freilich einer straffen rechtlichen Zusammenfassung entbehrte. Nur gewohnheitsmäßig wird der fundus als Einheit unter Lebenden und von Todes wegen übertragen. Nicht weitschauende Gesetzgeber mit siedlungspolitischer Zielsetzung regeln in der späten Republik und im Prinzipat sein Schicksal, sondern einzig und allein das eigennützige Streben nach einer rationellen, auf Gewinn ausgehenden Bodenwirtschaft. Die Juristen lassen sich von dieser Bewegung nur insofern beeinflussen, als sie die subjektive junctio anerkennen und das instrumentum für sich allein als wirtschaftlichen und rechtlichen Sammelbegriff und Gegenstand von Willensgeschäften übernehmen.

Im westlichen Wirtschaftsgebiet des Reiches bleibt die Entwicklung trotz der Erweiterung des fundus vom Einzelhof zum Gutskomplex ziemlich stetig. Der westgotische Paulus, der Cod. Theod., die lateinischen Urkunden und Formeln zeigen uns den immer stärker werdenden Zusammenhalt zwischen dem in der villa verkörperten Unternehmen, den zum jus fundi gehörigen Grundstücken und dem instrumentum. Der Übergang zu den mittelalterlichen Wirtschaftsformen geht hier ohne merkliche Zäsur vor sich.

Weniger einheitlich vollzieht sich der Ablauf im Osten. Zunächst fehlte in der hellenistischen Welt in weitem Umfange das römische Villensystem und der limitierte fundus als Grundlage des geschlossenen landwirtschaftlichen Unternehmens. Der in staatlich gebundener Wirtschaft lebende Bauer wohnt überwiegend in dörflicher Siedlung, eine nähere wirtschaftliche und rechtliche Beziehung besteht nur zwischen Grundparzellen und Einzelbetrieben (*κτήματα*) mit ihren Bestandteilen und gewissen Gruppen beweglicher Betriebsmittel. In Ägypten ist in dieser Beziehung erst in frühbyzantinischer Zeit ein mehr terminologisch als dogmatisch bedeutsamer Einfluß römischen Bodenrechtes wahrzunehmen. Die kaiserliche Gesetzgebung hingegen versucht, gezwungen durch die Not der Zeit, wenigstens ein Betriebsmittel, die Arbeitskraft der Kolonen, dauernd mit dem landwirtschaftlichen Betrieb zu verbinden. In einem gewissen Gegensatze zu dieser praktischen Richtung stehen aber die theoretisierenden Verfasser der Digesten, die, durch ihre übertriebene Voluntaslehre die wurzellose Haltung einzelner Spätklassiker verstärkend, die nackte Willkür des Eigentümers über die Zugehörigkeit zum Fundusunternehmen entscheiden lassen und damit die Auslegungsregeln der Frühklassiker um ihre ganze Bedeutung bringen. Auch in diesem Punkte sind also die Digesten kein zuverlässiger Spiegel der gleichzeitigen Rechtsübung gewesen.

[1] Art. Agrargeschichte im Handwörterbuch der Staatswiss., I³, 159.
[2] Wieacker, a. a. O., 25 ff.

Nachtrag
zu S. 44, Anm. 1:

Im P. Erlang. 118, einer Parzellenpacht aus dem 6. Jahrh., begegnet ein *γεώργιον* von ungefähr 8 Aruren (2¾ ha), das mehrere *ῥόκοι* d. h. hier wohl Äcker oder Ackerfluren, umfaßt.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Quellenverzeichnis.

Die Ziffern rechts am Rande beziehen sich auf die Seiten dieser Abhandlung.

A. Lateinische Urkunden und Formeln.

Bruns, fontes 123 . . . . . 47[1]
form. Andec. 1 c . . . . . 23[4]
13 . . . . . 38[1]
37 . 15[1], 22, 23[1], 23[4]
40 . . . 15[1], 22, 38[1]
41 . . . 15[1], 22, 23[4]
46 . . 23[2], 23[3], 23[4]
58 . . . . . 22, 23[4]
form. Arvern. 6 . . . 15[1], 22, 23[2]
form. Marc. 14d . . 15[1], 22, 23[2]
form. Visig., p. 579 . . . 15[1], 22
Mon. Germ. Dipl. 40 . . 23[2], 23[3]
41 . . . . . 23[1]
42 . . . . . 23[3]
Pardessus, Diplomata I 180 . 23[2]
II 244 . 23[1]
II 268 . 23[1]
II 351 . 23[3]
Spangenberg, tab. neg. soll.:
17 . . . 15, 22[2], 38[1], 48, 53
26 . . . . . 38[1], 38[2], 53
27 . . . . . 53, 60
28 . . . . . 53, 55
30 . . . . . 39[2], 47[1], 61[1]
31 . . . . . 38[2]
33 . . . . . 38[2]
34 . 15, 16, 22[2], 23[2], 24, 45[1], 53, 55
36 . . . . . 16[2], 38[2]
38 . . . . . 22[2], 45[2], 53
39 . . . . . 38[2]
40 . . . . . 38[1], 48, 53, 60
47 . . . . . 38[2], 53
48 . . . . . 22[2], 45[2], 60
49 . . . . . 22[2], 45[2]
50 . . . . 38[2], 52[2], 53, 60
51 . . . . . 15, 53
52 . 22[2], 23[2], 24, 24[2], 39[1], 45[2], 61, 61[2]
52a . 15, 16, 38[2], 52[2], 53, 60
53 . . . . . 23[2], 60
54 . . . . . 15, 22[2], 38[2], 53
55 53
56 . 22[2], 23[2], 24, 24[2], 45[2], 53
57 . . . . . 47[1]

B. Griechische Urkunden.

P. Archiv VI 106 . . . . . 50[3]
BGU 11 . . . . . 49[1]
97 . . . . . 49[1]
301 . . . . . 56[1]
303 . . . . . 55[4]
308 . . . . . 46[3]
447 . . . . . 49[1], 50[3]
586 . . . . . 46[1]
667 . . . . . 56[1]
1049 . . . . . 56[1]
Berl. Leihgabe 15 . . . . . 49[1]
P. Bour. 15 . . . . . 56[1]
P. Cairo Cat. 67006 . . . . . 50[3]
97 50
104 . . . . . 24[1]
106 . . . . . 56[4]
107 . . . . . 56[4]
110 . . 51[1], 57, 57[4]
170 . . . . . 58[1]
299 57

P. Cairo Cat. 300 . . . . . 58[1]
313 . . . . . 24[1]
P. Cairo Zenon 409 . . . . . 47[4]
P. Columbia Zenon II 76 . . . 39[4]
CPR 4 . . . . . 47[2]
9 . . . . . 47[2]
175 . . . . . 56[1, 3]
179 . . . . . 58[1]
187 . . . . . 50[1]
214 . . . . . 47[2]
P. Chrest. II 241 . . . . . 47[2]
P. Dura 23 16
101 . . . 45[1], 56, 56[1]
P. Erlang. 118 103
P. Flor. 4 . . . . . 49[1]
50 45
P. Gen. 54 . . . . . 46[1]
P. Giss. 56 . . . . . 19[2], 38[1]
P. Goodsp. 13 . . . . . 50[3], 60[1]
P. Hamb. 15 . . . . . 56[1], 59
16 . . . . . 49[1], 59
23 . . . . . 44[1]
P. Harris 73 . . . . . 49[1]
137 . . . . . 19[2]
Joh. Scholasticus, Catelecrius
I 159 . . . . . 55[1]
P. Lips. 3 . . . . . 49[1]
P. Lond. I 193 . . . . . 48[1]
II 216 . . . . 45[2], 50[3]
III 940 . . . . . 49[1]
945 . . . . . 49[1]
1012 . . . . . 54[1], 58[1]
1023 . . . 50[3], 57, 57[4]
1044 57
1168 . . . . . 47[2]
V 1691 . . . . . 50[3], 57
1694 . . . . . 58[1]
1695 . . . . . 58[1]
1724 . . . . . 51[1]
1738 . . . . . 51[1]
1769 . . . . . 58[1]
1924 . . . . . 47[4]
P. Lond. Inv. Nr. 2017 (Eranos 38) 57[2]
P. Mil. 56 . . . . . 56[1]
P. Minas 1 . . . . . 45[2], 46, 47
P. Mon. 9 . . . . . 47[2], 59[2], 51[1]
11 . . . 47[2], 51[1], 58, 60[2]
12 . . . . . 51[1], 58, 60[1]
15 . . . . . 24[1]
P. Oslo II 40 . . . . . 50[3]
III 99 . . . . . 49[1]
P. Oxy. 135 44
248 . . . . . 50[2]
481 . . . . . 50[3]
482 . . . . . 47[2], 49[1]
501 . . . . . 51[1]
502 . . . . . 50[3]
510 . . . . . 50[3]
705 . . . . . 42[3]
729 . . . . . 46[1]
907 . . . . . 47[2]
1036 . . . . . 51[1]
1195 . . . . . 50[2]
1199 . . . . . 49[1]
1207 . . . . . 51[1]
1268 . . . . 49[1], 59[2], 59
1548 . . . . . 49[1]
1631 . . . . . 19[2]
1648 . . . . . 50[3]
1890 . . . . 55[2], 57, 57[2]
1959 . . . . . 44[1]
P. Par. 21 . . . . . 60[2]
21 bis . . . . 58[1], 60[2]
21 ter . . . . . 60[2]
P. Rein. 49 . . . . . 49[1]
P. Ross. Georg. III 23 . . . 58[1]
40 . 44[1], 58[1]
56 . . . 55[2]
65 . . . 58[1]
P. Ryl. II 99 . . . . 47[2], 58[1]
P. Sammelbuch 4483 . . . . 58[2]
5174 . . . . 60[2]
5175 . . 47[4], 60[2]
5285 . . . . 47[4]
7296 . . . 60[2]
P. Soc. It. 52 44
65 . . . . . 60[2]
393 . . . . . 39[4]
430 . . . . . 59[4]
688 . . . 47[2], 50[3], 53[2]

Senato della Repubblica - Archivio Storico

445

P. Soc. It. 922 . . 50[3], 55[3], 56[1,3]
931 . . . . . 48[3]
P. Strassb. 4 37
9 . . . . . 56[3]
34 . . . . . 49[1]
P. Stud. Pal. I S. 7 . . 47[4], 60[3]
S. 8 57
XX 121 . . . . 60[1]
P. Theod. I . . . . . 56[1,3]
2 . . . . . 56[1,3]
6 . . . . . 46[3]
P. Tebt. 108 . . . . . 51[3]
Trinchera, Syllabus 27 . . 47[1], 55[3]
31 . . 47[1], 55[3]
P. Vat. 2 . . . . . 46, 47[3]

C. Inschriften.

Bruns, fontes 11 . . . . . 62[2]
54 p. 200 . . 63[1]
139 . . . . . 37[1]
CII. III 13. 569 37
IV 5328 . . . . . 16[3]
5588 . . . . . 16[3]
6586—6588 32
V 2548 . . . . . 21[2]
CIL VI 2, 10. 239 14
IX 1455 . . . . 16[3], 17[1]
3845 . . . . . 16[3]
X 114 . . . . 17[1], 19[4]
407 . . . . . 16[3]
444 . . . . . 14, 22[1]
1401 14
XI 1147 . . . 17[1], 30[1], 33[5]

D. Literarische Quellen.

Appian. bell. civ. I 8 . . . . 62[2]
10 . . . . 62[2]
Arist. Pol. I 2, 4 27
Cato de re rust. I 5 . 26, 26[3], 29
III 1 . . . . 13[1]
X—XIII 25, 25[1], 26, 29, 95
X 2 . . . . 15[3]
XIV 13
CXLVI . . . 30, 31
Cic. pro Caec. 94 . . . . . 31[1]
Columella de re rust. I 4 . . 13
6 . . 13
7 . 29[1], 30
8 . . 26
II 15 . . 25[2]
III 3 . . 36
IV 13 . . 25[3]
30 . . 36
XII 3 . . 26
18 . . 95
Corp. Gloss. Lat. II 88 . . . 51[3]
Festus p. 89 . . . . . 11[1]
Gell. noct. att. 4, 1, 17 . . . 28[1]
6, 11, 9 . . . 29
Gell. noct. att. 19, 8, 12 . . . 11[1]
Gregor. I epist. II p. 454
15, 15[2], 16[1], 33[1]
Isid. Etymol. V 26—27 . . . 73[3]
Liber pontificalis p. 54 a . . 16[3]
Palladius de re rust. I 43 . . 26
Phaedrus IV 5, 24 26
Plautus trinummus 1122 . . 11[2]
Plinius hist. nat. 14, 27 . . . 95[3]
Plinius epist. III 19 . 29[3], 30[1], 35[3]
IX 37 . . . . 30[1]
X 8 . . . . 30[1]
Pollux, onomast. X 11 . . 48[3]
Schriften d. Feldmesser (ed. Lachmann):
Frontin. p. 15 . . 21[2], 92[1]
30 . . . . 11[1]
48 . 11[1], 18[1], 19[3]
49 . . . . 35[3]
Hygin. p. 117 . . 21[2], 92[1]
130 . . . . 18[2]
201 18[1], 18[2], 21[2], 92[1]
204 . . 18[1], 19[3]
205 . . . . 23[1]

Schriften der Feldmesser (ed. Lachmann):
Sic. Flaccus p. 157 . 21[2], 92[1]
161 . . . 18[2]
Val. Max. IV 4, 6 26
Varro de lingua lat. V 31 . . 26[3]
de re rust. I 2, 17 . 30, 33[4]
I 2, 22 a. . 25
I 5 a. . . . 15
I 11, 1 . . 13
Varro de re rust. I 17, 2 . . 26, 30
I 18 . . . 25[1]
I 19 . . . 25[1]
I 22 . 25[1,2], 28[3]
II 3, 7 . . . 30
III 2, 4 . . 11[3], 13[1]
Varro bei Non. Marc. p. 545 M. . 29[2]
Vegetius epit. rei mil. III 5 . 27[1]
Vitruv, de archit. VI 6, 5 . 13[1], 13[2]

E. Gesetze und Rechtsbücher.

Schol. Bas. 20, 1, 19 . . . . 31[2]
Bas. Suppl. I 65 . . . 93
Cod. Just. 1, 2, 14, 1 64
2 55
4 63
1, 2, 17 64
1, 12, 23 pr. . . . 55
4, 65, 5 . . . . . 31[4]
5, 37, 22 pr. . . . 64
5, 72, 4 64
6, 38, 2 . . . . 72[5], 73
8, 16, 7 . . . . 28[2], 68
8 68
11, 48, 2 . . . . . 78[4]
7 66
13, 1 . 66, 66[2], 78[4]
15 68
11, 60, 3 53
11, 66, 2 . . . . 37[4]
Cod. Theod. 2, 26, 3 55
2, 30, 1 68
3, 5, 2 Interpr. . 15[3]
3, 32, 1 64
5, 3, 1 . . . 66[1]
5, 13, 3 53
4 . . 37[4], 64[1]
5, 15, 8 . . 37[4], 64[1]
8, 12, 1 . 15[3], 22, 52
9, 42, 7 67
10, 1, 8 55
10, 8, 1 . 23f., 37, 40, 53, 64
10, 9, 2 . . . . 61[3]
Cod. Theod. 10, 18, 2 55
11, 1, 4 55
14 . . . 66[1,3]
26 . . . . 66[1]
11, 36, 25 68
13, 6, 2 55
13, 10, 3 . . . 38[1], 66
13, 11, 1 55
14, 3, 7 . . . . 37[4]
16, 5, 12 55
45 55
Dig. Iul. Flor. XXV 58 . . . 89f.
Dig. 7, 1, 9, 6 . . . . . 85, 87
7 19[2,4,5], 85, 92f., 96
7, 1, 13, 4—5 . . . . 33[4]
7, 1, 15, 5 . . . . 76, 85, 96
7, 1, 59, 2 . . . . . 94, 98
7, 4, 8 13
7, 8, 16 85
8, 3, 6 . . . . . 53[5]
20, 3 . . . . . 21[2]
28, 2 54
8, 5, 20, 1 . . . . 21, 92f.
8, 6, 4 . . . . . 21[2]
9, 2, 29, 7 . . . . . 67[4]
50 . . . . . 14[2]
10, 1, 17 pr. 96
13, 7, 18, 2 54
18, 1, 33 . . . . . 63[1]
52 . . . . . 63[1]
65 . . . . . 83[5]
76 pr. 38[4], 94, 96, 96[2], 97
77 . . . . . 38[4]

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Dig. 19, 1, 13, 23—25 . . . 86[1]
17 pr. . 22, 87[1], 94, 98
17, 2 . . . . . 76[4]
6 . . . 38[3], 96[2]
7 . . . 22[2], 80[2]
10 99
11 . . . . . 98 f.
18 pr. . . . . 97[2]
18, 1 99
34, 1 . . . . . 96[2]
19, 2, 3 . . . . 31[2], 36[1]
19, 2 . . . 31, 34, 85
25, 3 . . . . . 31[1]
30, 4 . . . . . 31[1]
34, 2 . . . . . 31[1]
20, 1, 26, 2 . . . . . 80[2]
32 pr. 79, 80, 80[1,2], 81[1]
34 pr. . . . . 80[2]
20, 6, 14 . . . . . 31[4]
21, 1, 33 81
23, 5, 5—7 63
13 pr.—1 63
18 63
27, 9, 1, 2 63
3, 6 63
4 63
5 pr. 63
28, 5, 25, 3 . 27, 71 f., 79[1,10], 78 f., 79[4], 80
30, 8 pr. 88
30, 24, 2—3 20, 20[1], 88, 90 f., 90[1]
30, 70, 1 . . . . . 21[2]
30, 72 . . . . . 38[6]
30, 91, 3 . . . . . 38[2]
30, 112 . . . . . 65, 78[4]
31, 2 . . . . . 82, 83[2]
31, 6 81
31, 10 . . . . 20 f., 20[1], 88
31, 34, 1. . . . 26, 37[1], 42
31, 86, 1 88
8 . . . . . 16[2]
32, 30, 3 64
32, 35, 2 14
32, 44 80
32, 52, 7a . . . . . 86[1]

Dig. 32, 60, 3 . . . . . 73[1], 75[2]
32, 68, 3 . . 36, 37, 80, 89[4]
32, 78, 2 . . . 72[2], 89, 89[4]
3 . 30[1], 72[2], 89, 89[4]
7 . . . 80[2], 89, 89[4]
32, 82 . . . . . 86[2]
32, 91 pr. . . . . 80[2]
91, 1 . . . . . 72[2]
3 . . . 20[1,2,4], 88
5—6 . . . . . 88[2]
32, 92 pr. . . . 14, 20[1,2], 87
32, 93 pr. . . . . 72[1]
93, 2 . . 72[2,10], 89, 89[4]
4 17[1], 72[2], 92, 95, 95[2]
32, 99 . . . . . 28, 39[2]
32, 101 pr. . . . . 30[2], 42
101, 1 . . . . . 89, 89[4]
33, 2, 32, 5 . . . . 13[1], 14
33, 6; 3, 1 . . 87, 94, 95[4]
Rubrik zu 33, 7 . . . . 29 f.
33, 7, 1 . . . 82, 83 f., 83[2]
1, 1 . . . . . 76, 81
2, 1 36, 37, 72[11], 73[2], 78, 85
3 pr. . . . . 72[2]
4 . . . 20[1], 79, 80
5 72[1,2,3], 73, 80, 82 f., 82[2]
6 . . . . . 33[2], 72[2]
8 pr. . 28, 34, 73[1], 75[2]
8, 1 . . . 22[1], 94, 95
9 . . . . . 35[4], 75[2]
10 . . . . . 28, 35[4]
11 . . . . . 35[4]
12 . . . . 28, 73[1], 83[2]
12 pr. . . . 72[10], 74[2]
12, 1 . . . . . 97[2]
2 28
3 73
4 73
6 . . . 35[2], 72[10], 74
19 . . . . . 34, 97[2]
11 . 19[2], 75, 87[1], 94, 98
14 . . . 22[1], 79, 79[2]
16 . . . . . 35[1] 73[4]
23—25 . . . . 86[1]

Dig. 33, 7, 12, 25 . . . . . 98[2]
27 40[1], 72[2], 74, 74[1]
37 . 75[2], 78, 78[4], 80
38 78
42 53
43 76
44 76
45 76
46 . . . . . 15, 72[2]
47 . . . . . 72[2]
13, 2 13, 35[1], 40[2], 72[2], 86[2]
16, 1 79[1], 83[1], 98, 98[2]
16, 2 74
18, 1 . . . . . 72[2]
3 . . . 72[1], 76 f.
4 . . . . . 74[2]
5 . . . . . 97[2]
9 . . . . 28[2], 76
11 76
12 . . . . . 72[10]
13 . . . . . 82[2]
19 pr. 35[1], 79, 80, 90, 90[1]
20 pr. . 14, 28[2], 30[1], 40[2], 72[2], 82
1 . . 28[1], 36, 72[11]
2 76
3 . 28[2], 30[1], 36, 82
7 14, 20, 20[1,2], 28[2], 72[2], 88
9 . . . 28[2], 72[2]
21 . . 29, 83, 84, 95, 96
22 pr. . . . . 72[2]
22, 1 . . . . . 28[2]
24 . . . . 32[1], 72[2]
25 pr. 75
25, 1 . . . . . 26, 33[2]
2 . . . . . 38[2]
26, 1 97
27 pr. . . . . 30[1]
27, 1 . . . . . 30[1]
3 . . . . 72[2], 76
4 . . 28[2], 40[2], 72[2]
5 16, 17[1], 19, 19[2,4], 20[1], 33, 72[2], 87

Dig. 33, 7, 28 . . . . 72[2], 89[2]
33, 8, 1 83
3 . . . . 82, 83[2]
33, 9, 3 pr. . . . . 28[1]
33, 10, 4 . . . . . 39[2]
7 . . . . . 28[2]
7, 1 . . . . . 74[2]
7, 2 . . . . 28[2], 77
8 . . . . . 53, 54[1]
14 . . 72[2], 82, 82[2], 83
34, 1, 4 42
34, 4, 31 pr. 89
34, 5, 1 . . . . . 20[2], 83
34, 7, 25 . . . . . 80[2]
38, 3, 3 pr. . . . . 32[2]
39, 4, 16, 11 . . . . . 53[2]
41, 1, 7, 10 . . . . 14[2]
41, 2, 3 . . . . . 61[1]
18, 2 81
41, 4, 7, 1 . . . . 20[1,2]
42, 1, 15, 2 . . . . . 67[4]
43, 17, 3, 7 . . . . . 14[2]
44, 4, 4, 10 88
46, 1, 52, 2 . . 31[2], 35, 36
50, 15, 4 pr. 23
4, 3 65
50, 16, 60 11, 12[4], 20[1], 91, 91[2]
129, 1 86
198 . . . . . 35[4]
211 . . . 12[4], 13, 14
245 . . . . . 22[2], 86
Ed. Theod. 142 . . . . . 66[2]
Gai. inst. 2, 73 . . . . . 14[2]
2, 198 20
Inst. Just. 2, 20, 17 . . . . 83[2]
Lex Rom. Burg. 17, 5 . . . 21[2]
Nov. Just. 7 64
46 64
54. 2 64
120, 1, 9 64
128, 3 . . . 37, 51[2], 65
167 . . . . . 63[1]
Nov. Theod. 24, 4 53
Nov. Val. 35, 18 . . . 66[2], 78[4]
Paul. sent. 3, 6, 34. . . . . 66, 82

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Paul. sent. 3, 6, 35—37 . . . 73[1]
36 . . . . 97[2]
37 . . 94, 95, 96
44 . . . . 74[3]
45 . . . . 72[4]
47 . . 28[2], 72[1]
48 . . . 54[3], 78
Paul. sent. 3, 6, 49 . 29[1], 68, 88
50—51 . . . 72[5]
53 . . . 72[1,4]
54 . 20, 20[1,2], 88
58 52
Theoph. inst. 2, 20, 17 . 51[2], 66, 95

24. I. 43.

48

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ERNST RABEL
GESAMMELTE AUFSÄTZE

BAND IV
ARBEITEN ZUR ALTGRIECHISCHEN, HELLENISTISCHEN UND RÖMISCHEN RECHTSGESCHICHTE
1905–1949

Herausgegeben von
HANS JULIUS WOLFF
Freiburg i. Br.

1218



1971

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Adoptionstestaments bei der Ausbildung des Vermächtnistestaments. Über den letzten Punkt wird bei der hellenistischen Geschichte noch mehr zu reden sein.

Zum Schluß seien des Verfassers sehr kundige über das Buch verstreuten Bemerkungen hinsichtlich des Verhältnisses der Inschriften zur gleichzeitigen sonstigen Beurkundung der betreffenden Rechtsgeschäfte und die verständnisvolle Benutzung der philologisch-historischen Literatur, die ihm stets das Erfassen des kulturgeschichtlichen Zusammenhanges gestattet, gerühmt. *Bruck*, auf dem Gebiet des modernen Rechts kein Unbekannter, hat sich mit dieser tüchtigen historischen Erstlingsschrift vortrefflich in die Rechtsgeschichte eingeführt.

6. DIE VERFÜGUNGSBESCHRÄNKUNGEN DES VERPFÄNDERS, BESONDERS IN DEN PAPYRI*

Auf der Arbeitstafel der rechtshistorischen Forschung läuft noch immer ein meistenteils recht breiter Strich zwischen der Antike und dem germanischen Mittelalter. Ringsum zur Seite liegen in einem kaum dämmerhaft beleuchteten Kreise die rechtlichen Schicksale der übrigen Völker. Wen reizt es nicht, in Gedanken das Geschiedene zu vereinigen, die Trennung der Romanistik und Germanistik zu heben, beide in der einheitlichen Disziplin der Gesamtrechtsgeschichte aufzulösen, welche selber das Recht erst richtig in die Erlebnisse der Menschheit einordnen könnte? Ein schöner Traum, aber für uns nur ein Traum. Wer heute auch nur römisches und deutsches Recht den gleichen Personen der Rechtslehrer zuweisen will, täuscht sich über die Schwierigkeiten und den Umfang dessen, was noch im deutschen, aber auch im römischen und zumal im eigentlich neu entdeckten griechischen Recht zu leisten ist. Noch ist es lange nicht die Zeit, wo der große Ruf zur Sammlung erschallen darf, noch müssen wir getrennt die Wege suchen, noch winkt nicht einmal von fern das gemeinsame Ziel – die sämtliche erreichbare Rechte zusammenfassende und verarbeitende Universalrechtsgeschichte.

Eines jedoch, das in jener Zukunftswissenschaft dereinst seine volle Entfaltung feiern müßte, lebt heute schon. Bescheiden [2] und vorsichtig sich regend wirkt zwischen den getrennten Lagern die Rechtsvergleichung Erfreuliches. Sie darf vorerst nur dienender Bote sein, die Stafette, die von der einen Marschkolonne zur andern fliegt, und der Kundschafter, der die gangbaren Pfade ermittelt, ein Bringer helfender, aufklärender, anfeuernder Nachrichten.

Künftig einmal wird die historische Rechtsvergleichung und mit ihr die Gesamtrechtsgeschichte ihre oberste Spitze in einem philosophischen

* Selbständig erschienen: Leipzig: Verlag Veit u. Co., 1909, mit einem Anhang: Eine unveröffentlichte Basler Papyrusurkunde (P. Bas. Inv. Nr. 7) — Festgabe zur Fünfhundertjahrfeier der Universität Leipzig, dargebracht von der Universität Basel. [Der Anhang ist hier weggelassen. Die Anmerkungen wurden durchnumeriert.]

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Teil haben, in einer allgemeinen Theorie der Rechtserscheinungen als abstrakt betrachteter Erzeugnisse und Hebel der Kultur, einer Darlegung der Kausalität im Entstehen und Wirken des Rechts. Dieser Teil wird sich von der Rechtsgeschichte absondern und der Rechtsphilosophie einordnen lassen, wie die Soziologie, die Wissenschaft von den typischen Gesellschaftserscheinungen, sich von der Geschichte abhebt und in die allgemeine Geschichtsphilosophie hineinfällt. Zu einer solchen Kunde von dem Gesetzmäßigen, Rhythmischen, Typischen der Rechtsbildung sind noch nicht mehr als vereinzelte Anfänge vorhanden, und bestenfalls bleibt sie für absehbare Zeit ein Gebiet für sich, von dessen Früchten die Rechtshistoriker sich nähren dürfen, wie von den Ergebnissen aller Nachbarwissenschaften, zu dessen Bebauung sie aber nur die Saatkörner liefern und nicht die Arbeitskräfte beistellen können.

Die Rechtsvergleichung der nächsten Zukunft dagegen ist nicht, wie man noch oft und mit tadelndem Blick anzunehmen scheint, ein Gegensatz zur spezialforschenden Geschichte, sondern die Geschichte der Volksrechte und Rechtsgemeinschaften selber, insoweit sie sich der komparativen Methode bedient. Ihrer kann niemand mehr entraten. Auf Vergleichung beruht es schon, wenn wir den Geltungsbereich der Rechtssätze untersuchen, z. B. in den Papyri, beim syrisch-römischen Rechtsbuch enchorisches, griechisches und römisches Recht sondern, und wenn wir den Umfang der Rechtseinheiten feststellen, z. B. ein gemeindeutsches oder ein gemeingriechisches Recht annehmen, die es *beide* niemals [3] anders gegeben hat, als in dem Geiste der Stammesrechte, demnach bloß so, „wie es eine deutsche Sprache gegeben hat, zu einer Zeit, da nur gotisch, angelsächsisch usw. gesprochen wurde" *(Heusler)*. Die Komparation bezweckt, Verwandtschaft und Verschiedenheit in den Rechtssätzen und Einrichtungen zu erkennen und die ersteren nach drei Richtungen zu prüfen, auf gemeinsame Vererbung von einem Muttervolk, auf Einwirkung des einen Rechtskomplexes auf den anderen, und endlich auf Faktoren, die in beiden Rechtsgebieten unabhängig tätig geworden sind. Eine Zeitlang suchte man fast nur in der ersten Richtung allein; *Leists* Rechtsgeschichte des angeblichen gräco-italischen Volks und *Jherings* Vorgeschichte der Indoeuropäer zeigen, daß gerade sie die hoffnungsloseste ist. Viel dankbarer ist die Erhellung der Rechtsrezeptionen, an denen es wohl nirgends fehlte, und am gewinnbringendsten wenn auch voll Hindernissen, da niemals dasselbe sich verschiedenen Orts ganz gleich wiederholt, die Zurückführung ähnlicher Normen auf ähnliche Kulturbedingungen.

Zweifellos stehen wir auch alledem gegenüber erst am Anfang. Wir bleiben zunächst fast stets im engsten Gebiete des einzelnen Rechts. Der Methode nach ist uns die Vergleichung vorläufig weniger Zweck als Hilfe. Wir lassen uns von ihr die uns verlorengegangenen primitiven Gedankengänge wieder eröffnen, die Fragestellungen anregen, die Phantasie beleben, nachdem wir längst der spielenden, subjektiven Hypothesen müde geworden sind. Die Vergleichung macht uns nicht unwissenschaftlicher, falls sie nicht ganz wild betrieben wird; im Gegenteil. Freilich aber sind wir einstweilen auch dem Stoffe nach ungemein beengt. Selbst das sprachlich schon erschlossene Material so vieler hochkultivierter Völker, namentlich Vorder- und Hinterasiens, erweitert zwar unser Wissen auf mannigfache Art, fordert jedoch für die feinere juristische Ausbeutung sprachliche Kenntnisse, die in Europa heutzutage höchst selten ein Jurist aufbringt. Es ist ein wahres Glück, daß sich nun wenigstens, obgleich natürlich [4] auch mit viel Gefahren, den Romanisten und Gräzisten das mit so gewaltigem Eifer und Erfolg erkundete germanische Recht zum Vergleichsgegenstand anbietet. Der Mittelschul- und Universitätsunterricht und die Kräfte des lebenden Rechts rücken uns diesen Stoff am nächsten heran. Römisches, griechisches und deutsches Recht gehören uns eben vermöge der ganzen Vergangenheit unserer Kultur in anderem Sinn und höherem Maß, als alle übrigen Rechte. Es ist die natürliche Entwicklung, wenn die rechtsgeschichtliche Wissenschaft zunächst diese drei Rechtsgebiete erforscht und vergleicht und von da aus in die Weite strebt, immer neuen Inhalt und neue Denkformen suchend.

Die Forschungen der letzten Jahre rechtfertigen die Behauptung, daß die Verwandtschaften zwischen dem deutschen und dem *griechischen* Recht außerordentlich weit reichen und ihre Beachtung zu unvergleichlich größeren Ergebnissen führen wird, als die lang mühselig erquälte isolierende Gegenüberstellung der Römer und Griechen. Denn bei den Germanen erscheinen uralte Vorstellungen in dauerhafter Macht, die bei den geschichtlichen Hellenen noch in deutlichen Spuren fortlebten, bei den Römern aber gar nicht oder nur andeutungsweise erhalten sind. Die Papyrusurkunden der Ptolemäer- und ersten Kaiserzeit aber zeugen, sei es wegen der Beständigkeit des Formularstils, sei es infolge des Einflusses des ägyptischen Elements, noch viel mehr als die Denkmäler Altgriechenlands von alten, den deutschen verwandten Anschauungen. Vielleicht wird demnächst die Heranziehung des demotischen und keilschriftlichen Materials das wichtigste Erfordernis sein. Aller Mängel

Senato della Repubblica - Archivio Storico

bewußt, kann man jetzt doch nicht oft und nicht nachdrücklich genug für die Bearbeitung des Papyrusmaterials die Verwertung der deutschrechtlichen Forschungen empfehlen, wenn auch mit dem selbstverständlichen Zusatz, daß uns Fehler in der Erfüllung dieser schwierigen und heiklen Aufgabe nicht allzu übel vermerkt werden mögen. Man kann nur auch umgekehrt wünschen, daß die Germanisten sich zur Berichtigung unserer Arbeiten und zur eigenen Berücksichtigung [5] der neuen Urkundenschätze entschließen, mag ihnen gleich, was wir Schätze nennen, als ein kümmerliches Erbe erscheinen. Würden sie doch vieles uns Rätselhafte mit weit geübteren Blicken ansehen.

Zum Interessantesten gehört die auffallende Übereinstimmung der Vertragsformulare in den Papyri und derer des fränkischen und deutschen Mittelalters, auf welche ich bereits vorlängst und seither des öfteren hinweisen durfte. Sie ist ebenso offenkundig als ihre historischen Gründe dunkel: Rezeption des Urkundenstils, Gleichartigkeit der Grundanschauungen, der Gesellschaftsverfassung, Wirtschaftsverhältnisse, was hiervon und was hat am meisten gewirkt? Nur umfassende Mitarbeit aller Beteiligten kann das aufklären. Sehr weitreichende Parallelen stellen sich nun auch bei den pfandrechtlichen Urkunden heraus[1]. Und einen besonders merkwürdigen Punkt gestatte man mir hier hervorzuheben und in der soeben mit Bedauern eingeschränkten komparativen Betrachtungsweise zu erörtern. Es ist das in beiden Rechtskreisen auftretende Verbot gegen den Verpfänder, über die Pfandsache zu verfügen. Der römische Quellenbereich bietet zu dieser den modernen Beurteiler frappierenden Erscheinung ein einziges Seitenstück. In der berüchtigten Marcianstelle D. 20. 5. 7. 2 ist nach dem, insofern durch die Basiliken 25, 7, 7 bestätigten Wortlaut der Florentina von dem Fall die Rede: *si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus.* Die Papyri der Römerzeit liefern jetzt den Beweis, daß solche *pacta* etwas ganz Gewöhnliches waren, während die andere Verabredung, die man oft lieber im Text gesucht hat: *si pactum sit a debitore, ne liceat creditori ... vendere* noch mit keiner Urkunde sicher zu belegen ist. Es liegt am nächsten, daß Marcian eben derartige Urkunden, wie sie uns nunmehr bezeugt sind, behandelt hat, und am ehesten wird dieser Jurist des [6] 3. Jahrhunderts an den Fall der Hypothek gedacht haben, von dem auch der Text zunächst spricht (ohne daß man übrigens die nachhinkenden Worte *vel pignus* vielleicht gerade für interpoliert hal-

[1] Darauf machte ich vor zwei Jahren aufmerksam, SZ. 28, 369 N. 4; 365 oben [hier S. 96 Anm. 338; S. 92].

ten muß). Keinesfalls spricht etwas für die kürzlich von *Krückmann*[2] angedeutete Vermutung, der Gläubiger habe sich im Falle des Marcian *statt* des Verkaufsrechts *nur* das Recht, „die Veräußerung des Schuldners zu genehmigen", vorbehalten; denn davon wissen unsere Urkunden nichts. Auch denkt *Krückmann* vor allem an ein *pignus* der älteren Art, und demnach an stadtrömische Verhältnisse. Ich bestreite nicht, daß das Depositalpignus sich mit Veräußerungsverboten recht gut vertragen haben könnte, aber die Marcianstelle gibt zur Verfolgung eines solchen Gedankens keinen rechten Anlaß.

Leider ist es, wie jetzt wohl allgemein anerkannt wird, völlig unmöglich, in die angebliche Marcianische Entscheidung: *certum est nullam esse conditionem, ut pactioni stetur* einen vernünftigen Sinn zu bringen. Denn es bleibt unerfindlich, welchen Vorteil ein Hypothekargläubiger, der mit der *actio hypothecaria* gegen jeden Drittbesitzer vorgehen konnte, von der Behauptung ziehen mochte, der Erwerber entbehre des Titels. Von weitem taucht heutzutage gewiß die Frage auf, ob Marcian sich etwa eine provinziale Praxis aneignet. Doch bei unseren Vorstellungen vom klassischen Juristenwerk genügt die Stellung der Frage[3], um sie zu verwerfen. Ganz echt kann der Text schon nach seiner sprachlichen Beschaffenheit nicht sein. So ist einstweilen die Annahme *Fabers* und *Lenels*, die Byzantiner hätten [7] aus fragwürdigen Gründen interpoliert, die wahrscheinlichste Erklärung[4].

Der bei Marcian erwähnte Tatbestand selber ist an sich geeignet, das Interesse jedes Rechtshistorikers auf sich zu ziehen. So hat denn auch die deutschrechtliche Literatur den Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders längst reichhaltige Erörterungen gewidmet, aus denen die Bearbeitung der antiken Parallelstellen viel nutzbringende Anregungen entnehmen darf. Freilich muß ich bei allem schuldigen Dank für die nun schon zum oft wiederholten Male aus der germanistischen Forschung genossene Belehrung und selbstverständlich, ohne daß darin der geringste Vorwurf begründet ist, von vornherein bekennen, daß jene Nutzbarmachung ihre nicht nur in der Verschiedenheit des Materials gelegenen Schranken hat. Auch betreffs des germanistischen Quellenkreises

[2] AcP. 103, 291 f.

[3] *Naendrup*, SZ. 20, 283 hat, ohne noch die Papyri zu kennen, vermutet, in der Stelle „komme griechisches Recht zum Ausdruck". Aber wird der Römer einen griechischen Tatbestand rein griechisch entscheiden? Vgl. zu dieser allgemeinen Frage *Kohler*, SZ. 29, 226.

[4] *Lenel*, BIDR. 11, 26–31, mit reichhaltigem Literaturbericht. Den Hauptbeweis, den man für die Interpolationsannahme anführt, kann ich nicht ohne weiteres unterschreiben; vgl. unten S. 58 f. [hier S. 208 f.].

Senato della Repubblica - Archivio Storico

scheint mir das Phänomen noch nicht allseitig erklärt zu sein. Ja, es ließe sich eine noch umfassendere methodische Sammlung und Sichtung der relevanten Tatbestände denken und wünschen, als sie bisher vorliegt.

Unter solchen Umständen ist es zur Zeit nicht möglich, für das spärliche gräzistische Material die abschließende Erklärung zu liefern, die im sehr viel reicheren germanischen Kreis noch nicht gelungen ist. Bieten läßt sich einzig der Versuch, die Fragen zu ordnen und die Erklärungsmöglichkeiten zu nennen. Das wäre im allgemeinen für die Bemühung des Lesers, welchem überdies der Gegenstand mit verhältnismäßig großer Ausführlichkeit dargelegt werden muß, entschieden zu wenig. Es hat gewöhnlich einen sehr geringen Wert, in Vermutungen zu schwelgen, durch die man sich nicht gebunden fühlt. Trotzdem mag diesmal das Unbehagen überwunden werden, das ein unabgeklärter Stoff vor [8] allem dem erweckt, der ihn vortragen soll; einmal wegen des erwähnten allgemeinen Interesses an den griechisch-deutschen Parallelen, sodann weil dem speziellen Thema eine nicht unbeträchtliche Bedeutung für mannigfache Fragen des Obligationen- und des Sachenrechts innewohnt. Gerade dies ist wenigstens den engeren Fachgenossen erst zu beweisen. Den verdienten Nachbarn vom deutschen Recht aber sei der Gegenstand hiermit zu erneuter Aufmerksamkeit empfohlen.

I. Altgriechisches Recht

[9] Die Bedenken, welche einer monographischen Behandlung unserer Fragen entgegenstehen, sind vielleicht am stärksten gegenüber der dürftigen altgriechischen Überlieferung. Doch muß der Stand unserer Kenntnis markiert werden.

Man pflegt unbedenklich zu lehren, dem griechischen Hypothekenbesteller sei es gesetzlich verboten gewesen, ohne Zustimmung des Gläubigers die Sache zu veräußern oder nochmals zu verpfänden[8]. In dieser Form ist die Behauptung nicht beweisbar. Wir haben eine Stelle

[8] Vgl. statt aller *Cuq* bei Daremberg-Saglio 3, 1, 357. Dagegen glaubt *Pappulias* in seinem im Drucke befindlichen Buche: Ἡ ἐμπράγματος ἀσφάλεια κατὰ τὸ Ἑλληνικὸν καὶ τὸ βυζαντινὸν δίκαιον, Teil 1, S. 122ff., dem griechischen Rechte ein dem römischen ganz analoges System zuschreiben zu dürfen: die Veräußerung war gestattet und die Sache ging auf den neuen Eigentümer belastet über. (*Pappulias* hat mir freundschaftlich die Aushängebogen seines belehrenden Werkes, soweit sie das altgriechische Recht betreffen, zur Verfügung gestellt, wofür ich ihm herzlich danke.)

des gortynischen Stadtrechts, die solches *wahrscheinlich* besagt, in Athen aber lautet, was die Quellen ergeben, etwas anders.

1. Gortyn X, 25:

ἄνερο[π]ον μὲ ἐνῶθα[ι] κατοκείμενον, πρὶν κ' ἀρτύσεται ὁ καταθέν̣ς, μεδ' ἀμπόλον, μεδὲ δόκκοθαι μεδ' ἐπιπένεσθαι μεδὲ καταθέθαι· αἰ δέ τις τούτον τι ῥέξοντι, μεδὲν ἐς χρέος ἔμεν, αἰ ἐπιτένοιεν δύο μάρτυρες.

[10] D. h. einen verpfändeten Sklaven darf man nicht kaufen, ehe sich bereitet der Verpfänder, und einen streitigen, und nicht annehmen und nicht sich geloben lassen und nicht in Pfand nehmen. Wenn einer von diesen (Dingen) eins tut, so soll es nichtig sein, falls zwei Zeugen aussagen.

Das Verbot richtet sich unmittelbar gegen den Erwerber; doch gegen wen mittelbar, wer darf nicht veräußern, der Verpfänder oder der Pfandgläubiger? Gewißlich ist der Besitzer des verpfändeten ebenso wie derjenige des litigiosen Sklaven gemeint. Aber welcher Teil besitzt? Wir wissen nicht, ob der ἄνερος κατοκείμενος sich in Nutzpfand beim Gläubiger oder in Hypothek beim Pfandgeber befindet. Denn der herrschenden Meinung, welche frischweg das καταθέναι des Gortynschen Rechts mit „*donner en hypothèque*" auffaßt[9], ist entgegenzuhalten, daß im sogen. zweiten Kodex von Gortyn Col. V, VI[3] der Schuldknecht, κατοκείμενος, bereits seine Schuld abdienend „beim Gläubiger ist" (παρῆι V, 5) und daß im großen Gesetz regelmäßig Verkaufen und Verpfänden kopuliert sind[9], wobei demnach wohl an Realgeschäfte zu denken ist; und es ist nur zuzugeben, daß der Gläubiger nach I, 55 berechtigt erscheint, den κατοκείμενος in die Schuldknechtschaft abzuführen, was voraussetzt, daß die Selbstverpfändung vor das *decere* fallen kann[9]. Ob das durch sie bewirkte Verhältnis Hypothek heißen darf, steht völlig dahin.

Überdies ist nicht einmal die Lesung des ἀρτύσεται sicher[10]. [11] Der Text bleibt daher ganz unsicher, wie *Zitelmann*[11] sofort sah. Natürlich

[9] Die Herausgeber des Recueil 1, Index p. 516 machen aber für unsere Stelle eine Ausnahme, indem sie hier nicht Hypothek, sondern Besitzpfand annehmen.

[9] Abgedruckt Recueil 1, 395f. und bei *Swoboda*, SZ. 26, 194.

[9] VI, 4. 13ff. 35ff.; IX, 5ff.

[9] Hierzu vgl. *Swoboda*, 217.

[10] „Die vier Buchstaben (ρτυσ) oben in der Fuge schadhaft." (*Bücheler*). *Fabricius* las κρτυσ. – Andere ergänzen jetzt mit *Baunack*, ἀλλόεται, so auch Recueil 1, 384 § 61, und *Blass*, Griech. Dial.-Inschr. 3, 2, S. 276.

[11] *Bücheler-Zitelmann*, Recht von Gortyn 178.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

hat es sachliche Bedenken, anzunehmen, der Pfandnehmer dürfe nicht verkaufen usw. „Dies Verbot erscheint, sagt *Zitelmann*, für die Zeit vor Fälligkeit der Schuld selbstverständlich und hat auch für die Zeit nachher keinen rechten Sinn, da aus dem Pfandrecht höchstens die Möglichkeit folgt, einen Verkauf des Pfandes, aber nicht auch jene anderen Geschäfte vorzunehmen." Indessen, wäre dem Gläubiger etwa verboten, bis zum Lösungstermin die ihm später zustehenden Rechte auszuüben, wobei die Weiterverpfändung durch den Pfandgläubiger eine durch Rechtsvergleichung bereits gesicherte Rolle spielen würde[12], so wäre ein Verständnis nicht ganz ausgeschlossen. Dazu kommt, daß das Verbot sich gleichzeitig auf die streitige Sache bezieht und einige der aufgezählten verbotenen Handlungen diese allein betreffen könnten.

Dennoch möchte ich mich mit diesen Vorbehalten der verbreiteten Ansicht anschließen, wonach der Verpfänder besitzt und das Verbot ihn trifft. Es ist dies die einfachere Auslegung und wie Col. I, 55 zeigt, ist das κατασκεῖσθαι doch nicht notwendig vom effektiven Besitz des Pfandnehmers abhängig. Nur ist es auch auf diesem Boden erst noch die Frage, ob der Sklave in „Hypothek" steht. Gerade seine Gleichstellung mit dem streitigen Sklaven zeigt mehr den Gedanken einer Verfangenschaft als eines dinglichen Rechts.

Die Worte πρὶν κ' ἀρτίσωνται sind dunkel. Doch wenn man sie, wie meist geschieht, übersetzt: ehe sich der Verpfänder bereitet, ehe er die Sache in Ordnung bringt, so ist damit kaum gemeint, daß er sich mit dem Pfandgläubiger betreffs des Verkaufs usw. verständige[13], sondern eher, daß er den Gläubiger [12] betreffs der Schuld abfinden soll. Die Lesung ἀλλάσωνται (ἀναλάω) ergibt dasselbe Resultat. Die Stelle läßt also nicht die unmittelbare Folgerung *a contrario* zu, eine mit Bewilligung des Gläubigers getroffene Verfügung sei gültig[14].

2. Fragen wir, wie sich im sonstigen Griechenland die Hypothek zu später bestellten andern Rechten an der Sache verhielt, so wäre die Hauptstelle der bekannte Auszug aus Theophrasts Schrift über die Verträge bei Stob. Floril. 44, 22, lauteten deren Nachrichten nur nicht so unbestimmt. Einiges ist immerhin zu entnehmen. Als die vollkommen-

[12] Vgl. bes. die Lehrbeurkunde und im übrigen *Kohler*, Pfandr. Forschungen 1ff.; *Pantzhart*, Schuldvertrag und Treugelöbnis 246ff.

[13] So anscheinend *Hitzig*, 106f.

[14] *Pappulias*, 122 vor N. 30 neigt sogar zur Annahme, sie sei ungültig, da der verpfändete Sklave dem litigiosen gleichgestellt ist. Doch wissen wir ja eigentlich nicht recht, was für den letzteren galt.

sten Publizitätsvorschriften für den Grundstücksverkehr werden „die Register der Liegenschaften und Verträge" hingestellt. Aus ihnen könne der Käufer ersehen, ob das Gut frei und unbelastet sei und dem Veräußerer gehöre (§ 2). Danach wird man annehmen dürfen, daß § 1, wo vom Verkauf und auch von der Verpfändung[15] in anderen Gegenden die Rede ist, meint, die da besprochenen Maßnahmen der verschiedenen Gesetzgeber – Heroldsruf, behördliche Fertigung, öffentlicher Anschlag, Aufbietung zur Einsprache, Beiziehung der Nachbarn – wollten nicht bloß Eigentumsansprüche, sondern ebenso andere bisherige Ansprüche, namentlich hypothekarische, zur Meldung herausfordern. Allein, was ist die Folge des Meldens, was die der Nichtmeldung? Der Schlußsatz des § 1 sagt uns offenbar, die Beamten oder Nachbarn seien verantwortlich, wenn durch ihre Schuld der Akt vereitelt oder zwei aufeinanderfolgende einander widersprechende Akte herbeigeführt werden. Das ergibt [13] noch kein klares Bild der Rechtslage. Außerdem erfahren wir bloß, bei „einigen" ergehe der öffentliche Aufruf durch fünf Tage (mit der Aufforderung), „ob jemand protestiere (διάστασιν) oder Ansprüche auf das Grundstück oder Haus erhebe (ἀντιποιεῖται)", und betreffs der Gruppe von Gesetzen, welcher Athen zugehört, der Kauf werde mindestens 60 Tage vorher bei der ἀρχή durch Anschlag veröffentlicht, damit wer wolle darum streiten und Protest (διαμαρτυρία)[16] anbringen könne. Dies wird für Athen durch Notizen der Grammatiker bestätigt, die sowohl die Form des Anschlags näher beschreiben, als den Zweck desselben angeben: damit, wenn jemand anfechten (αἰτιάσασθαι) wolle, er die Freiheit habe, an das πίνακιον (Anschlagstafel) heranzugehen, Corp. Paroem. Graec. 1, 405[17]. Mit Recht wird danach angenommen, daß die Einsprache in einem Prozeß mit dem Veräußerer zu erledigen war, ehe die Veräußerung vor sich gehen konnte[18].

War nun wirklich der Pfandgläubiger ebenso zur Einsprache berechtigt wie ein Eigentümer, und dafür sprechen in der Tat die attischen

[15] Strenggenommen bezeugt Theophrast nur für Kyzikos und sonst für „einige" ausdrücklich, daß die Vorschriften auch für ὑποθῆκαι gelten. Die herrschende Meinung verallgemeinert das aber mit Recht. So auch neuerdings bedenkenlos *Pappulias*, § 20.

[16] S. *Leist*, Der Zeuge im attischen Rechte, 32 N. 2, 160.

[17] Wortlaut bei *Busolt*, DA. 3, 334 N. 2. Fast wörtlich ebenso die Überlieferung bei Hesychius, v° ἐν πινακίῳ.

[18] Über die von *Hitzig*, Pfandrecht 51 hierzu angerufene Inschrift von Chios vgl. *Ziebarth*, Woch. f. klass. Phil. 12, 285. Nach den neuen Lesungen (*Michel*, Recueil n. 1383; *Collitz-Bechtel*, Griech. Dial. Inschr. 3, 2 5653 p. 702) scheint das ausgekündete πρᾶγμα nicht der Verkauf der Liegenschaften, sondern ein etwaiger Evikti onsprozeß zu sein.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Rednerstellen, so beruht dieser ganze Vorgang offenbar auf der Vorstellung, daß auch das Pfandrecht sich nicht mit einem Drittrecht verträgt. Es ist ja gewiß zweifellos, daß ein derartiger Gedanke in den entwickelten griechischen Rechten vielerlei Einschränkungen dulden mußte. Z. B. wäre nicht einzusehen, warum eine Hypothekenübernahme mit Einverständnis des Gläubigers unzulässig gewesen sein sollte. Aber das ist dann spezielle Parteivereinbarung. Tatsache ist, daß wir bisher in den Fällen, wo uns die Zustimmung eines Pfandgläubigers zur [14] Veräußerung durch den Eigentümer bezeugt ist, *Verzicht* des ersteren anzunehmen haben[19]. Dies gilt namentlich von dem vielbesprochenen § 37 des Kaufregisters von Tenos. Dort wird das verkaufte Grundstück als dem Philemon verpfändet bezeichnet, und dieser tritt unter den Kaufgaranten (πρανῆρες) auf. Da er damit selber die Haftung wie ein Verkäufer übernimmt[20], so kann er nicht das Pfandrecht behalten haben[21].

3. In den Rahmen, der sich damit von selber schafft, passen die Nachrichten der attischen Redner nicht übel[22], freilich, wie wohl zu vermerken ist, keineswegs indem sie etwa den Aushang oder die Aushängefrist bezeugen, wohl aber mit ihren Mitteilungen über den Einspruch. Sie erhöhen damit die Wahrscheinlichkeit, daß sich das von Theophrast geschilderte προγραφή-Verfahren auch auf Pfandansprecher bezieht und berichtigen so zugleich, wie bald zu ersehen ist, die in unserer Literatur gewohnte Fragestellung, wie sie in dem eingangs erwähnten Lehrsatz zutage tritt, der Pfandeigner sei nicht sachenrechtlich veräußerungsbefugt gewesen.

a) Isai. 2, de Menecl. hered., 28 gehört freilich nicht zu diesem speziellen Belange. Wir lernen daraus zwar, daß ein beabsichtigter Verkauf von einem angeblichen Drittberechtigten aufgehalten wurde, indem er zu verkaufen und zu kaufen verbot (διεκώλυε πραθῆναι, ἀπηγόρευε τοῖς ἐνουμένοις μὴ ἐνεῖσθαι), worauf sich zwischen ihm und dem Verkäufer ein Prozeß entspann, zunächst eingeleitet durch eine δίκη τῆς ἀπορρήσεως seitens des Verkäufers, später einverständlich durch ein Schiedsgerichtsverfahren [15] ersetzt. Dagegen ist ganz sicher nicht ein

[19] Ich kann mich jetzt auf den Nachweis bei *Pappulias*, S. 127ff. berufen. Über Dem. 37, 4 u. 5 s. allerdings weiter unten.

[20] Näheres bei *Partsch*, Griech. Bürgschaftsrecht 1, 352.

[21] Im gleichen Sinn, wenn auch aus anderen Gründen, *Pappulias*, 129f. gegen die bisherige herrschende Meinung.

[22] Zur Orientierung vgl. *Beauchet*, 3, 254. 299. 355.

Anspruch aus pfandrechtlicher Mündelsicherung (ἀνοτίμημα) gemeint, wie die herrschende Auslegung annimmt.

Menekles soll gepachtetes Mündelvermögen zurückerstatten und will zu diesem Zweck sein Land verkaufen. Hiergegen erhebt – wie die Partei des Menekles glauben machen will, um ihm einen Tort anzutun – sein Bruder Einsprache, indem er auf einen Teil des Grundstücks Ansprüche stellt, die er – wieder angeblich – früher nie geltend gemacht hatte. Menekles ist dadurch gezwungen, den Verkauf auf den Rest des Grundstücks einzuschränken, dieser Verkauf geht offenbar anstandslos vor sich, aus dem Erlös wird der Mündel vollständig befriedigt, und *nachdem* letzteres geschehen ist, wird der Rechtsstreit mit dem Bruder ausgetragen und endigt mit dem Zuspruch der streitigen Parzelle an den Bruder, welcher sie noch jetzt in Besitz hat. Wie kann man da nur annehmen, der Bruder habe sein Begehren auf das Pfandrecht jenes Mündels gestützt, sei wohl gar dessen Vormund gewesen[23]? Wir wissen übrigens aus §§ 29, 34, 35, daß der Mündel 67 Minen zu fordern hatte, das verkaufte Land 70 Minen an Preis erzielte (so daß dem Menekles 3 Minen blieben, § 35) und der in Streit befindliche Teil nur etwas mehr als 10 Minen wert war, wie der sichtlich dabei möglichst hoch greifende Sprecher ihn selber bewertet. Unmöglich kann also nur letzterer Teil allein ἀνοτίμημα gewesen sein. Dann hätte es aber keinen Sinn, daß die Einsprache namens des Mündels, die an sich zweckwidrig[16] wäre, sich auf diesen Teil beschränkt haben sollte; wie es jedenfalls sinnlos wäre, nach der Befriedigung noch den dinglichen Prozeß zu führen. Der Bruder muß also einen eigenen Titel angeführt haben[24]. Er tat es nach der Behauptung des Redners ohne Fug und nur, um Menekles an der Befriedigung des Mündels zu hindern, was, wenn es geglückt wäre, den „Verfall" des Grundstücks an den Mündel herbeigeführt hätte. Damit dürfte sich der Satz ἵνα κατακύχωσιν γένηται τῷ ὀρφανῷ genügend erklären.

b) Nicht ganz schlüssig ist ferner, wie bereits *Pappulias* bemerkt,

[23] So *Hitzig*, Griech. Pfandr. 109f.; *Beauchet*, 3, 254. 335 N. 4 und viele andere, neuerdings *Wyse*, Speeches of Isaeus 209. Ich habe mich auch selber früher täuschen lassen. – Von derselben irrtümlichen Voraussetzung aus folgert jetzt umgekehrt *Pappulias*, 123, Menekles, der „Pfandschuldner", habe das Pfandobjekt ohne Zustimmung des Vormunds, Vertreters des Mündels verkaufen dürfen. Es ist natürlich sehr gut möglich, daß das Land des Menekles wirklich ἀνοτίμητον war; aber was von seiten des Vormunds oder der Behörde anläßlich des Verkaufs geschah, wissen wir nicht.

[24] *Caillemer*, Contrat de vente 657, und *Darest*, Plaidoyers d'Isée p. 35 vermuten, daß die Brüder sich noch in (vielleicht partieller) Erbgemeinschaft befanden.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

A55

Pseudodemosth. 53 c. Nicostr., 10. Nikostrates beklagt sich darüber, daß niemand sein Grundstück kaufen oder zu Pfand nehmen wolle. ὁ γὰρ ἀδελφὸς ὁ Ἀρεθουσιος οὐδένα ἐᾷ ἀνεῖσθαι οὔτε νέμεσθαι, ὡς ἐνεχυραζομένου αὐτῷ ἀργυρίου. Mag danach Arethusios ein Pfandrecht gehabt haben, so erfahren wir nicht, ob ihm dieses ein Recht zur Einsprache gab oder ob er die Erwerbslustigen nur durch Warnung abschreckte. Und hatte er ein Recht, so beruhte es vielleicht auf einem vertragsmäßigen Veräußerungsverbot[15].

c) Hingegen möchte ich einigen Zeugniswert dem auf den ersten Blick weniger scheinbaren Beleg[16] in Dem. 27 c. Aphob. or. 1, 27 beilegen. Aphobos hat auf die im Mündelvermögen des Demosthenes als Nutzpfand befindlichen Arbeitssklaven dem Schuldner Moeriades 500 Drachmen geliehen und offenbar dann den ganzen Arbeitsertrag als Entgelt für die Zinsen seines eigenen Darlehns in die eigene Tasche fließen lassen. Er verging sich schon durch das Pfandnehmen, denn es war δέον αὐτὸν, εἰ καί τις ἄλλος ἐβούλετ' εἰς ταῦτα συμβαλεῖν, τοῦτον κωλύειν ἐπιτρόπων [17] γ' ὄντα. Hier ist eigentlich nicht gesagt, daß er nur hätte die Sklaven nicht zu weiterer Verpfändung herausgeben sollen, sondern ein aktives Verhalten ist ihm vorgeschrieben, wieder das κωλύειν συμβάλλειν, und wieder an den neuen Pfandgläubiger gerichtet, wie in der Isaeusstelle an die Kauflustigen. Nun handelt es sich aber hier nicht bloß um Sklaven – welche die erwähnte Grammatikernotiz „ἐν λιτικοῖς μισθώμασιν" allerdings den Grundstücken gleichstellt –, sondern auch um irgendeine Art Besitzpfand. Welches aktive Eingreifen konnte man da dem Gläubiger zumuten? Demosthenes nimmt vielleicht nur eine geläufige Redewendung aus dem Hypothekenrecht herüber; für dieses selber wenigstens scheint damit immerhin die vom Pfandgläubiger erwartete Tätigkeit richtig umschrieben.

d) Damit dürften leider die attischen Quellen erschöpft sein. Aus der Rede des Demosthenes 37 gegen Pantainetos, 4; 5 soll zwar nach einer kürzlich geäußerten Ansicht direkt folgen, daß der Verpfänder ohne Einwilligung des Gläubigers verkaufen konnte, da daselbst nur einer der mehreren Mitgläubiger zum Verkauf (ἐπὶ λύσει) zustimme[17]. In Wirklichkeit ist aber gerade dieser letzte Gläubiger Mnesikles formal als Eigentümer legitimiert gewesen, und er fungiert deshalb geradezu als „Verkäufer"[18].

[15] So mit Recht *Paoli*, 124.

[16] Bereits von *Hitzig*, Pfdr. 122 N. 1 in seinem Sinn benützt.

[17] *Paoli*, S. 122.

[18] Darüber abschließend *Partsch*, Griech. Bürgschaftsrecht 1, 355 N. 1.

4. Außerhalb Attikas ist die Stiftung von Aigiale zu erwähnen[19]. Die Stadt soll sich von den Schuldnern, an die sie das Stiftungskapital ausleiht, „Hypotheken" bestellen lassen. In l. 107 wird dann ohne weiteres vorausgesetzt, daß die Schuldner ihre Grundstücke verkaufen oder verpfänden können; es wird lediglich bestimmt, daß der Käufer oder Hypothekar den Zins zahlen muß, unter der gleichen Sanktion wie der Schuldner selbst. Zur [18] ausreichenden Würdigung dieser Stelle muß man aber beachten, daß die Gelder hier auf ewige Rente unrückzahlbar ausgeliehen werden, also ein gefährdetes Kapital gar nicht besteht, während die Renteneingänge gerade in der erwähnten Bestimmung gesetzlich, durch das mit Volksbeschluß bekräftigte Stiftungsstatut, gesichert werden. Keineswegs folgt aus dieser Ordnung, daß auch der private Gläubiger vom Dritterwerber die Kapitalzinsen zu fordern berechtigt war; und daher sagt uns die Stelle auch nicht sicher, ob der Verpfänder normalerweise zur Veräußerung befugt war. Völlig das gleiche gilt von der Bestimmung des Reglements von Minoa (Amorgos) über die Darlehen des Heratempels[20], wonach die jeweiligen Besitzer der Pfandgrundstücke der Exekution der Göttin unterliegen sollen.

Andererseits könnte es sich jetzt am einfachsten erklären, daß nach den Tempelrechnungen von Delos a. 279 und 250 v. Chr. (BCH. 14, 391, l. 28; 27, 83) die neuen Eigentümer der dem Tempel verpfändeten Grundstücke die Zinsen zahlen. Man könnte dabei zwar auch Hypothekenübernahme unterstellen[21], aber beim Vorhandensein eines Statutes nach der Art der für die Domänenverpachtung erlassenen ἱερὰ συγγραφή, würde es, wenn darin eine Bestimmung wie in Aigiale gegeben war, einer solchen Übernahme gar nicht bedurft haben. Eine Geltung des romanistischen dinglichen Verfolgungsrechts[22] ist *dadurch* also nicht erwiesen.

Man könnte sich versucht fühlen, diesen Stellen die Zahlung seitens eines Pfandschuldners des arsinoitischen Tempels im Jahre 214/5 n. Chr., BGU. 2, 362 IX, 17–20 „durch die Käufer des (verpfändeten) Hauses" an die Seite zu setzen. Doch lehrt die Notiz gar nichts Bestimmtes.

[19] 5. Halten wir uns danach überhaupt berechtigt, aus diesem

[19] Herausgeg. von *Hiller v. Gärtringen* und *Zieharth* in der Ἀρχαιολογικὴ Ἐφημερίς 1907, 185ff. und in IG. XII, 7, 515. Besprochen von *Paoli* a. a. O. 170ff.

[20] *Ditt.* Syll.³ 645 l. 50 = IG. XII 7, 237 l. 60. Übrigens stammt die Inschrift erst aus dem 1. Jahrh. v. Chr.

[21] So *Hitzig*, Pfdr. 114f. und allgemein für alle Zahlungen ὑπὲρ οἰκίας oder ähnl. *Zieharth*, Ztschr. f. vgl. Rechtswiss. 19 (1906) 275. 289f.

[22] So *Paoli*, 124 und *Darest*, Nouv. rev. hist. 32 (1908), 640f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

A56

kärglichen Stoff einen Lehrsatz zu konstruieren, so wäre es am letzten der, der Verpfänder sei sachenrechtlich außerstande gewesen, über die Pfandsache zu verfügen, ein Satz, welcher überdies das Verständnis der geschichtlichen Entstehung der Nachverpfändung wesentlich erschweren würde. Vielmehr war von Gesetzes wegen der Pfandgläubiger nur zum κωλύειν συμβάλλειν berechtigt. Übte er dieses Recht nicht aus, so mußte die zweite Verfügung mindestens bedingt gültig gewesen sein, allerdings vorausgesetzt, daß dabei die Publizitätsvorschriften beobachtet waren, oder daß trotz Theophrast § 4 a. A. die Beobachtung da oder dort nicht zur Gültigkeit der Übereignung (κυρία ἡ δοθεῖσα καὶ ἡ πρᾶσις εἰς κτῆσιν) erforderlich war.

Soviel ist leidlich sicher. Der Einspruch des Gläubigers gegenüber dem Käufer ist uns noch aus dem Jahre 294 n. Chr. bezeugt; CJ. 8. 44. 24: (Diocl. Eutychio): *„domus quam emisti tibi velut pignoris iure obligatae, ne ad emptionem accederes, denuntiatum ab aliquo"*[33], wie ebenso eine Einsprache des Eigentümers, CJ. 3. 32. 17 Diocl.: *„per denuntiationem admone(re) volentem ad emptionem accedere, quod distrahentis non fuerit."* In der zweiten Stelle wird der Denuntiation die Wirkung zugeschrieben, daß sie den Erwerber schlechtgläubig macht. Dem κωλύειν συμβάλλειν in Athen und vielfach sonst dürfen wir aber wohl mit Beruhigung eine größere Bedeutung beimessen. Es scheint die Setzung neuer Rechte verhindert zu haben[34]. – Nur fragt sich, warum? Ist das griechische Pfandrecht so stark? Oder ist es im Gegenteil etwa so schwach, daß es derartige Befugnis zur Ergänzung braucht?

[20] Vielleicht im Zusammenhang damit steht der andere Zweifel: Was kann der Zweck des Aufgebots gewesen sein? Natürlich will man den Erwerber frühere Rechte kennen lehren. Das κωλύειν συμβάλλειν gleicht insofern der Aufstellung der Pfandsteine, ἵνα τοῦ μηδένα συμβάλλειν τοῖς προκατεσχημένοις (*Bekker*, Anekd. 1, p. 285 a. E.), ὑπὲρ τοῦ μὴ ἀγνοοῦντά τινα τέλων εἰς ὑποθήκην ἑτέρων λαμβάνειν (Schol. ad Demosth. κατὰ Ἀριστογ. A, 791, 11, Orat. attici 2, 735). Auf einem Horos, der die Ansprüche von Gesamteigentümern bekannt machen will, steht geradezu: μὴ συμβάλλειν εἰς τοῦτο τὸ χωρίον μηδένα μηδέν[35]. Übrigens wird man

[33] Dazu *Rabel*, Haftung des Verkäufers 1, 83ff.

[34] So auch die herrschende Meinung, welche freilich Nichtigkeit des Verkaufs schon mangels der „Einwilligung" des Gläubigers annimmt: *Hitzig*, Pfdr. 140 u. Zit.

[35] CIA. 2, 1098; *Hitzig*, Pfdr. 72. Aus dieser beliebten Wendung stammt auch die Vorschrift des Ti. Julius Alexander: προγράφειν ὑφ' ὅσῳ μηδεὶς τῷ τοιούτῳ συμβάλλῃ. Erst von diesem Zeitpunkt der *praescriptio* an wirkt die Protopraxie des Fiskus! *Mitteis*, RPR. 371.

solche Steine kaum aus reiner Menschenfreundlichkeit zum bloßen Nutzen der Dritten gesetzt haben, mag sich auch die Absicht etwa darauf beschränken, den Beweis zu sichern und die *bona fides* Dritter auszuschließen. Vollends wirft sich die Frage auf: wie will das προκηρύττειν oder die προγραφή es erreichen, daß die Erwerber gewarnt werden, wenn die älteren Berechtigten nicht zur Meldung *gezwungen* sind? Dies führt auf einen Gedanken, der einigen Schriftstellern schon längst vorschwebt[36]: Hat der Berechtigte durch Unterlassen des Einspruchs sein Recht verloren? Es wäre eine Verschweigung von noch rascherer Wirkung als bei der nach Jahr und Tag eintretenden rechten Gewere! So kühn aber der Einfall ist, so läßt er sich doch nicht ganz von der Hand weisen. Das fünftägige προκηρύττειν ergeht ja geradezu als Aufruf, ob jemand Einspruch oder Anspruch erhebe: προκηρύττειν κελεύουσι πρὸ τοῦ κατακηρυχθῆναι πέντ' ἡμέρας συνεχῶς, εἴ τις ἐνίσταται ἢ ἀντιποιεῖται τοῦ κτήματος ἢ τῆς οἰκίας. Sollte dafür gar keine Sanktion gegolten [21] haben? Doch wohl. Soll mit dem Heroldsruf ein κατακηρυχθῆναι vorbereitet werden, so wird dieses der gewöhnlichen Bedeutung nach als „Zuschlag" aufzufassen sein, so daß wir bei diesem Verfahren eine Mitwirkung der Behörde am Übereignungsakt selbst annehmen und nur höchstens zweifeln werden, ob es wirklich bei jeder δοτή Platz griff oder nur bei öffentlichrechtlichen Auktionen; aber gerade dazu bemerkt Theophrast, dasselbe gelte von Pfandbestellungen, z. B. in Kyzikos. Demnach erfolgte wahrscheinlich jeder Erwerb unter behördlicher Vermittlung und der Ausschluß nicht angemeldeter Drittansprüche erscheint doppelt plausibel. Und wenn Theophrast von Athen sagt, das προγράφειν geschehe, ὅπως διαμφισβητῆσαί τε ἐξῇ καὶ διαμαρτύρασθαι τῷ βουλομένῳ καὶ ὁ δικαίως ἐωνημένος φανερὸς ᾖ τῷ τέλει, also damit der δικαίως ἐωνημένος τῷ τέλει, d. h. wohl *für* die Abgabe (nicht wie *Thalheim* übersetzt: durch die Abgabe), offenkundig werde, so dürfte das heißen: durch Abweisung des Einspruchs oder Unterlassung desselben erweise sich der Käufer als ein mit Rechtswirksamkeit Kaufender, nicht nur als ein in den Formen des Rechts Kaufender. Auf diesen Sinn des δικαίως oder δίκην hat ja kürzlich *Partsch* hingewiesen[37]. –

[36] *Beauchet*, 3, 336 im Anschluß an *Platner* und *Caillemer*, trotzdem *B.* in einem Atem damit behauptet, daß Veräußerung ohne Beiziehung des Gläubigers nichtig sei. *Pappulias* 198 verzichtet auf eine Erörterung.

[37] *Partsch*, Bürgschaftsrecht 1, 342 N. 3. Er verweist auf Isai. or. 10 ὑπόθ. in fine: ἃ γὰρ μὴ δικαίως ἐκτήσατο, πῶς ἄλλῳ παραπέμπειν ἐδύνατο, was dem lateinischen *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* entspricht.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

157

Ausschluß von Pfandrechten durch Ediktalaufgebot *(creditores programmate admoniti)* bei *distractio pradii* begegnet auch im Diocletianischen Recht, CJ. 8. 25. 6, freilich bei Versteigerung durch den Fiskus, wo sich der auch bei den Griechen geltende Grundsatz einmischt, daß man von der Staatsgewalt sicher kauft; *nam fiscalis bastae fides facile convelli non debet* (l. 8 eod, vgl. CJ. 10. 3 und 10. 5). Das griechische Recht kannte aber zweifellos solche Präklusionen. Z. B. hatte, wer einer Pfändung widersprechen und die gepfändeten [22] Sachen mit Eid ausschwören wollte, nach dem Astynomengesetz von Pergamon dazu eine fünftägige Frist[38].

Ein Ausschluß der Vorrechte würde das Prinzip *„prior tempore potior jure"* nur einschränken, nicht aufheben. Dies hätte praktische Folgen, wenn vielleicht der Einspruchsberechtigte sich mit dem Protest begnügen durfte, ohne die Veräußerung zu inhibieren, und namentlich dann, wenn die Publizitätsförmlichkeiten von Einzelnen oder regelmäßig nicht beobachtet wurden. Mit dieser Maßgabe könnte man es recht wohl verstehen, daß in einer undatierten Schenkung an den Thiasus mystarum von Argos[39] der Schenker erklärt: οὐδὲν ἐφεῖσεσθαι [. . . . οὔτε] ὁ κῆπος οὔτε ἡ οἰ[κία κατ' οὐ]δένα τρόπον, falls dabei nicht überhaupt nur Steuerlasten in Rede stehen. So erklärt sich aber insbesondere Dem. 37, geg. Pant., 12, diejenige Stelle, welche noch mit der [23] meisten Berechtigung für das dingliche Verfolgungsrecht des attischen Pfandgläubigers angerufen werden darf. Das Argument des

[38] *Dittenberger*, Or. gr. inscr. sel. 2, 483, 83f., dazu *Hitzig*, SZ. 28, 439. *Zitelmann*, Zschr. f. vgl. Rechtsw. 19, 287. (Die von *Hitzig*, ebd. 483 erwähnte Gortynische Inschr., jetzt Recueil 2. 325, ist m. E. auch neuestens von *Rab. K. M. Meister*, Eideshelfer, RheinMus. 1908, 571 noch nicht ganz richtig erklärt.) – Bemerkenswert ist das leider ganz isolierte Fragment Tebtyn. 2, 488, a. 121/2, wo der Richter dem Kläger vorwirft, er hätte nicht drei Jahre warten dürfen: ἐδι σε νόνε κατελυσεθη, ὅτε φασθῆναι, nach so langer Zeit könne er bei keiner Behörde mehr Gehör finden. Hierauf wird das ägyptische Landrecht angerufen. Darin kann eines der Beweisargumente aus der langen Zeit liegen, die *Partsch*, Longi temporis praescriptio 119ff., für das römische Ägypten 128ff. aufgezeigt hat; aber eher wird ein Einspruch des Klägers gegen die Bauführung verlangt sein, analog der *operis novi nuntiatio* oder dem *interdictum quod vi aut clam*. Betreffs der Ausdrucksweise verweist mich *Partsch* auf Dem. 55 geg. Kallikl. 4; 5: νῦν, οὐδ' ἐκάλουεν – οὐδ' ἐπεγράφουεν οὐδὲ διεμαρτύροντο. Noch interessanter, aber ganz dunkel, ist das Fragment eines Pfandprozesses BGU. 832, wo l. 26 die Worte gelesen sind: τὸ]ν ἔξαμηνον χρόνο(ν) ἐν ᾧ ἐξῆσθαι καὶ τοῖς βουλομένοις . . ., „also eine sechsmonatliche Frist, während deren die, welche wollen . . .", sehr ähnlich Theophrast: ἔσως διαμαρτυρήσηταί τε ἐξ καὶ διαμαρτύρασθαι τῷ βουλομένῳ.

[39] IG IV, 659 l. 19, von *Daresté*, Nouv. rev. hist. 1908, 640 angerufen. Ein *„contrat de vente"* ist das nicht.

Redners ist zwar durchaus nicht unzweideutig, beruht aber vielleicht wirklich darauf, daß ein Pfandgläubiger gegen einen aus einer späteren πρᾶσις ἐπὶ λύσει Berechtigten dinglich vorgehen durfte und nur die von dem Nichtbestand ihrer Rechte selber überzeugten angeblichen Gläubiger des Pantainetos den Käufern ἐπὶ λύσει ein günstigeres Angebot[40] stellten. Aber in § 5 ist der Hergang bei dem Sicherungskauf erzählt und alles Gewicht auf den schriftlichen Vertrag gelegt; von Ausschreibung des Verkaufs ist nichts erwähnt. Ja, überhaupt erscheint es wohl als sehr zweifelhaft, wieweit das προγράφειν in Athen zur Zeit der Redner in Übung war, obwohl Theophrast, gest. 285 v. Chr., es als geltendes Recht darstellt. Einige Inschriften, CIA. 2, 784–788, mit Aufzählung von Verkäufen und der Abgaben sind nicht mit den hölzernen Tafeln (σανίδια) betreffs *beabsichtigten* Verkaufs identisch[41], es sind die von der Aushängefrist unabhängig denkbaren Steuerbücher, denen freilich vielleicht eine Beweiskraft für das Eigentum des ἀνηρ ἐγγεγραμμένος[42] zukam. Es ist ganz unsicher, ob die sechzigtägige Aushangfrist wirklich beobachtet wurde. Die Rede des Hypercides gegen Athenogenes, zwischen 328 und 323 v. Chr., spricht, wie bekannt[43], dawider, da einerseits nach den Grammatikern das δημοσίᾳ ἐγγράφεσθαι auch für Sklaven gegolten haben soll, andererseits der Sklavenverkauf [24] des Athenogenes in größter Eile durchgeführt wurde. Auch hier ist die Errichtung des schriftlichen Vertrags mit aller Genauigkeit geschildert (§§ 4, 9, 20). Sicher ist für Athen das κωλύειν sowie dessen innerer Zusammenhang mit der προγραφή. Es könnte aber auch als stehengebliebener Rest eines früheren Rechtszustands seine Deutung finden. Und so wird man daraus, daß in den attischen Rednern von einer Ausschlußwirkung keine Spur zu entdecken ist, nicht schließen dürfen, die Theophrastischen Förmlichkeiten hätten ebenfalls keine Präklusionen hervorgerufen.

Die Anlage des Verfahrens mit seinen Einspruchfristen deutet auf irgendwelche dem verschwiegenen Recht drohende Nachteile. Ob es

[40] Darüber vgl. bes. *Hitzig*, 126 und neuerdings *Partsch*, Bürgschaftsrecht 1, 266. Ob es sich hier und vollends im Notstandsgesetz von Ephesus um „Oblation" handelt, möchte ich freilich dahingestellt sein lassen.

[41] Vgl. *Beauchet*, 3, 337. Anders *Daresté*, Nouv. rev. hist. 1884, 393 und *Poppelreuter*, 199.

[42] Τράπεσις, § 1, der Rede Dem. 37 gegen Pantainetos; über die Streitfrage vgl. *Beauchet*, 3, 341, dazu *Daresté*, Nouv. rev. hist. 32 (1908) 642, dessen Beleg für die Öffentlichkeit des γραμματεῖον, IGSept. 2415f., aber dem Jahre 130 n. Chr. angehört.

[43] *P. Vogt*, Wiener Studien 16, 200f. *Hitzig*, SZ. 18, 177.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

158

freilich verloren war, steht dahin. Vielleicht genügten beweisrechtliche Gefährden, um in dem κωλύειν eine Art Pflicht zu erblicken. Der ganze Gegenstand ist also für uns wenig durchsichtig, und nur mit geringen Hoffnungen können wir darauf bei der Erörterung des Papyrusrechts zurückkommen.

Über die Wirkung der Hypothekeneinträge in Register wissen wir gar nichts.

6. Beim Seedarlehn war es üblich, in der συγγραφή das ἐπιδανείζειν, das Aufnehmen weiterer Schulden auf die verpfändete Seefracht bzw. das Schiff zu verbieten. Die dafür sicherlich typischen Klauseln überliefert uns die Lakritosurkunde, [Dem.] 35, 11: ὑποτιθέασιν δὲ ταῦτα, οὐκ ὀφείλοντες ἐπὶ τούτοις ἄλλῳ οὐδενὶ οὐδὲν ἀργύριον, οὐδ' ἐπιδανείσονται (bestätigt in der Rede § 21) – καὶ παρέξουσι τοῖς δανείσασι τὴν ὑποθήκην ἀνέπαφον κραταίν, ἕως ἂν ἀποδῶσι κτλ. Die Garantie wegen schon bestehender und erst nachträglich entstehender Lasten ist damit ausdrücklich gesondert. In diesem Maß sind also Dispositionsbeschränkungen kraft Vertrages auch in Athen bezeugt. Nur dürfte man nicht die Nachricht verallgemeinern. Das Seedarlehn hatte seine besonderen Verhältnisse und Gefahren. Z. B. würde, da die Fracht auf der Fahrt gewechselt wird, ein auf der Rückfahrt aufgenommenes Seedarlehn dem im Ausgangshafen kontrahierten [25] vorgehen müssen. Bezeugt scheint ein gesetzliches Pfandrecht desjenigen, der das Frachtgeld auslegt, an der Fracht, [Dem.] 49 geg. Timoth. 35 (cf. 26. 34[46]); möglich eine Befugnis des mitreisenden Reeders, namens des Geldgebers in Notfällen einem neuen Gläubiger die Priorität einzuräumen[48], usw. Auch hören wir genug von schwungvoll betriebenen Betrügereien der Geldnehmer[48] – man denke nur an die in der Rede gegen Zenothemis geschilderten, von *Mitteis* SZ. 23, 288ff. gedeuteten Praktiken –, um es zu begreifen, daß die Gläubiger gerade beim nautischen Pfand jeden Konflikt mit Dritten scheuten und sich dagegen so gut es ging von vornherein sichern wollten. Einen Fall von Unterschlagung der Seefracht betraf auch das Todesurteil, welches [Dem.] 34 geg. Phorm. 50 zitiert wird. Aber wir erfahren nicht, wieviel von dieser Strenge durch das ἐπιδανείζειν und wieviel durch die Verletzung

[46] S. *Pappulias*, 95f., der ein echtes Pfandrecht annimmt.

[47] So *Dareste*, Plaid. civ. de Demosth. I, 335 n. 34.

[48] Hierher besonders gehörige Beispiele in derselben Rede gegen Lakritos §§ 22f. 52. Auf die zweifelhafte Exegese kann ich nicht eingehen.

der Pflicht, das Pfand bei der Rückkehr zu exhibieren[47], verdient war; überhaupt ist uns genauer das Fundament des Urteils nicht bekannt; eine spezielle Strafbestimmung für die Verletzung dieser Pflichten existierte kaum, sonst würden die Redner uns ihre Anführung nicht ersparen. Die sehr beliebten Schlüsse vom Verpfändungsverbot und seinen Rechtsfolgen beim Seepfand auf gewöhnliches, vollends ein durch keine Vertragsklausel gegen das ἐπιδανείζειν geschütztes Pfand, sind also unzulässig.

II. Das Papyrusmaterial[49]

[26] A. Aus der Ptolemäerzeit haben wir bisher eine einzige und verstümmelte Stelle. Unter den Akten der Königlichen Bank in Theben befindet sich der Eid eines Demetrios[49], der für einen Kassenbeamten Ptolemaios durch eigene Liegenschaften die Amtskaution gestellt hat, (Akt. Theb. Bk., ed. *Wilcken* XI, a. 116 vor Chr.). Er schwört, verpfändet zu haben (ὑποτεθεῖσθαι ἐν ἐ[γγυήματι]), die Grundstücke seien sein Eigentum und niemandem verpfändet, sondern frei von allen [Lasten][50], und ferner:

l. 10 μηδ' ἀποθησιδώσειν ἐπὶ βλάβῃ τῆς ὑποθήκ(ης) μηδ' ἄλλωι τρόπωι ἐξαλλοτρι[ώσειν ...

[27] *Wilcken*, der jetzt nach der Photographie (Tafeln zur älteren griech. Paläogr., Taf. IXa) ἀποθησιδώσειν liest[51], faßt dies, wie er mir

[47] ἐμφανῆ παρέχειν. [Dem.] 56, 3; 38; 39. 35, 24; 37; 38. 34, 50. Vgl. dazu *Partsch*, Bürgschaftsrecht 1, 54 N. 2, 309 N. 2.

[48] Erst nach Abschluß meines Manuskripts gehen mir *Eger*s Buch: Zum ägyptischen Grundbuchwesen in römischer Zeit, 1909, und denselben Mitteilungen aus der Gießener Papyrussammlung, AP. 5, 132ff. zu. Ich kann darauf vielfach nur in Form von Zusätzen Rücksicht nehmen. Doch glaube ich, meine Hinweis auf die ausführliche und gewissenhafte Darstellung *Eger*s, jetzt meine Berichte über die Quellen zum Archivwesen sehr erheblich kürzen zu sollen. Die Stellungnahme zu den Hauptfragen der ὑποθήκη-Einrichtung fällt ohnedies nicht in diese Abhandlung und soll in der Bezugnahme auf die Literatur nicht enthalten sein.

[49] In l. 1 liest *Wilcken* jetzt [Δημή]τριος Πτολεμαίου aetg. l. 17 Δ τ[.

[50] Die Angabe hat (l. 9) εἶναι καθαρὰ ἀπὸ πάντων κ[ινδύνων] ... In der Photographie glaube ich zu sehen ἰδι[, was die Ergänzung ἰδι[ωτικῶν nahelegen würde. Doch muß der Papyrus am Original nachgeprüft werden. Jedenfalls scheint mir der Sinn ein Wort für „Lasten" zu erfordern.

[51] Die nächste Zeile (11) scheint nicht mit l. 10 zusammenzuhängen, da *Wilcken* sehr einleuchtend die Wendung ἐὰν μεταστάθῃ auf den Fall, daß Ptolemaios, der Schuldner, versetzt wird (vgl. den Gegensatz καθεστηκότος l. 3) bezieht. Das Weitere dürfte mit *Crönert*s Konjektur (*Wiener* Stud. Pal. IV, 92): ἑτέρωι ἔστω nicht bereinigt sein.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

freundlichst schreibt, als die „Türen entfernen, sozusagen entrüren". Er erinnert daran, wie z. B. in Mietsverträgen versprochen wird, das Haus σὺν θύραις oder ähnlich, zurückzugeben. „Die hölzernen Türen hatten eben besonderen Wert im holzarmen Ägypten, wie auch in Babylonien." Nach dieser überzeugenden Erklärung verpflichtet sich also der Verpfänder, nicht die Haustüren zum Schaden der Hypothek zu entfernen noch sonstwie eine Veräußerung vorzunehmen.

Schon diese Stelle und die Lakritosurkunde warnen vor der Vermutung, daß die in der römischen Epoche allerdings häufigen Verfügungsbeschränkungen die besondere Absicht haben, griechisches dispositiv-gesetzliches Recht gegenüber dem römischen festzuhalten. Wir begegnen der Klausel in der Römerzeit nicht zum erstenmal. Übrigens haben wir immer noch neben Theb. Akt. 11 ein einziges ptolemäisches Aktenstück mit näherem Bericht über eine Hypothek, Petrie II, 13 = III, 57, wo Theotimos einen ganz analogen Eid ablegt wie jener Demetrios und sich allerdings auf die Versicherung, die Sache sei sein eigen und sonst nicht verpfändet, beschränkt; aber dabei fehlt uns die Hypothekarurkunde selber. Den Befund in den demotischen Urkunden der Ptolemäerzeit muß man erst abwarten[84]. Auf grundsätzliche Abwesenheit der Klausel in der Ptolemäerzeit läßt nichts [28] schließen. Und sollte sie selbst später häufiger geworden sein, so wäre noch der größeren Ausführlichkeit und Pedanterie der späteren Urkundenschreiber zu gedenken.

B. Römische Zeit.

Das Veräußerungsverbot begegnet uns:

1. bei Spezialhypotheken,
2. ohne Erwähnung eines Pfandrechts, aber mit deutlicher Spezialhaftung,
3. bei Vermögensverhaftung,
4. bei Nutzpfand in Pachtform,
5. bei dinglichem Arrest zur Sicherung.

Unser Hauptproblem entsteht bei der ersten Gruppe. Es ist aber klar, daß die anderen nicht aus der Erörterung ausscheiden dürfen.

[84] *Révillout*, Précis 1260f. übersetzt eine Klausel einer demotischen „Antichrese *in solutum*" aus der Zeit Euergetes II.: „*De mon côté, je ne puis établir mes parts ci-dessus pour personne au monde intermédiaire. Je ne puis donner à ce sujet des ordres à une autre personne. Je ne puis les vendre pour argent à une autre personne qui n'en donnerait le prix.*"

1.

a) Die dem Text nach erhaltenen Pfandverträge, die sich ὑποθήκη oder ὑπάλλαγμα (ὑπαλλαγή) nennen, tragen bisher mit einer noch zu besprechenden Ausnahme (BGU. 741) *sämtlich* die hier einschlägige Klausel. Bekannt sind mir zurzeit die folgenden:

von Hermupolis aus der Zeit zwischen a. 103 und dem Anfang des 4. Jahrh. Flor. 81 a. 103. Straßb. 52 a. 151. Flor. 1 a. 153. Lips. 10 a. 240 mit Hypallagmaurkunde vom J. 178. Flor. 28 a. 179. Erzh. Rain. 2016 CPR. S. 59 Anfang des 4. Jahrh.

und vom Fayûm aus der Hadrianischen Zeit, aus welcher wir in einer kleinen Basler Sammlung eine leider der ganzen linken Hälfte entbehrende ὑποθήκη haben – Inv. Nr. 7, im Anhang dieser Schrift veröffentlicht[85a] – und aus dem Jahre 149, Lond. 2 n. 311 p. 219, Heraklea.

Die bisherige papyrologische Literatur unterscheidet nicht zwischen ὑποθήκη und ὑπάλλαγμα. In der Tat dürfte der [29] allgemeine Eindruck nicht einer Täuschung entspringen, insofern alle diese Verträge in der römischen Kaiserzeit, wo wir sie antreffen, in ähnlicher Weise als Spezialverpfändungen funglerten. Doch zwingt schon der verschiedene Kunstausdruck, die beiden Typen bei allen ferneren Untersuchungen streng *auseinander zu halten*[85]. Außerdem sprechen dafür trotz des geringen Quellenbestandes bereits zwei Beobachtungen, die ich der besseren Orientierung halber vorausnehme, obwohl auf das Wesen des ὑπάλλαγμα erst später einzugehen ist (soweit dies überhaupt im Rahmen unserer Abhandlung liegt).

Erstens enthalten die ὑποθήκη-Verträge eine mehr oder minder ausführliche Verfallklausel, nämlich die Erklärung, daß bei Säumnis dem Gläubiger μετεπιγραφή oder ἐπωνεσθολή, ἐμβαδεία, jedenfalls daß ihm das κυριεύειν und κρατεῖν zustehe, während *in allen bisher bekannten* ὑπαλλάγματα *diese eigentliche Verfallsabrede fehlt.*

Hypotheke: Flor. 81. Straßb. 52. Flor. 1. Basel 7. BGU. 741 (ἐπιτελεῖν τὰ τῆς ὑποθήκης νόμιμα).

Hypallagma: Flor. 28. Lips. 10. CPR. p. 59 (wo freilich der Schluß fehlt), Lond. 2, 311 p. 219.

Doch wird eine Mischung der Formulare dadurch herbeigeführt,

[85a] [Der Anhang ist hier weggelassen. Noch einmal von *Rabel* veröffentlicht als Nr. 7 der P. Bas. (Abh. Kgl. Ges. der Wiss. Göttingen, Phil.-Hist. Kl. N. F. XVI Nr. 3 [1917]; abgedruckt auch im SB. I Nr. 4434)].

[85] [Ebenso jetzt *Eger*, 47 N. 4.]

Senato della Repubblica - Archivio Storico

daß das Versprechen, die Hypothekargrundstücke in vollkommener Qualität und Quantität zu übergeben, nicht bloß bei der ὑποθήκη (Straßb. 52), sondern auch beim ὑπάλλαγμα (Flor. 28) vorkommt. *Die* Verfallklausel ist das *nicht*[84], obgleich dabei auf den ersten Blick der Sachverfall vorausgesetzt scheint.

Zweitens ist im Verfahren zur Vollstreckung des Pfandes bisher die Pfändung (ἐνεχυρασία) als erster Exekutionsschritt nur für die ὑπάλλάγματα nachweisbar. Flor. 56, BGU. 1038, [30] 888 [Giss. Inv. Nr. 123, l. 19: τῇ δὲ διαγρα(φῇ) ἐνεχυρασία οὐκ ἐπηκολούθηκεν][85].

Das zweite könnte leicht auf Zufall beruhen, und jeder Tag kann einen urkundlichen Gegenbeweis bringen. Das erste aber ist eine bis zu einem gewissen Grade durch die Stetigkeit und Verläßlichkeit der Papyrusformulare gesicherte Wahrnehmung. Auf die bloße Verschiedenheit des örtlichen Stils scheint der ganze Gegensatz nicht rückführbar, da fast das gesamte Material aus Hermupolis stammt. Wir haben daher mit der Möglichkeit einer getrennten Geschichte der beiden Gattungen zu rechnen (vgl. noch unten VII).

Auch in der Formulierung unserer Klausel ist nun eine gewisse Verschiedenheit des typischen Ausdrucks nicht zu verkennen. Zwei Gruppen fallen durch ihre charakteristischen Verbindungen auf, wobei freilich die Grenze zwischen ὑποθήκη und ὑπάλλαγμα nicht völlig eingehalten ist.

α) In den ὑποθῆκαι heißt es: οὐκ ἔξέστω αὐτῷ, dem Verpfänder, πωλεῖν κτλ., namentlich nach der Verfallklausel (ἐὰν μὴ ἀποδοῖ, ἐξέστω κύριον καὶ ἐμβαδεύειν κτλ.):

Straßb. 52, l. 9 Βεβαιούτω δὲ ἡ δεδανισμένη τήνδε τὴν ὑποθήκην πάσῃ βεβαιώσει ἀπό τε δημοσίων καὶ ἰδιωτικῶν καὶ ἀπὸ πάντων ἁπλῶς, ἣν καὶ μὴ ἐξέστω αὐτῇ πωλεῖν μηδὲ ἑτέρῳ [31] ὑποτίθεσθαι μηδ' ἄλλο τι παρ' αὐτῆς κατέχεσθαι ὑπεναντίον τούτοις τρόπῳ μηδενί, ἢ τὰ παρ' ταῦτα ἄκυρα εἶναι. Fast wörtlich ebenso und die Ergänzungen dieser Lesung bestätigend Flor. 1, l. 8, vgl. auch Flor. 81, l. 15. Das heißt:

[84] Wie ich fälschlich SZ. 28, 365 bei N. 2 [hier S. 92 Anm. 320] sagte.

[85] Unbestimmt welches Pfand: Class. Phil. I, 4 l. 6. BGU. 239 l. 5 (wo die Exekution in ein Pfand erfolgt, vgl. l. 8 und die von *Koschaker*, SZ. 29, 31 ff. hervorgehobene Übereinstimmung mit BGU. 1038). Unbestimmte κατοχή: Flor. 97, 8 vgl. l. 3 (*Eger* 164). Allerdings könnte unter den νόμιμα τῆς ἐμβαδείας (Oxy. 485, 53 [μένει- Urk.] BGU. 832, 22 [ὑποθήκη]) die ἐνεχυρασία mit gemeint sein, vgl. Etymol. Magnum p. 334, l. 35: ἐμβατεῦσαι – τὸ τὸν δανειστὴν ἐμβατεῦσαι καὶ εἰσιόντα εἰς τὰ κτήματα τοῦ ὀφείλοντος, ἐνεχυράζοντα τὸ δάνειον. Auch erklärt sich die bloße Androhung der ἐμβαδεία in der Klage aus ὑποθήκη Flor. 86 vielleicht daraus, daß die Schuldnerin das Eigentum bereits an die Treuhänderin des Gläubigers übertragen hat, Flor. 92.

Schuldner soll diese Hypothek mit jeder Gewährleistung garantieren von öffentlichen und privaten und allen Lasten überhaupt, und es soll ihm auch nicht freistehen, zu verkaufen oder andern zu verpfänden oder sonst die Hypothek zu verschlechtern, entgegen diesem (Vertrage) auf keine Weise, widrigens die Zuwiderhandlung ungültig ist.

Etwas abweichend ist die Basler Hypothekenurkunde, eine objektive Homologie, gehalten, welche *vor* der Verfallklausel in sonst nicht belegter Wendung l. 15 sagt: εἰς τὸ μὴ ἐξεῖναι αὐτῇ (Verpfänderin) πωλεῖν μηδὲ [. . ., sodann übrigens die βεβαίωσις-Klausel genauer ausstattet, indem die Verpfänderin die Hypothek gewähren soll: l. 21 ἀνενεχ)ύρασον καὶ ἀνεπιβάνοτον καὶ καθαρὰν ἀπὸ ἐπιγραφῶν [κτλ., unverpfändet und unbelichen und frei von Auflagen.

Diesen Urkunden reiht sich als einziger Repräsentant des ὑπάλλαγμα Lond. 2, 311 p. 219, eine objektive Homologie, an: l. 9 δεδωκέναι ἐν [ὑπ]αλλάγματι καὶ δι' ἐγγυήματος τ[οῦ] προκιμέ[νου] κ[εφα]λαίου καὶ τῶν τόκων τὰς ὑπαρχούσας α[ὐτ]ῇ – κλήρ[ου] κατο[κοικοῦ] ἀροίρας πέντε – καὶ τὰ ὑπ[ά]ρχοντα αὐτῇ δουλικὰ σώμα[τα] δύο – καθ' ὧν πάντων [ο]ὐ[κ] ἔξει τὴν ὅλοσχερῆ ἐξουσίαν τοῦ πωλεῖν ὑποτίθεσθαι οὐδὲ ὅλως [κατεχχρήμα]τίσαι (d. h. verfügen), ἐχρι οὗ ἀ[ποδῶ]ι τὸ προκίμενον κεφάλαιον καὶ τοὺς τόκους. Folgt Bürgschaft der Söhne der verpfändenden Schuldnerin und Exekutivklausel gegen Mutter und Söhne betreffs alles Vermögens. Das Pfand nennt sich also ausdrücklich ὑπάλλαγμα,[86], und hat doch statt aller weiteren Regelung [32] nur das Veräußerungsverbot. Ein merkwürdiges Stück! Auf *Gradenwitz*[87] hat es den Eindruck gemacht, „daß die Wirkung der Verpfändung hier nur darin bestehen sollte, das Recht der Verpfänderin lahm zu legen und so sie psychologisch zur Rückzahlung

[86] L. 22 in der Subskription will die Verpfänderin τὴν προκιμένην ὑ[ποθήκην] gegeben haben. Der Herausgeber ergänzte ὑ[ποθήκην]. Da wir jetzt im Vertragstext l. 10 mit *Wilcken*, AP. 1, 160 [ὑπ]αλλάγματι zu ergänzen haben, so würde demgegenüber die Unterschrift der ungelehrten Partei auch nicht viel besagen. Doch entfällt die ganze Schwierigkeit, wenn man mit *Eger* 44 N. 5 ὑ[παλλαγήν] liest. – Δι' ἐγγυήματος des Kapitals und der Zinsen könnte ein vager Ausdruck sein: „als Haftung für –", falls es nicht ungeschickt auf die erst im nächsten genannten Satz formulierte Bürgschaft deuten will. Am ehesten scheint mir διεγγυήματος, in einem Wort zu lesen, verschrieben für διαγγυήματι, ein Ausdruck, der nicht bloß das vom Bürgen gestellte Pfand, sondern Haftung einer Sache im allgemeinen zu bezeichnen scheint. Vgl. die Klausel frei von Hypotheke und jedem Dingnyma BGU. 112, l. 12. Teb. 2, 323, l. 15 u. a., und dazu *Partsch*, Bürgschaftsrecht 1, 62 N. 3 gegen Ende.

[87] *Gradenwitz*, Einführung 88. Die zweite dort erwogene Auffassung, die übrigen Rechtsfolgen seien mündlich ausbedungen worden, scheidet jetzt natürlich aus, wo wir so viel andere Urkunden kennen. Auch beruht sie auf der Lesung [συν]αλλάγματι l. 10 statt [ὑπ]αλλάγματι.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

zu nötigen", vergleichbar dem Depositalpignus. Ein solches Quasi-Retentionspfand ohne Besitz des Gläubigers wäre nicht ganz undenkbar, ist aber kaum wahrscheinlich. Da das *gegebene* Pfand (δεδωκέναι) von der πρᾶξις [ἐξ ὑπαρχόν]των αὐτ[οῖς πάντων] getrennt ist, scheint es sich um ein Sachpfand im Gegensatz zur Exekutionsbewilligung zu handeln. Daß die Bürgen zu zahlen versprechen, bereits wenn die Mutter nicht zahlt, ohne Rücksicht auf die Einbringung aus dem Pfand, entspricht wohl lediglich der einseitigen Rückslechtnahme der Urkunden auf das Gläubigerinteresse. Neben Grundstücken sind hier Sklaven verpfändet; da denken wir unwillkürlich nach germanistischen Beispielen an andere Haftungstypen als bei Immobilien. Im deutschen Recht ist ja für die Regel die Fahrnishypothek durch das Faustpfandprinzip ausgeschlossen. Doch ist vorläufig damit nicht weiterzukommen.

[33] β) Die andere, nur bei ὑπαλλάγματα nachweisbare Formel lautet in der vollsten Entfaltung so:

Flor. 28, l. 13ff., cf. Lips. 10, CPR. p. 59 ὑπαλλάσσω – ἀρούρας – (Flor. 28: ἃς – παραδώσω – καθαρὰς ἀπὸ βασιλικῆς καὶ παντὸς ἀλλοῦ εἴδους. –) τὰς δὲ ὑπηλλαγμένας ἀρούρας ἐντεῦθεν φυλάξω ἀνεξαλλοτρώτους καὶ ἀκατεγχρημάτιστους ἄχρι οὗ ἀποδῶ ἢ πραχθῶ. – τὸ δὲ προκείμενον ὑπάλλαγμα βεβαιώσω πάσῃ βεβαιώσει κτλ., also: ich verpfände –, (werde übergeben frei usw.) – die verpfändeten Aruren werde ich inzwischen bewahren unveräußert und unverfügt, bis ich zurückgebe oder (erfolgreich) betrieben bin. Für das Pfand werde ich alle Gewähr leisten usw.

Gegenstand sind überall Grundstücke, nur in dem eben erörterten Lond. 2, p. 219 a. 149 daneben auch Sklaven.

b) Sachlich als Hypotheken sind jene beiden mit μένειν gefaßten Urkunden Oxy. 485. 506 anzusehen, wo dem Gläubiger unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlungssäumnis Besitz und Eigentum eingeräumt wird. Der Leser wird sich ihrer aus meinen Ausführungen SZ. 28, 366f. [hier S. 93f.] erinnern. In Oxy. 506 (l. 39), Gegenstand Aruren, ist das Verfügungsverbot ausgesprochen[48], in Oxy. 485, Gegenstand eine Sklavin, fehlt es in dem vom Gläubiger im Betreibungsgesuch vorgelegten Auszug.

c) In allen bisherigen Fällen, mit einziger Ausnahme von Lips. 10, erst von 178 n. Chr., hat der Verpfänder den Besitz behalten. Doch dürfte auch diese Ausnahme eine nur scheinbare sein. Der Text sieht aus wie aus einem ὑπάλλαγμα für das Kapital (I, 11: περὶ[ς] δὲ τὴν [τοῦ

[48] Über das hier verbotene ἀπογράφεσθαί τινα s. *Eger*, 119 N. 2.

πρακ(σμένου) κεφαλαίου ἀ]π[ρὶ]λ(ι)α[ι]ν ὑπαλλάσσω σοι) und der Antichrese für die *Zinsen* (I, 35ff.) zusammengesetzt. Dementsprechend unterscheidet die Subscriptio II, 9 die drei Erklärungen ἀποδώσω (ich werde zahlen), ὑπήλλαξα (ich verpfändete scil. für das Kapital), παράξω κατὰ [34] μισθοκαρπείαν (ich werde gewähren zur Nutznießung ἀντὶ τόκων). Nach den anderen Beispielen wäre man daher geneigt, auch da die Klausel I, 40: κ]ἀντεῦθεν[49] φυλάξω τὸ προκείμενον ὑπάλλαγμα ἕτερος καὶ ἀνε[ξαλλ]οτρ[ώτων καὶ ἀκατεγ]χρημάτ[ιστον] ἄχρι οὗ ἀπο[δ]ῶ ἢ πραχθῶ κτλ. aus dem ὑπάλλαγμα-Formular herzuleiten, nicht aus demjenigen der μισθοκαρπεία. Neben der gesamten Pfandabrede steht dann I, l. 38, die Exekutivklausel ἢ πρᾶξιν ποιήσ[α]σθαι.

d) Höchst zweifelhaft ist nach der Revision durch *Grenfell* und *Hunt*[50] der Charakter von Lond. 3, 870, p. 235, 4. Jahrh., geworden. Die Urk. heißt γράμμα τῆς ὑποθήκης (l. 16). Nach der Lesung *Kenyons* mußte man annehmen, es sei der Pfandgläubigerin (σοι l. 13 a. A.) bis zum Lösungstermin (l. 14) die Disposition über den verpfändeten Grundstücksanteil untersagt, wobei freilich der Termin selber von der Besserung der Vermögensumstände des Schuldners abhängt (l. 6). Jetzt soll statt des entscheidenden]σοι ein]σοι zu lesen sein[51]; und damit entfällt vorläufig die Möglichkeit, das fragmentierte Stück im hier erheblichen Punkt irgendeiner schärferen Analyse zu unterziehen. Im Zweifel würde man an eine Dispositionsbeschränkung wieder des Schuldners denken[52].

2.

[35] Wir hören zweimal von Verträgen, die sich entweder ausschließlich auf das Veräußerungsverbot beschränkt haben müssen, oder wo dieses als so entscheidend betrachtet wird, daß der interessierte Gläubiger es allein erwähnt.

a) Lond. 2, 360, p. 216, 2. (?) Jahrh. Ein Bruder quittiert zwei Schwestern den Empfang von zwei Pfünfteln einer Schuld ihrer (offenbar noch

[49] So laut freundlicher brieflicher Mitteilung *Mitteis'* statt des κάντ]εῦθεν der Ausgabe.

[50] AP. 4, 557f.

[51] Ich würde statt des]σοι ein ἐξεί]σοι erwarten; das wäre am Original nachzuprüfen.

[52] Jedenfalls dürfte l. 13 a. E. ἄχρι οὗ] oder ähnlich zu ergänzen sein. Auch bleibt, was ich SZ. 28, 367 [hier S. 94] sagte, im wesentlichen aufrecht, wenn man es nicht wagen will, jetzt eine echte alte Setzung, Nutzpfand mit Resolutivbedingung, d. h. Lösungsrecht ohne Lösungspflicht des Schuldners anzunehmen.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

lebenden) Mutter an ihn selbst. Dagegen tritt er ihnen je ein Fünftel ab: οὗ ἔχει δικαιώματος τῆς ὑπ[αρχ]ούσης τῇ μητρὶ αὐτῶν παθίσεως δούλης ἧς ὄνομα Ταησενοῦφεως ἀνεξαλλοτρίωτ[ον] καὶ ἀκατεχρημάτιστον εἶναι φυλάξειν τὴν μητέρα, διὰ τὸ ἐπὶ τούτοις τὴν ὁμολογίαν γεγονέναι.

Es kann gar keinem Zweifel unterliegen, daß dieses so genau beschriebene vertragsmäßig festgelegte δικαίωμα, das sogar die Teilung *pro rata* verträgt, ein Recht zur Sicherung des Gläubigers darstellt. Fraglich und unentscheidbar ist nur, ob in der ὁμολογία wirklich nichts weiter stand als die Verpflichtung der Mutter, die Sklavin unveräußert und unverfügt „zu bewahren", und wenn so, ob damit eine echte Hypothek gemeint war.

b) Noch wichtiger ist Tebtyn. 2, 318 a. 166. Eine Darlehnsgläubigerin ersucht um Eintragung ihres δίκαιον ὑποθήκης in die Bibliothek. In zwei ὁμολογίαι ist ihr versprochen:

φυλάξειν μοι ἀνεξαλ[λοτρ[ωτα καὶ ἀκαταχρημάτ[ι]στα μέχρι τῆς τοῦ κεφαλαί[ο]υ ἀποδόσεώ[ς] τὸ ὑπάρχον αὐτοῖς – μέρος κλήρου κτλ.

Das ist alles, was sie zur Schilderung ihres δίκαιον vorbringt. Von Pfandrecht ist nichts gesagt. Die vertragsmäßige Beschränkung allein ruft sie an; diese also soll – in irgendeiner Form – ins Grundbuch kommen! Damit ist sofort bewiesen, daß ein solches Verbot imstande ist, das Recht des Gläubigers bis zur Fälligkeit der Schuld wesentlich zu bestimmen.

[36] c) Am ehesten zu diesen nicht näher beschriebenen Sicherungen[53] läßt sich schließlich Oxy. 507, a. 169 stellen. Aus dem Darlehnsbetrage hat der Schuldner eine Partie Heu gekauft, die er in einem von ihm gemieteten, genauer bezeichneten Kamelgehege niederlegen wird. „Dieses Heu wird mir nicht erlaubt sein zu entfernen (βαστάξαι), noch zu verkaufen, noch zu verpfänden, bis ich das Kapital und die Zinsen zurückgebe, weil es dir verhaftet sein soll (διὰ τὸ ὑπέγγυόν σοι εἶναι)". Wir vermissen hier die gerade Erklärung des Schuldners, zu verpfänden. *Partsch*[54] hat daher kürzlich von dem attischen ὑπέγγυος = haftende, der Strafe verfallene Person, ausgehend, vermutet, daß das Heu für die πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης (l. 20) haftet, aber nicht verpfändet ist. Damit wäre die im Text der Urkunde folgende Gefahrüberwälzung auf den Schuldner (l. 32) allenfalls vereinbar; sie trägt dem Gedanken der Sachhaftung Rechnung, der bei einer bloßen Anweisung zum exekutiven

[53] Vgl. hierzu noch besonders BGU. 1053 col. I. l. 47 ff.
[54] Bürgschaftsrecht 1, 99.

Zugriff ebenso vorkommen mag[55] wie bei Pfandversatz. Auch erinnert das διὰ τὸ ὑπέγγυόν σοι εἶναι einigermaßen an das διὰ τὸ ἄλλη[ς? ὑγ]ιαν εἶναι beim Retentionsrecht in BGU. 741, 48, das dem *pignus Gordianum* entspricht. Trotzdem möchte ich vorläufig immer noch glauben, daß doch eine richtige Fahrnishypothek gemeint ist, die natürlich erst mit dem Niederlegen im καμηλών beginnen und mit einer Entfernung aus demselben erlöschen würde. Gerade die Ermöglichung der neueren Satzung an Fahrnis ist nämlich der besondere Grund vielfacher vertragsmäßiger Verliegenschaftungen in deutschen Quellen[56] und die πρᾶξις, von der [37] die Urkunde redet, bezieht sich auf das ganze Vermögen, nicht gerade auf das Heu speziell. Doch erklärt sich freilich das Entfernungsverbot auch ohne eine solche Annahme, wovon später mehr. Einstweilen genügt die Beobachtung, daß der Urkundenschreiber wiederum das Hauptgewicht auf die Beschränkung der Verfügungsmacht legt. Die Bezugnahme auf die Haftung hinkt hintennach.

3.

Lond. 3, 1166 p. 105 Hermupolis a. 42. Zwei Unternehmer werden dem künftigen Gymnasiarchen das Heizmaterial für die Bäder des Gymnasiums und Spreu in seine Ziegeleien liefern. Für die von ihnen eingegangenen Verpflichtungen gestatten sie die Exekution gegen sich, die Schuldner, solidarisch und gegen ihr ganzes Vermögen καθάπερ [ἐ]γ δίκης(c), mit folgendem, in demotischen Urkunden schon beobachteten, in griechisch-ägyptischen aber zum erstenmal begegnenden Zusatz:

δοκεῖ δὲ ἔχουσι οἱ ὁμολογοῦντες καὶ δ[ο]κὰν ἐποτήσουσιν ἐνυπαλλάγματα εἶναι π[ρ]ὸς τὰ πρ[οκεί]μενα, περὶ δ[ὲ]ν κ]αὶ οὐκ ἐξέσται αὐτοῖς οὐδὲν οἰκονομεῖν μέχρι τοῦ ἕκαστα ἀποτελέσαι ἢ τὰ παρὰ τούτοις ἄκυρα εἶνα⟨ι⟩.

Von einem Retentionspfand an einem ganzen Vermögen kann um so weniger die Rede sein, da es sich offenbar nicht um Bedienstete handelt. Dagegen fragt es sich sehr: ist das eine echte Generalhypothek, die sofort bei der Bestellung pfandrechtlichen Rang verleiht, oder trotz des Zusatzes, das Vermögen solle ἐνυπάλλαγμα sein, bloß die Gewäh-

[55] Sicher bin ich dessen auch betreffs des deutschen Rechts nicht, da die Schriften von *Eger* u. *H. Meyer* (worüber unter Abschnitt III) in dem maßgebenden Punkt des Verhältnisses zwischen Sachhaftung und Pfandrecht nach entgegengesetzten Richtungen auseinandergehen und von *Gierke* beide getadelt werden. Vgl. aber *Amira*, Nordgerm. Obl.R. 1, 191 f. über den Begriff der Sachhaftung.
[56] Vgl. *Gierke*, DPrivR. 2, 962 u. Zit.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

rung eines erleichterten Pfändungsrechts, also die Erlaubnis zum eventuellen Erwerb eines dinglichen Rechts durch Beschlagnahme? Gerade bei der Generalverhaftung taucht die Frage, ob Hypothek oder Exekutivklausel, ziemlich in allen Rechten immer wieder auf, so auch anläßlich der griechischen [38] Inschriften[67]. Diese Scheidung kann gar nicht scharf genug betont werden, da wir im griechischen Recht genauso wie im deutschen neben der Gestattung der *erleichterten* Exekution in das Vermögen auch die bloße Unterwerfung des Vermögens unter die Haftung, parallel der Einsetzung der Person des Bürgen oder Schuldners unter die Haftung, finden und vielleicht unsere berühmte „Exekutivklausel" (πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης) lediglich aus der Zusammenschweißung von Vermögenshaftung[68] und Exekutionserleichterung hervorgekommen ist – ein Gedanke, dessen Ausführung ich mir für ein andermal vorbehalten muß.

In Lond. 3 p. 105 würde man auf den ersten Blick gerade aus der Zusage, bis zur vertragsmäßigen Erfüllung nichts zu veräußern, folgern, ein eigentliches Pfandrecht fehle und das Verbot sichere die Bereitstellung des Vermögens zur Pfandrechtsgewinnung. Doch mahnt es zur Vorsicht, daß die Verbote auch bei den ὑποθῆκαι vorkommen. Wirklich ist das Wort ἐνεπιλλάγματα gebraucht, das an das rätselhafte ὑπέλλαγμα erinnert, und die ganze Verabredung folgt gesondert, obwohl unmittelbar [39] angeschlossen, der Exekutivklausel. Lehrt schließlich BGU. 4, 1072 a. 125 col. I, daß ein ὑπόλλαγμα am ganzen gegenwärtigen und künftigen Vermögen in das Grundbuchfolium des Schuldners eingetragen werden kann, so neigt sich die Wage auf die Seite der echten Generalhypothek.

[67] Vgl. bes. *Mitteis*, Reichsrecht und Volksrecht 418 N. 1, 438f.; *Hänig*, Pfdr. 59ff.; *Pappulias*, a. O. 78ff. (Generalhypothek) und 109ff. (Exekutivklausel). Bemerken möchte ich, daß die bei *Mitteis*, 439 und bei *Brassloff*, SZ. 21, 375 N. 5 aufgeführten Urkunden mit der Wendung: ἐνεχύρου λόγῳ καὶ ὑποθήκης δικαίῳ nebst allen später publizierten Parallelurkunden sämtlich aus *byzantinischer* Zeit stammen. Ihre vergleichende Heranziehung ist daher zwar gestattet, um die diokletianische Konst. C.J. 7, 72, 6 zu erklären, wie *Mitteis* 439 tat, nicht aber, wie andere es wohl tun, um für die hellenistischen Klauseln *a sontrario* etwas zu folgern. – Über gleiche Zweifel im mittelalterlichen Recht vgl. z. B. betreffs der Obligierung des Vermögens ohne „hoed" im 12.–14. Jahrh. in England *Haselöne*, Gesch. des englischen Pfandrechts (*Gierke* Untersuchungen 92) S. 303; betreffs des Übergangs der Pfändungserlaubnis in die konsularische Generalhypothek in Deutschland *Gierke*, DPrivR. 2, 825 Anm. 90, 91; in Frankreich *Egger*, Vermögenshaftg. und Hypothek 216ff. Über zweifelhafte Gebilde in Norwegen *Amira*, Nordg. Obl. 2, 243–7.

[68] Vgl. einstweilen *Partsch*, Bürgschaftsr. 1, 196 N. 1.

4.

Lond. 3, 1168 p. 136, a. 18 n. Chr. Stotoetis vermietet ¹/₄ Hausanteil samt Zubehör ihrem Bruder Chichois, dem die übrigen ³/₄ gehören, auf 4 Jahre an Stelle der Zinsen (ἀντὶ τοῦ τόκου) eines Darlehns von 220 Drachmen. Sie wird jede Gewähr gegen Belastungen leisten und darf das Vermietete nicht verkaufen, verpfänden oder an andere vermieten noch sonst darüber verfügen, bei Nichtigkeit. Zahlt sie nach Ablauf der Frist nicht, so kann Chichois im Hausanteil wohnen bleiben oder ihn weiter vermieten[69], – eine Parallele zur Fortdauer des Pfandrechts bei Nichteinlösung in deutschen Quellen[70]. Er hat aber auch (statt dessen) das Recht der Exekution aus der Schuldnerin, dem Mietobjekt und allem sonstigen Vermögen. Ein „*mortgage*" liegt hier nicht vor[71]. Das Geschäft gehört vielmehr zu den denaturierten Miet- und Pachtverträgen, die die Zinseneinbeingung abwickeln sollen[72]. Hier ist aber im Unterschied zu anderen derartigen Verträgen nicht schon verfallener Zins mit *datio in solutum* zu decken, sondern eine richtige Antichrese vereinbart (cf. l. 21–31). Ähnlich [40] scheint das Wohnrecht (ἐνοίκησις) des Gläubigers statt der Zinsen, aber gegen Aufzahlung (?) von 4 Kupfertalenten, in dem, nur dem Inhalt nach angegebenen, Oxy. 2, 339, a. 81–96, gestaltet. Die Antichrese gibt an sich dem Gläubiger *keine* dingliche Stellung, was, wenn wir es nicht schon wüßten[73], durch

[69] *Wolf*, AP. 4, 344 N. 2 denkt begreiflicherweise nur an Vermietung oder Verpachtung von *partes pro diviso*. Ich weiß aber doch nicht, ob sie nicht auch bei ideellen Bruchteilen praktiziert wurde.

[70] Vgl. z.B. *Pantschert*, Schuldvertrag und Treugelöbnis 245f.

[71] So bereits *Mitteis*, SZ. 28, 384 gegen die Hegg., mit Anrufung von C.J. 4, 32, 14 *sine scripturis inhibitore*.

[72] Über *Pachtverträge* zur Tilgung s. SZ. 28, 317f. [hier S. 52f.], auch Teb. 105 l. 51 (103 v. Chr.). Ohne Nachfolgerung gibt es *Arbeitsverträge* ἀντὶ τόκων, Teb. 2, 384; Flor. 44; über Parallelen hierzu s. *Partsch*, Bürgschaftsr. 13 N. 4.

[73] *Mitteis* SZ. 28, 384 und schon Hermes 30, 607. Ich möchte aber, wie schon SZ. 28, 318 N. 5 [hier S. 53 Anm. 155] angedeutet, zwischen den verschiedenen von *Mitteis* aufgeführten Urkunden unterscheiden. BGU. 101 gibt ein Notariat, BGU. 339 aber gibt nur eine eventuelle Antichrese (für den Säumnisfall) wegen Zinsen, Vertragsstrafe und Steuern bis zur Kapitalzahlung, ebenso Teb. 390 ἀντὶ τόκου (l. 23), beide neben der πρᾶξις, die sich auch hier als Fremdkörper im Formular erweist. Gleichen Charakters wäre Gnomon 2, 72, falls dort das γεγονέναι κατὰ ἐπιτροπὴν nicht vielmehr eine Exekutivklausel ist. Auf dem Gedanken eines aufschiebend bedingten Nutzpfandes beruht auch die ὑφορία, welche Epiktetas Stiftung col. III l. 5 (Recueil 2 p. 82) verfügt, falls die Rente nicht gezahlt wird, wobei aber eine dingliche Haftung der Grundstücke sicher scheint (col. I l. 31). Eine Kombination der Nutzung vor und nach dem Zahlungstermin liegt in dem im Text besprochenen Londoner Fall vor. Der er-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

die Mietform hier bewiesen würde. Gerade da stärkt nun das Veräußerungsverbot offenbar die Position des Gläubigers. Außerdem mochte es die πρᾶξις in das Vermögen vorbereiten, doch keineswegs in erster Linie. Denn das μὴ ἐξόντω πωλεῖν l. 9 schließt sich an das βεβαιοῦτω τὴν μίσθωσιν l. 8 an, genau wie in den Hypotheken an das βεβαιοῦτω τὴν ὑποθήκην. Man kann sagen, ohne die πρᾶξις, die sich aus dem Formular ganz leicht wegdenken läßt, hätte der Gläubiger kraft des Veräußerungsverbots, wenn es dinglich wirkte, ein Bewahrungs- und Nutzpfand am Grundstücksteil.

[41] Es erübrigt die bereits mehrfach besprochene[76] Eingabe Lond. 3 p. 111 col. 3 a. 246. Ein Darlehnsgläubiger beruft sich auf die Gesetze, welche eine Veräußerung zum Nachteil der Gläubiger verbieten, insbesondere auf einen Erlaß von Severus und Caracalla, und führt aus: ἐδάνισά τινι ἀργύριον – κατὰ χ̣ρ̣ό̣γρ̣(αφον) καὶ ἐπ(ε)ὶ [ὑφ]ορῶμαι οὖν μὴ ἐξολ(λ)υ̣σ̣ιῶσι τὰ ὑπάρχοντα αὐτοῦ πρὶμ μη (l. με) κατελθεῖν εἰς Ἀλεξάνδρ[ειαν] καὶ τοῖς νόμοις χρήσασθ[α]ι . . . . Er wünscht παράδεσις seines „βίκιον" bis er vom καταλογεῖον [den Vollstreckungsbescheid erhalten haben wird][77]. Dieses Gesuch wird bewilligt und der Bibliothek die Erfüllung des Ansuchens, also die vorläufige Eintragung des „βίκιον" anbefohlen. Während *Wilcken* in einer Lücke des Textes die Anspielung auf ein Pfandrecht des Gläubigers sucht, ist nach *Mitteis* „der obligatorische Anspruch des Gläubigers auf Zahlung seines Darlehns im Kataster vermerkt worden". In der Tat würde beim Vorhandensein eines Pfandrechts der Gläubiger sich kaum mit dem bloßen Hinweis auf das ἐδάνισα begnügen. Der Gläubiger, der nach Alexandria reisen will, um τοῖς νόμοις χρήσασθαι (l. 7), wünscht dort sicherlich beim Archidikastes (im καταλογεῖον, l. 10) den Beginn des Pfändungsverfahrens[78], analog BGU. 578. Da er fürchtet, in der Zwischenzeit könnte der Schuldner durch eine Veräußerung die Zwangsvollstreckung „vereiteln oder wesentlich erschweren" (D. ZPO §§ 917. 935), beantragt und erhält er jene Eintragung. Unter dieser mag

wähnten κεφάλαια des Statuts von Thera steht nahe die Hereinbringung der ewigen Rente im Νόμος Αἰγιάκης durch Verpachtung der als „Hypothek" haftenden Grundstücke; beide beschränken übrigens die Pfandvollstreckung auf den Wert der geschuldeten Rentenbeträge. Vgl. dazu noch *Partsch*, Bürgschaftsr. 414 N. 7 und *Pappulias*, 171–173.

[76] *Mitteis*, SZ. 28, 381 f.; *Wilcken*, AP. 4, 340; *Lewald*, Beiträge 72; *Cag*, Nouv. rev. hist. 1908, 285 ff.; *Eger*, Grundbuchwesen 63 ff.

[77] *Eger*, 64 N. 8.

[78] *Koschaker*, SZ. 29, 34 N. 1.

man sich buchtechnisch und materiell verschiedenes vorstellen. Es könnte dem *Sinne* nach wie in Teb. 318 ein Veräußerungsverbot zur Sicherung künftiger Vollstreckung gemeint sein, analog unserer einstweiligen Verfügung (ZPO §§ 938 ff. 941), oder auch, da das „Recht" [42] eingetragen wird, vorläufige Vollstreckung selber, also Beschlagnahme durch Pfändung, analog unserem dinglichen Arrest (vgl. ZPO § 932 oder noch besser Österr. Ex. O. § 374). Über die Wirkung erfahren wir leider nichts; doch wäre ein dinglicher Vorrang des eingetragenen βίκιον nicht wunderbar. Es ist ja fraglich, an wen die Eingabe gerichtet ist[79], nicht fraglich aber, daß der Adressat eine Kognition geübt hat; sonst hätte das Ansuchen direkt an die Bibliothek geschehen können. Der Gesuchsteller gibt den „Anspruch" und die „Arrestgefahr" an. Die „Beglaubigung", die heute gefordert ist, scheint freilich zu fehlen. Doch dürfte *dies* auf Rechnung dessen zu setzen sein, daß wir – wie *Wilcken* mit Recht meint – einen Auszug, nicht das Original vor uns haben. Im Volltext war gewiß hinter den Worten κατὰ χ̣ρ̣ό̣γρ̣αφον Datum und Inhalt der Urkunde mehr oder minder genau wiedergegeben, die letztere wird auch nicht der stereotypen Exekutivklausel ermangelt haben. Bei einigermaßen umsichtiger behördlicher Kognition begegnet eine derartige vorsorgliche Maßnahme zur Sicherung der demnächst beginnenden Zwangsvollstreckung schwerlich größeren Bedenken als mittelalterliche Arreste. Für das Altertum möchte man, neben den Veräußerungsverboten des Prätors[80] besonders an jenes *prohibere distrahi fundum* durch die Consuln denken, das ein Reskript der *divi fratres*, bei Ulp. D. 50. 12. 8, vorsah, um einen Anspruch auf Errichtung eines Bauwerks, d. h. wohl auf Schadenersatz, gegen einen Relegierten zu sichern.

Dies ist unser Material. Werfen wir nun einen Blick auf die eingangs erwähnten Forschungsergebnisse der Germanisten.

III. Die germanistischen Theorien

[43] Von Dispositionsbeschränkungen des Verpfänders wird aus verschiedenen Ländern berichtet; z. B. aus dem altrussischen Recht[81] und

[79] Vgl. *Wilcken*, a. a. O. [*Eger* 66 ff. macht wahrscheinlich, daß der Strategе angegangen ist, mit Hinweis auf den neuen P. Giss. Inv. 19.]

[80] *Mitteis*, RPR. 254 N. 71. Über die Durchsetzung mit wahrscheinlich fiktizischer *actio utilis*, *Lenel*, EP.[3] 181 bei N. 8.

[81] *Neubecker*, SZ. 20, 283.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

aus dem modernen indischen Gewohnheitsrecht[50]. Auch den demotischen Verträgen scheinen sie nicht fremd zu sein[51].

In viel günstigerer Lage als diesen wenig erforschten Gebieten gegenüber befindet sich die Rechtsvergleichung im Hinblick auf den germanistischen Quellenkreis. Seit dem 9. Jahrhundert nachweisbar, ist das Dispositionsverbot bei Liegenschafts- und Fahrnisverpfändung der späteren Zeit eine fast alltägliche Erscheinung. Freilich dürfte es nicht bei allen Formen der Sachhaftungen zu beobachten sein. Sein Hauptgebiet ist offenbar die Satzung ohne Gewereübertragung[52].

[44] Außerdem wird in mittelalterlichen Stadtrechtssatzungen vielfach dem Verpfänder von Rechts wegen verboten zu veräußern[53]. Im Zweifel würde ich glauben, daß damit wie so häufig nur die Urkundenpraxis zum Gesetz erhoben wurde, doch ist auch dies m. W. noch nicht systematisch untersucht.

Die Meinungen über die Bedeutung der Klauseln und Gesetze gehen nun sehr stark auseinander[54]. Nach Ansicht einiger Gelehrter sollen damit dem Gläubiger nur faktische Unannehmlichkeiten erspart werden, und dies mit unzureichendem Erfolg, da die Veräußerung durch den Pfandeigentümer doch gültig bleibt und der Prozeß mit dem dritten Erwerber daher nicht verhütet wird. Andere, wie *v. Meibom*, *Sohm* und in anderer Wendung *Stobbe*, leiten aus der Klausel Schlüsse auf das ursprüngliche Wesen der sogen. neueren Satzung ab. Namentlich sah man in ihr den deutlichen Beweis dafür, daß die gewerelose Satzung auch an Liegenschaften zuerst ein bloß obligatorisches oder ein beschränkt dingliches Recht gab und sich erst allmählich zur vollen dinglichen Wirksam-

[50] *Kohler*, Ztschr. f. vgl. Rechtsw. 7, 194.

[51] *Révillout*, Précis de droit égyptien 2, 1200f.: Antichrese *in solutum*, 39. Jahr des Evergetes II (oben S. 27 N. 2 [hier S. 186 Anm. 52]); vgl. p. 1215/6.

[52] Daß nicht diese *allein* das Verbot kennt, beweisen sofort aus langobardischer Zeit Codex Cavensis 1, 91 p. 117 Salerno a. 882 (*Mitbesitz der Parteien*). *Ficker*, Forschungen 4 n. 95 Salerno a. 1115 (*specialis obligatio*, d. h. Verfallspfand ohne Nutzung, mit der Verfallsabrede in Form suspensiv bedingten *Kaufs*). Über deutsche Beispiele vgl. *Meibom*, Pfandr. 428f. u. Ang.; *Stobbe*, Hdb. 2 ³, 309 N. 15f.; *Kohler*, Pfandrecht. Forsch. 23f.; *Heusler*, Inst. 2, 149; *E. Huber*, SchweizPrivR. 4, 788 N. 9; *Herbert Meyer*, Neuere Satzung an Fahrnis und Schiffen (1903) 38f. 82f. 96. 101. 118; *Gierke*, DPrivR. 2, 821 N. 67 vgl. N. 66; 962 N. 35. Über Frankreich *Egger*, Vermögenshaftung und Hypothek bes. 137f. Zum Sachenrecht vgl. neuestens auch *Maurer*, Vorlesungen über altnord. Rechtsgesch. 3 (1908), 343ff. 420f.: der Pfandgläubiger muß binnen eines Jahres sein Pfand von einem dritten Erwerber einklagen.

[53] Vgl. z. B. die Stellen bei *Meibom*, Pfandr. 428 N. 92; *Gierke*, a. a. O. N. 66; besonders auch die Bestimmungen in schweizerischen Städten, *Meyer*, a. a. O. 119ff.

[54] Vgl. die Lit. bei *Gierke*, 820 N. 62.

keit erhob. Neuerdings lehrt *E. Huber*, in der Schweiz sei die neuere Satzung aus der „Anweisung auf den Grundbesitz" entstanden, und am schärfsten ausprägend *Egger*[55]: das gewerelose Pfandrecht gehe aus von der vertragsmäßigen Unterwerfung einer Sache unter die exekutive [45] Beschlagnahme, dem Konventionalarrest, beschränkt auf einzelne Sachen, aber genau parallel der Generalverhaftung des ganzen Vermögens, *obligatio omnium bonorum*. Beide dienen von Haus aus dazu, die Zwangsvollstreckung in das Vermögen überhaupt zu ermöglichen. Erst der Zugriff erzeugt anfangs die dingliche Wirkung. Aber daß bei der *obligatio specialis* der Verpfänder kraft vertraglicher Bestimmung und weil die neuere Satzung zugleich als Pfandung, Vorwegnahme des ersten Exekutionsschrittes gilt, bis zum Zugriff nicht veräußern und belasten darf, das steigert dann die Obligation zur Haftung der Sache noch in dritter Hand.

Im völligen Gegensatz hierzu hat neuestens *Gierke* seine Pfandrechtstheorie dargelegt[56]. Er schreibt der jüngeren Satzung an Grundstücken schon von Anfang an den echten „Pfandrechtsgedanken" zu, nicht bloß den „Haftungsgedanken". Die vollwirkende Satzung ohne Gewereübertragung ist danach allmählich auf mannigfachen Wegen aus der aufschiebend bedingten Übereignung oder dem Besitzpfand gewonnen worden. Die Veräußerung des Grundstücks aber war dem Schuldner, „ursprünglich wegen der hiermit für den Gläubiger verbundenen Gefahr verboten" (N. 66), eine Gefahr, die in dem drohenden Verlust des Rechts durch Verschweigung besteht, wenn der dritte Erwerber die rechte Gewere erlangt (N. 65).

Ein ähnlicher Gegensatz der Ansichten zeigt sich bei der Fahrnishypothek, welche *H. Meyer* dem deutschen Recht in weitem Umfang zuschreibt, während die herrschende Meinung die wirkliche Verpfändung beweglicher Sachen ohne Besitzübertragung nur als Ausnahme neben der bloßen Einräumung eines Beschlagsrechts auffaßt[57]. Das auch hier vielfach auftretende Verbot der [46] Veräußerung erklärt *H. Meyer* nicht aus einem Mangel in der sachenrechtlichen Vollkraft gerade des Pfandrechts, sondern aus der Gefahr des Pfandrechtsverlustes durch gutgläu-

[55] A. a. O. bes. 144. 157. 170. 482f. Gegen ihn s. *Gierke*, 819 N. 59 und *Stutz*, SZ. Germ. Abt. 27, 428f.

[56] DPrivR. 2, 818. Mit ihm stimmt in der Grundanschauung *Schulze*, SZ. Germ. Abt. 21, 325 überein, wie aus meinem Resumé, SZ. 28, 369 N. 4 [hier S. 96 Anm. 338] ersichtlich ist.

[57] *Meyer*, Neuere Satzung usw. 80ff. Gegen ihn *Gierke*, 961 N. 32. S. auch die Darstellung bei *Schröder*, DRechtsgesch. (5) 732.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

bigen Dritterwerb nach dem Satz: Hand wahre Hand, also aus allgemeinen Prinzipien der Sachverfolgung, wie sie auch dem Eigentum entgegenwirken. Demnach hätten wir weder bei Immobilien noch bei Mobilien aus den Dispositionsbeschränkungen auf mangelnde Dinglichkeit des Pfandrechts zu schließen, sondern nur auf Schutz gegen die mangelhafte Verfolgbarkeit der dinglichen Rechte zufolge rechter Gewere oder gutgläubigen Fahrniserwerbs.

Beigefügt sei aber folgendes. Natürlich hing die Dinglichkeit des Pfandrechts überall von der Beobachtung der jeweils vorgeschriebenen Form der Verpfändung ab. Vielenorts war die Fahrnishypothek gar nicht anerkannt, so daß ihr kein Vorzug gegenüber späteren Verfügungen und Pfändungen zukommen konnte[88]. Und vor allem gab es nichthypothekarische Sachhaftungen wie die Generalobligation, Vermögenssatzung, wo das Veräußerungsverbot bezeugt ist[89] und offenbar unter allen Umständen eine weiterreichende Funktion tragen mußte, als bei wirklich dinglicher Satzung.

Von einer andern Seite noch wird übrigens die Frage durch *Puntschart* und *H. Meyer* beleuchtet. Das Versprechen, nicht zu veräußern, ist ein Anwendungsfall des Treuegelöbnisses, dessen Bruch dem Gläubiger den Zugriff auf den Schuldner selbst eröffnet, das m. a. W. die persönliche Einständerschaft bewirkt. In der näheren Bezeichnung des ohne Treuegelöbnis vorhandenen Rechtszustands unterscheiden sich die beiden Schriftsteller. Während *Meyer* glaubt, durch die Verpfändung als solche werde der Verpfänder in der Verfügung über das Gut nicht beeinträchtigt und erst das Treuegelöbnis wolle ihn darin hindern, sieht [47] *Puntschart* in der Dispositionsbeschränkung eine Wirkung des Pfandvertrags, „dessen Wirksamkeit sich in der dinglichen Rechtswirkung keineswegs erschöpft", sondern kraft seiner „persönlichen Rechtswirkung" gegen die freie Dispositionsfähigkeit des Pfandschuldners gerichtet ist[90]. Das Treugelöbnis mit seiner Erzeugung der persönlichen Haftung schaffe nur eine Sicherheit für das Halten und Erfüllen des Vertrags, nicht die Verpflichtung selber, die vielmehr auf dem Pfandvertrag beruhe. Einig ist man aber darin, daß eine dingliche Garantie nicht erreicht wird, sondern nur ein Druck auf den Verpfänder, den die schweren Folgen der persönlichen Haftung bedrohen. Wir haben auch in den antiken Rech-

[88] Beispiele auch bei *H. Meyer* selber, z. B. S. 95f.

[89] *Meyer*, 171.; *Gierke*, 825 N. 88.

[90] So *Puntschart* in seiner wichtigen Rezension der *Meyer*schen Schrift, Kr. Vjschr. 47 (1906), 2. (falsch paginierter) Teil S. 49–71, bes. S. 54f. 61f. vgl. 62f.

ten Spuren des Treugelöbnisses[91], doch muß die Frage, wie sich Treugelöbnis und Pfandvertrag zueinander verhalten, füglich einer umfassenderen Untersuchung vorbehalten bleiben.

In der Hauptsache lernen wir vor allem, daß nach Ansicht aller Neueren jene Vertragsklauseln einen handgreiflichen praktischen Zweck hatten, indem sie einem Mangel in der Rechtsstellung des Pfandgläubigers entgegenzuwirken bestimmt waren. Sodann verdient die Vielfältigkeit der denkbaren Erklärungen an sich schon hohe Beachtung. Es ist der Erörterung des spärlichen griechischen und, wenn ich nicht irre, auch des germanischen Materials nicht förderlich gewesen, daß man an die Verbote jeweils nur eine einzige Auffassung heranzubringen pflegt. [48] Unsere Klausel tritt bei verschiedenartigen Geschäften auf[92]. Auch das wäre möglich, daß man überhaupt nicht mit einer einzigen Erklärung auslangt. Voraussetzungen und Wirkungen müssen in verschiedenen Zeiten, Gegenden und Anwendungen nicht die gleichen gewesen sein.

Kehren wir nun zu unseren Quellen zurück.

IV. Die Wirkung der Veräußerungsverbote als solcher

[49] Ehe untersucht wird, wie die Dispositionsverbote sich in das römisch-ägyptische Archivwesen fügen und wie sie zum Pfandrecht stehen, ist zu fragen, welche Verbotwirkung sich nach gemeingriechischem Recht erwarten läßt. Die Germanisten leugnen jetzt einen dinglichen Effekt vertragsmäßiger Verbote; nur die persönliche Haftung des Promittenten auf Ersatz oder Buße, oder die Ehrenstrafen seien dadurch vermittelt worden. Doch werden Ausnahmen zugegeben, namentlich habe ein urkundliches Veräußerungsverbot eine Reluitionsklage des Gläubigers gegen den Dritten hervorrufen können[93].

1. Das griechische Recht scheint eher das Gegenteil nahezulegen. Die nähere Bestimmung, wie weit ein Recht an einer Sache die Macht zu

[91] Vgl. bereits für das römische Recht *Mitteis*, Herkunft der Stipulation, Festschr. f. Bekker; für das griechische *Partsch*, Bürgschaftsrecht; für die späte Formel des Straßb. 40 auch *Wenger*, GGA. 1909, 305f.

[92] Auf die Vermögenssatzung übrem Stils habe ich schon hingewiesen. Umgekehrt paßt z. B. *Eggers* Theorie ganz gewiß nicht auf Urk. *Flicker* 4 u. 95.

[93] Vgl. *H. Meyer*, Neuere Satzung 71. 84f.; *Puntschart*, Krit. Vjschr. 47 II, 61f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

verfügen einschließt[94] oder nicht, wird von den Griechen sehr viel und sichtlich mit größter Freiheit gehandhabt. Sie beschränkt sich nicht auf Gesetze,

z. B. das Dekret des achäischen Bundes zur Ordnung der Verhältnisse mit dem in den Bund aufgenommenen *Orchomenos* [50] in Arkadien, ca. 234 v. Chr., *Ditt. Syll.*³ n. 229, l. 11, Veräußerungsverbot gegen die Neubürger, wofür *Dittenberger*, Hermes 16, 181 f. auf das römische Verbot (zur Zeit *Caesars*) an die deduzierten Kolonisten, binnen 20 Jahren ihre Äcker zu verkaufen, Appian Bell. civ. 3, 2 i. f. verweist.

gesetzlich sanktionierte Stiftungen,

z. B. Testament der Epikteta, *Thera*, gegen 200 v. Chr., II 13, Recueil 2, XXIV A, § 4 (p. 80): Unveräußerlichkeit des der Tochter und Nachkommen zu Eigentum hinterlassenen μουσεῖον. Ähnlich anscheinend eine Stiftung von *Eresos* auf Lesbos, IG. XII 2, 529: Unveräußerlichkeit gestifteter Gegenstände[95].

oder Grabwidmungen,

z. B. die Widmung des Diomedon, *Cos*, 2. Jahrh. v. Chr., Recueil 2, XXIV B, § 5 (p. 96). Über die *römischen* Grabinschriften vgl. jetzt *Kübler*, SZ. 28, 195; *Bruns*, Fontes (7), p. 377–380. – Die Grabinschrift des Königs Antiochos I., *Kommagene*, *Dittenb.* Orient. Graec. I. Sel. 1, p. 603 n. 383 mit dem Verbot l. 195 μήτε ἐξιδιάσασθαι μήτε ἐξαλλοτριῶσαι μήτε διανέξαι κτλ. gehört als „Νόμος" zu den Gesetzen im engeren Sinn. –,

sondern kehrt überall wieder, wo Rechte übertragen und auch, wo, wie in unserem Fall, Rechte zurückbehalten werden. Das letztere, die rein negative Beschränkung, sei eigens hervorgehoben, da dabei größere Schwierigkeiten vermutet werden könnten.

a) Verbote gegen Erwerber.

Der Pächter darf bald weiter verpachten, bald nicht[96]; der Erbpächter ist in der Übertragung seines emphyteutischen Rechts mehr oder minder beschränkt:

Verbot zu verkaufen und zu verpfänden: *Gortyn*, Recueil 1, XIX, D, col. 2 (p. 402); Verbot zu verpfänden: *Herakleia*, [51] ebda. 1, XII,

[94] Vgl. z. B. die Schenkung des Königs Kassander, Recueil 2, XXV A § 11. 11 (p. 116); aus den Papyri etwa die bei *Kohler*, SZ. 28, 194 N. 4 angeführten Stellen der Testamente, und namentlich die Übereignungsformel der Kauf- und παραχώρησις-Verträge.

[95] Dies die Auslegung von *Partsch*, Bürgschaftsrecht 1, 173 N. 1.

[96] Material bei *Wenger*, Bodenpacht 1, 94. Verbot in Teb. 105 l. 38.

§ 14, l. 149 ff. (p. 208), vgl. §§ 3, 15; *Mylasa*, *Le Bas et Waddington*, Voyage III, 2, 404. Nicht zu veräußern, während der Zins geschuldet wird: *Mylasa*, Recueil 1, XIII, quater C, l. 7 (p. 248)[97]. Aus dem Anfang des 3. Jahrh. n. Chr. stammt das proconsularische Edikt über die Emphyteuse in *Thisbae*, Sylloge³ II n. 533, l. 47: verboten ist Verpfändung und testamentarische Vergabung an Nichtbürger bei Nichtigkeit und Rückfall des Grundstücks an die Stadt.

Oft legen die Erblasser auf die vergabten Rechte Verbote der Veräußerung. So Theophrast betreffs der der Schule „ὡς ἱερὸν" gewidmeten Grundstücke, Diog. Laert. 5, 53; Plato, ebd. 3, 41 betreffs einer Liegenschaft; Aristoteles, ebd. 5, 15, für seine hinterlassenen Sklaven bis zur Freilassung. So in den Testamenten der Papyri Oxy. 3, 491 a. 126 n. Chr. l. 7: Verbot an die Erben zu veräußern, bis sie 12 Jahre alt sind, und Oxy. 489 a. 117 l. 10: Verbot an die Kinder, das an sie gelangende Vermögen an andere als ihre Nachkommen zu hinterlassen. Vgl. auch Petrie III, 19 (c) a. 224 v. Chr., l. 33.

Die Ergänzung in der Ausgabe zu l. 32/3 ist unhaltbar. Nach dem Sinn wäre ungefähr zu erwarten: ἐάν τι παίδων Ἀρτε[μιδώρᾳ, χωρὶς τοῦ ἡμ]ίσους τοῦ [ἀμπε]λῶνος οὗ καταλίπω Ἀριστοκράτη τὰ λοιπ[ὰ πάντα τῶν χρημάτ]ων Ἀρισ[τοκράτει καὶ Πτολεμαίῳ κατ]αλεί[πω]. Daran schließt sich: καὶ [μ]ὴ ἐξέστω Ἀρ[– – ἀπε]νέγκασθα[ί τι τῶν ὑπαρχό]ντων μου μηδ' ἐξάλλο[τριῶσαι – – ἄ]νευθεν ἐστω. Hist etwa Ἀρ[τεμιδώρᾳ dagestanden, so wäre dies ein ptolemäisches Beispiel des Veräußerungsverbots gegen den Fiduziar.

Ein vollständiges Familienfideikommiß mit Hilfe des Veräußerungsverbots bietet das dem Scaevola D. 31. 88. 15 vorgelegte [52] griechische Testament[98]. Verwandt damit ist die in einem Kaufvertrag aufgenommene Schenkungsauflage Lond. 3, 1164 (f), p. 160 (a. 212), l. 26 ff.: die Mutter kauft ein halbes Haus für die Kinder[99], welche sofort Eigentümer werden. Keinem der Käufer soll erlaubt sein, den ihm zustehenden

[97] Vgl. überhaupt *Pappulias*, Ἐμπράγματος ἀσφάλεια 72. – Gehört das von *Homolle*, BCH. 14, 132 N. 1 mitgeteilte Fragment des delischen Pachtstatuts nicht vielleicht in diesen Zusammenhang?

[98] Vgl. dazu und zu den sonstigen letztwilligen Verboten einschließlich BGU. 326, I, 9 (sonstige Lit. bes. bei *Arangio-Ruiz*, Successione testam. 229 ff.) *Kübler*, SZ. 28, 194; über die Widmung *Perozzi*, Labeo III 1, 60 N. 5; *Mitteis*, RPR. 1, 254 N. 72, 73, 75 (wo zu den Quellen für vermögensmäßiges Freilassungsverbot C.J. 4, 57. 5 beizufügen ist).

[99] Genauer sagt der Pap., die Mutter kaufe namens dreier Kinder zu drei Viertel, und das vierte Viertel kaufe die verheiratete Tochter. Aber die Mutter hat den ganzen Kaufpreis bezahlt (arg. l. 18. 26).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Bruchteil auswärts (ξένῳ) zu verkaufen, sondern nur den Genossen (κοινωνοῖς) gegen den Ankaufspreis. Den Priestern, welche in Oxy. 242 a. 77 Land zum Kultus des Sarapis in Kaufform erwerben, wird vorgeschrieben, daß sie es weder fruchtbringend nutzen noch verkaufen dürfen (l. 19ff.). Erwähnt sei noch des romanistischen Interesses halber ein mit Psephisma bestätigtes Vindikationslegat aus Teira in Lydien, wo der Erblasser zwecks jährlicher Feier des kaiserlichen Geburtstags der Gemeinde den Ususfrukt an einem Feld hinterläßt (δ[ίδωμι κατα]λείπω – τ[ῇ τῶν Τει]ρηνῶν κατοικίᾳ χρ[ῆσθαι νο]μῷ καὶ καρπ[ο]ῖς), welches unveräußerlich bleiben soll (μένοντος αὐτοῦ [ἀνε]ξαλλοτριώτου[100].

[53] b. An Verboten gegen einen Rechtsinhaber als solchen haben wir außer unseren Verboten in Sicherungsverträgen zwei Beispiele. Erstens in den Eheverträgen: die ägyptischen Ehegatten pflegen in Gütergemeinschaft zu leben, und der Mann verpflichtet sich, von dem ihm gehörigen Gut nichts ohne Zustimmung der Frau zu veräußern. So am klarsten in Teb. 104, 92 v. Chr., wo die Frau nur eine Mitgift in Geld mitbringt, l. 22: τῶν ὑπαρχόντων μηθὲν ἐξαλλοτ[ρ]ιοῦν ἐπ' ἀδοίαι τῇ Ἀπολλωνίαι, und sicherlich ebenso in Gen. 21 = AP. 3, 387 (2. Jahrh. v. Chr.) l. 6: μὴ ἐξέστω – – μηδὲ τῶν ὑπαρχόντων μηθὲν [ἀ]λλοτριοῦν ἄνευ τοῦ ἐπιγραφῆναι τὴν Ἀρσινόην βεβαιώτριαν, ferner Oxy. 496 a. 127 n. Chr., l. 7:] πωλεῖν οὐδὲ ὑποτίθεσθαι οὐδὲ ἄλλως καταχρηματίζειν χωρὶς εὐδοκούσης τῆς γεγαμημένης, wonach auch Oxy. 497 (nach 100 n. Chr.) l. 2 ergänzt wird[101]. Zweitens erklären die zur Erbpacht gebenden Aixoneer, 346/5 v. Chr., es stehe ihnen, den Erbverpächtern, nicht frei, zu *verkaufen* noch einem andern zu verpachten, bis die 40 Jahre um sind.

CIA. 2, 2, 1055; Recueil 1, XIII bis, § 2; *Ditt.* Syll.[3] 535, l. 9ff.

2. Nun ist ja klar, daß die Verletzung solcher Abreden oder auf das übertragene Recht gelegten Beschränkungen nicht überall die gleichen Folgen erzeugte. Abgesehen von den Besonderheiten der Sanktion, je nachdem ob Volksbeschlüsse, Dekrete, Sakralrecht, oder reine Privat-

[100] Mitt. des d. arch. Inst. in Athen 3, 57. Der Editor *Keramop.* erklärt, den (bedenklichen) Anfang und die linke Hälfte nach einer älteren Abschrift des inzwischen verstümmelten Marmors hergestellt zu haben. Keinenfalls ist aber die Interpunktion richtig. Mit ὑπογέγραπται muß die Überschrift schließen. Dann beginnt der Auszug aus dem Testament: "Ὃς ἂν μου κληρονόμ[ος γένη/ται] – so nach BGU. 326, I, 13/4, statt des unmöglichen κληρονομ[ήσ/ται]– δίδωμι κατα[λείπω κτλ. Vielleicht infolge der mangelhaften Auffassung des Herausgebers ist das Stück bisher den Romanisten entgangen.

[101] Ebenso Oxy. 265, 14–16 mit Erg. *Wilcken*, AP. 1, 489. Oxy. 603 [Vgl. auch *Eger*, 51.] Undeutlich die Verbote Oxy. 496 l. 6 und 265 l. 23.

akte gegeben waren, werden z. B. bei einem Verfügungsverbot gegen den Ehemann betreffs des ganzen Vermögens nicht wirklich alle Zuwiderhandlungen dinglich wirkungslos gewesen sein. Die ἐπάρχοντα, an die man dachte, waren wohl, allenfalls neben Sklaven, die Grundstücke. Auf solche allein war es ja auch berechnet, wenn man ein „ἐπαλλαγμα am gesamten gegenwärtigen und künftigen Vermögen" des Ehemanns zugunsten der [54] Mitgiftforderung der Frau ins διάστρωμα eintrug (BGU. 1072, I). In einer Reihe von Fällen ist indessen die Nichtigkeit der verbotenen Verfügung ausdrücklich bestimmt, so im Erbpachtvertrage von Gortyn und im oben zweitgenannten von Mylasa[102], in der Inschrift von Eresos und in D. 31. 88. 15: ἐὰν δέ τις παρὰ ταῦτα ποιῇ, ἔστω τὸ χρηματιζόμενον ἄχρηστον καὶ ἄκυρον. Nach dem Testament der Epikteta soll jeder aus dem κοινόν der Verwandten berechtigt sein, die Veräußerung zu hindern (κωλύειν). Auch in unseren pfandrechtlichen Verträgen heißt es wiederholt: ἢ τὰ παρὰ ταῦτα ἄκυρα εἶναι, Flor. 1, l. 9; Straßb. 52, l. 10; Lond. 3, p. 136, l. 10. Es ist schwer glaublich, daß diese Absicht der Parteien regelmäßig nicht erreicht wurde. Andernfalls fände man mindestens immer eine Konventionalstrafe, die aber häufig ganz fehlt und noch häufiger keinen speziellen Bezug auf das Verbot zeigt, und die Verbote hätten kaum eine so weit ausgebreitete Verwendung gewonnen. Die gegenteilige Vermutung könnten uns nur die aus den römischen Quellen auf uns eingedrungenen Vorstellungen eingeben. Allein, es ist sogar die Frage, ob nicht auch Rom von einer viel größeren Vertragsfreiheit wußte, als die moderne in diesem Punkt unerbittlich absprechende Pandektenwissenschaft.

3. Vom testamentarischen Verbot hat bereits *Mitteis*[103] bemerkt, daß erst das Reskript von Severus und Antoninus D. 30. 114. 14 die Wirkungslosigkeit außer Zweifel gesetzt haben dürfte. Bedenklich ist aber auch der Satz, daß das vertragsmäßige Veräußerungsverbot in Rom der Dinglichkeit schlechthin entbehrte. Man pflegt ihn auf D. 2. 14. 61 zu stützen: *Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat aut ne sibi in* [55] *suo sepelire mortuum liceat aut ne vicino invito praedium alienet.* Die Inskription Pomp. 9 ad Sabinum lehrt, daß daselbst *de emptione venditione* gehandelt war. *Lenel*, Pal. Pomp. 531, N. 3 verweist

[102] Im Fall von Herakleia tritt Strafbarkeit gemäß der Gesetze ein (ἔνοχος ἔσεσθαι κατὰ τὰς ῥήτρας); das ist wohl ein Plus. Die Nichtigkeit der Veräußerung kommt sogar in lateinischen Grabinschriften vor, *Mitteis*, a. a. O. 255 N. 78.

[103] RPR. 1, 254.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

dazu bereits auf CJ. 4. 54. 9. Nach Justinians Bericht war es nun bei den klassischen Juristen streitig, ob der *Verkäufer* eines Grundstücks dem Käufer auflegen dürfe, ein Grab zu errichten oder anderswie den verkauften Ort dem *ius humanum* zu entziehen.

Das ist genau der Fall des Pomponius, nur daß dieser noch beifügt: *aut ne vicino invito praedium alienet*, und daß Justinian dem Kauf andere Veräußerungen gleichstellt. Letzterer entscheidet die alte Kontroverse im Sinn der – offenbar dinglichen (vgl. § 1) – Gültigkeit des Pactums: *forsitan enim multum eius intererat, ne si vicinus non solum quem nollet aggregetur sed et pro quo specialiter interdictum est.* Danach handelt es sich um einen besonderen Fall, das Verbot durch den Nachbar bleibenden Verkäufer, und die Vertreter der Nichtigkeit haben vielleicht behauptet, trotz der Nachbarschaft sei der Verkäufer am Verbot nicht genügend interessiert, um darauf eine Beschränkung der persönlichen Freiheit des Käufers zu gründen[104]. Mögen sie aber welchen Gesichtspunkt immer geltend gemacht haben, wir kennen keine andere Erwägung, und wir müssen überdies annehmen, daß die Frage streitig war. Ja, hält man sich nur an Pomponius und an das bei Justinian angegebene Motiv des Streits, ob das *pactum* „gelte", so kommt man auf die Ungültigkeit auch des obligatorischen Geschäfts (mangels Interesses des Gläubigers), was zweifellos die Verallgemeinerung auf alle Verbote nicht verträgt. Aus dieser l. 61 zu folgern, das vertragsmäßige Veräußerungsverbot – und gar jedes! – sei dinglich unwirksam gewesen, geht nicht an[105].

[56] Auf der andern Seite wissen wir, daß nach Sabinus, vgl. Ulp. ad Sab. D. 17. 2. 16. 1, ein auf Teilung für bestimmte Frist verzichtender Miteigentümer nicht verkaufen „kann" (potest)[106], damit er nicht den Erfolg der Abrede vereitle. Vielleicht ist dieses „Nichtkönnen" nur ein schuldrechtliches Unterlassensollen, vielleicht aber, und so dürfte es Ulpian verstanden haben, wollte Sabinus wirklich sagen, der Nachfolger des Miteigentümers gelte als nicht zur *actio communi dividundo* (Paul. D. 10. 3. 14. 3) oder *pro socio* legitimiert; hiernach müßte ein ausdrückliches Veräußerungsverbot um so mehr dinglich gewirkt haben[107]. Ulpian verbessert dies nun allerdings. Der Verkauf sei nicht gehindert, sondern der Klage des Käufers auf Teilung stehe die *exceptio pacti* im gleichen Umfang entgegen wie dem Verkäufer. Beachten wir indessen gerade diese Erstreckung des Pactums auf den Erwerber, welche dem Satze entspricht: *rei cohaerentem exceptionem etiam emptori nocere* (D. 44. 4. 4. 27), so sehen wir doch, wie man je nach Lage des Falles mit den Hilfen des prätorischen Rechts auch einem Veräußerungsverbot *inter alios* Wirksamkeit gegen den Erwerber verschaffen mochte. – Weiter abzuschweifen, ist nicht erlaubt.

4. Es ist überflüssig, auseinanderzusetzen, mit wieviel Fehlerquellen wir soeben gearbeitet haben, wenn wir hellenische und gräkoägyptische Urkunden einfach nebeneinanderstellten. Mathematisch genaue Beweise in solchen Fragen darf man aber nicht erwarten. Wieweit die rein national-ägyptische Auffassung hier überhaupt von Einfluß war und wie sie sich zu der Dinglichkeit vertragsmäßiger Verbote stellte, ist ganz unkontrollierbar. Im ganzen pflegen die Papyri sowohl demotischer als griechischer [57] Schrift die Grenzen zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten und Rechtsfolgen zu verwischen. Dies entspricht dem Wesen des primitiveren Rechts. Aber wer wird aus solchen allgemeinen Wahrheiten Schlüsse auf einzelne Rechtsfragen ziehen wollen? Vielleicht nähme man am richtigsten an, daß in Ägypten die Parteien auf dingliche Rechtsfolgen der Verbote hinstrebten und daß die beabsichtigten Folgen nicht immer allseits klar anerkannt waren, in vorgeschrittener, vollends in römischer Zeit wohl klarer als ehedem. – Jedenfalls schließt übrigens selbst die sachenrechtliche Nichtigkeit verbotener Veräußerungen des Verpfänders nicht aus, daß die in Pfandverträgen stipulierten Konventionalstrafen gegen Vertragsverletzung sich auch auf die verbotenen Verfügungen bezogen.

Nebenbei ließe sich noch fragen: hat man vielleicht die Beschränkungen des Verpfänders gelegentlich, so wie es in der Lombardei geschehen zu sein scheint[108], auch durch Übergabe der Erwerbsdokumente gesichert? Laut BGU. 301 a. 157 übergibt der Hypallagma-Besteller diese Urkunden (συνγράμματα) zur Sicherheit des Kapitals und der Zinsen, doch wird dies damit motiviert, daß in der Pfandhomologie der Erwerbstitel nicht genügend dargestellt ist, und der Gläubiger sich der Urkunden bei der Vollstreckung[109] bedienen solle.

[104] Diesen Punkt bemerkte bereits *Dernburg*, Pfdr. 2, 39. 25.

[105] D. 18. 1. 75 und D. 19. 1. 21. 5 beschäftigen sich nur mit den obligatorischen Wirkungen, aber auch nur mit dem *pactum de retrovendendo* und ähnlichem.

[106] Vgl. *Perozzi*, Labeo 1, 483; *Lenel*, Sabinussystem 69; *Schulz*, Sab. Fragm. 69. Auch hierauf hat bereits *Mitteis*, RPR. 1, 254 hingewiesen.

[107] Für diese Auslegung glaube ich mich auf *Mitteis*, a. a. O. berufen zu dürfen.

[108] *Fiehn*, 4 n. 95 und dazu *Schulze*, Langob. Treuhand 91 f.

[109] Beim Verkaufe, meinte seinerzeit *Grafenwitz*, Einf. 118 f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

V. Die Dispositionsbeschränkungen und das ägyptische Grundbesitzrecht

[58] Auch eine Erklärung unserer Papyri wird sondern müssen und zwar ebensowohl die Zeiten als die Gattungen der Urkunden. Die Zeitperioden insofern, als die Funktion einer stereotypen Formularklausel in einer gegebenen historischen Epoche nicht mit ihrer ursprünglichen Rolle übereinzustimmen braucht. Auf die isolierte Auslegung des Klauselwortlauts angewiesen, wie es oft und im wesentlichen leider auch hier der Fall ist, beurteilen wir eigentlich gerade dessen ursprüngliche Bedeutung mit größerer Sicherheit. Doch muß man natürlich von der Zeit der Abfassung der konkreten uns erhaltenen Dokumente ausgehen.

Das wichtigste Moment bei der Wirksamkeit unserer Klausel im römischen Ägypten ist sichtlich deren Verhältnis zum Grundbuchmechanismus. Nicht bloß die behördliche gegen künftige Veräußerung irgendwie schützende Verfügung des Lond. 3, p. 111 erzeugt eine Eintragung in die βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων. Das Gleiche beantragt ausschließlich auf Grund des vertragsmäßigen Verbots die Gläubigerin in Teb. 318. Sie fügt höchst bezeichnend hinzu: [φοβου]μένη μὴ λάθω [κατὰ] τὸ εἰς με δίκαι[ον] [59] οἰκονομεῖ[ας]: ihr Recht ist bisher ein heimliches, es soll durch die Eintragung an Kraft gewinnen. Übrigens wird in dem Pfandvertrag Oxy. 506, mit Veräußerungsverbot, dem Gläubiger gestattet, ὑπὲρτιμον αἱρῆται κατοχὴν [–]χίου[σθ]αι πρὸ τοῦ τῶν ἐγκτήσεων βιβλιοφυλακίου (l. 49/50), so daß das einzutragende Recht das Verbot mit umschließt. Das gleiche gilt von dem durch Veräußerungsverbot geschützten Recht der Ehefrauen aus den Ehepakten; ein Recht, dessen Natur freilich noch ziemlich ungeklärt ist[113].

Welcher Art ist nun das „δίκαιον οἰκονομείας" des Teb. 318? Der Ausdruck ist vieldeutig, da οἰκονομία ebenso Vertragsurkunde als Verfügung oder ähnliches bedeuten kann. Doch leitet der verstümmelte Passus l. 20f.: ἐπιδίδωμι εἰς τὸ τή[ν παράθεσιν γεν]έσθαι δ[. . . .] τῆς τ[ά]ξεως κ[ατο]χίμων τ[ῆ darauf hin, daß man auch hier die Verbuchung einer κατοχή bezweckt. Κατοχή besagt unter andern Bedeutungen, wie namentlich Besitz – man darf an die verschiedenen Bedeutungen der deutschen Gewere denken –, bedingtes oder künftiges Recht, Anwartschafts-, Verfangenschaftsrecht[114], Recht aus Haftung, und κατόχιμα sind

[113] [Über den Stand unserer Kenntnis s. *Eger* 50–52.]

[114] Vgl. *Mitteis*, AP. 1, 189; *Gradenwitz*, ebd. 333; *Rabel*, Elterliche Teilung, 537 [hier S. 153f.]; derselbe, SZ. 28, 367 [hier S. 94]; *Mitteis*, RPR. 374 N. 69; *Lewald*, Beiträge zur Kenntnis des römisch-ägypt. Grundbuchrechts, 1909, 58. – κατέχεσθαι (Pass.) wird ganz

Grundstücke an denen eine Haftung besteht[115]. Es ist bekannt, daß in [60] der Kaiserzeit eine solche Haftung von Grundstücken in die Bibliothek eingetragen zu werden pflegt. Von öffentlichrechtlichen abgesehen[116], haben wir zweifellose Beispiele für die Verbuchung privatrechtlicher κατοχαί. So die soeben erwähnte Eintragung der pfandrechtlichen κατοχή in die βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων nach Oxy. 506. So das Ersuchen eines Sohnes um παράθεσις seiner κατοχή aus dem Ehegütervertrag seiner Eltern, Oxy. IV, 713 a. 97, und das berühmte in der Bibliothek eingetragene δίκαιον κατοχῆς der Dionysia Oxy. 237, col. IV, 20, 33, VI, 22–24[117], wobei das erstere sicher, das zweite wahrscheinlich unter die allgemeine Vorschrift des Mettius Rufus fällt, die Anwartschaftsrechte der Kinder (und der ägyptischen Ehefrauen) seien in die ἐγκτήσεων βιβλιοθήκη „beizusetzen", Oxy. 2, 237, VIII, 34, was der Präfekt Sulpicius Similis alles als κατέχειν τὰ ὑπάρχοντα τῶν ἀνδρῶν zusammenfaßt (l. 22). So endlich die Anmerkung der exekutiven Pfändung im Grundbuch; das Ersuchsschreiben der Vollstreckungsbeamten an die βιβλιοφύλακας ἐγκτήσεων lautet[118] in Oxy. 712, l. 3: κατάσχετε οὖν πρὸς ἐνεχυρασίαν . . . . τὴν οὐσίαν (l. 20) und wird daselbst l. 17 auch bewilligt („παρεδόθη").

Das aus dem Veräußerungsverbot fließende und in der Bibliothek zu verbuchende Recht des Gläubigers ist also eine κατοχή und teilt, wie sofort betont sei, diesen Namen mit dem [61] Recht aus der suspensiv bedingten Übereignung zur Sicherung (Oxy. 506) und wohl auch aus

im Sinne unseres Haftens gebraucht; vgl. z. B. Lond. 3, p. 111 col. 1 l. 22: „wenn ich den Zuschlag nicht erlange, so werde ich nicht haften aus diesem Gebot"; epistula bei Sosev. D. 20. l. 34. 1: ἡ ταξάρχα καὶ οἱ βουλοὶ μου τῷδε κατέχονται ἢ ουί (dazu *Kübler*, SZ. 29, 215). Κατέχειν = haftbarmachen im Schol. zu Homer Odyss. VIII 351, worauf *Partsch*, Bürgschaftsr. 1, 182 N. 4 aufmerksam gemacht hat.

[115] Hesych. κατοχώχιμον, κατόχιμον, ἐνέχυρον. – Moiris p. 221 κατοκώχιμα· τὰ κατεσχημένα ἐνέχυρα, Ἀττικοί (vgl. Ind. 2, 28, ohne S. 16 [hier S. 177f.]). Nach Teb. 1, 53 a. 110 v. Chr. sollen die κλῆροι von Schafdieben einem κατασχεῖν unterzogen werden (l. 25) = κατεγγυᾶν τοὺς κλήρους (l. 28), sie „verhaften" (über κατεγγυᾶν vgl. *Partsch*, Bürgschaftsr. 1, 67. 90. 124). Namentlich gehören hierher schon in ptolemäischer Zeit die Grundstücke, welche wegen öffentlicher Lasten mit Beschlag belegt sind, s. *Grenfell-Hunt*, Teb. 124, zu l. 25 und S. 555f.; *Eger* 50 N. 4. Vgl. noch Teb. 1, 27 l. 67 und die Listen κατοχίμων κλήρων Teb. 61 (b), 253ff.; 70, 65ff.; 72, 226ff. Wegen der Haftung des Verpächters betreffs solcher Lasten s. Teb. 105, 48.

[116] *Mitteis*, RPR. 1, 374. [*Eger*, 71ff., wo auch das hier wichtigste Stück, BGU. 619, erklärt ist.]

[117] Mit den Lesungen von *Gradenwitz*, AP. 1, 334f.

[118] Vgl. zu dem Pap. *Lewald*, Beiträge 67–70.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

der exekutiven Pfändung (Oxy. 712). In dieser Hinsicht ist auch an CPR. 1, 228 a. 205 zu erinnern, eine Quittung aus Herakleopolis über eine Teilzahlung von einer Schuld, welche besteht ἐπὶ κατοχῇ παντὸς τοῦ πόρου σου (des Schuldners) ἀκολούθως τῇ ἀσφαλείᾳ. Dabei ist κατοχή entweder eine Generalhypothek[114] oder die Haftung aus der Exekutivklausel; in der ἀσφάλεια wird etwas Ähnliches gestanden haben, wie in Grenf. 2, 72 ca. 300 n. Chr., l. 9: εἰ δὲ μὴ ἀποδῶ, ἔξέστω σοι χρήσασθαι κατὰ παντὸς μου ὑπαρχόντος[115]. In der allgemeinen Versicherung des Verkäufers, daß keine κατοχή an dem Grundstück besteht (z. B. Oxy. 483, 26; Lond. 3, 903 p. 117, l. 21) sind Pfandrechte neben sonstigen Belastungen inbegriffen.

Auch sonst kümmert sich die Bibliothek um die Lasten. Es entspricht wohl dem Sinne der bekannten Erlasse der Präfekten Mettius Rufus und Similis, wenn einige Male die auf Grund allgemeiner Aufforderung erstatteten Einbekenntnisse der Grundstückseigner belastende Rechte angeben oder versichern, daß solche fehlen[116]. Das gleiche geschieht bei Verkauf oder Pfandbestellung im Ansuchen um das ἐπίστυλμα der Bibliothek, d. h. um den Auftrag an das γραφεῖον oder ἀγορανομεῖον usw. zur Mitwirkung bei der Urkundenvollziehung.

Veräußerung von Eigentum: BGU. 184, l. 25 a. 72. Lond. 3, [62] p. 116, 20 frühes 2. Jahrhundert. Lond. 2, p. 151, 12 a. 129. Pfandbestellung: Oxy. 3, 483, 26 a. 108; 588 a. 108[117].

Dürfen wir nach einem, leider ganz einzigen Beispiel schließen (BGU. 379 a. 67), so erledigt die Bibliothek solche Ansuchen mit dem ausdrücklichen Vermerk, das zu verkaufende Grundstück sei ἐπ' οὐδενὸς κρατούμενον, d. h. niemand habe ein Recht daran. Danach ist es verständlich, daß in den darauffolgenden ἀπογραφαί der Eigentums- oder Pfandrechtserwerber lediglich die Vollziehung des Geschäfts betont und eidlich versichert, dagegen gewöhnlich nicht noch einmal die bisherige Lastenfreiheit hervorhebt. Immerhin hat der zweite Band der Tebtynis-Papyri Beispiele für das Gegenteil gebracht: n. 472 a. 120 und 323, 15 a. 127.

[114] Für Pfand erklärt sich in der Tat *Mitteis*, AP. 1, 189 N. 1. Nahe liegt es, Flor. 67, II l. 48 heranzuziehen, wo *Wilcken*, (AP. 4, 451) gelesen hat: κατοχ[ῆσθαι –] τὸν πόρον. Aber damit kann Beschlagnahme gemeint sein, vgl. die Erwähnung des κατολογεῖον l. 46.

[115] *Mitteis*, Hermes 30, 607 und SZ. 28, 384 sieht aber darin ein Nutzpfand. Vgl. oben S. 40 N. 1 [hier S. 195 Anm. 73].

[116] S. *Lewald*, Beiträge 9 u. zu BGU. 112 u. 136 *Wilcken*, Ostraka 462.

[117] Zum Antrag vgl. Flor. 1, 11; Straßb. 52, 12, zur Eintragung des Pfandrechts BGU. 4, 1038 l. 24 (*Lewald*, 36 N. 2), Oxy. 2, 274; Lips. 8 und 9; BGU. 1072 col. I 5–9; Teb. 2, 389, 18; *Lewald*, 23. 41 N. 2. Über Löschung des Pfandrechts BGU III 907; Lond. 2 p. 215, 14 (*Lewald*, 46 u. Zit.); Lond. 3 p. 145 (b) l. 51/2; Oxy. III, 509, l. 15. [Zu alledem vgl. jetzt natürlich das Buch *Eger*.]

Endlich gehören hierher die Vorbehalte zugunsten früherer Rechte. Die Bibliothek selber wahrt bei der Bewilligung von Eintragungen die πρωτοπραξία des Fiskus und anderer Berechtigter (Straßb. 34, 25; Lips. 9, 33) oder ἀδιαφόρως, d. h. „mangels Prüfung" des Buchstands alle öffentlichen und privaten Ansprüche (Oxy. 715, 36)[118]. In BGU. 919 behält der deklarierende Erbe die Protopraxie des Fiskus vor. Und in den eigenartigen Anzeigen von Käufern, welche mangels gehöriger Legitimation ihres Auktors noch nicht apographieren, d. h. vermutlich Umschreibung verlangen können (Class. Phil. I, 2, frühes 2. Jh.; BGU. 243 a. 186, Gen. 44 a. 260 und in einem Hamburger Pap. vom J. 210), sowie in dem Ansuchen wegen vertragsmäßigen Veräußerungsverbots Teb. 318 bittet der Einschreiter selber um παράθεσις seines Rechts nur mit der Einschränkung: falls Vorrechte bestehen und eingetragen [63] sind, solle ihnen aus dieser παράθεσις kein Hindernis entstehen. Der Tatbestand, der zu jenen Käufergesuchen führte, ist kürzlich scharfsinnig erklärt worden[121]; er ist jedenfalls besonders genug geartet, um Schlüsse auf den normalen Gang der Verbuchung aufs äußerste zu erschweren.

Überhaupt ist denn unsere Hauptfrage sehr schwierig. Wie ist die ganze Sorge der Bibliothek um die Vorrechte zu verstehen? Und unterscheiden sich Pfandrecht und Veräußerungsverbot in ihrer Wirkung auf spätere Eintragungen? Auf alle bisherigen Bearbeiter (und seit jeher auch auf mich selber) hat der Hergang den Eindruck gemacht,

[118] Darüber vgl. *Eger*, 154f.

[121] *Lewald*, Beiträge S. 52f. Nach dem gegenwärtigen Quellenstand hat es viel für sich, die παράθεσις = παραθεῖναι τῷ ὀνόματι, τῆς ὑποστάσεως, zu fassen, als Anmerkung auf einem Folium im Gegensatz zur Umschreibung auf ein anderes Folium. So *Eger*, 131ff. Wo bisher das Wort παράθεσις in der Bedeutung „Eintragung" benutzt ist, handelt es sich in der Tat nirgends um ein zu verbuchendes aktuelles Eigentum, vielmehr Oxy. 713 um κατοχή des Schutes, BGU. 73 (*Lewald*, 71) um Hypothek, BGU. 1073 Steuerfreiheit, Oxy. 472 (meine Ausf. SZ. 28, 360 [hier S. 88f.]), a. M. *Eger* 110 N. 2) Fiduziareigentum usw. Wie ist aber die τάξις κατοχίμων[in Teb. 318 zu verstehen? Doch eine separate Liste von κατόχιμα, oder ist τάξις etwa Bureau? Auch sonst ergeben sich zahlreiche Zweifel. Aber die trefflichen Auseinandersetzungen *Lewalds* und *Egers* in Ansehung jener fünf Papyri noch um einige mehr oder minder hypothetische Erörterungen zu vermehren, hat wohl keine Berechtigung, weshalb ich meinem Dissens betreffs einiger Punkte unterdrücke. Für die liebenswürdige Gestattung der Einsicht in das unpublizierte Hamburger Stück habe auch ich Herrn Kollegen *P. M. Meyer* herzlichen Dank zu sagen.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

172

daß der Eintrag eines Pfandrechts die Einverleibung einer Veräußerung oder neue Verpfändung verhindere[122]. Auch dafür gäbe es eine gewisse Parallele aus [64] dem deutschen Mittelalter. „Wo Gerichtsbücher geführt wurden, ließ man dieselben lesen, um festzustellen, ob das Grundstück, welches veräußert werden sollte, verpfändet sei; nicht um den Erwerber von den vorhandenen Pfandrechten in Kenntnis zu setzen, sondern um eine unstatthafte Veräußerung zu verhindern und um dem Pfandgläubiger Gelegenheit zur Einsprache zu geben"[123]. Danach enthielte das Pfandrecht von selber ein Veräußerungsverbot, die Klauseln der Verträge brächten nur Selbstverständliches; und natürlich würde ein bloßes Veräußerungsverbot ohne Pfandrecht die gleiche Wirkung einer Sperre des Grundbuchs erzeugen. Diese Erklärung scheint um so plausibler, als es gar nicht unmöglich ist, eine derartige Grundbuchwirkung sowohl in der dinglichen Kraft der Veräußerungsverbote (oben IV) als im Wesen des Pfandrechts (unten VIII) zu fundieren.

Einstweilen müssen wir uns freilich mit einiger Skepsis waffnen; weder das formelle noch das materielle Grundbuchrecht liegen uns noch klar[124]. Was man für jene radikale Grundbuchsperre in erster Linie geltend machen kann, ist die einmal, BGU. 379, bezeugte Mitteilung der Bibliothek im ἐνύστραλμα an die sogen. Notariatsbehörde, das Gut sei unbelastet. Durfte die Urkundenvollziehung in jedem Fall erfolgen, ob ein Pfandrecht besteht oder nicht, so scheint es das γραφεῖον nichts anzugehen, ob eines vorhanden ist. Ganz undenkbar wäre es aber nicht, daß das γραφεῖον die Notiz für die Urkundenausfertigung im Interesse des Erwerbers verwenden sollte oder vielleicht sogar – worüber vorläufig nichts bekannt ist – an den Beamten des Katasters weiterzugeben hatte. Unser Material verträgt sich noch mit der Annahme, daß das Amt nur der Ordnung wegen, die ja gar nicht so leicht aufrechtzuerhalten war, und um dem neuen Erwerber zugunsten des Drittberechtigten den guten Glauben zu benehmen, [65] auf die Konstatierung der Drittrechte Wert legte. Demselben Bestreben könnten die Vorbehalte

[122] Dies ist bereits erwogen von *Wilcken*, Ostraka 1, 463, dann vermutet von *Mitteis*, AP. 1, 195. Dafür auch *Friedrich Bernhöft*, Ztschr. f. vgl. Rechtswiss. 21, 191. Zweifelnd *Lewald*, Beiträge 29. BGU. 1, 50 läßt sich, wie *Lewald* selbst bemerkt, in der Tat nicht als Argument verwenden; der Verkäufer hatte sicherlich eine Verpflichtung gleich der aus BGB § 435 übernommen. [Dezidiert jetzt *Eger*, 46. 85f.]

[123] *Meibom*, Pfandrecht 429.

[124] Dies erweisen die Arbeiten von *Lewald* und *Eger*.

der Drittrechte dienen, als eine unbeholfene Art, den Rang der Rechte buchmäßig festzuhalten, wobei es freilich im Gegenteil denkbar ist, daß sie zum Schutz der Vorrechte *erforderlich* waren, infolge irgendeiner Wirkung des gutgläubigen Tabularbesitzes. Und sogar die verbuchten ὅροι aus Veräußerungsverbot Teb. 318 und behördlicher Anordnung Lond. 3, p. 111 lassen, so wahrscheinlich es ist, daß sie das Grundbuch sperrten, ja spätere Eintragungen relativ nichtig machten, die Möglichkeit offen, daß der Erwerber dadurch nur schlechtgläubig wurde (*Mitteis*, SZ. 28, 381).

Alles in allem genommen, bleibt es inmitten der Zweifel doch eine gute Vermutung, zwar nicht, daß eine gewöhnliche privatrechtliche κατοχή die παράθεσις eines späteren Rechts verhinderte, denn BGU. 243 und die verwandten Urkunden sprechen m. E. *dagegen*[125], – wohl aber, daß nach einem Pfandrecht oder einem Veräußerungsverbot die *unbedingte* Eintragung eines ἐνεκτικόν, d. i. mindestens Veräußerung und Pfandrecht, nicht erlaubt war. Unverkennbar ist die bücherliche Kombinierung von Pfand- und Eigentumseinträgen schwierig gewesen; das kann auf der Schwerfälligkeit des διάστρωμα, es kann aber auch auf der alten Struktur der Pfand- und Anwartschaftsrechte beruhen.

Unter allen Umständen erlangte ein Gläubiger, der sein Pfandrecht oder das Recht aus dem Veräußerungsverbot zum Eintrag brachte, bei ordnungsmäßiger Handhabung der Bibliothek die Sicherheit, daß spätere Einträge ihm keinen Schaden brachten, [66] dahingestellt was für ein Schaden möglich war, ob Beeinträchtigung durch gutgläubigen Rechtserwerb oder nur gutgläubigen Besitzerwerb des Dritten und Beweisverschlechterung. Die den Romanisten anläßlich D. 20. 5. 7 in so große Verlegenheit setzende Frage: Was nützt ein Veräußerungsverbot dem Pfandgläubiger? existiert für Ägypten nicht im gleichen Sinn.

Nun müssen wir aber den gesamten Bereich der Erklärungsmöglichkeiten zu überschauen trachten.

[125] Es wird dort auch für den Fall, daß προκατεγγεγραμμένα bestehen, unter Vorbehalt derselben παράθεσις verlangt. Leider nur beiläufig ist BGU. 907 zu erwähnen. Die Gläubigerin sucht um Löschung ihrer μεσιτεία gegenüber der Käuferin der Liegenschaft an (βούλομαι λῦσαι — βουλομένη ἀγωρασαστρία), da sie anderweitig befriedigt werden soll. Danach muß die Käuferin der Bibliothek bereits bekannt sein. Ob sie aber eingetragen war, und wenn ja, ob ohne Zustimmung der Gläubigerin, wissen wir nicht.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

AB

VI. Erklärung der Verfügungsbeschränkungen

Einleitung

[67] A. Zunächst fühlt sich jeder gewiß versucht, trotz aller Anzeichen einer abweichenden Ordnung die Absicht der Dispositionsverbote im Rahmen des gewohnten romanistischen Pfandrechtssystems zu suchen. Mit welchem Erfolg?

1. Mit dem römischen und heutigen System, wonach das Pfandrecht als dingliches Recht von späteren Ereignissen unberührt bleibt, verträgt es sich zunächst vollkommen, daß ein Verpfänder zusichert, die Sache *sei* lastenfrei. So BGU. 741, 36: παρέχεσθαι δὲ αὐτὸν τὴν ὑποθήκην καθαρὰν καὶ ἀνέπαφον καὶ ἀνεπιβάστατον ἄλλου δανείου καὶ πάσης ἀφειλῆς καὶ μηδένα αὐτῆς ἐπιούμενον τρόπον μηδενί. Die Haftung aus dieser Verpflichtungserklärung könnte sich einfach auf die bis zur Verpfändung begründeten Lasten beziehen; das παρέχεσθαι steht diesmal sogar im Präsens, was bei dem feinen Stil der Papyri Beachtung verdient. In der Tat handelt es sich um einen Vertrag zwischen zwei Römern, L. Valerius Ammonianus, militärischem Proviantmeister als Geldgeber und einem Flottensoldaten Q. Gellius Valens. Es ist der Kontrakt, welchen wir vorlängst durch *Gradenwitz*[116] als „Darlehn mit römischen Anklängen" kennenlernten. Ebensowenig verwunderlich ist eine Gewähr wegen öffentlicher Lasten, [68] die ein Privileg genießen, bis zum Verfallstermin. Diese Haftung hat mit den charakteristischen Verfügungsbeschränkungen nichts zu tun, wie sich am besten aus dem Basler Papyrus ergibt, wo l. 20f. eine zu BGU. 741 parallele παρέχεσθαι-Klausel: l. 21 ἀνεγκλήτωνον καὶ ἀνεπιβάστατον καὶ καθαρὰν ἀπὸ ἐπιγραφῶν[ganz getrennt von dem μὴ ἐξεῖναι πωλεῖν l. 15 auftritt.

2. Ferner hat überall der Pfandgläubiger ein Interesse daran, daß bewegliche Sachen nicht an unbekannte Orte verschleppt werden; vollends in alter Zeit. „Was hat der Pfandgläubiger von seinem Pfandrecht, wenn der Schuldner so zu handeln berechtigt ist, daß es nicht verwirklicht werden kann; wenn z. B. in einer Zeit ohne Eisenbahnen und Telegraphen ein Pfandschuldner in Süddeutschland einen verpfändeten Schmuck nach Bergen oder Nowgorod veräußern kann, ohne dem im gleichen Ort Süddeutschlands wohnhaften Pfandgläubiger auch nur Mitteilung davon zu machen?"[117] Was *Puntschart*[117] da vom deutschen

[116] Einführung 89 ff. [S. jetzt *Schubart*, AP. 5, 55: die Urk. stamme aus Alexandria.]
[117] Kr. Vjschr. 47 II, 55.

Dispositionsverbot sagt, trifft gleicherweise die Furtum-Strafe, die den römischen Verpfänder[118] von Mobilien bedroht, wenn er das Pfand veräußert, wie das Verbot des βασανίζειν verpfändeten Heus in Oxy. 507 oder die Vorschrift bei Cato de agric. gegen den Verpfänder von Invekten: *ne quid eorum de fundo deportato*. Gerade das deutsche Recht belehrt uns freilich, daß damit noch nicht Erschöpfendes über den Sinn der Verbote gesagt ist, da die Fahrnishypothek, wo sie überhaupt entwickelt wurde, vielfach durch die Bewahrung des Standorts der Sache bedingt war und bei Nichtbewahrung erlosch[119]. Ist dies der Fall, so hat ein ausdrückliches [69] Verbot vor allem den Zweck, dieser größten Gefahr entgegenzuwirken. Wir müssen daher auch im Mobilienrecht mit Gedanken rechnen, die dem klassischen römischen Recht fremd sind.

3. Ein Interesse hat jeder Gläubiger auch daran, daß er durch Veräußerungen oder neue Belastungen nicht in Prozesse verwickelt werde. Er befindet sich ferner z. B. nach Pandektenrecht dem Verpfänder gegenüber in günstigerer Lage als gegenüber einem Dritten. Die Verpfändung läßt sich durch Eideszuschiebung beweisen, das Eigentum des Verpfänders braucht gar keinen Beweis, Aufwendungen sind nicht zu ersetzen, die Verjährung der Pfandklage ist erschwert (*Dernburg*, Pfandrecht 2, 21). Derlei Rücksichten würden sich in anderen Rechten auch ausfindig machen oder unterstellen lassen. Aber unmöglich war in allen jenen Rechten die Veranlassung zu einer so verbreiteten Abrede so winzig: Vermeidung von Unannehmlichkeiten, mehr oder weniger geringfügige Besserstellung im Prozeß. Und vollends ist nicht glaublich, daß einem solchen Interesse mit einer solchen Klausel abgeholfen werden wollte. Den Prozeß mit dem Dritten kann der Gläubiger trotz aller Verbote doch nicht ersparen. Sucht die germanistische Forschung neuerdings den Grund der Beschränkungen des Verpfänders ganz anderswo, in der dinglichen Stellung des Gläubigers, so sind auch wir in die gleiche Richtung hingewiesen.

B. Es ist allgemeine, wohlbegründete Ansicht, daß nach griechischer wie ägyptischer und germanischer Idee der Erwerber abgeleiteten dinglichen Rechts zum Schutz gegen Dritte auf die Gewährleistung (βεβαίωσις, *auctoritas*) des Veräußerers angewiesen war. Eben diese βεβαίωσις

[118] Nicht bloß bei Fiducia und Faustpfand, wie es nach *Mommsen*, Strafrecht 743 N. 2 scheinen könnte, sondern auch den hypothekarischen Verpfänder: D. 47. 2. 19. 6, vgl. auch die Zusammenstellung mit D. 13. 7. 1 bei *Lenel*, Pal. Ulp. 2857.
[119] Vgl. statt aller *Gierke*, DPrivR. 2, 962 mit Zit. und dazu noch *Puntschart*, Kr. Vjschr. 47 II, 58f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

läßt sich auch der Pfandgläubiger versprechen. Wenn sich daran unmittelbar noch die Zusage schließt, der Verpfänder werde von jetzt ab nicht veräußern usw., so soll gewiß von vornherein die Situation verhütet werden, daß der Auktor bei einer Drittansprache treulos dem [70] Dritten seine βεβαίωσις leistet, eine durch Dem. 37, 12 und Isai. 5, 24 veranschaulichte Lage. Aber von diesem Gesichtspunkt allein ergäbe sich gar kein Unterschied zwischen Verkauf und Verpfändung. Und das sonst so ausführliche Kaufformular entbehrt regelmäßig einer völlig gleichgefaßten Verwahrung gegen Veräußerungen, obgleich noch zu untersuchen sein wird, ob es nicht einen in gewisser Beziehung analogen Bestandteil aufweist, und obwohl eine παραχώρησις (Grenf. 1, 27, III, 4) ein Verfügungsverbot aufweist (unten VIII.).

Denn nicht hierher gehört das Versprechen des Verkäufers, der Kaufgegenstand sei (und bleibe) frei von sonstigen Verfügungen, von bücherlichen und sonstigen Hindernissen eines freien Erwerbs und der glatten Eintragung in die Bibliothek. *Einmal* finden wir aber in der Tat eine sehr ähnliche Klausel beim Kauf! In BGU. 446, 15 verspricht die Verkäuferin, nach Zahlung des Restkaufpreises die Eintragung der Liegenschaft für den Käufer herbeizuführen und diese bis dahin nicht zu verkaufen noch zu verpfänden. Warum, ist wohl klar: *dem Käufer fehlt das dingliche Recht.*

VII. Das Pfandrecht als anwartschaftliches Recht

[71] A. Ein dingliches Recht an der Sache mangelt dem Gläubiger bei der Antichrese in Pachtform Lond. 3, p. 136 (oben S. 39 [hier S. 195]) und der vorsorglichen Maßregel des Lond. 3, p. 111 (oben S. 41 [hier S. 196f.]). Ferner beschränkt sich mindestens zweimal die Beschreibung des vertragsmäßigen ἐκκλειστικόν auf die Beschreibung des Veräußerungsverbots Lond. 2, p. 216, Teb. 318 (oben S. 35 [hier S. 191f.]). Dazu kommt eine Urk. Lond. 2, p. 219, die sich ausdrücklich ὑποθήκης ἐγγύησις nennt, ein gegebenes Pfand enthält und dieses doch nur mit dem οὐκ ἔξει ἐξουσίαν kennzeichnet. Zweifelhaft ist schließlich der Charakter des ὑπέγγυον Oxy. 507 (oben S. 36 [hier S. 192f.]) und das ἐνυπόλλαγμα Lond. 3, p. 105 (oben S. 37 [hier S. 193f.]) mit Veräußerungsverboten.

Treffen wir nun dasselbe Verbot in unzweifelhaften Hypothekarurkunden, so kann man nicht anders als eine weitreichende Verwandtschaft aller dieser Rechte miteinander anzunehmen. Es fragt sich nur, wie weit dieselbe reicht, und da muß ich eine Bemerkung über das Wesen der griechischen Hypothek einflechten.

B. Die deutschrechtlichen Arbeiten haben uns gelehrt, zwischen Pfandrecht und vertragsmäßiger Anweisung von Gegenständen zur Exekution, ferner zwischen der beiden eventuell gemeinsamen Sachhaftung ohne, vor oder neben persönlicher Einständerschaft und der akzessorischen Sicherung einer persönlichen Haftung strenge zu unterscheiden. Wir haben nun, so viel muß von vornherein [72] zugegeben werden, keineswegs festen Boden unter uns, wenn wir mit diesen Kategorien an die Geschichte der griechischen und ägyptischen Hypotheken herantreten. Immerhin sind die meisten neueren Untersuchungen zu dem Schluß gekommen, der altgriechischen und der ägyptischen ὑποθήκη den ursprünglichen Gedanken der Sachhaftung zuzuschreiben[109].

[109] Belege für die Papyri SZ. 28, 365 [hier S. 92f.]. (Das griechische Recht ließ ich dabei ausdrücklich dahingestellt.) Vgl. überhaupt *Partsch*, Bürgschaftsr. 1, 43. (Über den Sinn der Abmachung: wenn eine Gefahr betreffs des Pfandes oder eines Teils entsteht, soll den Gläubiger kein Schaden treffen (Oxy. 507), oder: soll Darlehnsnehmer die Schuld bezahlen (Straßb. 52), kann m. E. kein Zweifel sein. Sie betrifft nicht die Unzulänglichkeit der Pfandsache, was *Wenger*, GGA. 1909, 304 neuerlich mit Erwägung stellt, sondern den Untergang oder die Verschlechterung (allenfalls bei Sachen wie Heu, Oxy. 507, den Kurswert) der Sache „oder eines Teils". Das Letztere scheint mir besonders deutlich. Für die Unzulänglichkeit dient die allgemeine πρᾶξις-Klausel. Nun ist diese allerdings in Straßb. 52, 11 und Flor. 1, 9 an die κίνδυνος-Klausel angehängt. Aber unsere Unsicherheit wird behoben durch BGU. 741, wo zuerst l. 29 für den „Ausfall" πρᾶξις gewährt wird und sodann l. 32 für den Fall des κίνδυνος πρᾶξις καθὸς καὶ ἐπὶ τοῦ ὑπομισθοῦ ὑπάρχει. Wäre aber auch das Gegenteil richtig, so kann eine solche Klausel nur die zugrunde liegende Sachhaftung ergänzen, und man darf nicht umgekehrt aus ihr gegen die Sachhaftung argumentieren. Daß freilich der Rechtszustand im römischen Ägypten noch als derjenige reiner Sachhaftung richtig bezeichnet wäre, glaube ich durchaus nicht, vgl. SZ. 28, 366 N. 2 [hier S. 93 Anm. 325]; wir werden im Gegenteil erst noch erfahren müssen, ob nicht auch zugunsten des Verpfänders die Pfandforderung berücksichtigt wurde und daher die Hyperochabezeugabe (nach Schätzung oder Verkauf) rechtens war. Einstweilen ist noch nicht einmal zu ersehen, unter welchen Voraussetzungen die ἐμβάλλειν (Besitznahme) endgültig die Pfandvollstreckung abschloß. Vgl. Lond. 3, p. 158 (d); dazu *Mitteis*, SZ. 28, 159, und besonders Oxy. 3, 653. Über die Stellung der römischen Juristen s. neuestens *Certe*, Memorie della R. Accad., Bologna, Sc. morali, ser. giur. Ser. I Tom. II, 1907/8, p. 220 (Sep.-A. 1909, p. 6) auch mit Polemik gegen die Angriffe von *Durante*, Nouv. rev. hist. 1908, 639ff. auf die von *Hitzig* begründeten Anschauungen. *Durante* verwendet wahllos und ohne das Datum auch nur anzugeben, Dokumente der verschiedensten Epochen. Dagegen ist *Pappulias*, 144f. beizustimmen, wenn er τὰ παρόντα in Dem. 28, 18 gleich Hyperocha setzt. Dies ist wichtig und bestätigt vieles von den Ausführungen *Nabers*, Mnemosyne 32, 86f., führt aber keineswegs zu einem völligen Umsturz der herrschenden Ansichten über den Urcharakter des griechischen Pfandes.]

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Ferner zweifelt man [73] wohl allgemein nicht daran, daß dem Gläubigerrechte dinglicher Schutz zukomme. Eine sehr wertvolle Unterstützung erfährt diese gemeinhin mit allzu großer Leichtigkeit angenommene Ansicht durch den von *Partsch* erbrachten Nachweis, daß ὑποτιθέναι und κατατιθέναι dem deutschen „Versatz" genau entsprechende Ausdrücke sind[131]. Damit gewinnen wir eine Anzahl der Argumente für uns, welche die Germanisten für die Qualität der Satzung als bedingter Übereignung, eventueller Hingabe an Erfüllungsstatt, aufstellen.

Außerordentlich zweifelhaft ist dagegen, selbst mit dem Maßstab der meistens mehr ahnenden als wissenden heutigen Papyruswissenschaft gemessen, die Natur des oben S. 29ff. [hier S. 187ff.] besprochenen ὑπάλλαγμα[132]. Zwar sucht der Gläubiger in Flor. 56 um Besitzeinweisung an, aber er stützt sich dabei auf eine συγχώρησις καταγραφῆς (l. 11), welche recht wohl eine rechtsgeschäftliche Abtretung des Eigentums oder Eintragungsbewilligung an den Gläubiger im Zuge des Exekutionsverfahrens sein könnte[133]. In Flor. 28 verspricht der Verpfänder, die Grundstücke in ordentlichem [74] Zustand zu übergeben (παραδώσω κτλ.), aber die Übergabe könnte ja auch zum Verkauf oder zum Behalten gegen Abschätzung und Herauszahlung des Wertüberschusses erfolgen. Dagegen, daß einfach Verfall eintrete, macht das Fehlen der *lex commissoria* sehr bedenklich. Allerdings könnte sie sich etwa hier erst recht von selbst verstehen; vielleicht jedoch war Pfändung nötig, die ἐνεχυρασία[134],

[131] *Partsch*, Bürgschaftsrecht 1, 35.

[132] Nicht in unseren Textbereich (oben Abschnitt II) fallen das Διαγγίσμα (welches keine selbständige Sicherungsform sein dürfte, vgl. oben S. 31 N. 1 [hier S. 189 Anm. 56]) und die Μαντεία (vgl. darüber *Eger*, Grundbuchr. 46).

[133] Vgl. bereits die Erwägung von *Mitteis*, SZ. 27, 346 und dazu BGU. 832, l. 29 ἀφεστη]κότ(ος) καὶ ἀξιοπιμήνου μοι (Gläubiger) τοῦ Μάρκου Δομιτίου Λάγγου ὡς δεδ(ήλωται . . . Also hat M. Domitius Longus, auf dessen Namen wenigstens ein Teil der Hypothekargrundstücke eingetragen war (l. 8), dem Gläubiger Abtretung erklärt. [Soeben zeigt *Schubart*, AP. 5, 49ff., daß συγχώρησις ursprünglich gerichtlicher Vergleich und immer Privatvertrag vor Gericht ist. Damit schwebt das im Text Vermutete fast gesichert. Denn mit der im Jahre 220 geschehenen Verpfändung hat die συγχώρησις vom Jahre 233 nichts zu tun. Volle Sicherheit ist aber nicht gegeben, weil man nicht weiß, inwieweit eine solche Abtretung etwa erzwungen werden konnte.]

[134] Daß ἐνεχυρασία ganz treffend als Pfändung übersetzbar ist (richtig *Keuhaèr*, SZ. 29, 26), ergibt sich für Griechenland aus zahlreichen Quellen, vgl. *Hitzig*, Bedeutung des altgriech. Rechts, Vortrag, 27; *Lécrivain* b. Daremberg-Saglio v°. enochyra; *Partsch*, Bürgschaftsrecht 1, 221 N. 2. Für Ägypten s. bes. Hibeh 32 a. 246 v. Chr.; Teb. 1, 61 b l. 377; 72 l. 379; Petrie 3, 26, 10; 32 (f) Verso col. 2 (p. 69) l. 12. Aus römischer Zeit: Lond. 3, 908

die ja gerade hier bei der Vollstreckung vorkommt. Andererseits beweist der Zwang, die Behörde um Vollstreckung anzugehen, selbst oder gar die vielfache Verwendung des Wortes πρᾶξις bei jeder Befriedigung, auch aus dem Pfand (BGU. 888, l. 23 cf. 13, Flor. 28, 17, Lips. 10, 38f. cf. 41) nichts. *Hitzig*[135] hat ja bereits wahrscheinlich gemacht, daß die griechische Entwicklung sich in der Richtung bewegt, den Gläubiger mehr und mehr an die Mitwirkung der Behörde zu binden, also in einer dem deutschen Recht analogen Tendenz. Da mochte sich denn in den uns durch die Papyri nahegebrachten Zeiten Terminologie und bis zu einem gewissen Grad auch das Verfahren[136] bei Vollstreckung chirographischer und durch echtes Pfandrecht gesicherter Forderungen vereinheitlichen.

[75] Fest steht einzig, daß die Befriedigung aus dem ὑπάλλαγμα neben jener aus dem Schuldner und seinem sonstigen Vermögen genannt wird[137], ferner daß das ὑπάλλαγμα ins Grundbuch kommt, und zwar auch als Generalhypothek (BGU. 1072), dann daß es mindestens möglich war, eine Auslieferungspflicht daraus zu entwickeln (Flor. 28), nicht bloß ein passives Dulden der Exekution, und endlich ein sprachliches Merkmal, das eine Verwandtschaft mit dem Pfandgedanken erweisen dürfte. Ὑπάλλαγμα heißt nämlich „Ersatzsache", ὑπαλλαγή ist der Tausch, *substitutio* (Corp. Gloss. Goetz 2, 463, 15). Als ὑπάλλαγμα für ihre eigenen Leiber geben die Menschen die Körper anderer Lebewesen zum Opfer hin, Porphyr. de abstinentia 2, 27. Das ὑπαλλάττειν muß also wohl die Hingabe der Sache als Ersatz des Geldes sein, wie z. B. umgekehrt Aristot. Ethic. 5, 8 das Geld ὑπάλλαγμα τῆς χρείας, d. h. der Sachen, deren die Menschen bedürfen, nennt. Diese Grundbedeutung[138] nähert aber das ὑπάλλαγμα-Pfand dem allein haftenden

p. 132 a. 139; Oxy. 4, 712; BGU. 578, 21; Flor. 48 [= P. Giss. Inv. Nr. 124, *Eger*, AP. 5, 133] l. 8. Vgl. ἐνεχύρων λήμψις (— λῆψις] Oxy. 71 I (dazu *Wenger*, Pap. Stud. 125).

[135] *Hitzig*, SZ. 26, 439f.

[136] Auf einen Unterschied bei der Einleitung der Exekution macht *Lewald*, 68ff. aufmerksam; der ἔνοχον πράσιμον scheine bei rein pfandrechtlicher Exekution nicht nötig. *Eger*, 62 hat darüber nur Zweifel. Es handelt sich natürlich nur um eine Vermutung.

[137] Vgl. SZ. 28, 366 N. 2. [hier S. 93 Anm. 325]. Lips. 10 (l. 39), Flor. 28 (l. 18) sind ὑπαλλάγματα, Flor. 1 (l. 11) ὑποθῆκαι, Oxy. 506 suspensiv bedingte Übereignung, BGU. 445 (l. 19) eine μεσιτεία.

[138] Ich dachte daran, auch die ὑπαλλαγέντα τῆς ὠνῆς in Teb. 329 einfach als Pachtschilling zu erklären. Doch wäre dies nicht bloß eine ungewöhnliche Bezeichnung, sondern ist auch sachlich unwahrscheinlich, da es voraussetzen würde, daß der Pächter des Fischereigefälles das Pachtgeld vorauslegt. Dies stimmt aber weder mit dem allgemeinen Gebrauch noch mit dem über die Fischereiabgaben Bekannten, vgl. *Wilcken*, Ostr. 140, *Grenfell-Hunt*,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

A-76

Bürgen, der ebenfalls „Äquivalent" ist[139]. Damit kommen wir entweder [76] auf ein dem Sicherungskauf entstammendes Pfand: die Pfandsache als Äquivalent der Darlehnsvaluta, oder auf den eigentlichen Versatz: die Sache ist eventueller Ersatz der Erfüllung, der Darlehnsrückzahlung. In altgriechischen Rechtsquellen und ptolemäischen Papyri begegnet das Wort bisher gar nicht. Die Grammatiker aber erklären das alte ἀνοτίμημα der Ehefrau als das, „was jetzt ὑπάλλαγμα genannt wird" – so das Lexikon χρησίμων, *Bekker*, Anecd. 423, 12 – und die Glossare setzen es gleich *pignus*[140]. Also war dieser Sprachgebrauch offenbar bei den Späteren stark verbreitet, obwohl ihn der puritanische Sprachreiniger Phrynichos zur Zeit des Commodus als „unwissenschaftlichen" Gebrauch „einiger" für Pfand rügt[141]. – Ob übrigens jene Lexikonnotiz von einer besonderen Beziehung gerade des Pfandrechts, das sich eine Ehefrau vertragsmäßig zugunsten ihrer Mitgiftforderung bestellen läßt, zum Hypallagmabegriff ausgeht? In Oxy. 907 a. 276, einem in griechischer Sprache diktierten (l. 1/2), aber römisch gefaßten Testament legiert der Erblasser seiner Frau das Miteigentumsrecht an einer Anzahl Aruren, das er ihr für die von ihr eingebrachte Mitgift verpfändet hatte: l. 18 ἀρούρας προυπαλλαγείσας αὐτῇ ὑπ'ἐμοῦ πρὸς τὴν προσενεχθεῖσάν μοι ὑπ' αὐτῆς τ[. . .]ρερνίν. Ließe sich hierzu noch BGU. 970 ziehen, so wäre zugleich das Wesen des ὑπάλλαγμα klarer. Nach der Schilderung der in BGU. 970 klagenden Ehefrau hat sie im Jahre 151/2 ihrem Mann 900 Drachmen Mitgift eingebracht, wogegen er ihr ein Chirographum ausstellte, des Inhalts: l. 15 ἐὰν γένηται μὴ τυτνῆσαι αὐτὸν [ἀ]ποδοῦναί μοι τὴν προῖκα, λαβεῖν με τὸ ὑπάρχον αὐτῷ – ἥμισυ μέρος κτλ.; „wenn er nicht imstande sein sollte, mir die Mitgift zurückzugeben, solle ich die ihm gehörigen ½ (näher beschriebenen) Grundstücks [77] empfangen". Aber Motivierung und Petit der Klage machen es sehr zweifelhaft, ob dies eine aufschiebend bedingte Übereignung oder vielmehr ein Vorvertrag einer *datio in solutum* ist[142], und im ersten Fall wäre noch unbekannt, ob diese Verfallshypothek ὑπάλλαγμα heißen konnte.

Teb. 308, 4. Daher verdient die Auffassung von *Partsch*, 71 N. 1 und 304, den Vorzug, welcher Pachtkaution annimmt. Dies wäre ja sprachlich ebenso möglich wie z. B. Berslau ὑποθήκη.

[139] *Partsch*, 38. Vgl. auch die etwas mysteriösen Berichte *Revillouts*, Précis 1215. 1223. 1253 über das „Geben als Äquivalent" beim Pfandvertrag.

[140] Gloss. lat. gr. Corp. Gloss. Goetz 2, 150: *pignus* ἐνέχυρον ὑπάλλαγμα.

[141] Phrynichos ed. *Lobeck* p. 306: „ὑπάλλαγμα ἁμαθῶς τινες ἀντὶ τοῦ ἐνεχύρου."

[142] Vgl. *Weiss*, AP. 4, 351f. und *Lewald*, Beiträge 68 (auch über die ἐνεχυροσία l. 26/7).

Danach ist das Hypallagma wohl Pfand, aber wir wissen weder, woher es stammt, da das griechische Wort durchaus nicht ein griechisches Institut zu decken braucht, noch ob es eine inferiore Bildung, Konventionalarrest o. dgl., oder vielmehr ein gegenüber der ὑποθήκη vorgeschrittenes, dem römischen Gedanken der akzessorischen Sicherung entgegenkommendes Institut darstellt. In seiner praktischen Verwendung in Ägypten in der Römerzeit scheint das Hypallagma von der ὑποθήκη sich nicht allzu weit entfernt zu haben.

C. Alle Schwierigkeiten in der Erklärung der Pfandformen Ägyptens gehen auf die Ähnlichkeit des Pfandrechts mit den sonstigen Haftungen zurück. Trotzdem mußte eine tiefere innere Verschiedenheit das mindestens in der ὑποθήκη, wahrscheinlich auch im ὑπάλλαγμα der Kaiserzeit repräsentierte dingliche Pfandrecht von den nicht dinglichen Sicherungsabreden trennen. Worin hat also die *Verwandtschaft* ihren Grund? Da ist zunächst die Beobachtung wertvoll, daß die Struktur des Verpfändungsformulars in Ägypten wie in den germanischen Rechtsgebieten ständig und genau die beiden Stadien vor und nach Eintritt des Lösungstermins unterscheidet. Das Verhältnis bis zur Zahlung und nach der Zahlung, sowie bei im Termin ausbleibender Zahlung wird in zahlreichen Konditionalsätzen geregelt. Dabei tritt das Recht des Gläubigers auf Verfall während der Zeit vor dem [78] Lösungstermin klar als bedingtes zutage. Bleibt der Verpfänder im alleinigen Besitz der Sache, so können wir dieses Recht mit *Gierke* technisch als „rein anwartschaftliches" kennzeichnen. Die fernere Untersuchung kann daher die Frage so stellen: Bedarf das Pfandrecht der Dispositionsbeschränkungen, weil es anwartschaftliches Recht ist und daher aus wesentlich denselben Gründen wie nichtdingliche κατοχαί?

VIII. Erklärung aus dem Wesen des derivativ erworbenen Rechts?

[79] A. Nicht zu umgehen ist ein Vergleich des Verpfändungsformulars mit dem Kauf. Von besonderem Interesse ist es dabei, die neu von *Spiegelberg* veröffentlichten demotischen „Kaufpfandverträge"[143], d. h. Sicherungskäufe von 162, 160 und 95 v. Chr. einzubeziehen. Sie enthalten einen Darlehnsschuldschein: „Du hast von mir 690 Silberdeben – zu fordern im Namen des Silbers, welches du mir gegeben hast. Ich

[143] Rec. de Travaux rel. à la Phil. et à l'Archéol. ég. et ass., XXXI, 1909.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

gebe dir deine obigen 690 Silberdeben (zurück) bis zum letzten Pachon des Jahres 20." Daran schließt sich mit der Wendung: „Wenn ich dir deine obigen 690 Silberdeben nicht bis zum letzten Pachon des Jahres 20, dem oben angegebenen Termin (zurück) gebe, so hast du damit mein Herz zufriedengestellt mit dem Kaufpreis meines Hochackers ..." usw., ein vollständiger Kaufvertrag zwischen Schuldner und Gläubiger. Endlich quittiert die Bank in griechischer Sprache über die 5prozentige Vertragssteuer ὑποθήκης γῆς, – ἣν ὑποτίθεται Schuldner dem Gläubiger πρὸς Darlehnsbetrag.

[80] I. In den demotischen Kaufverträgen und den von ihnen stark beeinflußten späteren griechisch geschriebenen Käufen erklärt der Verkäufer im wesentlichen folgendes[144]:

1. Ich verkaufe dir.

2. a) Du sollst die Sache zu vollem Recht haben.

b) Demotisch: ich und meine Familie und sonst ein Mensch haben keine Macht mehr darüber von dem obengenannten Tage (heute) ab.

Griechisch: ich und meine Rechtsnachfolger werden dich nicht angreifen.

3. Wenn ich usw. oder ein Dritter dich angreift, werde ich Gewähr leisten.

II. Die kürzlich von *Spiegelberg* herausgegebenen demotischen Sicherungskäufe haben das Schema:

1. Wenn ich nicht rechtzeitig zahle, so hast du für das Geld meinen Acker gekauft.

2. a) Du sollst ihn (zu vollem Recht) haben.

b) Ich und irgend ein Mensch sollen darüber keine Macht haben von dem *obigen* Tage, d. h. dem Verfallstag.

3. Ausführliche Gewährleistung wie in Kaufverträgen.

III. In der Hypotheke erklärt der Verpfänder:

1. Ich schulde unter Hypothek.

2. (Bisweilen): Wenn ich nicht rechtzeitig zahle, werde ich übergeben.

[81] (Allgemein): a) Wenn ich nicht rechtzeitig zahle, so wirst du das volle Recht haben und

b) werde ich usw. kein Recht mehr haben (vgl. Flor. 1, l. 7/8).

[144] Vgl. *Spiegelberg*, Demot. Urk. der Straßburger Bibliothek S. 9. Die Klausel zu 2b ist von *Spiegelberg* in dem von *Wilcken*, AP. 2, 144 und von *mir*, Haftung des Verkäufers 1 38 vgl. 356 vermuteten Sinn hergestellt worden: Recueil de Travaux cit. (vorige Anm.), Vol. XXV, 8. Übersetzungen demotischer Kaufverträge finden sich bei *Wessely*, Pap. script. graec. specim. lingog. Im übrigen vgl. mein angeführtes Buch, S. 36 ff.

3. Ich werde Gewähr leisten und ich darf nicht veräußern usw.

IV. Hypallagma des Flor. 28:

1. Ich verpfände dir.

2. a) Wenn ich nicht zur Zeit zahle, so werde ich dir das Grundstück in vereinbarter Qualität übergeben.

b) Von jetzt ab werde ich es nicht wegveräußern (ἐντεῦθεν φυλάξω ἀνεξαλλοτρίωτους κτλ.)

3. Ich werde Gewähr leisten.

Aus dem Kauf (I) entsteht, wie man sieht, auf die einfachste Weise der Sicherungskauf (II). Die ganze sehr umfangreiche Formel des letzteren ist derart dem Kauf nachgebildet, daß *Spiegelberg* bei der ersten Veröffentlichung von Straßb. Dem. 44 einen echten Kauf vorhanden glaubte. Einzig die Worte „von dem obigen Tage an" statt „von dem heutigen Tage an", wie es in griechischen Übersetzungen heißt; oder statt der Beziehung auf das „obengenannte" Heute erinnern allenfalls an den neuen Zweck. Wir werden uns dies alles am besten so zurechtlegen, daß die beabsichtigte suspensiv *bedingte* Übereignung sich dem Urkundenverfasser als eine bloß aufschiebend *befristete unbedingte* darstellt, von der aber der Gläubiger nur unter Bedingung Gebrauch machen darf. Man erinnere sich einerseits der unbedingten *carta venditionis* mit der den Gebrauch bedingenden *contracarta* in langobardischen Gebieten[145], andererseits der Umbildung der Schenkung durch bloße Anfügung einer Befristung in eine Schenkung von Todes wegen[146]. Das Geschäft ist als Kauf konstruiert, [82] die griechischen Bankquittungen aber nennen jenen demotischen „Kauf" ὑποθήκη, ganz ebenso wie Πανοβχοῦνις in Philol. 63, 498 ὑπεδέξατο ὀνῆν φιλοῦ τόπου, ἣν ὑπέθετο Πανοῦτι κατὰ συγγραφὴν ὀνῆς ἐν πίστει. Wie beide zueinander stehen, ist kaum zu sagen. Dagegen ist jetzt das χειρόγραφον πράσεως [καὶ ὑ]ποθήκης κ[αὶ δ]ανείου in Lond. 2, p. 172, 9 a. 150 n. Chr. mindestens als ein Sicherungskauf irgendwelcher Art feststellbar. Wir sehen hier neuerlich einen Weg vom Kauf zur Hypothek; natürlich nicht *den* Weg, den die viel ältere griechische Hypothek genommen hat und nicht einmal denjenigen, den die ägyptische notwendig nehmen mußte oder genommen haben mag.

[145] Über die Lit. s. *Rabel*, SZ. 28, 368 Ziff. 2 [hier S. 95].

[146] *Rabel*, Ehezliche Teilung 534 [hier S. 149 f.]; vgl. *Brack*, Schenkung auf den Todesfall (1909) 9.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Ein Verfügungsverbot *fehlt* dabei. Offenbar brauchte man es bei befristeter Übereignung nicht. Warum? Da setzt der erste Erklärungsversuch ein, den ich für möglich halte.

An der Stelle, wo Flor. 28, Lips. 10 usw. das ἐνεῖδεν φόβξω haben, versprechen die Verkäufer, daß niemand anderer über die Sache Macht haben solle. Dies letztere könnte nun recht wohl das größere Versprechen sein, der Veräußerungsverzicht nur das darin eingeschlossene geringere, wie es sich aus der einstweilen beschränkteren Translation ergibt. M. a. W., von diesem Gesichtspunkt aus will das Verbot lediglich *das Recht vor Verfall ausdrücken und umschreiben*.

Für diese Anschauung darf ich mich zur Verdeutlichung und zum Beweise dessen, daß sie nicht Undenkbares heranholt, auf die neubabylonischen Keilschriftdokumente aus der Zeit der Perserherrschaft berufen, wo regelmäßig bei jedem Pfand, ob Spezial- oder General-, Sklaven- oder Grundpfand, ob Antichrese oder nicht, folgende Erklärung des Verpfänders auftritt[147]:

[83] 1. Sein Feld . . . ist Pfand für X (Gläubiger).

2. Ein anderer Gläubiger hat keine Macht darüber. Auch mit Zusätzen:

a) bis X bezüglich seines Geldes gedeckt ist, oder
b) bis X bezüglich seiner Forderung befriedigt ist.

Ganz ebenso versteht *Revillout* (Précis 1215) die Klausel eines demotischen Vertrags, den er der babylonischen Antichrese gleichsetzt: „*sans que j'aie à donner part quelconque en dehors de toi, c'est-à-dire sans qu'aucun autre créancier hypothécaire puisse rien réclamer*", was ich freilich aus bekannten Gründen nur mit Vorbehalt erwähne.

Die innere Rechtfertigung wird durch den in den Papyri besonders deutlichen Charakter der dinglichen Rechtsbestellung gegeben. Deren wesentlichstes Stück ist das Abstehen des Übertragenden von der Sache. Das Verfallpfand aber ist bedingte Übereignung, die Verzichts-

[147] *Kohler* hatte die Freundlichkeit, mich auf diese Erscheinung aufmerksam zu machen und das Material – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – zusammenzustellen. – *Peiser*, Texte in Keilinschriftliche Bibliothek Bd. 4 S. 218, XI; 292, XIV; 395, III. – *Dareste*, 50 Rechts- und Verwaltungsurkunden aus der Zeit des Königs Kyros (Beiträge zur Assyriologie III, 393ff.) Nr. 5. 6. – *Zimmer*, 50 Rechts- und Verwaltungsurkunden aus der Zeit des Königs Kambyses (Beiträge zur Ass. III, 445ff.) Nr. 4. 6. 8. – *Ketelia*, 50 babyl. Rechts- u. Verwaltungsurkunden aus der Zeit des Königs Artaxerxes I. (ebd. IV, 550ff.) Nr. 2–17. – *Oppert*, Zschr. f. Assyr. 1, 430. 431. – Vgl. noch *Kohler* und *Peiser*, Aus dem babyl. Rechtsleben 1, 17. – „Die Klausel kann gelegentlich fehlen, wie in Keilinschr. Bibl. 4, 176 III und I; 182, VI."

erklärung des Verpfänders kann daher nicht eine glatte Abstandserklärung, eine *renuntiatio* im germanistischen Sinn sein, sondern nur für die beiden Stadien vor und nach dem Lösungstermin differenziert lauten:

vom Zahlungstag habe ich keinerlei Macht mehr
bis ich zahle oder du sonst befriedigt bist (ἕως ἀποδῶ ἢ πραχθῶ) habe ich kein Verfügungsrecht.

So begreift sich wohl auch die παραχώρησις in Grenf. 1, 27, a. 109 v. Chr. Sebtitis tritt an ihre Tochter Naarsesis mit [84] Parachoresiserklärung von ihren 5½ Aruren eine halbe Arure ab. Sie verspricht Unterbleiben von Angriffen, widrigens der Angriff kraftlos ist und der Angreifer eine Konventionalstrafe zu zahlen hat, ἐφ' ᾧ [οὐ]κ ἐξέσται αὐτῇ οὐκονομῆσ[αι] ποιεῖσθαι κατὰ τοῦ (ἡμίσους ἀρούρας), ἣν δ' ἂν ποιήσηται ἄκυρον εἶναι, καὶ μ[η]θὲν ἧσσον α[ὐ]τῇ ἔστω ποι[εῖν] κατὰ τὰ προγεγραμμένα. Dieses Verbot zu „verfügen" wendet sich offenbar gegen die Veräußerin, nicht gegen die Erwerberin. Es scheint, daß die Abtretung nur eine Communio pro indiviso erzeugen will; um so weniger verständlich wäre ein Verbot über das ohnedies dinglich abgetretene Recht noch zu verfügen. Als nähere Beschreibung des Auflassungsverzichts hat es dagegen nichts Auffallendes an sich.

Charakteristisch für die ausdrückliche negative Umschreibung der ganz normalen Vertragsfolgen, denen sich der Erklärende unterwirft, sind auch die Miet- und Pachtverträge. Während der Schuldner-Verpächter in Lond. 3, p. 136 auf Veräußerung verzichtet, erklären die gewöhnlichen Lokatoren in der Ptolemäerzeit, wie der ausführliche Vertrag Teb. 105, 31, a. 103 v. Chr., zeigt: καὶ μὴ ἐξέστω αὐτῷ ἑτέρους μεταμισθοῦν μηδ' ἐγβάλλειν τὸν (Pächter) πρὸ τοῦ χρόνου μηδὲ κωλύειν μηδὲ τοὺς παρ' αὐτοῦ κατεργαζομένους τὴν γῆν μηδὲ ποιεῖσθαι κτλ., alles eigentlich selbstverständliche Dinge. In der Römerzeit ist nur noch gelegentlich eine Erinnerung an diese Erklärung vorhanden: BGU. 916, 25. (Vespas.); Amh. 87, 26 a. 125; Teb. 372, 13 a. 141; Oxy. 101, 47 a. 142; Teb. 378, 29 a. 265.

Schließlich läuft diese Ansicht auf ein Resultat hinaus, das schon bisher vielen vorgeschwebt zu haben scheint[148]. Das Verfallpfand als Übereignung verträgt sich für eine noch nicht ganz raffinierte Betrachtung nicht mit einer nachfolgenden zweiten *Veräußerung*. Was Plutarch, de vitando aere alieno 8 beim späteren Rechtszustande sagt: der ver-

[148] *Bonnecase*, 3, 255. 300. *Ciceri*, Storia di dir. romano 2, p. 164 N. 34.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

kaufende Schuldner verliere nicht das eigene, sondern nur das Haus des Gläubigers, den er [85] zum κύριος gemacht hat, läßt jenen einstigen Gedanken ahnen. Das zweite *Pfandrecht* ist aber ohnedies keinem archaischen Recht bekannt[148]. Für die Papyri ist von letzterem noch kein Beispiel bekannt. Die beiden binnen 18 Monaten am selben Grundstück aufgenommenen Hypotheken, Lond. 3, p. 4, 5 sind Sicherungskäufe und setzen daher gewiß die Rückzahlung in der Zwischenzeit voraus. Nach Oxy. 270, l. 19 sind von 12 Aruren nur 5, „nach 7" (μεθ' ἃς ὑπέτεθο) einem Dritten hypothekierten Aruren verpfändet, was bedeutet, daß die sieben vorverpfändeten nicht verpfändet werden (vgl. Flor. 1, l. 4 μετὰ τοὺς προγραμμένους)[149].

Nach alledem würde unsere Klausel nur Selbstverständliches besagen. Der gortynische Rechtssatz wäre aufs einfachste erklärt; die Sperre des Grundbuchs, falls sie sich für die römische Zeit bestätigt, entspräche nur immanenten Grundsätzen des Pfandrechts. Das attische κωλύειν könnte von hier aus als Abschwächung und Verfeinerung einer früheren gesetzlichen Veräußerungsunmöglichkeit verstanden werden: die starre Nichtigkeit wie in Gortyn weicht der Willenshandlung des Erstberechtigten.

Es fragt sich nun aber überhaupt, ob mit diesem, m. E. an sich ganz zutreffenden Gedanken die besonders formulierten Veräußerungsverbote erschöpfend ausgedeutet sind, und dies insbesondere für die Zeit ihrer Entstehung. Er paßt natürlich nur auf das Verfallspfand, demnach auf die ὑποθήκη und nur vielleicht [86] auf das ἐπίβλημα; gar nicht auf alle übrigen Fälle. Für die letzteren hätten wir eine total andere, freilich naheliegende Rechtfertigung anzunehmen. Soweit dem Gläubiger ein Sachenrecht fehlt, muß erst das μὴ ἐξεῖναι πωλεῖν κτλ. die Gläubigerposition stärken, die Sachen für die Beschlagnahme bereithalten oder, wie im Fall der antichretischen Pacht, in der Nutzung erhalten. Unsere erstversuchte Erklärung ergriff das dingliche Pfandrecht bei seiner Sonderart; es gibt noch andere Möglichkeiten, die bei den Gemeinsamkeiten der Anwartschaftsrechte einsetzen. Die germanistische Literatur hat bisher gerade nur an solche gedacht, und daher zwei verschiedene Theorien hervorgebracht: man setzte die Verfügungsbeschränkungen in Verbindung entweder mit der Beschränkung der dinglichen Klagen oder mit der fehlenden Dinglichkeit des besitzlosen Pfandrechts.

[148] Vgl. für das deutsche Recht *Gierke*, DPrivR. 2, 821 bei N. 68. Noch der jüngere isländische Wettvertrag ist „trotz seiner hypothekarischen Natur" nicht mehrmals an derselben Sache möglich, *Amira*, Altnord. ObR. 2, 239. Doppelversatz wird als Doppelverkauf, Kauffochnigkeit, behandelt, ebd. 226. 231.

[149] [Trotzdem bleibe ich gegenüber *Eger*, 45 bei meiner vorsichtigen Formulierung: „Die zweite Hypothek war mindestens wenig beliebt." Die Veräußerungsverbote, auf die er sich beruft, um weiter zu gehen, sind eben durchaus nicht so einfach zu beurteilen, daß wir daraus auf die Unmöglichkeit der Nachverpfändung in der Römerzeit schließen dürften.]

IX. *Erklärung aus mangelhafter dinglicher Stellung des Gläubigers?*

[87] A. Gab es im griechischen oder ägyptischen Recht Hemmnisse der dinglichen Rechtsverfolgung, die der rechten Gewere und dem Satz: Hand wahre Hand entsprechen? Ausgeschlossen ist dies nicht, wie die Betrachtung des Theophrastischen Traktats (oben I) und des römisch-ägyptischen Archivwesens (oben V) zeigt. Solange wir freilich dort von einer wirklichen Präklusion der Ansprüche, hier von einer Geltung des Vertrauensprinzips nichts wissen, läßt sich mit annähernder Sicherheit höchstens eine beweisrechtliche Inferiorität voraufgehender Pfandrechte annehmen, in Altgriechenland, wenn der Einspruch gegen neue Veräußerungen unterblieb, in Ägypten, wenn ohne ausdrückliche Wahrung des Vorrechts ein neues Recht verbucht wurde. – (Nebenbei möchte ich übrigens auf Pap. 12 a. 103 v. Chr. aufmerksam machen. Der Kläger erzählt, Übeltäter hätten ihm sein ἱμάτιον vom Leibe gerissen und bei der Schankwirtin Melis versetzt; und er habe daher sein Gewand bei ihr mit Zahlung von 2700 Kupferdrachmen durch die Bank des Ptolemaios ausgelöst (l. 22–24). Warum zahlte er? War sein Eigentum am Kleid nicht so klar als er es hinstellt? Oder war die Mobilienverfolgung etwa beschränkt?!)[151].

B. Sollte sich künftig herausstellen, daß eine oder die andere Form der ägyptischen Verpfändung ihre Geschichte aus der Anweisung zur Exekution herleitet, so wäre dem Verfügungsverbot [88] seine Rolle als praktisch gut brauchbare Vorbereitung der Beschlagnahme sicher. Hatte denn aber der eigentliche Versatz ohne Besitz des Gläubigers zu allen Zeiten dingliche Wirkung gegen Dritte, wenn auch nur in demjenigen Maße, welches jeweils dem Eigentum und Besitzpfand zukam (da ja diese Rechte selber nicht von jeher absolut wirkten)? Das ist eine Meinung ohne Beweis und ohne Wahrscheinlichkeit. Wo immer wir

[151] Vgl. bereits *Wenger*, Stellvertretung 210 N. 7.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

180

in primitive Rechtszustände blicken dürfen, wie z. B. in Indien und bei heutigen Naturvölkern, gibt es nur Besitzpfänder, fiduziarische Übereignungen und Sachhaftungen ohne dingliche Kraft. Im deutschen, englischen Recht usw. griff man zu allen erdenklichen Mitteln, um das bloß anwartschaftliche Recht aus den älteren Typen herauszugestalten. Und bietet nicht das *römische* Recht das sinnfälligste Beispiel für einen mühevollen Werdegang der Hypothek?

Seit Jahren lehrt Prof. *Mitteis* in seinen Vorlesungen geradezu, die ursprüngliche römische Hypothek sei nicht Pfand- sondern Beschlagsrecht. Auch nach der in der Literatur vertretenen herrschenden Meinung ist erst mit der *actio Serviana* das dingliche Pfandrecht hergestellt worden[148]. Das Interdictum Salvianum wirkte nur gegen den Pächter, nicht gegen Dritte[149]. Dieses Interdikt ist aber älter als die *actio Serviana*, wenngleich die Daten für den prätorischen Schutz der Invektenhypothek jetzt hoch in die Vergangenheit hinauf und der neuesten Lehre vom prätorischen Imperium entsprechend, gewiß nicht mehr hinter die *lex Aebutia* herunter zu rücken sind. Hier ist also, wenn nicht alles trügt, das Musterbeispiel eines nur gegen den Verpfänder wirksamen Anwartschaftsrechts gegeben. Außer der bekannten Beschränkung des Interdictum Salvianum dürfte übrigens die Invektenhypothek, nach allgemeiner jetziger Ansicht die älteste [89] römische Hypothek, ihre Inferiorität an zwei anderen Punkten offenbar machen.

1. Der eine Punkt trifft noch das entwickelte Recht. Noch allen Klassikern und dem Justinianischen Recht gilt die Haftung der Mietobjekte insofern nicht als voll, als die *ob pensionem* haftenden Sklaven trotz der Interpretation der *lex Aelia Sentia* (Ps. Dosith. 16) gültig freigelassen werden können, solange nicht Perklusion eingetreten ist. Man könnte sich sogar fragen, ob die letztere Einschränkung in D. 20. 2. 9: *„scilicet antequam pensionis nomine perchidamur* (1 wir, die Sklaveneigentümer): *tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus"* wirklich von Paulus herrührt, da er unmittelbar darauf Nerva anruft, welcher auch für *servi detenti ob pensiones*, also noch der Perklusion, von einer Anwendung der *lex Aelia Sentia*[150] nichts wußte. Aber da Paulus nach den freilich korrupten Eingangsworten der l. 9, und Ulpian D. 20. 2.

[148] Vgl. bes. *Heron*, Origine 150. 155. 163; *Karlowa*, RRG. 2, 1280; *Perozzi*, Istituzioni 1, 515 ff.

[149] *Lenel*, SZ. 3, 180 ff.; EP.[3] 471; *Heron*, Origine 111 ff.

[150] *Dernburg*, Pfandr. 2, 14; *Mitteis*, RPR. 61 N. 61.

6[151] die für das Vermieterpfandrecht gegenüber dem sonstigen geltende Ausnahme auf den Gegensatz zwischen Legal- und Vertragspfandrecht zurückführen und dieser Gegensatz nach der Beschlagnahme keine Rechtfertigung hat, so war wohl die Manumission perkludierter Sklaven für jeden, der den solventen Verpfänder der *lex Aelia Sentia* unterwarf, ungültig[152]. Genauer gesprochen, kann ja nicht sowohl [90] der Charakter dieser Hypothek als *gesetzliches* Pfand, sondern höchstens als *generelles* Pfand (Cf. 7. 8. 3) entschieden haben. Wie immer es aber mit der Zeitgrenze der Ausnahme stehe, so dürfte der Satz des Pomponius: *manumissioni non officere ob habitationem obligatum* (l. 6 cit.) erst nachträglich zu einer Eigentümlichkeit der General- und Legalhypothek erweitert worden sein. Er bestand recht eigentlich gerade für die Invekten, deren Haftung nicht der gewöhnlichen Pfandhaftung gleichkam. Für die Freilassungen durch einen Fiskalschuldner gilt dasselbe; ungültig sind sie nach einem Reskript der Divi fratres, D. 40. 9. 11. 1 nur, *si cum non erat solvendo in fraudem (fisci) manumisit*, nicht wenn er solvent war. Zur Zeit der Divi fratres hatte eben der Fiskus keine echte Legalhypothek, sondern nur eine Art Beschlagsrecht[153].

2. Der Vermieter übt nach dem Ausdruck der Römer durch das *percludere* ein Zurückbehalten der Mobilien, eine *iusta retentio* (Paul. D. 39. 2. 34)[154]. Der Verpächter hat auf dem offenen Feld keine ebenso günstige Lage, darum ermöglicht ihm das Salvianum das *adprehendere* der *res coloni*. Bis dahin ist er offenbar auch nach der Einführung des Interdikts in einer prekären Situation. Vom Verkäufer einer Ernte nimmt man oft an, er sei tatsächlich besser geschützt gewesen, da er auf dem Grundstück zu wohnen pflegte; ja man schreibt ihm wohl geradezu ein echtes Besitzpfand an den eingebrachten Sachen des Käufers zu[155].

[151] *Manigk*, Pfandr. Unters. 38, glaubt, daß schon Nerva denselben Unterschied gemacht hat und daher die gesetzliche Vermieterhypothek bereits kannte; dies scheint mir unhaltbar, wenn man wie *M.* nicht daran denkt, den Zwischensatz der Stelle zu streichen, aber auch sonst unwahrscheinlich. *Manigk* faßt offenbar die ganze l. 9 höchst eigenartig auf. Wieso hat denn Nerva „eine von der üblichen Art abweichende Freilassung der Sklaven vorgeschlagen"?

[152] Wieso freilich *Dernburg*, a. a. O. aus D. 40. 9. 5. 2 a. E. entnehmen kann, daß zu Julians Zeiten „die Erweiterung des Manumissionsverbots auf jeden speziell verpfändeten *und dazierten* Sklaven feststand", verstehe ich nicht. Julian wendet die *lex Aelia Sentia* an, wenn die Sache mit Stipulation versprochen oder zu *pignus* gegeben ist.

[153] *Mitteis*, RPrivR. 373; *Puppulius*, SZ. 29, 370 ff.

[154] *Dernburg*, Pfandr. 1, 296.

[155] So z. B. *Karlowa*, RRG. 2, 610, *Heron*, Origine 35 ff. (trotz S. 40). Hiergegen ist das bei *Manigk*, Pfandr. Unters. 61 ff. betreffs des Verpächters Gesagte verwertbar.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Das letztere scheint mir eine Künstlichkeit. Wir sehen vielmehr aus dem Formular bei Cato de agric. 146, 5 mit dem Verbot: *ne quid eorum de fundo deportato*, worauf sich die Urhypothek gründete: dem *pignus*-Besitzpfand stellte sich ein *pignus* zur Seite, welches *statt* auf [91] dem *Besitz*, auf der *Festlegung* der beweglichen Sachen im Grundstück beruht. Daß auch der wirkliche Besitzpfandgläubiger damals noch keinen possessorischen Schutz gegen Entziehung gehabt habe, ist also aus der Stelle nicht herauszulesen. Wohl aber mag das Anwartschaftsrecht des Hypothekars noch zu Catos Zeit oder aber früher, als das Formular entstand, durch Entfernung der Sachen untergegangen sein. Die Sanktion bei Cato: *si quid eorum deportaverit, domini esto*, ist freilich nicht ganz unzweideutig. Ob damit etwa ein *aus* dieser Art eines *pignus* fließendes Beschlagnahmerecht gemeint war? Bisher hat man es mit Grund vorgezogen, zu glauben, daß die Pfandqualität der Sache erloschen war und die Sache kraft der suspensiv bedingten Übereignung zu Eigentum verfiel oder nach dem Wunsch der Parteien verfallen sollte[146]. Eine solche Eigentumsübertragung ohne Tradition im Rahmen des republikanischen Rechts nimmt sich sonderbar aus[147]. Die Singularität wäre aber erklärt, wenn etwa die Formel „*domini esto*", so gut lateinisch sie sprachlich ist, aus großgriechischen Formularen übernommen wäre[148].

[92] Mit einem Rechtszustand, wo zur Vorbereitung der künftigen Besitzergreifung die Sachen an ein Grundstück vertragsmäßig gebun-

[146] Von Neueren z. B. *Karlowa*, RRG. 2, 610. *Girard*, Manuel 764 N. 2.

[147] Vgl. *Herzen*, Origine de l'hyp. 40 und Note ex p. 39.

[148] Ein ganz analoges Beispiel weiß ich freilich nicht, doch vgl. den Pfandverfall im *Delphischen* Statut über die Stiftung des Königs Attalos II., nach 159 v. Chr., *Ditt.* Syll.[3] 1, 306 p. 483, l. 68 ff.: τὰ ἐνέχυρα αὐτῶν τῆς πόλιος ἔστω (mit Verkaufsrecht der Gläubigerstadt zwecks Feststellung eines ὄλεθρον, dazu *Pappulias*, 165). Ferner s. die Erbpacht von *Herakleia* am Siris, Großgriechenland, IG. XIV 645 = Recueil 1, XII, p. 202 l. 108 ff.: τὰ ἐν τῇ γῇ περιγενόμενα καὶ οἰκοδομήματα πάντα τῆς πόλιος ἐστόντω. Die Anpflanzungen und Wirtschaftsgebäude verfallen der Stadt; nicht, wie oft angenommen wird, die Früchte (richtig die Hagg. des Recueil p. 233), aber selbst wenn die Früchte gemeint wären, so spräche die Vermutung nach den sonstigen Beispielen (Delos: *Partsch*, Bürgschaftsrecht 1, 267 N. 1; Papyri: *Wenger*, Bodenpacht 1, 144, dazu Oxy. 6, 910 l. 24) für Eigentum des Verpächters, nicht für Beschlagsrecht. (Vgl. freilich auch *Arangio*, Recueil 1, p. 238; *Mitteis*, Reichsr. 415.). Endlich brachte man das Edikt von Thisbae aus der Severenzeit, *Ditt.* Syll.[3] 2, 533, l. 52: ἔστω δὲ τῆς πόλεως τὸ χωρίον, Eigentumsheimfall. – Ist etwa gar die ganze Invektenhypothek aus Griechenland importiert (vgl. die delische lapis συγγραφῆς, für die jetzt *Partsch*, a. a. O. echte Hypothek nachgewiesen hat)? Schon die entfernte Möglichkeit ist pikant nach all dem Streit über griechischen Einfluß auf die spätere Entwicklung des römischen besitzlosen Pignus!

den werden, ist übrigens das Interdictum Salvianum selber gar nicht unvereinbar. Es muß nicht notwendig einer späteren Zeit angehören als das Catonische Blankett. Denn die Besitzergreifung an den Illaten dem Verpfänder gegenüber ist doch praktisch vor allem dann und regelmäßig nur dann glatt durchführbar, wenn die Sachen noch auf dem Grundstück sind. Den Wortlaut des Interdikts kennen wir aber nicht. Bei einer Wendung „*quae res in fundum illius illata est*" (*Lenel* EP.[3] 471) kann man gerade hauptsächlich an den Fall gedacht haben, daß die Sache noch inferiert ist. Dann wäre das Salvianum erst das richtige Seitenstück zum *percludere* des Vermieters.

Wüßten wir vom ältesten römischen Besitzpfand selber mehr, so ließe sich dieses Bild der Entwicklung besser ausgestalten namentlich nach der Seite der Vollstreckung hin[149]. Ein [93] Veräußerungs-, im Gegensatz zum Entfernungsverbot findet sich weder hier noch nachweislich bei den *praedia subdita*, für die es manche auf Grund von D. 50. 17. 205 behaupten[150]; gesetzt, dieser Text spräche wirklich von *praedia subsignata*[151], so würde er gerade im Gegenteil deren Veräußerlichkeit feststellen. Aber *Perozzi*[152] hat nicht mit Unrecht bemerkt, daß beim Besitzpfand Veräußerungen faktisch so gut wie ausgeschlossen waren, da Manzipation, Injurezession und Tradition die Gegenwart der Sache forderten. Und die Invektenhypothek bot solchen Geschäften ganz ähnliche Hindernisse. Für *res mancipi* war überdies die den Gläubiger dinglich sichernde Fiducia da.

[149] Für die herrschende Meinung, daß das *pignus* ohne *pactum de vendendo* und *lex commissoria* nur Bewahrungspfand war (*Naber*, Mnemosyne 31, 212), spricht gewiß vielerlei, m. E. am meisten Gai. 2, 64, da offenbar die frühklassische Lehre das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers als Nichteigentümers merkwürdig fand, und erst die spätere ein *ius proprium* zum Verkauf anerkannte. Immerhin ist noch nicht erklärt, warum auch *pignus* so wie die analogen Ausdrücke im griechischen und deutschen Recht Pfand und Wetteinsatz zugleich bedeuter. Ganz gleichgültig, wie unsere Schriftsteller, neuerdings wieder *Manigk*, Pfandr. Unters. 12f. (vgl. aber S. 27) glauben, kann dieser Sprachgebrauch kaum sein. Ferner hat das *pignus* Catos gar nicht das Aussehen eines Pfandes, aus dem der Gläubiger sich nicht befriedigen kann. Und doch fehlt jede weitere Bestimmung zum *pignori esto*. Und hat für das Interdictum Salvianum wirklich nicht gegolten, was *Keller*, Richters Krit. Jahrb. 22, 978 annahm? – dadurch „verschaffe sich der Gläubiger den Besitz der Pfänder und die Möglichkeit der Befriedigung" (dadurch deren Verkauf" meint *Keller*; aber das steht natürlich ganz dahin).

[150] *Poltier*, De la caution praedibus praediisque, Thèse Paris 1893, 66–68. Auch *Karlowa* und *Zimmermann* hatten ähnliche Ansichten. Dagegen *Vlard*, Le pores, Thèse Dijon 1907, 133–136.

[151] So allerdings auch *Lenel*, Pal. Postp. 324; *Manigk*, Unters. 58.

[152] Istituzioni 1, 515.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

182

Daraus ergibt sich für die ägyptischen Klauseln des μὴ ἄλλῳ usw. die Möglichkeit: daß dieselben eine Funktion in der *Entwicklung* der Hypothek hatten, *indem sie gerade erst den Schutz des Pfandgläubigers gegen Dritte herstellten*. Dies würde voraussetzen, daß die Veräußerungsverbote durch Vertrag oder Gesetz früher zu dinglicher Wirksamkeit gelangten, als das Pfandrecht selber. Das stärkste Argument hierfür liegt in der gleichlautenden Formel aller der oben im Abschnitt II vorgeführten Geschäfte. Ja, jene Einförmigkeit der Verfügungsbeschränkungen, welche uns die Erklärung der einzelnen Sicherungstypen so sehr erschwerte, ginge dann auf einen inneren Grund von großer geschichtlicher Potenz zurück. Die gortynische Gleichstellung [94] des verpfändeten und des streitigen Sklaven würde auf der Verfangenschaft beruhen. Mit der vorgeschrittenen attischen Hypothek wage ich freilich beim heutigen Quellenstand diese Hypothese gar nicht auseinander zu setzen.

C. Aus den Papyri ist derzeit für eine mangelhafte Wirksamkeit der Pfandrechte gegenüber Dritten, auf welche sowohl der Mangel der Verfolgbarkeit gewisser dinglicher Ansprüche (A), als der Mangel des anwartschaftlichen Rechts (B) hinausläuft, nichts zu ersehen. Doch ist auch das Gegenteil einstweilen nicht erweisbar. – Man könnte[167] zwar an Flor. 56, 6–10 denken wollen. Der Statthalter bewilligt der Gläubigerin die Embateusis in das ὑπάλλαγμα gegen deren Eid, das ... „nichts entgegenstehendes verfügt worden ist" (καὶ μηδὲν ὑπεναντίον ἐχου-[σηθῆ]ναι, wonach auch BGU. 4, 1038, 13 zu ergänzen ist: καὶ μηδ[ὲν ὑπ]εναντίον ἐχουσ[ηθῆναι]. *Mitteis*[168] hält es für denkbar, daß dies auf mittlerweiligen Drittenerwerb gehe, der sonach die Pfandvollstreckung hindern würde. Doch müssen wir natürlich zögern, diese Möglichkeit für uns auszunützen. Es könnte einfach gemeint sein, daß bei Drittenerwerb die *actio hypothecaria* gegen den Besitzer angestellt werden muß. – Kein rechtes Argument *pro* oder *contra* ergeben auch die Zusicherungen in den Kaufverträgen betreffs der Lastenfreiheit der Sache. Haben eingetragene Drittrechte die Eintragung des Käufers verhindert oder erschwert, so erklärt sich schon daraus allein die ausdrückliche Haftungsübernahme des Verkäufers, ganz abgesehen von der Notwendigkeit, in Kaufverträgen festzustellen, wieviel der Käufer an Lasten übernimmt und wieviel den Verkäufer trifft. Übrigens wachsen diese

[167] Über unaufgeklärte Andeutungen in BGU. 832 und Teb. 488 vgl. oben S. 22 N. 1 [hier S. 182 Anm. 38].

[168] SZ. 27, 346 N. 2.

Garantien erst im Laufe der Kaiserzeit an Umfang an, und ich würde eine Schlechterstellung anwartschaftlicher Rechte vor römischen Gerichten überhaupt für höchst unwahrscheinlich [95] halten. Haben die Veräußerungsverbote in der Geschichte der gewerelosen Pfandrechte eine Rolle innegehabt, so muß sie in der Römerzeit überholt gewesen sein. Haben sie das Pfandrecht einstmals *unterstützt*, so konnten sie dessen Inhalt jetzt gewiß nur höchstens *umschreiben*. Eine Kombination der oben VIII erörterten Theorie mit der soeben dargestellten wäre also auch nicht unmöglich.

Immerhin darf ich zum Schluß auf eine auffallende Erscheinung aufmerksam machen. Noch zu Ende des 3. Jahrhunderts nach Chr. muß im Osten der Rechtssatz, ein Pfandrecht könne durch Veräußerung der Sache an einen Dritten vernichtet werden, seine Spuren gelassen haben. Dies ist mit demselben Recht und aus denselben Quellen zu erschließen, wie die Fortdauer der volksrechtlichen Anschauungen über die Schriftform der Verträge, direkte Stellvertretung[169], Haftung des Legatars für Schulden[170], Liberationsrecht des Bürgen[171] und hundert andere Dinge – aus den Entscheidungen Diokletians, welchen wir im selben Jahr 293 dreimal, dabei zweimal an Griechen, reskribieren sehen:

CJ. 8. 13. 15 Basilidae. *Debitorem neque vendentem neque donantem neque legantem [vel per fideicommissum relinquentem?] posse deteriorem facere creditoris conditionem certissimum est. unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes.*

CJ. 8. 25. 10 Quintillae. *Res pignoris hypothecaeve iure creditoribus obnoxias citra consensum eorum debitores alienantes praecedentem non dissolvunt obligationem.*

CJ. 8. 27. 12 Zotico. *Si debitor rem tibi iure pignoris obligatam te non consentiente distraxit, dominium cum sua causa transtulit ad emptorem.*

[96] Vielleicht gehört in diesen Zusammenhang auch, wie mir *Partsch* dazu mit Recht bemerkt, daß die Diokletianische Kanzlei in CJ. 8. 13. 14 a. 293 und CJ. 4. 10. 14 a. 294 (Hermodoto et Nicomacho) das *non incertum ius* verkünden muß: der Pfandgläubiger dürfe sowohl die dingliche Klage gegen den Dritterwerber als die persönliche gegen den Schuldner anstellen.

[169] *Wenger*, Stellvertretung 159; *Mitteis*, SZ. 28, 482; *Partsch*, AP. 4, 501.

[170] *Partsch*, Griech. Bürgschaftsrecht 245/6 N. 3.

[171] Ebd. 285.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Daraus ergibt sich für die ägyptischen Klauseln des μὴ ἐξεῖναι usw. die Möglichkeit: daß dieselben eine Funktion in der Entwicklung der Hypothek hatten, *indem sie gerade erst den Schutz des Pfandgläubigers gegen Dritte herstellten.* Dies würde voraussetzen, daß die Veräußerungsverbote durch Vertrag oder Gesetz früher zu dinglicher Wirksamkeit gelangten, als das Pfandrecht selber. Das stärkste Argument hierfür liegt in der gleichlautenden Formel aller der oben im Abschnitt II vorgeführten Geschäfte. Ja, jene Einförmigkeit der Verfügungsbeschränkungen, welche uns die Erklärung der einzelnen Sicherungstypen so sehr erschwerte, ginge dann auf einen inneren Grund von großer geschichtlicher Potenz zurück. Die gortynische Gleichstellung [94] des verpfändeten und des streitigen Sklaven würde auf der Verfangenschaft beruhen. Mit der vorgeschrittenen attischen Hypothek wage ich freilich beim heutigen Quellenstand diese Hypothese gar nicht auseinander zu setzen.

C. Aus den Papyri ist derzeit für eine mangelhafte Wirksamkeit der Pfandrechte gegenüber Dritten, auf welche sowohl der Mangel der Verfolgbarkeit gewisser dinglicher Ansprüche (A), als der Mangel des anwartschaftlichen Rechts (B) hinausläuft, nichts zu ersehen. Doch ist auch das Gegenteil einstweilen nicht erweisbar. – Man könnte[167] zwar an Flor. 56, 6–10 denken wollen. Der Statthalter bewilligt der Gläubigerin die Embateusis in das ὑπάλλαγμα gegen deren Eid, das . . . „nichts entgegenstehendes verfügt worden ist" (καὶ μηδὲν ὑπεναντίον ἐνεν[ομῆσθ]αι, wonach auch BGU. 4, 1038, 13 zu ergänzen ist: καὶ μηδ[ὲν ὑπ]εναντίον ἐνενεμ[ῆσθαι]. *Mitteis*[168] hält es für denkbar, daß dies auf mittlerweiligen Dritterwerb gehe, der sonach die Pfandvollstreckung hindern würde. Doch müssen wir natürlich zögern, diese Möglichkeit für uns auszunützen. Es könnte einfach gemeint sein, daß bei Dritterwerb die *actio hypothecaria* gegen den Besitzer angestellt werden muß. – Kein rechtes Argument *pro* oder *contra* ergeben auch die Zusicherungen in den Kaufverträgen betreffs der Lastenfreiheit der Sache. Haben eingetragene Drittrechte die Eintragung des Käufers verhindert oder erschwert, so erklärt sich schon daraus allein die ausdrückliche Haftungsübernahme des Verkäufers, ganz abgesehen von der Notwendigkeit, in Kaufverträgen festzustellen, wieviel der Käufer an Lasten übernimmt und wieviel den Verkäufer trifft. Übrigens wachsen diese

[167] Über unaufgeklärte Andeutungen in BGU. 832 und Teb. 488 vgl. oben S. 22 N. 1 [hier S. 182 Anm. 38].

[168] SZ. 27, 346 N. 2.

Garantien erst im Laufe der Kaiserzeit an Umfang an, und ich würde eine Schlechterstellung anwartschaftlicher Rechte vor römischen Gerichten überhaupt für höchst unwahrscheinlich [95] halten. Haben die Veräußerungsverbote in der Geschichte der gewerelosen Pfandrechte eine Rolle innegehabt, so muß sie in der Römerzeit überholt gewesen sein. Haben sie das Pfandrecht einstmals *unterstützt*, so konnten sie dessen Inhalt jetzt gewiß nur höchstens *umschreiben*. Eine Kombination der oben VIII erörterten Theorie mit der soeben dargestellten wäre also auch nicht unmöglich.

Immerhin darf ich zum Schluß auf eine auffallende Erscheinung aufmerksam machen. Noch zu Ende des 3. Jahrhunderts nach Chr. muß im Osten der Rechtssatz, ein Pfandrecht könne durch Veräußerung der Sache an einen Dritten vernichtet werden, seine Spuren gelassen haben. Dies ist mit demselben Recht und aus denselben Quellen zu erschließen, wie die Fortdauer der volksrechtlichen Anschauungen über die Schriftform der Verträge, direkte Stellvertretung[169], Haftung des Legatars für Schulden[170], Liberationsrecht des Bürgen[171] und hundert andere Dinge – aus den Entscheidungen Diokletians, welchen wir im selben Jahr 293 dreimal, dabei zweimal an Griechen, reskribieren sehen:

CJ. 8. 13. 15 Basilidae. *Debitorem neque vendentem neque donantem neque legantem [vel per fideicommissum relinquentem?] posse deteriorem facere creditoris condicionem certissimum est. unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes.*

CJ. 8. 25. 10 Quintillae. *Res pignoris hypothecaeve iure creditoribus obnoxias citra consensum eorum debitores alienantes praecedentem non dissolvunt obligationem.*

CJ. 8. 27. 12 Zotico. *Si debitor rem tibi iure pignoris obligatam te non consentiente distraxit, dominium cum sua causa transtulit ad emptorem.*

[96] Vielleicht gehört in diesen Zusammenhang auch, wie mir *Partsch* dazu mit Recht bemerkt, daß die Diokletianische Kanzlei in CJ. 8. 13. 14 a. 293 und CJ. 4. 10. 14 a. 294 (Hermodoto et Nicomacho) das *non incertum ius* verkünden muß: der Pfandgläubiger dürfe sowohl die dingliche Klage gegen den Dritterwerber als die persönliche gegen den Schuldner anstellen.

[169] *Wenger*, Stellvertretung 159; *Mitteis*, SZ. 28, 482; *Partsch*, AP. 4, 501.

[170] *Partsch*, Griech. Bürgschaftsrecht 245/6 N. 3.

[171] Ebd. 285.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Der hier mit gewohnter Entrüstung von der kaiserlichen Kanzlei abgelehnten Anschauung mochten die Einrichtungen der Grundbuchämter künstlich das Leben verlängert haben. Auch ein Gegensatz zu der Ansprüche präkludierenden Wirkung der *distractio* durch den Fiskus (CJ. 8. 25. 6) und zur *remissio pignoris* durch Konsens des Gläubigers zum Verkauf mag hereinspielen. Aber die Anschauung selber ist ebenso klar wiedergegeben wie ihr wiederholter Ausdruck für jeden, der unter dem romanistischen System lebt, befremdlich[119].

Wir landeten im Gebiet der freien Hypothesen. Als solche erkannt, haben auch die Vermutungen, wie die Romanisten leider am besten wissen, ihre Berechtigung. Und willkürlich dürften die hier vorgetragenen nicht zu nennen sein. Möge, was die Vertragsformulare „uns erzählen", durch neue Entdeckungen im dinglichen Prozeß Griechenlands und Ägyptens seine Widerlegung oder Bekräftigung erfahren!

[119] Gewiß nicht ebenso für den Römer Selbstverständliches sagt Paulus D. 13. 7. 18. 2 Satz 1. Vielmehr spricht er, nach dem Zusammenhang mit § 1 und § 2 Satz 2 zu schließen, von der nach der Verpfändung adkreszierenden „*causa pignoris*". Dieser Sinn ist klar, mag der Text echt sein oder etwa verfälscht.

7. REZENSION: WLASSAK, URSPRUNG DER RÖM. EINREDE*

Moriz Wlassak. Der Ursprung der römischen Einrede
S.-A. aus der Festgabe der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich zum 50jährigen Doktorjubiläum von Leopold Pfaff.
Wien 1910. Gerold & Co.

Wlassak, der meisterhafte Erforscher des römischen Zivilgerichtsverfahrens, führt uns diesmal in die dunkle Region der Hypothesen über das Legisaktionenverfahren. Seine Abhandlung ist durch die tiefdringenden Untersuchungen veranlaßt worden, die unter dem Titel „Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren" die Leser [414] dieser Zeitschrift erfreut haben, und erörtert jetzt genauer, was schon in SZ. 28, 108 in einer Anmerkung angedeutet war: Gai. 4, 108 soll eine neue Auslegung erhalten. „Was *Jhering* und die meisten (zuletzt noch *Wenger*) auf Grund dieses Ausspruchs behaupten: keine Exceptio vor dem Formelprozeß, das ist durch Gaius' Worte nicht gedeckt. Was der Jurist in Wahrheit für die Zeit der Legisaktionen in Abrede stellt, das ist lediglich der *Gebrauch (usus)* von Exzeptionen in *der* Art *(ita)*, wie es heute besteht." Diese seine Deutung sucht *Wlassak* durch zwei Zeugnisse nichtjuristischer Schriftsteller zu bekräftigen; darauf ist sie ihm der Ausgangspunkt für andere, zum Teil weitgehende Exkurse in andere Lehren. Die Abhandlung bereichert, wie bei dem Namen des Verfassers zu erwarten, wertvoll die prozeßgeschichtliche Literatur der Romanistik, die der scharfsinnigen Nachdenklichkeit *Wlassaks* so außerordentlich viel verdankt. Wie gewohnt, werden wir wiederum durch die Umsicht und Geschlossenheit der Deduktion ebenso wie durch die künstlerisch vollendete Darstellung gefangengenommen. Es kostet Mühe, den Zauber abzuschütteln, mit dem uns *Wlassak* umwindet. Aber es muß wohl sein, und bei kritischer Prüfung erwachen diesmal starke Bedenken.

* Aus: Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom. Abt., 32 (1911), 413–423. [Die Anmerkungen wurden durchnumeriert.]

Senato della Repubblica - Archivio Storico

EMILIO ALBERTARIO
PROFESSORE ORDINARIO NELLA UNIVERSITÀ DI ROMA

STUDI
DI
DIRITTO ROMANO

VOLUME SESTO

SAGGI CRITICI E STUDI VARI

CON APPENDICI E INDICE DEI TESTI DEI SEI VOLUMI

G. D. C.



MILANO
ANTONINO GIUFFRÈ - EDITORE
1953

186

Senato della Repubblica - Archivio Storico

XVII

CONTRATTI AGRARI NEL DE AGRI CULTURA DI CATONE

Senato della Repubblica - Archivio Storico

In una serie (*) di studi (1) io ho cercato di dimostrare che i testi della compilazione giustinianea in cui si rimette all'arbitrio, sia pur *boni viri*, di un contraente l'adempimento della obbligazione o la determinazione della prestazione, sono l'espressione di un orientamento giuridico nuovo, cioè giustinianeo, e non romano. L'interesse storico e dommatico del problema in essi agitato determinò una fioritura di studi in questa materia. La tesi da me sostenuta trovò vasti consensi (2); sollevò anche dissensi, quando più quando meno profondi (3), per quanto la critica, anche più conservatrice, abbia dovuto finir con l'ammettere l'alterazione di molti testi romani da me affermata.

A questa critica io ho già risposto (4).

Ma vale la pena di rivedere l'obbiezione, più impressionante di tutte, fattami da un forte romanista tedesco, lo Schulz (5), a proposito dei testi concernenti la locazione d'opera, che dicono valido questo contratto anche quando l'*opus* debba esser fatto o approvato *arbitrio locatoris*.

(*) Nota pubblicata in *Riv. di dir. agrario*, (1936) 2 segg.

(1) Vedi ora *Studi* 3, 283 segg.

(2) Cfr. M. Rotondi, in *RDCo* 111 (1924) 1, 710 e in *RDC* (1926); F. Maroi, in *AG* 94 (1925) 157 e in *Iur. Prudentium* (1925) 51; H. Krüger, in *Literarische Wochenschrift*, 1925, n. 30; M. Sibis, *Römisches Privatrecht*, 174; S. Perozzi, *Ist. di dir. romano*², 2, 116; 2, 297, n. 4; 2, 301; 2, 675 n. 3; F. Santoro Passarelli, in *RDP* 2 (1931) 280 n. 2.

(3) Alcuni studiosi ritengono che già il diritto classico ammettesse la validità di un'obbligazione, in cui la determinazione della prestazione venisse rimessa all'*arbitrium boni viri* del socio: così S. Solazzi, in M 3 (1917) 235-236; Steinwenter, in *ZSS* 50 (1930) 391 n. 1; Guarneri Citati, in *BIDR*, N. S. 1 (1934) 191 segg. Il Riccobono, in *Mélanges Cornil* 2, 347 segg., e il Solazzi, *loc. cit.*, pensano poi che all'*arbitrium boni viri* dell'erede potesse lasciarsi l'adempimento del fedecommesso.

(4) Cfr. E. Albertario, *Studi* cit., 265 segg.

(5) In *ZSS* 48 (1928) 690-695.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

I due testi (D. 17, 2, 77 e D. 19, 2, 24), che ne asseriscono la validità e che portano, il primo, l'iscrizione *Paulus libro quarto quaestionum*; il secondo, *Paulus libro trigesimo quarto ad edictum*, non appartengono al giureconsulto romano a cui sono attribuiti, ma sono — così come nella compilazione giustinianea ci si presentano — falsificazioni del pensiero di Paolo.

L'interpolazione del primo testo è stata eseguita con l'inserire in un testo spezzettato di Proculo — concernente la validità di un contratto di società, in cui si era rimessa all'arbitrio di un terzo (Nerva, *amicus communis* dei soci) la determinazione delle quote sociali — il passo tolto dalle *quaestiones* di Paolo.

Ecco la combinata serie dei frammenti dei due giureconsulti.

Proculus libro quinto epistularum (D. 17, 2, 76):

Societatem mecum coisti ea condicione ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret . . .

Arbitrorum . . . genera sunt duo . . .

Alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona non sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.

Paulus libro quarto quaestionum (D. 17, 2, 77):

(*ceteri cum lege locationis comprehensum est ut opus arbitrio* [*locatoris*] *fiat*).

Proculus libro quinto epistularum (D. 17, 2, 78):

in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse . . . .

Paulus libro quarto quaestionum (D. 17, 2, 79):

Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.

Formalmente il fr. 77 D. 17, 2 è irreprensibile: parrebbe, quindi, che Paolo riconoscesse la validità di un contratto di locazione d'opera, in cui l'*opus* doveva essere eseguito *arbitrio locatoris*, purchè questo *arbitrium* fosse quello di un *bonus vir*. Ma l'interpolazione della parola *locatoris* è sicura. Essa è resa evidente dal successivo fr. 79 che è la continuazione, nel testo originario delle *quaestiones* di Paolo, del fr. 77.

Dal fr. 79 risulta in modo inoppugnabile che Paolo, in materia di locazione, come Proculo, in materia di società, si riferiva all'*arbitrium* di un terzo (*Nerva* !), non di una parte.

Dice il fr. 79:

Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.

Non dice:

Unde si locatoris arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei, come avrebbe dovuto dire se proprio Paolo avesse precedentemente scritto:

Veluti cum lege locationis comprehensum est ut opus arbitrio locatoris fiat.

Nè l'interprete della compilazione giustinianea si può sorprendere che quella mano, che sostituì *locatoris* a *Nervae*, cioè la menzione della parte alla menzione del terzo, non è stata vigile e non ha fatto nel fr. 79 quel che ha fatto nel fr. 77, perchè di sviste di questo genere la compilazione giustinianea offre esempi innumerevoli.

Il secondo testo di Paolo, dal quale risulterebbe che i Romani ammettevano la validità di un contratto di locazione, in cui l'*opus* fosse rimesso all'*arbitrium* del locatore, è anch'esso sicuramente alterato.

D. 19, 2, 24 (libro trigesimo quarto ad edictum):

Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset. Idemque servatur si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono conveniat.

Insomma, Paolo qui, come Proculo altrove a proposito della società, avvertiva che in mancanza di un esplicito riferimento all'*arbitrium merum* del terzo, questi doveva comportarsi non capricciosamente, ma come un *bonus vir*. I giustinianei vogliono riconoscere anche alla parte contraente la facoltà di valutare come un *bonus vir* la prestazione e salvare, anche in questo caso, la validità del contratto, e allora mettono insieme il testo di Paolo così come lo leggiamo nei Digesti, dove è visibile il rincorrersi per tre volte di *comprehensum sit – comprehensum fuisset – comprehensum sit*, è afferrabile la sconcordanza *sit – fuisset – sit*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Se non che lo Schulz mi oppone che di locazione d'opera, che deve compiersi *arbitrio domini*, si parlerebbe nel *de agri cultura* di Catone. Si tratta di casi — soggiunge il Grosso (1) sulle orme dello Schulz — che rientrano appunto nelle ipotesi previste dal fr. 77 D. 17, 2 e dal fr. 24 D. 19, 2, di cui non si potrebbe dunque contestare la genuinità.

La realtà è un po' diversa. I passi del *de agri cultura* di Catone, qualora tutti si richiamino e si pongano a confronto gli uni con gli altri, servono a dimostrare la fondatezza della mia tesi. Lo Schulz sembra che non si sia questa volta avveduto — egli, così vigile e attento — di due formule diverse che nel *de agri cultura* si inseguono; e il Grosso gli andò dietro alla cieca. Vediamo dunque, insieme — e tutti insieme —, i passi del *de agri cultura*.

Innanzi tutto, quelli dell'appalto del raccolto delle olive.

CXLIV.

1. *Oleam legendam hoc modo locare oportet:*

2. *Oleam cogito recte omnem arbitratu d o m i n i, aut quem custodem fecerit, aut cui olea venierit.*

6. *Scalae ita uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt. Si non erunt redditae, aequom v i r i b o n i arbitratu deducatur.*

7. *Si quid redemptoris opera domino damni datum erit, resolvito: id v i r i b o n i arbitratu deducetur.*

In secondo luogo, quelli sulla lavorazione dell'olio.

CXLV.

1. *Oleam faciundam hac oportet locare:*

2. *Facito recte arbitratu d o m i n i aut custodis, qui id negotium curabit.*

9. *Si quid redemptoris opera domino damni datum erit, v i r i b o n i arbitratu deducetur.*

Infine quelli relativi alla vendita delle olive sull'albero e del vino nei dogli.

(1) *Lezioni di diritto romano*, Pisa, 1934.

CXLVI.

1. *Oleam pendentem hac lege venire oportet.*

5. *Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito satisque dato arbitratu d o m i n i.*

CXLVIII.

1. *Vinum in dolia hoc modo venire oportet.*

4. *In triduo proximo v i r i b o n i arbitratu degustato, si non ita fecerit, vinum pro degustato erit. Quot dies per dominum mora fuerit, quo minus vinum degustet totidem dies emptori procedent.*

Che cosa risulta da questi formulari catoniani? Che anche in questi contratti, quando si tratta di determinare la m i s u r a d e l l a p r e s t a z i o n e e l a q u a l i t à d e l l ' o g g e t t o d o v u t o, questa determinazione non è rimessa all'*arbitrium* di una parte; nè pure all'*arbitrium boni viri* di una parte, ma all'*arbitrium boni viri* di un terzo.

Infatti, si conviene che *viri boni arbitratu* (secondo l'arbitrato di un proboviro) sarà dedotto dal compenso dovuto all'assuntore il valore delle scale che questi non abbia restituite, o l'importo del danno che questi abbia prodotto nella raccolta delle olive; si conviene che, sempre *arbitratu boni viri*, sarà dedotto dal compenso, all'assuntore dovuto, l'importo del danno che questi abbia cagionato nella lavorazione dell'olio; si conviene, in fine, che sempre *arbitratu boni viri* venga assaggiato entro il termine di tre giorni il vino venduto nei dogli.

L'*arbitratus domini* non viene mai una volta in considerazione quando si tratti di determinare la q u a l i t à dell'oggetto venduto o la misura della prestazione. Si dice che le olive dovranno esser colte *arbitratu domini*, come vorrà il padrone; ma qui non è in gioco nè la prestazione nè l'*arbitrium merum* o *boni viri* per la sua determinazione: qui prestazione (raccolta delle olive) e controprestazione (*merces* per la loro raccolta) sono già stabilite. È ovvio, per altro, che il padrone faccia incominciare la raccolta dall'albero o dall'appezzamento che più gli aggrada. Così dicasi per la lavorazione dell'olio che deve essere fatta *arbitratu domini*; anche qui non prestazione indeterminata, ma determinatissima. Così dicasi, finalmente,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

per le garanzie che possono essere richieste *arbitratu domini* al compratore delle olive fino al momento del pagamento del prezzo: non prestazione indeterminata, perchè ha un limite certo; il compratore sa che non può sorpassare l'ammontare del prezzo.

Lo Schulz, per non vedere tutto, non si accorse che Catone traccia in questi suoi formulari la linea di confine tra *arbitrium* della parte e *arbitrium* del terzo ed esclude l'*arbitrium* della parte quando è in gioco la determinazione della prestazione dovuta.

La mia tesi coi formulari catoniani non si distrugge nè si indebolisce: si consolida e si rafforza.

XVIII

I CONTRATTI A FAVORE DI TERZI

Senato della Repubblica - Archivio Storico

OPERE

DI

CONTARDO FERRINI

VOLUME TERZO

STUDI VARI DI DIRITTO ROMANO E MODERNO

(sulle Obbligazioni, sul Negozio giuridico, sulle Presunzioni)

A CURA DI

EMILIO ALBERTARIO



ULRICO HOEPLI

EDITORE LIBRAIO DELLA REAL CASA

MILANO

ASSR Archivio Storico

La colonia partiaria (*).

Da una serie di testi delle fonti nostre sembra derivare la necessità che la *merces* nella *locatio-conductio* abbia a consistere in denaro. Intanto s'insegna che questo contratto è soggetto alle stesse regole della compravendita (D. 19, 2, 2; I. 3, 24 pr. ecc.) e in questa il prezzo deve, secondo la trionfatrice sentenza dei proculiani, consistere in *pecunia numerata*. Ecco poi i principali testi, in cui si trova direttamente contenuto quell'insegnamento:

Gai. 3, 144: « Item si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur ». Cfr. § 142: « Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi ».

Inst. 3, 24, 2: « praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur, ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. et placuit non esse locationem et conductionem sed proprium genus esse contractus, veluti si etc. ».

(*) [In *Riscl. Ist. Lomb.*, ser. II, vol. XXVI, 1893, pp. 187-200; col titolo " *Ueber die colonia partiaria* " lo studio fu pubblicato anche in tedesco nell'*Arch. f. d. civ. Praxis*, vol. 81, 1893, pp. 1-20.].

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Ulp. (30 *ad Ed.*) D. 16, 3, 1, 9: « Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodino, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, *quasi genus locati et conducti intervenit*; sed, *quia pecunia non datur*, praescriptis verbis datur actio ».

Abbiamo di fronte ai citati passi un'altra serie di testi, in cui sembra essere invece ammessa una *merces* non consistente in *numerata pecunia*:

a) D. 19, 2, 25, 6: « apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur ».

b) C. 4, 65, 8: « licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione etc. ».

c) C. 4, 65, 21: « si olei certa ponderatione fructus anni locasti, de contractu bonae fidei habito propter hoc solum, quod alter maiorem optulit ponderationem, recedi non oportet ».

Cfr. Plin. *Epistul.* 9, 37: « modendi una ratio: si non *nummo* sed *partibus* locem etc. ».

Le opinioni degli interpreti sono diverse. Credono taluni di tener fermo in modo assoluto il principio che la *merces* debba consistere in denaro ed eliminano con vari spedienti le difficoltà che la seconda serie di testi sembra opporre. Altri invece, pure ammettendo che nella prima serie si insegni che per regola nella *locatio-conductio* la mercede abbia a consistere in denaro, statuiscono delle eccezioni più o meno larghe a tale principio (1).

E fra questi vanno più in là di tutti coloro, che sostengono essere questo principio vero solo per la *locatio faciendi*, non per la *locatio fruendi*: in questa la *merces* potrebbe essere anche altrimenti rappresentata. Questa opinione si trova nel

(1) Affatto isolata è l'opinione del Conrado, *Miscellan. iur.* 2, 11, il quale afferma doversi riconoscere locazione ovunque la mercede sia fissata " in his quae pondere numero mensura constant, quia similes species etiam nomine pecuniae veniunt ". Cfr. Mascardo, *de adipisc. possess. remed.* 3, 92.

Lopez (1): « in locatione faciendi merces tantum in nummis; in locatione vero fruendi etiam in fructibus vel alia re ». Egli argomenta così: Tutti i passi, che si adducono per sostenere il requisito della *numerata pecunia*, parlano della *locatio factorum*; della *locatio rerum* parlano quelli, in cui si ammette un'altra categoria di mercede. La ragione del divario consiste in ciò che nella *locatio factorum*, se la mercede non è in denaro, il contratto si può ricondurre al tipo *do ut facias*; mentre nella *locatio rerum* non potrebbe ricondursi che al tipo *do ut des*, del qual tipo unica forma riconosciuta è la permuta. Così si capisce perchè la *partiaria locatio* sia appunto una locazione e s'intendono testi, quali il fr. 35, 1 h. t. e la c. 8 h. t. Nè deve fare meraviglia, se qui una categoria di locazione è regolata diversamente dall'altra; sono molte le altre divergenze fra la disciplina giuridica di entrambe. Non furono molti gli aderenti a questa dottrina; citerò fra i vecchi l'Illigero nelle note al Donello (2), fra i moderni il Gesterding (3).

La maggior parte ammette un'eccezione solo per la locazione di cose fruttifere (e anzi di solito l'ammette per la sola locazione dei fondi rustici), per cui la *merces* si dichiara potere consistere anche in una quantità di frutti o di fungibili derivanti dalla specificazione di questi: così il Glück (4), il Sintenis (5), il Mommsen (6), il Windscheid (7), il Voigt (8), etc. Di regola tale eccezione si giustifica coi riguardi dovuti all'agricoltura o con l'impulso urgente della necessità delle cose; il Mommsen la spiega osservando che siffatto contratto per i fondi rustici si sviluppò fuori dell'orbita e della tutela giuridica, la quale venne anzitutto applicata alla locazione delle case, per le quali la regola della mercede in denaro (derivata

(1) *Antinom.*, c. 15, n. 8 sg.
(2) *Opera*, ed. Lucca, III, 820-821.
(3) *Academ.* IV, 1, p. 149 sgg.
(4) *Erläuterung der Pand.*, 17, p. 335.
(5) *Prakt. Civilrecht*, II, § 118.
(6) *Mantelrecht*, II², 469; *Röm. Gesch.*, I³, 844. Questo autore ammette però senza restrizione che la merces di una cosa fruttifera possa consistere in *fungibili* di qualsiasi specie.
(7) *Pand.*, II, 389.
(8) *Röm. RG.*, I, p. 661 sg.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

probabilmente dal diritto pubblico) era senza troppi inconvenienti applicabile (1).

Una nuova dottrina fu recentemente emessa dal Wauser nel suo scritto sulla *colonia partiaria* (2). L'autore tien ferma la regola che la mercede dovesse consistere in denaro per tutte le forme di locazione; e solo in via di eccezione concede che un fondo rustico potesse affittarsi per una *pars quanta* di frutti. Non però per una *pars quota*; giacchè in tale ipotesi non sorgerebbe un contratto di locazione e conduzione, ma un contratto di società. Più avanti ci occuperemo di questa ultima asserzione; dove, cioè, esamineremo gli argomenti di quegli scrittori, che non riconoscono alcuna eccezione alla norma che *merces in numerata pecunia consistit*. Qui dobbiamo solo valutare le ragioni che hanno indotto il Wauser a statuire una differenza fra la *pars quanta* e la *pars quota* per designare soltanto la prima quale idoneo corrispettivo del godimento del fondo. Anzitutto egli osserva che un contratto, per cui venisse concesso l'uso o il godimento di un fondo per una *pars quanta* in natura, se non fosse stato considerato come locazione, avrebbe dovuto esulare dalla cerchia dei contratti consensuali e rimanere o privo di tutela giuridica o solo imperfettamente partecipe, quale contratto reale. La *merces* in una *pars quanta* ha i requisiti della certezza e della obbiettività, mancanti invece alla *pars quota*. E per vero questa non è *a priori* calcolabile, tanti sono gli eventi che influiscono sopra di essa; neppure per approssimazione può prevedersene l'entità. Inoltre si consideri che tra i vari fattori concorrenti alla produzione dell'intero raccolto (dalla cui misura si determina quella della quota parte) alcuni dipendono dalle qualità subbiettive (intelligenza, capacità) del colono, e anzi dalla sua volontà; perchè non può negarsi che la buona o cattiva volontà con cui il colono si pone all'opera influisca sull'esito di questa. Può dirsi che così si abbia tuttora quanto basti per soddisfare ai generali requisiti della *merces*? V'ha

(1) Molti autori non distinguono bene la seconda e la terza opinione. Lo Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum universum* (ed. Roma 1841, t. III, parte II, p. 178 sg.) crede, per es., di andare d'accordo coll'Illuminio, ma invece se ne allontana molto, esigendo la *numerata pecunia* anche "in locatione rei non frugiferæ „ ed esigendo rigorosamente che la mercede sia almeno in fungibili nella " locatio rei frugiferæ „.

(2) Berlino, 1885.

di più. La *quota pars* deve prendersi dai frutti del fondo concesso in uso e godimento al colono (nella *pars quanta* ciò può avvenire, ma non è essenziale). Ora i frutti appartengono al domino e solo per via della percezione (la quale concettualmente non s'identifica con la separazione e neppure nel fatto coincide con questa necessariamente) si acquistano al colono. Diremo noi che possa costituire valida mercede la cosa, che, appartenendo originariamente al domino, diventa proprietà del colono per ritornare quindi a lui? Credo di avere così riassunto fedelmente i motivi, che hanno indotto il Wauser alla accennata dottrina, e che si trovano indicati in vari punti della sua pregevole monografia (1).

Lascio ora il primo argomento, che cioè un siffatto negozio con il corrispettivo di una *pars quanta* non avrebbe potuto riannodarsi a verun altro contratto consensuale; poichè ciò denoterebbe tutt'al più che una tale eccezione avrebbe potuto farsi, ma non spiega ancora abbastanza perchè si dovessero trattare in modo cotanto diverso due negozii nella loro funzione e apparenza cotanto affini. Ma che una *pars quota* non presenti sufficienti caratteri di certezza e di obbiettività, mi par da negare. Poichè, almeno in diritto classico, il concetto della certezza viene qui e altrove (ove si determina l'essenza del legato certo, della stipulazione certa etc.) stabilito nel senso che esso debba riferirsi alla natura delle cose, non alla cognizione delle parti. Bene sta che le parti non possano prevedere neppure approssimativamente (almeno con sicurezza) a quanto ammonterà la *pars quota*, ma non perciò sarà meno certa a suo tempo *in rerum natura* l'entità del prodotto totale, e però della quota. Nè osta il fatto, che tra i fattori concorrenti all'entità del prodotto dovesi annoverare la diligenza (o quindi la volontà) del coltivatore; perchè la volontà qui non influisce che in parte insieme a tutti gli altri elementi, e poi non è mero arbitrio e capriccio, essendo coinvolto assieme all'interesse del domino pur quello del coltivatore medesimo ed essendo d'altra parte ogni mala fede repressa e colpita con i rimedi dal contratto nascenti. È vero che i frutti spettano al domino e solo mercè la percezione diventano del colono. Ma

(1) Specialmente alle pp. 25-63, 92 sgg.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

prima di tutto si avverta che normalmente coincidono nel fatto separazione e percezione, e che prima di questa i frutti non hanno autonoma esistenza, ma costituiscono parte integrante della cosa madre. Essi sogliono pertanto acquistarsi dal colono subito che siano suscettibili (come enti autonomi) di dominio. Del resto non si vede perchè, dato pure che i frutti appartenessero inizialmente al domino (ove, per es., la separazione non coincida con la percezione), ciò li debba rendere inidonei all'ufficio di *merces*. Nelle obbligazioni dirette a dare una cosa non può (secondo il rigoroso concetto dei classici) essere *in obligatione* la cosa che all'origine della stessa era in proprietà del creditore; circa la cosa che più tardi pervione al creditore, variano le opinioni e varie sono pure le applicazioni. Ora, i frutti non sono certamente cosa fin dal tempo della conclusione del contratto in dominio del creditore. Inoltre non è dimostrato (io spero anzi di dimostrare il contrario) che la prestazione della mercede consista necessariamente in un *dare*. Per tali ragioni io non saprei che cosa ricavare da D. 19, 5, 13, 1, citato dall'autore (p. 27): « Iulianus... scribit: si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio etc. ». Secondo il Waaser, qui Giuliano astrae per un momento dal requisito che *pretium in numerata pecunia consistere debet* (avrebbe potuto dire che forse come sabiniano egli non ammette la necessità di questo); ma nega che la cosa possa fungere come prezzo, perchè inizialmente di proprietà del compratore. Ora, dice egli, se ciò non sta per il prezzo, non può stare per la mercede soggetta alle stesse norme. Su questa pretesa identità di trattamento vedremo più avanti. Intanto si noti quanto sia inverosimile che Giuliano ammettesse in ogni caso che il prezzo potesse consistere in altre cose, che non fossero denaro, e come pertanto sia pericoloso argomentare *a contrario* dell'espressione *rei meae*. Impossibile poi è ammettere con l'autore che qui Giuliano astraesse dal requisito (essenziale o precipuo!) della nummarietà del prezzo, e respingesse il concetto della compravendita per un altro argomento secondario. Ma, concesso pur tutto questo, nulla segue ancora per la locazione. La compravendita consiste essenzialmente nello scambio di due enti diversi; che una parte riprenda la stessa cosa che ha dato, sia pure mutata e migliorata, ripugna affatto alla natura di tale contratto.

Veniamo ora ad esaminare l'opinione di coloro, che negano esservi alcuna eccezione alla norma che la mercede debba consistere in denaro. Tale opinione risale molto addietro e noi la troviamo anche nei più antichi bizantini. Che la difendesse Taleleo ben può arguirsi (1) da quanto dice nel commento ad C. 2, 3, 8 (2). Che parimenti Stefano avesse l'opinione medesima, si può conchiudere dallo sch. Δεῖ δὲ in Bas. Hb. 2, 334: Δεῖ δὲ ἐν ἀργυρίοις ὁρισθῆναι τὸν μισθόν· εἰ γὰρ μὴ ἐν ἀργυρίοις ἐγένετο, οὐκ ἦν μίσθωσις, ὡς ἔστι μαθεῖν καὶ ἀλλαχόθεν, μάλιστα δὲ ἐξ ὧν ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ βι. ις' τί. γ', διγ. α' θεμ. η' (§ 9 delle nostre edizioni) φησίν. Cfr. pure gli scolii, contenenti brani dell'indice stefanco, βουλόμενος ed ἐάν in Bas. Hb. 2, 27, riferentisi al citato D. 16, 3, 1, 9. Oscillante in vari punti delle sue opere è il Cuiacio: ora inclina a questa dottrina; ora vorrebbe un'eccezione per la colonia parziaria: cfr. ad D. 19, 5, 13, 1 (3); ad D. 19, 2, 35 (4); ad C. 4, 65, 5 (5); ad C. 2, 3, 9 (8) (6). Ben può dirsi però essere opinione sua prevalente, che « locatio non consistit sine pretio exemplo emptionis et venditionis: pretium autem non est nisi confestim sit pecunia numerata ». Deciso sostenitore poi di tale opinione è il Donello (7): « in mercede itidem ut in pretio duo spectanda: primum ut consistat in pecunia numerata; quod si pro usu rei aliud quid praestatur, locatio non erit ». Fra i moderni molti erano i seguaci di tale avviso: specialmente francesi, dietro l'esempio dell'Accarias. Costoro devono pure eliminare i testi, che sembrano contraddire al loro avviso. E anzitutto essi sogliono considerare le espressioni più evidenti, quelle di C. 4, 65, come usate impropriamente: per es. Hotomann (8): « esse quasi locationem et dici sic eo modo, quo verbum *vendidi* in l. 6 *de pr. v.*, ex intentione scilicet contrahentium »; Donello (9): « quod dicitur in l. *si olei* C.

(1) Cfr. quello che già io scrissi nell'*Arch. giur.*, 38 [= *infra*, p. 45 sg.].
(2) Sched. Taleleon, Bas. ed. Heimb., I, 638.
(3) *Opera*, ed Neap., 1722, VII, col. 850.
(4) *Ibid.*, I, 1486.
(5) *Ibid.*, IX, 410.
(6) *Ibid.*, IX, 63.
(7) *Comm. iur. civ.*, 13, 6, nn. 3 e 6.
(8) *Comm. de praescriptis verbis*, p. 179.
(9) *Comm.* cit., 13, 6, 6.

Archivio della Repubblica - Archivio Storico

de loc. *si olei certa ponderatione fructus anni locasti, locasti* dictum est abusive, dum imperatores referant verba consultricis, quae in specie facti proponenda hoc verbo usa erat ». Spiegazioni siffatte danno a un dipresso i moderni, benchè già Cerasio avesse avvertito « nihil esse inconcinnius » (1). Nè l'insufficienza di tali spiegazioni si prova tanto con le ragioni addotte dal Cerasio, quanto col riflesso che qui e altrove i testi contrappongono un caso di locazione all'altro come specie del medesimo genere. Se non si vuol dare troppa importanza al citato brano di Plinio il giovane, perchè non giurista, non potrà del tutto mettersi fuor di questione il fr. 25, 6 h. t.: « ... colono ... *qui ad pecuniam numeratam conduxit*: alioquin *partiarius colonus* ... »; in niun modo poi l'impropriità di linguaggio, che a gran fatica si spiegherebbe per C. 4, 65, 21, può ammettersi anche in C. 2, 3, 9 (8) (2). Quale contratto sarebbe poi quello, in cui non interviene il denaro come corrispettivo? Circa la colonia, in cui il compenso è fissato in una *pars quota* di fungibili, il negozio si delinea per molti siccome *societas*. Una tale opinione, oltre che in Taleleo e nella Glossa, è chiarissima in Donello (sicchè parmi strano che il Wasser dica non constargli che alcuno l'abbia esplicitamente sostenuta). Scrive il Donello (3): « non idem placuit in *partiario colono*: ut enim is conductor non est, sed *socius* etc. ». Soprattutto si conforta tale avviso con il passo di Celso, D. 17, 2, 52, 2: « si in secunda societate artem operamve pollicitus est alter veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus... etiam culpa praestanda est; pretium enim operae artis est velamentum ». Lasciamo stare le ultime parole incomprensibili; da questo brano celsino gli autori sogliono ricavare che la colonia parziaria possa assumere forma di società, quando cioè a tale negozio corrispondano le pattuizioni delle parti; quelli poi, di cui parliamo, deducono che essa non sia mai altro che una società, nè più nè meno. Occorre però riflettere

(1) *Miscell.*, 2, 11, n. 4.

(2) [In *Prodotta*, p. 628 n. 3, il Perrini osserva sulla scorta dei papiri che affitti a *pars quotae* erano frequentissimi in Egitto anche dopo la costituzione di Caracalla].

(3) *Commentarii iur. civ.*, III, 7, n. 9.

con il Pernice (1) che qui Celso non parla in genere di colono, ma di *politor*, ossia di quel coltivatore tecnico e raffinato, la cui posizione sociale dista assai meno da quella del proprietario del suolo e con cui una società è anche nel senso romano bene ammissibile (2). Nè contro l'osservazione del Pernice reggono le obbiezioni del Wasser (3). Infatti, fra i due rapporti intercedono cospicue differenze, delle quali le qualità speciali del *politor* e la sua posizione sociale non sono che la causa. La colonia è un rapporto di dipendenza di solito stretto per un periodo di alcuni anni, sempre però rinnovabile anche tacitamente: il colono è lo strumento, mercè il quale il domino possiede e fa fruttare il fondo. Non così il *politor*. Questi è assunto per una determinata impresa: per riordinare la cultura di un fondo, per migliorarne il sistema, per cambiare la destinazione agricola di esso; a tale uopo si capisce meglio come possano essere applicabili eventualmente le norme della *societas* e soprattutto l'intrasmissibilità ereditaria e la risolvibilità unilaterale. Contro poi la teoria, che la colonia parziaria sia una società, si è invocato, e a ragione, D. 19, 2, 25, 6, ove si dice: « apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus *quasi societatis iure* et damnum et lucrum cum domino fundi partitur ». Dice il testo '*quasi* societatis iure' e non 'societatis iure': fa un paragone, non statuisce una identità, anzi l'esclude. Veramente si osserva che, sebbene l'uso ordinario di *quasi* sia quello di indicare un'analogia, una similitudine, pure non manca qualche raro caso, in cui tale particella denota una vera equazione (4). Ma, se io ben veggo, *quasi* tale senso ha solo quando indica una delle varie possibile figure, a cui un dato caso può corrispondere; quando insomma può tradursi con la parola « siccome ». Per es., in D. 39, 2, 34 si considera che i mobili dell'inquilino, che abbia giusto motivo di lasciare l'abitazione, possono essere o no tenuti *siccome* pegno a favore del locatore, secondo cioè

(1) *Ztschr. der Sav.-Stift.* 3, p. 50 sgg.

(2) V. anche Ferrini, *Archiv. giur.* cit., p. 31 sg. [*infra*, p. 46 sgg.] e Pernice, *Auswahlrecht beim*, nella *Ztschr. der Sav.-St.* R.A., VII, p. 99 sgg.

(3) Op. cit., p. 68 sgg.

(4) Waasser, op. cit., p. 28.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

che l'inquilino sia o no in regola con le rate scadute di affitto. Paolo scrive « si quasi pignora retinuerit etc. ». Ma è possibile tradurre nello stesso modo il nostro frammento? Se il giurista avesse voluto dire che il parziario colono è regolato con le norme della *societas*, avrebbe detto senza altro *iure societatis*; invece nel fr. 34 Paolo non avrebbe potuto scrivere senz'altro « pignora retinuerit », non si sarebbe capito che sono i mobili trattenuti come pegno. Bastano queste semplici osservazioni per mostrare la profonda differenza fra i due testi e l'infelicità di certe sottigliezze esegetiche.

La maggior parte però degli autori vuol riscontrare nella colonia parziaria la figura del contratto reale innominato: *do ut des* (1). Se ciò corrisponda a quanto noi possiamo pensare sulle relazioni intercedenti fra domino e coltivatore, ognuno può di leggieri persuadersi: un simile rapporto a me pare addirittura impossibile. Sistematicamente però questa dottrina ha sulla precedente il vantaggio di non disgiungere la colonia per una *pars quanta* (per cui è insostenibile il concetto di società) da quella per una *pars quota*; gli argomenti poi con cui si sostiene sono vari. Non può farsi corrispondere il contratto in parola con alcun tipo dei consensuali: non con la società (meno che forse nel caso della *pars quota*, dove tuttavia talune regole della società e specialmente la risolvibilità unilaterale malamente si adattano); non con la locazione, per assenza della *numerata pecunia*; non c'è che ricorrere al tipo dei contratti innominati. Del resto nelle fonti troviamo due casi in cui il compenso dell'opera non è stabilito in denaro, ma in altra prestazione, e in luogo della *locatio operis*, che non può per tal ragione intervenire, si dichiara esservi un contratto reale innominato; da tale analogia è facile conchiudere. I due passi sono D. 16, 3, 1, 9 e D. 19, 5, 5, 2. Rifo-

(1) È veramente singolare la disinvoltura con cui gli scrittori si liberavano dalle difficoltà create dall'ammissione del contratto innominato; v. per es. il PACIONIUS, *De locationibus*, 1, 5 n. 4 (Venezia, 1700, p. 14): " licet cum istis (qui solvunt certam quantitatem fructuum vel quid simile) non intercedat proprie contractus locationis mercedem in pecunia requirentis sed innominatus *do ut des*, TAMEN TALIS CONTRACTUS INNOMINATUS REGULARI DEBET REGIMINE NATURAM SUUS CONTRACTUS, CUI MAGIS ASSIMILATUR, ET HIC LOCATIONIS ". E seguita, non senza addurre altre autorità, a sostenere " quod iste contractus in nihilo distinguitur a vera locatione ".

riamo quest'ultimo per la parte che ci riguarda: « cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit.... si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest, vel ad repetendum condictio ». Ma, oltre le ragioni sunacconnate, ostano recisamente a tale dottrina C. 4, 65, 8; 21 e D. 19, 2, 26, 5; circa poi gli argomenti addotti dai fautori di essa, fra poco dovremo discorrerne.

In tutta questa esposizione non ho fatto cenno alcuno della teoria del Bekker (1), che dalle altre si discosta grandemente. Il Bekker ammette vere locazioni parziarie, non solo di cose, ma anche di opere, specialmente sulla base dei formulari catoniani. Il lavoratore o l'imprenditore ha diritto a parte dell'opera, di cui il locatore fornisce i materiali. È certo che dallo stato attuale del testo catoniano noi non possiamo con sicurezza decidere se si trattasse, o no, di vera locazione; la quale sarebbe stata a nostro avviso tutt'altro che impossibile, come passiamo a vedere.

La massima che nella locazione la mercede debba consistere in denaro dovette essere ammessa dai compilatori giustinianei. Dalle riferite osservazioni di Stefano e più ancora da quelle di Taleleo si può con sicurezza dedurre che tali erano appunto le dottrine della scuola beritese, donde tanto passò per opera dei compilatori nel diritto giustinianeo. Ma queste dottrine sono derivate, a quanto sembra, da una cattiva intelligenza delle cose esposte da Gaio nelle sue Istituzioni e nelle sue *res cottidianae*: ivi infatti (per le *res cottidianae* possiamo riportarci alle Istituzioni giustinianee, tenuto il debito conto dei mutamenti) non si insegna punto il requisito che la *merces* consista in *numerata pecunia*, ma le espressioni son tali da indurre i meno cauti in errore. Riassumerò meglio che posso gli insegnamenti di Gaio, conformi del resto a quelli di Paolo (D. 18, 1, 1).

Parlando del contratto di compravendita, Gaio (3, 141) espone la controversia fra le due scuole circa la natura del prezzo. È avverte che i proculiani esigevano che il prezzo fosse in denaro: « alioquin non posse rem expediri permutatis rebus,

(1) *Zeitschr. f. RG.* III, p. 120.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse ». Anche Paolo (loc. cit., § 1) scrive: « aliud vendere, aliud emere; alius emptor, alius venditor... aliud est pretium, aliud merx: *quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit* ». Cfr. lo stesso, D. 19, 4, 1 pr.: « sicut aliud est vendere, aliud emere, alius venditor, alius emptor, ita pretium aliud, aliud merx, at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes ». Per tal motivo Celio Sabino opponeva ai proculiani che « si rem tibi venalem habenti, veluti fundum (sulla cui natura di *merx* non siavi dubbio), acceperim et pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur » (Gai. l. c.). Da tutto questo appare ben chiaro che la ragione, per cui il prezzo dovea consistere (secondo l'opinione proculiana accolta quindi generalmente) in *numerata pecunia*, era che solo così risultava la differenza delle due prestazioni e della reciproca posizione dei due contraenti.

Esisteva la medesima ragione per la *locatio conductio*? Evidentemente non c'era pericolo di confusione fra la rispettiva posizione dei contraenti, quando uno avesse concesso per es. all'altro l'uso annuo di una casa e ricevuto in compenso uno schiavo; se taluno pattuisse di prestare taluni servizi con la rimunerazione di una tunica etc. (1). Perchè qui non si potesse discorrere di *locatio conductio*, perchè non si dovesse applicare che l'imperfetta figura di un contratto innominato, non si vede. Nè si comprende che cosa ai sabiniani avrebbero potuto i proculiani rispondere. E per vero non si legge neppure in Gaio che su questo fossero in disaccordo le scuole. Egli dice (3, 141) che, come disputavan le due scuole sul punto di sapere se, *permutatis rebus*, potesse venire alla luce una

(1) Nelle locazioni pubbliche alle 'partes agrariae' troviamo sostituite eziandio 'operarum praestationes' e cioè: *operae aratoriae, sartoriae, messoriae* (cfr. la nota iscrizione del *saltus Burunitanus* (in *Corp. inscript. lat.* VIII, n. 10570, p. 998 segg.). E vero che tanto le opere quanto il godimento del fondo sono soggetti possibili di locazione; ma l'importanza del godimento dello stabile fa ravvisare questo come il vero oggetto e le opere come la mercede. Benchè sulla di simile conosciamo pel diritto privato (cfr. pure il Voigt, *Röm. RG.*, 2, 8, n. 21), non dobbiamo ritenere che siffatto rapporto non fosse per esso ammissibile.

compravendita, così disputavasi a proposito della *locatio conductio*, circa la natura delle ipotesi, che uno dei contraenti desse all'altro *rem utendam sive fruendam* 'et invicem aliam utendam sive fruendam acceperit'. Ora qui v'è la medesima impossibilità di distinguere le due prestazioni, che vi è per la permuta; qui non può dirsi chi sia il locatore, chi il conduttore, in che consista l'obbietto della locazione, in che la mercede. Ma ognuno vede che siffatta questione nulla ha che vedere con l'altra, se la mercede nella locazione debba consistere in denaro. Tuttavia il modo con cui il giurista si esprime (3, 142) è tale da indurre i malcauti in errore, sembrando quasi che la questione sorga identica per la compravendita e la locazione, mentre in realtà è solo analoga. Un altro passo che sicuramente contribuì a trarre in errore i bizantini (come appare dalle loro medesime citazioni) è un brano del libro 30 *ad Edictum* di Ulpiano, che ora costituisce il D. 16, 3, 1, 9; « si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto; si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse; quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit; sed *quia pecunia non datur*, praescriptis verbis datur actio ». Le ultime parole sono ritenute sospette dal Gradenwitz (2) per la frase « actio datur pr. verbis »; egli stesso riconosce del resto che il sospetto qui è più lieve che negli altri passi dove occorre *actio praescriptis verbis*, poichè questo ablativo potrebbe anche congiungersi al verbo *datur*. E per vero io esito molto a riconoscervi una interpolazione (3). Il caso qui deciso nulla offre che non sia in perfetto accordo con i casi accennati; le due prestazioni (uno presta la custodia del servo, l'altro l'uso [*operae*] del servo stesso) non possono servire a distinguere la reciproca posizione dei contraenti, perchè entrambe possono costituire l'obbietto di una locazione e quindi siamo nell'identico caso previsto appunto nel passo gaiano. Argomentare a contrario dalla frase 'quia *pecunia* non datur' non è punto necessario. Il giurista dice solo: « qui non si dà una mercede in denaro,

(1) *Interpolationen*, p. 143-144.

(2) [Il Ferrini la respinge (*Pandette*, 1900 p. 438 n. 3) e a ragione.]

Senato della Repubblica - Archivio Storico

come nei due esempi or ora accennati, e quindi bisogna ricorrere ad altro rimedio giuridico ». Con ciò egli non vuol punto dire che la mercede debba essenzialmente consistere in denaro; dice che una mercede pattuita in denaro come nei due casi accennati fa sorgere la locazione, come sorgerebbe del resto nel caso, meno frequente e qui non contemplato, che la mercede consista nella dazione di altra cosa. E mi pare che solo questa dottrina spieghi il trattamento che nel Codice 4, 65 ha la prestazione dell'uso e godimento di un fondo contro una *pars quanta* di frutti. Nelle due (forse tre) costituzioni che si riferiscono a tale figura è evidentemente parola di locazione, nè serve il contestare con vani artifizi il valore probante di esse. Neppure una parola vi ha in esse, che alluda alla singolarità del caso; non un solo accenno, che siasi venuta riconoscendo una locazione non ostante l'assenza del denaro; cosa che davvero sarebbe inconcepibile se si trattasse solo di una eccezione ammessa nei tempi della decadenza, come il Wasser (p. 63 segg.) ritiene. E io non posso scindere da queste costituzioni l'accenno del fr. 25, 6 h. t. alla colonia partiaria, che è pur messa chiaramente tra le specie di locazione. Se, del resto, tale 'colonia' non fosse stata un contratto locatizio, non ci mancherebbe qualche insegnamento nelle fonti sul modo di classificarla, poichè i compilatori, i quali invece tengon fermo il principio che la mercede abbia ad essere in denaro, non lo avrebbero levato.

Le varie testimonianze accennate, donde si può rilevare che la *merces* non consisteva necessariamente in denaro, sono probabilmente sfuggite ai compilatori inosservate. Le tradizioni della scuola beritese sono del resto state da loro mantenute, come appare da una interpolazione sicura, quale a me sembra il passo già citato (D. 19, 5, 5, 2) attribuito alle questioni di Paolo: « At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio; si rem (do), non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest, vel ad repetendum condictio, quod si tale est factum, quod locari non possit etc. ». Chi sostiene essere questo frammento tutto quanto (o quasi) opera dei compilatori è il Gradenwitz (1).

(1) *Interpolationen*, p. 132 segg.

Il Lenel assai più cauto è costretto tuttavia a riconoscere che molto fu dai compilatori aggiunto o mutato (1). Gli argomenti del Gradenwitz per il § 2 sono: la contraddizione fra quanto qui s'insegna circa la locazione e l'insegnamento (teoricamente assai migliore) di Celso per la compravendita (D. 12, 4, 16) e lo stretto nesso coi §§ 1 e 3, che pur si ravvisano chiaramente interpolati. Che però Paolo potesse avere un'opinione discorde da Celso sulla questione della natura consensuale o reale del contratto in parola, mi pare possibile, e che, nonostante le innegabili e gravi interpolazioni, qua e là appaia il genuino substrato pauliano, mi pare sicuro. E precisamente nel paragrafo presente mi sembra che possa attribuirsi a Paolo quanto segue: « at cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solent, puta ut tabulam pingas, locatio erit; quod si tale sit factum, quod locari non possit etc. ». Il seguito infatti nulla offre di sospetto, ove si tolga l'ultima parola del paragrafo apposta dai compilatori. Ma a questi si deve la distinzione fra 'pecunia data' e 'si rem (do)', dove la manifesta lesione della sintassi e dell'euritmia provano la intrusione. Si volle fare il perfetto riscontro a quanto nel § 1 si dice dell'*emptio*. I compilatori scrivono « si rem », quasi che qui pure precedesse come nel § 1 'si... pecuniam dem'. Anche supplendo 'do', il passo non corre ancora: a 'pecunia data' deve corrispondere 're data'. Questo passo è a mio avviso molto importante, perchè ci illumina circa le vere idee dei compilatori. Che il requisito della *pecunia* non fosse per il diritto pregiustinianeo essenziale alla *merces*, s'è visto. E come si dovranno considerare, secondo i compilatori o la scuola bizantina, i casi della colonia parziaria e simili? Secondo Taleleo (2), come società o come contratto reale innominato, a seconda dell'intenzione delle parti. Forse anche venivan trattati come un patto munito di azione: ciò proverebbe l'inserzione della c. 9 (8) nel titolo *de pactis* (2, 3). In verità la costituzione dice solo « fidem pacto praestare... compelletur », il che significa che deve osservarsi la convenzione e non aggiunge come questa si classifichi: ma l'intervento della parola *pactum* determinò

(1) *Palingenesia*, I, 1194-1195.
(2) Bas. Ba., I, 648.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

i compilatori, che verosimilmente pensarono a una convenzione diversa dai quattro tipi di contratti consensuali o vestita (come altre nell'diritto imperiale) di azione.

È ovvio che nessuna ragione intrinseca conforta la distinzione propugnata dal Lopez, dall'Illigero e dal Gesterding fra *locatio faciendi* e *locatio fruendi*. Perchè qui s'abbia da ammettere una mercede non consistente in denaro e là invece no, non comprendo affatto; ed i citati giuristi non avrebbero forse statuito una simile distinzione, se non fosse stata (oltre una meno retta intelligenza delle Istituzioni) l'esistenza di D. 16, 3, 1, 9 e 19, 5, 5, 2. Basti, del resto, leggere quanto essi scrivono circa tale distinzione, per accorgersi che essa non è per sè affatto sostenibile.

Le origini del contratto di società in Roma (*) (1).

§ 1.

La voce « socius » nel senso di *condomino* (Iul. in D. 33, 5, 11) è usitatissima nelle Pandette ed anzi numericamente prevale questo significato sull'altro di « partecipe a un contratto di *societas* » (2). E d'altra parte essa risale in tale significato molto addietro, per es. Plauto, *Rudens*, v. 1023 (3):

quo argumento socius non sum et fur sum: fecium ex te sciam.

Cfr. v. 1026:

mane iam: reperi quo pacto nec fur nec socius sies.

(*) [In *Archivio Giuridico*, 38, 1887, pp. 3-32].

(1) Bibliografia: Salkowsky, *De iure societatis praecipue publicanorum*, Konigsberg, 1869. Cfr. Lo sterio, *Zur Lehre von den juristischen Personen*, Lipsia, 1863; Lastig, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XXIV, 409 sg.; Pernice, *Parerga*, I (*Zum römischen Gesellschaftsvertrage*), nella *Zschr. der Sav. St.*, R.A., 3, 48 sgg.; Lenel, *Zur Gesch. d. röm. Gesellsch.*, 1882.

Non senza molta titubanza m'induco a citare il saggio infelice del Pernice, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1879, pp. 450 sgg., 531 sgg.

(2) Schilling, *Lehrbuch für Institutionen und Gesch. des röm. Privatrechts*, 313, b. d.

(3) 4, 3, 84 (Fleckeisen).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

201

ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG FÜR RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN VON

TH. MAYER-MALY, D. NÖRR,
A. LAUFS, W. OGRIS,
M. HECKEL, P. MIKAT, K.W. NÖRR

HUNDERTSTER BAND

CXIII. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG

ISTITUTO di DIRITTO ROMANO
dell'UNIVERSITÀ di NAPOLI
Inv. 2933

1983

HERMANN BÖHLAUS NACHF. WIEN—KÖLN—GRAZ

Senato della Repubblica - Archivio Storico

IX.

Remissio Mercedis*)

Von

Pieter Willem de Neeve

Since the publication of Mayer-Maly's work on *locatio conductio*[1]) in 1956, the phenomenon known as *remissio mercedis*, or more generally the problem of risk in *locatio conductio*, has been treated in a number of studies[2]). As is well-known, contrary to opinion before him Mayer-Maly held that *remissio mercedis* was an institution of the Severan emperors and was devised to counteract the decline of Italian agriculture in the second century A. D. Since then, especially through the influence of the works of Thomas, Masi and Sitzia, the opinion has gained ground that this so-called imperial *remissio mercedis* is no different in principle from the remission which is found earlier in a ruling by the Republican jurist Servius in D. 19, 2, 15, 2.

The reason for adding another article to the body of literature which already exists is that, though I believe the latter opinion to be right, there are relevant sources and arguments which have not been given due attention. In particular, Mayer-Maly's theory of the origin and motive of imperial *remissio mercedis* has not yet been satisfactorily refuted, nor has any other satisfactory explanation of it been given. Further, in my opinion, we can get a better idea how Servius' remission originated. Finally, up to now the economic value of *remissio mercedis* has hardly been explicitly treated.

In this article, after a section on terminology (I.), I propose to strengthen the view that Servius' remission of rent is *remissio mercedis* (II.). I shall contend that there are some hitherto overlooked sources which prove that *remissio mercedis* in farm-tenancy was already known during the late Republic, and that at that time the concept of *remissio mercedis* in general had some history behind it. Next (III.—V.), I shall go into the problem of the origin and motive of imperial *remissio*. I hope to show that it did not originate for any special social or economic reason by arguing that the sources do not indicate much development in the institution and certainly no development which redounded to the advantage of tenants (III.); and also that it is not to be explained by advantages of procedure which imperial *remissio* would have had over formulary remission (IV.). Rather, I shall suggest that the explanation is to be sought in changes concerning the possiblities which people had for seeking legal help (V.). Finally (VI.), I shall argue that though *remissio mercedis* could be of some economic help to tenants its value in this respect should not be overestimated.

*) This article was written substantially during a sabbatical leave in the academic year of 1981/1982 for which I am grateful to the Faculty of Letters of the State University of Utrecht. In addition, I should like to thank especially my colleague at the University of Amsterdam, Hans Ankum, who carefully read the manuscript and helped me greatly by discussing it in detail. Finally my thanks are due to my former colleagues at Utrecht university, J. B. Kan, H. C. Teitler and G. M. T. Trienekens, and to my present colleague at the Free University, P. Allen, for correcting my English.

[1]) Th. Mayer-Maly, Locatio Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht, Wien/München 1956.

[2]) M. Kaser, Periculum Locatoris, SZ 74 (1957) 155—200; Das römische Privatrecht, I, München 1971[2] (hereafter cited RP I[2]) 566—567; G. Nicosia, La Responsabilità del Locatore per i Vizi della Cosa Locata nel Diritto Romano, RISG 9 (1957—1958) 403—426; J. Miquel, Periculum Locatoris, SZ 81 (1964) 134—190; A. Watson, The Law of Obligations in the later Roman Republic, Oxford 1965, 110—114; E. Betti, Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen, SZ 82 (1966) 1—23; C. Alzon, Les Risques dans la „Locatio Conductio", Labeo 12 (1966) 311—337; H. Ankum, *Remissio Mercedis*, RIDA, S. 3, 19 (1972) 219—238 (also, in Dutch and for this reason not cited further in this article, in Uit het Recht, Rechtsgeleerde Opstellen aangeboden aan Mr. P. J. Verdam, Deventer 1971, 95—107); J. A. C. Thomas, Remissio Mercedis, in Studi in Memoria di Guido Donatuti, Milano 1973 III 1271—1277; J. M. J. Chorus, Handelen in Strijd met de Wet, Leiden 1976, 149—155; A. Masi, Il Problema della Remissione della Mercede nella Locazione di Fondi Rustici alla Luce di una Testimonianza di Columella, in Studi in Memoria di Giuliana d'Amelio, I, Milano 1978, 273—283; F. Sitzia, Considerazioni in Tema di *Periculum Locatoris* e di *Remissio Mercedis*, ibid. 331—361; J. Herrmann, Diokletians Reskripte zur Landpacht, in W. Eck, H. Galsterer, H. Wolff (ed.), Studien zur Antiken Sozialgeschichte. Festschrift F. Vittinghoff, Köln/Wien 1980, 453—463; I. Molnár, Verantwortung und Gefahrtragung bei der *Locatio Conductio* zur Zeit des Prinzipats, ANRW II, 14 (1982) 583—680. Unless stated otherwise these works, and also that of Mayer-Maly (note 1) will be cited by author's name only.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

I.

Before beginning with a discussion of our main problems, we must pay some attention to terminology.

According to Mayer-Maly and others, the term *remissio mercedis* is to be reserved for remissions of rent in those cases in which the *conductor* does retain the enjoyment *(fruit)* of the object rented, but has had no yield, or less than was to be expected. This situation should be distinguished from that in which the *conductor* has lost the enjoyment as such: then the expression *deductio ex mercede* is used[2]).

Mayer-Maly's notion of *remissio mercedis* is also that of remission of rent in modern law-systems, with the proviso that in these systems remission of rent also occurs in cases where the lessee has missed the enjoyment of the object temporarily[4]). It should, however, be stressed that to all appearances this strict technical sense of *remissio mercedis* is modern and did not exist in Roman times.

This is not to say that the concept, or the expression *remissio mercedis* did not exist in Roman Antiquity. For from sources like Ulp. D. 19, 2, 15, 3—5 and 7 and CJ. 4, 65, 19, or, to mention some literary sources which will be treated in more detail later on, from Suetonius, Div. Iul. 20, 3, Columella, RR. 1, 7, 1, and Pliny, Ep. 9, 37, 2 and 10, 8, 5, it is evident that it did exist. On the other hand we also find the expression *mercedem* (or *mercedes*) *remittere* in cases where there is clearly no question of remission of rent in the sense defined above. One instance is:

D. 19, 2, 33 (Afric. 8 quaest.) ...: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.

In this fragment it is a case of *fruit* becoming impossible definitively; consequently, it is a case where, in Mayer-Maly's terminology, we should speak of *deductio ex mercede*. Admittedly, Mayer-Maly (164 and 166) considers the words *remittere aut* as interpolated because „Remittere aut geht von praenumerando-Zahlung" (i.e., payment

[2]) See Mayer-Maly 140—141, with older literature; cf. also e.g. Watson 110, n. 4.

[4]) See e.g. Dutch Pachtwet (Wet van 23 januari 1958, S. 37), art. 16. Admittedly the expression 'remission of rent' is not actually used there, but it is evident that it is the 'right to remission of rent' which is meant; cf. also the commentary by Ph. A. N. Houwing, Deventer (not dated), § 2—3 and 336ff.

beforehand) „aus, die für einen Pachtfall des klassischen Rechts unwahrscheinlich ist". However, this is clearly an error. For it is the word *reddere* which refers to payment *praenumerando*, while *remittere aut* refers to payment *postnumerando*; consequently there seems to be no reason to delete the words[5]). Apart from this, there is another example of a non-technical use of *mercedem remittere* in

D. 19, 2, 24, 5 (Paul. 34 ad ed.) Qui in plures annos fundum locaverat, testamento suo damnavit heredem, ut conductorem liberaret, si non patiatur heres eum reliquo tempore frui, est ex conducto actio: quod si patiatur nec mercedes remittat, ex testamento tenetur[6]).

Conversely, in cases in which it is a matter of *remissio mercedis* in Mayer-Maly's sense we find the use of other terms and of periphrases. For instance: *Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait* (Ulp./Serv. D. 19, 2, 15, 2); *vis maior ... debet non damnosa esse* (Gai. D. 19, 2, 25, 6)[7]); *subveniendum tibi est* (Ulp. D. 19, 2, 15, 3); *rationem habendam est* or *rationem tui habere* (Ulp. D. 19, 2, 15, 3; CJ. 4, 65, 8).

Admittedly, it has been argued recently by Chorus that the expressions *remittere* and *remissio* in sources relating to bad harvests are used

[5]) For the view that the words are genuine see also A. Wacke, Dig. 19, 2, 33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt, ANRW II, 15 (1976) 493, and (implicitly) H. Ankum, Afrikan Dig. 19. 2. 33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks, SZ 97 (1980) 139; 180. In general it is my view (following Kaser) that we should be cautious in assuming substantial interpolations. See my dissertation COLONUS. Privégrondpacht in Romeins Italië tijdens de Republiek en het vroege Principaat (Utrecht 1981 — an English version is about to appear: COLONUS. Private Farm-tenancy in Roman Italy during the Republic and the Early Principate, Amsterdam 1983), ch. I, § 11. Admittedly the form of the text may have undergone alterations. On the basis of this fact it could be argued that an inquiry into the sense of the word *remissio* is not feasible because words may have been interpolated (or, for that matter, may have disappeared through interpolation). But it is improbable that relevant words would have been interpolated in every text referring to our subject (let us leave aside the fact that, as will appear later, there is no difference to be noted between the use of the word *remissio/remittere* in legal and non-legal sources).

[6]) Apparently the words *nec mercedem remittat* are considered genuine also by Mayer-Maly 66, n. 26.

[7]) I am aware that according to Mayer-Maly 142 in D. 19, 2, 15, 2 and 19, 2, 25, 6 there is no question of *remissio mercedis*, but of *deductio ex mercede*. But in my view, which I shall develop later on, Mayer-Maly is wrong.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

only where there exists a duty to pay *merces*, or in cases of doubt about the existence of such a duty; if the duty to pay *merces* is precluded by a legal rule (as is the case in, e.g., D. 19, 2, 15, 2 and 19, 2, 25, 6) *remissio* and *remittere* are absent[8]). This would imply that *remittere* and *remissio* are technical terms after all. Yet, in view of the fact that *remittere mercedem* can be used even in cases in which there is no question of *remissio mercedis* in Mayer-Maly's sense, it is improbable that where it is a matter of *remissio mercedis* in this sense the expression would suddenly have been used very strictly[9]). It is true that the word *remittere* is used often where some duty exists[10]); but in the nature of the case this is perhaps only to be expected. But, as appears from D. 19, 2, 33 and 24, 5 cited above, the expression is not to be reserved for those cases. *Remittere* must be taken in a general sense as „nachlassen, erlassen, fahren lassen, aufgeben, auf etwas verzichten"[11]) or "to waive, remit (a debt, obligation, punishment, etc.)"[12]). The meaning of the word in legal sources is not different from that in non-legal sources.

---

[8]) See Chorus, esp. 154 with n. 338.

[9]) *Pace* Chorus 154, n. 338, where D. 19, 2, 33 is mentioned but D. 19, 2, 24, 5 is not. According to Wacke (cited n. 5) n. 166 (p. 489—490) „kommt ein Wegfall der Zinspflicht von Rechts wegen nicht in Betracht ...". This would support Chorus' view, although in another way than Chorus himself defends it in n. 338. I find Wacke's arguments hard to accept. In my view there is no problem if in the sentence *nihil amplius quam mercedem remittere aut reddere debebit* due emphasis is placed on the words *nihil amplius*. Then the sentence neatly fits into Africanus' problem, which was whether or not the *colonus* was entitled to an indemnification in addition to the release of his duty to pay *merces* (cf. also Ankum, SZ 97 (1980) 177). This was self-evident in view of the fact that he could no longer enjoy *(frui)* his tenancy. Be that as it may there remains D. 19, 2, 24, 5 (on this see Wacke, ibid.; N. Palazzolo, Osservazioni in Tema di legato con Effetto Liberatorio, Iura 16 (1965) 132—134; B. Santalucia, I Legati ad Effetto Liberatorio fino a Giuliano, Labeo 13 (1967) 190—191, n. 126); I am unable to see any substantial difference between this fragment and, e.g., D. 19, 2, 15, 2 as far as the non-existence of a duty to pay *merces* is concerned.

[10]) See e.g. Cic. 2 Verr. 1, 150; 3, 82; 3, 135; 4, 20 and 21; Sest. 55; Att. 13, 23, 3; Liv. 37, 25, 12; Sen. Ep. 29, 10; Colum. RR. 1, 7, 2; Plin. NH. 19, 56; Tac. Ann. 4, 13; 12, 63; Plin. Ep. 8, 2, 2 and 6; Suet. Div. Iul. 20, 3; 38, 2; Calig. 16, 3; Claud. 25, 3. For the legal sources see the Vocabularium Iurisprudentiae Romanae (VIR), s.v. *remitto*, E.

[11]) H. G. Heumann/E. Seckel, Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts, Graz 1958[10], s.v. *remittere*, 3.

[12]) See the Oxford Latin Dictionary (hereafter cited OLD) s.v., 13.

This is not all. The content of *remissio mercedis* can be a partial or, as the case may be, a complete remission of rent[13]). For one thing this must follow from the words *pro rata* in:

D. 19, 2, 15, 7 (Ulp. 32 ad ed.) Ubicumque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id quod sua interest conductor consequitur, sed mercedis exoneratio pro rata....

This is confirmend by other sources, literary, epigraphic and legal, which furnish data regarding the effect of *remittere* or *remissio* in general[14]) Thus, in fact, in the case of a partially bad harvest *remissio mercedis* comes down to *deductio ex mercede*[15]). This raises the question whether the distinction made by Mayer-Maly is well founded. Mayer-Maly quotes as evidence for the distinction:

D. 19, 2, 27 pr. (Alf. 2 digest.) Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte cenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet: ...

---

[13]) There is no ground for the distinction on which Molnár builds his section on „Der Zinsnachlaß und die Gefahrtragung bei der Sachmiete und beim Pachtvertrag" (Molnár 660—680), viz. that if the harvest perished completely the rules of risk applied, while in the case of a partial destruction of the harvest we would be dealing with remission of rent (see Molnár 661; 668; 670; 675; 677; 679).

[14]) Partial remission: e.g. Cic. 2 Verr. 1, 150; 3, 82; Sest. 55; Plin. Ep. 8, 2, 2 and 6; Suet. Div. Iul. 20, 3; Schol. Bob. p. 157 Stangl *(... et remissionis tantum fieret de summa pecuniae quantum aequitas postularet, pro quantitate damnorum quibus fuerant hostili incursione vexati)*. Complete remission: e.g. Cic. 2 Verr. 4, 20(?) and 21; Att. 13, 23, 3; Liv. 33, 47, 2; 37, 25, 12; Colum. RR. 1, 7, 2; Sen. Ep. 29, 10; Plin. NH. 19, 56; Suet. Div. Iul. 38, 2; Calig. 16, 3; Claud. 25, 3; Tac. Ann. 4, 13; 12, 63; Gell. NA. 6, 22, 2; CIL 2, 3270; 2, 5232; 6, 967. Moreover, in inscriptions from all over the Empire we find time and again the formula *honore* in inscriptions from all over the Empire we find time and again the formula *honore* or similar formulations, or even abbreviations like *H.A. accepto impensam remisit* or similar formulations, or even abbreviations like *H.A. accepto impensam remisit; I.R.* or *H.F.S.R. ea honore usus sumptus remisit;* see e.g. CIL 2, 1677; 2, 2011; 3, 7429; 5, 7008; 5, 7478; 8, 11040; 8, 22737; 8, 23021; 9,669; 9, 690; 9, 4456; 9, 4885; 9,5828; 10, 5853; 11, 4321; 12, 701; 12, 1118; 12, 4406; 14, 321; 14, 415; 14, 2804; 14, 3442. In the legal sources *remittere* nearly always denotes a complete remission (see VIR, s.vv. *remissio* and *remitto*); a partial remission is indicated generally by *remittere de* or *ex* (Pomp. D. 24, 1, 31, 3; Ulp. D. 24, 1, 5, 5; 38, 5, 1, 13). One wonders whether it was for this reason that Ulpian felt the need to state explicitly in D. 19, 2, 15, 7 that a remission of rent was *pro rata*, i.e., that it would not be complete automatically.

[15]) Cf. also Ankum, 222; 225; and see Cujas, Observ. 26, 32 as quoted by Sitzia 335, n. 11.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

It may be asked whether *deductio ex mercede* is not, like *remissio mercedis*, an expression which has no precise technical signification. Firstly, we also find the expression *deducere ex mercede* in a fragment where clearly it can bear such no signification:

D. 19, 2, 19, 3 (Ulp. 32 ad ed.) Si dominus exceperit in locatione, ut frumenti modum certo pretio acciperet, et dominus (dein) (?, Mo.) nolit frumentum accipere neque pecuniam ex mercede deducere ...[16])

Further, in D. 19, 2, 27 pr., though it may be inferred *a contrario* that *deductio ex mercede* would have been justified if the enjoyment had been seriously impaired [17]), the expression is used in a case where apparently this was not so. From this it follows that though no doubt *deductio ex mercede* could be used where the enjoyment came to an end, it was not confined to this situation. In fact, we cannot even be certain that where the enjoyment had become definitively impossible the expression *deductio ex mercede* would have been used and not *remissio mercedis*. It is not difficult to discover why in D. 19, 2, 27 pr. *deductio ex mercede* was used: it was the *habitatores* who took the initiative in paying less rent and who accordingly made a *deductio ex mercede*, a deduction from the rent previously agreed[18]). On the other hand *remittere mercedem* could be used only if it was the *locator* who "waived" (part of) the rent.

Accordingly I would conclude that there is no ground for Mayer-Maly's strict technical use of *deductio ex mercede*. Rather, as the principle underlying the ruling on D. 19, 2, 27 pr. apparently is, in effect, the same as that on which a *remissio mercedis* in Mayer-Maly's sense would have been based, I would conclude that D. 19, 2, 27 pr. and such a *remissio mercedis* should be seen first and foremost as parallel manifestations of the same principle: *periculum locatoris*[19]).

[16]) Apparently the words *ex mercede deducere* are accepted as genuine also by Mayer-Maly 137.

[17]) See now B. W. Frier, Landlords and Tenants in Imperial Rome, Princeton 1980, 152; but cf. also below, n. 131.

[18]) For other examples of *deducere/deductio* in the sense of 'deduct' (not relating to *merces*) see Heumann/Seckel, Handlexicon, s.v. *deducere*, 3.

[19]) Cf. also Molnár 661, who comes very close to this view but for his unfortunate distinction between partial and complete destruction of the harvest (above, n. 13); and cf. also Alzon 315, n. 18. On *periculum locatoris* see further literature cited above, n. 2. According to Frier 150–164 *deductio ex mercede* and *remissio mercedis* are different, and "the right to *remission* of rent was apparently never accorded to the urban tenant" (Frier 186). I do not think that this is correct.

This must be the central principle in our problem. *Periculum locatoris* means in effect that the *conductor* (whether he is a tenant of a farm or of a dwelling) is entitled to pay less (or no) rent if in certain circumstances[20]) his enjoyment has been seriously impaired or even become completely impossible[21]). I would suggest that the Romans could describe this reduction of rent by various terms, one of which was *deducere ex mercede*, another *remittere mercedem*. The latter expression could be used in case the enjoyment had become definitively impossible or equally in case it was seriously impaired. In this connection it should be emphasized that to all appearances in certain circumstances a bad harvest was nothing else than an instance of impaired *frui*[22]).

[20]) In the following sections it will appear that these circumstances occur when *vis maior* is present.

[21]) See Kaser, RP I² 566; cf. also Thomas 1272–1273.

[22]) Cf. Alzon 314–315; Thomas 1273 ("the labour put in, investment in seeds, etc., postulate the eventual successful gathering of the harvest for enjoyment in the full sense"); Heumann/Seckel, Handlexicon, s.v. *frui*. That *frui* is equal to *fructus percipere* is clear especially from Paul./Pap./Mess. D. 49, 14, 50 (*... quia sub colono erant praedia, iniquum esse fructus ei auferri universos: sed colonum quidem percipere eos debere, ..., ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset*) and from Ulp. D. 10, 3, 23 (concerning a *socius*, but there is no essential difference in this as far as the content of *frui* is concerned); and cf. also Lab./Iav. D. 32, 30, 1; Cels. D. 47, 2, 68(67), 3; Afric. D. 47, 2, 62(61), 8; Ulp. D. 12, 1, 4, 1; the same must be the background of Ulp. D. 50, 15, 4, 1; and cf. also a number of fragments referring to the *usufructuarius*: e.g. Florent. D. 7, 1, 42; Pap. D. 7, 4, 2, 1; Ulp. D. 7, 1, 7 pr.; 7, 1, 9 pr. (that the aim of a *fructuarius* as well as of a *colonus* was to obtain *fructus* is implied in Ven. D. 43, 24, 12). Moreover, it can be concluded from other fragments that for a *colonus frui* (as a right or as a duty) consisted of *colere*: cf. Ulp./Lab. D. 7, 8, 10, 4; Iul. D. 19, 2, 32; possibly also Pomp. D. 33, 1, 2; and that the aim of *colere* in its turn was *fructus percipere* appears, explicitly or implicitly, from e.g. Nerat. D. 25, 1, 16; Pomp. D. 18, 1, 6, 1; Ulp. D. 36, 4, 5, 22. Finally it is an argument that if it came to an *actio* in which the *locator* was liable to the tenant for *id quod interest*, this would include the tenant's profit, i.e., his harvest: Afric. D. 19, 2, 33: ... *nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur:* .... Cf. most recently Wacke (cited n. 5) 488; Ankum, SZ 97 (1980) 162. This concept of *frui* is wider than Mayer-Maly's interpretation (162) where it is understood as „die Möglichkeit der Fruchtziehung" (my spacing), cf. also Ankum 222, n. 4 *contra* Alzon 314–315 (the formulation of Kaser, RP I² 565 that in tenancy the object „zu Gebrauch und Fruchtziehung überlassen sein sollte" is ambivalent). Consequently, unlike Mayer-Maly 141 in his definition of *remissio mercedis*, I see no reason for dis-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

However, the expression *remittere mercedem* could be used even when there was no question of impaired enjoyment. For one thing this is clear from D. 19, 2, 24, 5 cited above. In addition this is illustrated by two passages:

Suet. Div. Iul. 38, 2 Annuam etiam habitationem Romae neque ad bina milia numerum, in Italia non ultra quingenos sestertios remisit (sc. Caesar).

Caes. BC. 3, 21, 1 ... ad hominum excitanda studia sublata priore lege duas promulgavit, unam qua mercedes habitationum annuas conductoribus donavit (sc. Caelius).

Both these passages refer to the same complex of events in 48 B. C., in which there is no indication that impaired enjoyment played a part[22]). Apart from this, these fragments make it clear that *remittere mercedem* was not confined to remission of rent in Mayer-Maly's sense or to farm-tenancy; and this is apparent also from other sources.

Another instance of *remissio mercedis* (or *pensionis*, which comes to the same thing) in house-rent is D. 19, 2, 5 (Ulp. 32 ad ed.): *Si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam, ex locato et conducto agendum erit*[24]).

Finally we have Suetonius' report of Caesar's measure in 59 B. C. in reaction to a famous request of the publicans in 61 B. C.:

Suet. Div. Iul. 20, 3 Publicanos remissionem petentes tertia mercedum parte relevavit ac, ne in locatione novorum vectigalium immoderatius licerentur, propalam monuit (sc. Caesar)[25]).

---

tinguishing between „Zinsnachlässen die der verpächterischen fruit-licere-Haftung entspringen, und jenen, bei denen der Fruchtzug zwar gewährt aber mißlungen war".

[22]) See also Dio 42, 51, 1; and cf. also Dio 42, 22, 3. Another instance (in 41 B.C.) in Dio 48, 9, 5. Incidentally, in the first two passages we find the expression ἀνοίκιον ἀφίημι (and in Appian, BC. 2, 13, 47, referring to the events of 61–56 B.C. which will be treated presently, we find ἄφεσις), which is as good as a rendering in Greek of *remittere (remissio)*.

[24]) On this fragment see Frier (cited n. 17) 163, who apparently is of the opinion that the *remissio* was caused by "unusual circumstances" (i.e., impaired enjoyment?); but any indication of this is failing in the text. The passage is not mentioned by Mayer-Maly.

[25]) On this episode see further Cic. Att. 1, 17, 9; 1, 18, 7; 2, 1, 8; 2, 16, 2; Appian; BC. 2, 13, 47 (cf. also BC. 5, 4, 19); Dio 38, 7, 4; Schol. Bob. p. 157 Stangl. See also e.g. J. P. V. D. Balsdon, Roman History, 65–50 B.C.: Five Problems, JRS 52 (1962) 134–141; E. Badian, Publicans and Sinners, Oxford 1972, 111ff.

From this it appears that the expression *remissio mercedis* was known also in *locatio vectigalium*.

The fact that *remissio mercedis* or *remittere mercedem* could be used in all these instances once more testifies to the non-technical character which the expression *remissio mercedis* had for the Romans. There remains, however, a question: Why is it that *remissio mercedis* and *remittere mercedem* appear mostly, though not exclusively, in farm-tenancy and hardly in house-rent or *locatio vectigalium*?

There are no sources which would enable us to answer this question with regard to *locatio vectigalium*; but it should be noted that the request of the publicans in 61 B. C. was unjustified[26]). This may be the reason why we hear of this case and not of others in which we may guess that any remissions were requested and granted in conformity with existing rules[27]).

With respect to house-rent the explanation can be found in a number of reasons. Firstly, in house-rent payment of rent might occur beforehand (*praenumerando*), as, for instance, when *conductores* acting as middlemen subleased blocks of apartments, and in the case of the lower classes[28]). When we meet *remissio* in the sense of "to waive, remit (a debt, etc.)"[29]) it refers to a debt still to be paid. When payment of rent occurred *praenumerando*, normally the debt would already have been paid, and there was nothing to remit, only to repay. Conse-

---

[26]) This is evident from Cic. Att. 1, 17, 9, against which the testimony to the contrary of Schol. Bob. p. 157 Stangl carries no weight; cf. also Badian 155, n. 131.

[27]) On these see below, p. 313ff. Admittedly, we hear of problems concerning *locationes vectigalium* also in 184 B.C. (Liv. 39, 44, 7–8; Plut. Cato mai. 19, 1–2; Flam. 19, 3) and in 169 B.C. (Liv. 43, 16, 6–7). But neither case is comparable to the events of 61 B.C. In 184 B.C., it is true, the publicans did complain of the prices of the contracts into which they had been lured by the censors (one of whom was Cato). After this, partly owing to political motives, the senate instructed the censors to re-conclude the contracts, from which, however, the original buyers were excluded. Thus it did not come to a *remissio*. The problems in 169 B.C. were of another character. See Badian 35–36; *contra* e.g. F. W. Walbank, A Historical Commentary on Polybius, I, Oxford 1957, 694–695; G. Urögdi, Publicani, RE Suppl. 11 (1968) 1190.

[28]) See Frier (cited n. 17) 34–37; B. W. Frier, The Rental Market in Early Imperial Rome, JRS 67 (1977) 27–37, on p. 28–29 with notes 8 and 16; 35. Payment *praenumerando* in Alf. D. 19, 2, 30 pr. – 1; Lab. D. 19, 2, 60 pr.; Tryphon. D. 19, 2, 8; Paul. D. 19, 2, 7; Ulp. D. 19, 2, 19, 6.

[29]) For this sense see above, p. 300.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

quently, in this situation the term *remittere* had no regular function, while on the other hand it did have a regular function in farm-tenancy, where payment normally occurred *postnumerando*[30]).

However, as Frier has argued, at the upper social level with which the legal sources are primarily concerned tenants of dwellings normally also paid *postnumerando*[31]). Then the fact that our sources do not mention *remissio mercedis* may be explained in various ways. For one thing it may be surmised that at this social level of housing the chances of damages involving *remissio mercedis* in Mayer-Maly's sense were negligible as compared to those in farm-tenancy. For instance, as we shall see later, in farm-tenancy bad weather was an important factor because it could, and no doubt regularly did, damage the crop in such a way as to give occasion to *remissio mercedis*. As opposed to this, given the quality of housing of the upper classes[32]), bad weather would in general hardly be important. If the damage were severe it would probably justify the tenant's abandoning the property. This would mean the definitive end of enjoyment by the tenant, as certainly held good for conflagration and collapse[33]). More generally, to judge from the sources, there seems not to have been a wide margin between a slight inconvenience, which did not entitle to a reduction of rent (cf. Alf. D. 19, 2, 27 pr., cited above), and an event which justified abandonment of the dwelling by the tenant, as when building by a neighbour partially blocked the windows of the dwelling (Gai. D. 19, 2, 25, 2)[34]). Admittedly, it might be that the impossibility of enjoyment was temporary, as

[30]) See e.g. Iul. D. 23, 4, 22; Scaev. D. 7, 1, 58 pr. See also Mayer-Maly 138—140; cf. further e.g. Wacke (cited n. 5) note 108 (p. 478—479) and note 166 (p. 489—490). That payment *postnumerando* was usual is self-evident in view of the fact that usually the tenant had to be able to harvest (and, in case of payment in money, sell) his produce before paying his rent. But instances of payment *praenumerando* in farm-tenancy can be found in the sources: see Hermog. D. 19, 1, 49 pr. (= Pap. fr. Vat. 13) and Afric. D. 19, 2, 33 (who mentions payment *praenumerando* as well as *postnumerando*).

[31]) Frier (cited n. 17) 37—55; JRS (1977) 29—30; 34—45; Payment *postnumerando* in e.g. Alf. D. 19, 2, 27 pr.; 39, 2, 43, 1; Lab. D. 19, 2, 28; Gai. D. 19, 2, 25, 2; Paul. D. 39, 2, 34; Ulp. D. 19, 2, 9, 1 and 6; 43, 32, 1, 4. The practice is also implied by pledging *inserta et illata* for the rent; on these see now Frier (cited n. 17) 105ff.

[32]) See Frier 14—15 (and cf. also 5—14); 28—29.

[33]) Ulp. D. 19, 2, 19, 6; cf. also Alf. D. 19, 2, 30, 1.

[34]) However, Frier 155 suggests that the original version of this text may have allowed either deduction of rent or abandonment.

for instance where a building could not be used because of repairwork (apparently this happened frequently). But then, too, definitive abandonment was justified[35]). It is true that afterwards the tenant might return[36]), which would mean that he had missed his enjoyment temporarily and, consequently, that the situation would be one in which one could speak of *remissio mercedis* in Mayer-Maly's sense. But the tenant did not have to return and no doubt many, if not most, did not as another dwelling would have been readily found. Though in these cases we could speak of remission of rent in the sense that the *locator* had to waive any claims to the rent for the period of non-enjoyment, it is not surprising that generally our sources view the problem from the aspect of enjoyment having become impossible, and discuss it in terms of the tenant's being discharged from the duty to pay rent[37]). In farm-tenancy, however, the situation was different. Here after an interruption of *frui*, in general the tenant would probably continue his tenancy, if only because of what he had invested in his holding (which generally a tenant of a dwelling would not have done)[38]).

No doubt for these reasons *remissio mercedis* did occur regularly in farm-tenancy, so much so that to some extent the term could acquire a technical sense — without, however, becoming a strict technical term, at least during the Roman Principate: even as late as the early third century A. D. *mercedem remittere* could be used in cases in which there was no question of remission of rent in Mayer-Maly's sense. Paul. D. 19, 2, 24, 5 demonstrates this. Consequently, *remissio mercedis* is not to be seen as a definite institution (though in the course of time it acquired some institutional character) but rather as an instance of *periculum locatoris*.

[35]) Alf. D. 39, 2, 43, 1; Lab. D. 19, 2, 60 pr. On justified abandonment in general see now Frier 92—105.

[36]) This seems to be envisaged in D. 19, 2, 60 pr.; cf. Frier 71.

[37]) Cf. Alf. D. 19, 2, 27, 1; Lab. D. 19, 2, 60 pr.; Ulp. D. 19, 2, 9 pr.; 19, 2, 19, 6.

[38]) Cf. Thomas 1273. I do not believe that the explanation of Frier 163 (and cf., implicitly, JRS (1977) 36) that "the remission of urban rent never became a part of imperial policy; with the consequence that the well-developed body of private law concerning remission of farm rent has no counterpart in the sources for urban leasehold" is correct: in my view, which I shall argue in section V., there was no imperial policy involved in farm-tenancy either.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

II.

The debate on the date of the 'institution' *remissio mercedis* has centred, in fact, on four passages:

D. 19, 2, 15, 2 (Ulp. 32 ad ed.) Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno colони esse, veluti si vinum coacuerit, si rancis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum colони non esse ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum cleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit damnum colони esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.

D. 19, 2, 25, 6 (Gai. 10 ad ed. prov.) Vis maior, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, lassi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit: alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et lucrum et damnum cum domino fundi partitur.

D. 19, 2, 15, 3 (Ulp. 32 ad ed.) Cum quidam incendium fundi allegaret et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: ‚Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est'.

D. 19, 2, 15, 5 (id.) Cum quidam de fructuum exiguitate quereretur, non esse rationem eius habendum rescripto divi Antonini continetur. item alio rescripto ita continetur: ‚Novam rem desideras, ut propter vetustas vinearum remissio tibi detur'.

According to Mayer-Maly (137; 142; 161—162), the first two fragments do not refer to the right to *remissio mercedis*, with which they were connected only in post-classical times, but to liability for *frui licere*, i.e., to what Mayer-Maly defines as *deductio ex mercede*[39]). In his view *remissio mercedis* first appears in the imperial rescripts contained in D. 19, 2, 15, 3 and 5, the earliest of which probably is to be dated to the middle of the second century A. D.[40]).

[39]) Above, section I., with n. 3. It is to be noted that this view depends upon Mayer-Maly's notion of the meaning of *frui*, which is much narrower than that which is argued above, n. 22.

[40]) 19, 2, 15, 3, the author of which is unknown (see G. Gualandi, Legislazione Imperiale e Giurisprudenza, Milano 1963 I 235) is dated by Ankum 230 to the end of the second century A. D. According to Gualandi I 223 and

There is general agreement that the first and oldest fragment, D. 19, 2, 15, 2, is to a greater or lesser extent interpolated[41]). But there exists no such agreement about D. 19, 2, 25, 6. Apart from this, it is to be noted that even in Mayer-Maly's reconstruction[42]) the latter fragment cannot but refer to the right to *remissio mercedis*. This is clear from the distinction between the tenant in strict sense, the ‚fermier'[43]), who is to benefit from the fact that *vis maior ... non debet conductori damnosa esse*, and the share-cropper, who is not to benefit, as in his case any reduction of rent automatically follows from the system of

Ankum 231, n. 23, D. 19, 2, 15, 5 is to be ascribed to Caracalla; the rescript is dated to Antoninus Pius by Mayer-Maly 143 and Masi 279. The latter argues cogently in n. 29 that, as in D. 19, 2, 15, 6 Caracalla is referred to as Antoninus Augustus, he cannot be the divus Antoninus of D. 19, 2, 15, 5. But it is to be noted that D. 19, 2, 5, 5 contains two rescripts; and it is argued by T. Honoré, Emperors and Lawyers, London 1981 100, n. 622 (who apparently accepts the dating of the first rescript to the time of Antoninus Pius) that the second one is to be dated to the reign of Caracalla, and that it was actually drafted by Ulpian (whom Honoré 59—64 identifies as his secretary a *libellis* no. 2.)

[41]) See e.g. Mayer-Maly 161—162, with n. 43—45; Kaser 170; Watson 111—112; Miquel 173—175; Ankum 223, n. 8 and 9; Thomas 1271—1272; Sitzia 331—332; Molnár 667.

[42]) Mayer-Maly 135. In his view the words *alioquin ... aufertur* should be deleted.

[43]) For this term and for the distinction between 'fermage' and 'métayage' see my COLONUS (cited n. 5), ch. I, § 5; and see also my Colon et Colon Partiaire, forthcoming in Mnemosyne (1984). The essential distinction is whether the rent is paid in a fixed sum or as a proportion of the yield, not whether it is in money or in kind: in either system the *merces* may consist in money or in produce (for payment of a fixed quantity of produce in 'fermage' see e.g. Ulp. D. 19, 2, 19, 3; CJ. 4, 65, 8 — for this fragment cf. also Chorus 150, n. 330; Sitzia 338 with n. 91, contra Ankum 232, who subsequently acknowledged the correctness of Chorus' view in SZ 97 (1980) 309 —; CJ. 4, 65, 21; possibly CJ. 4, 65, 18, see Chorus 151, n. 330). Consequently the same 'Geldpächter' (cf. e.g., implicitly, Mayer-Maly 136) and the notion that share-cropping and payment in kind are identical (Ankum 228) are unfortunate. This is not to say that in 'fermage' payment in money was not predominant. This may explain the fact that also Gaius possibly equates 'fermage' and payment in money (as Pliny certainly does in Ep. 9, 37, 3; and cf. also e.g. Paul. D. 47, 2, 26, 1), though we cannot discount the possibility that *ad pecuniam numeratam* is to be translated as 'in counted money', i.e., 'in a fixed sum' (pace Heumann/Seckel, Handlexicon, s.v. *numerare*, 2, where our fragment is cited as an instance of the sense "bar": in a number of instances cited under this heading the sense of 'counted' seems preferable or at least possible); in any case there seems to be no ground for the translation of Ankum 226 "en argent monnayé".

Senato della Repubblica - Archivio Storico

‚métayage': this distinction would be senseless if the fragment really referred to *deductio ex mercede* in Mayer-Maly's sense[44]).

Let us return now to D. 19, 2, 15, 2. Since Mayer-Maly scholars have come to believe that the textual corruption probably is less than Mayer-Maly assumed[45]). More importantly, the cases which are summed up in the fragment fit into the principle, which very probably is to be ascribed to Servius[46]): the *locator* bears the risk for damage resulting from *vis cui resisti non potest* (which is the same materially as what is denoted elsewhere by *vis maior*, *vis extranea* or similar expressions[47])), while the *colonus* has to take upon himself any damage resulting from *vitia ex ipsa re*[48]). Also, the view has gained ground that what Servius refers to is nothing else than *remissio mercedis*[49]).

---

[44]) In that case both categories would have had an *actio* for non-enjoyment. For a rejection of Mayer-Maly's interpretation cf. also Sitzia 341, n. 29.

[45]) An important part in this has been played by the discovery and publication in 1957 by Arangio-Ruiz of the fourth-century parchment PSI XIV, 1449, which since then has been treated several times, e.g. by Miquel 173; Ankum 223 with n. 7; Sitzia 331—332. Cf. also L. R. Sierl, Nachträge zu Lenel's Palingenesia Iuris Civilis anhand der Papyri, Fürth 1958, p. 57—58, no. 45. Sierl's conclusion „Die für D. 19, 2, 15, 1 et 2 vermuteten Interpolationen widerlegt damit unser Text" seems, however, too categorical, as we cannot dismiss the possibility that the latter part of D. 19, 2, 15, 2, which we do not possess in PSI, has undergone alterations.

[46]) This seems probable from PSI, even though the name of Servius does not appear in the preserved part of PSI but is a conjecture by Arangio-Ruiz.

[47]) See Kaser, RP I² 507 with literature; 566; cf. further e.g. Kaser 171—172; Ankum 221; Molnár 666—667 with notes 253 and 254. For our purpose it is relatively unimportant whether the expression *vis maior* is to be considered classical or how this general concept emerged; Columella, RR. 1, 7, 1, to be cited presently, is, however, strong evidence for believing that it existed already at an early date. That in Afric. D. 19, 2, 33 *vis maior* is used in a non-technical sense (cf. most recently Wacke (cited n. 5) 491 and Ankum (cited n. 5) 179) cannot be made an objection to this.

[48]) See Kaser 170—172; Watson 112; Thomas 1275; Masi 275—276; Sitzia 335—340. On *vitia ex ipsa re* see now Sitzia 333—335, who convincingly argues that by this expression are meant *vitia* which occur „nell' ambito dell' attività agricola" (another, but incorrect, interpretation in Molnár 669). In view of this it is unnecessary here to go into D. 19, 2, 19, 1, which according to Kaser 176—177 presents a problem. On this see especially Nicosia 403—426, notably 408—414 and 419—421; R. Seager, Of Vis and Woods: D. 19. 2. 15. 2 and D. 19. 2. 19. 1, SDHI 31 (1965) 330—333; see also Alzon 315; Masi 275, n. 14; Molnár 671.

[49]) See Watson 110—114; Thomas; cf. also (though slightly differently)

This view has been strenghtened particularly by the fact, to which attention was drawn especially by Masi and Sitzia[50]), that *remissio mercedis* is already to be found in:

Columella, RR. 1, 7, 1 ... Comiter agat cum colonis facilemque se praebeat, et avarius opus exigat quam pensiones, quoniam et minus id offendit et tamen in universum magis prodest. Nam ubi sedulo colitur ager, plerumque compendium, nunquam, nisi si caeli maior vis aut praedonum incessit, detrimentum adfert, eoque remissionem colonus petere non audet.

In the first place, though this fragment does not prove with certainty that the locator was obliged to grant *remissio*[51]), it does prove beyond any doubt than the concept of *remissio mercedis* was already known in the early Empire. By *remissionem* nothing else can be meant[52]). In addition, the passage contains elements that can be related to D. 19, 2, 15, 2 as well as to the 'imperial' *remissio* of D. 19, 2, 15, 3 and 5.

According to Columella, remission is to be considered only in case of *vis maior* resulting from weather or robbers. The resemblance to *uredo*, *solis fervor* and *incursus hostium* of D. 19, 2, 15, 2 is striking[53]). Further the *colonus* does not venture to ask for remission if the damage is not due to *vis maior* but to insufficient *opus*, cultivation of the soil[54]).

Masi 283; Sitzia, especially 360. To be sure, there still are dissenting views, notably that of Ankum, which will be treated in the following sections.

[50]) See Masi 280—281; Sitzia 351—353. The source in question and its relation to *remissio mercedis* was known also, and in part much earlier, to others, see A. Pernice, Parerga, SZ 19 (1898) 91; V. A. Sirago, l'Italia Agraria sotto Traiano, Louvain 1958 111; N. Brockmeyer, Arbeitsorganisation und ökonomisches Denken in der Gutswirtschaft des römischen Reiches, Bochum 1968 171; 195 with n. 53; 275; B. W. Frier, Law, Technology, and Social Change: The Equipping of Italian Farm Tenancies, SZ 96 (1979) 221 with n. 88—89. But these scholars did not elaborate the implications; and in any case the source did not play any part in the discussion.

[51]) Sitzia 352.

[52]) Especial attention should be paid to the fact that *remissionem* must correspond to *pensiones* in the preceding sentence, just as *ubi colitur ager* does to *opus*.

[53]) Cf. also Masi 281.

[54]) In this my interpretation differs from that of Sitzia's (352—353), which seems to me to be too ingenious. See below, p. 324. Further the fact that the fragment relates to *remissio mercedis* refutes the interpretation of *opus* as *operae*, corvées (for this see e.g. M. Weber, Die römische Agrargeschichte, Stuttgart 1891 (repr. New York 1979) 243—246; W. E. Heitland, Agricola. A Study of Agriculture and Rustic Life in the Greco-Roman World, Cambridge 1921 (repr. Westport 1970) 253—254; F. M. de Robertis, Lavoro e Lavoratori

Senato della Repubblica - Archivio Storico

This gives a direct relation to the imperial *si praedium coluisti* of D. 19, 2, 15, 3 which, far from being a special provision, means no more than that the damage must not be due to negligence on the part of the *colonus*: in that case there is no *vis maior*, as cultivation is a factor which can be thoroughly influenced by the *colonus*. Also it seems hardly open to doubt that the same principle plays a part in D. 19, 2, 15, 5. This is especially the case in the second rescript contained in it: the age of vines is no ground for *remissio* because this cannot be classified as *vis maior*, but it is most certainly a phenomenon *cui resisti potest*: the vines which the tenant knew, or as a good farmer[55]) should have known, would decline in productivity when too old[56]) ought to have been replaced in time. In view of this we seem justified in concluding that also in the first rescript the reason for rejection of the claim to *remissio* was that *exiguitas fructuum* in itself was no ground for *remissio*, but that it must be shown that the harvest was caused by *vis maior*,

---

nel Mondo Romano, Bari 1963 (repr. New York 1979) 106; J. Crook, Law and Life of Rome, London 1967 203; J. Percival, Seigneurial Aspects of Late Roman Estate Management, EHR 84 (1969) 461. Against this view see H. Gummerus, Der römische Gutsbetrieb als wirtschaftlicher Organismus nach den Werken des Cato, Varro und Columella, Leipzig 1906 85; M. I. Finley, Private Farm Tenancy in Italy before Diocletian, in M. I. Finley (ed.), Studies in Roman Property, Cambridge 1976 119—120, who does not, however, indicate the correct interpretation.

[55]) For the fact that also in legal sources *colonus* always denotes a 'farmer' see my COLONUS (cited n. 5), ch. II, § 6.

[56]) An illustration is Colum. RR. 5, 6, 1: *Qui volet frequens et dispositum arbustum paribus spatiis fructuosumque habere, operam dabit, ne enormis arboribus rarescat ac primam quamque senio ac tempestate adflictam summoveat et in vicem novellam subolem substituat.* This interpretation of D. 19, 2, 15, 5 seems to me to be more natural than the explanation of Thomas 1274 that "the recipient of the second rescript, as a viticulturist, should have used the age of the vines as a bargaining counter at the time of negotiating the rent of the land. It is his seeking of a remission now which is the novelty of the claim; ...", or the explanation of Nicosia 423, that the ground for rejection of the claim is that *vetustas vinearum* is no intrinsic *vitium* of the *res locata* which could lead to release of the duty to pay *merces*. The interpretation of Molnár 676: „Es kann sich hier z. B. um die Folgen ungünstiger Witterung handeln oder auch um dem Pächter nicht erkennbare Fehler, die möglicherweise bei einer nicht den Witterungsverhältnissen angepaßten Pflanzenpflege begangen würden" is to be rejected. For the opinion that in D. 19, 2, 15, 5 *remissio* was not granted because of the absence of an „außerordentlicher Zufall" see also Mayer-Maly 143.

and not by e.g. insufficient *opus* of the *colonus*[57]). Thus Columella proves what Ankum (227—228) only supposed: „... que la condition prévue pour la remise impériale selon laquelle le fermier doit avoir convenablement cultivé sa terre, (fut) appliquée également dans les procédures où les *actiones locati* et *conducti* étaient intentées"[58]).

This passage from Columella is not the only evidence for believing that what Servius in D. 19, 2, 15, 2 had in mind was *remissio mercedis*, not is it the earliest literary source from which the existence of *remissio mercedis* can be deduced[59]). As we saw in the preceding section, *remissio mercedis* was known by the mid-first century B. C. in house-rent and *locatio vectigalium* (Suet. Div. Iul. 20, 3 and 38, 2; Caes. B. C. 3, 21, 1). But it is equally clear that at that time *remissio mercedis* was known also in farm-tenancy. This is apparent from a fragment of Cicero referring to the occasion in 61 B. C. on which, according to Suetonius (Div. Iul. 20, 3), the publicans asked for *remissio mercedis*[60]):

> Cic. Off. 3, 88 Ego etiam cum Catone meo saepe dissensi; nimis mihi praefracte videbatur aerium vectigaliaque defendere, omnia publicanis negare, multa sociis, cum in hos beneficii esse deberemus, cum illis sic agere ut colonis nostris soleremus, ...

Perhaps it should be inferred from this passage that remission was given also in cases where there was no question of the kind of *vis cui resisti non potest* mentioned by Servius in D. 19, 2, 15, 2. In any case, if we can believe Cicero in this passage with its political overtones, it is clear that in farm-tenancy *remissio* was given in cases where in *locatio vectigalium* there was no obligation to do so (it is to be remembered that the request of the publicans was unjustified)[61]). We happen to possess some information pertaining to *remissio* in *locatio vectigalium*, or, more generally, to cases in which the State undertook the risk in behalf of the publicans. Consequently it is as well to go further into this question, the more so as our investigations may throw some light on the history of *remissio mercedis*.

Our first instance dates from 215 B. C. when, as Livy (23, 48, 10—49,

---

[57]) Cf. also Thomas 1274.

[58]) Cf. further below, p. 320 with n. 93.

[59]) *Contra* Sitzia 351.

[60]) For further sources and literature relating to this episode see above, n. 25.

[61]) See above, p. 305; the source which proves this is Cic. Att. 1, 17, 9 (above, n. 26).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

3)[62]) tells us, three companies of publicans were willing to contract for the supply of clothing and corn for the army in Spain during the second Punic War. In return they made certain demands, one of which was "that the State would undertake the risk for any damage to the cargo resulting from violence from enemies and weather" (*ut quae in naves imponerent ab hostium tempestatisque vi publico periculo esset*; Liv. 23, 49, 2). The praetor in charge had no choice but to accept, after which two publicans defrauded the State by loading in unseaworthy ships fewer goods of less value than was agreed, sinking these ships, and claiming the full value of the cargo (Liv. 25, 3, 11). In this episode we find the *vis hostium* and *vis tempestatis* which we meet later in D. 19, 2, 15, 2. But clearly at this time there was no legislation concerning this risk, as the condition was accepted only because of the exceptional circumstances resulting from the war; and the outcome of this episode did not encourage the creation of such legislation[63]).

Our next piece of information comes from a passage in Polybius (6, 17), reflecting the situation in his own time[64]). He describes how "the people", by which chiefly the publicans are meant[65]), are subservient to the senate. The reason for this is that "a vast number of contracts ... are given out by the censors for the construction and repair of public buildings, and besides this there are many things which are farmed ..., in fact everything that forms part of the Roman dominion" (6, 17, 2; Loeb translation). In all matters the senate is supreme. For, among other things, συμπτώματος γενομένου κουφίσαι (sc. δύναται): „it can grant relief (to the contractor) if any accident has occurred" (6, 17, 5)[66]). It is tempting to render *σύμπτωμα* by *casus*[67]) and to take the sent-

[62]) On this episode see also Badian (cited n. 25) 17—18; C. Nicolet, l'Ordre Équestre à l'Époque Républicaine (312—43 av. J.-C.), I, Paris 1966, 321—322.

[63]) Cf. Badian 71.

[64]) Walbank (cited n. 27) 692; Badian 45.

[65]) See Badian 45, against P. A. Brunt, The Equites in the late Republic, in R. Seager (ed.), The Crisis of the Roman Republic, Cambridge 1969 119 (now also, in German, in H. Schneider (ed.), Zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte der späten römischen Republik, Darmstadt 1976, 178), who equates "people" and *publicani*. Cf. also Nicolet (cited n. 62) 322. Which view is the correct one is unimportant for the present discussion.

[66]) This sentence is curiously neglected in literature; Brunt's "those contracts, when they were allegedly burdensome could be cancelled or modified by the senate" (Brunt 119; my spacing) misses the point as far as this fragment is concerned.

[67]) See H. Stephanus, Thesaurus Graecae Linguae, Paris 1848—1854, s.v. σύμπτωμα: *quod accidit, casus*; cf. also H. G. Liddell/R. Scott, A Greek-English Lexicon (ed. by H. Stuart Jones), Oxford 1940, s.v., 2: mishap, mischance.

ence as indicating that in the second century B. C. relief, practically a "remission or (partial) cancellation (of a debt, penalty, etc.)" = *remissio*[68]), was granted regularly in case of *casus*, i.e., *vis maior*. But at the same time it is clear from Polybius' statement that the senate "can" grant relief that it was under no obligation to do so and, accordingly, that at this time there still existed no legislation concerning *remissio*.

However, after this legislation did originate, at least with respect to *locatio vectigalium*[69]), either by a *Lex Sempronia* (which must be Gaius Gracchus' *Lex de provincia Asia* from 123—122 B. C.[70]) or as a standard clause, possibly modelled on the *Lex Sempronia*, in the *lex censoria*:

Schol. Bob. p. 157 Stangl Cum princeps esset publicanorum Cn. Plancii pater et societas eadem in exercendis vectigalibus gravissimo damno videretur adfecta, desideratum est in Senatu nomine publicanorum ut cum iis ratio putaretur lege Sempronia et remissionis tantum fieret de summa pecuniae quantum aequitas postularet, pro quantitate damnorum quibus fuerant hostili incursione vexati.

(referring to the request for *remissio mercedis* by the publicans in 61 B. C.), and:

Cic. Prov. cons. (from 56 B.C.), 10—12 Iam vero publicanos miseros ... tradidit in servitutem Iudaeis et Syris (sc. Gabinius) ... (11) Itaque patres conscripti, videtis non temeritate redemptionis aut negotii gerendi inscitia, sed avaritia, superbia, crudelitate Gabini paene adflictos iam atque eversos publicanos: quibus quidem vos in his angustiis serari tamen subveniatis necesse est ... quos non parsimonia, non continentia, non virtus, non labor, non splendor tueri potuit contra illius helluonis et praedonis audaciam. (12) ... An si qui frui publico non potuit per hostem, hic tegitur ipsa lege censoria: quem is frui non sinit qui est, etiam si non appellatur, hostis, huic ferri auxilium non oportet?

Several conclusions can be drawn from these passages. As is clear from both[71]), *hostilis incursio* (note the resemblance to *incursus hostium*

[68]) See OLD, s.v. *remissio*.

[69]) Probably also for *altre tributa*. See Badian 71.

[70]) The precise chronology of Gaius Gracchus' laws is not clear; the law is dated to 123 by G. Rotondi, Leges Publicae Populi Romani, Milano 1912, 308—309; A. H. J. Greenidge/A. M. Clay/E. W. Gray, Sources for Roman History, 133—70 B.C., Oxford 1960[2] 36; Nicolet (cited n. 62) 323.

[71]) The statement of Schol. Bob. that the request of 61 B.C. was based on *hostilis incursio* having occurred is almost certainly incorrect (cf. above, n. 26); but this does not affect the credibility of the information that *hostilis incursio* was a ground for *remissio*, especially as it is corroborated by Cicero.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

in D. 19, 2, 15, 2!) was a legal ground for *remissio mercedis*, which probably dated from 123—122 B. C. Other events, such as natural disaster may not have been legal grounds[72]. But for Cicero, and no doubt for others as well, the granting of *remissio mercedis* to the publicans was justified also in a case in which it was not dictated by law. It was justified in that the publicans had become embroiled in difficulties through causes which they had been unable to resist, and not as a result of their own fault, e.g. by overbidding or poor management. In other words, the difficulties were due to *vis cui resisti non potest*.

In view of this it seems certain that by the mid-first century B. C. the concept of what is in effect *vis cui resisti non potest*, the roots of which reached back to a considerably earlier date, was well-known and functioned as a criterion for assessing whether or not *remissio* was justified, even if not every instance of *vis cui resisti non potest* was a legal ground for it.

Perhaps this situation offers an explanation of Cic. Off. 3, 88, to which we may now return. As we saw [73]), Cicero implies that in farm-tenancy *remissio* was usually granted also in circumstances where in *locatio vectigalium* there was no legal duty to so do. If in *locatio vectigalium incursus hostium* was the sole legal ground for *remissio*, Cicero may be referring to a practice for farm-tenancy which conforms to what we find in D. 19, 2, 15, 2. On the other hand, we cannot exclude the possibility that the practice to which Cicero refers went further than Servius' ruling, and that *remissio* was granted even when there had been no *vis cui resisti non potest*. An argument for this view may be that the request of the publicans which caused Cicero to draw his parallel in Off. 3, 88 came after an instance of what clearly was not *vis cui resisti non potest*: the publicans had overbidden (Cic. Att. 1, 17, 9; Suet. Div. Iul. 20, 3). And there are more instances of the granting of *remissio* even if there had been no *vis cui resisti non potest*: apart from some later sources [74]) this is illustrated by Caesar's and Caelius' granting of a

[72]) Against the view that also natural disaster was a ground for *remissio* see Badian 71. But the silence of the sources on this point does not entitle us to be completely certain: Cicero, at least, had no reason to mention *vis tempestatis* as his comparison was with an 'internal' *hostis*.

[73]) Above, p. 313.

[74]) See e.g. CJ. 4, 65, 19; perhaps also Iul. D. 2, 14, 56 (for the view that this fragment probably concerns *remissio mercedis* see Ankum 228; that the immediate cause was a bad harvest is not certain).

remissio of a year's house-rent in 48 B. C. At least Caelius' measure may, however, have been exceptional because he had an interest in winning the favour of the people, as is clear from Caesar's statement in BC. 3, 21, 1. that the measure was intended *ad excitanda studia*.

However, even if we have to conclude that Cicero uses *remissio mercedis* for remission while *vis cui resisti non potest* is absent, it does not follow that *remissio mercedis* would be confined to such cases and that Servius would not be concerned with it. As appears from Columella, RR. 1, 7, 1, the expression *remissio mercedis* could also be used in situations which conform exactly to the rules enunciated by Servius: as we saw in the preceding section, the expression *remissio mercedis* in itself is quite neutral.

Thus, given that the concept of *remissio mercedis* and that of *vis cui resisti non potest* were known in the first century B. C., there seems to be no ground for holding that D. 19, 2, 15, 2 does not refer to the right to *remissio mercedis*, the more so as nothing is the fragment is incompatible with it. As has already been noted[75]), every example that is summed up in the text fits into the principle which, as we can now conclude, without any doubt was enuciated by Servius. Nor does the final sentence of the fragment, *oportere enim agrum praestari conductori ut frui possit*, present a problem: as we saw in the preceding section, a bad harvest as a result of *vis cui resisti non potest* essentially is nothing other than a case of impaired *frui*[76]). Consequently, there seems to be no reason to follow Mayer-Maly (142; 161) in deleting the explicit reference to *remissio mercedis* which is contained in the words *ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur*. Admittedly, Kaser (174) also considers this sentence interpolated because influenced by imperial *remissio*. This, however, is a circular argument, since Kaser's view is based on Mayer-Maly's theory of *remissio mercedis* as an imperial institution, which theory in its turn is founded precisely on the notion that the sentence at issue is an interpolation.

It is possible, then, that Servius' function was to provide a legal basis for a practice which already existed in his time. Alternatively, it may be thought that *remissio mercedis* in farm-tenancy was first created by Servius, who was inspired in this by *remissio* in *locatio vectigalium*, the rules of which he transferred to farm-tenancy, possibly with some

[75]) Above, p. 310.

[76]) See above, p. 303 with n. 22.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

adaptations to fit the peculiar exigencies of this type of contract[77]). Which alternative is to be preferred must be left open as there remain too many uncertainties, like the date of Servius' ruling or the precise grounds for *remissio* in *locatio vectigalium*[78]).

Finally an additional conclusion can be drawn. We can confidently dismiss the possibility that *remissio mercedis* had its origin in „Sozialpolitische Motive"[79]) for helping economically weak tenants. Apart from any other considerations[80]), and no matter how the origin of Servius' ruling is to be explained, the fact that *remissio mercedis* existed in at least three different kinds of *locatio conductio* must be conclusive, especially so as it is hard to imagine that social motives of this kind played a part with regard to publicans. Depending on the question whether or not Cic. Off. 3, 88 implies *remissio* without *vis cui resisti non potest*, and on the date of Servius' ruling, it may even that D. 19, 2, 15, 2 was a retrograde step in comparison to existing practice.

III.

The conclusion that Servius in D. 19, 2, 15, 2, and, consequently, Gaius in D. 19, 2, 25, 6[81]) are concerned with *remissio mercedis* still does not answers the question why imperial *remissio mercedis* originated[82]).

Various answers have been given. According to Mayer-Maly, imperial *remissio mercedis* was meant as an „Instrument im Kampf gegen Rückgang und Verfall der Landwirtschaft im 2. nachchristlichen Jahrhundert, als Sanktionierung der auch im öffentlichen Interesse gelegenen Kulturpflicht des Pächters"[83]). Alternatively, the institution has been

[77]) If, after all, *remissio mercedis* in *locatio vectigalium* was foreseen also in case of *vis tempestatis* (above, n. 72), there would have been no need for such modifications, and it would be possible to think of a 'mechanical' transfer.

[78]) See above, n. 72.

[79]) *Contra* S. Brassloff, Sozialpolitische Motive in der römischen Rechtsentwicklung, Wien 1933, 87–88.

[80]) Such as that (as will be argued in sections IV.–V.) Roman law was concerned primarily with the upper social strata and, consequently, also with the more well-to-do tenants.

[81]) Evidence for the existence of *remissio mercedis* before the later second century A.D. can be found also in some letters of Pliny (9, 37, 2; 10, 8, 5; see also Sitzia 354–355). I shall leave this aside for the moment.

[82]) Cf. also Kaser 173.

[83]) Mayer-Maly 143; cf. also Kaser 174.

seen as stemming from social motives, as a means to help tenants who were in a difficult economic position; it has been though that imperial *remissio mercedis* went further than the remission granted by Servius, or more generally in the fromulary system, or that it had other advantages for tenants[84]). On the other hand others, notably Thomas, Masi (275–283) and Sitzia (esp. 360–361), have argued that there is no difference in essence between fromulary and imperial *remissio*. They did not, however, enter into the question why, in this case, imperial *remissio* originated. To try to answer this question we must first look at the development of *remissio mercedis* in general.

Paradoxical though it may seem, it should be stated right at the beginning that to all appearances there is less development than has been thought[85]). For one thing legal decisions which appear in an early source but are assumed to be new decisions by later jurists may be shown to date from the time of the earlier jurist. A specimen of this is the condition that the damage must be extraordinary. This we find in Gai. D. 19, 2, 25, 6 *(si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus)*, and in D. 19, 2, 15, 2 in the sentences *si vis tempestatis calamitosae contigerit* and *si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse: idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit*[86]). Mayer-Maly considers these sentences interpolated[87]). In Ankum's view the condition stems from Pomponius, who proposed a different criterion from that of Servius for assessing whether or not *remissio* was justified[88]). However, logically this criterion can function only in addition to, and not instead of, that of Servius, as actually is the case in Gai. D. 19, 2, 25, 6. Apart from this, it is Servius to whom the criterion must be ascribed. In the first place the sentence *si vis tempestatis calamitosae contigerit* must, in all probability, be considered genuine. This is clear from the fourth-century parchment PSI XIV,

[84]) Kaser 174 (and also RP I² 567); Ankum 234–235, accepted by Chorus 152 (Ankum's theory will be treated in the following section).

[85]) Notably by Ankum 223–226.

[86]) For the argument that contrary to current opinion *idemque dicendum* is to be taken to mean that it is the colonus who has to bear the damage and not the *dominus* see Sitzia 338–339. Masi 276–277 and Frier (cited n. 17) 97–98 with n. 102 *in fine* also take this view.

[87]) Mayer-Maly 161 and 192, n. 5; as far as *calamitosae* is concerned he is followed by Kaser 169, n. 47.

[88]) Ankum 225. Admittedly, Ankum is speaking only of the first part of the sentence, but this is not essential.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

pretation is not so easily disposed of. It is true that an objection to it is that Ulpian says that the lessor has already given a remission[97]). As the text stands it runs: "What is to be decided if the year in which the *locator* granted him (the tenant) remission is the last one of the lease? The correct answer is that even if the preceding years were plentiful, and the *locator* knows this, he (the tenant) ought not to be called to a settlement"[98]). Thus Ankum's interpretation that in certain circumstances the *locator* need not grant a *remissio* cannot be formally correct. Nevertheless it is possible, and even probable, that what Ankum reads into the text actually is implied in it. Whether or not this is the case depends on whether or not the words *et scit locator* are genuine. It has been held, *inter alios* by Ankum himself, that they should be excised[99]). If this is correct, Ulpian is merely emphasizing that preceding abundant years are not to be taken into account, as distinct from subsequent abundant years. However, if *et scit locator* is to be retained, the correct interpretation of Ulpian's words seems to be that now that the lessor has given a remission despite the fact that he knew the preceding years to be abundant, he cannot go back on his decision[100]). In this case the text implies that the *locator* granted a remission of rent even though he was not obliged to do so[101]). With this interpretation the words *et scit locator* are far from superfluous; on the contrary, they are essential for the meaning of the text, and this in itself may tell against the assumption that they have been interpolated[102]). If this interpretation is correct, this is a strong indication that in deciding

[97]) See also Sitzia 348; and cf. Alzon 317, n. 24. Ankum's view was already corrected by Chorus 153, n. 334 (accepted by Ankum, SZ 97 (1980) 309).

[98]) Strictly speaking *computatio* can only mean 'calculation, reckoning' here; see the Thesaurus Linguae Latinae, s.v., I A 1 (where D. 19, 2, 15, 4 is cited under this heading); OLD, s.v.; Heumann/Seckel, s.v. (where admittedly the sense 'Zahlung', with reference to Gai. Inst. 2, 265 and Ulp. Tit. 2, 11 is also given; but this translation seems unwarranted). However, materially the sense must be that of the translation given in the text. Cf. also Chorus 153, n. 334.

[99]) Ankum 229. See also Mayer-Maly 145 (with literature); Sitzia 351. The fragment is not mentioned in the Ind. itp.

[100]) For this interpretation see Alzon 317, n. 24.

[101]) *Contra* Thomas 1275 ("... there was a *duty* of remission."); cf. also Chorus 153, n. 334; Sitzia 358.

[102]) Admittedly it cannot be precluded that the words were inserted by a later compiler in order to bring Ulpian's decision into line with the rule which, as will be seen presently, is contained in imperial legislation.

whether or not he would grant a *remissio* the *locator* would consider the results of farming over a longer span of time and would take into account preceding years too. There is a parallel which suggests that from the end of the first century A. D. onwards lessors actually did this:

Plin. Ep. 10, 8, 5 (from mid-98 or 99 A.D.[103]): Praeterea continuae sterilitates cogunt me de remissionibus cogitare, quarum rationem nisi praesens inire non possum[104]).

In effect this means that not only subsequent abundant years but also preceding ones were to compensate for bad years. Consequently, we seem justified in concluding that though from a formal point of view Ankum's interpretation of the second part of D. 19, 2, 15, 4 is to be considered incorrect, in all probability it is implied in Ulpian's decision. The same applies to Masi's interpretation of Papinian's *responsum* mentioned above: It cannot be based on this *responsum* but is probably implied in Ulpian's decision. It cannot even be precluded that when Papinian gave his *responsum* the phenomenon which can be inferred from Ulpian's decision did exist. The fact that Papinian does not mention it is no conclusive argument against its existence. Papinian had no reason to mention it as he was apparently confronted with a problem which only concerned the compensation of a remission of rent in a subsequent year.

As Pliny's letter shows, it is likely that the rule which in all probability is implied in Ulpian's decision, viz. that not only subsequent abundant years, but also preceding ones, were to make good bad harvests, was at least current practice at the end of the first century A. D. Precisely how it originated it is impossible to say. The rule that subsequent abundant years were to make good bad ones may have originated, as Sitzia (344—351) argued, from the fact that Servius' apparently clear distinction between *vis cui resisti non potest* and *vitia ex ipso re* could lead to problems in case of *sterilitas*, bad harvest[105]). This could be a result of

[103]) For the date see A. N. Sherwin-White, The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary, Oxford 1966, 571—572.

[104]) This source is cited also by Masi 281—282, who uses it to support his interpretation of D. 19, 2, 15, 2; and cf. Chorus 153, n. 334.

[105]) *Sterilitas* in D. 19, 2, 15, 4 and Plin. Ep. 10, 8, 5 is interpreted as "unfruitfulness of the soil" by R. Clausing, The Roman Colonate, New York 1925 (repr. Roma 1965) 271, who builds upon this a theory of exhaustion of the soil and of a decline of agriculture. This is clearly untenable (on *sterilitas* see now Sitzia 346—348).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

either, and in practice it often would be difficult to establish which caused it. In these circumstances parties could agree to conclude a *pactum* to the effect that *merces* would be due only if the following years were particularly abundant. Also, in order to remain on good terms with his *coloni* (cf. Colum. RR. 1, 7, 1), the *locator* may have granted *remissio* „con una certa larghezza" at the simple request of the tenant[105]) — provided, of course, that the could recover his *merces* in case of subsequent abundant harvests.

According to Sitzia (352—353), evidence for the existence of this practice can be found also in Columella's words in RR. 1, 7, 1, that *ubi sedulo colitur ager plerumque compendium, numquam, nisi si caeli maior vis aut praedonis incessit, detrimentum adfert, eoque remissionem colonus petere non audet.* In particular the words *plerumque compendium, numquam ... detrimentum*, which imply that there were also years producing neither a profit nor a loss, would indicate that the *colonus* would not venture to ask for a remission because he was aware that an adverse year could be compensated by a subsequent abundant one[106]). However, Sitzia's theory is unlikely, for this would imply that the *colonus* would waive a claim to *remissio* while he could not know wheter or not the next year would be an abundant one. Apart from this, it seems more natural to take *detrimentum* as referring to *vis maior* and interpret the sentence in the sense that only in case of *vis maior* will there be a *damnum plus quam tolerabile est* (cf. Gai. D. 19, 2, 25, 6), while the absence of any profit forms, at most, a *modicum damnum* which the *colonus* knows he has to bear himself. If this interpretation is correct, Columella is saying nothing more than what we find in Gai. D. 19, 2, 25, 6 and in Serv. D. 19, 2, 15, 2 (above, p. 319).

On the other hand, as we saw above, Plin. Ep. 10, 8, 5 suggests that at the end of the first century A. D. it was common for lessors to take preceding years into account too. This would corroborate the assumption that the practice had emerged long before the time of

[104]) Sherwin-White (cited n. 103) 255 *ad* Ep. 3, 19, 6 gives the impression that Pliny also did so. But this passage does not warrant such a conclusion: Pliny's objection to the method of the *possessor prior* who *saepius vendidit pignora* is that it was economically unsound as *dum reliqua colonorum minuit ad tempus, vires in posterum exhaurit*. Pliny does not specify what the former owner should have done. In fact, Ep. 10, 8, 5 seems to indicate that Pliny was not lenient in his attitude towards *remissio*.

[105]) Masi 281 interprets these words in a similar manner.

Papinian and Ulpian, though it is impossible to say how far back it went. Alzon (317), followed by Ankum (229), argued that the ruling of D. 19, 2, 15, 4 resembles ‚métayage' and was influenced by it. If this is correct it would give some indication of a *terminus post quem* for the practice. We find ‚métayage' attested with certainty in sources from the end of the first century A. D. onwards, and in such a way as to imply that the system was well-known at this time[108]). On the other hand, ‚métayage' is not mentioned by Columella, who might be expected to have been the first to do so. In view of this and of Sitzia's explanation of the origin of the practice of compensating bad harvests by later abundant years, the chances are that the practice is later than Servius[109]).

Be that as it may, it should be noted that if the arrangement contained in D. 19, 2, 15, 4 is a new development as compared to D. 19, 2, 15, 2, it is to the advantage of the *locator*[110]) and not of the tenant. In any case there is no ground for regarding D. 19, 2, 15, 4 as evidence of any imperial goodwill to tenants, apart from the fact that there is no reason why D. 19, 2, 15, 4 should be connected to imperial *remissio*[111]).

More generally, there is no indication that the substance of imperial jurisdiction differred from that of formulary law in favour of tenants. As was already argued in the preceding section, Columella, RR. 1, 7, 1 testifies that the imperial rescripts of D. 19, 2, 15, 3 and 5 in fact do no

[108]) See especially Plin. Ep. 9, 37, 3; Tac. Germ. 25. See further my COLONUS (cited n. 5), ch. I, n. 60, and Colon (cited n. 43), § 2 with n. 17.

[109]) See however Thomas 1275: "While not asserting that the qualification found in 15, 4 is generally applicable to 15, 2, I do not accept either its incompatibility with at any rate some of the instances in 15, 2."; but I am unable to see the parallels. According to Molnár 674, it follows from D. 19, 2, 15, 4 that the essential difference between risk and remission of rent is that „die Zinsbefreiung immer nur vorläufig und an die Bedingung geknüpft ist, daß der Zins aus der reichen Ernte des folgenden Jahres nachgezahlt werden muß". However, this idea is built upon the assumption, which in my view is erroneous (above, n. 13), that *periculum locatoris* and remission of rent are different, and depend upon whether the harvest was destroyed completely or partially. As a consequence of this Molnár holds that Servius in D. 19, 2, 15, 2 was concerned with *periculum locatoris* and not with remission of rent, which first appears in D. 19, 2, 15, 4.

[110]) See notably Alzon 319; Sitzia 350; *contra* Ankum 236. Cf. also Mayer-Maly 144 („Eine weitere Einschränkung des Anwendungsbereiches der remissio mercedis ..."). If the rule shows influence of 'métayage' this in itself would be evidence of the disadvantage to tenants (see my COLONUS, ch. I, § 5).

[111]) See Thomas 1275—1276.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

more than apply the principle of *vis cui resisti non potest/vitia ex ipsa re* which dates from the time of Servius[113]). Further it is an argument that to all apperances Ulpian in D. 19, 2, 15 is treating formulary and imperial *remissio* together. In particular, the consequences of *remissio* are the same in both. For there is no reason why D. 19, 2, 15, 7 (cited above, section I.) in which these are stated should refer to imperial *remissio* only. And even if this were so, no essential difference can be found between the effect of *remissio* as stated in D. 19, 2, 15, 7 and in D. 19, 2, 15, 2: in either case the tenant only gets a proportional reduction of rent, while the loss of *semen* he has to bear himself[114]).

The remaining fragments concerning imperial *remissio* lead to the same conclusions:

CJ. 4, 65, 8 (231 A.D.) Licet certis annis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut[114]) mos regionis postulat, ut, si qua labe tempestatis vel alio casu vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent, et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequetur.

CJ. 4, 65, 18 (290 A.D.) Excepto tempore quo edaci lucustarum pernicie sterilitatis vitium incessit, sequentis temporis fructus, quos tibi iuxta praeteritam consuetudinem deberi constiterit, reddi tibi praeses provinciae iubebit.

CJ. 4, 65, 19 (293 A.D.) Circa locationes atque conductiones maxime fides contractus servanda est, si nihil specialiter exprimatur contra consuetudinem regionis. quod si alii remiserunt contra legem contractus atque regionis consuetudinem pensiones, hoc aliis praeiudicium non possit adferre.

The first fragment was interpreted by Ankum (231—232; 236) as evidence of imperial benevolence towards tenants. In his view, which was based upon Mayer-Maly (135), *remissio* was granted also in a

[113]) The fact that in D. 19, 2, 15, 3 *incendium* is considered to be a ground for *remissio* while Columella only mentions *caeli malor vis* is unimportant: both are to be seen as instances of *vis cui resisti non potest* (cf. also Alf. D. 19, 2, 30, 4 where *incendium* appears as *vis extraria = vis maior = vis cui resisti non potest*, see above, p. 310 with n. 47).

[114]) Cf. also Ankum 231; Masi 279. On these consequences see further section VI. For the fact that in D. 19, 2, 15, 2 the sentence at issue is not to be considered as an interpolation see above, p. 317.

[114]) I follow the reading of the edition by Krueger/Kunkel (1970[25]). Whether we could read *ut* (e.g. Ankum 232; Chorus 150, n. 330, with various interpretations), or *aut ... (non)* (Mayer-Maly 145), or whether we should perhaps assume that *non* in *expressum non est* is also to be taken with the following words, seems to me relatively unimportant. The sense seems to be reasonably clear: *remissio* was allowed if it was not precluded by some means.

case of ‚métayage', which was expressly precluded from *remissio* by Gaius in D. 19, 2, 25, 6. However, as was seen by Chorus (150, n. 330) and Sitzia (359, n. 91), and was afterwards acknowledged by Ankum[115]) CJ. 4, 65, 8 does not refer to ‚métayage' but to ‚fermage', the *merces* consisting of a fixed quantity of produce[116]). Thus the difference which Ankum thought the perceived between this fragment and D. 19, 2, 25, 6 does not exists. Rather, the fragment shows that in this respect the imperial administration of justice conformed to common law.

This the imperial jurisdiction does in other respects, too. For the decision contained in the text is founded upon the notion that preceding as well as subsequent abundant years were to compensate for bad harvests[117]). To all appearances the fragment does nothing but apply the principles which were already present implicitly in Ulpian's decision in D. 19, 2, 15, 4. Consequently, there is no ground for seeing in it any imperial goodwill to tenants[118]).

The same holds good for CJ. 4, 65, 18, which is often neglected in this context[119]). In effect it says that only the rent for the year in which locusts had destroyed the harvest (cf. the *vis graculorum sturnorum* of D. 19, 2, 15, 2) was to be remitted, but that the tenant was not entitled to any remission of rent for the following years. This, too, is no more than an application of rules which already obtained for common law[120]).

Finally, CJ. 4, 65, 19, in its turn, does not furnish any ground for thinking that imperial *remissio* would have been more favourable to

[115]) In his review of Chorus in SZ 97 (1980) 309.

[116]) See above, n. 43.

[117]) Alzon 317; Thomas 1276; Masi 282; Sitzia 358—359; cf. also Chorus 153, n. 334.

[118]) Admittedly, according to Mayer-Maly 145 there may be a difference between D. 19, 2, 15, 4 and CJ. 4, 65, 8 in so far as „bisher die remissio mercedis im Zweifel nicht zustand und ab 231 gewährt werden sollte". I find this hard to credit. If after all we have to conclude that Ulpian's decision in D. 19, 2, 15, 4 is in effect saying that only subsequent abundant years were to make good bad harvests (above, p. 322), the implication would be that imperial law with its notion that also preceding abundant years were to function as compensation tended to be adverse to the interest of tenants as compared to common law.

[119]) As far as I know it is treated only by Herrmann 457—458 and Molnár 675—676. The interpretation of the latter, however, must be rejected („Bei Zinsbefreiung ist der Pachtzins der folgenden Jahre zu zahlen, ausgenommen, wenn die Ernte von Heuschrecken vernichtet worden ist").

[120]) Cf. also Herrmann 458.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

tenants than formulary *remissio*. All the fragment does is to affirm common law[121]). In particular, it opposes any tendency towards *remissio* becoming obligatory in any circumstance[122]): if, despite the fact that they were not obliged to do so by contract or regional custom, lessors remitted voluntarily, other lessors were not to be compelled to follow this example. Implicit in this is the notion that, under imperial law as under the law of formulary procedure, *remissio* could be precluded by contract or regional custom at all times (cf. also Ulp. D. 19, 2, 9, 2; CJ. 4, 65, 8). In this connection it may be illuminating to note that in a much later period in which the same possibility existed, namely in the Netherlands during the 19th century, admittedly a period in which tenants were in ample supply[123]), the right to *remissio mercedis* was invariably precluded[124]).

In sum, there is absolutely no ground for thinking that in substance imperial *remissio* was more advantageous to tenants than formulary *remissio*. Rather, imperial and formulary law of remission did not differ in essentials. This casts into considerable doubt the view that imperial *remissio* originated from social or economic motives for helping tenants.

Nor is there any ground for Mayer-Maly's theory that *remissio mercedis* was meant to support failing Italian agriculture[125]). As regards this the almost total absence of any development in *remissio mercedis* since the Republic, and the fact that the development which probably did exist was adverse to tenants, seem to be decisive. Apart from this it may be asked what the function of CJ. 4, 65, 8, 18 and 19 in the context of this theory would be. For there can be little doubt that these rescripts refer to the provinces[126]), and this fact in itself would seem to invalidate

[121]) Chorus 151, n. 330 *in fine*.

[122]) Mayer-Maly 143–144; cf. also Herrmann 456–457.

[123]) It seems to be self-evident that any preclusion of the right to *remissio*, or any express clause that *remissio* will be granted (cf. Ulp. D. 50, 8, 3, 2), is a function of supply and demand. Incidentally, the fact that some late fragments imply the existence of an ample supply of tenants should warn us against assuming too lightly that at that time a shortage of labour was universal (against this notion cf. also P. D. A. Garnsey, Non-Slave Labour in the Roman World, in P. D. A. Garnsey (ed.), Non-Slave Labour in the Greco-Roman World, Cambridge 1980 39, referring to Pliny's letters).

[124]) See the Dutch Civil Code of 1838, art. 1631–1632; Pachtwet (cited n. 4), commentary (cited n. 4), § 1–2.

[125]) Herrmann 457 also disagrees with Mayer-Maly.

[126]) As far as 4, 65, 19 is concerned this is certain from the place of issue (Heraclea). 4, 65, 18 has a *praeses provinciae*. Both rescripts mention *consuetudo*

the theory that *remissio mercedis* was meant to assist Italian agriculture – unless we have to assume that the rescripts reflect legislation devised for Italian situations, the original expressions of which have not been preserved. However, even if this were the case, the fact remains that in CJ. 4, 65, 8 and 19 the possibility is considered that *remissio mercedis* could be precluded by contract, which supposes that there was no shortage of tenants[127]). This would not seem to tally with the notion of a crisis in Italian agriculture[128]) – a notion which in itself may well need some reconsideration as it is based mainly on insufficient material and inadmissible generalization[129]).

(regionis), which appears as *mos regionis* in 4, 65, 8. On *consuetudo* in general see Kaser, RP I² 196, with literature; II² 57–58, with literature. Add: W. Flume, Gewohnheitsrecht und römisches Recht, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Geisteswiss., Vorträge 201, Opladen 1975 (W. Waldstein, SZ 93 (1976) 358–369 discusses this work critically). CJ. 4, 65, 8 and 19 are treated explicitly by B. Schmiedel, Consuetudo im klassischen und nachklassischen Recht, Graz/Köln 1966 20–37, who considers the *mos/consuetudo regionis* in these fragments as interpolated (p. 35–36). But he disposes too easily of the problem by simply referring to the view of Niedermeyer, expressed in 1921, in other words in the heyday of 'Interpolationenkritik', especially so as the texts do not fit his theory. For the view that, shortening apart, the rescripts in CJ. in general (and by implication also these) are virtually uninterpolated see T. Honoré 'Imperial' Rescripts A. D. 193–305: Authorship and Authenticity, JRS 69 (1979) 51–64, esp. 51–52; 53; 63; cf. also Honoré (cited n. 40), XIV to XV; 39–40. Apart from this, as we shall see in section V., the rescripts belong to a group which almost certainly refer to the provinces.

[127]) Above, n. 123.

[128]) Unless one prefers to assume that the words were inserted for purely formal reasons. But this would be senseless if it was a well-known fact that there was no reason for it.

[129]) Here I can do no more than indicate the problem. To a great extent the notion of an agricultural crisis derives from M. I. Rostovtzeff, Social and Economic History of the Roman Empire, Oxford 1957². Recently a reaction to Rostovtzeff's views in general has set in, foremost in which has been M. I. Finley's The Ancient Economy, London 1973 (which in its turn tends to go to extremes). In any case it is clear that generalisation plays too great a part in Rostovtzeff's views (see e.g. my COLONUS (cited n. 5), ch. I, n. 82; and cf. also ch. I, § 8 and 10; Finley (cited n. 54) 112). Another argument for doubting the notion of an agricultural crisis follows from the sobering article by C. R. Whittaker, Agri deserti, in M. I. Finley (ed.) Studies in Roman Property, Cambridge 1976 137–165, esp. 137–150; 162–165. This is not to say that the notion certainly is incorrect. But the problem urgently needs to be investigated again.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

IV.

There remains, however, the theory of Ankum, who, after admitting some corrections made by Chorus, holds that the advantage of imperial *remissio* to tenants lay in procedure, and that it was for this reason that it was instituted to help tenants who were in economic difficulties[130]).

As Ankum (222; 225; 227; 234—235) explained, in formulary procedure the formal way to obtain a reduction of rent was that if rent was paid beforehand *(praenumerando)* the tenant could sue his lessor by *actio conducti*. If this were successful, it would result in the lessor being sentenced to repay overpaid rent. Alternatively, in case the rent was paid afterwards *(postnumerando)*, when the lessor sued his tenant for the rent by *actio locati* the tenant would be sentenced to pay, at the most, part of his normal rent[131]). In the imperial *cognitio extraordinaria*, however, the imperial official could fix a lower rent at the request of the tenant even in case of payment *postnumerando*. Consequently the tenant could know how things stood at an earlier time than the formulary system allowed for, as he did not have to wait until an *actio locati* was instituted against him by the lessor.

That in *cognitio extraordinaria* the tenant could take the initiative also in case of payment *postnumerando* was a real and, as will be seen, not unimportant difference as compared to formulary procedure. But it may be asked whether this initiative really would lead to a much faster result. For it is likely that also in imperial procedure *remissio* could not be claimed before the end of a lease-year[132]) as before this time it

[130]) See Ankum 235 and SZ 97 (1980) 308. The theory is considered plausible by Chorus 152. Sitzia 344 calls it interesting. It is accepted by Herrmann 457. At first Ankum also held that the imperial officials would be inclined to be more generous in granting *remissio* than the *usus fudei* (Ankum 236). However, as was noted by Chorus (150, n. 330 and esp. 152, n. 331), who nevertheless considered the view to be attractive, and was subsequently acknowledged by Ankum, SZ 97 (1980) 309, this view was based on the incorrect notion that CJ. 4, 65, 8 refers to 'métayage' (above, p. 309 and n. 43); and no other ground for the view can be found.

[131]) Frier (cited n. 17) 150—155 holds that in house-rent tenants were entitled to make a deduction from the rent unilaterally if there were grounds for a rebate. If this is correct (but Frier does not pay as much attention to formal procedure as Ankum does), it would suggest the possibility that also in farm-tenancy tenants could take the initiative in paying only part of their rent after which the lessor had to sue by *actio locati* if he wanted more.

[132]) Compare Dutch Pachtwet (cited n. 4), commentary (cited n. 4), § 339.

would be unclear what the damage to the yield had been and, accordingly, to what extent the rent should be reduced. The only possible exception to this would seem to be in the case where the harvest was destroyed completely. If in this case the tenant was allowed to claim a *remissio* immediately after the damage had occurred, imperial procedure would have the advantage of time over formulary procedure. The same applied if the lessor delayed in claiming his rent. But this, as also the complete destruction of the crop, would have been rather exceptional. Accordingly it seems doubtful whether as a rule the tenant would know where he stood much later after formulary action than after *cognitio extraordinaria*.

However, even if Ankum were correct on this point, there is a more important question to be asked: to how many tenants would procedure have been of interest? Ankum presupposes that must it have been of interest to the greater part, if not all, of them. But this is unlikely.

We must beware of assuming as a matter of course that the formal way of achieving *remissio* was also the normal way. What was usual I would infer from two passages which have already been quoted in previous sections:

> Colum. RR. 1, 7, 1 ... Nam ubi sedulo colitur ager, plerumque compendium, nunquam, nisi si caeli maior vis aut praedonis incessit, detrimentum adfert, eoque remissionem colonus petere non audet.

and Plin. Ep. 10, 8, 5 ... *praeterea continuae sterilitates cogunt me de remissionibus cogitare*, ... If the *colonus* felt that he was entitled to *remissio mercedis* (and, despite Columella's words, no doubt sometimes even when he knew that he was not[133])) he would ask his *locator* for it. In some letters of Pliny, 9, 15, 1 and 36, 6, mention is also made of *libelli* and *querelae rusticorum*, which may well refer to applications for *remissio*[134]). Then the lessor would consider the request and would or would not grant it. After this the matter would generally be finished, except perhaps from some grumbling on the part of the tenant if his request was turned down. Thus most remissions would, or would not, be granted without the judge's having had any part in it. Only if a serious dispute arose would there be a chance of the matter coming before a judge. Even then, it would come to this only if the tenant knew how to find his way in legal procedure. In practice, the higher his social

[133]) For a parallel we need only think of the publicans' request in 61 B.C. (above, p. 304 with notes 25—26).

[134]) At least, the season to which these letters refer (summer, see 9, 36, 1 and Sherwin-White (cited n. 103) 499 *ad* 9, 15) does not preclude this.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

standing, the more readily would a tenant make an appeal to a judge[134]). Consequently only a minimum of instances would result in a law-suit, and as a rule mainly those in which tenants whose social standing was higher were involved[135]). From this it follows that tenants to whom procedure was of any interest will have formed only the minutest fraction of the total number of tenants.

On these grounds I would conclude that Ankum's theory is also to be rejected. Consequently there seems to be no basis for any theory which tries to explain imperial *remissio* as originating from social and/or economic motives to help tenants who were in economic straits, or from motives to sustain Italian agriculture.

However, it is precisely with regard to the tenant's chances of finding legal redress that the existence of the emperor came to make some difference; and I would suggest that it is here that the explanation for the imperial rescripts concerning *remissio mercedis* is to be sought.

V.

Under the formulary system litigation was to all intents and purposes confined to the groups whose status was higher[137]). However, if one sought help in legal matters during the Principate it was also possible to petition the emperor[138]). For this several possibilities existed[139]).

[134]) See above all Frier (cited n. 17) 48—51. For the fact that this also holds good for farm-tenancy see my COLONUS, 20; 37; 59; 273—274, n. 37; see further the next section.

[135]) For the existence of wealthy tenants see my COLONUS, ch. III, § 7a (and see also *Appendix* II for wealthy *coloni*, who, however, may not have been tenants). In practice this must have meant that they were of higher social standing (cf. my COLONUS, ch. I, § 6; the relation between wealth and status in later times appears from, e.g., M. Bloch, French Rural History, London 1966 190—196; B. H. Slicher van Bath, The Agrarian History of Western Europe A.D. 500—1850, London 1963 312—314. That it was not otherwise in Rome is already apparent from the importance of the *census* — though it would be foolish to pretend that wealth was the only factor in determining status). Cf. also Frier (cited n. 50) 218, who, however, generalizes.

[137]) See now Frier (cited n. 17) 45—51.

[138]) I am not for a moment suggesting that the emperor would undertake the defense of someone in person; what I mean is that the emperor's intervention (which, as will be seen, generally would take the form of a reply to a petition) would be of help to the person concerned.

[139]) What follows is based upon F. Millar, The Emperor in the Roman World, London 1977 esp. 465—477; 537—549, and W. Williams, The *Libellus* Procedure and the Severan Papyri, JRS 64 (1974) 86—103 (both to be cited hereafter by author's name only). Cf. also Honoré (cited n. 40) 24—33.

Persons of high rank could approach the emperor by letter, to which they would receive a reply, also by letter. Others had to present their petition verbally. This involved travelling to the emperor's place of residence, and required at least sufficient status to be admitted to the emperor, unless the person in question could avail himself of the intercession of a well-placed intermediary. Finally, after a certain date, which we can only specify as the mid-second century A. D.[140]), one petitioned the emperor by handing a written *libellus* to him, to which an answer would be given by means of a rescript written on the *libellus* itself and called a *subscriptio*, which would then be published[141]).

In this system the barrier of status was diminished but another remained: as a rule this procedure also required travelling to the place where the emperor was, as normally petitions apparently had to be handed to the emperor in person. Only exceptionally could a *libellus* be given to the emperor by someone standing in a close relation to him, or be sent to him by the governor of the province[142]). As travelling quite considerable distances was sometimes involved, this will have been a restricting factor for the ordinary inhabitant of the Empire, unless the emperor happened to visit his province. This will have meant at least two things, firstly, that the total quantity of petitions was relatively

[140]) For the problem of dating the development of this procedure see Millar 242—244; 538; 544; Williams 98; 103. Cf. also M. Kaser, Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966 (to be cited RZ) 352—353; Honoré (cited n. 126) 32.

[141]) Millar 243—244; Williams 86—87; 98—101; Kaser, RZ 353. For the identity of *rescriptum* and *subscriptio* see Kaser, RZ 352—353; Honoré (cited n. 126) 51; (cited n. 40) 24; A. d'Ors/R. Martin, Propositio Libellorum, AJPh 100 (1979) 112. For the procedure of publication see further F. Schwind, Zur Frage der Publikation im römischen Recht, München 1973[3] 167—174; D'Ors/Martin 114—124. For our purpose it is unimportant whether publication took place by posting up the rescript, as is the prevailing opinion, or by depositing it in an archive where it could be consulted (D'Ors/Martin; — the question may be asked whether the term *proponere* allows this interpretation, see OLD, s.v.). Further it is of relatively minor importance whether rescripts were published in the emperor's residence only or were also sent to the governor of the province of the petitioner. Apparently both occurred, though there was no hard and fast rule (see e.g. Schwind; Honoré (cited n. 40) 28—29 with notes 42—44; contra D'Ors/Martin 114).

[142]) Williams 93—98; Millar 473—475; Honoré (cited n. 40) 26, n. 3.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

restricted, whether intentionally or not[142]), and, secondly, that generally Italians were favoured above provincials.

We may surmise that in petitioning the emperor at all times the higher social levels predominated, and certainly it was never easy for ordinary people to reach the emperor to petition him. But nevertheless, from the mid-second century onwards we find quite a number of instances in which people from the lower social strata apparently succeeded in doing so and obtaining a rescript *(subscriptio)*. Among these were *coloni* of the imperial *Saltus Burunitanus* in Africa (CIL 8, 10570); peasants from near Vaga, also in Africa, who probably were *coloni* also (CIL 8, 14428 A)[144]; and villagers from Scaptopara in Thrace (CIL 3, 12336)[145].

In this connection the title in the *Codex Justinianus* to which the rescripts concerning *remissio mercedis* belong, CJ. 4, 65, *De Locato et Conducto*, furnishes some data which may be of interest.

A remarkable number of rescripts (14 out of 35[146]) is addressed to an Aurelius or Aurelia. Almost certainly these are provincials whose forebears had received Roman citizenship, or who had received Roman citizenship themselves, as a consequence of Caracalla's *Constitutio Antoniniana*[147]. Further, though we do not know where the addressees lived[148], if data from Egypt provide any basis for generalization the name Aurelius may indicate that these persons did not belong to the upper strata of society[149]. For this it also is an argument that their

[142]) For the view that the restriction was intentional see Williams 97; 103.

[144]) See CIL *ad loc.*; Millar 541–542.

[145]) See Millar 476; 540–549, with further examples and references. For the relation between *libelli* and persons of low social status see also Williams 88.

[146]) CJ. 4, 65, 5; 9; 11–16; 20; 23–26; 29.

[147]) See e.g. RE II (1896) 2431, s.v. Aurelius; L. Robert, Hellenica. Recueil d'Épigraphie, de Numismatique et d'Antiquités Grecques, 13, Paris 1965 232 to 234; A. Segrè, La Costituzione Antoniniana e il Diritto dei "Novi Cives", Iura 17 (1966) 2 and 6 (implicitly); J. T. Keenan, The Names Flavius and Aurelius as Status Designations, ZPE 11 (1973) 41–43; D. Hagedorn, Marci Aurelii in Ägypten nach der Constitutio Antoniniana, BASP 16 (1979) 47.

[148]) None of them is mentioned in PIR[1] and [2], or in PLRE I.

[149]) Aurelii are to be distinguished from Marci Aurelii, who generally were of higher status. See now especially Hagedorn 47–59. Cf. also Keenan 42, n. 41; Segrè 6–7. Admittedly Hagedorn 59 cautions that in the papyri the simple name Aurelius does not *ipso facto* prove that the person concerned was not a Marcus Aurelius as names were not used consistently. But in view of the formal

forebears had not received Roman citizenship already before Caracalla's measure. That a rescript refers to a province is further to be concluded from five fragments (part of which is identical to rescripts addressed to an Aurelius) in which mention is made of the *praeses provinciae*[150]). Next, we may assume a provincial background on the basis of the *mos* or *consuetudo regionis* in our rescripts concerning *remissio mercedis*, CJ. 4, 65, 8, 18 and 19[151]). Finally, seven rescripts (three of which also figure in one of the aforementioned categories) have a provincial place of issue[152]). In sum, at least 22 out of 35 rescripts in this title, i.e., more than 60%, refer to the provinces, and at least part of these are probably addressed to relatively humble people.

Any indication of the addressees of the rescripts from the Digest concerning *remissio*, D. 19, 2, 15, 3 and 5, is lacking; in view of the preponderant number of who approached the emperor, they may refer to Italy.

However this may be, I would suggest that all imperial rescripts concerning *remissio mercedis* are to be seen first and foremost as replies to petitions which were made with the specific purpose of receiving an answer to points which were of particular interest to the petitioners. The rescripts are not to be seen *per se* as instances of a *cognitio*-procedure having actually started: they were answers which were important in a subsequent procedure[153]) (this is particularly clear from CJ. 4, 65, 8: ... *eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequatur*), and no doubt this was precisely the purpose for which they were elicited from the emperor.

character of the rescripts in CJ. the risk that also here a Marcus Aurelius lurks behind an Aurelius seems slight.

[150]) CJ. 4, 65, 4; 17; 18; 26; 29. It is true that under Diocletian Italy was divided into a number of districts which in effect were provinces; but these were governed by *correctores*, see A. H. M. Jones, The Later Roman Empire, Oxford 1964 43 and 45.

[151]) Above, n. 126; 4. 65, 18 also figures in the group referring to a *praeses provinciae*, see previous note.

[152]) CJ. 4, 65, 19; 20 (Heraclea); 21; 25 (Sirmium); 30; 31; 33 (Constantinople).

[153]) See N. Palazzolo, Potere Imperiale ed Organi Giurisdizionali nel II Secolo d.C., Milano 1974 75, n. 6 (on D. 19, 2, 15, 3 and 5; also cited by Sitzia 344, n. 41); 215–227; Honoré (cited n. 126) 51–52, cf. also Honoré (cited n. 40) 26; 30–31. Cf. further Kaser, RZ 353; Millar 475 (in a different context): "as early as Antonine Pius the *subscriptio*, 'You may approach the governor of the province', was a standard form of reply; and both literary and documentary evidence provides numerous examples of the same reply in a variety of forms".

Senato della Repubblica - Archivio Storico

This assumption holds good in any case, also if the rescripts were to be seen as indications that a *cognitio*-procedure had already started. In addition, it means that the initiative which led to the rescript lay with the petitioner and that the emperor[154]) only reacted to it. The fact that our rescripts do no more than affirm common law[155]) would seem to be in keeping with this, particularly so in the case of the rescripts from CJ., which affirm common Roman law to provincials — indeed, this may well be the reason for their preservation.

I would suggest that the imperial rescripts are illustrations of what was one of the main functions of the emperor (which he inherited from the Hellenistic kings): to be there to be approached, and to administer justice[156]).

The conclusion to which the argument here and that of the preceding sections leads is that there was no special imperial policy whatever concerning *remissio mercedis*. In fact, there was no 'imperial *remissio*' in the sense of an institution. Rather there existed only one *remissio mercedis*, essentially dating from the Republic, which could be obtained by formulary action or in other ways, and on which the emperor could give a reply if petitioned to do so. The main explanation why after a certain date we hear relatively often of imperial decisions concerning *remissio mercedis* is that people could more easily approach the emperor than institute a formulary action[157]). To be sure, the fact that the emperor could be approached could in itself have had some effect in protecting tenants.

[154]) I am not concerned with the question whether the emperor was involved personally in the content of the rescripts, or whether he merely authenticated what his chancery, or his *a libellis*, had formulated. See Millar 248—252; 549; Honoré (cited n. 126) 54; (cited n. 40) 41—46. In any case it was the emperor who was responsible (cf. Millar 248—252).

[155]) Cf. also Herrmann 461. For the fact that this is not only the case in our rescripts concerning *remissio* but is the rule to which only the fewest exceptions can be found see Honoré (cited n. 126) 54—55; cf. also G. Schnebelt, Reskripte der Soldatenkaiser, Karlsruhe 1974, 195—199.

[156]) This is the central thesis of Millar's book; see e.g. p. 3—4; 250—252; 466—467; 477; 549.

[157]) However, it is very doubtful whether we can speak of a run on the imperial chancery, as Mayer-Maly 143 and Ankum 230—231 do on the strength of D. 19, 2, 15, 5: this rescript does not warrant such a conclusion.

VI.

Finally, for a correct understanding of *remissio mercedis* we must pay some attention to the question what *remissio* meant to the tenant economically[158]). This aspect has been hitherto neglected[159]).

As we saw earlier (sections I. and III.) in D. 19, 2, 15, 2 and 7, the tenant who obtained a *remissio* obtained only a proportional reduction of his rent while he had to bear the loss of *semen* himself. In other words, if he specialized in grain-growing, or in growing seed products, as the majority of tenants probably did[160]), he received no special compensation for the loss of his produce, including the loss of his seed for the next year[161]).

To assess what this implied we must look at the earning and expenditure of a tenant. For the sake of simplicity I assume that he was mainly a grain-growing 'fermier', but *mutatis mutandis* analogous principles apply, e.g., to tenants who specialized in viticulture.

The main income of a tenant consisted of the yield of what he had sown. It is a reasonable assumption that this yield was not more than three- or four-fold[162]). Of this yield at least 25% had to be reserved as seed for the next year. Of the remaining 75% or less the tenant had to use a part to pay his rent and any other charges[163]). Whether he sold his produce

[158]) It should be emphasized that this section is not intended to be an exhaustive treatment of the topic as this would go far beyond the scope of this article. I intend to do no more than give some indications.

[159]) The main exception is now Molnár, who pays attention to economic aspects, e.g., on p. 669—670 and 677.

[160]) Cf. my COLONUS (cited n. 5), esp. ch. III, § 8—9.

[161]) Strictly *semen* means 'seed' (in the legal sources the word always has this sense, see Iul. D. 22, 1, 25 pr.-1; Paul. D. 33, 7, 18, 9; PS. 3, 6, 43; Ulp. D. 33, 7, 12 pr.) or 'slip, cutting' (see e.g. Cato, Agr. 46, 2; Varro, RR. 1, 39, 3—1, 40; Colum. RR. 3, 15, 5; 3, 16, 6; 5, 3ff.; Arb. 39). See OLD, s.v., 1—3. But that the tenant also had to bear the loss of the rest of his produce is implied by the sentence in D. 19, 2, 15, 2 *sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum colonus non erit, ne supra damnum seminis mercedes agri praestare cogatur*, and by the words of D. 19, 2, 15, 7 that non *id quod eius interest colonus consequitur, sed mercedis exoneratio pro rata*. Cf. also Molnár 669—670.

[162]) See Columella, RR. 3, 3, 4, which is supported by the fact that such seed/yield ratios still were the rule in the Middle Ages and even in the sixteenth to eighteenth centuries (see Slicher van Bath (cited n. 136) 18). On seed/yield ratios see further my COLONUS, ch. I, n. 53.

[163]) For the moment the precise nature of these charges is not important. In any case we can think of taxes. It is true that during the Principate Italy was

Senato della Repubblica - Archivio Storico

first for money or paid directly in produce is unimportant. Another part of his income had to be used to procure any necessaries he did not produce himself, like implements or clothing, or to pay for labour, if any were needed. Finally he needed part of his produce to feed himself and his family.

As was said before, the tenant who obtained a *remissio* obtained relief regarding the rent to be paid. But any other charges remained unchanged. In addition, other needs could be scaled down only minimally. In particular the necessity remained to set aside as seed for the next year the same quantity as always. Thus the tenant who obtained a *remissio* only obtained relief of part of his expenditures, while at the same time he had to sustain the loss of at least part of the produce which had to provide him with his main income. Consequently, even if he obtained a *remissio* the tenant could easily get into considerable economic difficulty, the more so as yields of not more than three- or four-fold meant that farms were extremely vulnerable[164]). For instance the tenant could find himself compelled to borrow in order to procure his seed for the next year, or even in order to eat until the next harvest. In this way he could easily contract a debt which he might not be able to pay off. An illustration of this is possibly furnished by:

Plin. Ep. 9, 37, 2 (107 A.D.) nam priore lustro, quamquam post magnas remissiones, reliqua creverunt; inde plerisque nulla iam cura minuendi aeris alieni, quod desperant posse persolvi; rapiunt etiam consumuntque, quod natum est, ut qui putant se non sibi parcere.

Despite large, and probably several, remissions these *coloni* had got more and more into debt, so much so that they had given up hope of ever being able to pay it off and had resorted to overcropping. In Pliny's

free of *tributum*. But the provinces were taxed on land and in many cases also on persons. It is unclear to me whether the tax on land was paid by the tenant or by the owner (the implications of Ulp. D. 50, 15, 4, 8 are not entirely clear to me; admittedly, we know from Cic. 2 Verr. 3, 55 that during the Republic in Sicily it was the tenant who paid the *decuma*; but we cannot generalize from this as no doubt there was much regional variation; we must also reckon with the possibility that if it was the owner who was taxed he might shift the burden onto the tenant). But in any case the tenant would have to pay his share of any taxes on the person. On taxes see now L. Neesen, Untersuchungen zu den direkten Staatsabgaben der römischen Kaiserzeit (27 v. Chr.—284 n. Chr.), Bonn 1980, with the review article by P. A. Brunt, The Revenues of Rome, JRS 71 (1981) 161—172.

164) See Slicher van Bath (cited n. 136) 18—19.

view there was only one way to mend the situation *(medendi ratio*, 9, 37, 3), viz., to change the system of leasing from ‚fermage' to ‚métayage' which meant a social and economic downgrading for the *coloni* concerned[165]).

We should not on this basis make generalisations concerning the situation of Italian *coloni* in general[166]). Whether or not tenants got into difficulties despite remissions of rent depended on many variables, like the extent of the damage, the share which rent took as compared to other exigencies, or the tenant's economic resources, which without any doubt varied greatly between tenants. For one thing there was a great disparity between the economic recources of ‚fermiers' who specialized in viticulture and who were well-off or even very rich, and tenants who grew mainly grain, the majority of whom must have had fairly modest means. But also within the latter category economic strenght must have varied between tenants[167]).

Pliny's letter does serve to remind us, however, that though economically *remissio mercedis* was not without value[168]) it was no economic panacea. This agrees well with the notion that it did not originate for special social or economic motives like assistance to economically weak tenants. Rather, *remissio mercedis* should be seen as stemming from mainly legal considerations (in which, admittedly, economic considerations of a general kind may well have played a part): the lessor must *frui praestare* (cf. Ulp. D. 19, 2, 15, 1); if this enjoyment was impaired through circumstances which neither the tenant nor the *locator* was able to resist the lessor bore the risk for the rent. *Remissio mercedis* was, and always remained, basically an instance of *periculum locatoris*.

165) Cf. my COLONUS, ch. I, § 6, and Colon (cited n. 43).

166) See above, n. 129.

167) See my COLONUS, e.g. ch. I, § 5; ch. III, § 7a and 8; ch. IV, § 20.

168) One illustration of this may be the fact that in Holland at the end of the 18th century the abolition of the possibility of precluding the right to remission was seen as one measure of improving the poor condition of agriculture at the time, see Pachtwet (cited n. 4), commentary (cited n. 4), § 3. Also it is pertinent that remission of rent can function as an insurance, cf. I. B. Cohen, De Pachtwet, wet van den 31sten Mei 1937 (S.bl. no. 205), houdende Nieuwe Regeling van de Pacht, Haarlem 1937 98.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

1449[89]). Another argument is provided by a parallel fragment concerning house-rent, which probably reflects a ruling by Servius[90]):

D. 19, 2, 27 pr. (Alf. 2 dig.) Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte cenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet: ea enim condicione habitatorem esse, ut, si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret: ...

Whatever alterations the text may have undergone[91]), there can be little doubt that the tenant should bear a small inconvenience and is entitled to a reduction of rent only if the inconvenience is considerable[92]). In other words, the inconvenience must be *plus quam tolerabile est*. Hence we can assume that in D. 19, 2, 15, 2 this conditon was present from the beginning and dates from Servius. It is not, then, a new ruling made by a later jurist.

Next, we should beware of thinking that if we do not find a rule in a legal source before a certain date we have to conclude that the rule did not actually exist before that date. An illustration if this is provided by Columella, RR. 1, 7, 1 (cited above, p. 311). This proves that the condition for *remissio* that the tenant had properly cultivated his land, which for the rest we do not find before the second-century fragment D. 19, 2, 15, 3 concerning imperial *remissio* (from which Mayer-Maly construes his ‚Kulturpflicht'), already existed in the mid-first century or even earlier. As Columella places no special emphasis on it, it was apparently already a standing condition in his time. This is not surprising given that bad cultivation would not count as *vis cui resisti non potest*[93]).

[89]) See Masi 274, n. 9. On PSI XIV, 1449, see above, n. 45.

[90]) Mayer-Maly 154; Frier (cited n. 17) 151.

[91]) See now Frier 151—153.

[92]) See now Frier 151—152; cf. perhaps also Gai. D. 19, 2, 25, 2; Ulp. D. 39, 2, 37 (Frier 155). That at least the substance of D. 19, 2, 27 pr. is genuine is also the opinion of e.g. Kaser 183, n. 115; Watson 115—116; Molnár 664. In view of this there also seems to be no reason for deleting the words *plus quam tolerabile est* in D. 19, 2, 25, 6 as Mayer-Maly 135 and 154 does. It should be noted, however, that in line with his views on these words and their parallel in D. 19, 2, 15, 2 Mayer-Maly 154 considers the action of a slight inconvenience as interpolated also in D. 19, 2, 27 pr.

[93]) For Columella see also above, p. 311f. In fact, cultivation was always an essential duty of the tenant, as appears from e.g. Iav. D. 19, 2, 51 pr.; Gai. D. 19, 2, 25, 3; Paul. D. 19, 2, 24, 2; 19, 2, 54, 1; PS. 2, 18, 2; cf. also Gell. NA. 4, 12, 1. For this cf. also Masi, 280, n. 33; Frier (cited n. 17) 75 with n. 51.

Another probable instance of at least a practice which existed before its attestation in a legal source is the ruling contained in:

D. 19, 2, 15, 4 (Ulp. 32 ad ed.) Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam. hoc idem et in vectigalis damno respondit. sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio. quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? verius dicetur et si superiores uberes fuerunt et scit locator, non debere eum ad computationem vocari.

The fragment falls into two parts, a report by Ulpian of a *responsum* by Papinian, and a decision by Ulpian hemself on a related problem, beginning with *quid tamen* ...[94]). With regard to the points which concern us most[95]), the first part should present no problems, though it has been variously misinterpreted. According to Mayer-Maly (144), if the harvest following a „Katastrophenjahr" was plentiful the lessor was entitled to demand the rent for the whole period of the lease („für die gesamte Pachtperiode"). Masi (279) interpreted the passage in the sense that, in deciding wheter ot not a *remissio* was to be granted, account was to be taken not so much of single years as of the result of farming during the period or the lease as a whole. This seems to imply that foregoing years were also to be taken into account. But all Papinian says is that if the *locator* has given a *remissio* because of a bad harvest he is entitled to recover the rent for the year in question in subsequent years if these are plentiful[96]).

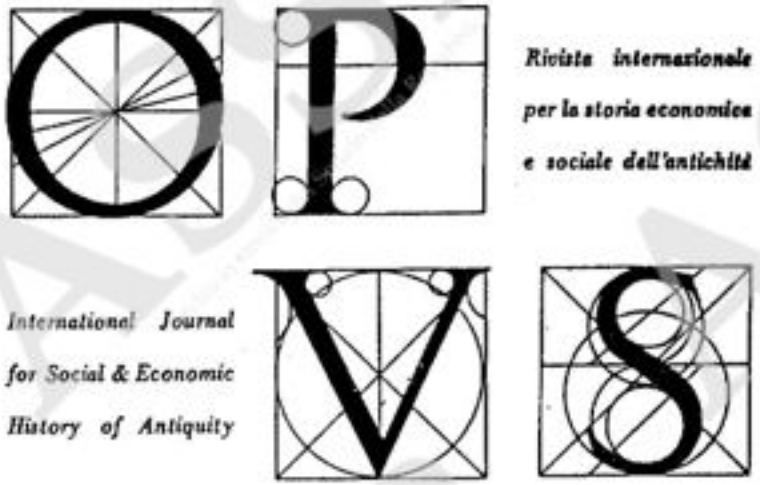
The second decision, that of Ulpian, requires a more extensive discussion. In the opinion of Ankum (229—230) the decision means that the *locator* did not have to grant a *remissio* if the year in which the bad harvest occurerd was the last one of the lease, and previous years had been abundant. According to Molnár (674—675), Ulpian was concerned with what was to be decided if the years following upon that in which the *sterilitas* occurred were no better. That this latter interpretation is incorrect needs no elaboration. But Ankum's inter-

[94]) See e.g. Thomas 1275; Sitzia 351 with n. 66, *contra* Mayer-Maly 144 (with older literature) who considers the sentence from *sed et si* onwards as interpolated.

[95]) The problem of *donatio* and *transactio* can be left aside; on this see most recently Sitzia 348—350.

[96]) Cf. also Ankum 229—230; Thomas 1275; Sitzia 348; Chorus 153, n. 334.

Senato della Repubblica - Archivio Storico



Rivista internazionale per la storia economica e sociale dell'antichità

International Journal for Social & Economic History of Antiquity

III

1984

fascicolo 1

Tip. F. Centenari - Via della Luce 32/A - Roma

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Direttori: Carmine Ampolo (Università di Roma) e Giuseppe Pucci (Università di Siena).

Ha collaborato al presente fascicolo: Maria Luisa Ferrantini.

La rivista si pubblica due volte l'anno. I contributi vanno presentati dattiloscritti in doppia copia e in forma definitiva, con un breve sunto in inglese. Le abbreviazioni dei periodici sono quelle de *L'Année Philologique*. Il greco, quando sia possibile, va traslitterato. Ogni autore riceverà 50 estratti.
La corrispondenza e i libri per recensione vanno indirizzati a *Opus*, Casella Postale 13157, Roma.

Abbonamento annuo: Italia, Lire 15.500; Estero, Lire 19.000.
Prezzo di un singolo fascicolo: Italia, Lire 8.500; Estero, Lire 11.000.
I versamenti devono essere fatti sul C.C.P. 83737007, intestato a Opus, Roma.

Editors: Carmine Ampolo (University of Rome) and Giuseppe Pucci (University of Siena).

Editorial Management: Maria Luisa Ferrantini.

The journal is published twice a year. Contributions should be submitted typewritten in two copies and ready for printing, including a short abstract in English. Abbreviations of periodicals are those of *L'Année Philologique*. Greek, whenever possible, should be transliterated. Authors will receive 50 off-prints.

Editorial correspondence and books intented for review should be addressed to *Opus*, P.O. Box 13157, Roma.

Annual subscription rates: Italy Lit. 15.500. Other countries Lit. 19.000 ($ 11).
Single issue: Italy Lit. 8.500. Other countries Lit. 11.000 ($ 6).
Payments are to be made by international money order in favour of Giuseppe Pucci and [illegible] to *Opus*, P.O. Box 13157.

[illegible] Spedizione in abbonamento postale, gruppo IV.
[illegible] Tribunale di Roma n. 45/81 del 4-2-1981.
[illegible] Giuseppe Pucci.

Esaminando i passi delle consolidazioni giuridiche della tarda antichità relativi alla organizzazione dei lavoratori della terra, si osserva che spesso accanto ai *coloni* – nella nuova configurazione giuridica che essi sono venuti ad assumere – e ai *servi* compare la figura degli *inquilini* (1). Un problema che ancora oggi resta aperto è quello di individuare il processo attraverso il quale il termine *inquilinus*, accanto al più comune significato di "affittuario di una casa" abbia assunto in questa epoca anche quello di "coltivatore di un terreno", in condizioni assimilabili a quelle del *colonus*. Molto spesso si è anche discusso, in margine a scritti sul colonato, sulla origine e la condizione dell'*inquilinus*. Proprio un confronto delle diverse opinioni sull'inquilinato – isolandole dal contesto più complessivo della questione del colonato – insieme ad una puntuale analisi delle fonti a nostra disposizione, parrebbe aprire la strada a un tentativo di soluzione di questi due problemi.

Un contributo alla discussione sull'inquilinato è stato offerto recentemente da Eibach (2). Questi, dopo aver fatto un rapido esame delle fonti giuridiche tardo-antiche in cui il termine *inquilinus* compare, sostiene che esse sono insufficienti per poter dare una adeguata risposta al primo problema. Lo studioso ritiene opportuno, perciò, fare un confronto tra *inquilinus* e *incola*, parole tra loro affini (3). Tuttavia da questo confronto egli non sembra trarre importanti conseguenze, ma conclude che, a suo avviso, non c'è mai stata una trasformazione semantica nel termine *inquilinus* ("Mieter eines Hauses") (4), ma semplicemente un restringimento in epoca tarda alla sfera agricola, mentre nell'epoca della giurisprudenza classica esso si sarebbe riferito sia a quella urbana sia a quella rurale. Eibach aderisce, pertanto, alla opinione di Jones, secondo il quale "the word *inquilinus* in the legal language of the principate means the tenant of a house, as opposed to *colonus*, the tenant of agricultural land. There is no reason to believe that the word had changed its meaning, and these *inquilini* will therefore have been cottagers on an estate, who earned their livings as craftsmen or labourers" (5).

Eibach lamenta, infine, che il problema è reso più complicato dal fatto che esiste uno iato di oltre un secolo tra le testimonianze del Digesto e quelle dei Codici. Egli non sembra però prendere nella giusta considerazione testimonianze di diversa natura, letterarie o epigrafiche, le quali hanno permesso invece a studiosi precedenti di cogliere degli elementi di affinità anche tra il significato di *inquilinus* e quello di *incola*. Una indagine in questo senso era stata svolta da Revillout (6), il quale partiva da questa premessa: "Sous la république et pendant les premiers siècles de l'empire, le terme d'*inquilinus* servait

Senato della Repubblica - Archivio Storico

126

à désigner celui qui demeurait, surtout à titre de locataire, dans la maison d'autrui. C'était simplement un diminutif d'*incola*, mot qui s'appliquait, dans la langue juridique, aux étrangers venus dans une ville avec l'intention d'y fixer leur principal établissement". Revillout quindi concludeva: "Ces deux expressions, dérivées de la même racine, conservèrent, en passant de la langue du droit dans la langue littéraire, leur valeur primitive, et dénotèrent une origine étrangère, un établissement hors de la patrie" (7). Revillout supponeva che l'inquilinato fosse una istituzione sviluppatasi nel corso del tempo e che le sue origini fossero da ricercare in un'epoca precedente a quella dei Codici; conseguentemente egli forniva un quadro delle testimonianze – comprese quelle letterarie a partire dall'età repubblicana – in cui appare il termine *inquilinus* (8). Basterà ora riferire la più significativa di queste testimonianze; essa si trova in Sallustio e rappresenta anche la più antica attestazione del termine. Vi si narra il celebre episodio della difesa in tribunale di Catilina, il quale, attaccando il suo avversario Cicerone, si esprime sul suo conto con le seguenti parole: "M.Tullius, inquilinus civis urbis Romae" (9). Il passo di Sallustio verrà poi parafrasato da Appiano, il quale non trovando in greco un'espressione che rendesse con esattezza il termine *inquilinus* sarà costretto a traslitterarlo (ἰγκουιλῖνον). Appiano aggiunge che con questo termine si designava uno straniero abitante in una sede non propria (10). Una simile espressione userà anche Velleio Patercolo a proposito di Catone il censore: "M.Catonem, novum etiam Tusculo urbis inquilinum" (11). Sia nel caso di Cicerone che in quello di Catone, quindi, risulta chiaro che *inquilinus* serve a indicare un cittadino che si trasferisce dal suo municipio natale nella città di Roma (12).

Il parallelo tra *inquilinus* e *incola* è stato proposto anche da Seeck (13), sulla base di un passo di Arnobio, in cui si dice: "quare habere si locum vestras vultis querimonias, homines, prius est, ut doceatis, unde vel qui sitis, vobisne sit genitus et fabricatus mundus an in eum veneritis alienis ex regionibus inquilini" (14). L'*inquilinus* di Arnobio sarebbe "ein Mensch, der aus fremden Ländern herkommt und sich auf einem Boden niederlässt, der nicht him gehört". E Seeck osserva: "Der Name knüpft wohl nicht an die *inquilini*, der früheren Zeit (freie Mieter) an, sondern an die *incolae*, d. h. Bewohner des Gebietes von Städten, in denen sie nicht das Bürgerrecht besassen" (15).

Come è ben noto, allo stesso Seeck va ascritta la paternità della famosa teoria secondo la quale le origini del colonato andrebbero cercate nella condizione degli *inquilini* citati in un frammento di Marciano conservato nel Digesto (16). Questi *inquilini* sarebbero dei barbari prigionieri della guerra condotta da Marco Aurelio contro i Marcomanni e successivamente insediati dall'imperatore come agricoltori entro i confini dell'impero. Marco non avrebbe previsto per questi prigionieri una condizione di vera e propria schiavitù, ma piuttosto una condizione di semi-libertà, nel senso che costoro non potevano più abbandonare i campi che erano stati loro assegnati. Come modello l'imperatore si sarebbe servito di quello dei *liti*, coltivatori germani; il nome di *liti* sarebbe stato quindi latinizzato in *laeti*, con cui sarebbero stati appunto indicati in Gallia i barbari catturati da Marco Aurelio, i quali nel resto delle province, invece, si sarebbero chiamati *inquilini*.

Nonostante a questa ricostruzione del Seeck siano state mosse critiche puntuali e, a mio avviso, decisive da parte del Clausing (17), un punto resta incontrovertibile: la affinità di significato tra *inquilinus* e *incola*. Eibach chiama in causa, contro l'idea di Seeck, un passo di S.Agostino da cui risulterebbe che all'epoca dell'autore vi era una chiara distinzione tra le due parole:

"Quod est enim in graeco πάροικος, aliqui nostri *inquilinus*, aliqui *incola*, nonnumquam etiam *advena* interpretati sunt. Inquilini non habentes propriam domum, habitant in alienas incolae autem vel advenae, utique adventitii perhibentur" (18).

Ma si può osservare come Agostino non si limiti a distinguere l'*inquilinus* dall'*incola* per il fatto che il primo è privo di una casa, mentre l'altro è privo della patria o, meglio, vive in una patria non sua, come Eibach sostiene. Una analisi del contesto fa bene intendere quali fossero i punti di contatto tra i due termini, che potevano entrambi tradurre la parola greca πάροικος: è sintomatico, mi sembra, che un po' più avanti Agostino accosti tra loro i termini *inquilinus*, *incola* e *advena* e insieme li contrapponga alla parola *civis*. Egli dice che l'uomo sulla terra è solo di passaggio e che quindi occorre definirlo *inquilinus* o *incola* o *advena*, mentre la sua vera patria, la sede eterna si trova in cielo e lì egli deve essere considerato *civis* (19).Questo concetto viene ripetuto da Agostino più avanti: accanto ad *inquilinus* viene impiegato il termine *peregrinus*: "Inquilinus ego sum apud te et peregrinus" (20); e ancora: "Ipsi ergo sunt cives terreni, qui sunt Dei populo peregrini; qui vero cives sunt in populo Dei, ipsi sunt in terra peregrini". Questa antitesi parrebbe riprodurre quella tra *inquilinus* (*incola*, *advena*) e *civis*. La ragione della scelta di questi termini in Agostino è chiara e mi sembra che ne risulti confermato l'accostamento nel pensiero di Agostino, tra il significato di *inquilinus* e quello di parole come *incola*, *advena*, *peregrinus* (21).

Il medesimo accostamento tra *inquilinus* da una parte e *incola* e *advena* dall'altra possiamo, peraltro, osservare in due passi di Isidoro (*Orig.*IX 4,37 e *Diff.*I 332) particolarmente interessanti poiché in essi è messa in evidenza anche la peculiarità di significato, a suo avviso, di *inquilinus* in rapporto a quello di *incola* e *advena*. Isidoro (*Orig.*IX 4, 37) dice, ripetendo e precisando la definizione agostiniana, che:

"Inquilini vocati quasi incolentes aliena. Non enim habent propriam sedem, sed in terra aliena inhabitant. Differt autem inter inquilinum et advenam. Inquilini sunt qui emigrant, et non perpetuo manent. Advenae autem vel incolae adventicii perhibentur, sed permanentes; et inde incolae, quia iam habitatores sunt ab incolendo".

Si può dire, in conclusione, che alla sensibilità di Agostino e Isidoro i termini *incola* e *inquilinus* apparivano accomunarsi in quanto termini entrambi indicanti persone che hanno una origine, una provenienza straniera, mentre si distinguevano, almeno per Isidoro, in quanto l'*incola* era colui che comunque riusciva a trovare una nuova sede, l'*inquilinus*, viceversa, non possedeva una sede fissa (22).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Se alla coscienza dei parlanti dell'epoca di Agostino e poi di quella di Isidoro *inquilinus* e *incola* risultavano essere termini apparentati, se tali risultavano essere, all'altro estremo, nella età che ci ha lasciato le prime attestazioni del termine *inquilinus*, sorge naturalmente il problema di intendere perché mai, nell'uso dei giuristi, il termine *inquilinus* sia servito, quasi costantemente e in modo inequivocabile, a indicare restrittivamente l' "affittuario di abitazione urbana" (23), in posizione nettamente distinta – pur nel comune ambito del contratto di *locatio-conductio* – da quella del *colonus*, "affittuario di un terreno".

Che *inquilinus* nel Digesto abbia assunto un significato tecnico-giuridico è stato sostenuto ragionevolmente da Frier, secondo il quale la parola sarebbe stata impiegata in questo senso, probabilmente per la prima volta, da Labeone a rimpiazzare un precedente *habitator*, la parola presumibilmente adoperata da Alfeno (24). E' comunque interessante il notare che la specifica accezione di "affittuario di una casa" non è l'unica a comparire nel lessico dei giuristi: accanto al passo di Marciano, di assai discussa interpretazione, ma nel quale comunque sembrerebbe essere esclusa la possibilità che l'*inquilinus* ivi citato sia affittuario di una casa, vi sono altri due luoghi dei giuristi severiani, pur essi di discussa interpretazione, nei quali non sembra di poter individuare, in base al contesto, un uso della parola *inquilinus* ristretto all'ambito della locazione urbana (25).

La parola *inquilinus* compare pure, come è noto, accanto a *colonus* e *stipendiarius*, in una delle "grandes inscriptions" africane, quella di Henchir-Mettich (26). Vari sono stati i tentativi di intendere il preciso ambito semantico dei tre termini (27). Così Collinet (28) ha sostenuto che gli *stipendiarii* sarebbero gli abitatori indigeni d'Africa, i quali – una volta passati sotto la dominazione romana – sarebbero stati soggetti al pagamento di un tributo. Di questi *stipendiarii*, successivamente, alcuni sarebbero rimasti tali, altri sarebbero passati nella condizione migliore di *coloni*, per volontà dell'imperatore e dei privati proprietari che assegnavano loro, per un periodo di tempo illimitato e con diritti e obblighi particolari, dei lotti di terra allo scopo di migliorarne la coltivazione. Gli *inquilini*, invece, sarebbero antichi affittuari con contratti a breve termine divenuti *coloni* per la residenza prolungata sul fondo. Anche Saumagne (29) ritiene di vedere una certa distinzione tra due delle categorie di agricoltori indicate nella iscrizione di Henchir-Mettich: i *coloni* da una parte e gli *inquilini* dall'altra. I primi sarebbero stabiliti sul fondo, all'interno del podere (*in fundo*); gli altri prenderebbero parte alla coltivazione del fondo, ma abiterebbero al di fuori di esso (*ultra fundo*) (30).

Entrambe queste opinioni, quale che possa essere la loro specifica plausibilità, mettono comunque in rilievo nella terminologia della cancelleria imperiale un uso del termine *inquilinus* non limitato al particolare ambito dei rapporti tra proprietari e affittuari di case. Si tratta di vedere se ci troviamo qui di fronte alla persistenza di quella più ampia accezione del termine che è rilevabile, come si è visto, in età repubblicana, e se una tale ipotizzabile persistenza torni utile a intendere quello che è il senso di *inquilinus* nelle consolidazioni.

Nella sua trattazione sul colonato Saumagne sostiene che l'uso del termine *inquilinus* come quello di altri termini, con cui si designavano nelle costituzioni imperiali le varie figure di agricoltori, abbia subito una certa evoluzione nel corso del tempo. Ponendo come linea di demarcazione una costituzione dell'imperatore Zenone, egli ritiene che a partire da questo momento sia stato introdotto l'uso del termine *adscripticius*, che indica il colono ascritto al censo; *adscripticius* avrebbe da ora preso il posto del termine *colonus* (31). *Colonus*, invece, sarebbe passato a significare ciò che prima si intendeva col termine *inquilinus*, il quale a sua volta sarebbe scomparso. Schematicamente Saumagne, quindi, contappone un trinomio prezenoniano: a)*inquilinus* – b)*colonus* – c)*servus* a un trinomio giustinianeo: a)*colonus* – b)*adscripticius* – c)*servus*. In verità l'astrattezza e alcune chiare incongruenze dell'analisi e delle conclusioni di Saumagne sono state messe bene in evidenza da Ganshof (32) con brevi, ma puntuali argomentazioni.

Tuttavia a me pare che si sia trascurato di prendere nella giusta considerazione una fondamentale osservazione di Saumagne. A proposito della distinzione tra *colonus* e *inquilinus* nel primo trinomio, lo studioso fa riferimento al principio dell'*origo*. Mentre nel caso del *colonus* gli effetti di tale principio sarebbero immediati, nel caso dell'*inquilinus* essi si sarebbero verificati dopo un lasso di tempo; questo lasso di tempo sarebbe determinato, secondo Saumagne, dalla *praescriptio longi temporis* (33). E' dunque l'*origo* a rappresentare l'elemento discriminante tra *colonus* e *inquilinus*.

Credo che è in questa direzione che si deve procedere per risolvere il problema dell'*inquilinus* nelle consolidazioni. Si è visto come il campo semantico del termine *inquilinus* sia originariamente più ampio di quello apparentemente attestato dalla testimonianza del Digesto e come nello stesso Digesto sia possibile rinvenire qualche indicazione di tale maggiore ampiezza. Si è visto, peraltro, come il termine *inquilinus* sia, nel corso della età imperiale, adoperato anche in riferimento all'ambito rurale. Se *inquilinus* può indicare anche l'affittuario rustico, verrebbe fatto di concluderne che *inquilinus* sia adoperato, in specifici contesti, come sinonimo di *colonus*, ma è proprio la originaria significazione del termine, la sua connessione con *incola* a suggerire che questa conclusione è illegittima. L'*inquilinus* è sì un affittuario rustico alla stregua del *colonus* ma da questi si distingue in quanto non è come il *colonus*, *originario* del luogo nel quale si trova. L'esigenza di distinguere tra le due categorie di affittuari rustici diviene naturalmente più pressante se e quando è proprio il principio dell'*origo* a rappresentare un elemento essenziale per caratterizzare la condizione del colono. Come avrebbe potuto essere vincolato a questo principio anche l'*inquilinus* dal momento che per definizione, come si è visto, egli sembra non potervi essere sottoposto?

Ci si può chiedere allora quali fossero gli elementi che tenevano l'*inquilinus*, analogamente al *colonus*, legato alla terra. Una risposta sembrerebbe venire dalla costituzione *C.I.* XI 48,6:

"Omnes omnino fugitivos adscripticios colonos vel inquilinos sine ullo sexus muneris condi-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

cionisque discrimine ad antiquos penates, ubi censiti atque educati natique sunt, provinciis praesidentes redire compellant" (34).

Da qui risulta, a mio avviso, che, tranne l'*origo*, erano validi per l'*inquilinus* tutti gli elementi validi per il *colonus* (*ubi censiti atque educati natique sunt*). Naturalmente l'espressione "ad antiquos penates" andrà intesa come indicante la sede precedente a quella scelta in seguito alla fuga. Quanto alle parole "educati natique" esse non sembrano in contrasto con l'interpretazione che si è data dell'*inquilinus*, in quanto sappiamo che il luogo di nascita non va identificato con l'*origo* (35).

Una conferma di questa interpretazione pare potersi rinvenire in un'altra costituzione del Giustinianeo: XI 53,1:

"Colonos inquilinosque per Illyricum vicinasque regiones abeundi rure, in quo eos originis agnationisque merito certum est immorari licentiam habere non posse censemus".

Qui mi sembra si possa scorgere chiaramente la correlazione: *colonos—originis* e *inquilinos—agnationis*, che parrebbe significare che l'*inquilinus* è vincolato alla sua condizione in virtù della semplice *agnatio* e non tramite l'*origo* come il *colonus*.

Lo stesso seguito di questa costituzione — "Inserviant terris non tributario nexu, sed nomine et titulo colonorum" — suggerisce un'altra osservazione: dal momento che qui *coloni* e *inquilini* vengono indistintamente accomunati sotto il nome e la condizione di *coloni*, se ne concluderà che il termine *colonus* veniva spesso impiegato, senza che peraltro ne andasse smarrita la peculiare valenza semantica, per indicare la *condicio* degli uni e degli altri (36).

E' quanto si può dedurre anche dall'inizio della costituzione *C.I.* XI 48, 13:

"Definimus ut inter inquilinos colonosve, quorum quantum ad originem pertinet vindicandam indiscretus eademque paene videtur esse condicio, licet sit discrimen in nomine, susceptii liberi vel utroque vel neutro parente consulto statum paternae condicionis agnoscant".

Qui si dice, infatti, che la *condicio* dei coloni è indistinguibile e anzi pressochè la medesima, per quanto attiene alla *origo vindicanda*, rispetto alla *condicio* degli *inquilini*, anche se questi ultimi vengono,comunque, tenuti distinti da quelli nel *nomen*. Gioverà peraltro osservare come la dichiarata assimilazione, nella *condicio*, di *coloni* e *inquilini* non solo appaia limitata all'*origo vindicanda* (e sia dunque, a rigor di termini, appunto assimilazione di *condicio* e non necessariamente assimilazione per identica *origo*), ma come nemmeno in quest'ambito venga considerata completa (*eadem...paene*) (37).

Una ulteriore conferma che è in questa direzione che va cercata la soluzione del problema se *inquilinus* e *colonus* siano, nel basso impero, la stessa

cosa, la si trova, a me pare, in un passo di Salviano (38). Questi descrive la situazione del *patrocinium* in Gallia: contadini piccoli proprietari sono privati dei loro *agelli* e del domicilio e sono costretti a divenire coloni dei ricchi. Questa sorte subiscono sia coloro che non riescono a sopportare il peso delle tasse sia coloro che per terrore dei barbari si rifugiano nei *castella* ("cum domicilia atque agellos suos aut pervasionibus perdunt aut fugati ab exactoribus deserunt, quia tenere non possunt, fundos maiorum expetunt et coloni divitum fiunt"). Così, non potendo conservare la propria sede e la dignità dei propri natali, essi cadono nell'abiezione dell'inquilinato: da esuli perdono oltre alla proprietà anche la libertà ("quia tueri amplius vel sedem vel dignitatem suorum natalium non queunt, iugo se inquilinae abiectionis addicunt, in hanc necessitatem redacti ut extorres non facultatis tantum, sed etiam condicionis suae atque exulantes non a rebus tantum suis, sed etiam a se ipsis ac perdentes secum omnia sua, et rerum proprietate careant et ius libertatis amittant"). Vengono accolti nei campi dei potenti come stranieri e, per via dell'abitazione, diventano *indigenae* ("suscipiuntur ut advenae, fiunt praeiudicio habitationis indigenae").

Mi sembra, quindi, che queste testimonianze confermino l'intuizione di Saumagne, secondo il quale l'*origo* rappresentava un elemento di distinzione tra l'*inquilinus* e il *colonus*. Non mi sembra, però, che si possa condividere la opinione dello stesso Saumagne, secondo cui l'*inquilinus* diveniva *originarius* in seguito ai trenta anni di residenza sul fondo previsti dalle leggi sulla prescrizione. Infatti la sua affermazione secondo la quale: "la notion d'*origo* n'évoque pas celle de filiation, mais seulement celle de lieu d'où on provient" (39) viene smentita da alcuni ben noti passi del Digesto, dai quali si deduce come, accanto alla nascita in un luogo, occorra che il padre sia cittadino del luogo stesso (40).

In altri termini, se era certamente l'*origo*, nella sua più ampia valenza, a fornire lo strumento attraverso cui realizzare il vincolo del *colonus* al suolo, non poteva essere certamente l'*origo* a rappresentare un tale strumento, in un primo momento, per l'*inquilinus*. Restano aperte, in effetti, due questioni: quale poteva essere, visto che non era l'*origo*, lo strumento attraverso il quale realizzare il vincolo dell'*inquilinus* al suo fondo? Quali potevano essere i modi e i tempi in cui una nuova *origo* veniva acquisita da parte dell'*inquilinus*, che cessava a questo punto di essere tale, dal momento che il suo vincolo al fondo, e quindi la residenza su di esso, era divenuto ereditario? Le fonti a nostra disposizione sull'*origo*, però, non sembra che consentano di risolvere nè l'uno nè l'altro dei due problemi (41).

Lecce

PASQUALE ROSAFIO

Senato della Repubblica - Archivio Storico

NOTE

(1) Il termine *inquilinus* compare in *C.I.* III 38,11; *C.I.* X 39,29; *C.I.* XI 48,6; *C.Th.* X 12,2; *C.I.* XI 53,1; *C.I.* XI 48,12; *C.I.* XI 48,13; *C.Th.* XII 19,1; *C.Th.* XII 19,2 = *C.I.* XI 66,6; *C.Th.* V 18,1; *C.I.* III 26,11; *N.Val.* 27; *N.Val.* 35; *N.Sev.* 2.

(2) D. Eibach, *Untersuchungen zum spätantiken Kolonat in der kaiserlichen Gesetzgebung*, diss. Köln 1977, 233 ss.

(3) Eibach, *op.cit.*, 239, dice che l'*inquilinus* della tarda antichità può essere forse messo in relazione con l'*incola (fundi)* citato in *C.Th.* IX 21,2, nel quale egli intravede "einen nicht eingesessenen freien Arbeiter auf einem Landgut".

(4) Eibach, *op.cit.*, 244, deve, però, riconoscere negli *inquilini* di Plinio, *N.h.* XXI, 73 il significato di "abitanti di un villaggio".

(5) A.H.M. Jones, *The Roman Colonate*, in *The Roman Economy* (a.c. di P.A. Brunt) Oxford 1974, 295 s; cfr. Id., *The Later Roman Empire*, Oxford 1964, 799; con la posizione di Jones è d'accordo anche W. Goffart, *Caput and Colonate*, Toronto 1974, 129 n.4.

(6) C. Revillout, *Note sur l'inquilinat*, "Memoires lus à la Sorbonne. Histoire, philologie et sciences morales", Paris 1861, 179 ss. Questo lavoro è stato quasi integralmente riportato – senza che fosse mai citato il nome dell'autore – da H. Leclercq, *s. v. Inquilinat*, in *Dict. d'archéol. chrétienne et de liturgie* (1926).

(7) Revillout, *op.cit.*, 181.

(8) Revillout credeva di trovare i predecessori degli *inquilini* della tarda antichità in particolare negli *inquilini* del già citato passo di Plinio (v. *supra* n.4). Revillout vedeva in questi *inquilini* dei locatari di modeste case di un villaggio. Egli pensava che costoro fossero plebei di bassa condizione, troppo poveri per avere un alloggio di loro proprietà. Quindi aggiungeva: "Ces inquilins rustiques étaient pour la plupart des manoeuvres (*operarii*) qui louaient leurs bras aux cultivateurs libres ou serviles pour les travaux des champs" (*op.cit.* 183). Come si vede, una posizione analoga a quella che sarà poi di Jones.

(9) Sall. *Catil.* XXXI 7; cfr. quanto osserva il Revillout, *op.cit.*, 182: "Il s'attache même au nom d'*inquilinus* une acception fâcheuse et méprisante". Che il termine avesse avuto un valore negativo sostiene, sulla base di *Priapea carm.* 70, anche P. Veyne, *Le dossier des esclaves-colons romains*, "R.H." 537, 1981, 24: "Un *inquilinus* est un pauvre homme; nous ne savons pas ce qu'il est précisément et ce qui le distingue d'un *colonus*, auquel il est très semblable, mais nous ne savons que c'est un petit personnage".

(10) Appian. *Civ.* II 2,5.

(11) Vell. II 128,2.

(12) Il passo di Sallustio aveva richiamato anche l'attenzione di B.G. Niebuhr, *Römische Geschichte*, 1830, 2, 75, e di G.F.E. Huschke, *Die Verfassung des Königs Servius* Heidelberg 1938, 59 s.; cfr. anche R. Leonhard, *s.v. Inquilinus*, in 'R.E.' IX 2, 1916, 1599 s. Niebuhr riteneva che *inquilinus* fosse termine di diritto pubblico indicante un cittadino con limitati diritti politici, offrendo l'esempio dell'esiliato, il quale risulterebbe *exul* rispetto alla patria di origine e *inquilinus* rispetto alla città in cui pone la nuova dimora. Dal canto suo Huschke pensava che con *inquilini* si designassero originariamente i componenti delle tribù, che costituivano l'antico nucleo della città di Roma, contrapposti ai *cives exquilini*, cioè gli stranieri accolti nella cittadinanza romana. Riferendosi quindi al passo di Sallustio, Huschke concludeva: "Wenn später cives inquilinus ein Bürger bezeichnete, der aus einem Municipium nach Rom gezogen war, so mußte exquilinus der

Bürger heissen, der ausserhalb Rom mit einem niedern Bürgerrecht wohnte". Queste opinioni, comunque le si giudichi, sono tuttavia interessanti nel loro mettere in rilievo l'ampiezza del campo semantico di *inquilinus*.

(13) O. Seeck, *Geschichte des Untergangs der antiken Welt*, Stuttgart 1920 (ed. anast. Darmstadt 1966), 1, 588 ss.; cfr. Id., s.v. *Colonatus*, *R.E.* IV, 1901, 483 ss.

(14) Arnob. I 12.

(15) Seeck, *Gesch.* cit. 1, 589.

(16) *D.* XXX, 112 pr.: "Si quis inquilinos sine praediis, quibus adhaerent, legaverit, inutile est legatum: sed aestimatio debetur, ex voluntate defuncti statuendum esse divi Marcus et Commodus rescripserunt". Questo passo presenta difficili problemi interpretativi ed è stato affrontato da diversi studiosi. Una sintesi delle varie opinioni troviamo in G. Polara, *"Inquilini qui praediis adhaerent" ed "aestimatio" di un legato nullo*, "BIDR" 57, 1963, 139 ss. e, da ultimo, in G. Gilibert, *"Servus quasi colonus". Forme non tradizionali di organizzazione del lavoro nella società romana*, Napoli 1981, 131, n.19.

(17) R. Clausing, *The Roman Colonate*, New York 1925 (ed. anast. Roma 1965), 194 ss. Nonostante l'intervento di Clausing, la teoria di Seeck è stata accolta da V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli 1974, 63 s.; F. De Robertis, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari 1963, 353, n.53; L. Cracco Ruggini, *Uomini senza terra e terra senza uomini nell'Italia antica*, "Quaderni di sociologia rurale" 2 - 3, 1963, 21; A. Passerini, *Questioni di storia antica*, Milano 1968; E. Gabba, *Per la storia dell'esercito romano in età imperiale*, Bologna 1974, 64. Ha preso invece posizione a favore di Clausing F. De Martino, *Storia della Costituzione romana*, 5², Napoli 1975, 185 ss.

(18) August. *Enarr. in psalm.* CVIII *serm.* 8.1.

(19) August., *ibid.*: "Ubi magna de anima exoritur quaestio. Neque enim secundum corpus dictum videri potest, *Incola* vel *advena* vel *inquilinus sum in terra*; cum de terra corpus originem ducat. Sed in hac profundissima quaestione nihil audeo definire. Sive enim propter animam (quae absit ut putetur ex terra) merito dici potuerit, *Inquilinus*, vel *incola*, vel *advena ego sum in terra*; sive secundum totum hominem, quia paradisi aliquando civis fuit, ubi utique non erat qui ista dicebat; sive quod est ab omni controversia liberius, non omnis homo possit hoc dicere, sed cui patria promissa est aeterna in coelis".

(20) Cfr. anche August. *Enarr. in psalm.* XXXVIII 21.

(21) L'immagine presente in Agostino è stata impiegata spesso dagli autori cristiani per indicare la transitorietà dell'uomo sulla terra (v. ad es. Tert. *de anima* XXXVIII 4 e Arnob. *adversus nationes* II 37), ma essa era stata già usata da Seneca (*Epist.* LXX 16). Il filosofo, considerando il suicidio come una libertà dell'uomo di staccarsi dalla vita nel momento in cui non gli piacesse più, dice che noi siamo solo *inquilini* del nostro corpo. Seneca spiega, infatti, che noi siamo destinati a tornare nel luogo dal quale siamo venuti (*licet eo reverti unde venisti*); che, quindi, il corpo è un domicilio provvisorio dal quale un giorno dovremo andar via (*sibi ex hoc domicilio exeundum*); che, pertanto, in esso abitiamo come coloro che sono sempre sul piede di partenza (*tamquam migraturus habita*).

(22) Che fra le parole *inquilinus* e *incola* vi sia una stretta parentela lo dice anche il grammatico Marius Victorinus, *gramm.* VI 13,22: "incola ab inquilino, attamen per c quam per q scribuntur". I grammatici moderni, ovviamente, ritengono il contrario, che cioè *inquilinus* a derivare da *incola* come diminutivo: cfr. ad es. Leumann - Hoffmann - Szantyr, *Lateinische Grammatik*, 2, 84 s.

(23) *D.* I 15,3; VII 8,2; VII 8,4; IX 2,27; IX 3,5; XIX 1,13; XIX 2,19; XIX 2,24; XIX 2,25; XIX 2,58; XX 1,20; XX 2,2; XX 4,13; XXXIX 1,3; XXXIX 2,4; XXXIX 2,13; XXXIX 2,18; XXXIX 2,21; XXXIX 2,28; XXXIX 2,33; XLI 2,25; XLI 2,37; XLI 3,31; XLIII 16,20; XLIII 17,3; XLIII 24,17; XLIII 32,2.

(24) B. W. Fries, *Landlords and tenants in imperial Rome*, Princeton 1980, 59, ritiene appunto che *habitator* sarebbe stata parola "less satisfactory because it did not imply rental".

(25) Anche questi due passi del Digesto sono stati analizzati dal Seeck, a supporto della sua teoria sopra esposta. Nel primo passo egli metteva in rilievo che l'inquilinato ve-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

niva esplicitamente indicato come una *condicio*: *D.* XXVIII 1,27,1: "inquilini castrorum a tutelis excusari solent nisi eorum, qui et ipsi inquilini sunt et in eodem castro eademque condicione sunt". Il riferimento alla *excusatio a tutelis* valida solo per i figli di *inquilini*, che fossero essi stessi *inquilini* e sullo stesso fondo dei genitori, testimonierebbe che la loro *condicio* era caratterizzata dal legame al suolo. Per quanto riguarda il secondo passo, *D.* L 15,4,8: "Si quis inquilinum vel colonum non fuerit professus, vinculis censualibus tenetur". Seeck riteneva che gli *inquilini* citati qui non sarebbero persone libere ed espungeva *vel colonum* ritenendola un'interpolazione giustinianea (Seeck, *Gesch.cit.*, 1, 589).

(26) *C.I.L.* VIII 25902 = *FIRA* I², 100.

(27) Cfr. da ultimo D. Flach, *Inschriftenuntersuchungen zum römischen Kolonat in Nordafrika*, "Chiron" 8, 1978, 441 ss.

(28) P. Collinet, *Le colonat dans l'empire romain*, in *Le Servage* (Rec. de la Soc. J. Bodin 2); Bruxelles 1959, 95 s. e 114.

(29) C. Saumagne, *Du rôle de l'"origo" et du "census" dans la formation du colonat romain*, "Byzantion" 12, 1937, 487 ss.

(30) Saumagne, *op.cit.*, 490 n.2, accetta l'integrazione di Toutain "ul]tra" alla lin. 6 col. 1, mentre altri leggono "in]tra".

(31) Saumagne ritiene frutto di interpolazioni la presenza di *adscripticius* nelle precedenti costituzioni.

(32) F.L. Ganshof, *Le statut personnel du colon au Bas-empire. Observations en marge d'une théorie nouvelle*, "AC" 14, 1945, 261 ss.

(33) Cfr. C.Th.XII 19,1; 19,2 = *C.I.* XI 66,6; C.Th. V 18,1.

(34) Il termine *adscripticius* è qui comunemente ritenuto interpolazione giustinianea: ctr. Saumagne, *op.cit.*, 504 e, da ultimo, Eibach, *op.cit.*, 148 s.

(35) Cfr. De Martino, *Storia* cit., 3², 1973, 290 ss. Sui problemi dell'*origo*, in generale, v. D. Nörr, *Origo. Studien zur Orts-Stadt und Reichszugehörigkeit in der Antike*, "Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis" 1963, 252 ss.

(36) H.A. Wallon, *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, 2a ed. Paris 1879, 255, a proposito di C.Th. V 18,1 (*Si quis colonus originalis vel inquilinus*) sosteneva: "Cette terre étrangère dont ils (scilles coloni) ont fait leur séjour (*inquilini*), est aussi, pour beaucoup d'entre eux, la terre natale (*originarii*)."

(37) Cfr. quanto osserva il Saumagne, *op.cit.*, 502,n.3. Peraltro non sembra nemmeno escluso che, in questo caso, il termine di *origo* venga adoperato nella più limitata accezione di "nascita".

(38) Salv. *De gubern. Dei* V 44-45.

(39) Saumagne, *op.cit.*, 527.

(40) *D.* L 1,1; 6. Cfr. anche A. Visconti, *Note preliminari sull' "origo" nelle fonti imperiali romane*, in *Studi in onore di C.Calisse*, 1, Milano 1939, 109.

(41) Né mi sembra che a risolverli aiuti molto quanto lo Stein osservava a proposito della teoria di Seeck, secondo la quale gli *inquilini* sarebbero stati dei barbari *dediticii*: "La situation des colons possédant le droit de cité romaine se rapproche en fait de plus en plus de celle, juridiquement déterminée, des inquilini qui, par une évolution naturelle, se fondaient, le plus souvent dès la deuxième ou troisième génération, dans la population du voisinage" (E. Stein, *Histoire du Bas-Empire*, a cura di Palanque, Paris 1959, 1, 1, 29 s. Cfr. Cracco Ruggini, *Uomini* cit., 21: "Marco Aurelio, vinti i Marcomanni nelle regioni illirico-danubiane, trapiantò un buon numero di tali *dediticii* (con le loro famiglie, s'intende) sui campi della Dacia, Pannonia, Mesia, Germania e Italia alla condizione giuridica di *inquilini*, vale a dire di coltivatori personalmente liberi, ma legati alla terra e destinati a essere venduti o ereditati". Dalle parole della Ruggini sembra si possa cogliere una importante sfumatura rispetto a quanto avevano detto sia Seeck che Stein. La Ruggini, infatti, non sembra identificare direttamente i barbari di Marco Aurelio con gli *inquilini*, ma sostiene che ad essi fu assegnata la condizione di *inquilini*, presumendo probabilmente che tale condizione esistesse già da tempo. Più avanti (p.22), infatti, ella conia l'espressione "*iure inquilinorum*" per indicare il modo in cui si determinò questo stanziamento di famiglie barbare. Ma la Ruggini non dice esplicitamente se questa sia una sua interpretazione del pensiero di Seeck o se si tratti di una posizione personale. Interessanti anche le osservazioni di W.E. Heitland (*Agricola*, Cambridge 1921, 360), il quale ha aderito sostanzialmente alla teoria di

Seeck e ha sostenuto che la parola *inquilini* implichi "that they were imported aliens, distinct from the proper residents. An analogous distinction existed in municipalities between unprivileged 'indwellers' (*incolae*) and real *municipes*".

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Elenco delle abbreviazioni:

AAP : Pisa, *Arch. Arcivescovile*

ACA : L'Aquila, *Arch. di Stato, Arch. civico Aquilano, Reformationes*

ACS : Bologna, *Arch. del Collegio di Spagna*

ASB : Bologna, *Arch. di Stato*

ASCG : Genova, *Arch. storico civico*

BPA : L'Aquila, *Bibl. provinciale Salvatore Tommasi*

Epitome: J.B. DE LA FITTA XIMENEZ DE BAGUES, *Epitome chronologico de los casos notables sucedidos en este Colegio Mayor de San Clemente* (ms. del 1672), Bologna, *Arch. del Collegio di Spagna*

LA : Bologna, *Arch. del Collegio di Spagna, Liber Admissionum IV*

LR : Bologna, *Arch. del Collegio di Spagna, Libri rationum o oeconomales*

ANTONIO MASI

IL PROBLEMA DELLA REMISSIONE DELLA MERCEDE NELLA LOCAZIONE DI FONDI RUSTICI ALLA LUCE DI UNA TESTIMONIANZA DI COLUMELLA (*)

1. Soprattutto negli ultimi anni l'origine dell'istituto della remissione della mercede nella locazione di fondi rustici è stata ricollegata alla situazione dell'agricoltura nel II-III secolo d.C. (1).

Il Mayer-Maly (2), seguito dal Kaser (3), ha, infatti, sostenuto che la remissione della mercede, in quanto è posta in relazione con l'obbligo della coltivazione del fondo da parte dell'affittuario (*infra*, n. 3), può essere considerata un mezzo contro la recessione e la decadenza dell'agricoltura nel II secolo d.C. e, per il fatto di presupporre una pianificazione del potere politico nel settore economico, potrebbe altresì riflettere una esigenza etico-sociale di tutela della parte più debole.

Questo secondo aspetto è stato accentuato dall'Ankum (4), secondo il quale la remissione della mercede sarebbe stata una misura di creazione imperiale a tutela degli affittuari in considerazione della loro condizione economica e dell'opportunità per essi di conoscere attraverso un procedimento *extra ordinem* (e, quindi, più rapidamente di

(*) Sull'argomento ho svolto una relazione presso il Circolo toscano di diritto romano e storia del diritto il 22 aprile 1977.

(1) Su tale situazione si v. MAZZA, *Lotte sociali e restaurazione autoritaria nel III secolo d.C.*, Editori Laterza, 1973, p. 157 ss.

(2) *Locatio-conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, p. 140 ss.

(3) *Periculum locatoris*, in *ZSS*, 74, 1957, p. 173 s. Per una posizione più sfumata — anche se, pur sempre, con riferimento al Mayer-Maly — si veda Id., *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, p. 566 s.

(4) *'Remissio mercedis'*, in *RIDA*, 19, 1972, p. 219 ss.

Archivio della Repubblica - Archivio Storico

quanto sarebbe stato possibile attraverso la procedura formulare) l'eventuale spettanza (ed entità) della riduzione.

D'altra parte, l'opinione secondo cui la remissione della mercede rappresenterebbe soltanto il mezzo col quale si sarebbe resa operante l'incidenza sul locatore dei rischi gravanti su di lui, alla stregua dei princìpi che regolavano il rapporto, è stata, di recente, riproposta dal Thomas (4).

Di conseguenza, la testimonianza di Columella sulla quale si intende richiamare l'attenzione (5), oltre ad arricchire il quadro delle fonti in materia (6) ed a contribuire, come si vedrà, ad una migliore comprensione di quelle giuridiche — in particolare, di Ulp. D. 19,2, 15,2-7 (*infra*, nn. 2-3) — rappresenta di per sè, per la sua ascrivibilità all'epoca di Nerone (7), un importante punto di riferimento.

2. Il problema dell'incidenza del rischio, nella locazione di fondi rustici, in relazione ad una *vis tempestatis calamitosae* (8) è affrontato da Ulpiano sulla base di una distinzione prospettata da Servio (9).

---

(4) *Remissio mercedis*, in *Studi Donatuti*, III, Milano, 1973, p. 1271 ss.

(5) Per un accenno al passo sotto il profilo della remissione della mercede si v. soltanto Sirago, *L'Italia agraria sotto Traiano*, Louvain, 1958, p. 111 s., anche se il contesto è noto agli autori che si sono occupati dei problemi del colonato (per un accenno ad esso cfr., da ultimo, Santilli, *Appunti sull'origine del colonato*, in *Studi Senesi*, 87, 1975, p. 157 ss.).

(6) Si tengano altresì presenti Plinio, *ep.*, 10, 8, e 9, 37, già poste in risalto dal Sirago, *L'Italia agraria*, cit., p. 106 ss., e richiamate dal Mazza, *Lotte sociali*, cit., p. 168 ss.

(7) Cfr. in proposito H.B. Ash, *Columella, On Agricolture, Loeb Classical Library*, I, London-Cambridge-Massachusetts, 1960, p. XIV ss.

(8) La specificazione *calamitosae*, considerata un glossema dal Mayer-Maly, *Locatio-conductio*, cit., pp. 161 e 192, nt. 25 e dal Kaser, *Periculum*, cit., in *ZSS*, 74, 1957, p. 169, nt. 47, risulta, invece, anche dalla redazione del testo ulpianeo conservata da *PSI* 1449 *v.* e pubblicata dall'Arangio-Ruiz, *Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad edictum, in una pergamena di provenienza egiziana*, in *Arch. giur.*, 153, 1957, p. 143 ss. Cfr. in proposito Nicosia, *La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano*, in *RISG*, 1957-1958, p. 2, nt. 4.

(9) Dal *refert* della l.13 di *PSI* 1449 *v.*, l'Arangio-Ruiz, *Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad edictum*, cit., in *Arch. giur.*, 153, 1957, p. 144 s., ha dedotto la soppressione, nel passo del Digesto, del rinvio all'autore, da cui Ulpiano avrebbe attinto la citazione di Servio.

D. 19,2,15,2 (Ulpiano, *l.* 32 *ad ed.*): *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si rancis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.*

Secondo Servio deve incidere sul proprietario il rischio derivante da ogni *vis cui resisti non potest*: ad esempio da inondazioni, invasioni di cornacchie e di storni e da ogni altro simile evento (11), ovvero dall'*incursus hostium* (12). Incidono, invece, sul colono i *vitia* che derivano *ex ipsa re*, vale a dire, secondo l'interpretazione di tale espressione che sembra più appropriata (13), i rischi inerenti alla *res* che rientrano nell'alea normale del contratto (14). Su questa base, si

---

(11) La casistica elaborata in proposito dai glossatori è richiamata dal Mappei, *Teorie dei glossatori sulla perdita fortuita dei frutti e la remissione del fitto nella locazione dei fondi rustici*, in *Annali Macerata*, 21, 1957, p. 249 ss.

(12) Infondati, anche in considerazione dell'analogo riferimento di Columella, *de re rust.*, 1, 7, 1, alla *vis praedonis* (*infra*, n. 3), risultano i sospetti di alterazione espressi in proposito da G. Longo, *Osservazioni sulla disciplina giustinianea della locatio-conductio*, in *Studi Biondi*, II, Milano, 1965, pp. 290 e 291, nt. 17.

(13) Cfr. Betti, *« Periculum »*. *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *Studi de Francisci*, I, Milano, 1956, p. 192; Id., *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1962, p. 426.

(14) Si deve, invece, escludere, con il Nicosia, *La responsabilità del locatore*, cit., in *RISG*, 1957-1958, 1 ss., che si tratti di vizi intrinseci della cosa

considerano a carico del colono il rischio dell'inacidimento del vino [15] e quello derivante dai guasti che le messi subiscono a causa del loglio o di vermi [16].

È, invece, a carico del locatore il rischio di una *labes* — può trattarsi di una gelata [17] ovvero di uno smottamento del terreno [18] —, affinchè il colono — il quale ha già subito il danno della perdita della semente — non sia anche tenuto a corrispondere la mercede. È, allo stesso modo, a carico del locatore il rischio della distruzione del raccolto delle olive dipendente da insolite gelate [19] o calure. In tali ipotesi, infatti, gli eventi presi in considerazione, pur non essendo di per sè configurabili in termini di *vis maior* [20], risultano caratterizzabili sotto tale profilo per le circostanze in cui si verificano.

Si giustifica, invece, l'incidenza sul colono del rischio rappresentato dall'eventualità che un esercito di passaggio porti via una parte del prodotto, in quanto un fatto del genere, in relazione alla localizzazione del fondo, poteva considerarsi, quando fosse avvenuto, prevedibile. Columella, *de re rust.*, 1, 5, 7, sconsigliava la vicinanza della *villa* alla strada militare [21], in considerazione del fatto che

locata (come hanno sostenuto Costa, *La locazione di cose nel diritto romano*, Torino, 1915, p. 50 s.; Kaser, *Periculum*, cit., in *ZSS*, 74, 1957, p. 176; Mayer-Maly, *Locatio-conductio*, cit., pp. 142, 161 ss., 193). D'altra parte, non sembra da condividere neppure l'interpretazione del Nicosia, *La responsabilità del locatore*, cit., p. 8 ss., secondo cui si tratterebbe di « vizi che vengano a insorgere negli stessi prodotti provocandone un detrimento ».

(15) Cfr. in proposito Glück, *Commentario alle Pandette*, libro XIX, trad. Gabba, Milano, 1891, p. 248, nt. 33 e Gabba, *ibidem*, nt. *u*.

(16) Cfr. Nicosia, *Responsabilità del locatore*, cit., in *RISG*, 1957-1958, p. 10.

(17) Glück, *Commentario alle Pandette*, libro XIX, cit., p. 249, nt. 36.

(18) Ankum, *'Remissio mercedis'*, in *RIDA*, 19, 1972, p. 224.

(19) Cfr. in proposito Glück, *Commentario alle Pandette*, libro XIX, cit., p. 249, nt. 36.

(20) Cfr. in proposito Plinio, *nat. hist.*, 18, 69, 278-279: *ante omnia autem duo genera esse coelestis iniuriae meminisse debemus: unum quod tempestates vocamus, in quibus grandines, procellae ceteraque similia intelleguntur, quae cum acciderint vis maior appellatur; haec ab horridis sideribus exeunt, ut saepius diximus, veluti Arcturo, Orione, haedis, alia sunt illa quae silente coelo serenisque noctibus fiunt nullo sentiente nisi cum facta sunt; publica haec et magnae differentiae a prioribus, aliis vero robiginem, aliis uredinem, aliis corbunculum appellantibus, omnibus vero sterilitatem.*

(21) Sul significato dell'espressione *via militaris* in tale contesto si v.

haec (scil. militaris via) autem praetereuntium viatorum populationibus et assiduis devertentium hospitiis infestat rem familiarem.

Allo stesso modo, si comprende che debba essere a carico del locatore il rischio di un terremoto che determini addirittura lo sconvolgimento del fondo, impedendo al colono il godimento dello stesso. Quest'ultima precisazione (*oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit*) consente anzi di individuare lo stesso fondamento della distinzione serviana [22].

3. Senza dubbio nei §§ 3-7 di D. 19, 2, 15 l'attenzione si concentra sulla possibilità o meno per il colono di ottenere la remissione in una serie di ipotesi, quali l'*incendium repentinum*, la *fructuum exiguitas*, la *vetustas vinearum*. Si tratta perciò di accertare se l'eventuale *aliquid praestare* del locatore cui faceva riferimento la terminologia serviana si concretasse nella remissione della mercede, come sostiene il Thomas [23], ovvero se si debba ritenere preferibile la soluzione del Mayer-Maly [24], secondo cui il problema *an locator conductori aliquid praestare debeat* « hat ... mit der Möglichkeit einer *remissio mercedis* nichts zu tun ».

> D. 19, 2, 15, 3-7 (Ulpiano, *l.* 32 *ad ed.*): *Cum quidam incendium fundi allegaret et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: 'Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est'. 4. Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam. hoc idem et in vectigalis damno respondit. sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio. quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit?*

Capogrossi-Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei « iura praediorum » nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, p. 52 nt. 58.

(22) Cfr., per l'analogia del problema e della soluzione, Afr. D. 19, 2, 33 e 35.

(23) *Remissio mercedis*, in *Studi Donatuti*, III, p. 1272.

(24) *Locatio-conductio*, cit., p. 142.

Scuola di Studi Giuridici - Archivio Storico

verius dicetur et si superiores uberes fuerunt et scit locator, non debere eum ad computationem vocari. 5. *Cum quidam de fructum exiguitate quereretur, non esse rationem eius habendam rescripto divi Antonini continetur. item alio rescripto ita continetur: 'Novam rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur'.* 6. *Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur, rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.* 7. *Ubicumque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id quod sua interest conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata: supra denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur.*

Il § 3 prospetta un ulteriore caso di forza maggiore rispetto alla esemplificazione richiamata nel § 2: l'*incendium fundi*. La soluzione imperiale, favorevole alla richiesta di remissione del colono, non si discosta dai princìpi, in quanto la qualificazione dell'*incendium* di cui si tratta come *repentinum* fa escludere che si tratti di un incendio causato dallo stesso colono in relazione alle esigenze della coltivazione del fondo. La costituzione imperiale richiamata da Ulpiano subordina esplicitamente la remissione al presupposto, sottolineato dal Mayer-Maly ([25]), ma di per sè evidente, dalle effettiva coltivazione del fondo da parte del colono.

Al § 4 Ulpiano riferisce un responso di Papiniano, secondo cui, ove si sia data al colono la remissione *ob sterilitatem* — vale a dire, per mancanza di frutti — e nelle annate successive sia intervenuta l'*uberitas* — cioè un raccolto abbondante: dal che si trae conferma che la sterilità anzidetta non è una *sterilitas fundi* ([26]) —, il colono è tenuto a corrispondere la mercede anche per l'annualità, in relazione alla quale sia interventua la remissione. Fa altresì riferimento ad un responso di Papiniano nello stesso senso per il *damnum vectigalis* ([27]) e precisa che la soluzione riferita deve trovare applicazione anche nel caso in cui la remissione sia stata effettuata *donationis verbo, quasi non sit donatio, sed transactio* ([28]).

([25]) *Locatio-conductio*, cit., p. 142 s.

([26]) Cfr. in proposito, ANKUM, *'Remissio mercedis'*, in *RIDA*, 19, 1972, p. 229 e nt. 22

Il principio, rispecchiato dal responso di Papiniano, secondo cui ai fini della remissione si deve tener conto non della singola annata, ma dell'andamento delle annate dell'intero rapporto, pone in risalto un ulteriore elemento rispetto alla distinzione serviana prospettata al § 2: sul fondamento e sulla formazione di esso si dovrà perciò ritornare (*infra*, n. 4).

Al § 5 Ulpiano richiama in primo luogo un rescritto del divo Antonino — si tratta, a nostro avviso, di Antonino Pio ([29]) — che escludeva la ammissibilità della remissione nel caso dell'esiguità del raccolto (*exiguitas fructuum*), e riporta, in secondo luogo, un altro rescritto, che escludeva la remissione della mercede in relazione alla *vetustas vinearum*. La motivazione della soluzione negativa (*novam rem desideras*) contiene un richiamo ai princìpi, come ha posto in risalto lo stesso Mayer-Maly ([30]), che ha escluso la possibilità di riferire l'espressione al divieto di nuove richieste in sede di appello.

Al § 7, infine, si ribadisce che la remissione comporta un esonero dal pagamento della mercede in relazione alla rata (o annualità) di cui si tratta. Non si configura una responsabilità del locatore in termini di *id quod interest*. Il *damnum seminis* — si ribadisce — incide sul colono.

([27]) Cfr. in proposito GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, libro XIX, cit., p. 279 e nt. 80.

([28]) Il testo è per questa parte da ritenere genuino; del resto, l'esclusione della configurabilità del negozio in questione in termini di *donatio* sulla base della sola qualificazione data allo stesso dalle parti corrisponde alle concezioni della giurisprudenza classica ed in particolare di Papiniano al riguardo: cfr., in proposito Pap. D. 39, 5, 27 ed ARCHI, *La donazione*, Milano, 1960, p. 26 ss.

([29]) Nel paragrafo seguente dello stesso passo si fa, infatti, riferimento a Caracalla come *Antoninus Augustus*: di conseguenza, non mi sembra si possa condividere l'identificazione, proposta dal GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano, 1963, p. 223, e sostenuta altresì dall'ANKUM, *'Remissio mercedis'*, in *RIDA*, 19, 1972, p. 231, nt. 23, del *divus Antoninus* cui fa riferimento il passo in questione con Caracalla e non già con Antonino Pio.

([30]) MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 143.

4. Nel rilevare la coerenza delle soluzioni prospettate nei §§ 3-7 di D. 19, 2, 15 con la distinzione formulata da Servio (31), a parte il problema rappresentato dall'esigenza, espressa da Papiniano, di far riferimento al rapporto nel suo complesso, e non alle singole annate, non possiamo non riconoscere il mutamento di prospettiva fra questi paragrafi, incentrati sulla remissione della mercede, ed il § 2, imperniato, invece, sul problema an *locator conductori aliquid praestare debeat* e sulla distinzione serviana.

D'altra parte, la soluzione di ricollegare l'origine della remissione della mercede e, quindi, tale mutamento di prospettiva ad innovazioni imperiali non appare sostenibile alla luce della testimonianza di Columella cui si è fatto riferimento, in quanto da essa risulta che, già nell'epoca neroniana, l'attenzione della prassi si concentrava sulla remissione.

> Columella, *de re rust.*, 1, 7, 1: *His omnibus ita vel acceptis vel compositis, praecipua cura domini requiritur cum in ceteris rebus tum maxime in hominibus. Atque hi vel coloni vel servi sunt soluti aut vincti. Comiter agat cum colonis facilemque se praebeat, et avarius opus exigat quam pensiones, quoniam et minus id offendit et tamen in universum magis prodest. Nam ubi sedulo colitur ager, plerumque compendium, numquam, nisi si caeli maior vis aut praedonis incessit, detrimentum adfert, eoque remissionem colonus petere non audet.*

Il proprietario — suggerisce Columella — deve trattare *comiter* (umanamente) (32) — l'affittuario del fondo rustico e deve apparire condiscendente nei suoi confronti. Deve essere più esigente nel pretendere l'*opus* che le mercedi (33), in quanto tale atteggiamento risulta meno

(31) Mayer-Maly, *Locatio-conductio*, cit., p. 143.

(32) Cfr. in proposito Thomas, *Remissio mercedis*, in *Studi Donatuti*, III, p. 1273 ss.

(33) Cfr. in proposito Riccobono jr., *L'idea di 'humanitas' come fonte di progresso del diritto*, in *Studi Biondi*, II, p. 603.

(33) Va rilevata la rispondenza di tale suggerimento alle obbligazioni fondamentali del colono: cfr., infatti, in proposito, Gai. D. 19, 2, 25, 3 (*ante omnia colonus curare debet, ut opera suo quoque tempore faciat* ...) e Paul. D. 19, 2, 54, 1

offensivo e, in genere, più vantaggioso. Il fondo coltivato con cura arreca per lo più un vantaggio, mai uno svantaggio — tranne che in conseguenza di una *coeli maior vis aut praedonis* — e per quello il colono non osa chiedere la remissione.

Il riferimento alla forza maggiore delle avverse condizioni atmosferiche e del predone rappresenta un punto di contatto con la distinzione serviana. L'eventualità che, in considerazione dei maggiori profitti di altre annate, il colono non osi chiedere la remissione della mercede relativa all'annata in cui sia intervenuta una forza maggiore, il rischio della quale dovrebbe incidere sul locatore, costituisce un elemento nuovo, che, a nostro avviso, può essere ricollegato al regime della locazione ed alla sua tutela processuale (34) e che, d'altra parte, in condizioni di produttività, poteva comportare, come è del resto rilevato da Columella, un vantaggio per il proprietario (35).

La testimonianza di Columella può essere, quindi, posta in risalto come indicativa di una tendenza a determinare la spettanza della remissione non solo con riferimento al fattore che ha inciso sul raccolto (36), ma anche in relazione all'andamento della produzione per l'intera durata del rapporto.

Del resto, una ulteriore testimonianza della tendenza a superare il riferimento alle singole annate nella determinazione della spettanza della remissione può essere tratta, per il periodo successivo, da Plinio, *ep.*, 10, 8, del 98-99 d.C. (37) (*continuae sterilitates cogunt me*

(*ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus parueris et ut oporteret coleret*).

(34) Alla *bona fides*, sia pure *explorata lege conductionis*, si richiama Ulp. D. 50, 8, 3, 2, su cui si v., da ultimo, Santalucia, *I «libri opinionum» di Ulpiano*, II, Milano, 1971, p. 174 s. Alla *fides contractus* — salva l'applicazione di una diversa *consuetudo regionis* (*infra*, nt. 40) fa altresì riferimento C. 4, 65, 19, a. 293. Su tali passi si v. altresì Thomas, *Remissio mercedis*, in *Studi Donatuti*, III, p. 1276 s.

(35) Tale aspetto, con riferimento all'età dei Severi, è posto in risalto dall'Alzon, *Les risques dans la «locatio-conductio»*, in *Labeo*, 12, 1966, p. 318 s.

(36) Secondo Gai. D. 19, 2, 25, 6, la *vis maior* non incide sul conduttore (ma sul locatore) *si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus*. In proposito cfr., da ultimo, Alzon, *loco cit.* ed Ankum, *'Remissio mercedis'*, in *RIDA*, 19, 1972, p. 226 s.

(37) Per tale datazione Corbier, *L'aerarium Saturni et l'aerarium militare. Administration et prosopographie sénatoriale*, Rome, 1974, p. 181.

236

de remissionibus cogitare, quarum rationem nisi praesens inire non possum), in considerazione del fatto che le *sterilitates* in questione sono caratterizzate come *continuae* (38).

Conseguentemente, il principio cui si ispira il responso di Papiniano riferito da Ulpiano in D. 19, 2, 15, 4 (*supra*, n. 3) può essere ricollegato ad una tendenza che si manifesta già nel I secolo d.C. La affermazione di esso trova, d'altra parte, conferma in una costituzione del 231, in cui si precisa che il regime normale del rapporto (39), peraltro derogabile dal contratto ovvero dal *mos regionis* (40), comporta l'incidenza sul locatore dei rischi derivanti da una *labes tempestatis* o da altro *coeli vitium*, ma che le *sterilitates* dovute agli anzidetti fattori vengono in considerazione al riguardo in quanto non siano compensate dall'*ubertas aliorum annorum* (41).

> C. 4, 65, 8 (*Imp. Alexander A.*): *Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua labe tempestatis vel alio coeli vitio damna occidissent, ad onus tuum pertinerent, et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequetur. PP. k. Aug. Pompeiano et Peligno conss.*

(38) Non è precisata la causa di tali perdite del raccolto. Il Serafo, *L'Italia agraria sotto Traiano*, cit., p. 109, ha, d'altra parte, con riferimento a Plinio, *ep.*, 4, 6, rilevato il fatto che le proprietà della Toscana di cui si tratta erano state colpite dalla grandine.

(39) La circostanza che, nella specie, la mercede fosse rappresentata da determinate quantità di prodotti e non da una somma di denaro — cfr. in proposito Masi, *Locazione in generale (Storia)*, in *Enc. del dir.*, XXIV, Milano, 1974, 910 s. — non risulta influente ai fini della qualificazione del rapporto in termini di colonia parziaria.

(40) Per tale riferimento cfr., da ultimo, Bove, *La consuetudine in diritto romano. I. Dalla repubblica all'età dei Severi*, Napoli, 1971, p. 157 s.

(41) In relazione all'esposizione che precede non possono essere condivisi i sospetti di alterazione espressi da ultimo da Lonco G., *Osservazioni critiche sulla disciplina giustinianea della locatio-conductio*, cit., in *Studi Biondi*, II, p. 296 s.

Possiamo perciò concludere che l'istituto della remissione della mercede non sia da ricollegare ad interventi imperiali (42), ma sia sorto nella prassi, in connessione con i criteri con cui, alla stregua della distinzione serviana, si determinava l'incidenza del rischio sul locatore o sul colono, e si sia venuto articolando sulla base del regime e della tutela processuale della locazione.

(42) Del resto, nel II secolo d.C. la politica agraria imperiale era orientata nel senso della colonia parziaria. Cfr. in proposito Mazza, *Lotte sociali*, cit., p. 166 ss.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN DER DDR
ZENTRALINSTITUT
FÜR ALTE GESCHICHTE UND ARCHÄOLOGIE

KLIO

Beiträge zur Alten Geschichte

Gesamtinhaltsverzeichnis Band 69 · 1987



AKADEMIE-VERLAG · BERLIN

Senato della Repubblica - Archivio Storico

238

KLIO | 69 | 1987 | 1 | 138–151

Wilhelm Backhaus

Plinius der Jüngere und die Perspektiven des italischen Arbeitskräftepotentials seiner Zeit[1]

Nicht bestritten werden soll, daß man obigem Thema, welches entsprechend der überwiegend agrarisch strukturierten Wirtschaft des römischen Reiches und somit auch Italiens unter Arbeitskräftepotential in erster Linie die in der Landwirtschaft produzierenden Menschen versteht, bezüglich erzielbarer Ergebnisse von vornherein mit großer Skepsis begegnen kann. Es sind im wesentlichen vier Faktoren, die solche Skepsis rechtfertigen. Zum einen bestehen nach wie vor Meinungsverschiedenheiten darüber, inwieweit sich möglicherweise fiktive Briefe Plinius des Jüngeren von ursprünglich echten, aber literarisch zumindest aufpolierten Briefen sondern lassen. Desweiteren stellt sich die Frage der Repräsentativität der darin enthaltenen Aussagen selbst für den Fall, daß die einschlägigen Briefe die Realität des Verhaltens von Autor und Adressaten widerspiegeln. Drittens ist auffällig, daß Plinius wenn er Aspekte der Sklaverei anspricht, weniger die *servi rustici*, die Feldsklaven proprio sensu, im Auge hat, sondern in der Hauptsache das Hauspersonal seiner Besitzungen oder der seiner Korrespondenzpartner. Diese Ansicht hat sich inzwischen durchgesetzt, auch bezüglich einer ganzen Reihe von Textstellen, bei denen die Zuordnung zu der einen oder anderen Gruppe von Sklaven zunächst nicht festzustehen schien.[2] Schließlich gibt es zwar Informationen über Kolonen, nicht oder so gut wie nicht über anderes Arbeitskräftepotential, insbesondere über freie Lohnarbeiter.

Die aus diesen Punkten ableitbaren prinzipiellen inhaltlichen wie methodischen Bedenken sollten indessen keinen Anlaß bieten, das gestellte Thema auf das Abstellgleis wissenschaftlicher Ausweglosigkeit zu schieben. Die Briefe Plinius des Jüngeren stellen nun einmal „eine ersteangige Quelle für fast jede Arbeit"[3] dar, welche sich mit Fragen der Sklaverei im 1. und 2. Jahrhundert beschäftigen will, und sie vor-

[1] Leicht überarbeitete und mit Literaturbelegen versehene Fassung eines am 2. 10. 1985 an der Universität Leipzig gehaltenen Vortrags. Der Anmerkungsapparat beschränkt sich in der Regel auf das aus der Sicht des Verfassers Unerläßliche.

[2] Vgl. zuletzt K.-P. Johne, in: K.-P. Johne – J. Köhn – V. Weber, Die Kolonen in Italien und den westlichen Provinzen des Römischen Reiches, Berlin 1983, 135 (Schriften zur Geschichte und Kultur der Antike 21): „. . . in seinen Briefen begegnen uns Sklaven fast ausschließlich als Diener und nicht als Arbeitskräfte auf den Gütern . . .". Faktisch zu demselben Meinung gelangte 1977 P. Barth in einer (unveröffentlichten) Wissenschaftlichen Hausarbeit zum Staatsexamen für das Lehramt im Fach Geschichte (angefertigt bei H. Heinen, Universität Trier) über »Aspekte der Sklaverei in den Briefen Plinius des Jüngeren«. Auch dieser Arbeit verdanke ich manche Anregung.

[3] Barth (wie Anm. 2) 2.

körpern zugleich „die letzten ausführlichen Zeugnisse aus der Literatur für die Kolonen und für die voll entfaltete Latifundienwirtschaft der frühen Kaiserzeit".[4] Zwar soll nicht übersehen werden, daß die Ergiebigkeit einer solchen Untersuchung notwendig an einem bestimmten Punkt versiegen muß, freilich ebensowenig, daß in den Briefen auch Unausgesprochenes für den Historiker von Wert sein kann.

Vor Eintritt in die Analyse,[5] welche sich bewußt nicht als philologische versteht, da auf dieser Ebene in der Literatur bereits vieles gesagt worden ist, bedarf es einiger grundsätzlicher Bemerkungen zu den oben genannten Punkten.

Erstens. Die Frage nach dem Charakter der Briefe ist prinzipiell von zentraler, für unsere Zwecke jedoch nur in zwei Aspekten von Bedeutung. Der allererste Brief (I 1) des Plinius, gerichtet an einen C. Septicius Clarus, der sonst nur noch dreimal als Adressat fungiert (I 18, VII 28, VIII 1), stellt klar, daß es sich um eine Auswahl aus seiner Korrespondenz handelt, und zwar solche Briefe – es sind insgesamt 247 an 105 Empfänger –, welche ihm aufgrund ihres halbwegs sorgfältigen Stils publikationsfähig erscheinen, ohne Rücksicht auf chronologische Ordnung – im Gegensatz zum Briefwechsel mit Trajan, der eine streng chronologische Reihenfolge einzuhalten scheint, sich stilistisch von der hier zur Debatte stehenden Sammlung deutlich abhebt und erst posthum veröffentlicht wurde. Daraus und gestützt auf den Umstand, daß jeder Brief im Kern nur ein Thema behandelt, also im Hinblick auf die Publikation zumindest zurechtgeschnitten wurde, mag man mit H. Kasten schließen, wir hätten es mit einem Kunstwerk zu tun, und ein Kunstwerk sei „dann aber kein Brief mehr, sondern wird zur Abhandlung, zum feuilletonistischen Artikel".[6] Für unsere Belange bedeutet die ganze Diskussion, die sich um solche und ähnliche Thematik rankt, wie angedeutet zweierlei – ganz gleich wie diese Diskussion ausgeht und welche Position man vertritt. A) Egal ob bis in den Wortlaut hinein authentisch, nachträglich redigiert oder schlicht fiktiv, der literarischen Ambitionen folgende Auswahlcharakter der Briefsammlung läßt die Vermutung nicht abwegig erscheinen, daß die uns interessierenden handfesten Probleme und Perspektiven der landwirtschaftlichen Produzenten Italiens mehr oder minder bewußt nur marginal erwähnt, bei der Auswahl der Briefe weitgehend ausgesondert bzw. im Falle purer Fiktion gar nicht oder nur insoweit angesprochen werden, wie sie die primären Interessen der *domus* tangierten. Die Sorgen des „gemeinen Mannes" paßten nicht in jedes literarische Konzept und gehörten wohl auch nicht zum bevorzugten Gesprächs- oder Korrespondenzthema der grundbesitzenden Oberschicht.

[4] Johne (wie Anm. 2) 132. Der Begriff „voll entfaltete Latifundienwirtschaft" kann in diesem Rahmen nicht erörtert werden. Vgl. zur Problematik Martin (unten Anm. 8) 202ff.

[5] Als Grundlage dienen die anerkannten kritischen Ausgaben, insbesondere M. Schuster – R. Hanslik, Leipzig ²1958. Daneben wurde, vor allem als Paraphraseshilfe, die lateinisch-deutsche Ausgabe von H. Kasten, C. Plini Caecili Secundi epistularum libri decem (Gaius Plinius Caecilius Secundus, Briefe), München ³1976, herangezogen. Dieser Ausgabe entspricht, mit einigen Abweichungen in der Reihenfolge der Kapitel (nicht des eigentlichen Textes) und um eine Einführung von H.-J. Kühne erweitert, jene vom Akademie-Verlag, Berlin 1982, verlegte: Plinius der Jüngere, Briefe (Schriften und Quellen der Alten Welt 35). – Da ausschließlich die Briefe Berücksichtigung finden, unterbleiben im Folgenden Kürzel wie ep., epist.

[6] H. Kasten (wie Anm. 5) 607 (= Berliner Ausgabe XIX). Der Begriff „Feuilleton in Briefform" geht auf M. Schuster zurück.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Wenn dies richtig ist, wenn also die Betreffenden sich nur am Rande über die Perspektiven der Betroffenen Gedanken machten, so läßt sich schon jetzt erahnen, wo die Perspektiven der Letztgenannten zu orten sind. B) Selbst für den unwahrscheinlichen Fall, daß die plinianischen Briefe niemals versandt worden sein sollten, kann doch als sicher gelten, daß sie in Kreisen der Oberschicht verlesen wurden – wozu sonst hätte Plinius sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht?[7] Mögen diese Kreise auch eher an rhetorisch-literarischen Feinheiten interessiert gewesen sein, Plinius hätte es sich kaum erlauben können, Irreales zu schildern. So dürfte in diesem Zusammenhang die Bemerkung von R. Martin[8] zutreffen, Plinius habe „für ein Publikum von Fachleuten" geschrieben, was allerdings noch nichts über ihren Sachverstand aussagt.

Zweitens. Es sind zu viele Imponderabilien im Spiel, um das Problem der Repräsentativität der in den Briefen festgehaltenen Zustandsbeschreibungen und Aussagen abschließend zu lösen. Die für unser Thema relevanten Bemerkungen des Plinius beziehen sich, soweit sie nicht Landgüter der Adressaten betreffen, auf verstreut gelegene Besitzungen. Genannt werden neben dem berühmten Laurentinum[9] vor allem Villen am Comer See,[10] in der Toskana[11] und höchstwahrscheinlich noch anderswo – es ist in Einzelfällen schwer auszumachen, ob er von eigenen Gütern redet. Dies sind, ungeachtet ihrer jeweiligen Größe, nur kleine Inseln[12] im agrarischen Großraum Italiens, der – bis in unsere Tage – keine einigermaßen einheitliche Struktur aufweist. Weiter erschwert wird das Problem durch die Persönlichkeit des jüngeren Plinius selbst, welche, nicht nur durch zeitgenössische philosophische Postulate beeinflußt, deutliche humanitäre Züge aufweist,[13] die sich schwerlich generalisieren lassen (wie mutatis mutandis auf Landgütern oder in Betrieben auch nicht, wenn die Arbeitskräfte mehr oder minder unkontrolliert dem Willen des Patrons oder einer vergleichbaren leitenden Person unterworfen sind). Einschlägiges Material aus dem Bereich der Literatur, das man zum Vergleich oder zur Kontrolle heranziehen könnte, ist nur in geringem Maße überliefert und bedarf scharfer quellenkritischer Abgrenzung. Wohl könnte man Columella bemühen, aber auch solches Verfahren würde das Problem noch komplizierter gestalten. Denn der Empfehlungscharakter von dessen Traktat über die Landwirtschaft läßt allzu häufig

[7] Vgl. R. Hanslik, in: Anzeiger für die Altertumswissenschaft 8 [1955], 1 ff.

[8] Pline le Jeune et les problèmes économiques de son temps, in: Revue des Études Anciennes 69 [1967], 62–97; dt. Plinius der Jüngere und die wirtschaftlichen Probleme seiner Zeit, in: H. Schneider (Hrsg.), Sozial- und Wirtschaftsgeschichte der römischen Kaiserzeit, Darmstadt 1981, 196–238, hier: 216 (Wege der Forschung 552).

[9] Bis in alle Einzelheiten beschrieben II 17; vgl. auch IV 6. Grundriß (Rekonstruktionsversuch mit Beschreibung der Einrichtungen) bei Kasten (wie Anm. 5) 707 f. (= Berliner Ausgabe nach S. 691). Zur Frage, ob es sich um ein Gut im Sinne eines landwirtschaftlichen Betriebes handelt, wird weiter unten noch Stellung genommen.

[10] VII 11. Dazu A. N. Sherwin-White, The letters of Pliny. A historical and social commentary, Oxford 1966, 414 ff. (Neuauflage mit Korrekturen 1968).

[11] Vgl. V 6, 45: *Ego Tuscos meos Tusculanis, Tiburtinis Praenestinisque praepono.*

[12] Zur Frage der Besitzgrößen („Problème der Flächenausdehnung") Martin (wie Anm. 8) 202 ff.

[13] So lehnt er etwa VIII 24 *superbia* und *saevitia* im Umgang mit Untergebenen ab. Wichtige Differenzierungen der Anmerkungen Plinianus bei H. Kuch, Zu Plinius, Epist. 3, 14, in: J. Harmatta (Hrsg.), Studien zur Geschichte und Philosophie des Altertums, Amsterdam 1988, 170–180.

die Frage offen, ob die Realität widergespiegelt wird oder ob bestimmte Anregungen nur deswegen erfolgen, weil jene Realität ganz anders aussah. Natürlich gibt es Möglichkeiten, werkimmanent sowie vor allem aufgrund der epigraphischen Zeugnisse und archäologischen Befunde die Theorie an der Praxis zu messen, aber ein umfassender Versuch in dieser Richtung steht noch aus bzw. befindet sich in ersten Ansätzen. So erweist sich für den Historiker in einigen Punkten der literarisch geschönte narrative Charakter der plinianischen Briefsammlung gegenüber dem appellativen des Lehrbuchs Columellas eher als Vorteil. Überdies liegt dieses früher, wie das großangelegte enzyklopädische Werk des älteren Plinius auch, in dem sich Zustandsbeschreibungen seiner Epoche mit Rückgriffen weit in die Vergangenheit mischen – bedingt auch dadurch, daß Plinius der Ältere vorwiegend aus zweiter und dritter Hand schöpft. Kurzum, bei allen quellenkritischen Vorbehalten kann man den Wert der Aussagen Plinius des Jüngeren nicht hoch genug einschätzen.

Drittens. Die starke Betonung der Haussklaverei und dementsprechend die Kargheit an Informationen über die produzierenden Landsklaven stellen für unsere Zwecke zwar einen bedauerlichen Umstand dar, doch ist a priori kein Grund ersichtlich, daß Plinius mit diesen anders umgegangen ist als mit seinen Domestiken – solch, daß Plinius mit diesen anders umgegangen ist als mit seinen Domestiken – solch, daß er mit ihnen direkt in Berührung kam. Jedenfalls findet sich keine Stelle, die weit er mit ihnen direkt in Berührung kam. Jedenfalls findet sich keine Stelle, die das Gegenteil vermuten ließe. Freilich bleibt der schon angesprochene Unsicherheitsfaktor bestehen, der sich aus der jeweiligen Persönlichkeit eines *dominus* bzw. eines seiner leitenden Untergebenen und der damit verbundenen Möglichkeit der Willkür ergibt.

Viertens. Die Nachrichten über Kolonen, zuletzt zusammengestellt von K.-P. Johne, sind zahlreich, wenn auch gemessen am Gesamtvolumen der Briefsammlung spärlich. Sie lassen immerhin interessante Einblicke zu, welche über persönliche Verhaltensweisen und Auffassungen des Plinius hinausgehen. Die völlige Vernachlässigung der freien Lohnarbeit ist ein Faktum, das wir vorerst schlicht hinnehmen müssen. Lohnarbeiter waren stets Stiefkinder der antiken Quellen (die juristischen bilden eine gewisse Ausnahme), und um die moderne Forschung steht es trotz einiger beachtlicher und ergiebiger Arbeiten nicht viel anders.[14]

Zentrale Bedeutung für unser Thema kommt zweifellos dem von Plinius an seinen Freund Calvisius Rufus gerichteten Brief III 19 zu. Es gibt nur wenige einschlägige Abhandlungen, welche nicht sofort oder – je nach Ziel der Untersuchung – recht bald auf dieses Schriftstück eingehen und es interpretieren.[15] Dem kann sich

[14] Beachtenswert: P. Garnsey (Hrsg.), Non-slave labour in Graeco-Roman antiquity. Proceedings of the Cambridge Philological Society, Suppl. 6, 1980. Zu weiteren Literaturhinweisen vgl. auch Verf., Bemerkungen zur Bedeutung von Lohnarbeit und Sklavenarbeit in der römischen Landwirtschaft, in: H. Mommsen – W. Schulze (Hrsg.), Vom Elend der Handarbeit. Probleme historischer Unterschichtenforschung, Stuttgart 1981, 83–107 (Geschichte und Gesellschaft. Bochumer Historische Studien 24).

[15] Z. B. J. Čelko, Frugi, municipia a servi vinctí u Plinia (Ep. III 19), in: Listy filologické 4 [1956], 24–31. Vgl. auch S. Skala, Problem *alexulnictwa* w "Listach" Pliniusza 4 [1956], 24–31. Vgl. auch S. Skala, Problem *alexulnictwa* w "Listach" Pliniusza Młodszego (Ks. I–IX), in: Meander 25 [1970], 351–362, bes. 354 ff., sowie die Fortsetzung der Abhandlung in: Meander 26 [1971], 123–135. Nur generell verwiesen werden kann in diesem Rahmen auf V. A. Sirago, L'Italia agraria sotto Traiano, Louvain 1958; P. Merlat, Pline le Jeune propriétaire foncier, in: Latomus 44, 532–546 sowie auf die zahlreichen Arbeiten von E. M. Staerman und V. J. Kanšin (s. u. a. Chozjajstvo Plínija Mladšego, in: Vestník drevnej istorii 1962/2, 27–55).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

auch der Verfasser an dieser Stelle kaum entziehen. Mag es auch für den Kenner ermüdend sein, es ist notwendig, den Inhalt nochmals zu resümieren, da nur so die daran zu knüpfenden Fragen deutlich werden. Die Bitte um Ratschlag, die Plinius an Calvisius richtet, betrifft die Möglichkeit, durch Hinzuerwerb zum Verkauf stehender Ländereien zwei seiner Besitztümer zu verbinden bzw. den gesamten Komplex zu arrondieren. Es geht ihm dabei nicht nur um die *pulchritudo iungendi*, sondern auch und vor allem um den Vorteil, diesen Komplex mit demselben Personal, über das er bereits verfügt, verwalten zu lassen und ihn ohne Mehrkosten inspizieren zu können. Hinzu komme, daß er eine *stilla* zu Residenzzwecken ausgestalten könne, die andere lediglich – offenbar auf rein agrarische Bedürfnisse ausgerichtet – zu unterhalten brauche.[16] Nach kurzem Abwägen weiterer Vor- und Nachteile eines Ankaufs der erwähnten Ländereien folgt der entscheidende, viskitierte Passus. Den an sich erfreulichen Voraussetzungen, welche Bodenbeschaffenheit und Vegetation lieferten, um ein mäßiges, aber konstantes Einkommen zu garantieren,[17] stehe gegenüber, daß jene *felicitas terrae* von *imbecilli cultores* in Mitleidenschaft gezogen worden sei.[18] Der frühere Besitzer habe diese *cultores* – gemeint sind *coloni*, Pächter – nämlich mehrfach pfänden lassen und letztendlich ihre Betriebsmittel verkauft (*vendidit pignora*). Dadurch hätten sich zwar vorübergehend die Rückstände der Kolonen (*reliqua colonorum*) gemindert, doch seien sie infolge des Fehlens eben dieser *pignora* wieder angewachsen, und zwar für alle Zukunft (*in posterum*). Plinius hat somit den Teufelskreis, der sich auch aus anderen antiken Quellen herausdeuten läßt, von Verschuldung, Pfändung, kurzfristiger wirtschaftlicher Erholung nach Verkauf der Pfänder, betriebszerstörender Produktion um jeden Preis und erneuter Verschuldung bei zwangsläufig in noch geringerem Maße zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln richtig erkannt. Die Lösung, diesen Teufelskreis zu durchbrechen und die Leistungsfähigkeit der Kolonen wiederherzustellen, sieht er in der Überlegung, ihnen Sklaven zu beschaffen, die offensichtlich ebenfalls zu den *instrumenta* bzw. *pignora* gehörten. Doch dies würde ihn finanziell ziemlich beanspruchen, da ihm an rechtschaffenen Leuten gelegen sei: *Sunt ergo instruendi eo pluris, quod frugi, mancipia; nam nec ipse unquam vinctor habeo nec ibi quisquam* (III 19, 7). Plinius fügt noch hinzu, er könne die ins Auge gefaßten Objekte für 3 Millionen Sesterzen erwerben, obwohl sie früher 5 Millionen wert gewesen seien. Der Mangel an Pächtern (*penuria colonorum*) wie auch die Ungunst der Zeit schlechthin (*communis temporis iniquitas*) hätten die Renditen und damit den Kaufpreis sinken lassen. Soweit der Text.

Was hier unter *communis temporis iniquitas* zu verstehen ist, bleibt trotz einiger Interpretationsversuche rätselhaft. Man hat an einen literarischen Topos gedacht, etwa im Sinne des treffenden Satzes, den K. D. White in anderem Zusammenhang

[16] III 19, 1–2: *Praedia agris meis vicina atque etiam inserta venalia sunt ... sollicitat primum ipsa pulchritudo iungendi, deinde, quod non minus utile quam voluptuosum, posse utrasque eadem opera, eodem visitio invisere, sub eodem procuratore ac prope iisdem ustoribus habere, unam villam colere et ornare, alteram tantum luere.*

[17] III 19, 5: *Iam, quod deliberationis nostrae caput est, agri sunt fertiles pingues, aquosi; constant camposis, vineis, silvis, quae materiam et ex ea reditum sicut mediocrem ita stabilem praestant.*

[18] Plinius benutzt hier (III 19, 6) das Verbum *fatigare*, das ebenso wie *felicitas terrae* nicht zum strong fachwissenschaftlichen Vokabular gehört, obwohl es auch bei Fachschriftstellern begegnet. Es ist an rücksichtsloses Auslaugen des Bodens zu denken.

formulierte: „Farmers as a class are notorious jeremiahs".[19] In Betracht gezogen wurden auch aufeinanderfolgende Mißernten; dann wäre unter *tempus* eher das Wetter als die allgemeine Lage der Zeit zu begreifen. Ein – modern gesprochen – konjunkturelles Tief ist u. a. deswegen auszuschließen, als es einen einheitlichen Immobilienmarkt nicht gab.[20] Insgesamt befriedigt kein einziger Erklärungsversuch. Weder ein typisch bäuerliches Lamento noch belegbare Mißernten[21] können für den Preisverfall von 5 auf 3 Millionen Sesterzen verantwortlich gemacht werden. In diesem Fall scheint der Hinweis auf den Mangel an Pächtern eher weiterzuhelfen.

Nimmt man diesen Brief, der sich zwar lediglich auf Etrurien bezieht, aber, wie andere Briefe nahelegen, durchaus auch die Situation in weiteren Regionen Italiens erkennbar werden läßt, im Verbund mit anderen plinianischen Schriftstücken als ein Schlüsseldokument, so zeichnet sich ein geradezu groteskes Bild ab: Um die Wende vom 1. zum 2. Jahrhundert hat in der Landwirtschaft Italiens niemand mehr effizient gearbeitet. Daß dem nicht so gewesen sein kann, liegt auf der Hand, läßt sich jedoch aus den Briefen des Plinius selbst kaum herleiten. Vielleicht ist es sinnvoll, im Lichte der Briefe die vorrangig in Frage kommenden Gruppen der in der Landwirtschaft Tätigen unter dem noch zu begründendem Einschluß der Hausklaven und selbst der *domini* näher zu betrachten.

Erstens: Fußgefesselte Sklaven. Sie werden in den literarischen Quellen seit Cato[22] über Columella[23] und Plinius d. Ä.[24] immer wieder erwähnt; auch an archäologischen Zeugnissen fehlt es nicht.[25] Die Gründe für ihre Fesselung waren unterschiedlich. Mal ist an Strafmaßnahmen zu denken, mal an Vorbeugungsmaßnahmen bei fluchtanfälligen Sklaven, insbesondere solchen, die als Spezialisten galten und dementsprechend teuer erstanden bzw. gehandelt wurden. Im Falle des Briefes III 19 scheinen allerdings gefesselte Sklaven als die billigeren vorausgesetzt zu werden, was nicht ganz einleuchtet, da offenbar Angebot und Nachfrage in einem eklatanten Mißverhältnis zueinander standen. Indessen braucht uns das Thema hier nicht weiter zu interessieren, denn Plinius verwendete, wie die Gutsbesitzer in der weiteren Umgebung auch, solche Sklaven nicht. Auch hatte er, wie schon sein Onkel,[26] grundsätzliche Bedenken, vielleicht sogar Abscheu. Diese Gruppe scheidet also, da zumindest regional nicht verfügbar oder erwünscht, aus.

Zweitens: Feldsklaven. Obwohl sie gewiß noch einen beträchtlichen Teil des italischen Arbeitskräftepotentials stellten – auch Kolonen kamen ohne sie nicht aus –, verbleibt Plinius bei sporadischen Erwähnungen von deren Existenz. Offen-

[19] K. D. White, A bibliography of Roman agriculture, Reading 1970, XIV.

[20] M. I. Finley, Die antike Wirtschaft, dt. München 1977, 138ff. Vgl. verschiedene Äußerungen bei demn. (Hrsg.), Studies in Roman property, Cambridge UP 1976, Einleitung und 103–121.

[21] Z. B. bei Plinius selbst: IV 6, 1 in bezug auf die Toskana, wo er freilich im vollen Satz von *in regione Transpadana summa abundantia* spricht, welche sinkende Preise zur Folge habe. Vgl. VIII 17 mit den auch sonst nicht seltenen Klagen über das Wetter.

[22] De agri cultura 56–57 bezüglich der Zuteilung von Brot und Wein (*compedibi*).

[23] De re rustica I 6, 3; I 8, 16–18 (*ergastuli mancipia, vincti*, dazu *ergastularii*).

[24] Naturalis historia 18, 36: *Coli rura ergastulis pessimum est, et quidquid agitur a desperantibus.*

[25] Vgl. H. Bellen, Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich, Wiesbaden 1971 (Forschungen zur antiken Sklaverei 4), bes. 22ff. (mit Literaturhinweisen).

[26] Siehe Anm. 24.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

bar waren sie, zumindest wenn es sich um zuverlässiges Personal handelte, bereits 'Mangelware' und entsprechend teuer. Dies geht aus dem oben wiedergegebenen Brief hervor wie auch schon einige Jahrzehnte zuvor aus einer Bemerkung des Columella, er würde Sklavinnen, die drei oder mehr Kinder (Söhne!) geboren bzw. aufgezogen hätten, Arbeitserleichterungen gewähren oder die Freiheit schenken.[27] Der referierte Plinius-Brief wirft allerdings eine m. W. noch nicht gestellte Frage auf. Wenn es üblich war, trotz temporärer Pachtnachlässe die Betriebsmittel der Kolonen zu pfänden und schließlich zu verkaufen, dann können sich diese Betriebsmittel, Sklaven eingeschlossen, nicht in Luft aufgelöst haben. Jene Sklaven müssen folglich auf dem „Arbeitsmarkt" verfügbar gewesen sein, wahrscheinlich sogar zu einem relativ günstigen Preis, wie das bei Notverkäufen oder Zwangsversteigerungen zu sein pflegt. Warum hat Plinius über diesen so simplen Umstand nicht nachgedacht und versucht, daraus Kapital zu schlagen? Was bei der Lektüre zurückbleibt, sind einerseits Unsicherheiten im ökonomischen Verhalten aufgrund von Unsicherheiten im ökonomischen Denken sowie der mit Sicherheit trügende Eindruck, auch diese Gruppe agrarischer Produzenten hätte keine nennenswerte Rolle gespielt.

Drittens: Hausklaven auf Landgütern. Ihre Funktion bestand nicht lediglich darin, dem Gutsbesitzer bei seinen Aufenthalten und Inspektionen ein angenehmes Leben zu sichern, sie stellten ohne Frage auch einen gewichtigen Faktor im Verhältnis zwischen den *domini*, den *conductores* (= *coloni*[28]), *procuratores*, *actores* und den *servi rustici* dar. Über sie erfahren wir relativ viel, und das nicht nur aus den erwähnten, auf die Gestaltung einer unbeschwerten Landpartie bezogenen Gründen. Die Macht, die sie ausübten in der oft langen Zeit der Abwesenheit der *domini*, läßt sich leicht erahnen. Sie gehörten in der Regel nicht zur Gruppe der unmittelbar Produzierenden, nahmen aber gewiß Einfluß auf den Produktionsprozeß, indem sie bei Kontakten mit den Gutsbesitzern wohl am ehesten und eindringlichsten Gehör fanden. Die Briefe des Plinius bieten ein facettenreiches Mosaik der Zustände auf den von Gutsbesitzern (meist nur gelegentlich) bewohnten Villen; zugleich legen sie die primären Interessen der Gutsbesitzer selbst bloß. Ein unten noch zu erwähnender Brief verdeutlicht, daß Plinius, jedenfalls was seine eigenen Güter betrifft, diese Kategorie auch nicht sonderlich schätzte. Wiederum ist kein Personal in Sicht, welches auf zuverlässige Weise Plinius das von ihm erwartete sichere Einkommen erwirtschaftet haben könnte.

Viertens: Kolonen. Hier endlich scheint sich das bislang vermißte produktive Arbeitskräftepotential dingfest machen zu lassen, hier endlich wird Plinius ausführlicher. Entsprechend ausführlich hat sich die moderne Forschung mit den diesbezüglich relevanten Briefen auseinandergesetzt. Angesichts dessen soll hier statt weitschweifiger Wiederholungen nur einiges Wesentliche festgehalten werden. A) *Coloni* (auch *conductores* oder *rustici* genannt) sind bei Plinius d. J. zum ersten Mal in der

[27] De re rustica I 8, 19: *Feminis quoque fecundioribus, quarum in subole certus numerus honoreri debet, otium, remissionem et libertatem dabimus, cum complures natos educaverint. nam cui tres erant filii, vacatio, cui plures, libertas quoque contingebat.*

[28] Die Gleichsetzung ist in den Briefen des Plinius fraglos statthaft. Eine Parallele zu den *conductores* nordafrikanischer Inschriften, die als Vorgesetzte von Kolonen fungierten (so CIL VIII 10570 zu den Vorgängen im Saltus Burunitanus), scheidet aus. Zum *conductor* Sherwin-White (wie Anm. 10) 253, 440, 519, zum *actor* ebda. 254. Vgl. zur Terminologie auch Johne (wie Anm. 2) passim.

erhaltenen Literatur durchweg Pächter; knapp ein halben Jahrhundert zuvor konnten damit sowohl Pächter als auch selbständige Bauern gemeint sein. Der Begriff war den Korrespondenzpartnern des Plinius offensichtlich so eindeutig, daß es einer Erläuterung des Status nicht bedurfte. Somit kann man davon ausgehen, daß der Kolonat als Institution bereits im Wirtschaftsgefüge fest verankert war. B) Die Besitztümer des Plinius in der Gegend um Comum wie in Mittelitalien waren fast zur Gänze an solche *coloni* verpachtet, was nicht ausschließt, daß es auch landwirtschaftliche Einheiten, wohl um die eine oder andere Residenzvilla herum, gab, die von Sklaven bewirtschaftet wurden. Immerhin soll Plinius mehr als 500 Sklaven besessen haben,[29] und diese können kaum lediglich für den Dienst in den Residenzvillen oder in der Stadt bestimmt gewesen sein. C) So gut wie immer, wenn in den Briefen von Kolonen die Rede ist, geht es um wirtschaftliche Schwierigkeiten, Pachtrückstände, gewährte Pachtnachlässe, Klagen. Ein Brief vermuchsalicht, daß selbst großzügige Pachtnachlässe die Zunahme der Rückstände nicht verhindern konnten (IX 37, 2). D) Der oben resümierte Brief III 19 weist auf Schlimmeres hin, zumal er durch einen späteren (aus dem Jahre 107) gestützt wird. Wurde dort über die *penuria colonorum* geklagt, so heißt es jetzt, es sei schwierig, geeignete Pächter zu finden bzw. anzulocken: *Adeo rarum est invenire idoneos conductores* (VII 30, 3). Also herrschte auch bezüglich dieser Gruppe spürbarer Mangel, der wohl noch größere Ausmaße angenommen hätte, wenn nicht offensichtlich ein Großteil der Kolonen – nicht alle, denn Plinius wechselte sie entgegen den Ratschlägen des Columella häufiger – trotz Verschuldung oder Pfändung auf den Gütern verblieben wäre. In diesem Zusammenhang scheinen die Vermutungen von Johne einzuleuchten: Diese oft am Rande der Verzweiflung stehenden Pächter sahen keinen anderen Ausweg, auch fühlten sie sich an ihre Heimat gebunden.[30] Plausibel erscheint auch die schon in der älteren Forschung geäußerte, im Hinblick auf die Kolonen viel gewichtigere Ansicht, gerade dies habe möglicherweise faktisch bereits einen ersten Schritt zur Bindung an die Scholle geführt. E) Einen Versuch, den wirtschaftlichen Problemen der Kolonen abzuhelfen und damit natürlich auch den eigenen wirtschaftlichen Interessen zu dienen, stellte die Umstellung der Geldpacht auf prozentuale Beteiligung des *dominus* an den Ernteerträgen dar. Plinius dokumentiert dieses neue, aber angesichts des kaum bestreitbaren Umstandes, daß merkantile Transaktionen auf der Basis des Geldes jenen auf der Basis von Naturalien und sonstigen Gütern prinzipiell vorzuziehen sind, im Grunde rückschrittliche Verfahren in seinem berühmten Brief IX 37, der oben kurz im Zusammenhang der Rückstände der Kolonen erwähnt wurde. Es heißt wörtlich (in der Übersetzung von Kasten): „Denn im vergangenen Lustrum sind die Rückstände trotz starker Nachlässe angewachsen; infolgedessen bemühen sich manche schon gar nicht mehr, ihre Schulden abzuzahlen, weil die daran verzweifeln, sie überhaupt jemals abtragen zu können; ja sie treiben Raubbau und verzehren alles, was wächst weil sie meinen, so komme doch nicht ihren zugute, wenn sie sparten. Es gilt also, den steigenden Übelständen zu begegnen und ihnen abzuhelfen. Die einzige Möglichkeit der Abhilfe wäre, wenn ich nicht gegen Zahlung einer Geldsumme, sondern gegen Ablieferung eines Teils des Ertrages verpachte und dann aus meinem Personal ein paar

[29] R. Duncan-Jones, The economy of the Roman Empire. Quantitative studies, Cambridge 1974, 24 f. (Berechnung abgeleitet aus CIL V 5262 = ILS 2927).

[30] Johne (wie Anm. 2) 143.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

247

Aufseher einsetze und den Ertrag überwachen ließe (*si non iuvamus, sed partibus locem ac deinde ex meis utiques operis exactores, custodes fructibus ponam*)". Plinius gibt aber auch zu erkennen, daß es sich bei diesem Verfahren um ein Experiment handle; wie bei einem chronischen Leiden müsse man jedes Mittel, das Veränderung verspreche, ausprobieren: *Experiundum tamen et quasi in veteri morbo quaelibet mutationis auxilia temptanda sunt.* Ob dieses Experiment, das sich in der Folgezeit durchgesetzt zu haben scheint, durchschlagende Erfolge zeitigte, ist zu bezweifeln. Es fällt auch schwer, der herrschenden Lehrmeinung zu folgen und z. B. den verhaltenen Optimismus von Johne in allen Punkten zu teilen: „Mit der Einführung der Teilpacht ließ sich das Problem der Pachtrückstände lösen. Wurde immer ein bestimmter prozentualer Ertrag der Ernte als Pacht gezahlt, konnten keine neuen Schulden entstehen. Mit der Reduzierung des Schuldberges wurde zugleich die Hoffnungslosigkeit der Kolonen abgebaut. Sie konnten wieder Mut schöpfen, sie hatten wieder einen Anreiz zur Arbeit, und das mußte sich positiv auf die Produktivität auswirken".[31] Die Einführung der Naturalabgabenpacht hätte das Problem der bereits bestehenden Pachtrückstände nur bei absoluter Schuldentilgung lösen können. Vielleicht ist Plinius diesen Weg beschritten, die Mehrzahl der anderen Grundbesitzer wohl kaum. Die Möglichkeit und subjektiv empfundene Notwendigkeit, den einzubehaltenen Ernteanteil so hoch zu schrauben, daß sich die Schulden der Kolonen reduzierten, hätte keinen anderen Effekt gehabt als bei Pacht auf monetärer Basis, nämlich ebenfalls Raubbau oder geringen Produktionsanreiz. Aber selbst gesetzt den Fall, die Umstellung auf Naturalabgabenpacht hätte für die Kolonen einen Neuanfang bedeutet, ihnen Hoffnung und Anreiz geboten, was natürlich prinzipiell positive Auswirkungen auf die Produktion impliziert, ersichtlich ist nicht, in welcher Weise das woraus auch immer rückführbare Grundübel, das bei Geldpacht zu den Nöten der Kolonen geführt hatte, bei der Wurzel gepackt worden sein soll. Die Kolonen hatten auf demselben Land mit denselben Betriebsmitteln zu wirtschaften, unter Anwendung derselben Kultivierungsmethoden. Denkbar ist zwar, daß zunächst jener Raubbau und Kahlschlag der Vegetation nachgelassen hat, der durch eigenständigen Verkauf des so Erzielten auf dem Markt die Schulden mäßern sollte, unvorstellbar hingegen, daß der Grundbesitzer nicht an einer wenigstens annähernd hohen Rendite interessiert gewesen wäre. Diesem war schließlich nicht nur am vereinbarten bzw. den Kolonen auferlegten Prozentsatz gelegen, sondern in erster Linie an dem, was unter dem Strich – bei nunmehrigem Verkauf des Ertragsanteils in eigener Regie – für ihn dabei herauskam. Wenn dies nicht dem Erwarteten entsprach, so dürfte er wohl die Quoten einfach erhöht haben. Solcher Verdacht muß nicht Plinius persönlich treffen, da er ja mit der Einführung der Naturalabgabenpacht an ein Experiment dachte, das gleichsam eine chronische Krankheit heilen sollte – auch diesen Ausdruck sollte man nicht aus den Augen verlieren. Man mag generell argumentieren, das Teilpachtsystem habe den Vorteil besessen, einen höheren Grad an Flexibilität aufzuweisen als Geldpacht, da es sich an z. B. witterungsbedingte Ertragsvolumina anpasse. Indessen wäre eine solche Anpassungsfähigkeit auch auf der Basis des Geldes problemlos erreichbar gewesen.

[31] Ebda. Ähnlich N. Brockmeyer, Arbeitsorganisation und ökonomisches Denken in der Gutswirtschaft des römischen Reiches, Diss. Bochum 1968, 192ff., bes. 198 („Risikoverteilung").

An der Lage der Kolonen scheint sich auf Dauer nichts zum Positiven verändert zu haben, außer daß sich infolge der Abgabe des Ernteanteils an den Gutsbesitzer das Abhängigkeitsverhältnis verstärkte und sie überdies einer Kontrolle unterworfen waren. Ein sehr knapper Brief (IX 20), der die Traubenlese zum Thema hat, läßt durchblicken, wer die Kontrolle vornahm: urbani, eigene Stadtsklaven, welche nunmehr das landwirtschaftliche Personal (*rustici* = coloni) überwachten. Um eine permanente Überwachung kann es sich schwerlich gehandelt haben. Dazu waren Stadtsklaven nicht geschult genug; auch hatten sie noch anderen Tätigkeiten nachzugehen. Es ging offensichtlich darum, den dem Gutsbesitzer Plinius zustehenden Ernteanteil sicherzustellen, nicht ganzjährig oder über größere Zeiträume hinweg Kontrolle auszuüben. Insgesamt gesehen scheint zwar das Naturalabgabensystem vordergründig bestimmte Vorteile besessen zu haben, aber mit ihm wurde – um nochmals das plinianische Bild der chronischen Krankheit aufzugreifen – nur an den Symptomen kuriert, sie selbst nicht geheilt. Der größere Vorteil, ebenso vordergründig, erwuchs dem *dominus*, der sich nun nicht mehr in dem Maße wie früher mit dem Gejammer der Kolonen befassen zu müssen glaubte. Möglicherweise ist gerade im Umfeld dieses Punktes, einer kaum verhohlenen Bequemlichkeit, jenes chronische Leiden zu lokalisieren.

Fünftens: Gutsbesitzer. Gewiß hat Plinius, wie die meisten seiner Standesgenossen, seine Güter auch in ökonomischer Sicht nicht aus dem Gedächtnis verdrängt. Der oben diskutierte Brief IX 37, in dem zum ersten Male die Umstellung von Geld- auf Naturalabgabenpacht erwähnt wird, ist in den August des Jahres 107 zu datieren, da der Adressat, C. Valerius Paulinus, von September bis Dezember jenes Jahres *consul suffectus* war.[32] Plinius bedauert in diesem Brief, es sei ihm wegen der Neuordnung der Pachtverhältnisse unmöglich, dem Freund und angehendem Konsul bei Amtsantritt seine Aufwartung zu machen, zieht also ökonomischen Erfordernisse sonst streng eingehaltenen gesellschaftlichen Verpflichtungen vor. In einem anderen, während seiner Statthalterschaft in Bithynien an Trajan gerichteten Brief (X 8) bittet er den Dienstherrn um Heimaturlaub, damit er Pachtprobleme lösen könne. Dem Gesuch gibt der Kaiser im Brief X 9 statt, wenn auch trotz des gegenteilig klingenden Tenors offenbar halbherzig. Der Brief IX 20, oben im Hinblick auf die Überwachung der Weinernte durch Sklaven angesprochen, belegt sogar die persönliche Anwesenheit des Plinius bei diesem Vorgang.

Doch das ist nur die eine Seite, denn zugleich werden die Grenzen des ökonomischen Interesses, soweit es sich auf die landwirtschaftliche Praxis bezieht, deutlich. Seine Beteiligung an dem Vorgang beschränkte sich, wie er schreibt, nämlich darauf, hier und da eine Traube zu pflücken, einen Blick in den Kelter zu werfen, etwas Most zu kosten und seine städtischen Sklaven zu „beschleichen" (*obrepere*). Schon das scheint ihm zuviel gewesen zu sein, und er war froh, es im wesentlichen mit seinen Schreibern (*notarii*) und Vorlesern (*lectores*) zu tun zu haben. Auch der ebenfalls bereits zitierte Brief VII 30, in dem Plinius auf die Schwierigkeiten hinweist, geeignete Pächter zu finden, läßt keinen Zweifel an dem Graul seines Engagements. Die Klagen der Kolonen strapazieren seine Ohren (*aurибus meis ebuntur*) – allerdings mit Recht, wie er zugibt, denn er hatte sein Gut bei Tiberium Tiberianum offenbar zwei Jahre lang nicht besucht.[33] Die ganzen Verpachtungsprobleme sind ihm eine lästige

[32] Sherwin-White (wie Anm. 10) 518.
[33] Ebda. 429f. (zwischen 105 und 107).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Angelegenheit *(necessitas perquam molesta)*. Ähnlich V 14, 8: Er hört sich die *querelae* der Kolonen *(rustici)* an, überprüft Abrechnungen widerwillig und flüchtig *(invitus et cursim)* – seine Gedanken bewegen sich in ganz anderen Sphären von schriftlich Hinterlassenem *(aliis enim chartis, aliis cum litteris initiatus)*. Auch in seiner Eigenschaft als Politiker, Senator, Gemeindepatron und Prozeßführer gibt sich Plinius Mühe, ökonomische Weitsicht zu meiden.[24] Sein Schreiben I 3, welches sich auf sein Suburbanum bei Comum bezieht, zählt zwar alle erdenklichen architektonischen Details auf; von landwirtschaftlichen Einrichtungen ist jedoch nicht die Rede. Sein in der Literatur vielbesichtetes, 17 Meilen vor Rom gelegenes Laurentium gilt ihm als Musentempel *(musaeum;* I 9, 6), hier hält er sich auf, um zu lesen und zu schreiben oder seinen Körper zu pflegen. Diesen Laurentium wird im Brief II 17 mit ungewöhnlicher Ausführlichkeit geradezu elegisch beschrieben. Man liest von Zimmern in allen Varianten, Arkaden, Laubengängen, Promenaden, Wandelhallen, Terrassen, Gärten, Pavillons und einem Bad; Bemerkungen über Agrarisches verlieren sich in peripheren Andeutungen. Dafür scheint sich auf den ersten Blick eine simple Erklärung anzubieten, welche R. Martin lapidar zusammenfaßt: „Dieser Besitz ist eigentlich kein Gut, da er nur einen Obst- und Gemüsegarten hat."[25] Ein solcher wird in der Tat II 17, 15 erwähnt, und IV 6, 2 schreibt Plinius, er besitze dort nichts anderes als Haus, Garten und Sand; über Äcker verfüge er nicht *(nihil quidem ibi possideo praeter tectum et hortum statimque harenas . . . ibi enim scribo nec agrum, quem non habeo . . . excolo)*. Doch ganz so einfach dürfte sich der Sachverhalt nicht dargestellt haben. Wir erfahren, daß Weidewirtschaft betrieben wurde – im Zusammenhang des erbaulichen Panoramas der Weiden, Schafherden, Pferdekoppeln und Rinderpferche, das der zum Laurentinum Reisende genießt (II 17, 3). Ob diese bereits zum Gutsareal des Plinius gehörten, steht zugegebenermaßen dahin. Auch ist nicht sicher, ob die Waldungen *(proximae silvae;* II 17, 26), welche Holz lieferten, das wohl für das beheizbare Bad bestimmt war, von dem wird im selben Kontext nochmals erfahren, sein Eigentum waren. Aber II 17, 28 läßt sich nicht hinwegdiskutieren: *Mare non sane pretiosis piscibus abundat, solem tamen et aquillos optimos egerit. villa vero nostra etiam mediterraneos copiose praestat, hoc in primis.* Ganz offensichtlich wurde auch anderes erzeugt als Obst, Gemüse und Küchenkräuter (vgl. *hortus rusticus*; II 17, 15). Milchversorgung, mag sie auch durch Dritte als Kompensation für gewährte Weiderechte erfolgt sein,[26] nicht näher spezifizierte Erzeugnisse *(mediterraneos copiae)* und Fischfang sind Plinius anscheinend nur deshalb einige Zeilen wert, weil sie gleichsam die Lebensqualität auf der luxuriösen Besitzung herausstreichen helfen. Im Grunde ist es daher für unsere Zwecke unwesentlich, was von wem auf welchem Territorium produziert wurde;[27] bezeichnend bleiben bei jeder Interpretationsvariante die Interessenprioritäten des Plinius.

Die Reihe von Stellen, die die Einstellung des Plinius zur Landwirtschaft, ihren Problemen und ihrem Personal beleuchtet, ließe sich verlängern, zumeist durch das,

[24] III 4, 7–8; vgl. I 7 und IV 17. J. Nicols, Pliny and the patronage of communities, in: Hermes 108 [1980], 376f., umschreibt die Haltung des Plinius mit „painful choices" und „patronage was a necessary burden".
[25] Martin (wie Anm. 8) 200 Anm. 12.
[26] Sherwin-White (wie Anm. 10) 190.
[27] Sirago (wie Anm. 15) 211f. geht von einem dem Plinius gehörenden Areal aus. Sherwin-White (wie Anm. 10) 190 meint, wenn dem so sei, habe Plinius es nicht selbst genutzt.

was er nicht mag, geflissentlich übergeht oder nur kurz abtut. Ungleich größere Aufmerksamkeit schenkt er, wie schon festgestellt, den Sklaven seiner Herrenhäuser. Dies dokumentiert bereits zu Anfang des ersten Buches ein Schreiben an die Schwiegermutter Celerina (I 4). Es beginnt mit einem Lob der „Fülle" *(copiae)* auf deren verschiedenen Gütern. Normalerweise würde man darunter üppige, blühende Kulturen und andere agrarische Qualitätserzeugnisse verstehen (etwa im Sinne von II 17, 28), aber es sind offensichtlich häusliche Einrichtungen gemeint, die einen angenehmen Aufenthalt gewährleisten. Sodann vergleicht Plinius – nicht ohne Schmeichelei – die aufmerksamen und sorgfältig bedienenden Sklaven der Schwiegermutter mit seinen eigenen eher gleichgültigen, selbst ihm gegenüber nachlässigen und respektlosen Leuten, die erst aufgerüttelt würden, wenn Außergewöhnliches eintrete. Um solche Dinge kreisten die primären Gedanken des Plinius, um die rudimentären Probleme der landwirtschaftlichen Betriebe, von denen letztlich sein Einkommen und Lebensstil abhingen, nur, wenn es sich absolut nicht mehr vermeiden ließ. Wenn dies zutrifft und sich dazu verallgemeinern läßt, dann übten die die agrarischen Geschicke in oberer Instanz leitenden Kreise keine andere Funktion aus als die eines Reparaturbetriebes in Notfällen bei zweifelhafter Effizienz.

Die Antwort auf die Frage nach den Perspektiven des italischen Arbeitskräftepotentials um die Wende vom 1. zum 2. Jh. scheint damit fast schon auf der Hand zu liegen. Die *domini* in ihrer Mehrzahl waren nicht in der Lage, nicht willens oder einfach viel zu unbekümmert und desinteressiert, um der Landwirtschaft eine Basis zu schaffen, welche auch für fernere Zukunft dauerhafte Prosperität gesichert und, damit verbunden, den Arbeitskräften hoffnungsvollere Perspektiven eröffnet hätte. Eine staatliche Lenkung existierte nicht – außer bezüglich kaiserlicher Domänen, die aber ebenfalls als private Besitztümer anzusehen sind und überdies wegen des schwerfälligen Instanzenwegs der Verwaltung häufig wenig flexibel auf notwendige Veränderungen reagierten –, und wo sich Spuren davon finden, handelt es sich selten um mehr als Flickschusterei. Private Initiative und ein gewisses Maß an staatlicher Lenkung wären jedoch notwendig gewesen in einer Periode und Gesellschaft, in der die Produzenten noch gar nicht in der Lage waren, sich aus eigener Kraft Perspektiven zu eröffnen. Dabei hätte es durchaus Alternativen zu der Situation gegeben, die sich in den Briefen widerspiegelt. Die Rückkehr zur Bewirtschaftung durch Sklaven wäre zum Beispiel theoretisch eine solche Alternative gewesen. Es ist richtig, daß, wie Johne hervorhebt, „für Plinius keine Alternative" existierte und daß er „trotz der auftauchenden Probleme . . . keinen Augenblick auf den Gedanken (kam), die Kolonenwirtschaft zugunsten reiner Sklavenwirtschaft aufzugeben".[28] Das bedeutet allerdings nicht, daß die Möglichkeit grundsätzlich nicht bestanden hätte. Der Schluß, ein Latifundium des Ausmaßes, wie es im Brief III 19 erkennbar wird, habe den Kolonen unentbehrlich gemacht, ist nur in der Weise zulässig, als Plinius eine Gutsstruktur vorfand, deren Veränderung gewaltiger organisatorischer Anstrengungen bedurft hätte, die auf sich zu nehmen außerhalb seiner Ambitionen lagen. Gestützt auf Studien zur Sklaverei in Amerika (deren ansonsten anders gestaltetes sozioökonomisches Umfeld nicht verkannt werden soll) bleibt man nicht im Spekulativen verhaftet, wenn man behauptet, daß bei sinnvoller Aufteilung eines Großgutes in überschaubare Einheiten unter zentraler Leitung die Verwendung von Sklavenarbeit durchaus

[28] Johne (wie Anm. 2) 140f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

eine effiziente Wirtschaftsführung ermöglicht.[39] Sklaven waren zur Zeit des Plinius noch in hinreichendem Maße vorhanden, mögen sie auch knapper und teurer geworden sein. Indessen verhinderte offenbar derselbe Grund, das Desinteresse der *domini*, welches oben anhand einiger Beispiele aufzuzeigen versucht wurde, oder ihre Unfähigkeit zu ökonomischem Rationalismus, derselbe Grund, der zum Rückgang der Verwendung von Sklavenarbeit geführt hat, die Rückkehr zu ihr.

Dem Verfasser ist bei diesen knappen Bemerkungen und Thesen sweierlei bewußt. Einmal könnte man sie quasi als Plädoyer für die Sklaverei mißverstehen und zugleich einwenden, daß Sklaverei nun einmal keine hoffnungsvolle Perspektive sei; es geht hier aber nicht um humanitäre Fragen, sondern um rein ökonomische Erwägungen, die prinzipiell dem Vorstellungsbereich jener Zeit nicht hätten fremd sein müssen. Auch ist der juristische Status eines Produzenten keineswegs allein ausschlaggebend für seine soziale Lage. Eine solide funktionierende Wirtschaft hätte ohne weiteres den juristischen Status lockern können, mit der Perspektive, ihn letztendlich überflüssig zu machen und z. B. durch den von Lohnarbeitern zu ersetzen. Vorformen davon sind sowohl aus der Antike als auch anderen Gesellschaften, die sich der Sklavenarbeit bedienten, allgemein bekannt. Zum anderen bewegt sich die Argumentation auf dem idealistischen Zugang zu einem ideologisch unstrittenen Terrain. Hierzu wird abschließend noch Stellung zu beziehen sein. Jedenfalls ist nicht auszumachen, daß sich die Sklaverei *aufgrund ihr eigener Inhärenzen* in der zur Debatte stehenden Periode im Vergleich zu anderen Ausbeutungsformen ökonomisch negativ ausgewirkt hätte[40] und somit zum Aussterben verdammt gewesen wäre.

Eine andere Alternative wäre die Verwendung von Lohnarbeitern in umfassenderem Maße gewesen. Lohnarbeiter hat es auch in Italien in viel höherer Zahl als allgemein angenommen gegeben.[41] Varro bereits gibt zu erkennen, daß an ihnen kein Mangel herrschte (res rusticae I 17, 1–3), Caesar verfügte sogar, daß alle Viehzüchter Italiens wenigstens ein Drittel erwachsene Freigeborene unter ihren Hirten halten sollten (Sueton, Caesar 42, 1), und selbst Columella, der wenige Jahrzehnte vor Plinius noch voll für die Verwendung von Sklavenarbeit plädiert, läßt durchblicken, daß ein Gutsbesitzer der mittleren Vermögensklasse *(mediorum facultatium dominus)* Tagelöhner als ständige Arbeitskräfte beschäftigte (de re rustica I praef. 12). Es liegt kein Grund vor anzunehmen, Lohnarbeiter als gewichtiges Arbeitskräftepotential hätten zur Zeit des Plinius nicht zur Verfügung gestanden. An sie hat Plinius – wenn überhaupt – noch weniger gedacht als an Sklaven. Sie als Produktionsträger zu institutionalisieren hätte dieselben oder ähnliche persönliche Bezüehungen erfordert, die Plinius ganz offensichtlich scheute. Somit erblickt man auch bezüglich dieser Gruppe perspektivisch keinen Streifen am Horizont. Sie dürfte in späterer Zeit ein Potential zur verstärkten Ansiedlung von Kolonen dargestellt haben, annähernd vergleichbar den zu *quasi coloni* werdenden Sklaven.

In der plinianischen Epoche vereinzelter Kriege, aber noch ohne allgemeine Krise, war der Kolonat für den *dominus* eine scheinbar bequeme Lösung, die freilich die

[39] Vgl. dazu auch Verf., Marx, Engels und die Sklaverei. Zur ökonomischen Problematik der Unfreiheit, Düsseldorf 1974, bes. 132 ff.

[40] So N. I. Barbu, Anzeichen für den Niedergang der Sklaverei bei Plinius d. J., in: Das Altertum 17 [1971], 224; ähnlich W. Hold, Der römische Kolonat am Ende des 2. und zu Beginn des 3. Jahrhunderts, ebda. 174.

[41] Vgl. z. B. Verf. (wie Anm. 14).

nicht oder nicht hinreichend erkannte Eigenschaft besaß, schon in statu nascendi zu kränkeln. Daß den Kolonen keine Perspektive beschert war, lag – jedenfalls zu Beginn des 2. Jh. noch – im wesentlichen am ökonomischen Denken (oder am Fehlen eines solchen) der *domini*. So verlief der sich abzeichnende Niedergang[42] der Verwendung von Sklavenarbeit auf ihrem Höhepunkt synchron mit dem Niedergang des Kolonats bereits während der Zeitspanne seiner Institutionalisierung als vorherrschenden agrarischen Produktionsträgers.

Die in den obigen Ausführungen vorgenommene Reduktion der ökonomischen Prozesse um die Wende vom 1. zum 2. Jh. in der Hauptsache auf das Interesse oder Desinteresse, Denken oder Nichtdenken der Gutsherren könnte der Gesamtproblematik näher kommen, wenn man postuliert, ohne der aussichtslosen Versuchung eines wissenschaftstheoretischen Eklektizismus zu erliegen, daß auch ideelle Faktoren eigenständige bzw. ausschlaggebende Momente[43] geschichtlichen Wandels darstellen – ein Problem, mit dem sich schon Max Weber auseinandergesetzt hat.[44] Es ist nicht erforderlich, bei aller Eingebundenheit der geschichtlich Verantwortlichen, stets die materielle Basis in Anspruch zu nehmen. Plinius d. J. und seine Standesgenossen jedenfalls hätten anders verfahren können, wenn sie gewollt hätten. Die materiellen Bedingtheiten der Zeit legten zwar Steine in den Weg, doch diese wegzuräumen, kam ihnen nicht in den Sinn. Man schob sie lediglich vor sich her oder schlug einen Bogen um sie herum.

[42] Das Faktum als solches haben die Anm. 40 genannten Autoren – wie viele andere auch – natürlich richtig erkannt.

[43] Der sonst häufig verwendete Ausdruck „Transmissionsriemen" geschichtlichen Wandels wird hier vermieden, da sich jener Wandel offensichtlich eher durch Unterlassen als durch Tätigkeit vollzogen zu haben scheint.

[44] Vgl. zuletzt W. J. Mommsen, Max Webers Begriff der Universalgeschichte, in: Comité International des Sciences Historiques. XIe Congrès International des Sciences Historiques, Rapports I, Stuttgart 1965, 253 ff., hier: 254.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

VITAE VERGILIANAE ANTIQVAE

VITA DONATI
VITA SERVII
VITA PROBIANA
VITA FOCAE
S. HIERONYMI EXCERPTA

p. 12

EDIDIT

COLINVS HARDIE
COLLEGII BEATAE MARIAE MAGDALENAE APVD
OXONIENSES SOCIVS

editio altera

775

OXONII
E TYPOGRAPHEO CLARENDONIANO
MCMLXVI

246

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Oxford University Press, Ely House, London W.1

GLASGOW NEW YORK TORONTO MELBOURNE WELLINGTON
CAPE TOWN SALISBURY IBADAN NAIROBI LUSAKA ADDIS ABABA
BOMBAY CALCUTTA MADRAS KARACHI LAHORE DACCA
KUALA LUMPUR HONG KONG

© *Oxford University Press 1966*

This text was first published with
O.C.T. APPENDIX VERGILIANA
in 1957

PRINTED LITHOGRAPHICALLY IN GREAT BRITAIN
AT THE UNIVERSITY PRESS, OXFORD
BY VIVIAN RIDLER
PRINTER TO THE UNIVERSITY

PRAEFATIO

CVM textus Appendicis Vergilianae a Robinson Ellis constitutus demuo imprimendus esset, placuit Delegatis Typographei Clarendoniani vitas quoque Vergilianas antiquas subiungere, ut studiosis facilius praesto essent. editio enim illa ab Henrico Nettleship a.D. 1879 Oxonii (33)[1] curata vitas Probi, Donati, Servii, Bernensem (sive 'de iuvenalis ludi libello' excerptam: vide F. Vollmer (47)) dictas continens iam diu venire desiit. posterior ab Ernesto Diehl a.D. 1911 curata (10) vitas cum antiquis fontibus Vergilianas, id est, Donati duas et integram et interpolatam (sive auctam sive vulgatam), Focae, Servii, Probi, Philargyrii, Bernensem, Monacensem, Noricensem dictas continens non iam facile hic comparatur, nec tironibus nostris idonea est quia commentarius germanice scriptus est. anno sequenti altera e Germania provenit editio a Iosepho Brummer (8) accuratiore apparatu ornata, quinque insuper vitas inferioris aetatis a Donato plerumque derivatas continens, id est, duas Philargyrii, tres Gudianas. sed hanc quoque iam diu vel aegerrime compares.[2] nuper autem a.D. 1944 Augustus Rostagni in libro suo (39) vitas Vergilianas Donati et Probi dictas cum excerptis e Sancti Hieronymi chronicis inter alias allorum poetarum vitas exhibuit, nullo apparatu, commentario vero italico instructas, in quo sibi persuadet Donatum nihil vitae a Suetonio scriptae adiecisse, vitam autem Probianam illius esse M. Valerii Probi celebris grammatici, qui primo p.C. saeculo vixit ante Suetonium.

Opus igitur est nova vitarum Vergilianarum editione; quod ego imprimis sensi qui Oxonii tironibus hos fere octo

[1] Numerus uncis inclusus ad conspectum librorum numeratorum subiunctum referatur. [2] vide 53.

247

Senato della Repubblica - Archivio Storico

annos Vergilium interpretor. itaque Delegatis Typographei ad hoc munus invitantibus, postquam alii ne quidem codicum et textuum recensendorum peritiores noluerunt, ipse tamen opus, quamvis brevi admodum tempore spatiis brevibus esset absolvendum, suscepi ea spe ut tironibus et praeceptoribus non inutile esset.

Vitae omissae. primum autem eas tantum vitas admittere volui quae scriptorum classicorum bibliotheca dignae esse viderentur, quippe quae, antequam Roma destituta est et antiqua ibi litterarum disciplina prorsus exolevit, scriptae essent, ut eae omitterentur quae potius historiam interpretationis Vergilianae in saecula barbarorum dominationis continuarent, id est, vitae Hibernicae et posteriores medii aevi et illa denique interpolata saeculo xiv litterarum, ut dicunt, renascentium temporibus a docto quodam Italo confecta. vitas enim post quintum saeculum conscriptas constat plerasque a Donato, aliquot a Sancto Hieronymo (vide infra stemma vitarum), unam alteramve a Servio derivasi, et si quid novi adferant, id a Plinio, Suetonii libro de rhetoribus, Macrobio, Cassiodoro, Isidoro aliisve fontibus hausisse, vel e coniectura textum Vergilianum audacius sollicitantium. certe operae pretium est etiam tironibus nova illa cognoscere, quae in vitis antiquis non inveniuntur, sed testimonia de Vergilio congregare, molem immensam, prorsus diversus labor est et maior quam qui hoc loco proponitur, textum scilicet sine commentario (quem optimum apud Diehl invenias) exhibere.

Vita saec. XV interpolata. vitam interpolatam sive auctam sive vulgatam (id est, qualis in manibus erat antequam A. Reifferscheid (37) integram Donati vitam in lucem denuo provexit) eo libentius exclusi quod post annos paene quinquaginta nihil fere novi ad quaestiones de eadem solvendas adlatum est. Remigius enim Sabbadini (40) a.D.

1907 de origine eius vitae docte disputavit ostenditque Italum aliquem vitam hunc in modum interpolando redegisse inter annos 1425 et 1433, in quibus Sicco Polentonus primam (1425) sine usu vitae interpolatae editionem libri sui et alteram (1433) eadem adhibita fecit. quis autem doctorum illis temporibus Italorum vitam interpolaverit, coniecturam se satis probabilem fecisse dixit Sabbadini, non tamen revelare velle donec certis indiciis demonstrare auctorem sciret, et triginta fere post annis coniectura nondum revelata mortuus est. textui quoque vitae interpolatae hos per annos nemo operam dedit, quamvis novis opus esse studiis monuerint viri docti Vladimir Zabughin et Georgius Pasquali. quem ad laborem, qui quantus sit, si vis cognoscere, videas elenchum codicum apud Hyginum Funaioli (16), praesertim p. 36 (codicum inexploratorum), mihi deerant tempus et rerum peritia. vitam igitur interpolatam omisi cum ceteris post quintum saeculum conscriptis ne opusculum nostrum longiore vitarum serie augerem quam quae apud Brummer exstat. duae enim addendae fuissent; altera, vita scilicet Montepessulana, e codice Montepessulano 358 saec. ix-x ab A. Boucherie (6) a.D. 1875 exscripta, quae, postquam eadem esse atque vita Vossiana cognita est, ab H. Funaioli (16) a.D. 1930 denuo secundum codicem Leidensem bibl. publ. Voss. 79 (in elencho Funaioliano 8 A) est impressa; altera ab Eduardo K. Rand in codice Leidensi Voss. lat. F 12, qui ultimus quaternio est codicis Aurelianae 295, inventa est, sicut a.D. 1938 (36) nuntiavit, et a discipulo eius H. R. Upson (45) a.D. 1943 publici iuris est facta. monet etiam Funaioli (16, p. 36) fieri posse ut vita Donatiana in alias quoque formas redacta inveniatur.

Vita Probi dicta. at mirabitur aliquis fortasse cur vitam Probi dictam et vitam Focae non item respuendas putaverim, cum certum sit Focam, veri autem simile Probianam

248

Senato della Repubblica - Archivio Storico

quoque vitam, a Donato pendere. plerique enim, quibus adsentior, inferioris aetatis hanc esse iudicant et minimi pretii: sunt vero qui adfirmant eam a ceteris non pendere, sed per se stare et M. Valerio Probo illi adtribuunt. unde potius putavi exhibendam, praesertim cum textus melior a Frederico M. Wheelock, collegii Brooklynensis in republica Novoeboracensi professore adferri posset. cum enim doctam eius disputationem (49) legissem et quo iudicio codices denuo excussisset, in stemma novum redegisset, fidem I. B. Egnatii, secundi editoris, vindicavisset, cognovissem, textum vitae nondum in lucem proditum huic opusculo decus addere cupii, ut inter vetera aliquid novi et melioris adferrem. gratias igitur ei ago quod tam benigne textum hunc suum accurate exscriptum hic imprimendum concessit.

De quaestione Probiana, re difficili, disceptare non hic est locus, sed utiliter me facturum spero si paucis alienarum disceptationum mentionem faciam. primus vitam Probianam a Jahn, Keil, Reifferscheid tanquam M. Valerii Probi acceptam in dubium vocavit a.D. 1862 A. Riese (38); deinde Gustavus Koertge (29) memoriam ibi Suetonio vetustiorem servari videri fatetur. contra autem Eduardus Norden (34) sero conflatam et minimi pretii iudicavit; deinde Kurt Wieser (50) improbum quempiam Probi nomine indignum vitam Servianam non exscripsisse sed e memoria effudisse, aliquid tamen novi et veri nobis adferre, velut vicum Andem tria milia passuum a Mantua distare. in hoc vero aut 'tria' aut 'triginta' tota lis vertitur. Remigius autem Sabbadini in editione Vergilii (41) a.D. 1930 inter antiqua, usque ad Domitiani tempora, de Vergilio testimonia vitam Probianam (epigrammate tantum Sulpicii dempto) imprimendam curavit. verum nuper H. R. Upson (45) eam saeculo quinto sextove adscribit et in stemmate vitarum (vide p. xxvii) ita collocat ut a Servio pendeat. contra vero

Leopoldus Agnès (1) eam a nemine pendere contendit, sed revera esse Suetonio priorem ab ipso illo M. Valerio Probo scriptam; quem secutus est Augustus Rostagni (39), adversus quos tertius accingitur Italus, Hector Paratore, argutis sane sed longis, Iuppiter, et laboriosis disputationibus (35), et vitam Probi ita improbat ut a vita Bernensi pendere credat. dum igitur de vita Probiana lis ad finem nondum adducitur, memoria tenendum est, primum causam vitae agi non posse sine commentario Probi dicto, de quo H. Funaioli (18) genus dicendi saeculis posterioribus simillus esse disputavit quam primo; deinde ad *Georgica* ii. 158 commentatorem *Prata* Suetonii citare et ad *Georg.* iii. 391 alia dicere quam quae Macrobius in *Saturnalibus* v. 22. 9 M. Valerii Probi esse ait; denique Suetonium ipsum in libro de grammaticis et rhetoribus 24 testatum esse M. Valerium Probum non vitas, non commentarios scripsisse, sed *multa exemplaria contracta emendare ac distinguere et adnotare curasse, soli huic nec ulli praeterea grammaticae parti deditum.* scilicet nomen Probi facilius ad scriptum quodvis grammaticum adici posse fatearis cum hoc cognomen paene in nomen commune grammatici abierit. in duabus autem rebus vita Probiana cum vita Focae congruit, nomine scilicet matris Vergilii Polla (quod etiam apud Philargyrium invenitur) et annorum fere numero quibus Vergilius *Aeneida* perfecerit.

Vita Focae. verum aliis quoque de causis vitam Focae (sive Phocas scribendus est: non enim certum mihi esse videtur ipsum 'Phocas' scripsisse cum in codice unico inveniamus 16 *Phoebei* 22 *Faston* 70 *Philippos* 99 *colurnato* et in titulo *Foca*), quamvis posterioribus temporibus vitam Vergilii in versus redegerit Donatum plerumque secutus, admittere volui et *grammaticum urbis Romae* inter Romanos Donatum, Servium, Macrobium numerare quam cum

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Hibernis tanquam disciplinae veteris paganae ultimum, quem Cassiodorus (*Gramm. Lat.* vii. 146, 212, 214 ed. Keil Lipsiae, 1868) citat et saeculi quinti esse indicat. scripsit idem *artem de nomine et verbo* (*G.L.* v. 410–39 K.) eam quoque praefatione metrica ornatam. Donatum, ut dixi, plerumque secutus aliquot tamen diversa exhibet, id est: 6 patrem figulum (quod ille modo secundum quosdam fert) ut apud Philargyrium quoque et vitas Bernenses, 11 matrem Pollam, ut apud vitam Probianam, tum autem 98 *geminis anno minus lustris* (aut septem aut, ut malo, novem annis) *Georgica*, 101 *trieteride quarta* (aut nono anno secundum rationem biennalium ludorum aut in quarto triennio post ter ternos annos) *Aeneida* perfectam, cum tamen Donatus v. 91 *Georgica* septem *Aeneida* undecim perfecisse annis Vergilium ait. at veri simile est ab ipso Donato Focam quae Donato contradicere videntur sumpsisse: teste enim Propertio, quem Donatus vv. 105–6 citat, teste Donato v. 107 anno 26 a.C. *Aenis* vixdum coepta erat; accedit quoque testis secundum Macrobium *Sat.* i. 24. 11 ipse Vergilius anno 26 a.C. in epistula Augusto sese excusans nihil auribus eius dignum adhuc scripsisse. sic Probiana quoque vita, cum bello Cantabrico Vergilium *Aeneida* ingressum esse dicit, a Donati verbis v. 107 *expeditione Cantabrica* idem videtur sumpsisse.

Quod ad textum vitae Focae attinet, unicum codicem Parisinum ut denuo inspiceret erroresque aliquot Iosephi Brummer corrigeret, operam amice dedit R. A. B. Mynors.

Vita Serviana. vitae quoque Servianae textus aliquantulo melior quam qui apud Diehl et Brummer invenitur hic exhibetur, auxilio iterum Americano, virorum scilicet doctorum qui novam editionem commentariorum Servii Harvardianam (23) curant: quorum praefatione, textu, apparatu, quatenus ad vitam Vergilii spectant, ut libere

uterer, benigne nobis concessit Societas Philologica Americana. nam ex editoribus unus, A. F. Stocker (43), codicum genus *a* (id est, *V W N*) a genere *a* adhuc ad textum constituendum tanquam fundamento adhibito non pendere ostendit et stemma codicum, rem a Iosepho Brummer non temptatam, construxit absolutum fere nisi quod de *G* (Bernensi 167) a Thilo et Brummer adhibito ubi collocandus esset non indicavit. de fine tamen vitae supplendo editores Harvardiani mihi parum persuaserunt, de quo Eduardum Fraenkel (12) sequor.

Vita Donati. ad vitam denique longiorem et maioris pretii venio sive Donati sive integram Suetonii sive etiam, ut quidam putaverunt, Philargyrii dicendam. quod vero ad textum pertinet, liberalitati aedium Teubnerianarum Lipsiensium debemus quod textu et duobus apparatibus viri docti Iosephi Brummer uti mihi licuerit, sive verbum de verbo sequenti sive mutanti aliqua sive omittenti sive duos apparatus in unum contrahenti. rarius vero aliquid mutare volui nisi quod R. A. B. Mynors, Professor Cantabrigiensis, olim apud Balliolenses collega, qua est erga amicos benevolentia et diligentia, codices *P A E* Parisinos denuo contulit et lectiones aliquot Brummerianas correxit. ipse codices Oxonienses inspexi et lectiones codicis *E* unam alteramque accuratius exscripsi: in codice Collegii Corporis Christi 84 nihil notatione dignum deprehendi quod non apud Nettleship invenias (excepto quod codex Londinii emptus sit a.D. 1464, non 1469).

Aliquot autem in locis lectionem Brummerianam mutavi non meliore codicum fide fretus, sed genere loquendi Suetoniano quod multo melius nuper excussit Carolus Bayer (3), qui librum suum publici iuris adhuc non factum mihi benigne concessit usurpandum: cuius meliorum lectionum elenchum infra pp. xxx–xxxi reperies.

250

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Commodo studiosorum credo me consuluisse quod versus secundum Brummer, sectiones secundum Hagen et Diehl, indicavi. epistulam Donati, quam Brummer separatim posuit, vitae ipsi praefixi. qua epistula Donatus L. Munatio commendavit vitam, praefationem, commentarium; ego vitam tantum exhibui usque ad versum 193 B, praefationem in *Bucolica* a versu 194 inceptam, quamquam historiam aliquot locis tangit, idcirco omisi quod aliud praefatio aliud vita est, tum quod vix quicquam, ut puto, a Suetonio profectum in praefatione invenitur.

Epistula Donati. epistulam autem satis constat revera Donati esse; quam nisi recte perpenderis, quaestionem illam difficilem, quatenus vita Suetonii ipsius verba et res nobis referat, expedire non poteris. neque tamen hoc loco nostrum est tantam componere litem, sed potius argumenti momenta et elementa indicare virorumque doctorum nomina qui de ea re disceptaverunt citare.

Primum scilicet in vita Terentii Donatus ad finem subiungit *haec Suetonius Tranquillus*, hac vero in epistula Suetonium nusquam nominat, sed multos sine nomine adhibet auctores (1 *inspectis fere omnibus*, 9 *quorum res fuerant*, 11 *congesta de multis*); et professus *optima fide quorum res fuerant eorum etiam verba servare* licentiam sibi asserit suas non solum res sed etiam iudicia addere (7–8 *cum liceret usquequaque nostra interponere*, 11 *admixto etiam sensu nostro*); et cum de vita ad praefationem transit, vitae se satis sua admiscuisse significat ut tanquam suam sibi vindicet (194 B *quoniam de auctore satis diximus*). quare vix veri similis est opinio eorum qui vitam totam vel paene totam excepto uno alterove loco Suetonio adtribuunt. contra ei qui ne Donati quidem, nedum Suetonii, verba nos habere contendunt; sed vitam Donatianam a Philargyrio (sive potius Filagrio) centum post Donatum annis retractatam, sibi tantum non ceteris persuaserunt: A. Klotz (27, 28) dico, quem postea secutus est K. Wieser (50). quos H. Funaioli (16) refutavit: vitam scilicet hanc a Philargyrio non esse circumcisam ut in ipsius scholia praefatio fieret, sed alia prorsus manu totam exaratam in locum ante scholia Philargyriana esse translatam; exsistere enim exemplum vitae Donatianae hunc in modum circumcisae, id est, vitam primam Philargyrii (secundum Brummer) ab eodem illo monacho Hiberno Fatoso confectam qui in codice Florentino Laur. plut. LXV. 14, f. 14ᵛ Explanationi Primae *Bucolicorum* Philargyrianae nomen suum subscripsit. hanc refutationem vel clarius repraesentat Albertus Grisart (20, 21): in codice P⟨arisino⟩ hanc vitam alia manu exaratam esse et post Expositiones in *Bucolica* et in *Georgica* collocatam; item in B⟨ernensi⟩ 172 sed ante Expositiones intervenientibus altera vita aliisque rebus; unde satis liquet in ambabus Expositionibus vitam postea altero in codice alterum in modum esse additam, adeo ut non sit cur Philargyrium hanc vitam tetigisse credamus.

Quatenus Donatus Suetonium secutus est? certo igitur scimus Donatum hanc vitam conscripsisse: quatenus autem Suetonium exscripserit, disceptatur. primus enim A. Reifferscheid (37) primum verborum circuitum vv. 1–5 damnavit tanquam neque more Suetonii sed potius posteriore dicendi genere redditum, neque cum Sancto Hieronymo, qui Suetonium se excerpsisse fatetur, consentaneum. deinde Henricus Nettleship (33) Suetonio vitam vindicavit et in commentario multos locos similes e Suetonii de Caesaribus libris collectos subiunxit, vitae magnam partem a Suetonio pendere ratiocinatus. mox postquam *Index Verborum Suetoni* a viris laboriosis Howard et Jackson (26) a.D. 1922 confectus in lucem prodiit, exactior inquisitio fieri potuit. primus igitur viam hanc ingressus R. M. Geer

Senato della Repubblica - Archivio Storico

(19) quattuor tantum locos certe non Suetonii esse credidit, quattuor alios reliquit dubios. deinde H. Naumann (32) res et genus loquendi ita excussit ut non nisi unum locum, vv. 144–52 *qui eius Aeneida . . . cremato rogo*, Donati esse concluderet. ne hunc quidem locum A. Rostagni (39) non Suetonii esse arbitratus ulterius tetendit quam ut contrariae opinionis vindicem non exciret, Hectorem Paratore (35), qui tredecim locos in iudicium vocavit non tam genus loquendi quam res respiciens contrarias aliis partibus vitae vel etiam inter se visas. postremo Carolus Bayer (3) Monacensis, cum Paratore plerumque consentiens quamvis tantummodo ex usu et genere loquendi et vocabulis argumentum traheret, versus 1–193 ita subtili sensu vere *φιλολόγως* tractavit ut locos sedecim secerneret, quattuor alios in suspicionem traheret, sex non sine dubio sed tamen Suetonio tribueret: quorum conspectum omnium infra subscripsi. his igitur duobus viris hactenus consentientibus quaestio ita propius ad exitum, et quidem ipsius Donati professioni plane congruentem, adducta esse mihi videtur, ut vitam Donati dicere non dubitaverim. sane Donati nomen, fortasse ab epistula Donati derivatum, quae uno tantum codice servatur, in aliquot codicibus vitae praefigitur, quorum testimonia in apparatu attuli.

Donatus autem noster epistulam ad amicum dedit ut commentarium quoque suum una cum vita et praefatione commendaret. qui commentarius num adhuc servetur idemque sit atque qui Servius Danielis vel Servius auctus usurpatur, *ἕτερος λόγος* neque ad rem hic nostram spectat (44: ubi quae antea de re scripta sunt citantur).

Chronica Hieronymi. postremo excerpta de *Chronicis* Sancti Hieronymi omnia quae Vergilii nomen citant adieci libris Rudolfi Helm (24) usus. Hieronymus ipse fatetur Suetonium se exscripsisse, Donati tamen magistri sui

opiniones, vitam Vergilianam, commentarios certe cognovit (31) erroremque eius secutus est ut cum Vario et Tuccam *Aeneida* edidisse affirmaret, non Varium solum, sicut sine dubio Suetonius ipse scripsit, alterum autem errorem Donati evitavit ita sibi contradicentis ut, cum rem Lucretii mortis anno congruere vellet, Vergilium togam virilem et anno 55 a.C. (coss. Cn. Pompeio Magno M. Licinio Crasso) et anno 53 (anno aetatis Vergilii septimo decimo) sumpsisse uno spiritu affirmaret (vide Paratore (35, pp. 267–83)).

Stemma vitarum. hae omnes vitae, quas imprimendas curavi quasque exhibere supersedi, qua ratione inter se cohaereant, quae quas imitata sit contaminaveritque, quibus e fontibus diversa derivaverint, diu disputatur. stemma quidem vitarum primus delineavit I. Brummer (9), deinde K. Wieser (50) quaedam immutans, mox H. Naumann (32); postremo H. R. Upson (45) novam vitam ab E. K. Rand inventam inseruit totumque stemma ordinavit, quod infra videas benigne concessum ut hic repraesentetur. de loco tamen vitae Probianae, ut supra vidimus, parum constat, contendente nuper Paratore (35) de vita Bernensi esse derivatam.

De vita Vergilii. quid vitae ad Vergilium ipsum cognoscendum nobis conferant, quid primo post mortem saeculo ante vitam Suetonii reductam de Vergilio sit traditum, facere non possum quin quid opiner exponam. vix crederes sane mortem Vergilii haud secus atque Quintilii Vari paucis ante annis ab amicis defletam, ab Horatio scilicet inprimis (quamquam prius saepe, semel *animae dimidium suae* (*Carm.* i. 3. 8), posterius raro (*Ep.* ii. 1. 247. *Ars Poet.* 55) Vergilium nominaverat), tum a Propertio silentio praeteritum iri, id quod revera accidit. in fine vero corporis Tibulliani Domitius Marsus (?), epigrammate de morte Tibulli addito, *Vergilio comitem* decessisse Tibullum dixit.

252

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Varius autem editor *Aeneidos* idcirco destinatus quia et ipse poeta erat, pedestri sermone in *Aeneide* edenda aliquid de Vergilio ipso videtur dixisse, teste Quintiliano *Inst. Orat.* x. 3. 8 *Vergilium quoque paucissimos die composuisse versus auctor est Varius.* alterum e familiaribus vix veri simile est aliquid de poeta scripsisse, quamvis Gellius *Noct. Att.* xvii. 10. 2 Favorinum philosophum dicere faciat *amici familiaresque P. Vergilii, in his quae de ingenio moribusque eius memoriae tradiderunt, dicere eum solitum ferunt parere se versus more atque ritu ursino.* nos certe alterum nominare non possumus qui scribendo aliquid de Vergilio tradiderit, quamvis habeamus quae obiter soliti sunt dicere quidam velut Iulius Montanus poeta (*vit. Don.* vv. 97–101) et Eros librarius libertusque Vergilii (v. 118) cum *exactae iam senectutis* erat. Varius ipse parce admodum et caute de *Aeneide* edenda et de Vergilio verba fecisse videtur, si illud de mutato ordine librorum (v. 166) non Vario debemus, sed eis nescioquibus *senioribus* a quibus *Nitus audisse se aiebat.* Melissus vero (v. 52) quo tempore vixerit, incertum est: at veri similius est exstitisse paulo ante Gellium, qui *Noct. Att.* xviii. 6. 1 Aelium Melissum libri *de loquendi proprietate* inducit auctorem (4). Vergilii enim sermonem vituperavit, eis quae apud Suetonium (vv. 97–102) inveniuntur, qua erat *iactantia* contradicens. Alter, C. Melissus, de quo Suetonius in libro *de gramm. et rhet.* 21, aequalis Vergilii fuit, grammaticus Maecenatis, bibliothecarius Augusti, *ineptias* tamen et fabulas, nihil ad Vergilium, scripsit. verum *Aeneis*, ut videtur, cavillatione et invidia potius quam admiratione etiam ante mortem Vergilii in recitationibus excepta est (vv. 194–5 *hoc ipsum crimen defendere* (sc. Vergilium); v. 198 *ut omnia ad satietatem malevolorum decideret*), vix aliter fortasse quam Horatii quoque carmina. *Bucolica* vero, quippe

artis Alexandrinae exquisitius exemplum, ingenti favore excepta sunt, adeo ut *in scena quoque* per cantores crebro pronuntiarentur (*vit. Don.* v. 92; cf. Serv. ad *Ecl.* vi. 11), testante Tacito (*Dial.* 13. 2) Vergilium non caruisse *apud populum Romanum notitia . . . qui auditis in theatro Vergilii versibus surrexit universus et forte praesentem spectantemque Vergilium veneratus est sic quasi Augustum.* quam ad viventis adhuc famam et veneratiōnem *Aeneis* post mortem edita nihil contulit, aliquid fortasse *Georgica.* ipsius certe Augusti amicus et collega et gener, M. Vipsanius Agrippa, quem Plinius *Nat. Hist.* 35. 26 virum *rusticitati propiorem quam deliciis* appellat, frigere sibi *Aeneida* ob *cacozeliam* (v. 187) querebatur; et aliorum malevolorum nomina refert Suetonius, Carvilii Pictoris, Herennii, Perellii. Messalla quoque apud Senecam rhetorem (*Suas.* 3. 20) verborum captator ostenditur, cum ad *Aen.* xi. 288 dixit *hic* (i.e. post verbum *haesit*) *Vergilium debuisse desinere: quod sequitur explementum esse.* nam, ut idem Seneca (*Suas.* 3. 19) tradit, *tam diligentes tum auditores erant, ne dicam tam maligni, ut unum verbum surripi non posset: at nunc* (inter 39 et 42 p.C.) *cuilibet orationes in Verrem tuto dicere licet pro suo.* qui omnes, si non nisi magnis tam acriter invidetur, vel vituperando poetam fatebantur aliquanti esse momenti. quippe defensor aderat Maecenas, *apud Vergilium intelligi posse* adfirmans *quomodo ex corruptis et tumidis magna et tamen sana fiant* (Sen. *Suas.* 1. 12), ipse stilo corrupto et tumido infamis eoque debilior. non multo post Vergilii mortem *primus coepit Vergilium et alios poetas novos praelegere* Q. Caecilius Epirota (ut Suetonius *de gramm. et rhet.* 16 refert) amicus olim Cornelii Galli: ubi non satis liquet quid sibi velit verbum *novos*, utrum recentes modo ab νεωτερικοῖς et 'cantores Euphorionis' dictos; veri similius

253

Senato della Repubblica - Archivio Storico

mihi esse videtur Epirotam Cornelii Galli olim sectatorem et a Domitio Marso *tenellorum nutriculam vatum* (Suet. *de gramm.* 16) dictum carmina arte Alexandrina confecta praetulisse et praelegisse, id est, quantum ad Vergilium attinet, *Bucolica* tantum. alter autem in urbe grammaticus, C. Iulius Hyginus (*ibid.* 20) Augusti libertus bibliothecariusque, Ovidii amicus, duobus nimirum libris, commentariis in textum et plus quam quattuor aliis voluminibus de poeta scriptis, Vergilium dignatus est; sed vix aliud quam quae in Vergilio reprehenderit, Gellius (*Noct. Att.* i. 21. 2; v. 8. 1; vii. 6. 2; x. 16; xvi. 6. 14) citat. at Ovidius ipse carmina Vergilii magnopere admiratus est (*Ars Amat.* iii. 338 *quo nullum Latio clarius exstat opus*; cf. *Rem. Am.* 395), nihil tamen de ipso adfert, nisi quod multos post annos, postquam fabulas sententias verba multa, animi nihil, ab eo *palam hoc consilio ut vellet agnosci mutuatus* (Sen. *Suas.* 3. 7) erat, sic nude *Vergilium vidisse tantum* dixit (*Trist.* iv. 10. 51). Grattius vero, *Cynegeticorum* scriptor, quem Ovidius ut aequalem (*ex Ponto* iv. 16. 34 *optaque venanti Grattius arma daret*) memorat, *Georgica* ante omnia carminis didascalici exemplum sibi proposuit, Vergilium passim imitatus, et fortasse iam significat favorem doctorum in Vergilium tandem inclinari.

E rhetoribus unus Arellius Fuscus brevi postea Vergilii versus imitari coeperat; verane poetae admiratione an magis Maecenatis adulatione, incertum est, tradente Seneca (*Suas.* 3. 5) *solebat autem Fuscus ex Vergilio multa trahere, ut Maecenati imputaret.* mox L. Cestius Pius locum Vergilianum imitari voluisse dicitur (Sen. *Contro.* vii. 1. 27).

Etiam ante mortem Vergilii miramur Cornelium Nepotem, qui *Georgica* et *Bucolica* certe noverat, anno uno alterove prius quam Propertius ii. 34. 65 *nescio quid maius*

nascitur Iliade praedicavit, in *vita Pomponii Attici* 12. 4 posse dicere *L. Iulium Calidum post Lucretii Catullique mortem multo elegantissimum poetam nostram tulisse aetatem.* mox anno 27 p.C. Velleius Paterculus ii. 36. 3 de Calido nihil, haud minus tamen mirum in modum Rabirium (cf. Ovid. *ex Pont.* iv. 16. 5) cum Vergilio coniungit et *principes* (melius 'principes' quam 'princeps' legitur) *carminum maxime nostri aevi eminere* fatetur, imperante tum Tiberio et Euphorionem, Rhianum, Parthenium (Suet. *Tib.* 70. 2) praecipue diligente. apud Senecam in praefatione *Controversiarum* iii. 8 Cassii Severi, qui certe ante annum 24 p.C. (Tac. *Ann.* iv. 21) in exilium relegatus est, dictum invenitur quod morem magnos cavillandi adhuc redolet: *Ciceronem eloquentia sua in carminibus destituit, Vergilium illa felicitas ingenii sui in oratione soluta reliquit*; gravate tamen fatetur homo dicax ambo in suo quemque genere vel maximos esse.

Primus post Maecenatem Vergilii defensor apparet inter grammaticos Asconius Pedianus (*vit. Don.* v. 191)—nam Q. Octavium Avitum (v. 190) potius a neutris stare recte iudices neque obtrectatoribus neque fautoribus—decem annis post Vergilii mortem natus ut vix quemquam de amicis Vergilii novisse potuerit, quamquam scimus eum Asinio Gallo Pollionis olim fautoris filio familiariter usum esse (Serv. Dan. ad *Buc.* iv. 11). ergo non nisi quinquaginta fere vel pluribus annis post mortem gloria Vergilii ceteris praefulgere incipiebat, quamvis usque ad Taciti tempora vetus obtrectandi mos duraret, siquidem in *Dialogo* 12. 2 dicit *plures hodie reperies qui Ciceronis gloriam quam qui Vergilii detrectent.* invidia C. Caligulae (Suet. *Calig.* 34, cf. 45) apud plures Vergilium iam in honore esse testatur, velut apud Senecam rhetorem, qui, a filio longe diversus, locos novem decemve Vergilii citat, semel tantum ut

Senato della Repubblica - Archivio Storico

iudicium suum proferret (*Suas.* 3. 20 *notate prae ceteris quanto decentius Vergilius dixerit*), saepius ut aliena iudicia sive laudantium sive cavillantium referret et iam iterum post Propertium cum Homero Vergilius comparatur in *Laude Pisonis* 231–2 *surgenti qui nomine pulsat Olympum | Maeoniumque tenem Romano provocat ore*. imperante iam Claudio Polybius libertus Homerum latine, Vergilium graece vertit (Sen. *dial.* xi. 5), et post Augustum primus imperatorum demum Nero Vergilii, si minus fautor at saltator prodiit (Suet. *Nero* 54: *sub exitu quidem vitae vouerat . . . proditurum se partae victoriae ludis . . . novissimo die histrionem saltaturumque Vergili Turnum*). quo imperante Valerius Probus textui Vergiliano constituendo operam dare coepit et commentarios de operibus Vergilii (sed non, ut supra vidimus, de vita) scripsit, et, si auctores *Culicis* et *Ciris* artis neotericae exemplum Vergilium esse voluerunt, melius iudicavit Probus, sic, ut apud Servium ad *Aen.* xii. 605 legimus, adnotans: *neotericum erat* 'flavos', *ergo bene* 'floros'. de quaestionibus quidem grammaticis praecipue disseruit, sed de arte poetica quoque, ut refert A. Gellius, *Noct. Att.* ix. 9. 12–17 et xiii. 21. 1–12. sic igitur crescente fama cognoscendi qualis homo fuisset maximus poeta cupiditas serius exorta est quam ut satiari posset, demortuis iampridem aequalibus, iunioribus res comminiscentibus potius quam reminiscentibus. verum ubi parum sciebatur, fingendo talis explenda erat aviditas. facta infecta pari studio eruebantur, *Culices* et alia elementa poetae tam artificiose et non credere nolentibus probabiliter conglutinata sunt ut temporibus Lucani (v. 37) et Statii (*Silv.* i prooem.; *Silv.* ii. 7. 73–74) et Martialis (viii. 56. 20) pro veris accepta essent, de quibus carminibus, licet ad rem aptis, Propertius et Ovidius tacuerant; hemistichia alii supplebant qualia apud Senecam philosophum inveniun-

tur; imaginem quoque poetae aliquis *Aeneidi* praefixit quattuorque versus satis ingeniose ut cum sequenti copularentur confecit (7), qui versus mox Vergilii esse credi coepti sunt, fabula quoque ficta quomodo Varius eosdem contra morem suum audax dempsisset. textum etiam carminum, praesertim *Bucolicorum*, ἀλληγορικῶς temptabant, ut digna indigna, aliquid tamen conraderetur (17, 22). Calpurnius autem Siculus temporibus Neronis, Bucolicorum scriptor qui, sicut Grattius, Vergilium solum sibi exemplum proposuit—alii enim poetae, velut Manilius, Vergilium non ante omnes sed e multis unum imitabantur—iam tum e Vergilii *Bucolicis* quaedam ἀλληγορικῶς accepta, immo extorta, velut (4. 64) Tityrum Vergilium esse, testatur.

Quoniam haec *vitarum* editio *Appendici Vergilianae* subiungitur, convenit de *Culice* et *Ciri* quaerere quid de existimatione Vergilii nos docere possint. *Culex* (13) quidem non ita multo post mortem Augusti (qui scilicet vix edi permisisset quod Vergilius editum noluisset, quodque in initio *Culicis* falso de se et Vergilio iam ante annum 46 a.C. amicitia coniunctis scriptum reperimus), eo consilio confictus est ut Vergilii quoque *divini elementa poetae* (*Catalepton* xiv *a* 3) ostenderentur et tanquam alterius Homeri *Batrachomyomachia* (vide Stat. *Silv.* i in prooemio), ubi in carmine heroico in locum heroum prodeunt animalia pusilla, sufficeretur. *Culicis* igitur falsarius verba ipsa Vergilii maluit vitare quam repetere, nisi quod hic illic (16, 179, 222, 275, 292) sese prodidit (sicut 133, 181 Ovidium quoque cognovisse se indicat), fabulis vero et sententiis Vergilianis, e.g. vitae rusticae laude, exemplum aliquod graecum ἐπυλλίου (quod vulgo dicitur) condiit. quotiens ad ingenium poetae propius quam ad verba accedere conatus est, tamen a veritate adeo alienus erat ut ea quae,

255

Senato della Repubblica - Archivio Storico

e.g. series Romanorum de patria bene meritorum, non nisi post *Aeneida* conceptam Vergilio iam seniori in mentem venire potuissent, in opusculum tanquam iuvenile insinuaret.

Ciris autem eisdem fere temporibus post Ovidium scripta, docente R. Helm (250 et c), et aliis[1], putanda est; sed auctor in modum *Culicis* contrarium Vergilium respicit, quippe qui verba Vergilii in honorem scilicet eius palam exscribat. in *Ciri* enim prorsus mireris eundem in arte neoterica totum adhuc versari et haerere, qua arte Vergilius etiam in *Bucolicis* maiora moliri incepit, simul Vergilii opera tanti aestimare, ut versus eius, tres quattuorque integros cum suis intexat, ingenium tamen Vergilianum et artem auream, quae Homerum et Ennium cum Alexandrinis iungere sciat, penitus non intellegat. unde alii coniecerunt auctorem *Ciris* unum superfuisse qui artem iam obsoletam sequeretur; at rectius, ut mihi videtur, contendit Iohannes Perret (352) fautores artis Alexandrinae post Vergilium et Horatium non defecisse, immo usque ad tempora Persii qui eundem scribendi modum etiam tum carpebat (*Sat.* i. 93–102), floruisse.

Itaque octoginta demum post mortem annis Vergilius tanquam *ἀνσθλωσον*[2] in perpetuum adsecutus est, adorandus fortasse magis quam intellegendus. quippe *Aeneis*, ut olim centum ante annis *Bucolica*, iam populum tenet et secundum vota poetae (*Georg.* iii. 9) *victrix per ora virum volitat* et iuventutem erudit, ita ut temporibus Quintiliani (*Inst. Orat.* i. 8. 5) iam diu *optime institutum* esse videretur *ut ab Homero atque Vergilio lectio inciperet*. mox secundo et tertio p.C. saeculis in oraculum (confer Senecae *Ep.* 108. 26

[1] Praesertim F. Munari (52).
[2] Confer Calpurnii *Ecl.* iv. 70 *est, fatear, Melibaee, deus* (sc. Tityrus, id est Vergilius).

verba: *tanquam missum oraculo placeat*) abiit, post Sibyllam obsoletam consulentibus et sortes quaerentibus obnoxius. Hadrianus enim, qui *Ciceroni Catonem Vergilio Ennium Sallustio Caelium qua erat iactatione praetulit* (*Hist. Aug.* Ael. Spart. *Hadrian.* 16. 6) *Vergilianas* tamen *sortes*,[1] *cum sollicitus de imperatoris* (Traiani) *ergo se iudicio* esset, *consuluit* (*ibid.* 2. 8) et sors ei excidit versus scilicet *Aen.* vi. 808–12. item de Alexandro Severo Aelius Lampridius 14. 5 refert illum *Vergilii sortibus huiusmodi* (*Aen.* vi. 847–53) *illustratum* esse, et *fuisse multa alia signa, quibus principem humani generis esse constaret*: etiam in vita Claudii Gothici 10. 4–6, quae nomine Trebellii Pollionis fertur, legimus *item cum in Appennino de se consuleret, responsum huiusmodi accepit Aen.* i. 265; *item cum de posteris suis Aen.* i. 278; *item cum de fratre Quintillo, quem consortem habere volebat imperii, responsum est Aen.* vi. 869. quippe exemplaria *Aeneidos* in templis et Apollinis Cumano (*Hist. Aug.* Iul. Capit. *Clod. Alb.* 4. 5. 4) et Fortunae Praenestino (*ibid.* Ael. Lamprid. *Alex. Sever.* 4. 6) consulentium in usum rite servabantur; quod pluribus in locis moris fuisse haud temere conicias. quarto denique saeculo Vergilius philosophus absolutissimus evadit, orator maximus, grammaticae norma (46), Romae aeternae praeco, deorum veterum vindex, dis ipsis divinior, quidvis potius quam homo et poeta, cuius veram tandem faciem nemo nisi Dantes Alighieri dispexit. Christiani quoque Vergilium, si minus ad fidem Christi (S. Hieronym. *Ep.* 53. 7), in usum sane convertere volebant, consutis centonibus Vergilianis, ut Testamenta Vetus et Novum exprimerent. talis saeculi crassum aera, quippe inter somnia

[1] Monet H. Dessau (51) ne temere his scriptoribus (vel potius, ut mavult idem, scriptori) credas, cum quae de sortibus Vergilianis tradant ipsorum potius quam alteri p.C. saeculo tribuenda videantur.

256

Archivio Storico

Senato della Repubblica - Archivio Storico

sortilegorum et angustias grammaticorum, utrorumque res gestas neglegentium, hauriebat Donatus.

Verum, ut ad primum p.C. saeculum redeamus, qua apud se auctoritate Vergilius fuerit testatur passim Seneca philosophus (11) *tam de humano genere meritum quam Homerum* (*Dial.* xi. 8. 2) salutans et *maximum vatem* (*Dial.* x. 9. 1) *qui cotidie excutitur* (*Ep.* 58. 5) qui *memoriam aeternam promisit et praestat* (*Ep.* 21. 5), testatur Statius, *divinam Aenеida* ne *temptans* quidem, *sed longe secutus* (*Theb.* xii. 816–17) sepulchrum Vergilii tamquam templum adoratus (*Silv.* iv. 4. 54) sicut et Silius Italicus (Plinius, *Epp.* iii. 7. 8 . . . *Vergili ante omnes, cuius natalem religiosius quam suum celebrabat, Neapoli maxime, ubi monimentum eius adire ut templum solebat*), testantur Quintilianus poeta identidem laudato et Tacitus poeticos id est Vergilianos colores, vocabula, figuras pedestri sermone imitatus. quibus fere temporibus traditio de vita Vergilii colligitur et fontibus iam omnibus exhaustis quodam modo absolvitur. an vero aliquis has de poeta notitiarum reliquias in formam vitae redegerit, dubium est; nam, ut supra vidimus, M. Valerius Probus alia curavit. certe si quae in vita Donatiana probabilia videntur, eorum multa in hoc illove auctore, Seneca, Plinio, Martiali, Quintiliano, Tacito separatim deprehenduntur, quos Donatus se excussisse fortasse ex epistula sua intellegi voluit.

Postremo C. Suetonius Tranquillus, ab epistulis imperatoris Hadriani, cum ei propter hoc munus haud scio an aliquid novi e chartis imperatoris Augusti promere liceret, velut epistulas inter Augustum et Vergilium datas (cf. Tac. *Dial.* 13), varias denique notitias more suo certam in formam distribuit et vitae extremam imposuit manum—extremam dico quod ad historiam et veritatem attinet, utinam etiam tempore. illum enim veri simile est *Appendicis*

Vergilianae poemata expendisse et repudiasse, siquidem nihil inde ad vitam Vergilii contexendam adhibuit. postea vero commentatores, quae ille improbavit, rursus admittebant et inepta quadam doctrina narrationem inflabant, confundebant, obscurabant, eam certe quae ad rem publicam inter annos 45 et 31 a.C. spectat. nam si Suetonii ipsius vitae *Caesarum*, si historias Livii consuluissent, in errores illos vix venissent quos apud Diehl (10) detectos invenias.

Quid igitur de Vergilio scimus?, quaesivit vir doctus Tenney Frank (14). minus etiam mihi quidem sciri videtur quam quod illi. habemus tamen carmina, animam poetae, non vitae hominis imaginem, quae cave ne ἀλληγορικῶς, id est perperam, interpreteris; habemus si quid aequales de eo tradiderunt, imprimis Horatius (*Sat.* i. 5 et 6); habemus, si interpolationes scis circumcidere, vitam Suetonii, sed *aurum*, ut cum Vergilio dicam, *in stercore quaerendum* est (Cassiodorus, *Inst.* i. 1. 8). C. G. H. 1. 1. 1953.

Postscriptum: quoniam haec textui *Appendicis Vergilianae* subnectuntur et eius quandam mentionem feci, silentio praetermittendum esse non videtur nuper in Austria repertum codicis fragmentum ceteris longe antiquioris saeculo decimo vel nono conscripti, in quo sunt *Ciris* versus 338–497, *Catalepton* xiv. 7 ad finem, *Priapeorum* lxxxiii ('Quid hoc novi'), *Copa*, *Moreti* versus 1–51. Vide sis I. Krassler, 'Das Grazer Fragment aus einem Vergil-Codex des X. Jahrhunderts', *Mitteilungen des steiermärkischen Landesarchivs*, Folge 3. 88, Graz (1953), et B. Bischoff in *Archivalische Zeitschrift* 48 (1953) pp. 205–8, qui tamen nono saeculo, et quidem priori parti, tribuum vult: plenam fragmenti editionem dat Aemilius Gaar in *Anzeiger öster. Akad. Wiss., phil.-hist. Kl.* 90 (1953), pp. 188–231.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

CONSPECTVS LIBRORVM

IN PRAEFATIONE NVMERO CITATORVM

Diss. = Dissertatio doctoralis.
H.S.C.P. = *Harvard Studies in Classical Philology.*
J.R.S. = *Journal of Roman Studies.*
R.M. = *Rheinisches Museum für Philologie.*
T.A.P.A. = *Transactions of the American Philological Association.*

1. L. Agnès, 'Sull' autenticità della "Vita Vergilii" di Probo', *Rivista di Filologia*, lxix (1942).
2. J. Alstermann, *de M. Valerii Probi vita et scriptis*, Diss. Bonn (1909).
3. K. Bayer, *Der Suetonische Kern und die späteren Zusätze der Vergilvita*, Diss. Monac. (1952).
4. C. P. Bill, 'Vergiliana', *Class. Phil.* xxiii (1928).
5. C. Bione, *C. Suetonii Tranquilli de Grammaticis et Rhetoribus liber* (Palermo, 1941).
6. A. Boucherie, *Fragment d'un commentaire sur Virgile* (Montpellier, 1875).
7. E. Brandt, 'Zum Aeneis-Prooemium', *Philologus*, lxxxiii (1927–8).
8. J. Brummer, *Vitae Vergilianae* (Leipzig, 1912).
9. Id., 'Zur Überlieferungsgeschichte der sogenannten Donatvita des Vergil', *Philologus*, lxxii (1913).
10. E. Diehl, *Die* Vitae Vergilianae *und ihre antiken Quellen* (Bonn, 1911).
11. L. Doppioni, *Virgilio nell' arte e nel pensiero di Seneca* (Florence, 1939).
12. E. Fraenkel, review of *Harvard Servius* vol. ii (23), *J.R.S.* xxxviii (1948) and xxxix (1949).
13. Id., 'The Calex', *J.R.S.* xlii (1952).
14. Tenney Frank, 'What do we know about Vergil?' *Class. Journal*, xxvi (1930–1).
15. J. W. Freund, *de Suetonii Tranquilli usu et genere dicendi*, Diss. Bresl. (1901).
16. G. Funaioli, *Exegesi Virgiliana antica* (Milan, 1930).
17. Id., 'Allegorie Vergiliane', *Riv. filol. class.* xlviii (1920).

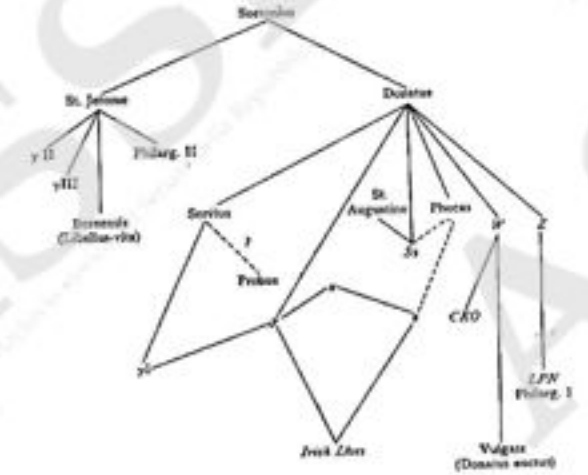
18. G. Funaioli, 'Le fonti della silloge scoliastica filargiriana', *Riv. di Filol.* xlviii (1920).
19. R. M. Geer, 'Non-Suetonian Passages in the Life of Virgil formerly ascribed to Donatus', *T.A.P.A.* lvii (1926). [Summary of dissertation on same, *H.S.C.P.* xxxvii (1926).]
20. A. Grisart, '"Vitae Vergilianae". Les remaniements de la Vita de Donat', *Antiquité classique*, iii (1934).
21. Id., review of Funaioli's *Exegesi Virgiliana antica* (16), *Antiquité classique*, i (1932).
22. Id., 'Notes sur la biographie de Virgile', *Musée Belge*, xxxiv (1930–2).
23. Harvard Servius, *Servianorum in Vergilii carmina commentariorum* editionis Harvardianae vol. ii (Lancaster, Penn., 1946).
24. R. Helm, *Eusebius Werke*, vii. *Die Chronik des Hieronymus* (Leipzig) i (1913); ii (1926).
25. Id., 'Hieronymus Zusätze in Eusebius Chronik und ihr Wert für die Literaturgeschichte', *Philologus*, Supplementband xxi. 2 (1929).
25B. Id., 'Ein Epilog zur Cirisfrage', *Hermes*, lxxii (1937).
25C. Id., *Die Pseudo-Virgilische Ciris* (Heidelberg, 1937).
26. Howard and Jackson, *Index Verborum C. Suetonii Tranquilli* (Cambridge, Mass., 1922).
27. A. Klotz, 'Miscellanea Vergiliana', *R.M.* lxvi (1911).
28. Id., 'Vergils Vater', *R.M.* lxvii (1912).
29. G. Koertge, *In Suetonii de viris illustribus inquisitionum capita tria* (Halle, 1899).
30. W. Kroll, 'Randbemerkungen', *R.M.* lxiv (1909).
31. F. Lammert, *de Hieronymo Donati discipulo* (Leipzig, 1912).
32. H. Naumann, 'Suetons Vergilvita', *R.M.* lxxxvii (1938).
33. H. Nettleship, *Ancient Lives of Vergil*, (Oxford 1879).
34. E. Norden, 'de vitis Vergilianis', *R.M.* lxi (1906).
35. E. Paratore, *Una nuova ricostruzione del 'de Poetis' di Suetonio*, 2nd ed. (Bari, 1950).
35B. J. Perret, *Virgile, l'homme et l'œuvre* (Paris, 1952), v, pp. 147–8, 182.
36. E. K. Rand, 'Munusculum Servianum', in *Mélanges Ernout* (1938).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

37. A. Reifferscheid, *Suetoni Tranquilli Reliquiae* (Leipzig, 1860).
38. A. Riese, *de commentario qui M. Valeri Probi dicitur*, Diss. Bonn (1862).
39. A. Rostagni, *Suetonio 'de Poetis' e biografi minori*, (Turin, 1944).
40. R. Sabbadini, 'Le Biografie di Vergilio, III. La redazione umanistica della biografia virgiliana di Donato', *Studi ital. filol. class.* lxv (1907).
41. Id., *P. Vergili Maronis opera*, vol. i (Testimonia, Bucolica et Georgica) (Rome, 1930).
42. J. J. H. Savage, 'The MSS. of Servius' Commentary on Virgil', *H.S.C.P.* xlv (1934).
43. A. F. Stocker, 'A New Source for the text of Servius', *H.S.C.P.* iii (1941).
44. A. H. Travis, 'Donatus and the Scholia Danielis: a Stylistic Comparison', *H.S.C.P.* liii (1942).
45. H. R. Upson, 'Medieval Lives of Virgil', *Classical Philology*, xxxviii (1943).
46. L. Valmaggi, 'Il "Virgilianismo" nella letteratura romana', *Riv. di Filol.* xviii (1890).
47. F. Vollmer, 'P. Virgilii Maronis iuvenalis ludi libellus', *Sitzber. kön. bay. Akad. Wiss., phil.-hist. Kl.* (1908).
48. G. B. Waldrop, 'Evidences of Relationship in certain MSS. of Servius', *H.S.C.P.* xlv (1934).
49. F. M. Wheelock, 'The Manuscript Tradition of Probus', *H.S.C.P.* xlvi (1935).
50. K. Wieser, *Der Zusammenhang der Vergilviten*, Diss. Erlangen (1926).
51. H. Dessau, 'Ueber die *Scriptores historiae Augustae*', *Hermes* xxvii (1892).
52. F. Munari, 'Studi sulla *Ciris*', *Atti Real. Acad. d'Italia, sci. mor. e stor.* ser. vii. 4 (1944).
53. W. Janell, *Vergili editio maior* Teubneriana (1930) continens vitas Donatianam Servianam Probianam.

STEMMA VITARVM

(secundum H. R. Upson, 'Medieval Lives of Virgil', *Classical Philology*, xxxviii, 1943)



γI γII γIII = *Vitae Gudianae.*
Vitae Hibernicae = *Montepessulana, Vossiana, Noricensis* I, *Monacensis.*
x = fons eorum quae vitis Hibernicis propria sunt.
y et *z* = codices quos ratio postulat intermedios ad vitas Hibernicas formandas.
S2 = *vita Noricensis* II.
CKO = excerpta e vita Donatiana.
W et *Z* = duo rami in quos traditio vitae Donatianae dividitur.
LPN = codices Philargyriani.

259

Senato della Repubblica - Archivio Storico

VITA DONATI

CODICES

I. Quos ad textum constituendum exhibuit Iacobus Brummer, quem fere sequor. post sigla in uncis inclusi numerum in elencho Hygini Funaioli adscriptum (*Esegesi virgiliana antica*, Mediolani, 1930). eos qui vitam interpolatam ('Donatus auctus') exhibent asterisco notavi.

G (F 29)	Sangallensis 862	saec.	x[1]
Σ (F 48)	*Bodleianus Canon. lat. 61		xv
M (F 40 A)	Monacensis lat. 305		xi-xii
E (F 50)	Parisinus lat. 7930		xi[2]
R (F 67)	Rom. Vatic. Reginensis 1495		x-xi
A (F 56)	Parisinus lat. 16236		x
B (F 5)	Bernensis 172		ix-x
P (F 3)	Parisinus lat. 11308 (olim suppl. lat. 1011)		ix

II. Quos titulorum *vitae* causa adhibui.

C (F 34)	Londinensis Brit. Mus. addit. 32.319 A	saec.,	xii
K (F 15)	Bruxellensis lat. 10017		xiii[3]
O (F 48)	Andomaropolitanus (Saint Omer) 656 (hi tres excerpta tantum e vita Donatiana continent, quae infra contextum addidit Brummer)		xvi
α (F 36)	Luccensis bibl. capitol. VII. 475		xv
β (F 38)	Mediolanensis bibl. Ambros. I. 29 sup.		xv
γ (F 62)	Romanus bibl. Vatic. 1575		xii
δ (F 13)	*Bernensis 527		xv
ε (F 39)	*Mediolanensis Trivulz. 817		xv
ζ (F 27)	*Florentinus bibl. nat. Magliabec. XXVIII. 951		xv
η (F 75)	*Guelferbytanus bibl. duc. Helmstad. 338		xv
θ (F 72)	(i*)Tridentinus 3224 (olim Viennensis bibl. aul. lat. 305: a.D. 1919 Tridentum redditus nunc in Castello Boni Consilii adservatur)		xv

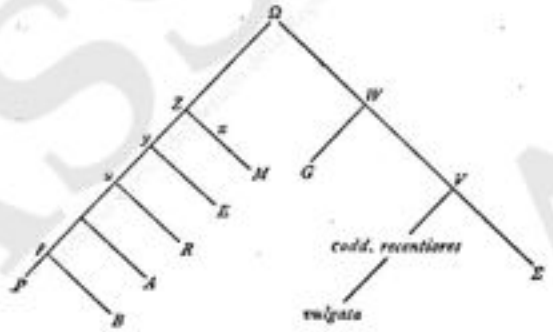
[1] Saec. ix secundum R. A. B. Mynors.
[2] Saec. x secundum J. J. H. Savage in *H.S.C.P.* xlii (1931), p. 112.
[3] Saec. xii secundum R. A. B. Mynors.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

κ (F 26) Florentinus Laur. Strozz. 114 XV
λ (F 66) Romanus bibl. Vatic. Ottob. 1455 XV

STEMMA CODICVM

(*vide* J. Brummer, 'Zur Überlieferungsgeschichte der sogenannten Donat-vita des Vergil', *Philologus*, xxvi (1913), pp. 276–97).



WVZ μκγ codices deperditi quos exstitisse ratio docet.

ELENCHVS LOCORVM

i. quos a Suetonio abiudicat, a Donato additos putat R. M. Geer in *T.A.P.A.* lvii (1926):

1. 4 egregieque . . . 5 reculam
2. 21 initia . . . 24 decederet
3. 51 nam . . . 53 tradidit
4. 58 deinde . . . 66 reddit

quos a Donato, si non additos, at verbis Suetoni variatis relatos:

1. 34 sed Asconius . . . 36 recusasse
2. 98 et Seneca . . . 102 mutosque
3. 118 Exotem . . . 125 adscriberet
4. 144 qui eius . . . 152 rogo

ii. quos a Suetonio abiudicat Hector Paratore, *Una nuova ricostruzione del 'de Poetis' di Suetonio* (Bari, 1952), a Donato interpolatos (vel certe penitus mutatos) arbitratus:

1. 48 cuius exitum . . . deflet
2. 49 inter cetera . . . 52–53 Melissus tradidit
3. 53 poeticam puer . . . 66 munere reddit
4. 67 scripsit etiam . . . Aetnam (*interpolatio post Donatum facta*)
5. 73 deinde Georgica . . . 76 quin occideretur
6. 85 Aeneida prosa . . . 90–91 columnae advenirent
7. 118 Exotem librarium . . . 125 volumini adscriberet
8. 126 anno aetatis . . . 129 philosophiae vacaret
9. 138 in quo distichon . . . 140 rura duces
10. 144 qui eius Aeneida . . . 152 cremata rogo
11. 165 Nisus grammaticus . . . 173 virumque cano
12. 174 obtrectatores Vergilio . . . 175 Homero quidem
13. 185–6 M. Vipsanius . . . 188 ideo latentis

iii. quos a Suetonio abiudicat Carolus Bayer Monacensis in dissertatione nondum edita, anno 1952 laureata:

1. 4 egregioque . . . 5 reculam
2. 9 quem contactu . . . 11 floribus
3. 15 accessit . . . 21 vota
4. 22 quam XVII . . . 24 sed Vergilius
5. 29–30 quorum maxime . . . 33 et poetam
6. 46 et duos . . . 48 Daphnidis deflet
7. 49–50 ac maxime mathematicae
8. 53 in Ballistam . . . 57 viator iter
9. 59 cum esset annorum XXVI
10. 59–60 cuius materia . . . 66 munere reddit
11. 138 in quo . . . 140 rura duces
12. 144–5 qui eius . . . emendaverant
13. 145 de qua re . . . 152 cremata rogo
14. 162 ob difficultatem . . . 164–5 iam Troia
15. 174–5 nec mirum . . . Homero quidem
16. 177 sed insulsissime παρῳδοῦσι

quos in suspicionem non esse Suetonii trahit Bayer, non tamen pro certo affirmat:

1. 45 Siciliaeque

Senato della Repubblica - Archivio Storico

2. 67 scripsit etiam, de qua ambigitur, Aetnam
3. 126–7 impositurus Aeneidi summam manum
4. 161 si qui (sicut) erant

quos expensis subtiliter difficultatibus tamen Suetonio attribuit Bayer:

1. 51 nam et in . . . 52–53 Melissus tradidit
2. 69 maxime ut . . . 72 se praestitissent
3. 73 in honorem . . . 76 quin occideretur
4. 79 et in quo . . . 80–81 origo contineretur
5. 97 pronuntiabat . . . 98 mîris
6. 98 ac (et) Seneca . . . 102 exutosque

iv. lectiones a Bayer ut secundum morem loquendi Suetonianum probatas vel ex codicum fide praetuli has:

4	egregicque	*potius quam*	egregiaeque
12	devertit		divertit
15	et accessit		accessit
23	*om.* duobus		
60	fatigatur		fatigatus
73	in honorem		in honore
84	ursae more		more ursae
115	focilata (*sc.* esse)		focilata est
154	*om.* iin (*ante* facturum)		
187	repertorem		repertore

de lectionibus 40 subterfugere (subterfugeret) 95 virium (faucium) 131 abstinere (abstere) 135 ⟨in⟩ paucis diebus *idem parum mihi persuasit.*

EPISTVLA

AEL. DONATVS L MVNATIO SVO SALVTEM

Inspectis fere omnibus ante me qui in Virgilii opere [2] ceiluerunt, brevitati admodum studens quam te [3]amare cognoveram, adeo de multis pauca decerpsi, [4]ut magis iustam offensionem lectoris expectem, quod [5]veterum sciens multa transierim, quam quod paginam [6]comple- 5
verim supervacuis. agnosce igitur saepe in hoc [7]munere collaticio sinceram vocem priscae auctoritatis. cum enim liceret us[8]quequaque nostra interponere, maluimus optima fide, [9]quorum res fuerant eorum etiam [10]verba servare. quid igitur adsecuti sumus? hoc scilicet, [11]ut his adpositis 10
quae sunt congesta de multis, admixto [12]etiam sensu nostro, plus hic nos pauca praesentia quam [13]alios alibi multa delectent. ad hoc etiam illis de qui[14]bus probata transtulimus, et attentionem omnium [15]comparavimus in electis, et fastidium demsimus cum [16]relictis. tu igitur id quod nobis 15
praescripseras utrum [17]processerit specta. si enim haec grammatico, ut ale[18]bas, rudi ac nuper exorto viam monstrant ac manum [19]porrigunt, satis fecimus iussis; si minus, quod a no[20]bis desideraveris, a te ipse deposces. vale.

Epistulam exhibet solus P alia manu quam quae cetera scripsit. primus edidit E. Woelfflin in Philologo, *xxiv, 1866, pp. 153 sq.*

Tit. VL. *P ut* EL. = AEL. *quis primus correxerit incertum* 1 qui *Woelfflin*: quae *P* 6 agnosce *P*: agnosces *Woelfflin sed cf. 26* specta saepe] *fatet fortasse vocativus?* 7 collativo *vel* collaticio *Brummer*: coolavo *sive* coolatio *P*: conlatitio *Woelfflin* 9 res fuerant *Woelfflin*: respuerant *P*: respexerant *Brummer mire*: res placuerant *Morel* 13 ad *Woelfflin*: at *P*

Numeri parvi suprascripti indicant versus editionis Brummerianae.

262

Archivio Storico del Senato della Repubblica

Senato della Repubblica - Archivio Storico

VITA

1 P. Vergilius Maro Mantuanus parentibus modicis fuit ac
[2]praecipue patre, quem quidam opificem figulum, plures
Magi [2]cuiusdam viatoris initio mercennarium, mox ob in-
dustriam [4]generum tradiderunt, egregieque substantiae
2 silvis coemendis [5]et apibus curandis auxisse reculam. natus 5
est Cn. Pompeio [6]Magno M. Licinio Crasso primum conss.

Titulus: Virgilii vita secundum Donatum *CKO*: P Virgilii Maronis vita secundum Donatum α: P Virgilii Maronis poetarum clarissimi principis vita per Donatum β: incipit Virgilii vita edita a Donato γ: vita P Virgilii Maronis poete maximi quam a Donato editam nonnulli putant δ: P Virgilii Maronis vita per Donatum grammaticum edita incipit feliciter ζ: Aelii Donati grammatici in Virgilium vita non inutilis incipit feliciter θ: Tib. Claudii Donati de P Virgilii Maronis vita η. *unde hi codices nomen Donati receperint, non liquet: fortasse a P vel fonte eius epistulam continente. ergo dum MERAB epistulam et nomen omiserunt, hi nomen sine epistula servabant, quamvis, ut videtur, diversi generis, id est V, sint. vide A. Grisart*, Antiquité classique, I (1932), pp. 476-86. P Virgilii Maronis vita per Aelium Donatum celebrem grammaticum edita *editio Veneta* 1558: Virgilii Maronis Publii descriptio Vitae *M*: incipit vita Virgilii disertissimi omnium poetarum *A*: vita P Virgilii Maronis poetae maximi feliciter incipit *Σ*: *nullus adest titulus in GERABP*: Leonardi Aretini in vitam Virgilii excerptam ex commentariis Servii grammatici *ω*: *alia iudicia, vitam hanc Donato esse tribuendam, enumerat Henricus Naumann* Rhein. Mus. *N.F. lxxxvii* (1938) *Suetons Vergilvita.*

Z = consensus *MERABP* vel, cum *M* deficit ut saepius fit, *ERABP*.

1 Virgilius *codd.* Mantuanus] *om. Σ vulg.*: Mantuanis *M* modicis] natus modicus fuit *M* ac . . . 5 reculam *om. M* ac] a *A*: et *Σ* 2 quidam] quidem *G* 3 viatoris] ss. negoti(atoris) *P*: mercatoris *δ* 4 *post* generum *add.* fuisse *E* egregieque *Σ*: gregioeque *G* coemendis et apibus *RABP*: coemtis et apibus *E*: cōēdiss& apibus *G* 5 reculam *Hagen*: regulam *codd.* auxisse regulam *Z*: regulam auxisse *G*: substantiam . . . reculae *cod.* Nettleship *post* tradiderunt *Σ vulg.*: quem cum agricolationi reique rusticae et gregibus praefecisset socer silvis coemundis et apibus curandis reculam auxit 6 CN. *Σ*: qñ *G*: Gn *Z* et *post* Magno *ΣZ*: *om. G* Crasso *om. M* primum] *om. M* Gn. pompei magnī et M licini crassi consulum tempore *E*

iduum Octobrium [7]die in pago qui Andes dicitur et abest
a Mantua non procul. [8]praegnans eo mater somniavit 3
enixam se laureum ramum, [9]quem contactu terrae coaluisse
10 et excrevisse ilico in speciem [10]maturae arboris refertaeque
variis pomis et floribus, ac se[11]quenti huce cum marito rus
propinquum petens ex itinere [12]devertit atque in subiecta
fossa partu levata est. ferunt in[13]fantem ut sit editus neque 4
vagisse et adeo miti vultu fuisse, [14]ut haud dubiam spem
15 prosperioris geniturae iam tum daret. [15]et accessit aliud prae- 5
sagium, siquidem virga populea more [16]regionis in puer-
periis eodem statim loco depacta ita brevi [17]evaluit tempore,
ut multo ante satas populos adaequavisset, quae [18]arbor
Vergilii ex eo dicta atque etiam consecrata est [19]summa
20 gravidarum ac fetarum religione suscipientium [20]ibi et sol-
ventium vota. initia aetatis Cremonae egit usque [21]ad viri- 6
lem togam, quam XVII anno natali suo accepit Isdem [22]illis

7 idium *A* iduum . . . 8 non procul *om. M* Andes] Ande *G* et *GZ*: qui *Σ vulg.* 8 pregnans *ΣZ*: pregnas *G* eo *vulgata*: eo *R*[1]: *corr.* in eō: *deinde* eius ss. *R*[2]: *in marg. add.* eō praegnans mater vulgatum *R*[3]: eum *GM*: cum *ABP om. Σ*: autem *E* mater] mater eius *M*: mater maia quom somniasset *Σ vulg.* 9 contactu terrae *G*: compacta terrae *Bern. 527*: compactum terreo *Σ*: contactum terra *E*: contacta terra *AB*[2]*P*: contracta terra *MRB*[1] 10 et excrevisse] *om. E* in speciem *GE*: in *om. Z* que] *om. Σ* 11 ac] *om. MΣ* 12 devertit *RABP*: divertit *GMEΣ* 13 levata *GΣMP*[1]: leviata *ERABP*[2] 15 tum daret] duraret *G*, tum indicaret *Σ* et accessit] accessit etiam *E*: accessit *vel* accessit et *Gronovius* 16 more regionis] *om. M* 17 ita brevi *GEP*[1]: *add.* tempore *ante* evaluit *MP*[2], *post* evaluit *ERAB* evaluit] coaluit *Σ*: convaluit *Gronovius* 20 gravida *P*: *corr. P*[1] fetarum] foetarum *ΣRABP*: foetarum *ME*: foetorum *G* et *post* religione *add. Z* 21 *post* aetatis *add.* hoc est usque VII annum *Σ*: *post* egit et XVII anno togam virilem coepit *Σ* 22 XVII *ΣPR*: septimo decimo *MRAB*: decimo *om. G*: quinto decimo *Ruffenheid*: *errorem Donati corrigere nolui: vide praefationis p. xiii* anno (*om. A*) natali suo] anno natalis sui *M et in marg. B*[2]: etatis suae anno *E*: anno aetatis suae *G* accepit] coepit *GE* isdem *om. Σ*

263

Senato della Repubblica - Archivio Storico

consulibus iterum, quibus erat natus, evenit[23]que ut eo ipso
7 die Lucretius poeta decederet. sed Vergilius [24]a Cremona
8 Mediolanum et inde paulo post transiit in urbem. [25]corpore et statura fuit grandi, aquilo colore, facie rusticana, [26]valetudine varia; nam plerumque a stomacho et a faucibus [27]ac dolore capitis laborabat, sanguinem etiam saepe reiecit[28].
9 cibi vinique minimi; libidinis in pueros pronioris, quorum [29]maxime dilexit Cebetem et Alexandrum, quem secunda Bu[30]colicorum ecloga Alexim appellat, donatum sibi ab Asinio [31]Pollione, utrumque non ineruditum, Cebetem vero et poetam. [32]vulgatum est consuesse eum et cum Plotia Hieria. sed Asco[33]nius Pedianus adfirmat, ipsam postea maiorem natu narrare [34]solitam, invitatum quidem a Vario ad communionem sui, [35]verum pertinacissime recusasse.
11 cetera sane vita et ore et [36]animo tam probum constat, ut

23 iterum *om. M* duobus *add. post* iterum *Z*: *om. GΣ* iterum *ante* iidem *E* 10 *Z*: eodem *GΣ* *post* decederet *interpolatio in Σ vulg.* 24 sed Vergilius a *uncis includit Reifferscheid* 25 transiit] transilit *A* *post* paulo post *interpolatio magna in Σ vulg.* 26 grandi *GEM*: grandis *ERABP* aquilo *G*: aquili *BP*: aquilino *cett.* valetudine *Σ*: valitudine *cett.* 27 a stomacho et a faucibus (ob stomacho *G*) *RABP*: a stomacho et faucibus (ab stomacho *Σ*) *E*: stomacho et faucibus *M fortasse recte, cf.* 28 dolore 28 saepe *Z*: saepius *GΣ* etiam *om. M* saepe etiam sanguinem *E* reiecit] eiecit *Σ* minimi *GΣ*: minime *ERABP*: modicus nimius *M* *post* minimi *interp. in Σ vulg.* in pueros *parva erasit M* pronioris (promeris *G*) *MΣ*: pronior his *ABP*: pronior *[[]] R*: pronior hi sunt *E* 30 in *ante* secunda *add. E* 31 egloga *PAG*: eggloga *E*: haegloga *Σ* Alexin *ME* donatum . . . 33–4 Plotia Hieria *om. M* ab Asinio *om. G* 32 *post* ineruditum *add.* nam Alexandrum grammaticum *Σ* 33 consuesse *GR*: consuevisse *EΣ*: consuisse *ABP*: id est coisse *vv. A* 34 Hieria *GΣ*: ieria *P*: geria *A(f)B*^{2}: leria *B*^{1} *cf. Serv. ad E.* ii. 15: eregia *E*: egeria *R*: Aleria *Daniel*: Galeria *Ribbeck* sed Asconius . . . 36 recusasse *om. M* ipsum . . . maioribus . . . solitum . . . 36 mulieris (*vice sui*), sed (*vice* verum) . . . abstinuisse (*vice* recusasse) *Σ* 35 maiorem *RABP*: majorum *G*: maioribus *ΣE* Vario *GB*^{2}*P*^{2}: Vareo *P*^{1}: Varo *ΣERAB*^{1} 37 cetera . . . 43 amicorum *om. M* cetera] ceterum *EA* sane] sanae *P* vita *GΣ*: vitae *Z* probum] probe *B*^{1} fuisse *post* probum *add. Σ*

Neapoli Parthenias vulgo [37]appellatus sit, ac si quando
Romae, quo rarissime com[38]meabat, viseretur in publico,
40 sectantis demonstrantisque se [39]subterfugeret in proximum tectum. bona autem cuiusdam [40]exulantis offerente Augusto 12
non sustinuit accipere. possedit [41]prope centiens sestertium 13
ex liberalitatibus amicorum habu[42]itque domum Romae Esquiliis iuxta hortos Maecenatianos, [43]quamquam secessu
45 Campaniae Siciliaeque plurimum utere[44]tur. parentes iam 14
grandis amisit, ex quibus patrem captum [45]oculis, et duos fratres germanos, Silonem impuberem, Flac[46]cum iam adultum, cuius exitum sub nomine Daphnidis de[47]flet [*ecl.* 5. 20].
inter cetera studia medicinae quoque ac [48]maxime mathe- 15
50 maticae operam dedit. egit et causam apud [49]iudices unam
omnino nec amplius quam semel: nam et in [50]sermone 16
tardissimum ac paene indocto similem fuisse Me[51]lissus tradidit. poeticam puer adhuc auspicatus in Ballistam 17
[52]iudi magistrum ob infamiam latrociniorum coopertum
55 lapi[53]dibus distichon fecit:

[54]'monte sub hoc lapidum tegitur Ballista sepultus;
[55]nocte die tutum carpe viator iter';

38 Parthenias *codd. vv.* id est virginalis *B*^{2}: *in marg.* παρθένιος *Σ* appellatus sit] appellaretur *Σ* rarissime] rarissime (*f*) *P* 40 sectantis demonstrantisque (demonstratisque *P corr. P*^{2}) *ABP*: sectantes demonstrantesque *GER*: sectantibus demonstrantibusque *E* subterfugeret *Hagen*: subterfugere *GΣ Bayer nescio an recte*: suffugere *Z*: suffugeret *Reifferscheid* 41 bona] boni *G* exulantis] exulantis *G* 43 habu[it]que] habuit *ME* in *post* Romae *add. EA* 44 Maecenatianos *G*: mecenatianos *Σ*: Mecenatis *MERAB*: mecenatis *P* 45 *post* uteretur *interp. Σ vulg.* 47 Silonem] Solonium *M* 49 inter cetera . . . 50 operam dedit *om. M* 50 apud iudices *om. Σ* 51 nam et] *om. Σ*, nec et *G* in] *om. GΣ* sermone] sermonem *G* 52 similem] similem eum *Hagen*: similem se *M* Melissus] *om. M*: Melisius *Σ* 53 Ballistam *P*: Balistam *cett.* 54 latrociniorum] latrocinorum *A*

Archivio Storico
Senato della Repubblica - Archivio Storico

[56]deinde Catalepton et Priapea et Epigrammata et Diras,
item [57]Cirim et Culicem, cum esset annorum XXVI. cuius
materia [58]talis est. pastor fatigatur aestu; cum sub arbore
condormisset [59]et serpens ad eum prorepseret, e palude culex
provolavit at[60]que inter duo tempora aculeum fixit pastori.
at ille conti[61]nuo culicem contrivit et serpentem interemit ac
sepulchrum [62]culici statuit et distichon fecit [*Culex* 413/14]:

[63]'parve culex, pecudum custos tibi tale merenti
[64]funeris officium vitae pro munere reddit.'

[65]scripsit etiam de qua ambigitur Aetnam. mox cum res
Ro[66]manas incohasset, offensus materia ad Bucolica transiit,
ma[67]xime ut Asinium Pollionem, Alfenum Varum et Corne-
[68]lium Gallum celebraret, quia in distributione agrorum, qui
[69]post Philippensem victoriam veteranis triumvirorum iussu
[70]trans Padum dividebantur, indemnem se praestitissent.
deinde [71]Georgica in honorem Maecenatis ⟨scripsit⟩, qui

58 Catalepton *Hagen*: catalecton *Z* Priapea *G*: Priapeia *M*: Priapeiam *Σ*: Priapia *cett.* et diras item *ERABP*: diras et item *G*: *om. M* 59 Cirim *G*: *om. ΣM*: cirimus *cett.* Cirim ⟨et Copam⟩ *Buchrens* hinc *post* Cirim *add. M*: deinde Moretum (*sic* Catalepton) et Priapeiam et epigrammata et Diras et Culicem quom *Σ* XXVI *Scaliger*: XV *GΣ*: XVII *M*: XVI *cett.* 60 fatigatur *P*: fatigatus *cett.* sub arbore] ab arbore *E* 61 condormisset] condormiret *M*: obdormisset *GΣ* eum *Z*: illum *GΣ* proreperet *ERB*[2]: proriperet *MEAPB*[1]: praerepseret *G* 62 provolavit *Z*: praevolavit *GΣ* 63 contrivit *GΣM*: attrivit *ERAB*: adtrivit *P* 64 culici *GΣ*: culicis *Z* 66 reddit] reddo *R*[2] (*sicut etiam in cod. Monac. lat. 15514 saec. x fol. 77*[v] *legitur*) 67 etiam de qua ambigitur] *om. G*: etiam aethna (aethnam *B*) de qua ambigitur *E*: aetnam *Σ*: aeternam *P*: *varia cett.* mox *GZ*: et mox *Σ* 69 Pollionem *om. G* Alpheruum *ΣZ*: Alfenumque *G* 70 distributione] distributionem *G* qui . . . 72 dividebantur] que . . . dividebatur *E*: quos dividebant *M*: qui *corr. ex* quos *P* 72 indemnem se] *om. M* 73 *deest verbum cum neque* 68 transiit *neque* 76 incohavit *hic subaudiendum intelligi potest*: edidit *post* deinde *add. Hagen contra Suetonii morem*: edidit *post* Maecenatis *vulgata*: scripsit *post* deinde *Diehl*: *verbum vel ante* deinde *vel post* Maecenatis *ponendum esse docet Bayer. de editione nondum agitur. at fortasse, remota interpolatione* 69 maxime ut . . . 72 praestitissent, *recte se habet ellipsis, sicut in* 38–9 in honorem *MP*: honori *Σ*: in honore *P*[2] *cett.*

sibi mediocriter [73]adhuc noto opem tulisset adversus veterani
culusdam vio[74]lentiam, a quo in altercatione litis agrariae
paulum afuit [75]quin occideretur. novissime Aeneida inco- 21
havit, argumen[76]tum varium ac multiplex et quasi amborum
Homeri carmi[77]num instar, praeterea nominibus ac rebus
Graecis Latinis[78]que commune, et in quo, quod maxime
studebat, Romanae [79]simul urbis et Augusti origo conti-
neretur. cum Georgica [80]scriberet, traditur cotidie meditatos 22
mane plurimos versus [81]dictare solitus ac per totum diem
retractando ad paucissi[82]mos redigere, non absurde carmen
se ursae more parere [83]dicens et lambendo demum effingere.
[84]Aeneida prosa prius oratione formatam digestamque in 23
XII [85]libros particulatim componere instituit, prout liberet
quid[86]que, et nihil in ordinem arripiens. ac ne quid impetum 24
mo[87]raretur, quaedam inperfecta transmisit, alia levissimis
ver[88]sibus veluti fulsit, quae per iocum pro tibicinibus inter-
poni [89]aiebat ad sustinendum opus, donec solidae columnae
adveni[90]rent. Bucolica triennio, Georgica VII, Aeneida XI 25

74 sibi mediocriter adhuc noto *GRABP*: visdum noto *Σ*: sibi non mediocriter (*om.* noto) *E* veterani] veteram *G* 75 culusdam *om. Σ et add.* Claudii militis, ut alii putant Arii centurionis agrariae *GΣ*: *om. Z* 76 paulum] paulolum *M*: paulus *E*: parum *Σ* afuit *GMRBP*[1]: affuit *P*[2]*EA*: adfuit *Σ* novissime] *om. M* eneida *EA(P)*: aeneidem *cett. A(P)* incohavit] aggressus est *Σ* 77 ac]et *ER* 78 carminum *GΣ*: carminis *Z* 81 cotidie] quotidie *Σ* meditatos *codd.*: meditatos *Hagen* 83 absurde] absurdum *E* 84 ursae more *GΣ*: more ursae *Z*: *inlorme ante* ursae *add. Reifferscheid cf. Gell. N.A.* xvii. 10. 2 parere (parare *P*[1]*M*) dicens] dicens parere *E* 86 *post* instituit *interpolat quattuor versus Σ* prout liberet . . . 87 ordinem arrigiens *om. ΣM* 87 arripiens] acripiens *RB*[1] ac *G*: ut *ERABP*: *om. Σ* ac ne . . . 88 moraretur *om. M* 88 transmisit] reliquit *Σ* 89 versibus *GΣM*: verbis *cett.* veluti] *om. ΣM* fulsit] scripsit *Σ*: *om. M* quae *ERABP*[2]: quos *GΣMP*: qui B[2] tibicinibus *GMP*: tibialibus *ERAB*[2]: tibiantibus *B*[1]: tigillis *Σ* 90 aiebat *RABP*: agebat *EM*: a se dicebat *GΣ* 91 triennio *Z*: biennio (*s.* trie *Σ*) *GΣ* *in Σ magna interpolatio* VII] septenio *Σ*

165

Senato della Repubblica - Archivio Storico

perfecit [90]annis. Bucolica eo successu edidit, ut in scena quoque per [91]cantores crebro pronuntiarentur. Georgica reverso post Actia[92]cam victoriam Augusto atque Atellae reficiendarum faucium [93]causa commoranti per continuum quadriduum legit, susci[94]piente Maecenate legendi vicem, quotiens interpellaretur ipse [95]vocis offensione. pronuntiabat autem cum suavitate et [96]lenociniis miris. et Seneca tradidit, Iulium Montanum poe[97]tam solitum dicere, involaturum se Vergilio quaedam, si et [98]vocem posset et os et hypocrisin: eosdem enim versus ipso [99]pronuntiante bene sonare, sine illo inanes esse mutosque. [100]Aeneidos vixdum coeptae tanta extitit fama, ut Sextus Pro[101]pertius non dubitaverit sic praedicare [ii. 34. 65]:

[102]'cedite, Romani scriptores, cedite Grai:
[103]nescio quid maius nascitur Iliade' —

[104]Augustus vero — nam forte expeditione Cantabrica aberat [105]— supplicibus atque etiam minacibus per iocum litteris [106]efflagitaret, ut 'sibi de Aeneide', ut ipsius verba sunt, 'vel

92 perfecit] perficit *G*: confecit *Σ* scena *ΣME*: sena *G*: scenam *RABP* 93 quoque] *om. E* cantores] cantatores *E* crebro *Z*: crebra *GΣ* *post* pronuntiarentur *interpolatio in Σ* 94 post *Z*: per *G*: ab *Σ* Actiacam *AP*: Atiacam *RB*: Acciacam *ME*: Actiaca *Σ*: Atiacam *G* victoriam] victoria *Σ* Atellae] *om. Mf* 95 faucium *Z* (*cf. Suet. Aug.* 84. 2 inhernatis faucibus): virium *GΣ* 96 quadriduum] quatriduum *ΣA*: quadriduarium *Mf* 97 interpellaretur] interpelleretur *G* offensione] ostensione *Mf* 98 cum *ante* lenociniis *Z*: *om. GΣ* et *vulgata*: tum *Reifferscheid* (*cf. Lib. Gloss. sanct. viii*, v. 603. 5 lenociniis: Donatus pronuntiabat autem cum suavitate, cum lenociniis miris) et (*ante* Seneca) *Reifferscheid*: ut *GΣ*: *om. Σ*: ac *Hagen* tradidit *codd.*: tradit *moris Suetoniani esset* 100 quaedam] quadam *G* et os *om. G* et hypocrisin] oppcimi *Mf* 101 eosdem . . . 102 mutosque *om. G* ipso *Z*: eo *Σ* 102 inanes esse mutosque *Z*: inanescere quasi mutos *Σ* 103 dubitaverit] dubitarit *Σ* 105 cedite *ΣZ*: credite . . . caedite *G* 107 nam forte *om. GΣ* aberat *RAB*[1]: aderat *GMRB*[2]*P*[2]: auerat (*f*) *P* quom iam forte abesset *Σ* 108 etiam] *om. Mf* 109 ut ipsius verba sunt] *om. Σ*

[107]prima carminis *ὑπογραφή* vel quodlibet *κῶλον* mitteretur'. [108]cui tamen multo post perfectaque demum materia tres [109]omnino libros recitavit, secundum quartum sextum, sed hunc [110]notabili Octaviae adfectione, quae cum recitationi interesset, [111]ad illos de filio suo versus [*Aen.* vi. 884]: 'tu Marcellus [112]eris', defecisse fertur atque aegre focilata. recitavit et [113]pluribus, sed neque frequenter et ea fere de quibus ambige[114]bat, quo magis iudicium hominum experiretur. Erotem li[115]brarium et libertum eius exactae iam senectutis tradunt re[116]ferre solitum, quosdam eum in recitando duos dimidiatos [117]versus complesse ex tempore. nam cum hactenus haberet [118][*Aen.* vi. 164]: 'Misenum Aeoliden', adiecisse: 'quo non [119]praestantior alter', item huic [*Aen.* vi. 165]: 'aere ciere [120]viros', simili calore iactatum subiunxisse: 'Martemque accen[121]dere cantu', statimque sibi imperasse ut utrumque volumini [122]adscriberet.

[123]Anno aetatis quinquagesimo secundo impositurus Aeneidi [124]summam manum statuit in Graeciam et in Asiam

110 *ὑπογραφή Hagen*: hepografe *G*: *om. Mf*: hypographa *Σ*: hypografa *cett.* colon *codd.* mitteretur] mitteret, negavit. (*cf. Macrob. Sat.* i. 24. 11) *Σ* 111 perfectaque] perfecta *Σ* tres] tria *Σ* 112 quartum] quartum et *GΣ* sed hunc . . . 115 focilata est *om. Mf* 113 notabili Octaviae adfectione (ad perfectionem *G*)] praecipue ob Octaviam *Σ* 115 focilata *GEBP*: focillata *Σ*: refocillata *A*: refocilatur *E* est *post* (re)focil(l)ata *add. RABP* *post* focillata *add.* dena sestertia pro singulo versu Virgilio dari iussit *Σ* has *post* recitavit *add. Mf* 116 eu *om. GΣ* fere] ferre *P corr. P*[2]: maxime *Mf*: ferme illa *Σ* 117 ambégebat] ambiebat *G* 118 Eotem . . . 125 adscriberet *om. Mf* 119 quondam] quandum *E* esem in recitando] eum *om. A*[1], *add. A*[2]; in recitando eum *Σ* duos *om. E* 120 dimidiatos] dimidios *E* nam cum (eum *G*) hactenus haberet] *om. Σ* 121 Aeoliden] eolidem *Σ*: elioden *E* 124 accendere] adcendere *Σ* 125 adscriberet *GΣ*: ascriberet *cett.* *post* adscriberet *add.* Bucolica Georgicaque emendavit *Σ* 126 inpositurus . . . 140 ducos *retractatus et valde interpolatus exhibet Σ* 127 Aeneidi] Aeneidis *G* summam manum] summa manu *RBP*[1] manum] ut ultimam manum Aeneidi imponeret *Σ* in graeciam et in asiam *Z*: in Georgicam et in Asiam *G*: a Genecia et asia *Mf*: in Graeciam et Asiam *Σ*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

secedere [128]triennioque continuo nihil amplius quam emendare, ut reli[128]qua vita tantum philosophiae vacaret. sed cum ingressus [129]iter Athenis occurrisset Augusto ab oriente Romam rever[130]tenti destinaretque non absistere atque etiam una redire, [131]dum Megara vicinam oppidum ferventissimo sole cognoscit, [132]languorem nactus est eumque non intermissa navigatione [133]auxit ita ut gravior aliquanto Brundisium appelleret, ubi [134]diebus paucis obiit XI kal. 36 Octobr. Cn. Sentio Q. Lucretio [135]coss. ossa eius Neapolim translata sunt tumuloque condita [136]qui est via Puteolana intra lapidem secundum, in quo disti[137]chon fecit tale:

[138]'Mantua me genuit, Calabri rapuere, tenet nunc
[139]Parthenope; cecini pascua rura duces.'

37 [140]Heredes fecit ex dimidia parte Valerium Proculum fratrem [141]alio patre, ex quarta Augustum, ex duodecima Maecenatem, [142]ex reliqua L. Varium et Plotium Tuccam, qui eius Aeneida [143]post obitum Iussu Caesaris emenda-38 verunt. de qua re Sulpicii [144]Carthaginiensis extant huiusmodi versus:

128 nihil . . . emendare] omnem operam limationi dare *Σ* 130 ingressus] aggressus *Σ* 131 *revertenti*] revertente *E*: *post* revertenti *add.* una cum Caesare redire festinavit *Σ* absistere *Z*: abstinere *G* 132 Megara] Megari *E*: Megaram *Σ*: Megare (*f*) *P corr. P*[1] 134 ita . . . 135 appelleret *om. M* gravior *codd.*: aegrior *Hagen* 135 appelleret] appellaret *GE* ubi] ibi *M* diebus paucis] *add.* moratus *E*: *fortasse ante* diebus *supplendum est* in, *ut apud Suetonium fit* 136 CN. *Σ*: GN *Z*: NG *R* Sentio *Σ*: sencioque *G*: sestio *ERABP*: festio *M* Q.] quinto *PA*: *om. G* 137 via] in via *M* (*apud Suetonium* in Sacra via *solum*) Puteolana] Pottolana *G* 138 in quo *om. G* 140 cecini] cetim *G*: cecinit *M* duces] ducem *M* 142 alio patre] ex alio patre *GE*: alia parte *E* 143 varium *GEA*[1]: varum *ΣA*[1]: valerium *MRBP* Tuccam] Tucam *A* 144 Aeneida *Hagen*: eneidem *GE*: eneiden *M*: eneidam *cett. cf.* 76 *et* 91 *post* obitum *interp. Σ* 145 Sulpicii] Sulpitii *Σ*: supplicii *GE*: sulpici *A corr. A*[1]

[145]iusserat haec rapidis aboleri carmina flammis
[146]Vergilius, Phrygium quae cecinere ducem.
[147]Tucca vetat Variusque simul; tu, maxime Caesar,
[148]non sinis et Latiae consulis historiae.
[149]infelix gemino cecidit prope Pergamon igni,
[150]et paene est alio Troia cremata rogo.'

[151]egerat cum Vario, priusquam Italia decederet, ut siquid 39 sibi [152]accidisset, Aeneida combureret; at is facturum se per-[153]ne[154]garat; igitur in extrema valetudine assidue scrinia deside[155]ravit, crematurus ipse; verum nemine offerente nihil quidem [156]nominatim de ea cavit. ceterum eidem Vario ac 40 simul Tuccae [157]scripta sua sub ea condicione legavit, ne quid ederent, quod [158]non a se editum esset. edidit autem auctore 41 Augusto Varius, [159]sed summatim emendata, ut qui versus etiam inperfectos [160]sicut erant reliquerit; quos multi mox

147 haec] h *G* 148 Vergilius] vergilium *G*: virgilius *cett.* 149 vetat] metat *G* Variusque *GMB*[1]*P*: Varusque *ΣREAB*[1] *post* simul *interpunxerunt Σ Heyne Keil Reifferscheid*: *post* Variusque *Thilo Baehrens Diehl Brummer seducti fortasse versibus a Sulpicio perperam variatis* (*Baehrens, Poet. Lat. Min.* iv. 177 Tucca negat, Varius prohibet: superaddite Caesar, *etc.*): *post* simul *sensu et numero praestat, sensu se tertius subiungatur imperator cum privatis; recte enim cum Tucca Varius copulatur, cf.* 157–8 ac simul Tuccae, *ei opponuntur precibus amborum amicorum imperatoris iussa: numero, quod caesura semiseptenaria longe saepius quam trochaica invenitur, vide ad vitam Probi* 27 tu] *om. G* 151 prope] pro *MP*: *corr. P*[1] Pergamon] Pergamos *Σ* 152 cremata *ZE*: cremata sepulta *G*: sepulta *Hagen* rogo] foco *M* *post* rogo . . . 160 emendavit (emendata) *aliter variis et interpolat Σ* 153 egerat] egerat fuque *M* Vario *G*: Varo *cett.* Italia . . . 154 at is *om. G* 154 at *Hagen*: et *Z*: sed (*f alim* set) *Reifferscheid* is *RBP*: his *EA*: haec *M* *ante* facturum *add.* ita *G* 155 assidue *Z*: assiduo *G* 157 quidem *Z*: quondam *G* cavit] comendavit *M* vario *GB*[1]*P*: varo *MEEB*[1]: varro *A* 158 sua] *om. G* *fortasse* sub *omittendum est quod Suetonius aut* sub condicione *aut* ea condicione *scribit* 160 Varius *GP*: Varus *MEEAP*[1]: Varõs *B* 161 sicut *Granovius*: si qui *codd.* reliquerit] reliquerat *E*: reliquit *Σ*: reliquer. *G* quos] hos *Σ*: os *G*

267

Senato della Repubblica - Archivio Storico

supplere conati non [158]perinde valuerunt ob difficultatem, quod omnia fere apud [159]eum hemistichia absoluto perfectoque sunt sensu, praeter [160]illud [*Aen.* iii. 340]: 'quem tibi iam
42 Troia'. Nisus gram[161]maticus audisse se a senioribus aiebat, 165
Varium duorum [162]librorum ordinem commutasse, et qui tunc secundus erat in [163]tertium locum transtulisse, etiam primi libri correxisse prin[164]cipium, his versibus demptis:

[165]'ille ego qui quondam gracili modulatus avena
[166]carmen et egressus silvis vicina coegi,
[167]ut quamvis avido parerent arva colono,
[168]gratum opus agricolis, at nunc horrentia Martis —
[169]arma virumque cano.'

43 [170]Obtrectatores Vergilio numquam defuerunt, nec mirum: [171]nam nec Homero quidem. prolatis Bucolicis 175
Numitorius [172]quidam rescripsit Antibucolica, duas modo eclogas, sed in[173]sulsissime παρῳδήσας, quarum prioris initium est:

163 eum] *om. B* *post* hemistichia *pauca* 164 praeter . . . 165 Troia *GΣ* 164 praeter . . . 165 Troia *om. M* 165 Nisus . . . 166 commutasse *om. M* Nisus] nisi *G*: Nisius *Σ* aiebat] agebat *G*: dicebat *Σ* 166 varium *GP*: varium *B*: varum *ΣER* | *A*) duorum *codd.*: *del. Reifferscheid* 167 tunc *Σ*: nunc *GZ* erat *Σ*: sit *GZ*: esset *Hagen* qui nunc secundus sit in primum, tertium in secundum, et primum in tertium *Reifferscheid* *Funaioli Studi lett. ant.* 11. 1. p. 143: secundus sit ⟨ex primo, tertium ex secundo, et primum⟩ in tertium locum locum] *om. E* 169 qui quondam *GΣ*: qui silvas *Z* gracili] tenui *G*: inter *M* modulatus] meditatus *E* avena] abena *G* 170 carmen *GΣ*: carmina *Z* 173 virumque] utrumque *G* 174 defuerunt . . . 175 quidem *om. GΣ*: *ut supplerent Σ* nec Virgilius qui columen linguae latinae fuit, caruit obtrectatoribus. in bucolicis duas tantum haeglogas, sed insulsissime Paro quidam (*in marg.* Paro invidus) deridet et sic ridendo incipit: Tityre, *etc.* 175 nam nec . . . 191 continent *om. M* nec *codd.*: ne *Gronovius* 176 Numitorius *Hagen* (*cf. Schol. Bern.* 687 *et Ribbeck prolog.* 99): numinatoris *AB*[1]: numinatoris *R*: nominatoris *EP*: nominatorius *P*[m]: numitoris *B*[2]: innominatus *Daniel* rescripsi *P*: resporipsit *G*: rescripsi *R*: repsit *EAB* antibucolica *GE.IB*: tantibucolica *RP* 177 ΠΑΡΩΔΗCΑC *RABP*: ΠΑΡΟΔΕCΑC *E*: parodeas *G*: Paro quidam *Σ*

[174]'Tityre, si toga calda tibi est, quo tegmine fagi?'
180 [175]sequentis:

[176]die mihi Damoeta: "cuium pecus" anne Latinum?
[177]non. verum Aegonis nostri, sic rure loquuntur.'

[178]alius recitante eo ex Georgicis [i. 299]: 'nudus ara, sere nu[179]dus' subiecit: 'habebis frigore febrem'. est et adversus 44
185 Aeneida [180]liber Carvilii Pictoris, titulo Aeneidomastix. M. Vipsanius a[181]Maecenate eum suppositum appellabat novae cacozeliae re[182]pertorem, non tumidae nec exilis, sed ex communibus verbis, [183]atque ideo latentis. Herennius tantum vitia eius, Perellius [184]Faustus furta contraxit. sed et Q. 45
190 Octavii Aviti '*Ὁμοιοτήτων* [185]octo volumina quos et unde versus transtulerit continent. [186]Asconius Pedianus libro, 46
quem contra obtrectatores Ver[187]gilii scripsit, pauca admodum obiecta ei proponit eaque [188]circa historiam fere et quod

179 tegmine *codd.*: tegmina *Gronovii* 181 Damoeta] dameta *ΣE*: dameta *G* 182 loquuntur *P*: loquunt[m] *Σ*: loquntur *E*: locuntur *Diehl Brummer* 184 habebis *GΣ*: et habebis *Z* frigore] frigora *Σ*: frigorem *G* febrem] febres *Σ* et (*post* est)] *om. Σ* 185 Carvilii *Gronovius*: Carlili *ΣZ*: Cahili *G* aeneidomastix *Σ*: Aeneidis mastix *G*: Aeneomastix (*in marg.* madem Aeneid *B*[m]) *RAB*[1]*P*: Aeneo Mastrix *E* 186 Vipsanius *edd.*: Vipranius *codd.* eum a maecenate suppositum *succedit* appellabat repertoremque dicebat neque tumidum neque exilem sed communibus verbis opus illud condecisse *Σ* 187 cacozeliae] cacoethae *EB*: *cr.* id est mali zeli *E*[1] repertorem *ZΣ*: repertore *G* ex] *om. E* 188 latentis *ZΣ*: latentius *G* Herennius] Herentius *R* tantum *post* 189 eius *posit Σ* 189 Faustus *EABP*: Faustinus *GΣ*: uero *E* contraxit Perellius Faustus furta *Σ* *post* contraxit *lacunam in E* sed et] *om. E*: sunt et *Reifferscheid*: sunt Quinti Octavii Aviti volumina quibus adnotantur quos et unde versus transtulerit *Σ* Q.] quinti *GΣ*: quae *AB*[1]*P*: qui *RB*[2]: *om. E* 190 Octavii Aviti] *post lacunam* Aviti *R*: Octaviani *B*[2]: *om. E* *Ὁμοιοτήτων Hagen*: *ὁμοιοσχεδίων G*: homoeothelcuton *BP*: homocutheleuton *ERA*: homoeon elenchon (*ὁμοίων ἔλεγχον, tanquam titulus esset ὁμοίων ἔλεγχοι*) *Reifferscheid* (*cf. Schol. Bern.* 688) quos] quae quos *Reifferscheid* 191 Asconius] asconias *G* Pedianus] *om. E* libro] librum *G*: in libro *AE*

268

Senato della Repubblica - Archivio Storico

pleraque ab Homero sumpsis[189]set; sed hoc ipsum crimen sic defendere adsuetum ait: 'cur [190]non illi quoque eadem furta 195 temptarent? verum intellectu[191]ros facilius esse Herculi clavam quam Homero versum sub[192]ripere'; et tamen destinasse secedere ut omnia ad satietatem [193]malevolorum decideret.

193 oblecta ei] ei oblecta *ΣM* proponit] praeponit *M*: proponit et potissimum quod non recte historiam contexuit et quod pleraque ab Homero sumpserit *Σ* 194 sed hoc . . . 199 decideret *om. M* 195 cur] quor *Σ* non illi *GΣ*: nonnulli *Z* 196 clavam] clavem *GABP*: *corr.* in clavacm *P* 198 malevolorum *Σ*: malivolorum *EABP*: malivorum *PE* malorum *G* 199 decideret *GΣ*: *in Σ vita finitur codd. prosequentibus* quoniam de auctore summatim diximus, de ipso carmine dicendum est, *etc.* (*invenies apud Diehl et Brummer*): *quam in Bucolica praefationem hic exhibere superfluit, quae tota Donati esse videtur et si historiam* 61–3 *D*, 263–80 *B tangit, nihil Suetonii adfert nisi fortasse Vergilium per Maecenatem Augusto commendatum. veri enim simile est Donatum vitae Suetonianae adiecisse quaedam, nihil inde omisisse, ne contraria quidem suis interpolationibus. sed quae in fine* (*post* 72 *D*, 345 *B*) *titulis similia inveniuntur appono*: vita Virgilii explicit *RAP*: explicit vita Virgilii *E*[1]: *del. linea E*[2]: explicit vita Virgilii poetae *G*: vita Virgilii poetae explicit *B*: *Ippavo Σ*: *nihil in M*: vita per Donatum grammaticum edita *e*: Elii Donati grammatici in Virgilium vita finit feliciter *θ*

VITA SERVII

CODICES

1. ab editoribus Harvardianis exhibiti et in stemmate collocati:

C = Casselanus[1] (olim Fuldensis) bibl. publ. MS. Post.	saec. ix med.
f = lectiones codicis Fuldensis cuiusdam, quae a Scioppio excriptae a Bongarsio Lutetiam adlatae in appendice editionis a Petro Daniele a.D. 1600 vulgatae apparent	
V = Vaticanus lat. 3317	x exeunte
W = Guelferbytanus bibl. civ. 2091 (7. 10. Aug. 8°)	xiii ex.
N = Neapolitanus bibl. publ. 5 (olim Vindobonensis bibl. civ. 27)	x incunte
A = Caroliruhensis[2] bibl. publ. Augiensis 116	ix
Pa = Parisinus bibl. nat. lat. 7959 (olim in monasterio S. Martini Turonensi)	ix med.
Ta = Treverensis bibl. civ. 1086 (olim ibidem)	ix med.
B = Bernensis bibl. publ. 363	x in.
Pb = Parisinus bibl. nat. lat. 16236	x vel xi in.
M = Monacensis bibl. civ. lat. 6394	x vel xi

2. quos exhibuit Brummer; rarius Harvardiani, sex supra scriptis e genere α contenti, sed nominaverunt tantum, neque in stemmate codicum singillatim collocaverunt; sed generi α adtribuunt, excepto *D*, qui, ut videtur, σ generi attribuendus est:

L = Lipsiensis bibl. publ. rep. I (4) n. 36[b]	ix–x
E = Monacensis bibl. reg. 18059 (olim Tegernensis 59)	xi

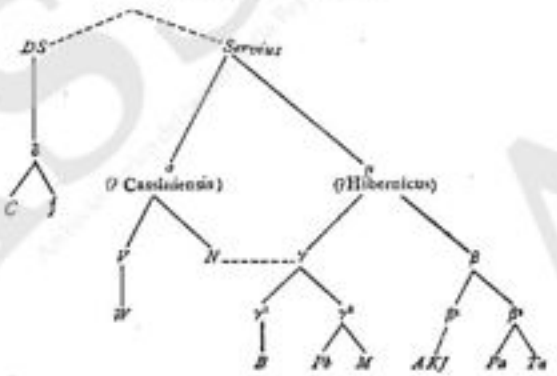
[1] de codice *C* pendet codex partim *P* Parisinus (olim Floriacensis) bibl. nat. lat. 7550 partim *La* Leidensis bibl. univ. Voss. F79 qui non nisi post vitam ad v. 75 (titulus est, etc.) incipit.

[2] eodem fonte quo *A* ducuntur *K* Caroliruhensis bibl. publ. Augiensis 186 saec. ix et *f* Metensis bibl. publ. Arnulphianus 292 saec. ix qui non nisi ad *Aen.* i. 4 incipiunt.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

H = Hamburgensis bibl. publ. scrin. 52 ix
D = Dresdensis 136 xv
accedit, a Brummer exhibitus, ab Harvardianis ideo ne nominatus quidem, quod ad *Aen.* libros I et II scholia nulla fere habet, cuius lectiones aliquot addidi:
G = Bernensis 167 ix–x

STEMMA CODICVM



DS Servius Danielis.
$\omega\alpha\beta\beta^1\beta^2\gamma\gamma^1\gamma^2\delta$ codices deperditi quos exstitisse ratio docet.

SERVIVS

In exponendis auctoribus haec consideranda sunt: poetae vita, titulus operis, qualitas carminis, scribentis intentio, numerus librorum, ordo librorum, explanatio. Vergilii haec vita est. patre Vergilio matre Magia fuit; civis Mantuanus, quae civitas est Venetiae. diversis in locis operam litteris dedit; nam et Cremonae et Mediolani et Neapoli studuit. adeo autem verecundissimus fuit, ut ex moribus cognomen acciperet; nam dictus est 'Parthenias'. omni vita probatus uno tantum morbo laborabat; nam inpatiens libidinis fuit. primum ab illo hoc distichon factum est in Ballistam latronem:

'monte sub hoc lapidum tegitur Ballista sepultus:
nocte die tutum carpe viator iter.'

scripsit etiam septem sive octo libros hos: Cirin Aetnam

1 *ante* In exponendis *tituli*: primum librum preter hunc significat *hil. maiusc. V minusc. W*: incipit prologus Sergii in primo libro Eneidorum *N*: pro inicio librorum Eneidum nota infra *A*: incipit liber primus Aeneidum *Pa*: incipit primus liber super Aeneidorum eiusdem tractatus *Ta*: incipit liber primus Aeneidos *Pb* In exponendis . . . 38 Martis *om. C*: In exponendis . . . 2 vita *om. B* 2 scribentis] scribendi *G* 3 Virgilii *codd. ut semper praeter Pa* 4 est *om. M*: ortus *add. N*: *post* fuit *add. superscriptum* natus *LME* Vergilio] Marone *VW*: figulo *Pa* *super* matre *add. superscriptum* vero *G* Magia *VWATaGH*: Magia *deinde corr. in* Maia *L*: Maia A^2 *rell.* 5 litteris operam *VWN* 6 Mediolanio *N*: Mediolanii *L* 7 autem *om. VW* 8 acceperit *Pa* Panthenias *AG*: *ex* is est *V*: virgo ex verecundia *ex* M^1P^1 9 unum *B*; morbo *ex* vel *a B* 10 ab illo hoc *B*: Virgilio ab hoc *V*: Virgilius ab hoc *W*: hoc *Ta*: ab hoc *rell. Thilo Brummer*: a Virgilio hoc *exemplaria impressa*: ab hoc . . . latronem *om. G* (*sed in marg. infra eadem, ut videtur, manus addidit* disticon in ballistam latronem composuit): primum a disticon caepit quod factum est in ballistam latronem *et in marg. eadem manus* aliter primum ab hoc disticon (*ex* .i. carmen duorum versuum) factum est *L* Ballistam *M*: balista *VWH*: baliatam *rell.* latrone *VW* 12 Ballista *M*: balista *rell.* 14 etiam] et *VW* sive octo *om. VW* cirin *VWN*: cirino *PaTaR*: crina *G*: cinna (*ex.* de proprio et *in marg. add.* aliter cirina E^2) *E*: *legi non potest L* etnam *PaTaPBLGH*: ethnam *VWNME*

270
Archivio Storico
Senato della Repubblica - Archivio Storico

Culicem Priapeia Catalepton Epigrammata Copam Diras. postea ortis bellis civilibus inter Antonium et Augustum, Augustus victor Cremonensium agros, quia pro Antonio senserant, dedit militibus suis. qui cum non sufficerent, his addidit agros Mantuanos, sublatos non propter civium culpam, sed propter vicinitatem Cremonensium: unde ipse in bucolicis [9. 28]: 'Mantua vae miserae nimium vicina Cremonae.' amissis ergo agris Romam venit et usus patrocinio Pollionis et Maecenatis solus agrum quem amiserat meruit. tunc ei proposuit Pollio ut carmen bucolicum scriberet, quod eum constat triennio scripsisse et emendasse. item proposuit Maecenas Georgica, quae scripsit emendavitque septem annis. postea ab Augusto Aeneidem propositam scripsit annis undecim, sed nec emendavit nec edidit: unde eam moriens praecepit incendi. Augustus vero, ne tantum opus periret, Tuccam et Varium hac lege iussit emendare, ut superflua demerent, nihil adderent tamen: unde et semiplenos eius invenimus versiculos, ut [*Aen.* i. 534] 'hic cursus

15 Priapeiam *VlV* Catalepton *Thilo edd.*: Catelepton *Leidensis ab Heinsio collatus et a Burmanno* 1746, *vol.* ii, *p.* 1, *citatus*: catadecton *VW*: calepton *corr. in* catalecton *Pa*: catalecton *G*: catalectum *rell.* epigrammatam *GH* et copam et diraet eglo(gam) de rosa (*sr.* et. et. et eglo de rosa) G^1 . 17 quia] qui *BPGMEᵇ* 18 sufficiesent *VlV* 19 civilium *B* 21 bucolicis *BG*: buchelicis *L*: *eadem od* 23 vicina Cremonae] v.c. *PaMLGH* 23 Mecenantis *W*: Maecenatius *H* *post* amiserat *add.* recipere *VWE*: adipisci *sr. G* (*cf. Vit. Philargyrii* i. 73 *Br.* recepit: *Vit. Gud.* i. 38 *Br.*, ii. 31 *Br.* recipere meruit) 24 praeposuit ei *VW*: proposuit *M* 26 Georgicam quam *W* et emendavit *VWN* 27 septem *PbNGEH*: VI *vel* VII *B*: *fortasse* VIII *vel* IIII *L*: VIII *Ta* annis *om. H* septem annis] quadriennio *VWN* praepositam *MLH* 28 nec . . . nec] non . . . non *VW* edidit] ecciait (*in ras. A*) *ATa* (*sr.* aliter edidit L^{bc}) *LGE* fecit *sr. V*: *L.* scripsit *sr. B*: vel ecciait *sr. M*: nececidit *H* 30 tucam *ex* tuam *A*: tucam *H* (*corr. h*) Varium *edd.*: Varrum *TaH*: Varum *rell.* 32 hic *in* hac *N* cursus *VWNATaPa*: curtus *BLGMEH*

fuit', et aliquos detractos, ut in principio; nam ab armis non coepit, sed sic:

'ille ego, qui quondam gracili modulatus avena
carmen, et egressus silvis vicina coegi
ut quamvis avido parerent arva colono,
gratum opus agricolis, at nunc horrentia Martis —
arma virumque cano'

et in secundo libro aliquos versus (567–588) posuerat quos constat esse detractos, quos inveniemus cum perveneriмus ad locum de quo detracti sunt.

35 modulatus (*corr. A*) *ATaBLᵃH* 36 coegi] quo egri *Pb* 38 *post* Martis *inserit* incipit Aeneis *B*: incipiunt Lib. Aeneidorum arma *Cf*: arma . . . 40 posuerat *litt. maiusc. C* 39 cano] Troiae qui primus ab oris *add. VWN*: Troiae *add. BME* 40 *post* secundo *exhibent* hos versus constat esse detractos *omn. codd. praeter Cf et citant* ii. 566 aut ignibus aegra dedere 567 iamque adeo super . . . 589 cum mihi se non ante (alias). *quos iterum exhibere supersedi. nam veri simile est Servium ipsum versus hos suo in loco citasse, scilicet in secundo libro ut fit in Cf. (notandus tamen sunt bonae lectionis, quas in VW invenerunt edd. Harvardiani,* 581 Priamus Troia 584 nec habet 589 oculis *codd. Verg.*: oculos *VW*: alias *rell.*) praeposuerat *f* 41 inveniemus *f* invenimus *C* 42 *lacunam statuit Thilo et in textum Vitae non recepit additamenta quae tum in solis recentioribus libris veluti Dresdensi* 136 *saec. xv nota erant, videlicet*: perlit autem Tarenti in Apuliae civitate. nam dum Metapontum cupit videre, valetudinem ex solis ardore contraxit. sepultus est autem Neapoli. in cuius tumulo ab ipso compositum est tale distichon:

'Mantua me genuit, Calabri rapuere, tenet nunc
Parthenope: cecini pascua rura duces.'

receperunt autem editores Harvardiani quod eadem etiam in codicibus decimi saeculi VN quae Thilo non adhibuit invenerunt. at verba ista non ideo minus interpolata esse putanda sunt quod necloquis quisquae saeculis ante interpolavit quam ratus est Thilo. constat autem Vitam hanc de genuina Servii Vita excerptam tantum esse, ut docuit Eduardus Norden Rhein. Mus. 61, 1906, *p.* 166, *ipsum Servium textatus in Bucolicorum ἐξηγήσεσιν (p.* 3, *Hagen) scribentem*: et dicit Donatus, quod etiam in poetae memorasimus vita, in scribendis carminibus naturalem ordiem secutum esse Vergilium: primo enim

Senato della Repubblica - Archivio Storico

pastoralis fuit in montibus vita, post agriculturae amor, inde bellorum cura successit: *quae in vita quam habemus desunt.*

certe vita si qua de morte poetae tacet, interpolatoribus cuiusvis saeculi obnoxia est, nec non aliis in VI'N interpolationes agnoscuntur, ut docet Edvardus Fraenkel in J.R.S. xxxviii (1948), *pp.* 136–7.

quomodo autem potuit Servius, dum Donatum palam sequitur, contraria ei de itinere et de loco mortis ita narrare ut tanto de dissensu nihil diceret neque auctores adhiberet? itaque lectionem codicum VWN Dresdensis recentiorum huc tanquam interpolationem relegavi. neque si lectio ea probanda esset et in textum tanquam Servii recipienda, tota lacuna explota esset quoniam de testamento et fortasse de fama et obtrectatoribus aliquid requirimus.

VITA PROBIANA

CODICES

Sigla codicum, quos denuo contulit F. M. Wheelock:

B = *Vergilii Opera*, ed. G. A. Bussi, Romae, 1471, qui liber editionem principem Vitae Probianae habet

E' = *P. Vergilii Maronis Bucolica Georgica Aeneis*, ed. I. B. Egnatius, Venetiis, 1507

G = Vaticanus lat. 3255: excerpta ex vita saec. xv

M = Monacensis lat. 755, a Petro Crinito a.D. 1496 Florentiae scriptus

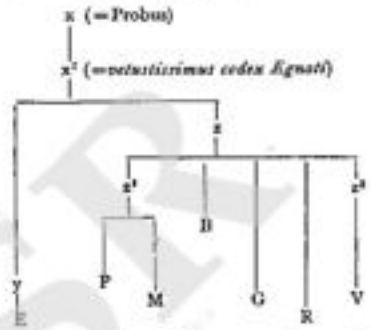
P = Parisinus lat. 8109 saec. xv

R = Vaticanus lat. 7179 ,, xvi

V = Vaticanus lat. 2930 ,, xv

De maiore fide et meliore traditione Egnati vide F. M. Wheelock, 'The Manuscript Tradition of Probus', in *Harvard Studies in Classical Philology*, xlvi (1935), 85–153.

STEMMA CODICUM



xx¹yz¹z²f codices deperditi quos exstitisse ratio docet.

27C

Senato della Repubblica - Archivio Storico

VITA

P. Vergilius Maro natus idibus Octobribus Crasso et Pompeio consulibus matre Magia Polla, patre Vergilio rustico vico Andico, qui abest a Mantua milia passuum III, temui facultate nutritus. sed cum iam summis eloquentiae doctoribus vacaret, in belli civilis tempora incidit quod Augustus adversus Antonium gessit; primumque . . . post Mutinense bellum veteranis . . . . postea restitutus beneficio Alfeni Vari, Asini Pollionis et Corneli Galli, quibus in

Titulus: PROBI VETVSTISSIMI GRAMMATICI IN BVCOLICA COMMENTARII *E*: Valerii Probi in Buccolica et Georgica Vergilii Commentariolum *P*: Valerii Probi super Bucc. et Georgica Vergilii Commentariolum *M*: M. Valerii Probi Praestantissimi Grammatici in Buccolicis et Georgicis Virgilii Maronis Commentariorum fragmenta *R*: M. VAL. PROBI *V*: Virgilii uita *B*: De Vita P. Vir. Maronis Succincta Collectio *G*

1 P.] Publius *E*: *om. B* Virgilius *EBGR* eidib: *V* Octobribus *EBG*: Octobris *MP*: octobr *V*: octob. *R* Crasso] M. Licinio Crasso *G* Pompeio] Cn. Pompeio *G* 2 consulibus *B*: coss. *EGV*: conss *MPR* consulibus — rustico] cos patre uirgilio rustico matre Magia pella *G* Magia] Maia *R* Virgilio *EBGR* 3 vico Andico] uico Andino *R*: in vico Andibus *coni. Reifferscheid* milia passuum *EB*: pass. mill. *G*: mil. pas. *PV*: mil. passû *M*: milib. pass. *R* III *E*: XXX *BGMPV*: xv (*sic*) *R* 4 cum] quum *E* 6–7 primumque — postea] primumque. *inde lacuna XLVII fere litterarum* Post mutinense bellum veteranis. *inde lac. XXV fere litt.* ¶ POSTEA *E*: Primumque bellum ueteranis post Mutinense. Postea *B*: Primumque bellum ueteranis post mutinense: Postea *P*: primumque bellum ueteranis post Mutinense: postea *V*: Primum quod bellum ueteranis post mutinense. Postea *M*: (primumque — Mutinense *om., lac. unius versus relicta*) postea *R*: primumque post Mutinense bellum veteranis ⟨agri eius distributi sunt,⟩ postea *coni. Keil*: primumque post Mutinense bellum veteranis ⟨eius ager distributus,⟩ postea *coni. Hagen*: primumque post Mutinense bellum ⟨agro eius in praemium victoriae destinatus, deinde abreptus distributusque post Philippense bellum⟩ ueteranis, postea *coni. Conway*. *qui coniecturas facere volunt, ab Egnati lectione incipiant.* 8 Alfeni *edd.*: Alpheni *EBGPR*: alφeni *M*: albeni *V* Varri *E* Asinii *codd.* et] *om. R* Corneli *V*: Cornelii *cett.*

Bucolicis adulatur; deinde per gratiam Maecenatis in amicitiam Caesaris ductus est. Vixit pluribus annis . . . liberali in otio secutus Epicuri sectam, insigni concordia et familiaritate usus Quintili, Tuccae et Vari. Scripsit Bucolica annos natus octo et XX, Theocritum secutus; Georgica, Hesiodum et Varronem. Aeneida ingressus bello Cantabrico — hoc quoque ingenti industria — ab Augusto usque ad sestertium centies honestatus est. Decessit in Calabria annum agens quinquagesimum primum heredibus Augusto et Maecenate cum Proculo minore fratre. Cuius in sepulcro quod est via Puteolana, hoc legitur epigramma:

Mantua me genuit, Calabri rapuere, tenet nunc
Parthenope; cecini pascua rura duces.

Aeneis servata est ab Augusto, quamvis ipse testamento

9 Bucolicis *PMV* Moecenatis *E*: Męcęnatis *P*: Mecenatis *BMV*: Mecoenatis *R* 10 Vixit pluribus annis liberali in ocio *BPMV*: vixit pluribus liberali in ocio *R*: Liberali ocio vixit *G*: vixit pluribus. *inde lacuna XL fere litt.* In ocio *E*: *fortasse* ‹*nescio quid sit*: 'Vixit pluribus annis ⟨maximam partem in agris Campaniae⟩ liberali in otio 11 sectam] sententiam *G* 12 Quintili *PV*: Quintilii *EBMR* Varri *E* Bucolica *EBR*: Buc^a. *V*: Buccolica *PM* 13 octo et XX *EP*: octo et viginti *BM*: VIII et XX *V*: 8 et XX *R* 15 hoc]: Hoc *E*: hoc *V*: hec *BR* *ante* hoc *lacunam statuerunt Keil Nettleship*: /hac *M*: hac *P*: hanc *coni. Hagen* Industria — ab Augusto] industria ab Augusto *BMPRV*: industria: ab Augusto *E*: industria. Ab Augusto *Nettleship*: industria ⟨confecta *vel* absoluta⟩ ab Augusto *Thiele*: Industria ⟨, ab Augusto ut opus maturaret appellatus, per reliquam vitam elaborabat.⟩ ab Augusto *Conway* 16 sestertium *MP* 17 quinquagesimum primum *E*: quinquagesimum et primum *BG*: L^m. et primum *PMRV* haeredibus *ER* 18 Maecenate *E*: Moecenate *BV*: Męcęnate *P*: Mecenate *R* Cuius in *Wheelock, qui illud* in *quod in codd. ante* via *stat hoc translatum mavult*: cuius *BPMRV*: quoius *E*: In. *eius scripsit Keil* sepulchro *EBPMV*: sepulc^o. *R* 19 in *ante* via *codd.* 20 genuit] genuit *B* 21 Parthenope *P* rura duces *EPM*: poma duces *BGR*: poma phruges *V* 22 est *EB*: *om. PMRV*

278

Senato della Repubblica - Archivio Storico

cavisset ne quid eorum quae non edidisset extaret, quod Servius Varus hoc testatur epigrammate:

Iusserat haec rapidis aboleri carmina flammis
Vergilius, Phrygium quae cecinere ducem.
Tucca vetat Variusque simul; tu, maxime Caesar,
non sinis et Latiae consulis historiae.

23 cavisset *E*: damnat *BMPV Hagen*: damnasset *R*: damnaverit *coni. Keil*: *fortasse* damnasset cavens *Hagen* quae] qd *V* edidisset *E* 23–28 quod Servius—consulis historiae] *hunc locum sancis includendum curaverunt Reifferscheid Nettleship Conway* 23 quod] quod et *V* 24 Servius Varus *BPM*: Servius Varrus *E*: Serulus Varus *V*: Seruus Varus *R*: Servius Maurus *coni. O. Jahn, quem Reifferscheid et Norden laudant* 25–28 rapidis—historiae] *om. R* 25 abolere *B* 26 Virgilius *E* Phrygium] ꝑigium *M*: phresgum *V* 27 Variusque] Varusque *BPV*: Varrusque *EM* (*ut videtur*) *post* vetat *et post* simul *interpunxerunt EBPM, post* simul *Heyne Keil Reifferscheid, post* Variusque *Thilo Baehrens Diehl Brummer: alias puncto V: post* simul *sensu et numero praestat: vide ad vit. Donati* 38, 149 maxime] max^{e} *MPV* 28 sinis et] *cf. Donatum* 38, 150, *Nettleship Rand*: sinis sed *E*: *fortasse olim* sinisset, *i, ut monet Rand, perperam bis scripto* tibi sed *BMPV*

CODEX

P = Parisinus lat. 8093 saec. ix

Senato della Repubblica - Archivio Storico

VITA

Maeonii specimen vatis veneranda Maronem
Mantua Romuleae generavit flumina linguae.
quis facunda tuos toleraret Graecia fastus,
quis tantum eloquii potuisset ferre tumorem,
aemula Vergilium tellus nisi Tusca dedisset?
huic genitor figulus Maro nomine, cultor agelli,
ut referunt alii, tenui mercede locatus,
sed plures figulum. quis non miracula rerum
haec stupeat? dives partus de paupere vena
enituit: figuli suboles nova carmina finxit.
mater Polla fuit Magii non infima proles,
quem socerum probitas fecit laudata Maroni.
haec cum maturo premeretur pondere ventris,
ut solet in somnis animus ventura repingens
anxius e vigili praesumere gaudia cura,
Phoebei nemoris ramum fudisse putavit.
o sopor indicium veri! nil certius umquam
cornea porta tulit. facta est interprete lauro
certa parens onerisque sui cognoverat artem.
consule Pompeio vitalibus editus auris
et Crasso tetigit terras quo tempore Chelas
iam mitis Phaethon post Virginis ora receptat.

Titulus: vita Vergilii incipit a Foca grammatico urbis Romae versibus edita. Praefatio: *quam carmine Sapphico scriptam exhibere supersedi. In codice litterae* b *et* v *passim miscentur: quam rem in apparatu fere neglexi.*
7 locuti *Heinsius* 9 hic *Pithou Scaliger* stupeat dives *corr. e*: stupet dibes *P*[v] partus *edd.*: parcus *P* 10 enituit *P*: emicuit *Pithou et Scaliger* 12 laudata *Burkens*: Iam data *P*: iam clara *Scaliger*: tam cara *Heinsius*: adamata *Barth* 14 repingens *P*: refingens *Burmann* 15 e *Burmann*: et *P* vigili *P*: vigilis *Reifferscheid* 18 est *edd.*: es *P* 22 faeton *P fortasse recte*

975

Senato della Repubblica - Archivio Storico

infantem vagisse negant. nam fronte serena
conspexit mundum, cui commoda tanta ferebat.
ipse puerperiis adrisit laetior orbis:
terra ministravit flores et munere verno
herbida supposuit puero fulmenta virescens.
praeterea, si vera fides, sed vera probatur,
lata cohors apium subito per rura incentis
labra favis texit dulces fusura loquelas.
hoc quondam in sacro tantum mirata Platone
indicium linguae memorat famosa vetustas.
sed Natura parens properans extollere Romam
et Latio dedit hoc, ne quid concederet uni.
insuper his genitor, nati dum fata requirit,
populeam sterili virgam mandavit arenae:
tempore quae nutrita brevi dum crescit in omen
altior emicuit cunctis, quas auxerat aetas.
haec propter placuit puerum committere Musis
et monstrare viam victurae in saecula famae.
tum Ballista rudem lingua titubante receptum
instituit primus; quem nox armabat in umbris
grassari solitum: crimen doctrina tegebat.
mox patefacta viri pressa est audacia saxis.
incidit titulum iuvenis, quo pignora vatis
edidit: auspiciis suffecit poena magistri:
'Monte sub hoc lapidum tegitur Ballista sepultus:
nocte die tutum carpe viator iter.'
nos tamen hos brevius, si fas simulare Maronem:
Ballistam sua poena tegit, via tuta per auras.

28 set *P*, et *Buchrens* 37 omen *Tollius*: omnem *P*: umbram *Heinsius* 40 victurae *P*: venturae *Diehl* 41 Ballista P^2: vallista *P* 42 primus *P*: primum *Scaliger*: puerum *Franke* 45 incidit *P* 46 auspicio *Heinsius* 47–59 *del. Reifferscheid, 49–50 Focae vindicat Brummer, ceteros uncis includens* 50 auras *P*: aras *Scaliger*: arva *Buchrens*: umbras *Heinsius Reifferscheid*

[Hic Ballista facet: certo pede perge viator.
Carcere monioco clausus Ballista tenetur:
securi fraudis pergite nocte viri.
Quid trepidas tandem gressu pavitante viator?
nocturnum furem saxeus imber habet.
Ballistae vitam rapuit lapis: ipse sepulcrum
intulit. umbra nocens pendula saxa tremit.
Crimina latronis dignissima poena coercet:
durissima mentis damnat ubique lapis.]
hinc culicis tenui praelusit funera versu:
'Parve culex, pecudum custos tibi tale merenti
funeris officium vitae pro munere reddit.'
tum tibi Sironem, Maro, contulit ipsa magistrum
Roma potens, proceresque suos tibi iunxit amicos:
Pollio Maecenas Varus Cornelius ardent,
te sibi quisque rapit, per te victurus in aevum.
Musa refer quae causa fuit componere libros,
sumpserat Augustus rerum moderamina princeps.
iam necis ultor erat patriae: iam caede priorum
perfusos acies legitur visura Philippos.
Cassius hic Magni vindex et Brutus in armis
intereunt. victor nondum contentus opimis
emeritas belli spoliis ditasse cohortis
proscripsit miserae florentia rura Cremonae,
totaque militibus pretium concessa laborum
praeda fuit: violenta manus bacchata per agros.
non flatus non tela Iovis non spumeus amnis
non imbres rapidi quantum manus impia vastant.

57 tremit *P*: tremat *Diehl* 60 probuit *Heinsius* 61–62 *del. Reifferscheid* 61 pecudum custos *Culex* 413: pecodum custos *P*: pecorum custos *Diehl* 65 Varus *Weichert*: Varius *P* 66 te *Klotz*: et *P* 67 fuit *P*: viro *Heinsius* 69 priorum *P*: priori *vel* reorum *Heinsius*: piorum *Burmann* 76 bacchata *edd.*: bacata *corr. ex* vacuata *P* 78 vastant *Heinsius*: vastat *P*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Mantua, tu coniuncta loco, sociata periclis:
non tamen ob meritum miseram vicinia fecit.
iam Maro pulsus erat: sed viribus obvius ibat
fretus amicorum clipeo, cum paene nefando
ense perit. quid dextra furis? quid viscera Romae
sacrilego mucrone petis? tua bella tacebit
posteritas ipsumque ducem nisi Mantua dicat.
non tulit hanc rabiem doctissima turba potentum.
itur ad auctorem rerum, quid Martius horror
egerit, ostendunt, qui tam miseranda tulisset.
Caesaris huic placido nutu repetuntur agelli.
his auctus meritis cum digna rependere vellet,
invenit carmen, quo munera vincere posset:
praedia dat Caesar, quorum brevis usus habendi,
obtulit hic laudes, quas saecula nulla silescunt.
pastores cecinit primos: hoc carmine consul
Pollio laudatur ter se revocantibus annis
composito. post haec ruris praecepta colendi
quattuor exposuit libris, et commoda terrae
edocuit geminis anno minus omnia lustris.
inde coturnato Teucrorum proelia versu
et Rutulum tonuit: bissena volumina sacro
formavit donata duci trieteride quarta.
sed loca quae vulgi memoravit tradita fama
aequoris et terrae statuit percurrere vates,

79 periclis *P*: periclo es *Buecheler* 80 miseram *edd.*: misera *P*: misera es *Riese* 88 qui *Tollius*: quid *P* tam *P*: tunc *edd.* 89 huic *Scaliger*: hic *P*: his *Tollius* 92 abendi *P*: habenti *Zieben* 93 silescunt *P*: silescant *edd.*: silebunt *Franke* 95 laudatur *edd.*: laudetur *P* ter se (non terrae) *P* 97 et *P*: en *Reifferscheid* 98 geminis anno minus . . . lustris] *aut septem aut novem annis* 99 coturnato *P*: cothurnato *edd.* 100 sacro *edd.*: sacrum *P* 101 donata *P*: donanda *Franke* trieteride quarta] *aut nono anno secundum rationem biennalium ludorum aut in quarto triennio post ter ternos annos*

certius ut libris oculo dictante notaret.
pergitur: ut Calabros tetigit, livore nocenti
Parcarum vehemens laxavit corpora morbus.
hic ubi languores et fata minacia sensit. . . .

106 laxabit *P*: luxavit *Scaliger*: lassavit *L. Mueller*: vexavit *Heinsius* *cetera desunt de morte sepulcro testamento*

277

Senato della Repubblica - Archivio Storico

SANCTI HIERONYMI CHRONICA

CODICES

O = Oxon. Bodleian. Mscr. Lat. auct. T. ii. 26	saec. v–vi
S = Floriacensis fragm. Leid. Paris. Vatican.	v
A = Amandinus Valentianus 495	vii
P = Petavianus Leidensis Mscr. Lat. Voss. Q 110	ix
N = Turonensis Berolin. Phillips. 1872	ix
L = Lucensis bibl. capit. 490	viii
M = Middlehillensis Berolin. Phillips. 1829	viii
B = Bongarsianus Bernensis 219	vii

(quotiens annum diverse indicaverit B mentionem non feci monente Helm hunc codicem nihil valere ad annos definiendos.)

EXCERPTA

QVAE AD VERGILIVM SPECTANT, DE SVETONIO TRANQVILLO DEPROMPTA

1. 153 a 1. *ad Olympiada* 177.3 = 70 *a.C.* Vergilius Maro in pago qui Andes dicitur haut procul a Mantua nascitur Pompeio et Crasso consulibus idibus Octobribus.

2. 154 h 21. *ad Ol.* 180.2 = 59 *a.C.* (180.3 = 58 *a.C. APN*). Vergilius Cremonae studiis eruditur.

3. 155 e 13. *ad Ol.* 181.4 = 53 *a.C.* (181.3 = 54 *a.C. APN*). Vergilius sumpta toga Mediolanium transgreditur et post breve tempus Romam pergit.

4. 159 h 24. *ad Ol.* 186.2 = 35 *a.C.* M. Bavius poeta quem Vergilius in Bucolicis notat in Cappadocia moritur.

5. 162 h 25. *ad Ol.* 186.4 = 33 *a.C.* Cleopatra et Antonius semet interficiunt et Aegyptus fit Romana provincia, quam primus tenuit C. Cornelius Gallus, de quo Vergilius scribit in Bucolicis.

6. 165 a 2. *ad Ol.* 189.2 = 23 *a.C.* Quintilius Cremonensis Vergilii et Horatii familiaris moritur.

7. 165 h 21. *ad Ol.* 190.3 = 18 *a.C.* Vergilius Brundisii moritur Sentio Saturnino et Lucretio Cinna conss. (= 19 *a.C.*). ossa eius Neapolim translata in secundo ab urbe miliario sepeliuntur titulo eiusmodi suprascripto quem moriens ipse dictaverat:

Mantua me genuit, Calabri rapuere, tenet nunc
Parthenope: cecini pascua rura duces.

1. Vergilius *L*: Virgilius *M*: Vergilius (in margine *N*t virgil) *N* haud *PNM* sed *L* condi *M*: idib. oct. *em. OBP*, id. A, octob. *L* 3 tempus Romam pergit *em. A* 4 Marcus *A* uauius *OAPNB*: uaeulus *L* 5 g *N*: gaius *L* 6 oratii *LP*: horati *B*: orati *M* 7 Brundisi *LBM* consulibus *PN*: cons' *L* parthenopes *M*: partenope *P* rure *L*: rura rudes duces *O*: duce*s(n) *N*

178

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Zeitschrift

für

Rechtsgeschichte.

Herausgegeben

von

D. Rudorff und D. Bruns in Berlin, D. Roth in München,
und D. Böhlau in Rostock.

Dritter Band.



Weimar
Hermann Böhlau
1864.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

279

Ueber die leges locationis bei Cato de re rustica

von

Herrn Professor Dr. E. J. Bekker in Greifswald.

Genauere Kenntniß der geschichtlichen Entwickelung des Römischen Contractsrechts wäre uns sehr zu wünschen; leider ist sie ohne Erweiterung des Quellenmaterials ebenso schwer zu erlangen. Beides bedarf hier keines Nachweises; dagegen möge mir gestattet sein auszusprechen wie die Art und Weise, in der Professor Demelius (Plautinische Studien III, in dieser Zeitschr. II. S. 177 f.) meinen auf jenes Ziel gerichteten Untersuchungen entgegengetreten ist, mich gefreut hat. Der Sache, meine ich, kann nichts förderlicher sein als solche Opposition. Den Dank aber glaube ich am besten zu bethätigen durch weitere Vertheidigung meiner Anschauungen gegen die Einwürfe von Demelius. Dennoch werde ich, für jetzt wenigstens, nicht speciell repliciren, weil, in Ermangelung einzelner für sich allein entscheidender Stellen, die Uebersicht über alle einschlagenden Zeugnisse Vorbedingung gedeihlicher Förderung unserer Arbeit ist. Gewis daß aus Plautus noch manches zu entnehmen ist, doch dürfte für den Augenblick Cato nicht minderes Anrecht auf Beachtung haben.

Nur über ein freilich sehr scheinbares Argument meines Gegners schon hier ein paar Worte. Er geht aus auf umfassendes

Beobachten der fraglichen Geschäfte in ihrer Verkehrsrolle und Verkehrsausbildung; denn je vollständiger der Kreis der formlosen Contracte zu Plautus Zeit in Uebung gewesen, je schärfer die einzelnen Geschäfte schon damals von einander unterschieden worden, je stereotyper der Gebrauch gewisser Formeln und Nebenverabredungen, je eingehender eine feststehende juristisch-technische Terminologie auf diesem Boden sich ausgebildet hatte, desto wahrscheinlicher, daß die rechtlichen Wirkungen jener Geschäfte den im späteren Rechte anerkannten nahe oder gleich gekommen.

Der Schluß von der innern Ausbildung, die ein Geschäft im Verkehrsleben bekommen, auf die äußere Wirksamkeit, insbesondere die Klagbarkeit desselben, ist aber nicht überall zutreffend. Ein Beispiel: in Preußen ist jeder Kauf, bei dem der Preis die Summe von 50 Thlr. übersteigt, bis zur beiderseitigen Erfüllung klagloses Geschäft, falls die Parteien nicht der schriftlichen Form sich bedient haben; die rechtlichen Wirkungen desselben stehen weit unter denen eines Römischen pactum, oder eines nur consensu geschlossenen Kaufes wie dieser, nach meiner Auffassung, in den Plautinischen Stücken sich darstellt. Und doch wird niemand bezweifeln, daß die innere Entwickelung dieses großen Kaufs (über 50 Thlr.) in Preußen ebensoweit vorgeschritten ist, wie die des kleineren. Dazu noch eins: große Käufe, die klaglos und rechtlich so gut wie unverbindlich sind, werden alljährlich zu hunderten, ja tausenden in den Kaufläden Berlins geschlossen, die schriftliche Form kommt sehr selten zur Anwendung; daß eine Partei wegen dieses Mangels Erfüllung weigerte, ist so gut wie unerhört. Die Grenze der funfzig Thaler ist indifferent; wäre die Schriftlichkeit Requisit rechtlicher Wirksamkeit auch der kleineren Geschäfte, zweifelsohne daß diese, so gut wie jetzt die größeren, zahlreich in unverbindlicher Weise geschlossen, und von den Parteien doch, so gut als ob sie rechtsverbindlich wären, erfüllt würden. Die Klagbarkeit der gangbarsten Verträge allgemein von irgend einer leicht erfüllbaren Form abhängig zu machen, würde nach diesen Erfahrungen auch jetzt keinem erheblichen praktischen Bedenken unterliegen. In Rom war dasselbe bis in die letzte republicanische Zeit gewis um vieles weniger bedenklich: das Rechtsgefühl war bei den alten Römern lebendiger als bei irgend einer der jetzigen civilisirten Nationen, und die eminente Verbesserung der Transportmittel in unserer Zeit kann dem persönlichen Credit auch nur nachtheilig sein. Ueberdies war die Stipulation

Senato della Repubblica - Archivio Storico

für Anwesende eine bequemere Form als die Schrift; wie häufig gerade beim Kauf die Römer davon Gebrauch gemacht, zeigen die Formulare des Varro. Ueberhaupt wäre nichts leichter als ein Bild zu entwerfen, wie die Zustände in Rom als schon großer Stadt mit lebhaftem Verkehr gewesen, wenn damals doch Kauf und ähnliche Geschäfte falls unförmlich geschlossen unklagbar waren; während dieselben von aller Welt strict erfüllt wurden, pflegte der sorgsame Hausvater, wo er seiner Sache nicht ganz traute, durch Stipulation u. s. w. sich überaus zu sichern. Davon mehr ein ander Mal.

Im Buch de re rustica finden sich vornehmlich Notizen über Kauf und die verschiedenen Arten der Miethe. Beim Kauf dürfte es nicht zweckmäßig sein Cato für sich allein zu betrachten, wogegen bei der Location die ihm zunächst stehenden Schriftsteller wenig zur Ergänzung beitragen. Cato sieht begreiflicher Weise nur auf die Locationen, die für den Landmann von Wichtigkeit sind; am ausführlichsten behandelt er das Austhun größerer ländlicher Arbeiten. Zur Erläuterung ist vor allem auf Mommsens meisterhafte Darstellung der Römischen Bodenwirthschaft zu verweisen (Röm. R.-G. 3. Aufl. Bd. I. S. 826 f.); daneben einiges aus dem schon von ihm benutzten Material für unsere Zwecke hier zusammenzustellen.

Varro sagt de R. R. I. 17, 2:

> omnes agri coluntur hominibus seruis aut liberis aut utrisque. liberis, aut cum ipsi colunt, ut plerique pauperculi cum sua progenie; aut . . .

Wer nicht zu diesen pauperculi zählt, der hat, wenn er Land hat, auch Sklaven zur Bearbeitung desselben, an der Spitze einen uilicus. Was der thätige Herr selbst zu thun hat, stellt Cato gleich im zweiten Capitel zusammen, und hebt hierbei ausdrücklich hervor:

> quae opus sient locato locentur; quae opera fieri velit et quae locare velit, uti imperet, et ea scripta relinquat; . . . . .

Sklaven rechnet Cato auf 240 Jugera Oelland dreizehn (uilicum, uilicam, operarios 5, bubulcos 3, subulcum 1, asinarium 1,

opilionem); auf 100 Jugera Wein sechzehn (uilicum, uilicam, operarios 10, bubulcum 1, asinarium, salictarium 1, subulcum. — cf. c. 10, 1 u. c. 11, 1.) Andere rechneten später etwas anders (vgl. Varro de R. R. I 18): Saserna verlangt auf je acht Jugera einen Menschen, Varro selber erklärt sich gegen diese allgemeinen Zahlbestimmungen überhaupt.

Ausführlich bespricht Cato Stellung und Thätigkeit von Uilicus und Uilica, c. 5, 142, 143, vgl. Varro de R. R. I 16, 5, I 18, und Columella XII 1. Beiläufig ein Citat aus diesen Stellen, das für die Kenntnis des alten Mutuum wichtig ist:

> Cato c. 5, 4: ininssu domini credat nemini; quod dominus crediderit exigat. satui semen cibaria far uinum oleum mutuum dederit nemini. duas aut tres familias habeat unde utenda roget, et quibus det; praeterea nemini.

Das Mutuum erscheint hiernach, wie in den Plautinischen Komoedien (vgl. Demelius a. a. O. S. 217 f.) als Geschäft unter guten Freunden und Nachbarn, dem Commodat nah verwandt.

Größere Besitzer pflegten mit den eigenen Sklaven nicht überall auszukommen. In der schon oben angeführten Stelle nennt Varro, außer den kleinen Besitzern (pauperculi), noch zwei Klassen freier Arbeiter:

> aut mercenariis, cum conducticiis liberorum operis res maiores, ut uindemias ac foenisicia administrant; iisque quos obaerarios nostri uocitarunt, et etiam nunc sunt in Asia atque Aegypto et in Illyrico complures.

Varro vergleicht dann den Nutzen der Sklavenarbeit mit dem der Freien:

> grauia loca utilius esse mercenariis colere quam seruis, et in salubribus quoque locis opera rustica maiora, ut sunt in condendis fructibus uindemiae aut messis.

Daß die Aecker kleinen Leuten ganz in Pacht gegeben werden findet sich bei Cato und Varro nicht, wol aber bei Columella:

> de R. R. I 7: . . . . praecipua cura domini requiritur . . . . maxime in hominibus. atque hi uel coloni uel serui sunt, soluti aut uincti. comiter

Senato della Repubblica - Archivio Storico

agat cum colonis facilemque se praebeat. annuus opus exigat quam pensiones. . . . . ubi sedulo colitur ager plerumque compendium nunquam detrimentum affert, eoque remissionem colonus petere non audet. sed nec dominus in unaquaque re cum colonum obligauerit tenax esse iuris sui debet, sicut in diebus pecuniarum, ut lignis et ceteris paruis accessionibus exigendis. . . . . nec cursus in totum remittendum. . . . . ipse nostra memoria uetere consularem uirumque opulentissimum L. Volusium asseuerantem audiui, felicissimum fundum esse, qui colonos indigenas haberet. . . . . ita certe mea fert opinio, rem malam esse frequentem locationem fundi; peiorem tamen urbanum colonum, qui per familiam mauult agrum quam per se colere. Saserna dicebat ab eiusmodi homine fere pro mercede litem reddi.

Also sind dergleichen Verpachtungen doch gewis zu Varros, wahrscheinlich auch schon zu Catos Zeiten vorgekommen. Man wird sich dadurch lehren lassen, aus dem was sie nicht anführen, nicht zu dreist auf das was sie nicht gekannt zu schließen.

Von der Dienstmiethe aber ist wiederholt bei Cato, seltener bei Varro zu lesen. Es gehört zur guten Lage einer Besitzung, daß in der Gegend "operariorum copia siet" (c. 1, 3); dem Vilicus wird die Vorschrift gegeben "operarium mercenarium politorem diutius eundem ne habeat die" (5, 4), dem Herrn der Rath "uicinis bonus esto; si te libenter uicinitas uidebit, facilius tua uendes, operas [opera?] facilius locabis, operarios facilius conduces" (c. 4). Beide Geschäfte, locatio operis und conductio operarum werden noch in andern Stellen nebeneinander aufgeführt:

c. 145, 1: si operarii conducti erunt, aut faciendo (sc. olea) locata erit;

c. 144, 3: si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatum erit deducetur.

Die conductio operarum ist das minder bedeutende und weniger interessante Geschäft; ob c. 67 darauf zu beziehen ist, weiß ich nicht:

qui in torculario erunt uasa pura habeant, curentque uti olea bene perficiatur beneque siccetur. ligna in torculario ne caedant. oleum frequenter capiant. factoribus det in singulos factus olei sextarios, et in lucernam quod opus siet;

denn vielleicht sind diese factores eigne Sklaven.

Als Abart der locatio operis erscheint das Geschäft mit einem partiarius, da bei demselben gewöhnlich die Herstellung bestimmter Arbeit erfordert wurde. Leider sind die bezüglichen Stellen nicht sehr ausgiebig:

c. 16: calcem partiario coquendam qui dant, ita dant: perficit et coquit et ex fornace calcem eximit calcarius, et ligna conficit ad fornacem. dominus lapidem ligna ad fornacem quod opus siet praebet.

c. 137: uineam curandam partiario: bene curet fundum arbustum agrum frumentarium. partiario foenum et pabulum quod bubus satis siet qui illic sient. cetera omnia pro indiuiso.

Die Interpunction des c. 137 in der Schneiderschen Ausgabe, zwischen partiario und bene kein Zeichen, hinter curet Semicolon, ist sinnlos. Die Ueberschrift "uineam curandam partiario" ist aus der des vorausgehenden Kapitels "politionem quo pacto dari oporteat" zu ergänzen. Aus c. 137 ist zu entnehmen, daß auch der in c. 16 erwähnte calcarius für seine Arbeit einen Theil des fertigen Kalks erhält. Ganz ähnlich ist der im c. 136 aufgeführte Vertrag:

politionem quo pacto dari oporteat: in agro Casinate et Venafro in loco bono parte octaua [si?] corbi diuidat, satis bono septima, tertio loco sexta; si granum modio diuidet parti quinta. in Venafro ager optimus IX parti corbi diuidat. si communiter pisunt qua ex parte politoris pars est, eam partem in pistrinum politor. ordeum quinta modio, fabam quinta modio diuidat.

Offenbar ist das "corbi diuidere" dem partiarius günstiger als das "modio diuidere", der fünfte Theil bei dieser Theilung entspricht dem sechsten bei jener. Uebrigens ist die Quote des politor desto kleiner, je höher der Ertrag des Ackers die Arbeit lohnt.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Gerste und Bohnen gehören hiernach zu den minder ergiebigen Feldfrüchten. Ein naheliegendes Geschäft betrifft c. 2 de pactis 2, 2, vom Kaiser Antonin. Man vergleiche übrigens Rudorff, im Berliner Lections-Catalog für den Sommer 1846.

Einen partiarius bei der locatio rerum kennen auch Gajus:

> fr. 25 §. 6 locati 19, 2: apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.

und Plinius:

> ep. IX 37: medendi una ratio, si non numero sed partibus locem, ac deinde ex meis aliquos exactores operi custodes fructibus ponam; et alioqui nullum iustius genus reditus, quam quod terra caelum annus refert.

Dazu schließlich noch die Bemerkung, wie gerade diese Contracte "cum partiario" angethan sind die Verwandtschaft der einzelnen Arten der Locationen, rerum und operarum und operis, deutlich zu machen.

Vier nicht partiarische Operislocationen werden in c. 14 und 15 erwähnt. Leider ist der Text hier noch verderbter als gewöhnlich. c. 14 enthält zwei Locationsleges, deren zweite inmitten des §. 4 mit den Worten "Villa lapide calce" anhebt; denn die Paragrapheneintheilung ist hier, wie sonst meist bei Cato, widersinnig. Daß wirklich eine zweite Lex beginnt, ergiebt sich aus den nachher folgenden Worten "cetera lex uti uilla ex calce cementis." Die erste bezieht sich auf den Neubau einer Villa,

> uillam aedificandam si locabis nouam a solo;

die andere auf Umbau oder Reparaturen

> uilla lapide calce, fundamenta supra terram pede, ceteros parietes ex latere, iugamenta et antepagmenta quae opus erunt indito.

Die fundamenta wenigstens müssen in diesem zweiten Falle schon liegen. Für die Herstellung gilt beidemal die Vorschrift:

> hae rei materiem et quae opus sunt dominus praebebit, et ad opus dabit — succidet dolabit lineabit secabitque materiam duntaxat conductor —, lapidem calcem arenam aquam palcas terram unde lutum fiat.

Der Preis bestimmt sich nach der Zahl der verbauten Ziegel. So beim Neubau:

> huic operi pretium ab domino bono, qui bene praebeat quae opus sunt et nummos fide bona soluat, in tegulas singulas II.

Dann folgen nähere Bestimmungen wie die tegulae zu zählen seien. Entsprechend für den Umbau:

> pretium in tegulas singulas N. S. loco salubri bono domino haec quae supra pretia posita sunt. ex signo manu pretium erit. pestilenti, ubi aestate fieri non potest, bono domino pars quarta pretii accedat.

c. 15 bezieht sich auf die Aufführung von Mauern:

> macerias ex calce cementis silice

und

> parietes uillae si locet.

Der Herr des Grundstücks giebt wieder das ganze Material und bedingt im Voraus die Beschaffenheit des herzustellenden Werks sehr genau. Ueber den Preis werden besondere Bestimmungen nicht angeführt.

Bei weitem ausgiebiger sind die auf die Oelleſe bezüglichen Mittheilungen:

> c. 144 oleam legendam hoc modo locare oportet.
> c. 145 oleam faciundam hac lege oportet locare.

Ein Abdruck dieser Kapitel und des dieselben mehrfach erläuternden nächstfolgenden, c. 146 "oleam pendentem hac lege uenire oportet", schien um so mehr geboten, als die Abtheilung der einzelnen Vorschriften und überhaupt die Interpunction, neben der ungenügenden Paragrapheneintheilung, auch in den Ausgaben von Gesner und Schneider vernachlässigt ist. Weitere Besserungen waren nach Beschaffenheit der Ueberlieferung kaum zu wagen. Was aus dem handschriftlichen Material noch zu entnehmen sein möchte, darüber hat Hr. Professor Keil in Erlangen die Güte gehabt durch Mittheilung der wichtigsten Collationen mich freundlichst zu belehren.

Für den nicht philologischen Leser die Notiz, daß unsere Kritik bei Cato auf eine alte Florentiner Handschrift zurückgehn muß, die nachdem Victorius sie noch gehabt hat, verschwunden ist. Von dieser Handschrift ist eine Collation Politians von Gesner benutzt (Pol. oder P. und P_1 bezeichnet), und nachdem diese dann eine

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Zeit lang verloren geachtet war, von Keil wiederaufgefunden. Außerdem existiren verschiedene Abschriften des alten Codex aus dem 15. Jahrhundert, aus deren zweien: Cod. Laurentianus L. I, 2 (= L.) und C. Malatestianus in Cesena (= M.) Keil die Varianten mir mitgetheilt hat. Wo diese untereinander stimmen gestatten sie einen sichern Rückschluß auf die Urhandschrift. Ich gebe die Varianten nicht vollständig, nur soweit sie vermögend scheinen juristisches Interesse zu erregen.

c. CXLIV.

Oleam legendam hoc modo locare oportet.

1. oleam cogito recte omnem arbitratu domini aut quem custodem fecerit aut cui olea uenierit.

2. oleam ne stringito neue uerberato iniussu domini aut custodis, si aduersus ea quis fecerit, quod ipse eo die legerit, pro eo nemo soluet neque debebitur.

(2.) 3. qui oleam legerint omnes iuranto ad dominum aut custodem sese oleam non surripuisse neque quemquam suo dolo malo ea oleitate ex fundo L. Manlii. qui eorum non ita iurauerit, quod is legerit omne, pro eo argentum nemo dabit neque debebitur.

4. oleam cogi recte satis dato arbitratu L. Manlii.

5. scalae ita uti datae erunt ita reddito, nisi quae uetustate fractae erunt. si non erunt, reddet aequus aut arbitratu deducetur.

(3.) 6. si quid redemptoris opera domino damni datum erit, resoluito, aut uiri boni arbitratu deducetur.

7. legulos quot opus erunt praebeto et strictores. si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatum erit deducetur, tanto minus debebitur.

8. de fundo ligna et oleam ne deportato. qui oleam legerit qui deportarit, in singulas deportationes SS. N. 11. deducentur neque id debebitur.

(4.) 9. omnem oleam puram metietur modio oleario.

10. assiduos homines quinquaginta praebeto, duas partes strictorum praebeto.

11. ne quis concedat quo olea legunda et faciunda carius locetur, extra quam si quem socium in praesentiarum dixerit.

12. si quis aduersum ea fecerit, si dominus aut custos (5.) uolent, iurent omnes socii. si non ita iurauerint, pro ea olea legunda et faciunda nemo dabit, neque debebitur ei qui non iurauerit.

13. Accessiones: in M̊ ∞ CC accedit oleae salsae M̊ V, olei puri P. VIIII., in tota oleitate SS. V. aceti quadrantalia V.; quod oleae salsae non acceperint dum oleam legent, in modios singulos SS. S. S. dabuntur.

c. CXLV.

Oleam faciundam hac lege oportet locare.

1. facito recte arbitratu domini aut custodis qui id negotium curabit.

2. si sex iugis uasis opus erit, facito.

3. homines eos dato qui placebunt aut custodi aut qui eam oleam emerit.

4. trapeti facito.

5. si operarii conducti erunt aut faciendi locata erit, pro eo resoluito aut deducetur.

6. oleum ne tangito utendi causa neque furandi causa, (2.) nisi quod custos dederit aut dominus. si sumpserit in singulas sumptiones SS. N. XL deducentur neque debebitur.

7. factores qui oleum fecerint omnes iuranto aut ad dominum aut ad custodem, sese de fundo L. Manlii, neque alium quemquam suo dolo malo, oleum neque oleam surripuisse. qui eorum non ita iurauerit, quae eius pars erit (3.) omne deducetur neque debebitur.

8. socium ne quem habeto, nisi quem dominus iuserit aut custos.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

9. si quid redemptoris opera domino damni datum erit, uiri boni arbitratu deducetur.

10. si uiride oleum opus siet, facito.

11. accedet oleum et sal suae usioni quod satis siet, uasarium uict. II.

c. CXLVI.

Oleam pendentem hac lege uenire oportet.

1. olea pendens in fundo Venafre uenibit.

2. qui oleam emerit, amplius quam quanti emerit, omnis pecuniae centesima accedet. praeconium praesens SS L et oleum, Romanici p. ∞ uiridis p. CC., oleae caducae M̊ L, strictiuae M̊ X, modio oleario mensum dato, ungulnis p. X. ponderibus modiisque domini dato . . . . . iri primae cotulas duas.

(2.) 3. dies argento ex. k. Nou. mensium X. oleae legendae faciundae, quae locata est et si emptor locarit, idibus soluito.

4. recte haec dari fierique satisque dari domino aut cui iusserit promittito satisque dato arbitratu domini. douicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo illata erunt pigneri sunto. ne quid eorum de fundo deportato; si quid deportauerit domini esto.

(3.) 5. uasa torcula funes scalas trapetos si quid et aliud datum erit salua recte reddito, nisi quae uetustate fracta erunt. si non reddet, aequum soluito.

6. si emptor legulis et factoribus qui illic opus fecerint non soluerit, cui dari oportebit si dominus uolet soluat. emptor domino debeto et id satis dato, proque ea re uti s. s. e. pignori sunto.

Zu c. 144.

cl. 2, Für eo die haben L. und M: hodie;
für legerit alle Handschriften und Ausgaben: delegerit.

Wie Usener im Rhein. Mus. Bd. 19. S. 142 bemerkt, ist das überflüssige de vermuthlich aus dem voraufgehenden die entstanden.

cl. 3, qui oleam haben L und M; die früheren Ausgaben oleam qui, welche Stellung dem Sprachgebrauch Catos entgegen sein dürfte.

cl. 5, reddet hat Gesner, ebenso L und M, Schneider dafür roddat. Statt des folgenden aequas hat L: eqque, M: eque, P,: eaeque. Usener a. a. O. ergänzt wohl richtig aut [uiri boni] arbitratu deducetur.

cl. 6, aut Conjectur statt id, was Handschriften und Drucke geben; denn was bereits resolvirt ist darf nicht mehr deducirt werden, wol aber ist dem Gläubiger ein zwiefacher Weg zu seiner Befriedigung zu eröffnen; vergl. c. 145, 5, und c. 146, 5 neben c. 145, 9.

cl. 11, et faciunda fehlt in L.

cl. 12, ita vor non iurauerit, was die neueren Ausgaben haben, fehlt in L. und M. Wie die falsche Lesart aus dem voraufgehenden ita iurauerint erwachsen, ist leicht zu sehn.

Zu c. 145.

cl. 2, si sex iugis uasis was Gesner und Schneider geben, beruht auf Conjectur und ist doch kaum verständlich. P,: ex uigis; L: uasis] si uasis; M: sis ex lugis uasis. Usener rechtfertigt: sei Xiugis uasis, was mit Cato c. 10, 1 verglichen auf Arbeit mit doppeltem Geschirr zu beziehen wäre.

cl. 3, qui eam hat Schneider nach allen Ausgaben, deren einige auch ei qui eam geben, aufgenommen, während Gesner quis eam beibehalten hat, womit L. und M. übereinstimmen. Conjectur Usener's ebenda S. 144: qui sam.

cl. 8, ne quem hat Schneider, desgleichen L. und M: ne quę; Gesner dafür: neque.

cl. 11, Accedet Schneider L und M; Gesner: accedere, was ihn denn auch die voraufgehende Interpunction zu verleugnen zwingt.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Zu c. 146.

cl. 2, Der verderbte Schluß nach M: iri priprimae cotulas duns.

cl. 4, Für cui insserit hat L: qui insserit, M: cuius serit.

Das Verständnis der einzelnen Clauseln wird gefördert wenn man die entsprechenden in den verschiedenen Kapiteln mit einander vergleicht. Wie der Käufer zu der Stellung kommt, die ihm 144, 1 und 145, 3 vorbehalten wird, erklärt sich aus c. 146, insbesondere aus Cl. 3, und 6. — Cl. 7 und 10, in c. 144 steht der Cl. 3 in 145 parallel, der zweite Satz von 144, 7 aber dem 145, 5. Denn auch hier (145, 5) ist die Voraussetzung "si non praebuerit quot opus erunt," d. h. wenn der Redemptor die erforderliche Zahl von Arbeitern nicht gestellt hat; alsdann muß die Lücke durch conductio operarum oder durch locatio operis gefüllt werden; der dominus fundi schließt diese Geschäfte im eigenen Namen und Interesse, er ist aus denselben verhaftet, hat aber sobald er zahlte Regreß wider den Redemptor der seiner Verpflichtung ungenügend nachgekommen ist. — c. 144, 5 entspricht 146, 5; c. 144, 8 ist dem c. 145, 6, dagegen 144, 3 dem 145, 7 zu vergleichen. "qui legerint omnes", "factores qui oleam fecerint iuranto", nach gethaner Arbeit soll der Eid von allen einzelnen geleistet werden; "quae eius pars erit omne deducetur" (145, 7) entspricht dem "quod is legerit omne, pro eo argentum nemo dabit" (144, 3).

"accessiones" werden 144, 13, 145, 11, 146, 2 erwähnt. Bei den Locationen werden hiemit die Naturalleistungen bezeichnet, die der Herr des Grundstücks zu dem eigentlichen Lohn zulegen soll, nur eventuell statt der schuldigen "olea salsa" Geld. Daß die eigentliche merces in Geld verabredet wurde, scheint ebenso aus diesen Naturalzuschlägen, wie aus dem Fehlen jeder auf ein Quotenverhältnis am Ertrage hinweisenden Andeutung sich zu ergeben. Bei dem Kaufgeschäfte bestehen die Accessionen theils aus kleineren Geldzuschlägen, theils aus Naturalien. Für die Geldzahlungen wird dann (146, 3) dem Käufer noch ein Ausstand von Jahresfrist von den Novemberkalenden an bewilligt, ausgenommen die Summen,

welche der Käufer für Lesen und Pressen des Oels zu zahlen hat. Diese, gleichviel ob Verkäufer oder Käufer die bezüglichen Contracte geschlossen, "quae locata est, et si emptor locauit", sollen schon früher "idibus", aber an welchen? proxumis oder Nouembribus? gezahlt werden. Damit hängt die Schlußclausel zusammen, die früher, wol nur wegen falscher Interpunction, meist unverstanden geblieben. Schneider sagt:

> emtor domino debeto] haec usque ad extremum nemo explicauit, nec equidem possum intelligere.

Der Käufer übernimmt so die leguli wie die factores dieser Oellese zu bezahlen; unterläßt er es nachher, so ist dies für den dominus fundi, wenigstens wo dieser selbst mit jenen contrahirt hätte, gefährlich. Der Dominus wahrt sich daher das Recht in solchem Fall die Arbeit selbst zu zahlen ("si dominus volet solnat"); was er zahlt soll der Käufer ihm schulden, Caution dafür leisten ("emptor domino debeto et id satis dato"); außerdem ist ein Pfand dafür verabredet.

Von all den einzelnen Clauseln machen am meisten Noth 144, 11 und 12. Nur auf die Worte gesehn würde das "ne quis conciat . . ." am besten als Erläuterung zu "assiduos hom." zu verstehen sein: Leute die bei der Arbeit bleiben, also namentlich nicht dahingehn wo sie bei der olea legunda oder faciunda mehr zu verdienen glauben; oder schlechthin die nicht gehn, da durch ihr Gehen, und das dadurch nothwendig werdende Heranziehn andrer (vgl. 144, 7, u. 146, 5) das Sammeln und Pressen der Frucht leicht vertheuert werden könnte; nur die dürfen fort, welche der Redemptor ausdrücklich als Arbeiter nur für den Augenblick bezeichnet hat, "in praesentiarum," so lange sie eben bleiben wollen. Dann scheint es am natürlichsten auch Cl. 12 noch mithineinzuziehn, so daß 10—12 nur eine Clausel ausmachten: ginge aber doch einer von der Arbeit weg, der nicht als socius in praesentiarum genannt worden, so könnte von allen andern Arbeitern ein Eid erfordert werden; welches Inhalts ist nicht gesagt, vielleicht promissorisch, daß sie alle bleiben und aushalten wollen; wer nicht schwört, verliert seinen Theil, "pro ea olea legunda et faciunda nemo dabit neque debebitur ei qui ita non iuraverit." Kann sein auch, daß der Eid assertorisch gewesen, und dafür spräche die Analogie der andern hier vorkommenden Eide: jeder müßte schwören nicht fort gewesen zu sein, wer das nicht schwören konnte für den ward

Senato della Repubblica - Archivio Storico

nichts bezahlt, und wer überall nicht wiederkam, konnte natürlich auch nicht schwören. Von den Bedenken gegen diese Auslegungen schreckt mich am wenigsten, daß wenn der dominus mit dem redemptor contrahirt hat, dem einzelnen Arbeiter von dem dominus nichts geschuldet wird, worauf doch das "debebitur ei" zu weisen schiene. Cato ist nicht so ängstlich im Ausdrucke wie die späteren, insbesondere Juristen; er nennt das Sclavenweib, die Frau des Vilicus, auch "uxor" (c. 143, 1), während bei Columella schon nur von "contubernium" "contubernalis" (XII, 1.) die Rede ist. So dürfte das "quod ei debebitur" nicht mehr zu bedeuten haben als "quae eius pars erit" in c. 145, 7. Weit bedenklicher ist, daß der Ausdruck "socius" vom einzelnen Arbeiter zu verstehen wäre; 145, 8 "socium ne quem habeto, nisi quem dominus iusserit aut custos" müßte sich dann auch derselben Auslegung fügen. So hätte man in beiden Locationsleges zwei Angaben über die Zahl der Arbeiter, von denen je eine überflüssig schienen:

c. 144, 7: legulos quot opus erunt praebeto et strictores,
und 10: assiduos homines quinquaginta praebeto, duas partes strictorum praebeto.

c. 145, 3: homines eos dato qui placebunt aut custodi aut qui eam oleam emerit;
und 8: socium nequem habeto . . . .

In c. 145 ist dieser Ueberfluß noch unbequemer als in c. 144; denn in diesem wäre die eine Angabe (144, 7) ganz allgemein, die andere auf ein bestimmtes Grundstück bezüglich; in c. 145 aber ständen beide Angaben gleichbedeutend nebeneinander, vorausgesetzt daß man den Unterschied nicht aus einer präcisen Auffassung des "iusserit" herleiten möchte, was auch wieder Bedenken hat. Sollten dominus oder custos in der That wegen jedes einzelnen von den etwa fünfzig Arbeitern einen wirklichen Iussus geben müssen? und dann wäre dazwischenstehend Cl. 3 erst recht sinnlos.

Wer sind überall diese Arbeiter, legulī strictores und factores, Freie oder Sklaven? Für Sklaven spricht das Wort "homines", 144, 10 und 145, 3. Auch 10, 1 und 11, 1 sind homines die Sklaven, die zur Einrichtung eines Grundstücks gehören. Aber, wie schon bemerkt, der Sprachgebrauch Catos ist kein sorgfältiger. Wider die Sklaven zeugt Varro in der schon angeführten Stelle (de R. R. I. 17, 2), der gerade die "res maiores ut uindemias conducticiis liberorum operis" zu betreiben räth, und nicht

sagt daß man zu gleichem Zwecke auch Sklaven miethen könnte. Ueberhaupt habe ich bei Cato Varro und Columella nicht einen zweifellosen Hinweis gefunden, daß Sklaven zu Feldarbeiten vermiethet wurden. Doch soll die Möglichkeit hiervon keineswegs in Abrede gestellt werden. Aber möglich war es sicher auch Freien die Arbeit zu übertragen. Hier contrahirt der Grundherr mit dem Redemptor, welches Rechtsverhältniß aber bestand zwischen diesem und den einzelnen Arbeitern? Dienstmiethe oder Gesellschaft. Juristische Bedenken stehn dem letztern gewiß nicht entgegen, aber ob es bei den Römern Brauch gewesen, ist freilich eine andere Frage. Arbeiterassociationen, die dem großen, zumal in dem Besitz von Sklaven niedergelegten Capital Concurrenz gemacht, und zwar, wie die Geschichte lehrt, ohne Erfolg auf die Dauer, erwecken wegen ihrer Aehnlichkeit mit modernen Erscheinungen einen Verdacht wider sich, den zu beseitigen die hier vorliegenden Zeugnisse wol nicht ganz ausreichen. — Uebrigens sind wir, wenn wir den Ausdruck socii auf die Arbeiter beziehn, doch nicht geradezu gezwungen das Rechtsverhältnis einer Societät zwischen ihnen und mit dem Redemptor vorauszusetzen, wie dies die Analogie der "socii nauales" ergibt. . . . .

Sollten die socii in unsern Leges aber nicht Arbeiter sein, so müssen sie Mitunternehmer des Redemptors werden. Das paßt in c. 145 leidlich: Cl. 3 und Cl. 8 werden nun gut unterschieden, Arbeiter sollen nur nicht trotz Mißbilligung gestellt werden, die Annahme eines Mitredemptors setzt ausdrückliche Billigung voraus. Aber verstand sich dies letztere denn nicht von selbst? Aus c. 144 tritt ein ähnliches Bedenken noch deutlicher hervor.

ne quis concedat . . . .: kein Mitredemptor soll zur Vertheuerung des Geschäfts hinzutreten, außer wenn er sofort als socius namhaft gemacht ist.

Aber warum dies so pacisciren, statt einfach nur mit Einem Redemptor abzuschließen? Und wenn dieser einen außerhalb des Contracts mit dem dominus stehenden socius hatte, wie konnte dadurch die olea legunda et facienda vertheuert werden? Und was heißt dann das folgende: "si quis aduersum ea fecerit"? ein socius wider diese Satzungen zugetreten wäre? aber dies wäre ja lediglich Schuld des dominus, der sich mit ihm eingelassen, da jeder socius redemptoris mit dem der dominus sich in keiner Weise eingelassen, diesem ebenso in keiner Weise nachtheilig sein würde? Also würde

Senato della Repubblica - Archivio Storico

das "si quid aduersum fecerit" nicht sowol auf das unmittelbar Vorangehende, denn als Schlußclausel auf alles vorher bedungene zu beziehen sein. Auch so wird die Sache nicht glatt. Wer soll nun schwören? iurent omnes socii? Bisher, zumal in Cl. 6 schien nur Ein Redemptor zu sein, Cl. 11 wird nur eng bedingt ein socius desselben zugelassen, und nun plötzlich "omnes socii", wie Cl. 3 "qui legerint omnes" und 145, 7 "factores omnes iurunto." Und was sollen diese Redemptoren socii beschwören? assertorisch oder promissorisch? — Vielleicht ist für die Stellung eines solchen Conductionssocius einiges aus fr. 1 de loco publ. fr. 43, 9 zu entnehmen.

Mommsen (a. a. O. S. 848) übersetzt:

Es soll [bei der Licitation von den Unternehmungslustigen] niemand zurücktreten, um zu bewirken daß die Olivenlese und Presse theurer verdungen werden; außer wenn [der Mitbieter den andern Bieter] sofort als seinen Compagnon namhaft macht. Wenn dagegen gefehlt zu sein scheint, so sollen auf Verlangen des Gutsherrn oder des von ihm bestellten Aufsehers alle Compagnons [derjenigen Association mit welcher der Accord abgeschlossen worden ist] beschwören [nicht zu jener Beseitigung der Concurrenz mitgewirkt zu haben]. Wenn sie den Eid nicht schwören wird der Accordpreis nicht gezahlt.

Völlig befriedigen kann diese Auslegung auch nicht. Sie wird durch keine ähnliche Clausel der andern Leges unterstützt, und das Resultat ist bedenklich an sich. Vertheuerung der Arbeit durch Zurücktreten eines andern Unternehmungslustigen ist nur denkbar wo der andere Concurrent nicht Compagnon des ersten wäre, daher wird kaum ein Fall zu finden sein, wo von der Exceptionsclausel praktisch Gebrauch gemacht werden könnte. Nebenher aber kann man nicht einen Unternehmungslustigen in dem nachher zu schließenden Contracte verantwortlich machen für das was seine Concurrenten vor geschlossenem Contracte gethan haben mögen; höchstens für das was er selber früher gethan, jene zum Zurücktreten zu bestimmen; aber gerade hierauf weisen Catos Worte offenbar nicht. Sodann kann ich trotz der erklärenden Bemerkung Mommsens, daß der Unternehmer einer Gesellschaft, nicht ein einzelner Capitalist sei, werde stillschweigend vorausgesetzt, nicht über das auch vorhin angedeutete Bedenken fortkommen, die omnes socii, in die Stelle des bis dahin ausschließlich genannten einen Redemptors ohne weiteres eingerückt zu sehn.

Sonach erscheint 144, 10—12 nicht so sehr unverständlich wie mehrdeutig; freilich meist ein Zeichen, daß die richtige Deutung noch nicht gefunden ist.

Einige der angeregten Bedenken mögen durch die Bemerkung zwar nicht gehoben aber doch abgestumpft werden, daß die Leges bei Cato nicht reine Vertragsformulare sind, in welche die Contrahenten nur Namen und Zahlen hineinzusetzen hätten, vielmehr Rathschläge des erfahrenen Landmanns an jüngere, worauf diese bei Abschluß von dergleichen Verträgen ihr Augenmerk zu richten haben. Wenn ich sie dennoch nach wie vor Formulare nenne, oder mit ähnlichen Ausdrücken bezeichne, so geschieht dies weil ich einen ganz richtig bezeichnenden Namen nicht gefunden habe, und hoffe der Leser wird sich vor Mißverständnis zu wahren wissen. Der Charakter unserer Leges zeigt sich sehr deutlich in einer oft mißverstandenen Stelle:

> c. 149. Qua lege pabulum hibernum uenire oporteat, qua uendas fini dicito. pabulum frui occipito ex kal. Septembribus; prato sicco decedat ubi pirus florere coeperit, prato irriguo ubi super inferque uicinus permittet (?) tum decedito, uel diem certam utrique facito. cetero pabulo kal. Mart. decedito.

"qua uendas fini" darf von localen Grenzen nicht verstanden werden, diese zu zeigen lag hier nicht mehr Grund vor als bei dem Verkauf der olea und uinea pendens, ja auch den Locationen oleae legundae und faciundae. Aber das mußte dem Landmann gesagt werden, daß "pabulum hiberum" kein an sich bestimmter Begriff ist: willst du Irrungen vermeiden, so mach gleich sicheres aus, der Anfangspunkt ist der erste September, den Endpunkt bestimm entweder nach der Birnenblüthe und dem Thun und Treiben der Nachbarn, oder nenn auch hier einen festen Termin ("diem certam utrique", nämlich für Ende wie Anfang), etwa den ersten März. Gewis falsch in diesem Zusammenhang ist "permittet", der Verkäufer hängt von dem guten Willen der Nachbarn nicht ab und hätte keinen Grund die Dauer der Berechtigung des Käufers willkürlich von solchem, seiner Natur nach rein willkürlichem Moment abhängig zu machen. Die Erklärung Rudorffs a. a. O. scheint mir überkünstlich; zudem fehlt dem "permittet" die Beglaubigung

Senato della Repubblica - Archivio Storico

durch achtbare Handschriften, statt derselben geben Pol. L. und M. übereinstimmend promittet. Dem scheint der Sinn zu entsprechen: Käufer benutz du mein Land um pabulum hibernum zu gewinnen so lange wie mein Nachbar drüber und mein Nachbar drunter das ihrige ebenso benutzen, wenn sie ihr Vieh wieder austreiben, dann zieh ab. Auch das "cetero pabulo" ist nicht ganz flüssig; ist es richtig, so giebt Cato ein Beispiel utriusque diei certae nicht für das ganze pabulum hibernum, sondern nur für das von der Riefelwiese, für die trockne Wiese bleibt's bei der Birnenblüthe.

Ueberblickt man nun die beiden Locationsprogramme im ganzen, so wird man zunächst dem Eindruck nicht entgehn, daß die einzelnen Clauseln bunt unter einander geworfen sind. Und doch sind die Spuren einer gewissen Ordnung und Symmetrie unverkennbar. Voran beidemal Bestimmungen wie die Arbeiten auszuführen seien; am Schluß die Accessionen; nicht weit hiervon die Norm wegen des socius; weiter vorn wie viele Arbeiter vom Redemptor zu stellen sind, und bald dahinter wie der Dominus zu entschädigen wäre, wenn der Redemptor in dieser Beziehung seinen Verpflichtungen nicht vollkommen nachkommen sollte. Aber gerade hiebei zeigt sich im c. 145 auch wieder der Mangel von Ordnung: Clausel 3, und 5, gehören dem Sinn nach offenbar zusammen (vgl. c. 144, 7), doch ist hier das lakonische "trapeti facito" zwischen geflickt, das man eher vor Clausel 3, in unmittelbarem Anschluß an die gleichartigen Clauseln 1, und 2, erwarten sollte. Eben dahin scheint Cl. 10. "si uiride opus siet facito" zu gehören. Auch Cl. 9. "si quid redemptoris opera domino damni datum erit" steht, mit c. 144, 6 verglichen, hier zu spät. Im c. 144 dürfte es besonders schwer sein einen rationellen Grund für die Stelle, die Cl. 4 "olcam cogi recte satisdato arbitratu L. Manlii" gefunden, zu entdecken.

Zur Erklärung dieser Anschauung wird man zweierlei zu beachten haben. Einmal daß die Römer überall nicht so wie wir auf systematisch strenge Ordnung zu halten pflegten, insbesondere das ganze Buch Catos de re rustica von einer wenig ängstlichen Disposition zeugt; sodann die Schicksale die eben dies Werk erfahren hat. Völlig getreue Verbreitung eines Urtextes ist erst seit Erfindung der Druckerkunst möglich, viele Abschriften enthalten stets viele und mannigfaltige Abweichungen. Besonders mußten die vor Einrichtung eines regelmäßigen Buchhandels erschienenen Schriften

Veränderungen, zufälligen und absichtlichen, unterliegen. Catos Werke gehören in diese Kategorie, und die großen Umgestaltungen die was davon auf uns gekommen erfahren hat, sind längst anerkannt; man vergleiche vornehmlich Keil (obs. cr. in Cat. p. 76):

> haec tam incondite quam nunc leguntur ab eo composita esse nunquam adducar ut credam, sed quod in singulis uerbis factum esse ostendi, idem in uniuerso libro accidisse arbitror. nam cum capitibus, iisque magnam partem brevissimis, praecepta disposita essent, facile fieri potuit, ut haec inter se confunderentur; quo simul hoc accidit, ut alia omitterentur alia bis ponerentur, aut quae Catonis non erant adniscerentur et prisca oratio mutaretur; uerum enim uero cum antiquissimo tempore hic libri ordo quem nostri codices praebent constitutus sit, in genuina forma restituenda operam et tempus perdendum esse nego.

Zu vielen einzelnen von Keil erbrachten Belägen noch folgendes. In unserm Cato de R. R. steht:

> c. 11: quomodo uineam fugerum C. instruere oportet: uilicum, uilicam, operarios X, bubulcum I, asinarium I, salictarium I, subulcum I; summa homines XVI;

was ersichtlich richtig gerechnet ist. Dagegen lesen wir bei Varro de R. R. I. 19, §. 1 als Ansicht des Cato:

> ut dicat haberi oportere haec XV mancipia: uilicum, uilicam, operarios X, bubulcum, asinarium, subulcum.

Ebenso richtig addirt, aber unter Weglassung des salictarius. Ob nun Cato selber für 15 oder 16 Sklaven gewesen, wird schwer zu entscheiden sein, gewis aber ist daß das Exemplar aus dem die in die Neuzeit gekommenen Codices abgeschrieben worden, und dasjenige das dem Varro vorgelegen, schon diese schwerlich aus bloßem Versehen erwachsene Differenz enthalten haben.

Catos de re rustica war das Werk eines Praktikers, für andere Praktiker geschrieben; wer es sich abschreiben ließ, ließ es für seine Zwecke mit den von ihm beliebten Aenderungen abschreiben, dieser so, jener anders. Das Fehlen einer äußerlich hervortretenden Ordnung im Ganzen wie in den einzelnen Theilen kam den beabsichtigten Zusätzen und Auslassungen entgegen, zugleich begünstigte es zufällige Versehn der Abschreiber. Was Keil von der

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Gestalt des Ganzen sagt, gilt gewis nicht weniger für unsre Locationsformulare, auch hier haben wir von Cato herstammendes, aber schwerlich unverändert in ursprünglicher Form, sondern mit Umstellungen Auslassungen Zusätzen.

Auffällig ist der in c. 144 und 145 dreimal genannte Name des L. Manlius. Im c. 152 findet sich noch

de scopis uirgeis q. a. m. Manlii monstrauerunt.

Andere Lesart für "Manlii" "Memius". Sie mag auf sich beruhn, da kein Zusammenhang zwischen diesen Manliern und dem vorher genannten Lucius nachzuweisen ist. L. Manlius wird genannt zweimal als Herr des Grundstücks (fundo L. Manlii), und einmal als der dessen arbitratus maßgebend sein soll für die Satisdation des Redemptors. Im ganzen übrigen Buch wird L. Manlius nicht wieder aufgeführt; ebensowenig andre Namen in ähnlichen Beziehungen. Daher möchte ich auch hier die Ursprünglichkeit des Namens bezweifeln. Vielleicht war dieser Manlius Besitzer eines Exemplars des Catonischen Werks, bei dem er in die Formulare deren er sich oft bediente seinen Namen hatte eintragen lassen. Daß das ganze uns erhaltene Werk Catos an einen L. Manlius gerichtet gewesen, wie Nitzsch (Zschr. f. Alt. W. 1845, p. 493 f.) behauptet, ist nach dem eben bemerkten nicht wahrscheinlich.

Mit noch größerer Sicherheit aber glaube ich von den beiden auf die Zahl der zu stellenden Arbeiter bezüglichen Parallelclauseln (c. 144, 7, u. 10) die eine als späteren Zusatz erweisen zu können. Cato liebt wohl specielle Zahlen anzugeben, aber nicht in irrationeller Weise: auf soviele Morgen gehören soviele Arbeiter, Thiere, in den Raum soviele Gefäße; daß aber zu jeder Oelese 50 homines assidui erforderlich seien, scheint ganz in der Luft zu schweben. Die Clausel erklärt sich, wenn man annimmt, daß L. Manlius etwa für sein Grundstück fünfzig Mann zu gebrauchen pflegte.

Neben der mangelhaften Ordnung zeigen die Formeln alterthümliche Schwerfälligkeit, die auf wenig entwickelte Rechtszustände hinweist. In auffälliger Weise wird vieles ausdrücklich bestimmt, wovon man annehmen möchte daß es von selber sich habe verstehen müssen: "scalae ita uti datae erunt ita reddito, nisi quae uetustate fractae erunt" (c. 144, 5, cf. c. 146, 5); "si quid redemptoris opera domino damni datum erit, resoluito" (c. 144, 6, c. 145, 9); "de fundo ligna et oleam ne deportato"

(c. 144, 8); "oleum ne tangito utendi causa neque furandi causa" (c. 145, 6). Ebenso schwerfällig wie die Aufzählung der einzelnen Pflichten des Redemptors ist die genaue Vorausbestimmung der Folgen des Zuwiderhandelns, insbesondere der Abzüge die der Locator zu machen befugt sein soll (c. 144, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 12; c. 145, 5, 6, 7, 9). Auch daß man auf den juristisch unwirksamen Eid glaubt recurriren zu müssen (c. 144, 3, 12; c. 145, 7), zeugt von Ungeschick bei Behandlung von Rechtsgeschäften. Zu interessanten Folgerungen giebt vornehmlich das dem "nemo soluet" und "deducetur" fast überall folgende "neque debebitur" Anlaß; davon gleich nachher. Unmittelbar aber scheint die unbefangene Betrachtung dieser Leges die Unrichtigkeit der Kellerschen Ansicht herauszustellen, welche die bonae fidei judicia bis zu den 12 Tafeln zurückführt und in die l. a. per judicis postulationem hineinzwängt. Denn der Hauptunterschied der späteren bon. fid. Processe von den strengen Rechtssachen besteht darin, daß der Richter nicht auf wenige Thatsachen zu sehen hat sondern auf viele, nicht blos auf einzelne nach Maßgabe der Formel leicht aufzuzählende Punkte, sondern auf alle die ihm für diesen Fall billig in Betracht kommen zu müssen scheinen; so nach Cicero wie nach Gajus. Freilich möchte ich zugeben nicht blos, sondern auch behaupten, daß die bonae fidei Actionen, und speciell die aus Consensualcontracten, nicht alle zu gleicher Zeit in Rom zur Anerkennung gekommen, zugegeben wenigstens, daß die a. empti und die a. venditi ausgebildet waren, wie man mit der Klage aus der locatio operis noch nicht sich vertraut gemacht hatte; aber daß nachdem man Jahrhunderte lang der Verhandlung zahlreicher bon. fid. Sachen auf offenem Markte beigewohnt, und hiebei sich gewöhnt hatte den Richter viele Momente beachten zu sehn auf die niemand ausdrücklich ihn hingewiesen, man dennoch bei einem Geschäfte das im Leben häufig wiederkehrte nicht anders sich zu helfen gewußt hätte als durch ängstliche Specialverabredungen für alle möglichen Eventualitäten, das scheint doch dem vielbewährten praktischen Takte der Römer stracks zuwiderzulaufen, und darum völlig unglaublich.

Das eben erwähnte "neque debebitur" oder "tanto minus debebitur" folgt in der angegebenen Stellung im c. 144 fünf Male (2, 3, 7, 8, 12), in c. 145 zwei Male; bisweilen wird es als selbstverständlich ausgelassen (c. 144, 5, 6; c. 145, 5, 9), denn daß hier nicht abweichende Rechtsfolgen in der Absicht liegen, zeigt

Senato della Repubblica - Archivio Storico

290

schon die Parallele von c. 144, 7 mit c. 145, 5. Ueberall, wo der Dominus berechtigt ist dem Redemptor einen Abzug zu machen, soll dies angesehen werden, als ob er jenem so viel weniger schulde. Das versetzt uns in eine Zeit der die processualische Durchführung der Compensation auch bei zweiseitigen Geschäften noch nicht geläufig war, und die vermuthlich mit Exceptionen überhaupt umzugehn, wenigstens mit solchen "quae minuunt damnationem", noch nicht recht gelernt hatte.

Der Redemptor soll soviel zu fordern haben an Geld. Er hat andres dagegen zu leisten; kommt er aber dieser Leistungspflicht nicht nach, so erwachsen auch dem Dominus wieder den Redemptor Geldforderungen. Nichts scheint uns heut zu Tage einfacher als beide Forderungen einem Richter vorzulegen, der diese von jenen abzuziehn, und nur den Ueberschuß dem Kläger zuzusprechen hat. Das lag auch im Amt eines Römischen Richters der späteren Zeit; aber nicht schon der Catonischen. Hier soll der Richter nichts thun als Dasein und Höhe Einer Forderung prüfen; und zweifellos wahr ist, daß die Existenz einer Forderung des B an A, ohne weiteres die Forderung des A an B weder aufhebt noch verringert. Das Gegenüberstellen Abrechnen und durch Rechnung Aufheben zweier Forderungen, das jede Art der Compensation voraussetzt, lag außerhalb der Thätigkeit eines Richters der Zeit; selbst das deducere eines gewissen Betrags von der schuldigen Summe darf ihm nicht überlassen werden, er kann nur sagen: so groß ist die Schuld an sich. Darum müssen die Parteien in ihrem Vertrage die Deduction zum voraus selber vornehmen, und selber ausmachen "quanto minus debebitur". So schaffen sie sich thatsächlich die Vortheile der Compensation, die in der Form des Processes damals noch nicht durchzusetzen war. Man kann dies so ausdrücken, durch Pactum wurde die Compensation in die Entwicklung der Rechtsverhältnisse welche dem Proceß vorausgeht verlegt; auch wol, vertragsmäßig werde hier ein ipso iure compensari ausbedungen.

Es scheint, daß wir in diesem Gebrauch auch die Erklärung der alten Regel zu suchen haben, daß impensae necessariae ipso iure minuunt dotem. Dernburgs Entwickelung derselben (Compens. S. 99 f., bes. S. 116) ist fein aber nicht haltbar. Er erklärt sich dawider, die Dos als Summe dessen zu bestimmen was die Frau ihrem Manne eingebracht hat zu ehelichen Zwecken, sonst „könnte sie sich nicht mehr verändern." Nun wächst aber die Dos

auch später noch und wird vermindert; „ihre Größe bestimmt sich nach dem wechselnden momentanen Stande seiner Bereicherung; wir können sie definiren als den jemaligen Zuwachs zu dem Vermögen des Mannes, der ihm zur Bestreitung der ehlichen Kosten durch die Frau zukam." Alsdann sollen, nach D., nothwendige Ausgaben nur solche sein, welche der Mann nach juristischer Nothwendigkeit für die Dos machen mußte. „Hatte nun der Mann solche Verwendungen gemacht, so war sein Vermögen zwar einerseits um den Betrag der inferirten Sachen vermehrt, andrerseits gerade im Gefolge der Dotation um die ausgelegten Kosten gemindert, und die Dos selbst ist — besteht sie anders wirklich in dem durch die Dotaleinlage veranlaßten jeweiligen Zuwachs zu seinem Vermögen — um den Betrag dieser Auslagen kleiner geworden."

Die Prämissen rechtfertigen die Folgerung anscheinend: ist wirklich der Mann rechtlich gehalten, gewisse Impensen auf die Dos zu machen, und besteht die Dos in der jemaligen Mehrung seines Vermögens, so findet eine Minderung der Dos von Rechtswegen (ipso iure) statt, so oft Anlaß gegeben wird zu solchen Impensen. Da nach Dernburg imp. necessariae den Charakter von Schuldzahlungen bekommen, und Schulden selber schon negative Bestandtheile eines Vermögens sind, so wäre der scharfe Schluß: Die Ereignisse, welche nothwendige Impensen bedingen, verringern die Dos ipso iure. Aber ist dies wirklich der Satz den die Römischen Juristen mit den Worten impensae necessariae ipso iure minuunt dotem zu bezeichnen pflegten? Dies scheint ebenso bedenklich wie die Vordersätze an sich, aus denen der Schluß gezogen wird. Ist die Dos die abstracte Mehrung des Vermögens des Ehemanns? Doch wol nur wo sie venditionis causa aestimata ist; sonst überall ist sie der Inbegriff der Sachen, die dem Mann von gewissen Personen zu gewissen Zwecken und mit eventueller Restitutionspflicht überlassen sind. Daß die Dos sich mehrt und mindert, erklärt sich eben daraus, daß die Dos aus einzelnen Sachen besteht die der Veränderung unterliegen; und Impensen sind auch nur auf die concreten Dotalsachen möglich, eine Rechtspflicht Verwendungen auf eine abstracte Vermögensmehrung zu machen ist geradezu undenkbar. Ebensowenig kann die Definition der imp. necessariae genügen, obwol sie im fr. 4 de impens. (Paull.) einigen Anhalt findet; Ulpians Worte fr. 1 §. 1 eod.:

Senato della Repubblica - Archivio Storico

necessariae impensae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem impendendi

lassen sich beliebig andeuten. Der Begriff der imp. necessariae wäre nach D. kein im Leben erwachsener und aus dem Leben ins Recht übertragener, sondern recht eigentlich ein Produkt der Jurisprudenz; was völlig unglaublich wird, sobald man sich erinnert daß imp. necessariae nicht blos bei der Dos, sondern auch gegenüber der rei uindicatio der hereditatis petitio und andern Klagen in Frage kommen. Bonae und malae fidei possessor sind doch gewiß nicht rechtlich gehalten gewisse Verwendungen auf die von ihnen besessenen Sachen zu machen. Oder wäre der Begriff der imp. necessariae ein anderer bei der Dos, ein anderer wo sonst von ihnen gehandelt wird?

Impensae necessariae sind nach traditioneller Definition diejenigen die, wie auch wir wol zu sagen pflegen, nothwendig für die Sache, d. h. nothwendig für Erhaltung der Sache sind. Der Begriff ist entstanden im Leben, ohne hier, wie mancher andere der Art ebenso, sogleich zu scharfen Umrissen gelangt zu sein. Das Bedürfnis fester Umgrenzung trat hervor wie die juristische Bedeutung des Begriffs erkannt wurde. Man kam bald dahin was nothwendig "ad praesentis anni fructum" von den eigentlichen imp. necessariae zu unterscheiden; andererseits zeigt dieselbe Stelle Ulpians (fr. 3 §. 1 de imp.), daß man auch bei der Definition „unentbehrlich zur Erhaltung" sich nicht beruhigen mochte, denn auch "ad perpetuam utilitatem agri", "si non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum" est. — Daneben beschäftigte eine andre auf die Impensen bezügliche Frage, die sich aber auf das Gebiet des Dotalrechtes beschränkt, die Römischen Juristen. Der Mann hat die Verwaltung der Dos, Impensen die auf Dotalsachen gemacht werden müssen in der Regel von ihm ausgehn; wie weit sollte man seine rechtliche Verbindlichkeit solche Impensen zu machen erstrecken? Auch hier lag eine Unterscheidung nach der Natur der Impensen nahe. Paulus vereint in praktischer Weise beide Fragen: dieselben Verwendungen, zu deren Vornahme wir den Mann ihrer Nothwendigkeit wegen verpflichtet erachten, dieselben sollen wir auch nachher, wenn es sich um Restitution der Dos handelt, in der Classe der nothwendigen in Abzug kommen lassen. So scheint sich fr. 4 cit. genügend zu erklären. Wir bleiben dabei, daß weil die Impensen

nothwendig, der Mann sie zu machen rechtlich gehalten sei, nicht umgekehrt dieser Verpflichtung wegen die Impensen den Namen necessariae erhalten hätten.

Und die Regel: "impensae necessariae ipso iure minuunt dotem" wäre hiernach also entstanden. Verhältnißmäßig früh entwickelt sich die Anschauung daß der Mann bei Restitution der Dos die dringendsten Verwendungen die er gemacht, eben die imp. necessariae in Abzug bringen dürfe; eben dies gab zugleich eine gewisse Gewähr, daß er dieselben kommenden Falls nicht unterlassen werde. Stipulationen bei Bestellung der Dos, die Restitution betreffend, wurden Regel. Das Abzugsrecht ward hier verabredet, gerade so wie die Deductionen in den Catonischen Locationsnormen: "quas fecerit necessarias impensas deducentur, tanto minus debebitur"; oder vielleicht noch vollständiger so: "quas fecerit maritus nec. imp. qui recipiet dotem resoluto, aut deducentur, t. m. deb." Um eine Beschränkung der Restitutionsklage zu bewirken, ist die Minderung der Dos selber vertragsmäßig bedungen.

Doch nur den Keim unserer Regel sehe ich in den alten Stipulationsformeln. Von hier ging die Entwickelung aus. Der erste Schritt war vielleicht, daß die Abzüge die allgemein verabredet zu werden pflegten, bei der a. rei uxoriae, nach der Regel "in b. f. iudiciis uenire debent quae sunt moris et consuetudinis", auch da gemacht wurden, wo sie im einzelnen Falle nicht speciell bedungen waren; ein zweiter Schritt, daß dieselben Abzüge ebenso unbedungen auch bei Anstellung der a. ex stipulatu statt fanden. Damit war die Minutio der Dos durch diese Impensen zum Rechtssatz geworden; die Entwickelung ging noch weiter, derselbe Satz wurde zum zwingenden Rechtssatz, der durch Privatwillen nicht mehr zu beseitigen ist:

> fr. 5 §. 2 de pact. dot. (Paull.): etsi convenerit ne ob impensas dotales ageretur, pactum non est seruandum, quia tales impensae dotem ipso iure minuunt.

Die praktische Durchführung der alten Stipulationen wurde erleichtert dadurch, daß anfangs eine Dos in der baares Geld nicht enthalten gewesen zu den Seltenheiten gezählt haben dürfte, sodann durch die Geldcondemnationen; nichtsdestoweniger scheint der Satz den späteren Römischen Juristen Noth gemacht zu haben, wie fr. 5 de imp. (Ulpian) und fr. 56 §. 3 de j. dot. (Paulus) be-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

weisen, weil diese die Dos als Inbegriff concreter Sachen zu betrachten gewöhnt waren.

Nahe liegt die Frage, warum denn nun diese Gegenansprüche des Mannes, wegen der nöthigsten Verwendungen, in angegebener Weise die Minution der Dos herbeigeführt, nicht andre, propter mores propter liberos propter imp. utiles desgleichen? Meines Erachtens ist der Grund lediglich historischer Natur: weil in alter Zeit, d. h. so lange um die processualische Durchführung des deduci zu ermöglichen das tanto minus deberi im voraus mit ausgemacht werden mußte, diese andern Abzüge überhaupt nicht verabredet zu werden pflegten.

Doch zurück zu Cato und der Location. Eine der wichtigsten die besprochenen Leges betreffenden Fragen ist die nach den Rechtsmitteln. War die bloße Verabredung als zweiseitiger Consensualcontract klagbar? die Klage ein bonae fidei iudicium? Abgesehen von weiter her zu holenden Gegengründen, und dem schon vorher bemerkten, daß die Ausführlichkeit der einzelnen Verabredungen mit der Natur der b. f. iudicia, wie diese uns übrigens bekannt ist, schwer sich vereinen läßt, spricht zweierlei dawider: daß Cato bei dem gleich folgenden Kauf (c. 146 cl. 4) den Verkäufer stipuliren heißt, und auch bei Varro noch die Stipulationen beider Theile als die gewöhnlichen Folgen des geschlossenen Kaufs erscheinen, während doch schwerlich die Dienstmiethe vor dem Kauf ex consensu klagbar geworden; sodann die in den Locationsleges dreimal (144, 5 u. 6; 145, 9) vorkommenden Bezugnahme auf den arbitratus boni uiri, sollte die ganze Sache eventuell als praetorisches arbitrium behandelt werden, so verstand sich auch dieser arbitratus von selber.

Weit glaubhafter ist schon folgendes. Dominus und Redemptor paciscirten erst in freier Form. Dann promittirten beide Theile in der Stipulationsform, der eine nach Maßgabe der voraufgehenden Verabredungen die Arbeit zu schaffen, der andre entsprechend zu zahlen. Als möglich muß ich dies gelten lassen, kann aber daneben eine andre Vermuthung doch nicht unterdrücken. In c. 144 und c. 145 werden die Folgen, die den Redemptor bei ungenauer Contractserfüllung treffen, sehr genau verabredet, es sind Deductionen überall, von bestimmter oder arbitratu b. u. zu bestimmender Größe (c. 144, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 12; c. 145, 5, 6, 7, 9). Weil dies deduci so häufig und nichts andres als dies deduci erwähnt wird, muß man annehmen daß der Dominus auch

nur dies Recht und kein weiteres wider den Redemptor haben sollte. Umsomehr als Cato bei seinen Rathschlägen offenbar nicht unparteiisch ist, sondern überwiegend darauf sieht, daß der Grundbesitzer nicht zu Schaden komme. Und doch wird nirgends gesagt, daß wegen irgend welcher, auch der größten Contractsverletzung der Redemptor gehalten sein sollte aus eigenen Mitteln den Locator zu entschädigen. — Nur eine Clausel scheint dies doch anzudeuten (c. 144, 4). Bürgen können nur für Leistungen die man zu machen, nicht für Abzüge die man zu leiden hat, gestellt werden. Auffällig, daß in dieser Clausel, abweichend von c. 146, 4, und von dem was man auch hier zu erwarten berechtigt wäre, dem "satisdato" kein entsprechendes "promittito" voraufgeschickt wird. Ich erinnere dazu an das was oben über die Stellung dieser Clausel und den Namen L. Manlius bemerkt worden, und folgere aus dem allen, daß diese Clausel einer der vielen Nachcatonischen Zusätze in unserm Buch de R. R. ist, hineingeflickt zu einer Zeit wo man dem Redemptor gegenüber sich nicht mehr mit Abzügen begnügen mochte, sondern eventuell auch aus seinem Vermögen Entschädigung begehrte. — Streicht man hiernach diese Clausel aus dem ursprünglichen Catonischen Formular, so muß man annehmen daß die ganze Rechtshülfe des Dominus wider den Redemptor auf die Deductionsbefugnis sich beschränkt habe, daß eine Klage wider denselben unbekannt gewesen, mithin auch keine Stipulation vorausgegangen sein konnte. Fragt man ob ein solcher Rechtszustand möglich war, so ist dies unbedingt zu bejahn. Man contrahirte in dieser Weise nicht mit ganz unbekannten Leuten, und man bedurfte der Klage nicht, weil es unerhört war daß der Schaden den man aus den Contractsverletzungen des Redemptors erlitten, den Betrag der vom Locator zu zahlenden Summen überstiegen hätte. Vielleicht trägt auch Festus etwas zur Unterstützung dieser Ansicht bei:

> redemptores: antiqua consuetudine qui cum quid publice faciendum aut praebendum condixerant offecerantque, tum demum pecunias accipiebant, nam antiquitus emere pro accipere ponebatur.

Festus denkt zunächst an die, welche mit dem Staat (publice) contrahiren; es ist aber höchst wahrscheinlich daß nach diesem Vorgang auch in andern Fällen Redemptoren ihr Geld erst erhielten wenn sie ihre Arbeit vollständig geleistet hatten, und daß man eben dies Einbehalten der Zahlung als Hauptzwangsmittel betrachtete.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Jedesfalls muß das "effecerant, tum demum pecunias accipiebant" von besonderer Bedeutung bei den Redemptoren gewesen sein.

Daß auch seinerseits der Redemptor wider den Dominus eine Klage überall nicht gehabt, ist keineswegs zu behaupten; dem widerspricht schon das wiederholte "debebitur", noch entschiedener das "cui dari oportebit" in c. 146, 6. Gründe nun die Klage, ähnlich der bei den s. g. Innominatcontracten, aus der contractsmäßigen Ausführung der übernommenen Leistung? Wenn auch kein einzelnes Zeugnis direct dawider spricht, so scheint dies doch wenig in die Zeit Catos zu passen. Viel wahrscheinlicher daß der Grundherr durch förmliche Promission zur Zahlung sich verpflichtete. Daß Cato hiervon nichts sagt, erklärt sich aus dem schon angeführten Grunde, daß Cato überall nicht beiden Theilen, sondern nur dem contrahirenden Landmann mit gutem Rath helfen will; auch bei dem Kauf schweigt er über das was der verkaufende Grundbesitzer zu promittiren hatte. Also wäre die Klage eine a. incerti ex stipulatu, wie eine solche auch vor der l. Aebutia wol schon angestrengt werden konnte; denn erwiesen ist das höhere Alter jener Lex keineswegs. Welche Legisactionsform der Klage entsprach, darüber können wir nur vage Vermuthungen aufstellen: selbst die a. sacramenti mit Kellerschem Litisaestimationsanhängsel wäre nicht mit voller Sicherheit zurückzuweisen.

Schwerlich war der aus dem Stipulat erkennende Judex gehalten inzwischen auch nach den Clauseln 144, 5, 6, 145, 9 als ein bonus zu arbitriren. Wie nun, wenn einer von beiden Theilen ablehnte auf ein für die betreffenden Fälle verabredetes besonderes arbitrium sich einzulassen? Erstlich dürfte derartiges in jenen Zeiten kaum je geschehen sei; und zweitens ist wenigstens indirecter Zwang nicht undenkbar. Weigerte der Redemptor contractswidrig die Einlassung auf das arbitrium, so gab ihm der Prätor vorläufig auch kein iudicium; war der Promissor renitent, so wurde das iudicium ohne weiteres bestellt, wodurch diese Deduction ihm ganz verloren ging.

Aus der Schlußclausel des c. 149:

> si quid de iis rebus controuersiae erit Romae iudicium fiat,

der einzigen bei Cato die auf den Ort des Rechtsstreits eingeht, weiß ich nichts allgemeines zu entnehmen: beide Folgerungen, daß in allen andern erwähnten Fällen ein iudicium ebendort stattfinden

solle, indem die Analogie dies ergäbe, oder daß im Gegentheil sonst überall ein iudicium Romae nicht platz habe, da dies sonst ebenso gesagt sein müsse, scheinen gewagt. Das gedachte Judicium zu Rom soll sich beziehn auf Pfänder. Warum gerade dies nach Rom gewiesen wird? Vielleicht weil dort das betreffende Edict zuerst ausgebildet worden. Diese Verpfändungen sind überhaupt seltsamer Art (vgl. c. 146, 4), insbesondere die verabredete Strafe der unbefugten Fortnahme

> ne quid eorum de fundo deportato, si quid deportauerit domini esto

Eigenthumsübergang, und vielleicht gar bei res mancipi, einfach durch Vertrag? Dernburg (Pfandr. I. S. 65) findet hierin Anfänge der hypothecaria in rem actio; wol mit Unrecht. Denn so lange die Illaten auf dem fundus sind, bedarf der besitzende Grundherr keiner Klage, und wenn nach der Deportation ihm das Eigenthum zugefallen, so ist wieder von der hypothecaria kein Gebrauch zu machen.

Die verabredete Strafe des Deportirens scheint einer lex commissoria ähnlich. Auch bei dieser fallen Tradition und Eigenthumserwerb zeitlich auseinander, und zwar geht die Tradition voran. Sollte man die Illation als Surrogat der Tradition, und zu Catos Zeit schon bei res mancipi ein natürliches Eigenthum neben dem quiritarischen gekannt haben?

Senato della Repubblica - Archivio Storico



PUBBLICAZIONI DELLA UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE

Serie settima: SCIENZE GIURIDICHE VOLUME XIV

STUDI

DEDICATI ALLA MEMORIA

DI

PIER PAOLO ZANZUCCHI

DALLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

MILANO

SOCIETÀ EDITRICE "VITA E PENSIERO"

Senato della Repubblica - Archivio Storico

AGEO ARCANGELI
Incaricato di Diritto Commerciale
Professore stabile nella R. Università di Bologna

I CONTRATTI AGRARI NEL *DE AGRI CULTURA* DI CATONE (PROLEGOMENI)

SOMMARIO:

CAP. I. — *Da chi e quando fu composto il de a. c.*: 1. Importanza dell'operetta. — 2. La questione preliminare oggetto di questo capitolo. — 3. L'opinione tradizionale circa la medesima, quale è riassunta e chiarita dallo SCHANZ. — 4. Le critiche all'opinione tradizionale. — 5. Le recenti opinioni frutto di queste critiche (WEISE, IHM, REITZENSTEIN, LEO). — 6 ad 8. Nostra ricostruzione: il *de a. c.* è un'opera postuma; essa fu scritta da Catone solo in parte; fu completata da altri; fu pubblicata più tardi, presso a poco nello stato attuale, non oltre la fine del II secolo a. C.

CAP. II. — *I capitoli del de a.c. relativi ai contratti agrari*: 9. I cc. 144 a 150; essi non appartengono al nucleo di Catone; provengono da una collezione di *leges*. — 10. I cc. 136, 137 e 16 non sono neppur essi di Catone; probabilmente hanno una simile provenienza.

11. Piano dei capitoli che seguiranno.

I

DA CHI E QUANDO FU COMPOSTO IL *DE A. C.*

1. Della letteratura agraria di Roma poche opere ci restano, e la più antica, che va sotto il nome di Catone (il censore (1)), nonostante la brevità e il disordine è certamente la più im-

(1) Che Catone sia stato il primo scrittore romano di agricoltura non sembra dubbio: (COLUMELLA, *de re rustica*, I, 1, 12; TEUFFEL, *Gesch. d. röm. Lit.*', Vol. I, 1916, neub. v. KROLL u. SKUTSCH, paragr. 54, 2, p. 114-5).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

296

portante, perchè ci ha conservato un materiale pregevolissimo, non solo per la storia dell'agricoltura, e con essa dell'economia e del diritto agrario, ma per molti altri aspetti della vita sociale del tempo. In suo confronto l'opera di Varrone, e più ancora quella di Columella, se riescono meglio ordinate e meno incomplete nei riguardi della tecnica agraria, hanno minore importanza per il diritto e per ogni altro lato della vita sociale (1).

Il fascino di questo libretto è stato e sarà sempre grandissimo.

Esso ci viene da quel secolo prodigioso, che subito dopo la vittoria su Annibale vide l'espansione imperiale di Roma, improvvisa e quasi inconsapevole, come fiore che in un mattino sboccia dal ramo rugoso; e di quella espansione così rapida sentì di contraccolpo il travaglio nelle lotte sociali, come anche più presto l'aveva sentito nel mutamento profondo dell'economia di allora e cioè dell'agricoltura.

(1) A M. Terenzio Varrone, poco più di un secolo dopo, l'operetta di Catone sembrò un intruglio vero e proprio di cose le più diverse. Lo dice chiaramente, pur prendendo le mosse da lontano, come si conveniva di fronte a un tal nome. Nel proposito di fissare i limiti e la partizione di un trattato di agricoltura (*Rer. rust.* I. 1 c. II., § 13 segg.) si domanda quali cose appartengano ad esse e quali le siano estranee; discute lungamente dei rapporti fra agricoltura e pastorizia; separa dall'agricoltura quelle attività, che da certe qualità del fondo traggono eccezionalmente occasione (ad es. da una cava di argilla o di pietra); e rimprovera acerbamente i Saserna, padre e figlio, scrittori della materia, per aver incluso nella loro trattazione di tutto un po', e perfino la maniera di distrugger le cimici. Il rimprovero è fatto nel dialogo varroniano da Tremellio Scrofa, anch'egli reputato scrittore di cose agrarie, che così conclude: « molte altre cose troverai stragavanti presso i Saserna, e tutte aliene dall'agricoltura, e però da ripudiare ». Ma Varrone stesso soggiunge: « quasichè non si trovino di tali sciocchezze anche in altri scrittori! Il gran Catone non è scevro da molti di tali difetti; egli insegna fra le altre cose a fare le focaccie per famiglia, quelle poi sacrifizi ed a salare i prosciutti. E dove lasci — disse Agrio (uno, anche lui, degl'interlocutori) — quest'altro suo precetto: Se in un convito vuoi ber molto, e cenar con piacere, mangia prima un cavolo crudo stato nell'aceto, e dopo la cena altre cinque foglie? » (loc. cit., § 28; trad. del v. AXEL CASTELLI, Venezia, 1834, p. 17). — Felice colpa! diciamo noi; perchè se l'opera di Catone non contenesse tante cose eterogenee, sarebbe certo riuscita un trattato sistematico, come oggi si dice, di agricoltura, ma ci avrebbe lasciato all'oscuro su tanti altri argomenti. — Sulle probabili fonti greche del passo di Catone circa l'efficacia terapeutica del cavolo, v. GENTILE, *Catoniana*, in *Atene e Roma*, 1904, p. 331.

Esso porta scritto in fronte il nome di M. Porcio Catone (1), dell'uomo che parve adunare ed acuire in sè le più solide virtù della razza, e assurgere a tipo della più rigida integrità, della devozione alla patria, della vita sobria e operosa. La critica storica ha diminuito l'Uomo, e lo ha fatto discendere alquanto dall'altezza, in cui la tradizione lo aveva collocato, illustrando specialmente i mezzi e i fini della lotta contro il grande Scipione, e mostrando le ragioni, per le quali, un secolo dopo la morte, la sua azione fu ingrandita e idealizzata da coloro, che credevano di combattere ancora per gli stessi ideali politici. Ma, con i vizi e le virtù sue, egli è rimasto una figura di prim'ordine. Come prosatore poi e artista della parola è tra i più grandi di Roma, per quanto è dato intravvedere da frasi e frammenti scolpiti rudemente e fortemente, mirabili nelle proporzioni e nel moto come il torso del Belvedere (2).

Ed è singolare, che perdutasi la sua maggior opera, in cui consumò gli anni della tarda e rubesta vecchiezza, quei sette libri delle *Origini*, dedicati alla storia di Roma, di cui Cornelio Nepote ci ha tramandato il sommario; perdute le centocinquanta orazioni, onde ebbe fama, come Cicerone ci attesta, di potente oratore; ci sia rimasto soltanto questo libretto (3) di note disordinate e slegate. Ma attraverso ad esse, specialmente nella prima parte, brilla, quando una frase, quando un periodo, a rivelare

(1) Per la biografia di Catone, fra le moltissime opere italiane e straniere, vanno particolarmente segnalate alcune monografie del FRACCARO, che costituiscono nel loro insieme una storia quasi completa dell'uomo: *Sulla biografia di Catone maggiore sino al consolato e le sue fonti* (Atti e mem. della R. Accademia Virgiliana di Mantova, n. Serie, v. III, 1910); *Le fonti per il consolato di M. P. Catone* (Studi storici p. l'antichità classica, v. III, 1910); *Catoniana*, (ivi, ivi); *I processi degli Scipioni* (ivi, v. IV, 1911); *Ricerche storiche e letterarie sulla censura del* 184-183 (ivi, ivi). — Il vol. IV, parte I, (1923) della *Storia dei Romani*, del DE SANCTIS, riguarda l'età che fu di Catone, e di esso spesso si occupa; ma veggasi specialmente il riassunto biografico, bello per verità ed efficacia, nelle pp. 579 segg. — Le fonti principali per la storia di Catone sono Nepote e Plutarco; sulla poca attendibilità del *de senect.* di Cicerone, v. FRACCARO, *Le fonti* etc., p. 2 segg. dell'estratto; *Ricerche storiche* etc., p. 18 segg. dell'estr.

(2) Per i frammenti superstiti delle opere di Varrone: JORDAN, *M. Catonis praeter librum de re rustica quae extant*, Lipsia, Teubner, 1860.

(3) Le edizioni del *de a. c.* sono state innumerevoli. Mi basti ricordare la prima curata dal MERULA, Venezia, Jenson, 1472; e tra le successive solo le più notevoli: quella curata dal VETTORI, Lione, 1541; dal GESNER, Lipsia, 1735; dallo SCHNEIDER, Lipsia, 1794 (riprodotta dal Pomba, Torino, 1828); dal KEIL, Lipsia, Teubner, 1884 (ed. minor, 1895); dal GOETZ, Lipsia, Teubner,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

la formidabile tempra dell'uomo, le qualità singolari dello scrittore, breve, imperioso, incisivo.

E non è senza significato, che la storia letteraria di Roma abbia la sua prima opera di prosa in un libro di agricoltura, e nella prima pagina vi risuoni ancora l'antica lode: « at ex agri« colis et viri fortissimi et milites strenuissimi gignuntur ».

2. Io studierò nel *de a. c.* quei capitoli che si riferiscono ai contratti agrari. Ma non si può debitamente apprezzare il valore dei singoli capitoli per la storia degli istituti giuridici cui si riferiscono, senza affrontare una questione pregiudiziale, che è stata finora tema quasi esclusivo della dottrina filologica tedesca: quella dell'età cui appartiene il *de a. c.*

La questione si ricollega strettamente all'altra sulla paternità dell'opera, perchè se essa è per intero di Catone, come molti opinano, il problema si può dir risoluto, o quasi; mentre, se di Catone è solo in parte, resta a sapere quali capitoli siano suoi e quali no, e per questi ultimi a qual epoca posteriore debbano essere attribuiti.

Ho escluso deliberatamente l'ipotesi, che l'opera non sia affatto di Catone; perchè in verità nessuno l'ha mai sostenuta seriamente, nè avrebbe fondamento alcuno. Il nome di Catone ha accompagnato il libro fino dai primissimi tempi; e la testimonianza di Varrone, che scrisse anch'egli di agricoltura poco più di un secolo dalla morte di lui, è decisiva, anche per la speciale competenza e coltura dell'uomo. Inoltre, nonostante il disordine quasi caotico del libro, non mancano, come dicemmo, specialmente nei primi capitoli, frasi e periodi rivelatori dello stile e dell'uomo: « Pater familias ubi ad villam venit, ubi larem fami« liarem salutavit, fundum eodem die, si potest, circumeat; si « non eodem die, at postridie (c. II, 1). — Prima adulescentia

1922. Il più benemerito di tutti gli editori fu il KEIL, il quale vi dedicò lunghissime fatiche. Nell'impossibilità di ricostituire il testo originario di Catone, egli si propose di risalire al manoscritto della Marciana di Firenze, che fu ritenuto ottimo a suo tempo dai competenti, e dal quale sono derivati, con molti errori, tutti gli altri manoscritti. E poichè l'archetipo marciano è da molto tempo andato perduto, il KEIL si giovò degli altri manoscritti, ma soprattutto dell'edizione del VETTORI condotta sull'archetipo stesso, e delle note di confronto con l'archetipo marciano che il POLIZIANO appose di suo pugno su di una copia dell'edizione del Morula oggi esistente nella Nazionale di Parigi. V. delle stesso KEIL, *Commentarius in Catonis de a. c. librum*, Lipsia, Teubner, 1894. Concisa e dotta la prefazione del GOETZ all'ediz. del 1922. Utile l'*index verborum in Catonis de r. r. librum* del KRUMBIEGEL, Lipsia, Teubner, 1897.

« patrem familiae agrum conserere studere oportet, aedificare « diu cogitare oportet, conserere cogitare non oportet, sed facere « oportet... ita aedifices, ne villa fundum quaerat neve fundus « villam » (c. III, 1). Tutto il c. V, sui doveri del *villico* (oggi diremmo del *fattore* o del *gastaldo*) ha questo tono: « ...vilicus ne « sit ambulator, sobrius siet semper, ad cenam nequo est, fami« liam exerceat, consideret, quae dominus imperaverit fiant, ne « plus censeat sapere se quam dominum, amicos domini, eos « habeat sibi amicos... ...opera omnia mature conficias face, nam « res rustica sic est, si unam rem sero feceris, omnia opera sero « facies... » (1).

3. Una schiera di autorevoli scrittori attribuisce l'intera operetta a Catone (2). Di questa tesi, che può dirsi tradizionale, l'esposizione più chiara e più ragionata si legge nella ben nota e riccamente documentata letteratura latina dello SCHANZ (3).

Egli riconosce, come tutti del resto, che il libro ha subito qualche modificazione di forma (4); ma nulla più. Il libro è molto disordinato, specialmente nella seconda metà; ma il disordine provenne dal modo come fu composto e pubblicato. Catone si era proposto dapprima di scrivere un'opera sistematica;

(1) Le citazioni sono e saranno fatte in seguito secondo l'edizione del GOETZ, che concorda quasi sempre con quella del KEIL. Non concorda invece di frequente con quella dello SCHNEIDER, riprodotta nell'edizione torinese del Pomba.

(2) Cito, fra i molti: KLOTZ, *Neue Jahrbücher f. Phil. u. Paedag.*, X Suppl. B., 1844, pp. 5-73; DIETZE, *De Sermone Catoniano*, Diss. Lipsia, 1870; SCHNEIDEWIN, *De genuina Catonis de a. c. libri forma*, Diss. Königsberg, 1885; JORDAN, *in Deutsche Literaturzeitung*, VI, 1885, p. 157; HAUSER, *Zu Catos Schrift über das Landwesen*, Wien, 1896; TEUFFEL, op. cit. § 123, p. 227; GUMMERUS, *Der römische Gutsbetrieb*, in *Klio*, Beiheft V, 1906, p. 16; inoltre FERRERO e BIET si luoghi citati infra, nota 44. — L'opinione tradizionale è pur seguita in massima dagli scrittori italiani di letteratura latina: v. TARAGNI - D'OVIDIO, Milano, Vallardi, 1874, p. 541, dove si accenna solo ad ammodernamenti nella forma, che si ritiene ci siano stati; KERNER, *Man. d. lett. lat.*, vol. I, *Lett. arcaica*, Livorno, Giusti, 1896, pp. 393-4, dove si ammette che gli ammodernamenti apportati alla lingua abbiano esercitato anche un'azione dannosa sulla disposizione della materia e provocato qualche interpolazione; ma poi si conclude, che in ogni riguardo ben poco venne mutato. Analogamente, sebbene con termini anche più vaghi, GIUSSANI, *Letter. rom.*, p. 124.

(3) *Gesch. d. röm. Litter*., vol. I, 1907 (nell'*Hdb. d. klass. Alt. Viss.*), pp. 250-2.

(4) *Op. cit.* p. 249. Secondo il WEISE, *Quaestionum Catonianarum capita V*, Diss. Gottinga 1886, p. 106, il *de a. c.* sarebbe stato riveduto e reso moderno nella forma da un grammatico ai tempi di Augusto o di Tiberio. Ma

Senato della Repubblica - Archivio Storico

poi ne smise l'idea; da quel momento aggiunse al libretto nuove note ed appunti come gli venivano a mano; e di questo materiale così raccolto si valse per comporre il libro dei *praecepta ad filium*.

Dopo la morte di Catone (1) il *de a. c.* fu pubblicato nello stato informe in cui era, e in cui ancora l'abbiamo.

4. Nonostante che questa fosse l'opinione dominante, qualche volta, in passato, erano stati espressi dei dubbi sulla genuinità dell'opera (2).

Ma solo negli ultimi quarant'anni la critica filologica ha iniziata e condotta innanzi una sistematica demolizione dell'opinione tradizionale.

Uno dei punti preferiti per l'attacco è stato quello delle ripetizioni che si incontrano nell'operetta.

Lo SCHANZ, correndo ai ripari, (p. 251) ha attribuito il fatto a dimenticanza dello scrittore; e in qualche raro caso la spiegazione potrebbe esser tenuta per buona; specialmente quando si tratta di ripetizioni brevi e incidentali nel testo di più ampi capitoli.

Ma almeno quattro ripetizioni (3) hanno un carattere molto più definito e significante: si vede che qui vi è stata una seconda redazione strettamente connessa alla prima, con la quale procede

quest'opinione è rimasta isolata: v. REITZENSTEIN, recens. al W., in *Wochenschrift f. Klass. Philol.*, V, 1888, p. 588, il quale crede che la forma più moderna sia stata data dagli scrivani e non da un revisore con un preciso disegno; altrimenti non si spiegherebbe il permanere di forme antiche accanto alle nuove; così ad esempio la forma antiquata *siet* è usata nel libro 66 volte, e la moderna *sit* 16 volte (WEISS, *op. cit.*, p. 46). Conforme al R., l'HUSS, recens. al WEISE, in *Philol. Anzeiger*, vol. 70, 1887, 585.

(1) Lo SCHANZ fa intendere che il libro fu pubblicato dopo la morte dell'autore, ma non lo dice esplicitamente. Più espliciti: HAULER, *op. cit.*, p. 12; GUMMERUS, *op. e loc. cit.*, p. 16.

(2) Specialmente dal GESNER, dalle SCHNEIDER, e dal KEIL (SCHANZ, p. 251).

(3) Esso sono: cc. 51-52 e c. 133 (della propagazione delle piante per polloni o per margotte); c. 91 e c. 129 (del modo di aspedar l'aia); c. 50,2 e c. 131 (delle terre da arare più presto o più tardi); c. 92 e c. 128 (dell'intonaco per difendere il granaio dai topi).— Non comprendo in questo gruppo i cc. 63 e 151 (dei vivai di cipressi) sia perchè tra i due cc. le differenze sono maggiori, sia perchè il c. 151 appare come una ricetta nuova, data da un tal Minio Percennio di Nola. Di questo c. dirò in seguito nel testo (n. 7). — Colui che ha più a fondo analizzato queste ripetizioni è stato il REITZENSTEIN, nella già citata recensione al WEISE. — Su di esse v. infra, note 35-39.

di pari peso, nello stesso ordine e quasi sempre con le stesse parole. Ciò esclude che si possa parlare di dimenticanza dello scrittore. E allora lo SCHANZ avanza l'altra ipotesi, che Catone abbia voluto dare a quei capitoli una diversa, migliore redazione, e perciò li abbia scritti di nuovo.

Ma la spiegazione non convince. Le ripetizioni si trovano in quella seconda parte dell'operetta, dove ogni ordine è ormai perduto e i capitoli si seguono alla rinfusa. Per rimanere dunque nell'ipotesi dello SCHANZ, dobbiamo dire che essi furono scritti in quel secondo momento, quando Catone non pensava più ad una operetta sistematica, ma si limitava a raccogliere i materiali che gli venivano a mano. Perciò l'ipotesi di una seconda redazione, *ad opera dello stesso Catone*, per migliorare il testo di quei capitoli, appare poco verosimile.

Altri argomenti contro l'opinione tradizionale sono stati addotti dal LEO (4). Il c. 5, uno dei più lunghi, dei più elaborati, e di stile più nettamente catoniano, fissa i doveri del *villico;* il c. 143, a molta distanza dal primo, i doveri della *villica;* il c. 142, brevissimo, parla di nuovo dei doveri del *villico*, senza richiamare in alcun modo il c. 5. Lo stile dei cc. 142 e 143 è diverso da quello del c. 5: non è da pensare a uno stesso autore, ma ad altro che abbia voluto colmare una lacuna, e mettersi quasi a gara col primo.

Nota inoltre il LEO, che nel cap. 22 vengono date indicazioni per l'acquisto di attrezzi da frantoio a Suessa, a Pompei; altre, più numerose, e col nome perfino di due commercianti, al c. 135, per le stesse città, per Venafro, per Cassino, per Nola, per Capua e per altre; di Venafro e di Cassino si torna a parlare al c. 136; nel c. 151 si riportano istruzioni ricevute da un Minio Percennio di Nola; e al c. 162 si parla di *offellae Puteolanae* (5). Tutti questi capitoli riguardano adunque senza dubbio un deter-

(4) *Gesch. d. röm. Liter.*, I Bd., Berlin, 1913, nella lunga nota di p. 272-3. E' da ricordare che il LEO aveva già espresso brevemente la sua tesi nel libro su Plauto: *Plaut. Forsch.* p. 37 segg.

(5) Ai quali capitoli, citati dal LEO, è da aggiungere anche il 146 dove si parla di « olea pendens in fundo Venafro ». E' da notare inoltre, che nel c. 145 in fine la retribuzione agli uomini del frantoio è indicata in due *victoriati*, moneta che pei Romani non ebbe corso all'interno, ma servì solo per il commercio estero; mentre diversamente sembra accadesse in Campania (*confr.* quanto è detto in DAREMBERG et SAGLIO, v. *Victoriatus*; in FRANK, *Storia econ. di Roma*, nota 2 di p. 72 della trad. ital., Firenze, Vallecchi, 1924; e recentemente in KUEBLER, *Gesch. d. röm. Rechts*, 1925, p. 356-7). Secondo lo SCHNEIDER (ediz. ital. del Pomba, vol. I, p. 229, nota alla parola

Senato della Repubblica - Archivio Storico

minato fondo di Campania (1). Si è affermato recentemente (2), continua il LEO, che Catone avrebbe scritto il suo libro di precetti proprio per tale fondo. Ma ciò è in contrasto con la prima parte del libro, la più genuina, dove non si parla mai di un determinato podere, nè a un determinato agricoltore; ma in tesi generale e per qualunque luogo e persona (3).

Si potrebbe immaginare, come ripiego, che Catone avesse avuto un podere in Campania, e le note del libretto riguardassero tale podere. Ma ciò non sembra verosimile al LEO, perchè Catone aveva in Sabina, e non in Campania, il podere avito (Nepote I, I; Cicerone, *de rep.* III, 40), e sugli ulteriori suoi acquisti c'è una precisa notizia in Plutarco (4).

venarium) il vittoriato si incontrerebbe anche nel c. 15, l. Però nell'indice del KEUMMENEL la parola *victoriatus* è indicata solo per il c. 145, mentre l'abbreviazione *vic.* del c. 15 è messa tra le dubbie (indice cit., p. 80: *conspectus compendiorum*; in fine). Infatti nel testo del c. 145 non c'è *vic.* ma *viet.*

(1) Non proprio della Campania, a mio avviso, ma delle vicinanze. V. infra, nota 39 bis.

(2) GUMMERUS, *op. e loc. cit.*, p. 17 segg. L'opera del G. è molto importante per la storia dell'agricoltura e dell'economia ai tempi di Catone, e ce ne serviremo largamente nei capitoli segg. (III e IV della parte generale; v. infra, n. 11). L'idea, che il libro di Catone sia stato scritto per un determinato fondo, era stata già sostenuta anche più risolutamente in un importante scritto del NITZSCH, *Ueber Catos Buch vom Landbau*, in Zeit. f. d. Alterthumswiss., III, 1845, n. 62-64; seguito dal WEISE, op. cit., p. 5. Ma in senso contrario, già prima del LEO, REITZENSTEIN, *in sent. contr.* aggiunte alla sua Dissert. (*De scriptorum rei rust. qui intercedunt inter Catonem et Columellam libris deperditis*, Berlino, 1884), p. 61, n. X: «Catonis de a. c. liber non de uno quodam fundo scriptus est. De quo quae protulit K. W. Nitzsch, argumentis neque probata sunt neque probari possunt»; TEUFFEL, op. cit., p. 227; SCHANZ, op. cit., p. 250.

(3) Si veda particolarmente tutto il c. 1 dell'operetta, dove si danno i precetti circa l'acquisto del podere e l'ubicazione sua: e si consiglia che al podere «oppidum validum prope sit aut mare aut amnis, qua naves ambulant, aut via bona celebrisque». Si veda inoltre il proemio dove è indicato lo scopo dell'operetta; e la fine del c. 9, quasi a conclusione dei precedenti: «hoc est praedium quod ubi vis expedit facere».

(4) Vita di Catone, c. 21: «Essendosi dato più intensamente al guadagno, considerava l'agricoltura come cosa piuttosto d'intertenimento che d'utile; e ponendo lo studio suo in cose che producessero una rendita sicura e stabile, fece acquisto di laghi, di sorgenti d'acque calde, di luoghi accenci a' tintori e *di terreno naturalmente boscoso e fecondo da per sè stesso di pascoli*; e così traeva un gran provento da' fondi, che, come diceva egli, esser non potean danneggiati neppur da Giove. Costumò egli poi di praticare usura nautica, somministrando biasimato al di sopra di qualunque altra mai, e praticolla in questa maniera...» (trad. POMPEI).

5. Non basta criticare; occorre ricostruire. Ma nella ricostruzione i critici non sono d'accordo.

Il WEISE (1) illustra ampiamente un'idea, che il REITZENSTEIN tiene a rivendicare per sua (2): il libro originario di Catone subì col tempo, in diversi esemplari, gravi modificazioni di forma e di contenuto (3); e il libretto, nella forma attuale, proverrebbe appunto dalla fusione di due diversi esemplari, avvenuta con tutta probabilità dopo la nascita di Cristo, ai tempi di Augusto o di Tiberio (op. cit. p. 106). Il WEISE tenta perfino, con esame minuzioso, di ricostruire il testo originario (4).

Il REITZENSTEIN corregge in molti particolari l'esposizione del WEISE, e in parte la rafforza con un raffronto minuzioso e penetrante dei capitoli duplicati. Ma tanto il R., quanto l'IHM, (5) non accettano la proposta ricostruzione. L'IHM se ne allontana anzi anche nell'ipotesi fondamentale: poichè invece di pensare alla fusione di due diversi esemplari, parla vagamente (op. cit., p. 588) di una raccolta che a un dato momento sarebbesi fatta con estratti, frammenti e citazioni dell'operetta catoniana.

(1) Diss. cit.: *Quaestionum Catonianarum capita V*; v. specialmente p. 104 segg.; ma tutta la dissertazione tende alla dimostrazione della tesi enunciata nel testo.

(2) Recens. cit. (Wochenschrift f. Klass. Phil. V, 1888, p. 589): «Io condivido in tutto questa tesi, che ho già tentato di dimostrare tre anni or sono (1885) alle esercitazioni del prof. Mommsen, e quanto meno enunciata in una delle tesi della mia Dissertazione (1884) s. La dissertazione del WEISE è invece del 1886. Però nella tesi cit., che è la XII, il pensiero del R. non è ancora interamente spiegato: «Eiusdem libri (scil. de a. c.) capitibus 51 et 52 collatis cum capite 133 apparet non habere eadem praecepta et Catonis verbis et lineatione sermone expressa, contaminatum autem esse hunc librum inter Plinium eiusque viri aetatem, de quo repetiit Plinius locum XV, 44 s.

(3) Secondo il WEISE e il REITZENSTEIN la prova dell'esistenza di due diverse redazioni può esser data dal confronto delle citazioni del *de a. c.* che si trovano negli scrittori posteriori, e specialmente nella storia naturale di Plinio. La dimostrazione è quanto mai minuziosa (v. WEISE, diss. cit., pp. 106-159; REITZENSTEIN, recens. cit., pp. 591-594), ma poco evidente e sovrattutto poco sicura. V. in proposito, e in questo senso, le osservazioni del GOETZ, praef., pp. VI-X.

(4) Diss. cit., cap. V, De libri de a. c. genuina forma, pp. 160-174.

(5) REITZENSTEIN, recens. cit., in fine, pp. 594-5; il quale riconosce le acute del WEISE, ma reputa che non si possa giungere a risultati sicuri finchè non siano state più a fondo studiate le fonti della storia naturale di Plinio. L'IHM, recens. cit., p. 590, in fine, dice addirittura, con più fondamento, che la ricostruzione della forma originaria del *de a. c.* resterà un problema insoluto.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Non si riesce a capire tuttavia, rispetto all'opinione del W., del R. e dell'I., come, esistendo un'opera genuina e completa di Catone, sia pure in due o più esemplari tra essi alquanto diversi, il compilatore abbia finito col mettere insieme una redazione tanto disordinata e così piena di ripetizioni.

Un po' diversa e un po' meno inverosimile è l'ipotesi del LEO. Il libro, come era stato edito da Catone, venne nelle mani dei pratici, degli agricoltori, ed essi parte lo variarono, parte vi aggiunsero; finchè a un certo momento un editore, non perchè ritenesse di avere in mano il genuino Catone, ma per omaggio alla tradizione e per conservarla, pose a fondamento di una nuova edizione l'esemplare più completo; e questa nuova edizione prevalse e pervenne ai posteri.

6. Pur aderendo, come orientamento generale, alle osservazioni critiche di cui sopra, e riconoscendo schiettamente col LEO e con gli altri, che l'operetta da noi posseduta non è in tutto quella di Catone (1), io dissento da essi in un punto fondamentale, che mi porterà poi logicamente a formulare un'ipotesi nuova.

Io credo, e in questo soltanto sono d'accordo con l'opinione tradizionale, che l'operetta sia *postuma*. E' certo che Catone scrisse per il figlio, Catone Liciniano, (2) un'opera abbastanza ampia, quasi un'enciclopedia delle cose che il giovane romano doveva apprendere senza bisogno di ricorrere a fonti greche e ad un pedagogo greco. Il figliuolo gli nacque intorno al 192; Catone chiuse l'ascesa graduale agli uffici pubblici nel 184 colla censura, quando il figliuolo aveva 8 anni; l'operetta quindi, dato lo scopo per cui fu scritta, dev'essere di poco posteriore alla censura (3). Si dubita del titolo vero dell'opera; ma il nome, con cui ordinariamente la si designa, è quello di *praecepta ad filium*. Ne possediamo alcuni frammenti, che sono tra i più

(1) V. in proposito anche l'autorevole adesione del GOETZ, praef., p. VI e quod tamen (o cioè che l'intera opera sia stata scritta da Catone) de capitibus nonnullis propter argumenta aliter modo repetita recte in dubitationem vocaviase videntur cum alii tum Fridericus Leo ».

(2) SCHANZ, *op. cit.*, p. 246. Catone ebbe due figli maschi, M. P. Catone Liciniano, il giureconsulto, morto quarantenne prima del padre, e M. P. Catone Seleniano, che alla morte di Catone aveva solo cinque anni (sul matrimonio di Catone, ottantenne, con Salonia e sui curiosi particolari, v. Plutarco, vita di Catone). Quindi il libro *ad filium* non si può riferire che al primo.

(3) SCHANZ, *op. e loc. cit.*

famosi di Catone e tra i più belli; e sappiamo che l'opera conteneva nozioni di medicina, di retorica, di agraria, di diritto, di arte militare; e che la parte dedicata all'agricoltura era di ampiezza notevole (1).

Deve sembrare strano, che dopo aver incluso in questa enciclopedia un vero trattatello di agricoltura, Catone ne avesse poi scritto un altro (2), tanto più se si pensa che egli fu dedito da giovane al lavoro rude dei campi, nel suo poderetto in Sabina, ma poi si distolse dalla passione giovanile e si dedicò ad altre attività più lucrose e meno aleatorie (3).

E' quindi da credere che il *de a. c.* sia anteriore ai *praecepta*, e non di molto (4); e appare ben probabile l'ipotesi dello SCHANZ, del TEUFFEL e di altri, che egli avesse rinunciato a com-

(1) Risulta infatti che uno dei più notevoli scrittori di agricoltura, Celso, si giovò dei *praecepta* anzichè del *de a. c.*: TEUFFEL, op. cit., p. 224, e autori ivi citati; GOETZ, praef., p. IX. Columella a sua volta avrebbe citato Catone di seconda mano, attraverso Celso; così GOETZ, praef., p. IX: « Columellam qui Catone teste haud raro utitur, sed ita ut neque locos e quibus pendet diligentius indicet et verba ipsa aliquoties rhetorum more exornet (Weise, p. 153), non ipsum de a. c. librum adiisse, sed Celso sua debere Klotz, Reuther, Reitzenstein monuerunt ».

(2) Tanto più strano, se è fondata la congettura del GOETZ, praef. cit., p. IX, che i due libri siano stati simillimi. V. infra, nota 2 pag. 81.

(3) V. il brano della vita di Catone, di Plutarco, cit. sopra, nota 1 pagina 53.

(4) Non di molto, perchè l'operetta rivela l'uomo già maturo e pratico della vita; perchè nel c. 3 di essa, che è uno dei più genuini, si dice che il pater f. deve prima di tutto, e senza ritardo, fare le piantagioni, e solo più tardi edificare la villa, e si aggiungeva ubi aetas accesit ad annos XXXVI, tum aedificare oportet »; dunque lo scrittore, che parla per esperienza, aveva oltrepassato quell'età. Ma se Catone scrisse i *praecepta* poco dopo il 184 a. C. e compì i 36 anni il 198, il trattatello è opera degli anni intermedî; e poichè inoltre gli anni dal 199 al 195 sono per lui di un'intensa attività politica (nel 199 fu edile, nel 198 pretore, nel 195 console), il lasso di tempo intermedio, nel quale il *de a. c.* fu scritto, si restringe al decennio anteriore alla censura (184). E' da considerare che proprio gli anni dal 194 al 173, e più propriamente dal 190 al 181, sono quelli della più intensa colonizzazione (194: sotto il secondo cons. di P. Cornelio Scipione si dà compimento alla deduzione delle colonie marittime di Puteoli, Volturno, Literno, Salerno, Buxento; si deliberano tre nuove colonie cittadine, Siponto, Crotone, Tempsa, e due latine, Copia e Vibone Valentia; — 193: si fonda la colonia di Copia e nell'anno successivo quella di Vibone Valentia; — 190: si rinforzano le col. lat. di Cremona e Piacenza con 6000 nuovi coloni ciascuna; — 189: si fonda la col. lat. di Bononia, con 3000 coloni; — 184: quelle romane di Potenza e di Pesaro; — 183: quelle di Modena e Parma con 2000 coloni ciascuna; si delibera quella di Aquileia; — 181: si crea Aquileia, col. lat. con 3000

Senato della Repubblica - Archivio Storico

pletar l'operetta e a pubblicarla, per trasfonderne il contenuto nei *praecepta* (1), sia pure con altra forma e per altro scopo (2).

L'ipotesi è, a parer mio, avvalorata da una frase di Varrone. Quando egli parla, per la prima volta, nell'inizio del suo libro (*r. r.*, I, 2,28) dell'operetta di Catone, lo fa in questi precisi termini: « an non in magni illius Catonis libro, *qui de agri cultura est editus*, scripta sunt permulta similia...? ». Questo brano è stato citato molte volte, per dedurre da esso il vero titolo dell'operetta di Catone; ma nessuno ha dato ad esso importanza per la questione che ci occupa. Eppure Varrone, che a detta di Cicerone era il più colto romano dei suoi tempi, non deve aver usato quelle parole inavvertitamente. Più semplice, più spontaneo sarebbe stato dire « *in* magni illius Catonis *de agri cultura libro* », anzichè « in... libro, *qui de a. c. est editus* ». Il competente per eccellenza, lo scrupoloso bibliofilo non ha voluto invece significare con questa formula ciò che era noto a lui e alle persone colte, e cioè che il libro di Catone fu pubblicato (« *est editus* ») da altri, e non dall'autore? Varrone scriveva, è vero, il

coloni e Graviscae, nell'Etr. merid.; — 180: Lucca; — 177: Luna; — 173: in quell'anno si chiude la colonizzazione dell'agro Ligure e gallo. V. su ciò DE RUGGIERO, *Diz. epigr.*, vol. II, 1, pp. 456-7; DE SANCTIS, *St. dei rom.*, IV, 1, pp. 416, 429, 561, 567, 578, 589-90): accompagnata da opere di viabilità essenziali per la potenza di Roma e per la colonizzazione stessa (187: costruzione della via Emilia e della nuova Flaminia, tra Arezzo e Bologna: DE SANCTIS, op. cit. p. 416). «Questa colonizzazione — osserva il DE SANCTIS, op. cit., p. 590 — costituisce senza dubbio una delle maggiori benemerenze dei rurali, cui Catone apparteneva. E' quindi naturale che Catone pensasse al trattatello proprio in quest'epoca, e considerasse a scriverlo come una specie di manuale per la classe media, dei cavalieri, dei centurioni. A questi ultimi, nell'assegnazione dei terreni delle nuove colonie, si era giunti in questi tempi a dare 50, 70, 100, perfino 140 jugeri (DE RUGGIERO, op. e loc. cit., p. 438; DE SANCTIS, op. cit. p. 568): estensioni simili a quelle del podere tipico di Catone, che è di 100 jugeri (c. 1, 7: « de omnibus agris optimoque loco ingera agri centum »).

(1) TEUFFEL, *op. cit.*, p. 224; SCHANZ, op. cit., p. 251. Il GOETZ, praef. cit. p. IX dice i due libri *similissimi*.

(2) *Per altro scopo*: almeno apparentemente, perchè il *de a. c.* era dedicato all'agricoltore in genere, i *praecepta* al figlio; comunque, nella nuova destinazione, poteva ancora servire allo scopo primiero. *Con altra forma*: perchè sembra che nei *praecepta* il discorso fosse diretto al figlio: *Marce, fili mi* (SCHANZ, p. 245); tanto vero che Plinio cita l'opera semplicemente così: *Cato ad filium*; donde anche l'erronea credenza che sia esistita un'altra opera di Catone: *epistula ad filium*.

suo trattato nel 36 a. C.; ma lo scriveva nella bella età di 80 anni (1); quindi la prima pubblicazione dell'operetta di Catone sarebbe avvenuta, avuto riguardo a quanto diremo in appresso (infra, n.° 8), quando Varrone era già nato, o poco prima.

Il LEO (op. cit. p. 272) obbietta, che il libretto ha una prefazione, e la prefazione si scrive a libro finito e al momento di pubblicarlo. Ma a parte che in cose di questa specie l'id quod plerumque accidit non si può elevare a regola; a parte che ogni regola ha le sue eccezioni; è sovrattutto da considerare che le poche parole premesse da Catone al libretto in lode dell'agricoltura (nell'ultima edizione del GOETZ sono in tutto 15 righe di stampa) non costituiscono una prefazione, ma un modo disinvolto per cominciare la trattazione, una semplice battuta di apertura.

7. Se concordiamo nel punto illustrato nel precedente numero con lo SCHANZ e con gli altri fautori della tesi tradizionale, ne dissentiamo però in tutto il resto.

L'ipotesi che Catone, smessa a un certo momento l'idea di scrivere un'opera sistematica, abbia seguitato egli stesso ad aggiungervi alla rinfusa precetti e ricette, potrebbe anche essere attendibile, se dall'esame di questo materiale non sorgessero quegli argomenti poderosi di critica che il REITZENSTEIN, e specialmente il LEO, hanno esposto e abbiamo riprodotti (supra, n° 4): tutti convergenti a far ritenere che le aggiunte numerose al nucleo primitivo siano d'altra mano.

Tuttavia la spiegazione di quanto presumibilmente avvenne, riesce più facile a noi, dopo quanto abbiamo testè dichiarato (n.° 6), che non al REITZENSTEIN e al LEO. (2).

Partono ambedue dall'idea che vi siano state almeno due edizioni del libro: una prima dovuta a Catone, una seconda formatasi dopo, in quei modi che i due scrittori chiariscono, e ciascuno diversamente (supra n° 5).

Noi partiamo invece da un'altra supposizione: Catone avrebbe a un certo momento interrotto il lavoro, e più non l'a-

(1) Lo dice infatti lo stesso Varrone nelle prime parole del libro, dedicandolo alla moglie Fundania (*de re r.*, I. 1, 1); e poichè egli era nato nel 116, il libro fu scritto nel 36 a. C.

(2) Ci occupiamo di questi due autori soltanto, perchè l'opinione del WEISE coincide con quella del REITZENSTEIN, e quella dell'ISLER, riassunta sopra al n. 5, si presenta più vaga e meno attendibile delle altre due.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

vrebbe ripreso; il manoscritto o i manoscritti vennero in mano di familiari o di amici, uno dei quali vi avrebbe fatto via via le annotazioni e le aggiunte che gli erano utili pei bisogni del suo podere, situato ai confini della Campania (infra, nota 39 bis); qualche tempo dopo, pervenuto il libretto ad altra persona, che vi lesse in fronte il nome di Catone, essa credette bene di pubblicarlo; e lo pubblicò senza punto modificarlo, per riguardo a sì gran nome, se lo ritenne tutto di lui, o per la difficoltà di sceverare la parte genuina, se vi riconobbe diversi autori.

Dicemmo già (n. 5), a proposito dell'ipotesi del REITZENSTEIN, ch'essa non spiega come mai il compilatore, riunendo insieme in un'edizione definitiva due diversi esemplari, ci abbia dato un'opera così disordinata e piena di ripetizioni. Con la nostra ipotesi invece ciò deriva naturalmente dal fatto, che l'editore non volle modificar l'opera, pur difettosa, per deliberato proposito.

Più cauto il LEO non parla di una nuova *redazione*, ma di una nuova *edizione*. Di fronte alle correzioni e agli accrescimenti che la pratica aveva apportato agli esemplari editi da Catone, questo nuovo editore avrebbe scelto l'esemplare più ricco, per fissare in esso definitivamente la tradizione. Ma che specie di tradizione era questa? e a che profitto fissarla, se si veniva così a diffondere un'operetta tanto più disordinata e inorganica?

Ma l'ipotesi del LEO appare meno verosimile della nostra anche sotto altri aspetti. Di fronte a un'opera scritta per intero da Catone e edita da lui, non appar ragionevole che la pratica avesse operato in breve tempo una corruzione e una trasformazione così profonda; mentre ciò si spiega più facilmente di fronte a un monconе appena iniziato e lasciato interrotto dall'autore, per il bisogno appunto che il nuovo possessore aveva di completarlo. Inoltre, se l'opera fosse stata scritta per intero da Catone e da lui pubblicata, doveva avere una qualche organicità, della quale una traccia più profonda e più visibile si sarebbe dovuta serbare; mentre partendo noi dalla supposizione che l'opera fosse appena avviata e non compiuta, è naturale che di un certo ordine si trovi il segno nella prima parte, e manchi invece del tutto nell'ultima, come appunto si riscontra nell'operetta quale ci è pervenuta.

Anche i famosi doppioni riescono più facilmente spiegabili. Nell'ipotesi del LEO non appare chiaro, perchè il nuovo editore, che voleva fissare per il futuro l'esemplare più ricco, arrivasse al punto di lasciarvi delle ripetizioni inutili, e non avesse preferito, com'era più naturale, di espungere per ogni duplicato il capitolo meno completo. Mentre nella nostra ipotesi il privato possessore dell'operetta monca ed inedita, che non aveva alcuna intenzione di publicarla, può aver annotato qualche nuova ricetta dettatagli da un collega, quale poteva essere Minio Percennio di Nola, com'è detto al c. 151: ricetta molto più minuziosa di quella, sullo stesso argomento, del c. 48. Può anche aver ricopiata una ricetta già contenuta nella raccolta, per aggiungervi la menzione di uno strumento agricolo utile allo scopo (1), di una specie fruttifera da propagare, prima non indicata (2), del tempo e del modo come compiere un'offerta votiva (3), della qualità di terra da scegliere per l'intonaco (4); tutte nozioni utili per chi doveva servirsi del libro pei suoi bisogni. Può inoltre aver tratto da un altro libro (e perchè no dagli stessi *praecepta ad filium?*) il c. 143 sui doveri della *villica* (5).

(1) Così è nel c. 129, per la menzione che vi è fatta del *cilindro*, per comprimere il battuto dell'aia; mentre, allo stesso scopo, nel c. 91 si parlava solo della *pavicula*.

(2) Così è nel c. 133, per il susino e il nocciolo, e per una distinzione più accurata delle diverse specie di lauri e di mirti, in confronto dei cc. 51-52.

(3) Così è nel c. 131 dove si dice: « *piro florente dapem pro bubus facito* »; mentre nel c. 50, 2 questa menzione *del tempo* (*piro florente*) non c'è. La ripetizione del c. 131 si può spiegare inoltre come attacco al successivo c. 132, che indica con precisione il modo da tenere nel compimento dell'offerta votiva, di cui il c. 50 taceva. — La fioritura del pero come termine della locazione invernale del pascolo non irrigue è indicata nel c. 149, sul quale v. infra, n. 9 e 11.

(4) Così è nel c. 128, dove si dice « terram quam maxime cretosam vel rubricosam, eo amurcam infundito », in confronto del c. 92, dove si dice soltanto: « limum de amurca facito ». La conseguenza è poi indicata in fine del c. 128: « neque lutamenta scindent se »; particolare anche questo che manca nel c. 92. E' noto che la terra argillosa si impasta e si amalgama meglio di ogni altra.

(5) Niente di strano che Catone abbia completato, in un libro quale i *praec. ad f.*, tanto più accurato e destinato anche al pubblico, il c. 5 del *de a. c.* con un altro capitolo gemello, scrivendo così dei doveri della villica accanto ai doveri del villico. Veramente il LEO ritiene i cc. 142-143 di uno stile molto diverso da tutti gli altri (supra, n. 4). Convengono in ciò, per quanto attiene al c. 142: non così per il 143 (conforme WEISE, op. cit., p. 161: « accedit, quod multum interest inter sermonem c. 5 et 142, nam in c. 5 omnia brevissime et concisse praecipiuntur, in c. 142 enuntiatum politissimum, Ciceroni paene dignum, habemus. C. 143 fuisse in genuino Catonis libro eo Plinii loco, quem supra ad c. 51 attulimus, verisimile fit...).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Finalmente ciò che il LEO, per il primo e con molto acume ha osservato circa le menzioni in diversi capitoli di luoghi e persone della Campania, si accorda perfettamente con la nostra tesi: se Catone non ebbe, come nota il LEO, un podere in Campania, può averlo avuto, in Campania, o meglio nelle vicinanze (1), quel suo familiare od amico, a cui appartenne l'abbozzo incompleto dell'operetta di Catone, e quello completò nel modo che dicemmo. Possiamo anzi a questo proposito aggiungere un particolare interessante, sfuggito sinora agli studiosi.

In due capitoli, il 144 e il 145, che come vedremo (infra, n. 9), sono proprio da ritenere aggiunti al nucleo primitivo, si fa il nome di Lucio Manlio, come proprietario del fondo di cui si tratta. Ora, nella vita di Catone scritta da Plutarco, si incontra pure lo stesso nome, a proposito della descrizione della battaglia alle Termopili contro Antioco, in cui rifulsero il coraggio e la valentia di Catone. La descrizione della battaglia è in Livio, e fra i moderni, chiarissima, in DE SANCTIS (op. cit., p. 163-4). Ma preferiamo riprodurre qui le parole di Plutarco (*vita di C.*, n. 13), nella traduzione del Pompei, non solo per la menzione che vi è fatta, e che a noi interessa, di Lucio Manlio, ma soprattutto perchè, come ci attesta il FRACCARO, le parole di Plutarco derivano dallo stesso Catone (1).

« Poichè Antioco munitì ebbe gli stretti, che sono intorno alle Termopile, ed ebbe cinti al d'intorno di steccati e di « muraglie que' luoghi, che pur naturalmente forti erano per « sè medesimi, e vi si fu accampato, pensando di aver così esclusa la guerra, i Romani disperavano totalmente di sforzar quel « passo coll'andarvi di fronte. Ma Catone, messosi in mente il « circuito e la giravolta fatto ivi già altro tempo dai Persiani, « menando seco una parte dell'esercito, si mise la notte in cammino. Giunti che furono in cima alle montagne, la loro scorta « ch'era un prigioniero di guerra smarrì la strada, e qua e là va« gando per malagevoli siti e scoscesi, venne a far perdere ogni « coraggio ai soldati e ad empirli di tema; onde Catone veggen« do il pericolo, comandò a tutti gli altri di fermarsi quivi e di « starsene cheti; ed egli, *tolto in sua compagnia un certo Lucio « Manlio*, uomo ben atto a rampicar su pei monti, se n'andava « con grande stento e con rischio camminando nel più alto di « quella notte priva di luna, fra oleastri e fra massi, etc. etc... ».

Il seguito è noto. Catone e L. Manlio rintracciarono il sentiero, tornarono indietro, e tolti con loro i soldati, ripresero il cammino e giunsero al monte Callidromo. Quivi una nuova difficoltà li aspettava, ma fu superata per l'ardimento di un manipolo di Fermani; finchè giunti i 2000 uomini di Catone alle spalle dell'esercito di Antioco, decisero della vittoria, che fu grandissima.

Lucio Manlio! chi era costui? Non lo sappiamo. Ma se Catone lo scelse, fra i 2000 soldati suoi, a compagno nelle ore dell'estremo pericolo, non sarà stato soltanto, come dice Plutarco, perchè ben atto a rampicar su pe' monti. In ogni modo, se già non eran legati, quelle poche ore valsero a legarli per sempre.

Per la ragione anzidetta, parlando nel testo e nelle precedenti note dei vari doppioni, abbiamo taciuto del c. 142 in confronto al c. 5: il c. 142, brevissimo del resto, è infatti un'interpolazione molto posteriore (« .... Ciceronе paene dignum... », lo dice il WEISE) e non ha relazione alcuna con la formazione originaria del libro.

(1) Il fondo, di cui qui si parla, doveva essere situato a Venafro, o fra Venafro e Cassino (NITZSCH, *op. e loc. cit.*, p. 494-7; GUMMERUS, *op. e loc. cit.*, p. 17): c. 146, 1, *in fundo Venafro*; c. 135, *in agro Casinate et Venafro*; c. 135, 3, dove proprio per Venafro e Cassino si dà il nome di due artigiani che fanno corde, mentre per altre località più lontane (Sucssa, Nola, Pompei, Capua) non si giunge sino all'indicazione dei nomi (c. 22, c. 135). — Per quanto i confini della Campania non fossero nettamente determinati, e siano variati nel tempo (BELOCH, *Campanien*, 2ª ed., Breslau, 1890, pp. 1-2), nè Venafro, nè Cassino appartennero mai alla Campania; ma Cassino al territorio dei Volsci (DE RUGGIERO, *Diz. epigr.*, v. Casinum, vol. II, 1, pp. 127-8) e Venafro a quello dei Sidicini (DE RUGGIERO, *op. e loc. cit.* p. 448). Tuttavia, vicine le due città alla Campania e legate ad essa da un'ottima strada, non è da meravigliare, che il proprietario del fondo di Venafro, di cui qui si parla, facesse capo alle città della Campania per l'acquisto di molte cose necessarie alla sua azienda. I rapporti economici di Venafro e di Cassino correvano anche con Roma (c. 135), ma più numerosi erano certamente con la vicina e ricca e popolosa Campania.

(1) « Noi abbiamo di questo combattimento — scrive il FRACCARO, *I « processi degli Scipioni*, loc. cit., p. 352 — due relazioni, la polibiana « in Livio e in Appiano, e quella personale di Catone, dalle *Origines* « o da qualcuno dei suoi discorsi, in Plutarco. Esse non sono in contrad« dizione fra loro, ma raccontano da un punto di vista diverso. In Po« libio i meriti di Catone sono riconosciuti, ma il centro di gravità è « presso il console; nella relazione catoniana invece la battaglia si de« cide alle spalle del re per l'audace mossa di Catone, che è presentato « come il vero vincitore della giornata. Così... Antioco è già considerato vinto alle Termopili, più che non a Magnesia l'anno seguente « dagli Scipioni ».

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Dicemmo sopra (n. 6) che il *de a. c.* fu scritto innanzi la censura (184); la battaglia alle Termopili è del 191. Niente di strano che un esemplare di quell'operetta, che Catone più non compì, sia arrivata nelle mani di Lucio Manlio. L'operetta appena abbozzata, che Catone non volle destinare al pubblico, potè in privato donare all'amico.

Sarebbe dunque questo Lucio Manlio, di cui parla Plutarco, una persona sola con quel Lucio Manlio, proprietario di un podere a Venafro (c. 146), di cui parlano i cc. 144 e 145 del *de a. c.*? E sarebbe stato egli stesso ad annotare e ad arricchire di nuove ricette, di nuovi precetti, di formule giuridiche, l'operetta di Catone?

Non osiamo affermarlo come cosa sicura; ma la coincidenza del nome è un raggio vivo di luce in mezzo alle tenebre.

8. Preme ora di dichiarare, ai fini del nostro studio, a qual tempo si possano ricondurre le aggiunte. Per noi, dopo quanto abbiam detto nei due numeri precedenti, esse sono contemporanee o di poco posteriori a Catone. Un po' più tarda, ma non di molto, dev'essere stata la pubblicazione del libretto; e sempre non oltre il II sec. a C.

Conferma questo giudizio l'opinione di un valente filologo, il GOETZ (praef. cit., pp. VI-VII): « illi certe capitum non « genuinorum auctores, si post Catonem fuerunt, ab illo non adeo « tempore differunt, ut certa et plana dicendi generis recentioris « vestigia reliquisse putandi sint... ».

E gli argomenti linguistici sono avvalorati da quanto diremo nel n. seg., e cioè che i cc. 144-150 provengono con tutta probabilità da una collezione di *leges* del II secolo a. C.

II

I CAPITOLI DEL *DE A. C.* RELATIVI AI CONTRATTI AGRARI

9. Un gruppo compatto ed omogeneo di capitoli, relativi a contratti agrari, si incontra verso la fine dell'operetta (cc. 144-150) (1).

Vedemmo che in due di essi si parla del fondo di L. Manlio (c. 144 e 145); in un terzo del fondo in Venafro (c. 146); nel c. 145 troviamo indicata come moneta, per il pagamento delle mercedi, il *vittoriato*, che aveva corso in Campania, mentre in Roma e nel resto d'Italia l'aveva solo pei rapporti esterni (supra, nota 14): tutti argomenti, come vedemmo, atti a farci riconoscere che essi non derivano da Catone, ma da colui che aggiunse all'operetta molti capitoli; e forse, come sospettammo (n. 7 in fine), da L. Manlio in persona.

Per il fatto che i cc. 147 e 148 si richiamano esplicitamente al c. 146, e soprattutto per il loro carattere di stretta somiglianza, questi sette capitoli appariscono strettamente legati e rivelano una stessa fonte.

Ciascuno di essi costituisce una *lex*, nel significato originario della parola (2), o per meglio spiegarci, una *lex contractus*:

(1) Questi capitoli furono inclusi per la prima volta dal MOMMSEN, nel 1893, nella 6ª ed. delle *Fontes iur. Rom. ant.* del BRUNS (vol. II: *Scriptores*) con qualche differenza nel testo dall'edizione del KEIL (1834). Nella 7ª ed. delle stesse *Fontes*, curata dal GRADENWITZ, si tenne anche conto dell'edizione (minor) del KEIL del 1985 (*Fontes* citt., II, p. 47).

(2) Su tale significato v. BONFANTE, *St. del dir. rom.*³, I, p. 218; e ora DE FRANCISCI, *St. del dir. rom.*, vol. I, 1926, p. 344.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

vale a dire un complesso di patti per regolare un dato rapporto giuridico.

La parola *lex* si incontra, tanto nelle parole che precedono ogni singolo capitolo e ne costituiscono l'*argomento*, quanto nell'*indice-sommario* premesso all'operetta (1), e talvolta pure nel testo (cc. 147, 148 e 150).

È bene dichiarare a questo punto, perchè ci servirà di norma anche in seguito, che gli argomenti e i sommari di questa operetta sono ritenuti *vetusti* dalla critica filologica più recente, quando non sono ritenuti addirittura opera di Catone (2): sono cioè, tenuto conto delle parole, delle flessioni, della sintassi, non certo posteriori al II secolo. Quindi di essi si può e si deve tener conto nell'interpretazione dei singoli capitoli.

La fonte comune di questi sette capitoli è quasi certamente una collezione di *leges*.

Giova ricordare a questo proposito che nei tempi più antichi, quando l'attività giurisprudenziale era un privilegio e un segreto del collegio pontificale, lo stesso collegio conservava probabilmente nei suoi libri o commentarii le così dette *actiones*, che secondo il significato primitivo della parola erano appunto le formule degli atti giuridici (3).

Ammessi i plebei al pontificato, e dopochè il primo pont. mass. plebeo, Tiberio Coruncanio, cominciò a dare responsi in pubblico (254 a C.), cessò il privilegio e il segreto della giurisprudenza pontificale (4). Così si inizia l'opera dei giureconsulti laici, che soppiantò a poco a poco quella pontificale. Quest'opera consisteva, tra l'altro e principalmente, nel *cavere*; cioè nel fornire la formula adatta per raggiungere un determinato intento giuridico e assicurare la validità dell'atto di fronte alle insidie di un diritto ancora rigorosamente formale. Le formule eran dette anche *cautiones* o *leges*. E poichè il II sec. a. C. fu l'età d'oro di questa attività, si compilarono in esso raccolte di tali *leges*, ad opera dei più sperimentati giureconsulti. I *monumenta* di M'. Manilio (console nel 149 a. C.) non dovettero essere altro, come ha dimostrato il BAVIERA (5), che una di tali raccolte, forse la più importante e famosa, se ad essa si riferisce ancora, un secolo dopo, VARRONE, chiamandole *M'. Manilii actiones* (*de r.*, II, 5, 11; II, 7, 6). Anche il nostro Catone fu un giurista valente; ma a parte quel tanto di diritto che era contenuto nei *praecepta ad filium*, nessun'opera giuridica si ricorda di lui; mentre il figlio, Catone Liciniano (*supra*, nota 25), fu giurista di grido e lasciò in questo campo, sebbene morto a soli quarant'anni, più vasta orma del padre. Si ricordano di lui i *commentarii iuris civilis*, che data la identificazione fra *ius civile* e *actiones* nell'antica giurisprudenza (6), potevano contenere anch'essi delle formule contrattuali.

Già nella prima metà del secolo successivo questo genere di giurisprudenza decade, per dare il passo ad altro di carattere più scientifico, specialmente per merito di Quinto Mucio Scevola e di Servio Sulpicio Rufo (7). Di nuove raccolte di *leges* non si ha più menzione; tantochè VARRONE, nel 36 a. C., citava ancora — come dicemmo — la raccolta Manliana (8).

(1) Per esser del tutto esatti, la parola *lex* ricorre nel sommario dei primi sei capitoli (« *Lex* oleae legendae, faciendae, pendentis... » e così via); non ricorre in quello del settimo (« de fructibus ovium vendundis »). Negli *argomenti* essa ricorre nei cc. 145, 146, 147, 149, 150 (« Oleam faciundam *hac lege* oportet locare » e così via); nel c. 144 e nel c. 148 si legge una formula meno tecnica (« Oleam legendam *hoc modo* locare oportet ») che si incontra sovente anche negli argomenti dei capitoli non giuridici. Ma il c. 148 ha nel testo questa frase finale « cetera *lex*, quae oleae pendenti », che lo ricongiunge esplicitamente al c. 146.

(2) Sono ritenuti addirittura di Catone dal FABRICIUS, *De Librorum antiquorum capitum divisione atque summariis. Accedit de Catonis de a. c. libro dissertatio*, Diss. Marburg, 1911, p. 82, e dal BIRT, *Kritik u. Ermeneutik*, München 1913, p. 12. Sono ritenuti *verustissimi* dal GOETZ, *praef. cit.* p. VI. Naturalmente il GOETZ nega la paternità di Catone, contro il FABRICIUS e il BIRT, perchè accetta la critica del LEO sulla genuinità dell'operetta; mentre gli altri due restano fedeli in questo all'opinione tradizionale.

(3) DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 342.

(4) BONFANTE, *op. cit.*, p. 254; DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 342.

(5) *Scritti giuridici*, Palermo, 1909: I monumenta di Manilio e il ius Papirianum, n. 13 segg. Sull'efficace critica del BAVIERA a una diversa opinione dell'HIRSCHFELD, v. ora KUEBLER, *op. cit.*, p. 11 nota 14.

(6) V. in proposito: BAVIERA, *op. cit.*, p. 68: « tanto le *cautiones*, « quanto le *leges contractus*, quanto le *actiones* sono *ius civile*, vale a dire « contengono norme di quel *ius compositum a prudentibus*, che comunque si *nomine appellatur ius civile*, e che quindi nessuna differenza qualitativa intercedeva tra il contenuto di una *cautio* di una *lex contractus* e « di un'*actio* nell'epoca in cui Manilio scriveva, tutti e tre questi termini « riferendosi al *ius civile* ».

(7) BONFANTE, *op. cit.*, p. 258.

(8) Cicerone, nel *De oratore*, I, 256, citandole sotto il nome di *leges venalium vendendorum*, affermava che l'utilità d'imparle era superiore a quella di imparare il *Tencrum Pacuvi* (BAVIERA, *op. cit.*, p. 70, nota 1).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Da questa stessa raccolta, o da un'altra dello stesso secolo (1), provengono dunque i cc. 144-150, con qualche aggiunta o modificazione, in particolare nei nomi propri, per adattarli al caso concreto.

10. Un altro gruppetto di capitoli, relativi a contratti agrari, lo troviamo nei cc. 136 (contratto con il *politor*) e 137 (contratto col *partiarius*). A quest'ultimo si ricollega il c. 16 (contratto col parziario, non più per la coltura del fondo, ma per la cottura della calce).

Circa l'appartenenza di questi capitoli al nucleo originale di Catone, dobbiamo notare nel c. 136 il solito riferimento, e qui più chiaro che mai, e ripetuto, al territorio di Cassino e di Venafro. Non lo troviamo invece negli altri due; ma tutti e tre hanno la stessa aria di famiglia. Sicchè ci sembra di dover venire alla conclusione che essi pure appartengano alle aggiunte posteriori.

Veramente per il c. 16 darebbe motivo a dubitarne la sua collocazione all'inizio dell'operetta, cioè nella parte indubbiamente più genuina. Ma è da considerare che il c. 16 fu ivi probabilmente intercalato. Catone aveva trattato nel c. 14 dell'edificazione della villa, parlando a questo proposito della calce; della quale tornava a parlare poi nel c. 15. Niente di strano che il possessore e accrescitore del libretto abbia trovato opportuno di intercalare qui le pochissime righe costituenti il c. 16 (sono tre e mezzo in tutto nell'edizione del GOETZ) relative al contratto per la cottura della calce, stralciandole dallo stesso formulario, da cui aveva preso i cc. 136 e 137.

Anche questi tre capitoli sono *leges* o frammenti di *leges*? L'*argomento* del c. 136 potrebbe farlo ritenere (« Politionem *quo pacto* dari oporteat »). Così pure nell'*argomento* del c. 137 non è difficile scorgere una lacuna colmabile con una frase analoga al precedente *argomento* o al relativo *summario* (2). Invece un po' fuori strada ci porta l'*argomento* del c. 16 (« Calcem partiario coquendam qui dant, *ita datur* »). Il testo dei tre capitoli ha però l'andatura delle *leges* forse anche più dei sette capitoli esaminati nel numero precedente.

(1) Su altre possibili raccolte di *leges* in quell'epoca v. BAVIERA, op. cit., n. 16.

(2) Sulla lacuna e sulle ipotesi per colmarla, v. SCHNEIDER, ediz. ital. cit., p. 216, nota alla parola *vinesm*.

Sicchè, in complesso, propendiamo a ritenere che anche questi tre provengano da una collezione di *leges*.

* * *

11. Per chi abbia curiosità di conoscere lo svolgimento ulteriore di questi studi, traccio qui una specie di schema; tanto più volentieri, perchè non so quando le mie ordinarie occupazioni mi concederanno di portare a compimento questa ch'è per me materia quasi di riposo e di svago.

Nella *parte introduttiva* e generale due altri capitoli (III e IV) dovranno seguire ai due qui pubblicati. Nel primo darò una nozione sintetica dell'agricoltura romana nel II sec. a. C., e dimostrerò come il *de a. c.* non riguardi tanto la grande azienda agraria, quanto la media; e supponga l'esistenza di una numerosa piccola proprietà e di un sistema di piccoli fondi, sui quali l'azienda grande e media trovavano il loro compimento. Nel secondo tratterò del lavoro libero e del lavoro servile nel *de a. c.*; e qui dimostrerò, contro un'opinione molto diffusa, che l'agricoltura romana si fondò in ogni tempo, molto più sul lavoro libero dei piccoli proprietari, dei mezzadri, dei piccoli affittuari, che non su quello degli schiavi.

Alla parte generale seguiranno due parti speciali.

La prima sarà dedicata ai contratti agrari propriamente detti, che regolavano i rapporti fra proprietari e lavoratori; e cioè al contratto col *partiarius* (c. 137); a quello col *politor* (c. 136); al contratto per la raccolta delle olive (c. 144); a quello per la fattura dell'olio (c. 145). La seconda parte riguarderà i contratti agrari in senso lato, che il proprietario conclude per la vendita dei prodotti; e cioè il contratto per la vendita dell'oliva e dell'uva pendente (cc. 146 e 147); il contratto per la vendita del vino (c. 148); quello per la vendita dei frutti delle pecore (c. 150); e infine quello per la locazione delle terre per il pascolo invernale (c. 149).

Questi capitoli ebbero finora un'illustrazione scarsa, tranne il c. 148 che è importantissimo per la storia della vendita ad assaggio, e i cc. 136 e 137 sui contratti col *partiarius* e col *politor*.

La ragione principale, per la quale l'operetta di Catone ha richiamato così poco l'attenzione dei giuristi, e quasi sempre di

Senato della Repubblica - Archivio Storico

scorcio, dipende dalla difficoltà di intenderne il contenuto; e questo non tanto per il disordine quasi caotico che vi si nota, e neppure per l'oscurità della lingua e dello stile, quanto per la poca conoscenza della tecnica agraria, sia odierna, sia dei tempi di Catone.

Ci vorrebbe, a ben intendere questo prezioso libretto, chi sapesse a un tempo di filologia, di storia, di diritto e di agricoltura. Io so poco di alcune di tali discipline, e niente, o quasi, di altre. Tuttavia mi ci vo provando, anche per dare un esempio, sia pur cattivo, che invogli altri a far meglio.

MELCHIORRE ROBERTI
Professore stabile di Storia del diritto

LE ASSOCIAZIONI FUNERARIE CRISTIANE E LA PROPRIETÀ ECCLESIASTICA NEI PRIMI TRE SECOLI

Sotto quale aspetto ci si presenta la primitiva proprietà ecclesiastica e a quale titolo legale la Chiesa ne fu considerata proprietaria nei tre primi secoli, innanzi l'età costantiniana?

È questo un punto intorno al quale gli studiosi delle origini del cristianesimo non si trovano d'accordo e che può avere una certa importanza anche per la storia di altri istituti, che ebbero un posteriore svolgimento.

* * *

Che la Chiesa, o meglio le singole Chiese o comunità cristiane abbiano avuto il possesso o il godimento di beni mobili e immobili, durante i primi tre secoli, ciò è fuori dubbio.

Riguardo ai beni mobili, le fonti più antiche accennano spesso a offerte (*Joh.* XII. 6, XIII. 29; *Acta* IV. 32 a 37) e a collette. Già fino dai primi tempi la Chiesa di Antiochia aveva, in tempo di carestia, soccorso quella di Gerusalemme (*Acta* XI. 29) e San Paolo esortava le altre Chiese d'Oriente a raccogliere offerte che egli stesso avrebbe portato a Gerusalemme (I *Cor.* XIV. 1, 4; II *Cor.* VIII. 15; *Rom.* XV. 25-27).

Pure si riferisce al nostro tema l'interessante Lett. 62 di Cipriano del 253, dove si accenna a una colletta fatta nelle chiese di Cartagine per liberare i cristiani prigionieri di selvaggi predoni, con espressioni che mostrano lo stretto legame spirituale e materiale delle prime comunità. Tertulliano stesso in *Apol.* 39, confermando il racconto di Giustino (*Apol.* I. 67), descrive come

Senato della Repubblica - Archivio Storico

R. UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI NAPOLI
Istituti della Facoltà Giuridica
BIBLIOTECA

GAI INSTITUTIONUM

COMMENTARIUS TERTIUS

§§ 88—225 (Obligationenrecht)

Text
mit Erklärung und Anhängen

von

Ferdinand Kniep
Professor der Rechte in Jena

Jena
Verlag von Gustav Fischer
1917

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Konsensualkontrakte. Wenn die Streitfrage, ob der formlose Konsensualkontrakt auf den Tausch mitanzugehören sei, erst beim Beginne des Prinzipates auftaucht, so liegt die Vorstellung nahe, daß der Kauf als formloser Konsensualkontrakt damals noch nicht alt gewesen sein könne. So würden wir dazu geführt, den Ursprung der formlosen Konsensualkontrakte in die Zeit zu verlegen, wo der Prinzipat seinen Anfang nahm.

4. Diese Scheidung zwischen Tausch und Konsensualkontrakt konnte auch noch ihre Entwicklung gehabt haben, sie braucht uns nicht gleich als ein fertiges Etwas entgegenzutreten.

Wenn heutzutage jemand eine Ware bezahlt, bevor er sie erhalten, so betrachten wir diese Zahlung selbstverständlich als Berichtigung einer Kaufschuld. Wir stimmen demnach ganz überein mit Paul. fr. 5 § 1 de praesc. verb. 19, 5: Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est.

Diese Vorstellung hat sich aber bei den Römern erst herausarbeiten müssen. Aelter war eine andere Auffassung, die in einer solchen Zahlung nicht Tilgung einer Schuld, sondern Begründung einer Gegenforderung erblickte. Noch Celsus war zweifelhaft, ob ein solches Geschäft nach Analogie des Kaufes zu behandeln sei. Er neigt mehr dazu, eine condictio ob causam datorum zu gewähren, also auch wohl zur Annahme eines Innominatkontraktes. Vgl. Ulp. fr. 7 § 2 de pact. 2, 14: eleganter Aristo Celso respondit und dazu Präsr. S. 68. Darin haben wir eine Nachwirkung früherer Anschauungen zu erblicken.

Es heißt bei Celsus fr. 16 de cond. c. d. 12, 4: Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus proportione emptionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum.

So weit ist die Stelle jedenfalls nicht interpoliert. Dies hebt mit Recht hervor Beker, Z. R. G. Bd. 43 S. 54 flg.

Außerdem haben sich in neuerer Zeit mit dieser Stelle beschäftigt: Rabel, Haftung des Verkäufers S. 121 flg.; Schloßmann, Z. R. G. Bd. 37 S. 181 flg.; Erman, Z. R. G. Bd. 38 S. 464 flg.; Bechmann-Oertmann, Kauf Bd. 3 Hälfte 2 S. 83 flg.

39. Emptio venditio. III, 139—141.

Emere heißt 'nehmen'. Vendere ist herzuleiten von venum dare: Sommer, Handbuch[2] S. 285. Venum heißt 'Preis', 'Wert': Stolz, Hist. Gr. Bd. 1 S. 478. Das venum ist aber nicht als eigentlicher Objektsakkusativ zu nehmen, so daß vendere bedeutete 'einen Preis geben'. Denn zu dem venum dare tritt in dem rem ein zweiter Akkusativ hinzu, der das Objekt darstellt. Also wäre venum nur eine nähere Bestimmung des dare 'ein Geben als Preis'. Einen Gegensatz würde bilden das Geben als Schenkung. Dem entspräche venum ire = venire 'als Preis, Wert gehen'.

Weder das eine noch das andere Wort hat eine besondere Beziehung zum Käufer oder Verkäufer. Der Käufer ist so gut ein Nehmer wie der Verkäufer, der Käufer gibt so gut einen Wert wie der Verkäufer. Auch berichtet Gajus fr. 19 de act. empti vend. 19, 1: daß die Alten venditio, emptio so gut von dem Einen wie dem Andern gesagt hätten. Noch Julian fr. 7 § 4 pro emptore 41, 4 nennt einen Verkäufer emptor.

Ebensowenig steckt in den Worten emere, vendere irgend etwas, das auf einen klagbaren Konsensualkontrakt hinwiese. Seit wann sich die emptio venditio zu einem klagbaren Konsensualkontrakt entwickelt hat, soll jetzt näher untersucht werden.

1. Bekker, De emptione venditione pag. 5 hat behauptet, daß die emptio venditio zur Zeit des Plautus noch keine Klage erzeugte. Genauer: es gab aus einem Konsensualkontrakte der emptio venditio noch keine Klage auf Erfüllung. Dies haben bestritten Demelius, Z. R. G. Bd. 2 S. 201 flg.; Karlowa, Der röm. Civilpr. z. Z. d. Legisakt. S. 132 flg. und R. RG. Bd. 2 S. 613; M. Voigt, Das ius naturale Bd. 4 S. 539 flg. und R. R. G. Bd. 1 S. 625 flg.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 505 flg. Die Hauptstellen hat Bechmann einer eingehenden Betrachtung unterzogen.

a) Zunächst wäre wieder anzuknüpfen an die arra, die mich schon Erkl. 37 beschäftigt hat.

Im Rudens bildet den Gegenstand des Kaufes eine vermeintliche Sklavin. Der Käufer Plesidippus hat eine arra gegeben. Es kommt zur Klage. Das Ergebnis derselben verkündet uns der Leno V, 1 V. 3 (1283) mit den Worten: Abiudicata a me modo est Palaestra, perditus sum. Den Grund der Klage ersehen wir aus III, 6 V. 23. 24 (861. 862): Quin arrabonem a me accepisti ob mulierem, et eam hinc abduxti? Du hast von mir eine Arra angenommen und trotzdem das Mädchen weggeführt. Also: hättest Du keine Arra angenommen, so hätte ich keine Klage. Mithin erzeugt der bloße Abschluß des Kaufes noch keine Klage.

Worauf geht nun die Klage? Schon Bechmann a. a. O. S. 513 meint: auf die Wiedererlangung des gezahlten Geldes. Und zwar ging die Verurteilung nach meinem Dafürhalten aufs Doppelte. Das abiudicare ist jedenfalls nicht wörtlich zu nehmen.

Im Pseudolus hat der Kuppler eine Sklavin an einen Soldaten für 20 Minen verkauft. Darauf sind 15 Minen angezahlt. Der vom Soldaten abgesandte Sklave bringt den Rest und fragt verlangend IV, 7 V. 87 (1183): Quin tu mulierem mi emittis aut rodde argentum. Schließlich ist er mit dem Gelde zufrieden und der Kuppler erklärt sich bereit, zu zahlen. IV, 7 V. 132 (1230): sequere sis me ergo hac ad forum, ut soluam. Also gütliche Erledigung.

Im Curculio hat der verkaufende Kuppler keine Anzahlung bekommen und hält sich deshalb in keiner Weise für gebunden. Vgl. I, 1 V. 63. 64: Alias me poscit pro illa triginta minas, alias talentum magnum.

Den Hauptnachdruck legt Bechmann auf den Fall in der Mostellaria. Der Sklave Tranio hat seinem Herrn Theopropides vorgeschwindelt, sein Sohn Philolaches habe dem Simo dessen Haus abgekauft und 40 Minen als Arra gegeben; Simo bereue aber den Kauf und wolle gern wieder davon loskommen. Allerdings wäre das Geschäft in gewisser Weise bindend, weil eine Arra gegeben. Und wenn es V, 1 V. 50 (1009) heißt: Tanto aput Iudicem hunc argenti condemnabo facilius, so wäre bei einer Verurteilung, die aufs Doppelte ginge, die ganze Entwicklung gar nicht so frostig.

So erklärt sich bis jetzt, vom Gesichtspunkte der Arra aus betrachtet, alles auf einfache und natürliche Weise. Jedenfalls bieten die herangezogenen Stellen nicht entfernt eine feste Grundlage für den Satz dar, daß die emptio uenditio zu Zeiten des Plautus schon ein klagbarer Konsensualkontrakt gewesen sei.

b) Einen andern Weg, um zu Klagen zu gelangen, den wir auch schon bei Plautus benutzt finden, bietet dar der Abschluß von Stipulationen, z. B.: versprichst Du mir die Rückgabe des Kaufpreises, wenn für die verkaufte Sklavin die Freiheit erstritten werden sollte? Vgl. Cure. IV, 2 V. 4—6 (490 bis 492); V, 2 V. 67—69 (667—669); V, 3 V. 31. 32 (709. 710).

Demnach dürfte aus Plautus sich die emptio uenditio als klagbarer Konsensualkontrakt nicht erweisen lassen. Dabei mag die Frage auf sich beruhen bleiben, inwieweit Plautus überhaupt als Zeuge für römisches Recht in Betracht kommen kann. Pringsheim S. 34 hat neuerdings Plautus den hellenistischen Quellen überwiesen. Das ist vielleicht nach der andern Seite hin zuviel gesagt.

2. Sodann sind die Formulare bei Cato für den klagbaren Konsensualkontrakt herangezogen. Betrachten wir uns einmal näher den Musterfall bei Cato de agri cultura 146.

a) Es handelt sich um den Verkauf eines Olivenanhanges; Oleam pendentem hac lege uenire oportet. Der Auktionator läßt ausrufen: olea pendens in fundo Venafro uenibit. Darauf werden die Verkaufsbedingungen bekannt gemacht.

Zum Kaufgelde tritt hinzu ein Zuschlag von einem Prozent

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Das ist die Gebühr für den Auktionator, die wir z. B. auch antreffen in der lex metalli Vipascensis Bruns-Gr.⁷ n. 112 Zle 1—3. Vgl. Argentaria stipulatio S. 5—6. 13—16. 34. 41.

Dann sind sofort an den Ausrufer 50 Sesterzen zu zahlen.

Weitere Nebenleistungen: 1500 Pfund oleum Romanicum, wohl gewöhnliches Oel; 200 Pfund frisches Oel; 50 Scheffel gefallene Oliven, 10 Scheffel gepflückte Oliven, beide mit dem Oelscheffel gemessen; 10 Pfund unguinis, siehe darüber verschiedene Erklärungen bei Schneider, Script. rei rust. tom. 1 pars 2 pag. 186. Diese Nebenleistungen kamen wahrscheinlich dem Eigentümer des Grundstückes zu. Jedenfalls sollte alles mit den Gewichten und Scheffeln des Eigentümers zugewogen bzw. zugemessen werden. Dazu zwei catulae von ? Der Text ist hier lückenhaft und verstümmelt.

Der Kaufpreis ist zu zahlen innerhalb zehn Monaten seit dem 1. November. Der Preis für die Olivenlese und Oelbereitung, mag diese Arbeiten der Verkäufer oder Käufer in Verdung gegeben haben, ist zu entrichten an den Iden des November. Auf den Verdung einer Olivenlese bezieht sich das Formular in c. 144. Auf den Verdung einer Oelbereitung das Formular in c. 145. Die Lese dauerte von Ende Oktober bis zum Januar. Die beste Zeit für Oelbereitung war Ende Dezember bis Mitte Januar: vgl. Magerstedt, Bilder aus der röm. Landwirtschaft Heft 4 S. 232 flg.; Blümner, Technologie Bd. 1 S. 328 flg.

Alle diese Verpflichtungen, die der Käufer zu übernehmen hat, sollen in Stipulationsform gebracht und dafür nach Ermessen des Eigentümers Sicherheit geleistet werden: recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito satisque dato arbitratu domini. Wegen des recte verweise ich auf Gneist, Formelle Verträge S. 188 flg.; M. Voigt, Ius naturale Bd. 4 S. 410 flg.

Bechmann, Kauf II. 1 S. 532 wirft die Frage auf: ob diese Stipulation so anzusehen sei, daß dadurch erst die

Forderung des Verkäufers Klagbarkeit erhalte. Es sei nicht schwer, mit Nein! zu antworten. Aber vielleicht mehr als kühn.

Bis zur erfolgten Zahlung bzw. geleisteter Sicherheit soll verpfändet sein, was aufs Grundstück gebracht worden. Ist etwas fortgeschafft, so soll es dem Eigentümer des Grundstücks gehören. Vgl. Wendt, Neuverträge S. 152 flg.

Hier möchte ich nun auf einen Punkt aufmerksam machen, der mir eine gewisse Bedeutung zu haben scheint. Im vorigen Satze war die Rede von einem promittito satisque dato. Dem schließt sich unser Satz gleich an mit donicum solutum erit aut ita satis datum erit. Also im Satze vorauf wurde noch das promittere befohlen. Jetzt steht die Verpflichtung zu zahlen schon fest. So wird denn inzwischen der Abschluß einer Stipulation erfolgt sein.

In meiner Arg. stip. S. 38 ging ich von der Voraussetzung aus: man werde sich 'wohl Zeit genommen haben, die Abfassung der Stipulation nach allen Richtungen zu besprechen und mit den erforderlichen Klauseln zu versehen'.

Nötig ist diese Annahme aber durchaus nicht. Es handelt sich um eine Auktion. In der Frage des Ausrufers und der Antwort des Bieters haben wir schon eine Stipulation vor uns. Siehe Arg. stip. S. 39. Und der nähere Inhalt dieser Stipulation ist bereits gegeben durch die Verkaufsbedingungen. Zum Kaufgelde tritt hinzu die Gebühr für den Auktionator und Ausrufer sowie sonstige Nebenleistungen.

Es folgen weitere Bestimmungen.

Fässer, Oelquetschen, Stricke, Leitern, Oelpressen, und wenn noch sonst etwas gegeben, soll der Käufer nach Art eines rechtschaffenen Mannes unversehrt wiedergeben, es müßte denn aus Altersschwäche gebrochen sein. Gibt er nicht zurück, so soll er zahlen, was billig. Ueber den Unterschied zwischen torcularia und trapetus vgl. Blümner a. a. O. S. 332 flg.

Wenn der Käufer den Sammlern und Pressern, die dort gearbeitet, nicht gezahlt hat, so kann der Eigentümer des Grundstücks denjenigen, der eine Forderung hat, befriedigen. Diesen

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Betrag soll der Käufer dem Eigentümer schuldig sein und dafür Sicherheit leisten. Ebenso soll in dieser Beziehung das Eingebrachte als Pfand dienen.

Bechmann macht für seine Auffassung geltend, daß die Stipulationsklausel nicht am Schlusse stehe. Es ist indes zu bedenken, daß diese Formulare noch nach Cato angewandt wurden und vermutlich Zusätze erhielten: vgl. Bekker, Ztschr. für Rtsgesch. Bd. 3 S. 435. Den von den Samulern und Pressern handelnden Schlußsatz hält Bechmann schon selber für einen Nachtrag.

Dabei wäre zu beachten, daß dieser Schlußsatz sich in Widerspruch setzt mit der olea legenda faciendaque quae locata est. Nach dem Schlußsatze hat der Käufer Dienstverträge mit einzelnen Arbeitern abgeschlossen. Zu Anfang ist dagegen die Olivenlese und Oelbereitung, sei es nun vom Verkäufer oder Käufer, einem Unternehmer als Werk in Verdung gegeben. In einem Falle wird ein Werkvertrag, in einem andern Dienstmieten abgeschlossen. Oder sollten wir bei den einzelnen Arbeitern ebenfalls an Werkverträge zu denken haben?

Sodann hat die erforderlichen Gerätschaften bald der Käufer mitgebracht, bald der Verkäufer geliefert. Für den einen Fall gilt das pigneri sunto, für den andern Fall das aequom soluito. Hier wäre denkbar, daß der Verkäufer die Gerätschaften nur teilweise hergab.

Die zuletzt angeführten Bestimmungen von nam torcula an sind vermutlich erst später angereiht worden. Ebenso könnten die voraufgehenden Sicherheiten der Zwischenzeit später angefügt sein. Dann hätte einmal das promittito satisque dato arbitratu domini den Schluß des Formulars gebildet.

Eine eigentliche Stipulationsklausel steht aber zunächst gar nicht in Frage, sondern nur eine Aufforderung, ein Befehl, eine Stipulation abzuschließen. Und dieser Aufforderung wird vom Meistbieter nachgekommen sein, wie aus dem weitern Inhalt der Urkunde ersichtlich.

Bechmann macht ferner geltend, daß in den Formularen

über den Kauf der Traubenernte und des Weines im Fasse, c. 147 u. 148, eine Stipulation nicht vorkomme. Aber beide Formulare schließen mit dem Satze: cetera lex, quae oleae pendenti, und verweisen damit auf den Stipulationsbefehl sowie was aus dem sich anschließenden Inhalt folgt.

Dem donicum solutum erit aut ita satisdatum erit in c. 146 entspricht c. 150: donec domino satis fecerit aut soluerit. Und ähnlich heißt es c. 149 donicum pecuniam satis fecerit aut delegarit. Ich möchte aber hier das delegare nicht mit Bechmann auf eine Stipulation beziehen, wenigstens nicht bloß, sondern lieber und in erster Linie in Beziehung setzen zum delegare beim nomen transscripticium: der Käufer überweist in Gemäßheit von III, 130 seinen Bankier als Schuldner.

b) Die Sachlage wäre demnach diese. Ein Olivenanhang soll versteigert werden. Die Bedingungen, unter denen dies geschieht, werden bekannt gemacht. Darin ist gesagt, daß der Käufer sich stipulationsweise verpflichten müsse.

Der Abschluß einer solchen Stipulation, falls sie nicht schon mit der Antwort des Bieters gegeben sein sollte, konnte nicht früher verlangt werden, als bis dem Käufer der Zuschlag erteilt war. Ob es Mittel gab, sie rechtlich zu erzwingen, lasse ich dahingestellt sein. Wer am Meistgebot geblieben war, wird sich wohl nur selten geweigert haben, eine derartige Stipulation zu vollziehen. Schwierigkeiten hätte allerdings die Sicherheit bereiten können: satisque dato arbitratu domini.

Aber mit einer solchen Stipulation sind wir noch nicht gar weit gekommen. Hauptsache bleibt die Gegenleistung des Verkäufers. Von rechtlichem Zwange wäre auch hier wohl zunächst abzusehen. Der Käufer, welcher den Zuschlag erhalten, vertraut darauf, daß der Verkäufer erfüllen werde. Rechtliche Wirkungen kommen erst zum Vorschein, wenn von einer Seite wenigstens mit der Erfüllung der Anfang gemacht ist. Bei Plautus geschieht dies vom Käufer mit der Anzahlung, hier vom Verkäufer.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Der Verkäufer hat dem Käufer zu gestatten, daß er sein Grundstück betritt, um die Oliven zu ernten und zu pressen. Daß der Verkäufer hiermit vorangeht, sehen wir schon aus der weiten Hinausschiebung des Hauptpreises. Zudem erhellt dies deutlich aus dem Satze: donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunto. Der Käufer ist also schon mit seinen Gerätschaften auf dem Grundstück und bereits bei der Arbeit, einstweilige Sicherheit bieten dem Verkäufer die Gerätschaften.

Bechmann legt schon überall die einfache Verabredung zugrunde. Er führt eine ganze Reihe von Bestimmungen vor, wo die einfache Verabredung genügte.

Die Verpflichtung des Verkäufers im allgemeinen sei ausgesprochen mit olea pendens in fundo Venafro uenibit. Diese Worte begründen so wenig eine Verpflichtung des Verkäufers, wie wenn ein heutiger Auktionator ausrufen läßt: Dieses Klavier soll verkauft werden.

Ferner soll nach Bechmann für verschiedene besondere Verpflichtungen die einfache Verabredung genügt haben. Das ist schon ein Abweichen vom geraden Wege. Pacta conuenta auch neben der Mancipatio vor. Vgl. z. B. formula Baetica bei Bruns-Gr.[7] n. 135 Zle 6: Pactum conuentum factum est. Auf die Hauptleistungen kommt es an: die Sachleistung des Verkäufers, die Preiszahlung des Käufers. Daß es in dieser Beziehung schon zur Zeit des Cato den konsensualen Kontrakt gegeben habe: dafür ist von Bechmann nicht der mindeste Beweis erbracht worden.

Und wie ist es um diese Nebenverabredungen eigentlich bestellt? Aus c. 146 führt Bechmann an: ne quid eorum de fundo deportato. si quid deportauerit, domini esto. Hier haben wir einmal dingliche Wirkung. Ferner gar keinen Vertrag, sondern einseitige Auflage. Ueberhaupt ist das ganze Formular als einseitige Auflage gedacht: hac lege uenire oportet. Wer den Olivengarten betritt, um die Oliven zu ernten, dem werden bestimmte Auflagen in Imperativform gemacht. Die Gerätschaften, die er einbringt, sollen dem Eigentümer verpfändet sein; schafft er sie fort, so ist das Eigentum verfallen infolge dieser lex commissoria. Ebenso verhält es sich mit dem andern Satze, auf den sich Bechmann beruft: emtor domino debeto.

Es handelt sich hier überall gar nicht um ein pacisci, sondern ein legem dicere. Bechmann a. a. O. Bd. 1 S. 277 Anm. 3 will diesen Gegensatz freilich nicht zugeben. Statt legem dicere wird auch kurz gesagt lex bzw. dictum. Das legem dicere hat ein weites Gebiet: vgl. darüber Societas publicanorum Bd. 1 S. 117 flg. Bei rein privatrechtlichen Abmachungen scheint das legem dicere zunächst dazu gedient zu haben: eine Haftung abzuwenden z. B. für bestehende Lasten. Darin ist keimartig der andere Satz enthalten, daß solche Lasten in der Person des andern neu entstehen können. Endlich ist das Diktum benutzt worden, um eine Verpflichtung des Sprechenden zu begründen.

Das Formular in c. 146, auf das ich mich im wesentlichen beschränkt habe, enthält schon alte und neue Bestandteile. Dasselbe erscheint als eine Art Musterformular, auf das in c.c. 147. 148 zur Ergänzung hingewiesen wird. Andererseits wird es selber ergänzt durch die Formulare in c.c. 144. 145, wo es sich aber um eine locatio conductio handelt. Für emptio und uenditio kommt weiter noch in Betracht c. 150 Fructum ouium hac lege uenire oportet. In c. 149 Qua lege pabulum hibernum uenire oporteat handelt es sich sachlich um Verpachtung der Winterweide.

Das Bild, das sich uns hier dargeboten hat, ist das nachstehende. Das emere und uendere ist noch ein Nehmen und Geben. Freilich kein Geben mit der Hand, aber eine Erlaubnis sich zu nehmen.

Die Erlaubnis geht voraus, das Nehmen beginnt. Die Hauptverpflichtung des Käufers bedarf der Stipulation. Die Erlaubnis des Verkäufers verbindet sich mit einem legem dicere. Also wir haben vor uns ein Nehmen und Geben mit dicta und promissa.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

3. Ich reihe an das ädilizische Edikt. Als dasselbe erlassen, wird die emptio uenditio schwerlich schon ein Konsensualkontrakt gewesen sein. Gegenstand desselben sind Sklaven und Vieh, die zu Markt gebracht werden. Auf dem Markte pflegt man bar zu kaufen. Es findet ein gegenseitiges Nehmen und Geben statt. Als Klagen kennen die Aedilen nur redhibitoria und quanto minoris sowie diesen nachgebildete in factum actiones. Dem Geben und Nehmen kann sich anschließen ein dictum promissumue: Ulp. fr. 1 § 1 de aed. ed. 21, 1. Erst in einem späteren Anbaue, den das ädilizische Edikt erfahren, ist ein einzelnes Pactum mitherangezogen: Ulp. fr. 31 §§ 22. 23 de aed. ed. 21, 1. Näheres siehe Präscriptio und Pactum S. 151 flg.

Bechmann a. a. O. S. 398 bemerkt in bezug auf das ädilizische Edikt, daß es sich 'nicht an den Kontrakt, sondern an den Vollzug' anschließe. Meines Erachtens ist hier vom Kontrakt, d. h. dem formlosen Konsensualkontrakt zunächst vollständig abzusehen.

4. Sehr viel Gewicht wird gelegt auf Celsus fr. 38 § 1 de act. empti uend. 19, 1. Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse seruari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima uidetur esse sententia. Auch Bechmann a. a. O. S. 539 glaubt hier die Klagbarkeit des formlosen Kontrakts ohne weiteres voraussetzen zu dürfen. Allein es ist weder die Rede von einer actio empti auf die Sache, noch einer actio uenditi auf den Preis.

Sextus Aelius Paetus Catus war Konsul des Jahres 556/198. Das arbitrium, um das es sich handelt, reicht mithin schon in die Plautinische Zeit. Legen wir daher einen Fall zugrunde, wie sie uns bei Plautus entgegengetreten sind. Der Käufer hat den Kaufpreis ganz oder teilweise vorausbezahlt. Als der Verkäufer den gekauften Sklaven bringt, will der Käufer ihn nicht annehmen. Dem Verkäufer bleibt nichts anderes übrig, als den verkauften Sklaven wieder mitzunehmen

und zu beköstigen. Er hat durchaus keine Lust, den Kaufpreis wieder herauszugeben, und hat dies auch nicht nötig. Nach acht Tagen erklärt sich der Käufer bereit, den Sklaven in Empfang zu nehmen. Es leuchtet ein, daß hier ein arbitrium pro cibariis durchaus am Platze war.

Ferner bieten die Formulare bei Cato nicht bloß Raum für solche arbitria, sondern scheinen sie zum Teil geradezu vorzuschreiben. Vgl. z. B. c. 146 § 3: si non reddet, aequom soluito; c. 148 § 1: uiri boni arbitratu degustato; c. 149 § 2: uiri boni arbitratu resolnat . . uiri boni arbitratu resolnetur.

5. Mit andern hält auch Bechmann a. a. O. S. 539 es für selbstverständlich, daß die Klagbarkeit des formlosen Kontrakts zu Ciceros Zeiten festgestanden habe. Sehen wir uns die einzelnen Stellen etwas näher an.

a) Cic. de off. 3, 14 § 59. Canius ist vom Pythius betrogen worden. Er hat das Grundstück seines Fischreichtums wegen gekauft. Sed hic piscari nulli solent; itaque heri mirabar, quia accidisset. Dabei ist nun weiter nichts zu machen: nondum enim C. Aquilius . . protulerat de dolo malo formulas. Andererseits ist Canius gebunden: emit instructos (hortulos); nomina facit, negotium confecit.

Die Stelle lehrt uns zweierlei. Eine actio empti wegen einer arglistischen Täuschung, wie sie sich Pythius beim Verkauf eines Grundstückes hatte zuschulden kommen lassen, gab es damals noch nicht. Ueberhaupt keine Klage. Hier griff erst später die doli actio ein, die zurückgeht auf Aquilius. Ob gerade auf dessen Prätur im Jahre 688/66? Kübler, Z. R. G. Bd. 27 S. 80 flg. äußert in dieser Hinsicht Bedenken. Aber irgendwelche Urheberschaft des Aquilius ist anzunehmen. Jedenfalls ist Canius gebunden. Er hat das Grundstück übernommen: emit instructos hortulos. Schuldet den Kaufpreis aber nicht auf Grund eines formlosen Konsensualkontraktes, sondern weil der Kaufpreis als verausgabt bzw. erhalten gebucht wird: nomina facit. Dadurch gelangt das Geschäft zum Abschluß.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Also eine actio uenditi wegen Zahlung des Kaufpreises auf Grund eines formlosen Vertrages gab es noch gar nicht, oder braucht es doch wenigstens noch nicht gegeben zu haben.

b) Cic. de oratore 1, 39 § 178. Cum enim M. Marius Gratidianus aedis Oratae uendidisset neque seruire quandam earum aedium partem in mancipii lege dixisset, defendebamus, quicquid fuisset incommodi in mancipio, id si uenditor scisset neque declarasset, praestare debere. Daß jemand für verschwiegene Fehler hafte, tritt uns auch beim ädilizischen Edikt entgegen. Vgl. Cicero selber de off. 3, 17 § 71: Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium. Daraus folgt aber noch nichts für einen klagbaren Konsensualkontrakt. Marius Gratidianus war Prätor in dem Jahre 672/82. Bemerkenswert, daß noch Cicero die Haftung der Erben ausschließt: Heredum alia causa est.

c) Im folgenden § 179 handelt es sich um eine besondere Zusage bei der Mankipation. Nam cum aedis L. Fufio uenderet, in mancipio lumina, uti tum essent, ita recepit. L. Fufius klagte 656/98 den M.' Aquilius repetundarum an.

d) Aehnlich wie im angeführten § 178 liegt der Fall de off. 3, 16 § 66. Ut, cum in arce augurium augures acturi essent, iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam, uendidit; emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit, 'quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona'. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater . . is igitur iudex ita pronuntiauit: 'cum in uendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere'.

Die Stelle ist außerordentlich wichtig, weil uns der pro-

zessuale Hergang hier ganz genau geschildert wird. Wir haben es nicht zu tun mit einer actio empti. Die Uebergabe des Grundstücks hat bereits stattgefunden. Der Verkäufer hat den Befehl der Augures verschwiegen. Deshalb wird ein arbitrium angeordnet, ob dieses Verfahren der bona fides entspreche. Es kommt nicht zu einer condemnatio wie bei der actio empti, sondern nur zu einer pronuntiatio, daß dem Käufer der Schaden zu ersetzen sei.

Also ehe es einen klagbaren Konsensualkontrakt gab, wurde die bona fides schon bei den arbitria berücksichtigt, die sich anlehnen konnten an die Uebergabe einer gekauften Sache.

Der M. Cato, welcher den Spruch fällte, war der Vater des Uticensis, der geboren wurde 659/95 und sich bekanntlich 708/46 in Utica entleibte.

Auch in den Formularen des Cato sind uns derartige arbitria bereits entgegengetreten: aequom soluito; uiri boni arbitratu dogustato; uiri boni arbitratu resoluat. Dieser Cato war der Urgroßvater des Uticensis mit dem Beinamen Censorius: geboren 520/232, gestorben 605/149.

e) Ferner handelt es sich um dasselbe arbitrium in der Streitsache Gratidianus wider Orata, wie wir ersehen aus Cic. de off. 3, 16 § 67. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. Ius Crassus urgebat, 'quod uitii uenditor non dixisset sciens, id oportere praestari'; aequitatem Antonius, 'quoniam id uitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes uendidisset, nihil fuisse necesse dici, nec eum esse deceptum, qui id quod emerat, quo iure esset, teneret'.

f) So sind auch allgemeinere Aussprüche bei Cicero zu verstehen. De nat. deor. 3, 30 § 74: inde tot iudicia de fide mala . . quae ex empto aut uendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt. De off. 3, 17 § 70: Quidem Scaeuola, pontifex maximus, summam uim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur 'ex

Senato della Repubblica - Archivio Storico

316

fide bona', fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque uersari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis uenditis, conductis locatis.

Es handelt sich in der einen Stelle um iudicia, quae ex empto aut uendito contra fidem fiunt; in der andern Stelle um arbitria in rebus emptis. Die Begriffe iudicium und arbitrium gehen schon ineinander über. Sie entspringen aus dem emptum oder uenditum, d. h. aus dem Genommenen oder als Wert Gegebenen; es handelt sich um arbitria, die bei genommenen, als Wert gegebenen Sachen vorkommen. Wir haben nicht die geringste Veranlassung, hier schon den klagbaren Konsensualkontrakt als gegeben vorauszusetzen.

6. In der zuletzt angeführten Stelle gedenkt Cicero eines Q. Scaevola. Es ist dies der berühmte Verfasser des ius ciuile, zu welchem Werke Pomponius einen Kommentar geschrieben hat. Q. Mucius Scaevola war Konsul im Jahre 659/95, er kam um 672/82. Vgl. über denselben Schneider, Die drei Scävole Ciceros S. 22 flg.

Zu diesem Q. Mucius stellt sich in Gegensatz Pomponius bei Besprechung eines Falles, der es zu tun hat mit der emptio uenditio. Vgl. Pomp. ad Q. Mucium fr. 40 de act. empti uend. 19, 1. Quintus Mucius scribit: dominus fundi de praedio arbores stantes uendiderat et pro his rebus pecuniam accepit et tradere nolebat: emptor quaerebat, quid se facere oporteret, et uerebatur, ne hae arbores eius non uiderentur factae. Pomponius: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores uindicare emptor non poterit; sed ex empto habet actionem.

Die ex empto actio, welche Pomponius auf Grund eines Konsensualkontraktes gewährt, wird für Q. Mucius noch nicht vorhanden gewesen sein; deshalb kommt es für ihn darauf an, ob an den stehenden Bäumen bereits Eigentum erworben wurde. Zu uerebatur ist wegen des folgenden eius als Subjekt zu nehmen Q. Mucius. Demnach würde der Ursprung des klagbaren Konsensualkontraktes in die Zeit zwischen Q. Mucius und Pomponius fallen. Wir haben aber noch bestimmtere Anhaltspunkte.

7. Den Uebergang zum klagbaren Konsensualkontrakt stelle ich mir in folgender Weise vor.

a) Daß Sachen formlos genommen und dafür ein Preis gezahlt wurde, ist ein uraltes Tauschgeschäft. Bechmann a. a. O. S. 7 nennt dieses Geschäft 'Naturalkauf'.

Dieses Geschäft ist älter als die Manzipatio, wie wir schon dem Umstande entnehmen können, daß uns bei der Manzipatio das Kupfer entgegentritt. Das älteste Tauschmittel der Römer war das Herdenvieh: Mommsen, Röm. Münzwesen S. 169.

Dieses Geschäft beschränkt sich auch nicht auf den Verkehr der Römer untereinander, sondern ergreift ebenso den Verkehr mit den Peregrinen. In letzterer Beziehung mag nur hingewiesen sein auf Gell. n. a. 20, 1 § 47, wo von den Schuldnern gesagt wird: trans Tiberim peregre uenum ibant.

b) Aber mit der Manzipation bemächtigen sich die Römer dieses Geschäftes, um für den Verkehr der Römer untereinander rechtliche Wirkungen zu schaffen. Das alte Tauschgeschäft wurde damit zu einem Rechtsgeschäfte für den Verkehr der Römer untereinander. Den Römern stehen diejenigen Fremden gleich, quibus commercium datum est: Ulp. 19, 4.

Die Manzipation ergriff zunächst die beweglichen Sachen. Später ist sie auch auf Grundstücke übertragen worden. Den Gegensatz zwischen res mancipi und nec mancipi haben wir uns zunächst wegzudenken. Vgl. Buch 1 Erkl. 37.

Infolge der Manzipation wurde auf beiden Seiten Eigentum erworben: der Eine erwarb Eigentum an der manzipierten Sache, der Andere an zugewogenen Kupfer.

Aus der wirklichen Zuwägung wurde später eine Scheinzuwägung, das wirkliche Tauschgeschäft zu einem Scheintauschgeschäft. So konnte die Manzipation auch zu einseitigen Geschäften benutzt werden, z. B. zu Schenkungen. Und wo getauscht

Senato della Repubblica - Archivio Storico

werden sollte, konnte die Zuwägung des Kupfers zunächst unterbleiben.

Aber wo ein wirkliches Tauschgeschäft beabsichtigt war, mußte das fehlende Kupfer, später die fehlende Geldleistung, in anderer Weise vertreten werden: sei es durch Bürgen oder Faustpfand. Vgl. § 41 I. I. de rer. div. II, 1: ueluti expromissore aut pignore dato, quod canetur quidem etiam lege duodecim tabularum.

Neuerdings hat sich mit dieser Stelle eingehend beschäftigt Pringsheim S. 54 flg. Die Abhängigkeit des Eigentumsüberganges von der Preiszahlung oder deren Ersatz soll erst auf Grund griechischer Rechtsanschauung von den Byzantinern hergestellt sein. Sollte ein derartiger Zwölftafelsatz überhaupt bestanden haben, so müsse er bereits in sehr früher klassischer Zeit überwunden sein. Der ganze § 41 von I. I. II, 1 wird nach Pringsheim S. 69 von den Byzantinern stammen. Das klassische Recht trage Gajus II, 18—20 vor.

Hier heißt es allerdings § 19: res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, ferner § 20: Itaque si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eiusdem dominus sim. Von einer Preiszahlung bzw. deren Ersatz ist also keine Rede. Und diesen Ausspruch könnte Gajus schon vorgefunden haben, während er sich § 21 auf den Zusatz beschränkte: In eadem causa sunt prouincialia praedia, quorum alia stipendiaria alia tributoria uocamus.

Andererseits tritt uns ein solches Abhängigmachen bei Gajus in seinem Kommentare zum Provinzialedikt lib. 28 fr. 53 de contr. empt. 18, 1 entgegen. Pringsheim S. 71 flg. behauptet Interpolation. Das könnte richtig sein für den Schlußsatz quod autem usw. Oß auch für den Anfang? Er lautet: Ut res emptoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium an eo nomine fideiussor datus sit.

Ich muß mir versagen, auf die Voraussetzungen des Eigentumsüberganges hier näher einzugehen. Ich vermag aber nicht einzusehen: warum eine Auffassung, die Pringsheim den Byzantinern beilegt, nicht schon dem Provinzialrecht des Gajus sollte entsprochen haben. Ebenso ist mir zweifelhaft, ob es nötig, alle und jede Anlehnung an das Zwölftafelrecht preiszugeben.

c) Dem Eigentumsübergange konnten sich Obligationen anlehnen.

In erster Linie ist zu nennen die nuncupatio. XII tab. 6, 1: uti lingua nuncupassit, ita ius esto.

Hatte der Manzipant wegen der Größe des Grundstückes Zusagen gemacht, so haftete er de modo aufs Doppelte: Paul. sent. 2, 17 § 4.

Hatte der Manzipant sein Eigentum bekräftigt, so haftete er wegen dieser Bekräftigung, auctoritatis, aufs Doppelte: Paul. sent. 2, 17 §§ 1. 3. Vgl. Eck, Verpflichtung des Verkäufers S. 4; Karlowa R. RG. Bd. 2 S. 373 flg.

In beiden Fällen haben wir noch den Gesichtspunkt der Strafe. Wer anders nuncupiert hatte, als sich die Sache in Wirklichkeit verhielt, mußte das Doppelte zahlen.

Später genügen satis multis nuncupata, worunter uns die receptа entgegentreten. Von der nuncupatio ist auseinanderzuhalten das damnas esto. Das dictum erscheint zunächst als ein Nebenbau, der die nuncupatio in ihrem Bereiche nicht antastet; sodann Eingreifen des dictum in das Gebiet der alten nuncupatio. Das pactum rankte am dictum empor, trat an dessen Stelle und überholte es schließlich. Weiter wäre zu gedenken des Eides und der Stipulation. Vgl. Societas publ. Bd. 1 S. 116.

Die Stipulatio tritt uns z. B. entgegen bei der satisdatio secundum mancipium, welche den Inhalt der actio auctoritatis in sich aufnahm und zugleich den Zutritt von Bürgen ermöglichte: Lenel, Ed.² S. 521 flg.

d) Die förmliche Manzipation hat das formlose Tauschgeschäft, das Geschäft des Nehmens und Gebens, die emptio uenditio, keineswegs verdrängt. Man wird nicht wegen jeder

Senato della Repubblica - Archivio Storico

kleinen Sache, die man tauschen wollte, zur Mancipation seine Zuflucht genommen haben.

Aber wenn der eine in den Besitz der Sache gelangte, der andere sein Kupfer bezw. Geld erhielt, so lagen zunächst nur Tatsachen vor: ein bloßes habere.

Es konnte indes die Sache ersessen werden, und das entsprach durchaus dem Willen eines rechtschaffenen Verkäufers. Noch Paul. fr. 28 pr. de uerb. sign. 50, 16 hebt hervor: 'Alienationis' uerbum etiam usucapionem continet; uix est enim, ut non uideatur alienare, qui patitur usucapi.

Beim Kupfer, Gelde kommt hinzu, daß es wieder ausgegeben wurde. Und mag auch der Eigentumserwerb durch mixtio kein hohes Alter haben — Iauolenus fr. 78 de sol. 46, 3 in libris Gali scriptum est — schwer verfolgbar wird derartiges Eigentum immer gewesen sein.

e) Solange keine Ersitzung stattgefunden hatte, stand dem Verkäufer gegen den Käufer noch nach der Tradition die rei uindicatio zu. Aber im Laufe der Zeit gewährte der Prätor Schutz durch die Einrede Si non A° A° fundum q. d. a. N°N° uendidit et tradidit: Lenel, Ed.¹ S. 405; Ed.² S. 491.

f) Weiter erhielt der Käufer die Publiciana in rem actio. Die Intentio wird nach Gai. IV, 36 gelautet haben: Si, quem hominem Aulus Agerius emit, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret. Die Worte is ei traditus est sind meines Erachtens ein späterer Zusatz. Das tradere ist mit dem alten emere schon gegeben. Vgl. Ausgl. Gaj. S. 259.

Auf diese Weise entstand das prätorische oder bonitarische Eigentum neben dem quiritischen.

g) Sodann war von großer Bedeutung die Scheidung in res mancipi und nec mancipi. Bei letzteren genügte die Tradition zum vollen Eigentumsübergange. Vgl. Buch 2 Abt. 1 Exk. 14.

Andererseits brachte man hier aber ebenfalls den Satz der Zwölftafeln zur Anwendung, daß entweder der Preis gezahlt

oder Sicherheit geleistet sein mußte. § 41 de rer. diu. II, 1: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. Varro rer. rust. 2, 1 § 15: quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere. Ebenda 2, 2 § 6: tamen grex dominum non mutauit, nisi si est adnumeratum.

h) Eine Klage auf den Kaufpreis, selbst wenn ein Nehmen der Sache schon stattgefunden, hatte der Verkäufer an sich zunächst nicht. Zu diesem Zwecke mußte er den Käufer in rechtsgenüglicher Form besonders verpflichten: sei es durch Stipulation oder nomina facere. Cic. de off. 3, 14 § 59: nomina facit, negotium conficit. Alf. Var. libro secundo digestorum fr. 14 de exc. 44, 1: Filius familias peculiarem seruum uendidit, pretium stipulatus est. Alfenus war Konsul des Jahres 715|39. Der erörterte Fall könnte aber schon zurückgehen auf Servius: vgl. Paul Krüger, Quellen² S. 71.

Bemerkenswert in der zuletzt angeführten Stelle ist die prozessuale Lage. Der Stipulationsklage gegenüber wird die Einrede vorgeschützt: quod pecunia ob hominem illum expromissa est, qui redhibitus est.

So könnten auch in einer andern Stelle des Alfenus, fr. 12 de per. 18, 6, die Bremer, Iurispr. Antehadr. I pag. 200 und Bernice, Labeo Bd. 2² S. 234 ohne weiteres dem Servius zuschreiben, die Verhandlungen sehr wohl einer auf Preiszahlung gerichteten Stipulationsklage gegenüber stattgefunden haben.

Schwierigkeiten bereitet Alf. Var. fr. 52 § 3 ad leg. Aq. 9, 2. Die Stelle wird zwar berührt von Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 238, ist aber sonst wenig beachtet worden. Der Anfang Quidam boues uendidit steht in augenscheinlichem Widerspruch mit dem folgenden Gutachten, wo zwischen boues emptos haberet und non haberet emptos unterschieden wird. Vielleicht daß uendidit an die Stelle von mancipauit getreten. Jedenfalls ist im Gutachten das boues emptos haberet von einem wirklichen Innehaben zu verstehen.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

3A

i) Der Manzipation reihten sich Obligationen an durch Nuncupatio, Stipulatio, Dictum usw. Dieselbe Erscheinung tritt uns entgegen beim formlosen Geschäfte des Gebens und Nehmens. Wie der Manzipation, kann sich auch dem Nehmen und Geben ein Dictum anlehnen. Ferner begegnen wir hier schon verhältnismäßig früh der Stipulatio. Berühret sind bereits die dicta et promissa in den Formularen des Cato und im ädilizischen Edikt. Es fehlt aber auch nicht an sonstigen Anwendungsfällen.

Genannt werden mögen zunächst die Manilii actiones, die beim Viehhandel vorkamen, die vielleicht als die Vorläufer des ädilizischen Edikts zu betrachten sind: Var. rer. rust. 2, 5 § 11. Manilius war Konsul des Jahres 605/149.

Die in diem addictio geht schon zurück auf Brutus, einen Zeitgenossen des Manilius: Ulp. fr. 13 pr. de in diem add. 18, 2.

Q. Mucius Scaevola, gestorben 672/82, kennt beim Verkaufe eines fundus bereits die Zusage 'ita ut optimus maximusque', sowie andererseits die Zusage besonderer Dienstbarkeiten: Celsus fr. 59 de contr. empt. 18, 1; Venuleius fr. 75 de ev. 21, 2.

Für Zubehör kommt in Betracht Alfenus fr. 26 de act. empti uend. 19, 1.

Für Ackermaß jedenfalls schon Labeo: Paul. fr. 42 de act. empti 19, 1.

Zuweilen wurde die Uebernahme von Verpflichtungen erzwungen: Gai. fr. 28 de aed. ed. 21, 1: Si uenditor de his quae edicto aedilium continentur non caueat, pollicentur aduersus eum redhibendi iudicium intra duos menses uel quanti emptoris interest intra sex menses.

Insonderheit war man auf diese Weise bemüht, die actio auctoritatis bzw. satisdatio secundum mancipium bei der formlosen emptio uenditio zu ersetzen. Pomp. fr. 5 pr. de uerb. obl. 45, 1: duplae stipulatio uenit ab iudice aut ab aedilis edicto. Da aber durch bloßes Nehmen und Geben

ursprünglich kein Eigentum überging, und später beim Käufer einer res mancipi ein bloßes habere vorlag: konnte auch der Verkäufer nicht füglich für mehr als ein habere verantwortlich gemacht werden. Varro rer. rust. 2, 2 § 6: habereque recte licere. Kaufurkunde des Dasius Broucus bei Bruns-Gr.[7] n. 130 vom Jahre 142 nach Chr. Vgl. Leuel[3], Ed. S. 541.

k) Dazu kam sonstige Weiterentwicklung durch die Wissenschaft. Gedacht wurde bereits des arbitrium bei Cels. fr. 38 § 1 de act. empti uend. 19, 1, das schon Sextus Aelius befürwortete.

Ferner berichtet Cic. de off. 3, 16 § 65: a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio uitii, id statuerunt, si uenditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. Eine Anwendung von diesem Satze machte M. Cato, wovon schon die Rede war.

8. So hatte sich denn schon ein ganzes Knäuel von iudicia und arbitria um die emptio uenditio gruppiert, bevor sie sich zu einem klagbaren Konsensualkontrakte entwickelte. Die ersten sichern Spuren eines klagbaren Konsensualkontraktes treten uns entgegen bei Varro rer. rust. 2, 2 §§ 5. 6. Das Werk stammt aus dem Jahre 717/37. Die Stelle ist um so bemerkenswerter, als die neue Rechtsbildung sich anlehnt einem alten Formular. Es heißt hier: De reliquo antiqua fere formula utuntur. Cum emptor dixit 'tanti sunt mi emptae' et ille respondit 'sunt' et expromisit nummos emptor, stipulatur prisca formula sic: 'Illasce oues, qua de re agitur, sanas recte esse . . haboreque recto licere, haec sic recte fieri spondesne? Cum id factum est, tamen grex dominum non mutauit, nisi si est adnumeratum. Nec non emptor pote ex empto uendito illum damnare, si non tradet, quamuis non solucrit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium.

Gemäß dem Formulare, dessen man sich noch zu Varros

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Zeit beim Viehhandel bediente, spricht zunächst der Käufer tanti sunt mi emptae. Der Satz ist meines Erachtens nicht mit einem Fragezeichen zu versehen. Er entspricht einer Wendung bei der Manzipation. Vgl. fr. Vat. 50 emptus mihi est pretio und dazu Buch 1 Exk. 36 S. 193. Die antiqua formula findet sich schon bei Plautus Epid. 3, 4 V. 31. 35 (467. 471) und hat sich noch nach Varro erhalten. Vgl. Iau. fr. 64 de contr. empt. 18, 1; Iul. fr. 41 pr.; Ulp. fr. 7 § 2; Paul. fr. 34 § 6 ebenda und fr. 8 § 1 de per. 18, 6.

Der Verkäufer antwortet mit sunt, erklärt sich also einverstanden. Dieses Einverständnis genügte aber ursprünglich nicht, um eine Klage hervorzurufen, es mußte ein Versprechen des Preises in Stipulationsform hinzukommen.

Wollten wir das tanti sunt mi emptae des Käufers als Frage auffassen und das sunt als Antwort auf die Frage, so hätten wir damit immer noch nicht die Stipulation des Preises: denn bei dieser Stipulation muß der Verkäufer fragen und der Käufer antworten.

Eine andere Stipulation schließt sich dem Nehmen der Herde an: der Verkäufer verspricht, daß die Tiere gesund und das Haben derselben dem Käufer gestattet sei.

Die neue Rechtsbildung setzt ein mit Nec non. Der Käufer kann klagen aus dem Kaufe, ex empto uendito, und den Verkäufer verurteilen lassen, wenn er nicht übergeben sollte. Dabei ist natürlich nur zu denken an ein Geldurteil, nicht an ein Urteil auf die Herde selber.

In gleicher Weise kann der Verkäufer aus dem Kaufe den Käufer verurteilen lassen, wenn er den Preis nicht zahlt.

Hier haben wir also Klagen ex empto uendito auf beiden Seiten. Eine Stipulation des Preises wäre also nicht nötig gewesen. Ferner hängt es auch ohne Arra nicht mehr von der Willkür des Verkäufers ab, ob er das Nehmen der Tiere gestatten will. Es fragt sich aber, von welcher Voraussetzung diese Klagen aus dem Kaufgeschäfte abhängig gemacht sind.

In dieser Beziehung komme ich über einen Punkt nicht

hinweg. Die neue Rechtsbildung wird mit einem Geschäfte in Verbindung gesetzt, das bestimmte Worte verlangt: tanti sunt mi emptae .. sunt. Wir haben zwar schon den Konsensualkontrakt, aber noch keinen formlosen.

Die Ansicht, daß dem formlosen Konsensualkontrakte eine Entwicklung vorausgegangen sein werde, wo man eine Form verlangte, ist bereits von Schloßmann ausgesprochen: Z. R. G. Bd. 37 S. 190 flg. Dabei verweist Schloßmann auch schon auf die in den angeführten Stellen uns überlieferte Form. Aber er sowohl wie M. Voigt, Ius naturale Bd. 3 S. 191, fassen die Form als Frage und Antwort. Meines Erachtens stehen sich vielmehr zwei positive Behauptungen gegenüber: das sunt bzw. est könnte indes aus einem sunto bzw. esto hervorgegangen sein.

Nach Schloßmann soll sich die emptio uenditio noch zu Ecfus' Zeiten von dieser Form nicht völlig manzipiert haben.

Meines Erachtens muß sich der formlose Konsensualkontrakt beim Kaufe schon bald nach Varro zu Beginn des Prinzipates durchgearbeitet haben. Denn die Streitfrage, die damals entstand, 'ob der Tausch von Waren auch Kauf sei', hatte den Kauf als formlosen Konsensualkontrakt bereits zu ihrer Voraussetzung: siehe Exk. 38. Demnach könnte schon Labeo fr. 78 § 2 de contr. empt. 18, 1 von einem formlosen Konsensualkontrakte zu verstehen sein.

40. Locatio conductio. III, 142—144.

Die locatio conductio geht in ihrer Entwicklung der emptio uenditio parallel. Wir sehen dies z. B. ganz deutlich an den Catonischen Formularen. Auf die locatio conductio beziehen sich Cato de agri cultura c.c. 144. 145, und von Verpachtung ist ebenfalls zu verstehen das uenire in c. 149. So wird denn auch der klagbare Konsensualkontrakt hier nicht früher entstanden sein.

Dies ist ebenso der Grundgedanke von Burckhardts Schrift 'Zur Geschichte der Locatio conductio'. Derselbe

Senato della Repubblica - Archivio Storico

unterscheidet aber nicht scharf zwischen Klagbarkeit aus sonstigen Gründen und Klagbarkeit auf Grund eines Konsensualkontraktes, insonderheit formlosen Konsensualkontraktes, und gelangt auf diese Weise dazu, den klagbaren Konsensualkontrakt viel zu früh anzunehmen. Vgl. namentlich S. 12.

Die Ausdrücke locare und conducere weisen an sich, ebensowenig wie das emere und uendere, auf einen Konsensualkontrakt hin. Locare heißt: stellen, conducere: mit sich ziehen, mit sich führen, holen.

Wie die Alten uenditio emptio so gut von dem Einen wie dem Andern gesagt haben, ist es auch der locatio conductio ergangen. Gai. fr. 20 de act. empti 19, 1: Idem est et in locatione et conductione. Vgl. ferner Ulp. fr. 1 pr. de superfic. 43, 18: Ait praetor 'Uti ex lege locationis sine conductionis'.

Kauf und Miete werden von Haus aus wirtschaftliche Gegensätze gewesen sein; dasselbe gilt aber nicht von den Bezeichnungen emptio, uenditio, emere, uendere, uenum dare, uenum ire einerseits und locatio, conductio, locare, conducere andererseits.

So war eine ältere Bezeichnung für das mit dem publicanus in bezug auf die Staatseinnahmen abgeschlossene Geschäft auf seiten des Staates uenditio, uendere, uenire; dem auf seiten der Pächter ein emere entsprach. Später wird dieses emere durch conducere erläutert, ebenso uenire durch locari. Ferner finden wir verbunden locare, uendere. — Das ter uenum duuit der Zwölftafeln IV, 2 bezieht sich auf ein Gesindeverhältnis, das unserer Vermietung entspricht. — Plautus Aulularia 3, 6 V. 31. 32 (567. 568) sagt vom Käufer conducere: auch ein Käufer führt mit sich. Und Captiui 4, 2 V. 39 (815) bedeutet qui locant caedundos agnos: welche Lämmer zum Schlachten einkaufen. — Cato de agri cultura 149 bezeichnet die Verpachtung der Winterweide mit uenire, uendere und nennt den Pächter emptor. — Bei Alfenus fr. 29 loc. cond. 19, 2 entspricht dem locator eines Grundstücks ein redemptor. — Vgl. über dies alles Societas publicanorum Bd. 1 S. 93 flg.

41. Agri uectigales. III, 145.

Eine Haupteinnahme der Gemeinden waren die Pachtgelder aus Grundstücken: Societas publ. Bd. 1 S. 321; Liebenam, Städteverwaltung S. 2.

1. Das Vectigalrecht kommt nicht bloß bei Gemeinden vor, sondern ergriff auch die Grundstücke des Staates: Hyginus pag. 116 Zle 5. Gajus beschränkt sich aber auf die Gemeinden. Ob Privaten die Begründung solcher Verhältnisse gestattet war? In der Ferentiner Urkunde, Bruns-Gr.[7] n. 151, wird ein bereits bestehendes Verhältnis übertragen, und auch nur vorübergehend: siehe darüber Soc. publ. Bd. 1 S. 401. Plinius ep. 7, 18 geht anders zu Werke: siehe darüber Soc. publ. a. a. O. S. 403. So dürfte denn wohl der dominus bei Scaeu. fr. 31 de pign. 20, 1 nicht allzuviel beweisen, zumal die der Resolutivbedingung hier beigelegte Wirkung auf öffentlichrechtliche Verhältnisse hinzuweisen scheint. Vgl. Vat. fr. 283 und dazu Vac. poss. Bd. 1 S. 239; Mitteis, R. Pr.r. Bd. 1 S. 192 Anm. 88. Etwas leicht findet sich mit dem angeführten fr. 31 ab Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 531 Anm. 1.

2. Die Verpachtung erfolgte auf bestimmte Jahre oder auf unbestimmte Zeit. In letzterer Beziehung ist zu erwähnen das patritum bzw. auitum patritum. Man ließ dem Sohne bzw. Sohne und Enkel das Pachtgrundstück unter denselben Bedingungen, wie sie mit dem Vater bzw. Großvater festgestellt waren. Siehe Soc. publ. Bd. 1 S. 21.

In diesem patritum bzw. auitum patritum erblicke ich Vorläufer des in perpetuum locari, auf das wir hier bei Gajus stoßen. Was Schulten, Hermes Bd. 41 S. 13 in dieser Beziehung vorbringt, ist jedenfalls kein Gegenbeweis.

3. Gajus berichtet von einer Streitfrage: ob ein solcher Vertrag noch Pacht und nicht vielmehr Kauf sei. Es überwog die Ansicht, daß Pacht anzunehmen. Derselben Ansicht waren

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Papinian und Ulpian, die aus diesem Grunde wegen Mißwachses auch diesem Pächter einen Anspruch auf Ermäßigung des Pachtgeldes gewährten: Ulp. fr. 15 § 4 loc. cond. 19, 2.

4. Sollte man aber das Recht eines Pächters, dem auf immer verpachtet, lediglich als ein persönliches auffassen? Daß das Eigentum der Gemeinde verbleibe, war zweifellos: Hyginus 116 Zle 5—7; Ulp. fr. 15 § 27 de damno inf. 39, 2. Daneben war indes sonstiges dingliches Recht möglich. Dasselbe läßt sich aber nicht über Julian hinaus verfolgen: Kuntze, Exkurse² S. 519.

Und zwar hat das Legat den Ausgangspunkt gebildet. Julian meinte: ein solcher Pächter müsse den fundus uectigalis der Gemeinde vermachen können. Ulp. fr. 71 § 5 leg. I: quia aliquod ius in eo is qui legauit habet. Papinian fr. 219 de uerb. sign. 50, 16 befürwortete das Legat zugunsten eines Dritten: ius heredum ad legatarium quoque transferri potuit. Derselben Ansicht war Ulp. fr. 71 § 6 leg. I. Er spricht von einem ius quod in uectigalibus fundis habemus.

Dieser Auffassung entsprach es nur, daß der ager uectigalis der Erbteilungsklage unterworfen wurde, von der man die persönlichen Forderungen im allgemeinen fernhielt: Ulp. fr. 10 fam. erc. 10, 2.

Ebenso gewährte man die gewöhnliche Teilungsklage, jedoch sollte der Richter sich einer reellen Teilung möglichst enthalten. Ulp. fr. 7 pr. com. diu. 10, 3: alioquin praestatio uectigalis confundetur.

Weiter heißt es bei Paulus fr. 5 § 2 arb. furtim caes. 47, 7: qui autem fundum uectigalem habet, hanc actionem habet, sicut aquae pluuiae arcendae actionem et finium regundorum.

Es hat sich aber auch eine selbständige in rem actio entwickelt und schon im Edikte Aufnahme gefunden. Pap. fr. 66 pr. de ev. 22, 1: ea actione quae de fundo uectigali proposita est. Bemerkenswert ist, daß hier ein eignes Edikt nicht

vorausgeschickt war: Lenel, Ed.² S. 182. So wäre nicht unmöglich, daß erst Julian die betreffende Formel dem Edikt einverleibt hätte.

Dieser Schutz, welcher sich ursprünglich auf diejenigen agri uectigales beschränkt haben wird, qui in perpetuum locantur, ist dann auch ausgedehnt worden auf solche Aecker, die auf unbestimmte Zeit, z. B. auf Lebenszeit verpachtet waren, si ad tempus habuerint conductum nec tempus conductionis finitum sit: Paulus fr. 1 u. 3 si ager uect. 6, 3.

Es fragt sich aber, ob diese in rem actio selbst bei immerwährender Pacht unter allen Umständen gewährt wurde. Wir wissen von einem verwandten Falle, der superficies, daß die dingliche Klage nur causa cognita zustand: Ulp. fr. 1 § 3 de superfic. 43, 18. Zwar heißt es bei Paul. fr. 1 § 1 si ager uect. 6, 3: tamen placuit competere eis in rem actionem. Allein das competere ist hier wie anderswo verdächtig: vgl. Paul Krüger, Z. R.G. Bd. 29 S. 5. Vielleicht schrieb Paulus dandam esse oder dgl.

Mit dieser dinglichen Klage sollten nach Julian auch Dienstbarkeiten geltend gemacht werden können, die zum Grundstücke gehörten: fr. 16 de seru. 8, 1.

Gutgläubiger Erwerb begründete die Publiciana: Paul. fr. 12 § 2 de Publ. 6, 2. Lenel n. 295 vermutet freilich für Paulus Publiciana non competit. Vgl. dagegen Erman, Z. R.G. Bd. 24 S. 275; Eisele daselbst Bd. 26 S. 135. Wie Lenel für Interpolation Paul Krüger mit di Marzo und Hugo Krüger, Prät. Serv. S. 58 Anm. 66. Die Stelle hat auch ihre Bedeutung für Provinzialgrundstücke: siehe darüber Bd. 2 Abt. 1 S. 99. 150. 169.

Ein so geschütztes dingliches Recht konnte veräußert werden: Plin. ep. 7, 18 § 3. Genehmigung der Gemeinde war dazu nicht erforderlich: Soc. publ. Bd. 1 S. 323; Mitteis, Zur Gesch. der Erbpacht S. 27.

Scaevola fr. 31 de pign. 20, 1 gestattete eine Verpfändung dieses Rechtes. Dies bestätigen die Kaiser Severus und

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Antoninus (198—206) bei Marcianus fr. 17 de pign. act. 13, 7. Denselben Rechtssatz bezeugt Paul. fr. 16 § 2 daf. 13, 7.

Die Bestellung eines Nießbrauches an diesem Rechte war wenigstens tuitione praetoris möglich: Ulp. fr. 1 pr. quib. mod. ususfr. am. 7, 4 = Vat. fr. 61.

5. Von einschneidender Bedeutung für das Vectigalrecht war eine Bestimmung der Kaiser Antoninus und Verus (161 bis 169) bei Pap. Iustus fr. 7 pr. de publ. 39, 4: in uectigalibus ipsa praedia non personas conueniri. Damit war das Pachtgeld von der Person des jeweiligen Pächters losgelöst und zu einem Grundgelde geworden. Vgl. Soc. publ. Bd. 1 S. 322 flg.

6. Viel besprochen ist eine Stelle bei Hyginus S. 116 Lie. 11 flg., die leider in verstümmelter Gestalt überliefert worden. Sie lautet: qui superfuerant agri uectigalibus subiecti sunt, alii per annos alii uero mancipibus ementibus, id est conducentibus, in annos centenos.

Daß hinter per annos ausgefallen quinos, hat schon Goesius vermutet. Außerdem wäre meines Erachtens mit alii uero eine Umstellung vorzunehmen, so daß wir folgenden Text erhielten: qui superfuerant agri uectigalibus subiecti sunt, alii per annos quinos mancipibus ementibus, id est conducentibus, alii uero in annos centenos. Ob statt des folgenden plures uero vielmehr pluresue zu lesen, mag dahingestellt bleiben.

Die mancipes weisen hin auf die societates publicanorum, für welche die mancipes den Pot abgaben: siehe Soc. publ. Bd. 1 S. 106 flg. Sie erscheinen als Großpächter, die dann wieder parzellierten: Soc. publ. Bd. 1 S. 88. Oder die Parzellierung war bereits geschehen, so daß vielmehr die Gefälle verpachtet wurden. In kleineren Verhältnissen mögen auch mancipes ohne socii tätig geworden sein. Vgl. ferner die Inschrift von Arausio und dazu Erkl. 42. Ein solcher Vertrag mit Großpächtern lief also immer nur auf kürzere Zeit, z. B. fünf Jahre.

Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 2³ S. 459 Anm. 1 streicht mancipibus ementibus, id est conducentibus. Damit erklärt sich einverstanden Mitteis a. a. O. S. 13. Allenfalls würde ihm auch genügen, was Huschke vorschlägt: qui superfuerunt agri uectigalibus subiecti sunt, mancipibus ementibus, alii per annos quinos, alii uero in annos centenos pluresue.

7. Die Erbpacht hat sich bei den Römern erst verhältnismäßig spät entwickelt, während sie in den griechischen Gemeinden seit alter Zeit bekannt war. Vgl. Mitteis a. a. O. S. 6 flg.; Hermann-Thalheim, Griech. Rechtsaltertümer⁴ S. 93 flg. So könnte hier griechischer Einfluß maßgebend geworden sein. Den ökonomischen Zweck, dem die Erbpacht diente, suchten die Römer von Haus aus durch ihr jederzeit widerrufliches Precarium zu erreichen.

8. Das ius ἐμφυτευτικόν uel ἀμφιταυτικόν wird zuerst erwähnt bei Ulpian im 35. Buche seines Ediktskommentares, fr. 3 § 4 de reb. eor. 27, 9. Und merkwürdig genug erst nach Erlaß der lex Antonina. Siehe darüber Präscriptio und Pactum S. 130.

Auch hier entsteht die Frage, ob der die Emphyteuse begründende Vertrag als Kauf oder Pacht aufzufassen sei. Kaiser Zeno entschied für einen selbständigen Vertrag: c. 1 de emph. iur. 4, 66.

9. In den Justinianischen Rechtsbüchern ist Vectigalrecht und Emphyteuse zu einem einheitlichen Gebilde verschmolzen. Dies ist geschehen durch Interpolationen: Macer fr. 15 § 1 qui satisdare 2, 8 qui uectigalem, id est emphyteuticum agrum, possidet; tit. D. 6, 3 Si ager uectigalis, id est emphyteuticarius, petatur.

42. Die Inschrift von Arausio.

In Orange, dem römischen Arausio in Gallia Narbonensis, ist im Jahre 1904 eine Inschrift auf einer Marmorplatte zum Vorschein gekommen, die sich mit dem Vectigalrecht

Senato della Repubblica - Archivio Storico

324

beschäftigt. Schulten liefert im Hermes Bd. 41 zu S. 1 flg. von dieser Inschrift die Nachbildung einer größeren Photographie. Die Urkunde lautet nach Schulten:

1 Manc(eps) C. Naouius Rusticus
in perpet(uum) eius rei fide-
iussor C. Vesidius Qua-
dratus Ad K(ardinem)
5 Meris III in fronte p(edes) XXXIV — X LXIXS
S et meris IIII in front(e)
p(edes) XXXV in ann(os) sing(ulos) XI
Manc(eps) C. Naouius Rusticus
in perpet(uum) eius rei fide-
10 iussor C. Vesidius Quadra-
tus Ad K(ardinem)
Meris V in fronte p(edes) LVS — X C[XXXS]
et meris VI ad ludum
[in fronte] p(edes) LXXV [in ann.]
[sing. . .

Diese Fassung findet sich auch bei Bruns-Gr.[7] n. 142, nur ist Zle 7 und 14 das p. zu p(edum) erweitert.

Schulten setzt diese Urkunde in den Anfang der Kaiserzeit. Er hat sie a. a. O. S. 1—44 mit einem reichhaltigen Kommentare versehen. Das rechtliche Verhältnis, welches dieser Urkunde zugrunde liegt, fasse ich aber zum Teil anders auf als Schulten.

I. Meris (papic) III, IV, V, VI weisen darauf hin, daß meris I und II vorausging. Wir haben es also mit einem Grundstücke zu tun, das in sechs Teile zerlegt war.

Teil III hatte eine Front von 34½ Fuß, Teil IV eine Front von 35 Fuß. Beide Teile erscheinen aber hier wieder vereinigt.

Teil V hatte eine Front von 55½ Fuß, Teil VI eine Front von 75 Fuß. Beide Teile sind dann ebenfalls wieder vereinigt worden. Mit Recht hat hier Schulten das C in Zle 12 ergänzt zu CXXXS.

Solchen Zusammenlegungen begegnet man auch anderswo, z. B. auf der tabula Veleias: siehe darüber Soc. publ. S. 417.

Die Stadt Arausio hat verpachtet an einen manceps Namens C. Naouius Rusticus. Und dieser manceps hat als fideiussor gestellt den C. Vesidius Quadratus.

Das in perpetuum bezieht Schulten auf den manceps. Auf diese Weise dürfte aber die Zahl XI in Zle 7 Schwierigkeiten bereiten. Das in perpetuum läßt sich doch auch in Beziehung setzen zum fideiussor. Und diese Beziehung dürfte um so näher liegen, als der Name des manceps dem in perpetuum schon vorausgeht, auch mit in perpetuum eine neue Reihe nicht bloß beginnt, sondern zugleich eingerückt ist. Der fideiussor soll auf immer haften: d. h. bis die Schuld bezahlt worden. Das in perpetuum bildet einen Gegensatz zur beschränkten Haftung des sponsor und fidepromissor. Deren Haftung beschränkte sich auf zwei Jahre und übertrug sich nicht auf deren Erben: siehe III, 120. 121. Die fortdauernde Haftung der fideiussores verstand sich später von selbst. Gai. III, 121: fideiussores uero perpetuo tenentur. Dieser Rechtssatz könnte durch Vereinbarungen, wie wir sie auf unserer Urkunde antreffen, vorbereitet sein.

Schulten meint S. 11: 'wenn der Bürge eines Pächters auf ewige Zeit bürgt, muß wohl der Pächter auf ewige Zeit gepachtet haben'. Dabei ist außer acht gelassen, daß ein in perpetuum in der Person des Bürgen sich nicht notwendig auf eine ewige Pacht zu beziehen braucht.

So gelangt denn Schulten zu einem in perpetuum locari. Ebenso Grabenwitz. Meines Erachtens handelt es sich um eine Miete oder Pacht von 11 Jahren: in annos singulos XI. Nach Schulten soll man hier aurei ergänzen und darunter den Pachtzins verstehen. Das hätte doch wohl etwas anders ausgedrückt sein müssen.

Ich glaube, daß der Pachtzins am Rande deutlich genug bezeichnet ist. Er beträgt für die vereinigte Parzelle III, IV 69½ Denare, also für je einen Fuß Front je einen Denar.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Schulten versteht die Zahlen am Rande von einer staatlichen Grundsteuer. Näher liegt es aber jedenfalls, bei einer Gemeinde an deren Pachtzins zu denken.

Dem manceps treten keine socii zur Seite, er stellt aber einen fideiussor. Der fideiussor statt des praes tritt uns auch beim kaiserlichen Fiskus entgegen: Soc. publ. S. 214; und kam wohl schon dem Aerar gegenüber vor: Soc. publ. S. 204; Wilcken, Ostraka Bd. 1 S. 554.

Gegenstand der Pacht sind hier die Miet- oder Pachtgelder, uectigalia. Für deren Ueberweisung auf 11 Jahre wird der manceps sich der Gemeinde gegenüber zu einer bestimmten Summe verpflichtet haben. Wofür diese uectigalia gezahlt wurden, ob für Wohnräume oder Ackerland, ist nicht gesagt. Schulten denkt an Erbpacht von Baugrundstücken zum Zwecke der Errichtung eines Hauses. Ich nehme Zeitpacht auf 11 Jahre an, womit sich eine superficies, wie sie Schulten vorschwebt, nicht gut vertragen würde.

Ich verstehe diesem allem zufolge die Urkunde dahin, daß sie sich beschäftigt mit einer Zeitpacht. Für Annahme einer ewigen Pacht scheint es mir an genügenden Anhaltspunkten zu fehlen. Damit will ich indes keineswegs behauptet haben, daß ein zugrunde liegendes in perpetuum locari sachlich unmöglich wäre.

Wir müssen zweierlei scharf auseinanderhalten: das Verhältnis des Pächters von Grund und Boden zu der Gemeinde und das Verhältnis des Pächters von Grund und Boden zum Steuerpächter.

Eine Gemeinde, die ihre Aecker für ewige Zeiten verpachtet hat, braucht darum noch nicht sich einem Steuerpächter gegenüber für alle Ewigkeit zu binden. Einer Gemeinde, die so verführe, würde man sogar den Vorwurf einer unvorsichtigen Finanzwirtschaft nicht ersparen können. Wenn eine Gemeinde ewig fließende Einnahmen auf 11 Jahre an einen Einzelnen verpachtete und sich mit einem einzelnen Bürgen begnügte: das läßt sich verstehen. Aber eine Verpachtung ewiger Einnahmen

an einen Einzelnen auf alle Ewigkeit, so daß die Gemeinde es schließlich mit den Erben und Erbesnehmern dieses Einzelnen zu tun hätte, verbietet sich schon durch die Schwierigkeit der Durchführung.

II. Die Lage der einzelnen Teile ist näher angegeben. Teil VI lag ad Iudum. Zu ergänzen ist wohl uia, und unter Iudus haben wir eine Fechterschule zu verstehen. Also Teil VI lag mit seiner Front am Wege nach der Fechterschule. Die Fechterschule wird in der Nähe des Amphitheaters gewesen sein. Vgl. Gilbert, Stadt Rom Bd. 3 S. 332. Ein solches ist für Arausio bezeugt: siehe Friedländer, S. G. Bd. 2[3] S. 568. Die Lage des Amphitheaters haben wir uns dann wieder außerhalb der eigentlichen Stadt vorzustellen. Dasselbe wird gelten müssen für die Fechterschule und den Weg zur Fechterschule.

Schulten gibt auf seiner Zeichnung dem Teile VI eine Front von 75 Fuß am kardo, während sie sich doch ad Iudum befanden.

Die übrigen Teile lagen ad kardinem. Auch hier wird uia zu ergänzen sein. Also am Wege zum kardo, wohl maximus. Möglich wäre auch die Auflösung a dextra kardinis, das wäre eine Straße im Osten der Stadt. Mag man nun so oder so auflösen — auch hier kommen wir dahin, uns die Teile als vor der Stadt gelegen vorzustellen.

Schulten läßt alle sechs Teile am kardo selber liegen. Aber ad bezeichnet doch die Richtung. Auch bezeichnen fast alle Pläne der Feldmesser die Straße mit k m, zuweilen mit kardo.

Jedenfalls haben wir es mit Gemeindeland zu tun. Dasselbe bildet einen Gegensatz zu dem bei Gründung der Kolonie den Kolonen zu Privateigentum assignierten Land, dem ager coloniens. An und für sich ist dieses Gemeindeland ager arcifinius. Es kann aber ebenfalls vermessen werden, um ein uectigal aufzulegen. Dies ist meines Erachtens der ager

Senato della Repubblica - Archivio Storico

arcifinius uectigalis, mit dem sich beschäftigt Hyginus 204, 16 bis 206, 5. Mommsen, Hermes Bd. 27 S. 89 möchte den ager arcifinius uectigalis angliedern den agri mensura per extremitatem comprehensi bei Frontin 1, 4. Allein bei diesen agri erstreckt sich die Messung lediglich auf den Umfang, beim ager arcifinius uectigalis wird dagegen eine Aufteilung mittels geradliniger Flächen innerhalb eines Grundstückes vorgenommen. Es heißt bei Hyginus: Agrum arcifinium uectigalem ad mensuram sic rediguere debemus, ut et recturis et quadam terminatione in perpetuum seruetur.

Vielfach ist diese Stelle mit dem tributum in Verbindung gebracht. So von Savigny, Ztschr. für gesch. Rtsw. Bd. 6 S. 351 flg.; Rodbertus, Jahrb. für Nationalökonomie Bd. 5 S. 255; Marquardt, Röm. Staatsverw. Bd. 2² S. 222 flg. Allein tributum und uectigal sind Begriffe, die wir auseinanderzuhalten haben. Vgl. darüber Soc. publ. S. 329 flg.

III. Werfen wir jetzt wieder einen Blick auf unsere Inschrift. Wir haben vor uns Gemeindeland, für das frontweise alljährlich Geld entrichtet wurde. Dieser Geldzahlung wird die Benutzung einer bestimmten Fläche entsprochen haben. Also war das Gemeindeland flächenweise vermessen. Ich sollte demnach meinen, daß alle Voraussetzungen des ager arcifinius uectigalis hier zutäfen.

Es handelt sich vielleicht um Gärten, die dem Gemüsebau dienten. Die jährliche Pacht von einem Denar für den Fuß in der Front weist hin auf eine Festsetzung seitens der Gemeinde; die aber so bemessen gewesen sein wird, daß es an Pächtern nicht gut fehlen konnte.

Die Gründung der Kolonie erfolgte seit 708/46: Zumptii Comm. epigr. uol. I pag. 316. Damals mag auch alsbald die Verpachtung des Gemeindelandes vorgenommen sein. Diese Verhältnisse werden sich dann so fortgepflanzt haben. Ob man für die Verpachtung des Ackers die Form der Zeitpacht oder der Erbpacht wählte, muß dahingestellt bleiben. Möglich

auch, daß sich im Laufe der Zeit die Erbpacht aus der Zeitpacht entwickelte. Für die Steuerpacht haben wir eine zeitliche Schranke von 11 Jahren.

43. Der Gladiatorenlieferungsvertrag. III, 146.

Der Gladiatorenkampf, munus gladiatorium, bildet einen Gegensatz zu den ludi, weil ihm von Haus aus jegliche Beziehung zum römischen Gottesdienste abging. Diese Kämpfe sind von den Etruskern übernommen. Sie wurden aber im hauptstädtischen Spielplan erst ständig unter den Kaisern. Vgl. Wissowa, Religion und Kultus der Römer S. 397 flg. Sie beschränkten sich nicht auf Rom, sondern fanden auch in andern Teilen des Reiches statt.

I. Der Fechtmeister heißt lanista. Das Wort ist etruskischen Ursprunges nach Isidorus Etym. X, 160: Lanista, gladiator, id est carnifex Tusca lingua appellatus. Walde² S. 412 hält dies nicht für glaublich und nimmt eine Bildung von lanius an.

Die Gladiatoren waren teils Sklaven, teils Freie. Der Freie, der sich anwerben ließ, gelobte dem Fechtmeister: daß er sich brennen, fesseln, hauen und mit dem Schwerte töten lassen wolle. Dieses Gelöbnis heißt auctoramentum, ein so Angeworbener auctoratus. Vgl. Seneca ep. 4, 8 (37) § 1: auctoramenti uerba sunt 'uri, uinciri ferroque necari' und Petronius 117: uri, uinciri, uerberari ferroque necari. Er kam dadurch zu dem Fechtmeister in ein Abhängigkeitsverhältnis. Vgl. Mommsen, Festgabe für Beseler S. 262 flg. Gai. III, 199 stellt auf gleiche Stufe den iudicatus und auctoratus.

Daneben wurden überwiesene Verbrecher, die sich dazu eigneten, im Strafwege an die Fechtschulen abgegeben. Siehe darüber Mommsen, Röm. Strafrt. S. 963 flg.

II. Ueber diese Verhältnisse enthält manches Neue eine Urkunde über ein Senatusconsultum, veranlaßt durch die Kaiser Marcus Antoninus und Lucius Commodus, aus dem Jahre

Senato della Repubblica - Archivio Storico

176 oder 177. Dieselbe ist abgedruckt Eph. epigr. VII pag. 388 seqq. und von Mommsen mit einem reichhaltigen Kommentare versehen. Ebenso findet man sie in C. I. L. II n. 6278; Dessau n. 5163 und, wenn auch nicht ganz vollständig, bei Bruns-Gradenwitz[1] n. 63.

Die Urkunde ist gefunden in der Nähe von Hispalis in Hispania Baetica. Sie ist nur ein Bruchstück. Auch haben wir das Senatusconsultum nicht selber vor uns. Und über das Verhältnis dieser Urkunde zum Senatusconsultum gehen die Ansichten auseinander.

Nach Mommsen soll vorliegen der Beschlußvorschlag, sententia, eines römischen Senators über eine kaiserliche oratio. Wegen der Form verweist Mommsen auf sein Staatsrecht Bd. 3 S. 1009 flg.

Hübner dagegen C. I. L. II pag. 1035 denkt an einen Vortrag, der gehalten sei auf einem gallischen Landtage in Lugdunum.

In der Tat spricht vieles dafür, daß es sich handelt um ein Ausführungsgesetz zu einem Senatusconsulte. Der Vortrag bezweckt die Herbeiführung eines Landtagsbeschlusses. Aber der Landtag, der hier in Frage steht, müßte dann doch wohl in Corduba abgehalten sein, da die Urkunde in Hispania Baetica gefunden wurde.

Jedenfalls ist in dieser Urkunde Bezug genommen auf eine kaiserliche oratio, deren Worte möglichst beibehalten sind. Demnach wird an dem Vorhandensein eines Senatusconsultum nicht füglich zu zweifeln sein.

1. Das Geltungsgebiet dieses Senatusconsultum erstreckte sich über das weite römische Reich mit Ausnahme der Stadt Rom.

2. Zunächst ist die Rede von einer Steuer, die hier abgeschafft wird. Ich verweise in dieser Hinsicht auf Soc. publicanorum Bd. 1 S. 70 flg.

3. Was die Spiele anbetrifft, so sollen die munera assiforana den Betrag von 30000 Sesterzen = M. 6026 nicht übersteigen. Darunter werden wir Spiele zu verstehen haben,

für die ein Eintrittsgeld erhoben wurde und bei denen es hauptsächlich hierauf abgesehen war.

Die übrigen Spiele werden in vier Klassen geteilt, je nachdem der Aufwand 30000—60000 Sesterzen, oder 60000 bis 100000, oder 100000—150000, oder 150000—200000 und mehr beträgt.

Für jede dieser vier Klassen von Spielen müssen zunächst bestimmte Paare besserer Gladiatoren in verschiedener Preislage den Spielgebern geliefert werden. Es heißt z. B. in Bezug auf die erste Klasse Zle 30. 31: Qui autem supra (sestertium) XXX (milia) ad LX (milia) usque munus edent, is gladiatores tripertito praebeantur numero pari. Summum pretium sit

primae parti quinque milia,
secundae quattuor milia,
tertiae trin milia.

Sehr zu bemerken ist gladiatores praebeantur. Es hing nicht etwa vom Fechtmeister ab, ob er liefern wolle oder nicht: er mußte liefern, war demnach einseitig gebunden. Es liegt hier also ein ähnliches Verhältnis vor, wie heutzutage z. B. bei den Frachtgeschäften einer Eisenbahn. Es hängt der Abschluß solcher Geschäfte nicht von der Willkür der Eisenbahnverwaltungen ab: sie müssen Personen und Güter befördern.

Dem bessern Gladiator, summo ac formonso (d. i. formoso) gladiatori, treten zur Seite die gemeinen Gladiatoren, qui grogari appellantur. Von diesen mußte der Fechtmeister gerade so viele liefern wie von den besseren. Zle 35. 36: utique in omnibus muneribus, quae generatim distincta sunt, lanista dimidiam copiam uniuersi numeri promisque (d. i. promiscuae) multitudinis praebeat. Der Preis für die kräftigeren betrug 2000, für keinen aber weniger als 1000 Sesterzen.

Alle diese Preise gelten aber nur für die wohlhabenderen Gemeinden: aput fortiores ciuitates. Bei kleineren Gemeinden erfolgte die Festsetzung in anderer Weise.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

In Gallien sollte der Preis für einen Gladiator 2000 Sestertzen nicht übersteigen. Zle 56. 57: ne ampliore pretio lanistae praebeant, quam binis milibus.

4. In allen diesen Fällen handelt es sich um ein pretium, einen Kaufpreis. Daneben wird Zle 44. 46 einer merces gedacht. Es heißt hier: Item censeo de exceptis ita obseruandum, ut praecipuum mercedis gladiator sibi quisque paciscatur, eius pecuniae, quae ob hanc causam excipiebatur, quartam portionem liber, seruus autem quintam accipiat.

Was den Text anbetrifft, so hat Buecheler quisque durch quisquis ersetzt. Allein quisquis und quisque sind ihrem Ursprunge nach synonym, und werden auf Inschriften gar nicht so streng geschieden. Vgl. Schmalz, Lat. Syntax³ S. 447.

Die Konstruktion ist etwas verworren. Man scheint hinter paciscatur ein ut ergänzen zu müssen.

Den Inhalt stellt Mommsen sich so vor, daß zwischen Unternehmer und Fechtmeister ein Siegerlohn vereinbart sei: so daß ähnlich, wie bei Gajus, zur venditio eine Art von locatio hinzutrete. Das will aber nicht recht passen zu den exceptis und der pecunia, quae ob hanc causam excipiebatur.

Ich beziehe die excepta und die pecunia, quae excipiebatur, auf die Geldstücke und sonstigen Geschenke, welche den Siegern dargebracht, vielleicht zugeworfen wurden, und die sie annahmen bzw. auffingen. Ein ganz ähnliches excipere tritt uns z. B. entgegen bei Gai. fr. 9 § 7 de adq. rer. dom. 41, 1: ut ecce qui missilia iactat in uulgus, ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit.

An diese Geschenke hat Mommsen übrigens auch schon gedacht. Dazu stimmt aber nicht recht der Vertrag zwischen Unternehmer und Fechtmeister. Vgl. wegen der Geschenke Suet. Claud. 21: adeo ut oblatos victoribus aureos prolata sinistra pariter cum uulgo uoce digitisque numeraret; Martialis spect. 29, 6: lances donaque saepe dedit; Iuuenal. 7, 243: adcipe uictori populus quod postulat aurum.

Abgeschlossen ist lediglich ein pactum zwischen Gladiator und Unternehmer: der Freie soll ein Viertel, der Sklave ein Fünftel bekommen.

Dieses pactum ist in Ansehung des Sklaven sehr bemerkenswert. Das Fünftel soll er für sich behalten, erscheint also in dieser Beziehung als vermögensfähig. Andererseits gerät der Freie als auctoratus in ein Abhängigkeitsverhältnis. So bringt denn die gleichartige Beschäftigung zwischen Freien und Sklaven eine Art von Ausgleichung hervor. Der Freie wird abhängig in ähnlicher Weise wie der Sklave, und der Sklave erhält ein Stück von der Vermögensfähigkeit des Freien. Dieselbe Erscheinung tritt uns beim Kolonat entgegen.

Geltend gemacht wird ein solches Pactum einfach durch ein Zurückbehaltungsrecht. Der Gladiator zieht seinen Anteil ab und liefert nur ab, nachdem sein praecipuum mercedis gedeckt ist.

Auf dieses Verhältnis bezieht sich allem Anscheine nach Vat. fr. 72 § 2, das Mommsen, zum Teil in Anlehnung an Bethmann-Hollweg, in folgender Weise ergänzt: (idem fructum oper)ae gladiatoriae eius us(que ad praemia fructuario puta)nt compet(ere) posse. Ich möchte aber statt usque ad praemia lieber einsetzen: usque ad quintam portionem.

5. Was den Fall bei Gajus anbetrifft, so meint Mommsen, daß er nicht die Regel gebildet habe: regelmäßig werde der Unternehmer siegreiche Sklaven behalten haben. So liegt die Sache allerdings Zle 59—61 unserer Urkunde bei den sacerdotes und auch anderswo. Aber wenn ein Privatmann nur vorhatte, einen einmaligen Gladiatorenkampf zum besten zu geben, was sollte er nachher mit den Gladiatoren anfangen? Ferner verlangt ein Gladiator eine Fechtschule, in der er sich fortwährend üben kann. Also ist bei Gajus III, 146 doch wohl der gewöhnliche Fall vorausgesetzt. Natürlich wird sich der Preis höher gestellt haben, wenn im Falle eines Sieges der Fechtmeister den Sklaven nicht zurückerhielt.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

6. Am Schlusse der Urkunde Zle 62. 63 ist vom freien Gladiator die Rede. Wir ersehen daraus, daß er sich vor der Behörde verpflichtete: qui apud tribunum plebei clarissimum virum sponte ad dimicandum profitebitur. Daher die Bezeichnungen auctoratus und auctoramentum: der Vertrag erhielt auf diese Weise eine besondere Bekräftigung. Der gesetzliche Preis betrug 2000 Sesterzen. Es scheint aber der Sieger wieder frei geworden zu sein. Ließ er sich das zweite Mal anwerben, so sollte der Preis 12000 Sesterze nicht überschreiten: liberatus si discrimen instauraverit, aestimatio eius post hac (sestertium) XII (milia) non excedat.

Wir haben hier also ebenfalls eine Verbindung von Kauf und Miete wie bei Gajus III, 146. Für den Fall des Sieges liegt Miete vor. Solange der Freie unterliegt, gilt er zunächst als verkauft.

Bei Gajus scheinen 20 Denare pro sudoro etwas niedrig zu sein. Wir müssen aber bedenken, daß ein Sklave, der siegreich aus dem Kampfe hervorging, bedeutend im Werte gestiegen war. Ebenso wie heutzutage ein Rennen, der in einem Pferderennen siegt, bedeutend an Wert gewinnt. Mit dieser Wertsteigerung allein konnte der Fechtmeister schon sehr zufrieden sein. Die 20 Denare pro sudoro kamen wohl lediglich dem Sklaven zugute, ebenso wie der fünfte Teil von den Geschenken. Jedenfalls wäre die Bezeichnung pro sudoro für diesen Mietspreis dieser Auffassung nicht ungünstig.

44. Kauf und Werklieferungsvertrag. III, 147.

Der Inhalt des § 147 tritt uns im wesentlichen noch an zwei andern Stellen entgegen: I. I. III, 24 § 4 und libro 2 rer. cott. Gai. fr. 2 § 1 loc. cond. 19, 2. Es entsteht die Frage: wie wir uns das Verhältnis dieser drei Stellen zueinander vorzustellen haben.

1. Die res cottidianae können wir auffassen als eine Ergänzung und Erweiterung, zum Teil auch Berichtigung der Institutionenvorlesung: siehe Rtsgel. Gajus S. 105. Es wäre

trotzdem sehr wohl denkbar, daß wir unsern Ausgang von den res cottidianae zu nehmen hätten. Erst von hier aus könnte das besprochene Beispiel seinen Weg gefunden haben zu den Institutionen des Gajus und von da weiter zu den Institutionen Justinians.

Freilich ist die Erörterung in den res cottidianae weniger vollständig als in den beiden andern Stellen: es fehlt hier die Meinungsäußerung des Cassius. Diese geringere Vollständigkeit dürfte indessen zurückgehen auf die Kompilatoren, die hier gestrichen haben. Dies läßt noch erkennen der Satz sed placet unum esse negotium: siehe schon Glück, Erläuterung Bd. 17 S. 321.

Für nachträgliche Hinzufügung des § 147 sprechen aber ebenso wie beim § 146 die Denare. Der Juwelier soll empfangen denarios CC.

In dieser Beziehung ist es nun wieder bemerkenswert, daß in den andern beiden Stellen gar keine Denare vorkommen.

In der Pandektenstelle heißt es trecenta, wozu man doch nur sestertia ergänzen könnte. So kämen wir auf 300000 Sesterzen = M. 65260: allerdings ein etwas hoher Preis. Ob hier ein Fehler vorliegt?

Lenel, Paling. n. 501 meint: Gajus hätte geschrieben denarios CCC. Das wären 1200 Sesterzen = M. 261. Aber bei Gajus finden wir sonst gar nicht die Rechnung nach Denaren.

I. I. III, 24 § 4 heißt es aureos decem. Die Kompilatoren pflegten den aureus für ein sestertium zu setzen: siehe Cuiacii Obs. XIX, 31; Lenel, Paling. praef. VII, 11. So kämen wir auf 10000 Sesterzen = M. 2175.

Ausgeschlossen wäre unter diesen Umständen keineswegs, daß Gajus in seinen res cottidianae Sesterzen brachte, die erst der Nachgajaner in den Institutionen des Gajus zu Denaren umwandelte.

2. Es handelt sich hier um die Anfertigung von Ringen. Hat der Goldschmied das Gold zugetan, so lag nach

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Cassius insofern ein Kauf vor, während er die Arbeit als operarum locatio conductio auffaßte. Es überwog aber die Meinung, das ganze Geschäft als Kauf zu betrachten. Lieferte der Besteller das Gold, so sollte eine locatio conductio abgeschlossen sein mercede pro opera constituta: ob operis oder operarum?

In Wahrheit dürfte vorliegen ein besonderer Werkvertrag bzw. Werklieferungsvertrag, den auch BGB. § 651 eigenartig behandelt hat.

Wenn die Römer zu dieser Auffassung nicht durchgedrungen sind, so wird ihnen dabei hindernd mit im Weg gestanden haben die Beschränkung der formlosen Konsensualkontrakte auf vier Fälle.

45. Entwicklungsgang der societas.

III, 148—150. 154a.

I. Unsern Ausgang haben wir zu nehmen von der societas omnium bonorum. Und vorbildlich für diese ist wiederum gewesen das consortium ereto non cito.

1. Mit letzterem habe ich mich bereits beschäftigt Bd. 2 Abt. 2 Exkl. 5 S. 108 flg.; Exkl. 21 S. 194 flg.; Bd. 3 Abt. 1 Exkl. 3 S. 50 flg. Hatte der Vater nicht geteilt, so bestand die Gütergemeinschaft unter den Waisen fort. Es wird ihnen gestattet gewesen sein, die Gütergemeinschaft aufzuheben. Solange dies nicht geschehen, haben wir das consortium ereto non cito.

2. Während hier die Fortdauer einer durch den Tod des Vaters von selbst gegebenen Gemeinschaft an eine negative Voraussetzung geknüpft wird, bedürfen wir im übrigen für das Entstehen einer Gemeinschaft einer positiven Willenskundgebung. Die societas entsteht durch ein coire.

Dies coire societatem haben wir uns, ebenso wie das adire hereditatem, zunächst rein sinnlich vorzustellen. Coire ist ein Zusammengehen und societas das Miteigentum. Vgl. wegen dieser Bedeutung von societas meine Soc. publ. S. 302.

3. Die Teilung konnte herbeigeführt werden durch das

communi dividundo iudicium. Dasselbe ist eine Nachbildung des familiae erciscundae iudicium bzw. arbitrium. Mit demselben ließen sich persönliche Verpflichtungen geltend machen, aber ursprünglich und an sich nur bei Gelegenheit der Teilung. Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 197; Berger, Teilungsklagen S. 101 flg.

4. Außerdem entwickelt sich eine Klage, welche die persönliche Verpflichtung als solche zur Geltung bringt. Sie ist schon möglich wegen eines einzelnen Geschäftes, und zu ihrer Begründung genügt später ein formloser Konsensualkontrakt.

Wie sich diese Entwicklung vollzogen haben mag, liegt sehr im Dunkeln. Es haben sich mit dieser Frage beschäftigt: Salkowski, Quaestiones de iure sociotatis pag. 20. 69; Zur Lehre von den juristischen Personen S. 34; Pernice, Labeo Bd. 1 S. 443 flg.; Bd. 2 S. 282; Z. R.G. Bd. 16 S. 48 flg.; Zum röm. Sacralrte. II S. 27 flg.; Z. R.G. Bd. 22 S. 232 flg.; Lastig in Goldschmidts Ztschr. Bd. 24 S. 400 flg.; Leist, Zur Gesch. der röm. Societät S. 34 flg.; Ferrini, Arch. giurid. Vol. 38 pag. 3 flg.; Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 485 flg.; Cohén L. 44 § 1 de aed. ed. S. 2 flg.; M. Voigt, R. R.G. Bd. 1 S. 674 flg.; Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 656 flg.; Trumpler, Die Gesch. der röm. Gesellschaftsformen S. 1 flg.; Hugo Krüger, Z. R.G. Bd. 41 S. 461 flg.; Berger, Tit. S. 6 flg.

II. Eine sichere Entscheidung aller hier auftauchenden Fragen wird auf Grund des vorliegenden Quellenmaterials kaum möglich sein. Ich beschränke mich darauf, folgende Punkte hervorzuheben.

1. Als Beispiel einer Gesellschaft, die sich auf einen einzelnen Geschäftszweig beschränkt, bringt Gajus § 148 den Ein- und Verkauf von Sklaven. Und es ist sehr wohl möglich, daß dies in ihrer Art die erste Gesellschaft war, die in der Rechtsordnung Berücksichtigung gefunden hatte. Jedenfalls tritt uns eine Gesellschaft von Sklavenhändlern schon im ädilizischen Edikt entgegen, wenngleich hier ihr Verhältnis vorzugsweise dem

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Mélanges

P. F. GIRARD

Études de droit romain dédiées à Mr P. F. Girard

Professeur de droit romain à l'Université de Paris

à l'occasion du 60e anniversaire de sa naissance (26 octobre 1912)

TOME SECOND

PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ÉDITEUR
15, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1912

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Sulla natura della « merces » nella « locatio-conductio »

Io credo che in nessun modo si possa rendere più direttamente il dovuto omaggio all' illustre romanista che oggi onoriamo, che col contribuire nei limiti delle proprie forze al miglioramento di quello che è il frutto più poderoso della sua segnalata attività di scienziato e di maestro : il Manuale di diritto romano. Ed è appunto un lieve contributo in tal senso che mi lusingo di arrecare colle brevi note seguenti a quest' opera, si può dire, oggidì dominante.

A proposito dei requisiti del contratto consensuale di locazione il Girard (1) accede alla dottrina più diffusa, a senso della quale pei Romani non si poteva parlare di *locatio* se la controprestazione, la *merces*, non consisteva in una somma di denaro, salvo il caso specifico della *colonia partiaria* ; ma cita, senza respingerla decisamente, una opinione del Ferrini (2), che mira a togliere pel diritto classico alla colonia parziaria ogni carattere di peculiarità, sostenendo che l'esigenza della mercede a denaro per aversi contratto nominato di locazione sia stata decretata soltanto da Giustiniano.

Ora a me sembra che la quistione non vada lasciata in certo modo aperta, ma che l'affermazione del Ferrini si

(1) Cfr. Manuel, 5ª ed. p. 570, testo e note 1 e 2.

(2) *Ueber die colonia partiaria*, nell' Archiv für die civilistische Praxis, Vol. 81 (1893) p. 1 segg. Oltre al Cog. citato dal Girard, accetta la teoria del Ferrini, Bonfante, *Istituzioni*, 1ª ed., p. 198, e sotto l'influenza di essa Pacchioni, Corso di dir. rom. II, p. 263.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

debba dichiarare senz'altro priva di fondamento. Un'analisi del suo studio spero che mi potrà dar ragione.

L'opinione espressa dal Ferrini è causata sopra tutto dal fatto che egli ha creduto di poter trarre dagli scolii dei Basilici prove sicure dell'esistenza nella scuola di Berito (della quale, egli dice, tante idee sono possate nel diritto giustinianeo) di una teoria assoluta, che negava qualsiasi eccezione alla regola che nella locazione la *merces* dovesse consistere in denaro, tanto vero che rigettava in altra categoria di contratti i casi di colonia parziaria recati dalle fonti. Ma tutto ciò non è vero: il Ferrini o deduce troppo dagli scolii bizantini o prende equivoco sul loro significato.

I testi da lui chiamati in causa sono alcuni scolii di Stefano ed uno di Taleleo. Per lo Stefano egli si richiama principalmente al seguente passo (sch. ὁ μισθός ad L. 2 D. locati, 19, 2, Heimb. II, 334):

Διὰ τὸ ἐν ἀργυρίοις ἀριθμῆσαι τὸν μισθόν· εἰ γὰρ μὴ ἐν ἀργυρίοις ἔσται, οὐκ ἔσται μίσθωσις, ὡς ἐκ τούτου φησὶν καὶ Οὐλπιανός, μᾶλλον δὲ ἐξ Οὐλπιανοῦ ἐν τῷ βιβ. τ. τ', ὑπ. γ', διγ. α' ὑπ. η', χρεία. [Merces autem in pecunia numerata definienda est. Nam si in pecunia numerata non consistit, locatio non est, ut aliunde disci potest, et maxime ex his quae dicit Ulpianus lib. 16. tit. 3. dig. 1. therm. 8 (§ 9)].

Io però anzitutto non riesco a vedere come questo scolio possa fare argomentare l'esistenza di una qualsiasi teoria propria delle scuole bizantine nel periodo antecedente alla compilazione. Gli scolii dei Basilici sono certamente un prezioso materiale per dedurne conclusioni storiche in tal senso, quando innestano nei testi romani accolti nella compilazione concetti e teoriche per nulla o pochissimo rappresentate in essi, malgrado il loro passaggio per le mani dei compilatori. Ma se non fanno che trarre dirette conseguenze dal sistema dei libri giustinianei, richiamandosi anche ad altri testi ivi esistenti, possono bensì servire a confermare che Giustiniano segue una determinata dottrina, ma non attestano nulla di nuovo per quanto concerne l'origine della dottrina medesima. Ora, nel brano sopra riferito lo Stefano, è vero, aggiunge al frammento di Gaio (L. 2 cit.) — il quale parla di *merces* senza accennare alla sua natura (3) — un commento che pone la regola della necessità della mercede a denaro perchè possa aversi *locatio*; ma in primo luogo è da osservare come sia più che naturale in un commentatore che inizia, come egli fa, l'analisi di un negozio giuridico, la preoccupazione di fissarne in anticipazione i caratteri essenziali che non trova esplicitamente indicati nel suo testo, ed in secondo luogo è evidente che lo scoliaste fa opera meramente deduttiva e sistematica, come dimostra la frase generale: *ut aliunde disci potest*, ed il richiamo a Dig. 16, 3, 1 § 9.

Nè l'indice di Stefano a quest'ultimo passo delle Pandette (sch. ποιήσεως, Heimb., II, p. 27) ha carattere diverso. La citata legge esclude l'*actio locati* nel caso che le opere di uno schiavo servano a ricompensare la sua custodia, con la motivazione: *sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis actio datur*. E il commentatore bizantino nel riprodurla non dice altro che questo: ἀλλ' ἐπειδὴ οὐ δίδοται ἀργύριον, ἤτοι ἡ μίσθωσις λύεται, ἡ προαγράπτοις ῥήσεσι ἀγωγὴ γίνεται [sed quia non datur pecunia, *quod locatio exigit*, praescriptis verbis actio mihi competit]. Anche qui l'aggiunta « quod locatio exigit » è una mera deduzione dal testo giustinianeo. Vedremo che il Ferrini nega essere questa una conclusione necessariamente imposta dalla fonte latina; io credo ch'egli abbia torto; ma non importa; se non è necessaria, è certo una conclusione *possibile* ed anche *prossima*; e ciò basta per togliere allo scolio ogni valore probante nel senso storico anzidetto (4).

Resta a vedere se lo Stefano sia, come vuole il Ferrini, rappresentante di una teoria che nega ogni eccezione alla regola della mercede a denaro. È certo il primo dei due testi sopra esaminati che gli ha fatto credere così. Ma se si con-

(3) Almeno esplicitamente, perchè il riferirsi ch'egli fa alle regole della compravendita ed il parallelo istituito tra il *pretium* e la *merces* provano a mio credere che il giureconsulto sta dal punto di vista della mercede a denaro.

(4) Anche meno può servire Cirillo sch. Ἐὰν ὕλαν, Heimb., Inc. cit. Ferrini crede che continui a parlare lo Stefano, il quale scrive soltanto: « praescriptis verbis quia merces in pecunia non consistit »; ripete cioè in forma mutata il testo latino.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

fronta l'indice di questo scoliaste a L. 25 § 6 D. *locati*, 19, 2, ove Gaio fa la nota distinzione fra il colonus qui ad pecuniam numeratam conduxit ed il colonus partiarius, si dovrà convincersi diversamente. Dice lo Stefano (sch. τὸ παρά, Heimb. II, p. 333) :

> ταῦτα δὲ φησιν περὶ ἐκείνου τοῦ κολωνοῦ, ὅστις χρήματα δόλιον παρεμίσγετο ὑπὲρ τοῦ φυτεύματος· εἰ γὰρ ἀμοιβαίως ἐπὶ τῷ μέρει τῶν διδομένων παρέχειν ἀφορᾷ, ὡς ἀπὸ ἴσου κοινωνίας, καὶ τῆς ζημίας καὶ τοῦ κέρδους κοινωνήσει τῷ ἐκτίσαντι τοῦ ἀγροῦ. Haec autem dicimus de eo colono, qui pensionis nomine pecuniam dare promisit; nam *si sic conduxit ut partem fructuum natorum praestaret*, quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi communicabit[1].

La parafrasi della qualifica di *colonus partiarius* usata da Gaio, con le parole : qui sic *conduxit* ut partem... praestaret, prova luminosamente che lo Stefano concepisce la colonia parziaria come locazione.

Altro rappresentante della teoria assoluta della mercede a denaro sarebbe Taleleo, come abbiamo già accennato. Ne darebbe la prova il suo solo di questo autore alla L. 8 cod. *de pactis*, II, 3. Questa legge dice così :

> Si pascenda pecora partiaria (id est ut fetus eorum portionibus quibus placuit inter dominum et pastorem dividantur) Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacto praestare per iudicem compelletur.

Il Ferrini (p. 19) parte dal presupposto che la costituzione si riferisca ad un caso di colonia parziaria, e rileva che Taleleo è così dominato dal principio che la locazione esige sempre e senza eccezioni la mercede a denaro, che costruisce il negozio come società ovvero come contratto innominato a seconda della volontà delle parti. Infatti egli scrive (Heimb. I, p. 648, cap. 69, sch. 1) :

> Haec quidem constitutione dicuntur. Agitur... inter eos qui haec pacti sunt, si quidem animum et voluntatem societatis ineundae habuerunt, pro socio... Si tamen in societate ineunda non consenserint, praescriptis verbis agetur, tamquam ex generali conventione.

Ma qui ci troviamo certamente di fronte ad un equivoco. Anzitutto Taleleo nei suoi riassunti delle cost. 8 e 21 del titolo *de locato* Cod. Iust., pertinenti a casi di colonia parziaria, considera il negozio come locazione : ciò emerge dall'assenza di ogni accenno a dubbi circa la collocazione dei testi citati nel titolo della locazione e dai termini da lui usati per indicare le parti ; cfr. Bas. Heimb. II, p. 370, cap. 70 : τῷ μισθωτῇ (ad L. 8 cit.), e *ibid.*, p. 373, cap. 83 : τὸν μισθωτήσαντα (ad L. 21 cit.) (5). In secondo luogo poi — quel che è più, — se Taleleo nella cost. 8 *de pactis* sopra riferita esclude la locazione, non lo fa perchè la colonia parziaria non è per lui locazione, ma perchè suppone che il testo non abbia riferimento ad un caso di colonia parziaria. Per accertarsi senza possibilità di dubbi in che senso egli intenda la costituzione, occorre correggere il richiamo ad un luogo delle Pandette che appare alla fine del passo greco : « Et quaere lib. 12, tit. I, cap. 53, them. 3 ». E' una delle tante citazioni sbagliate che riempiono i Basilici e di cui l'Heimbach non si è sentito il coraggio di affrontare la rettifica. Il cap. 53 cit. non ha nulla da vedere neanche lontanamente ed indirettamente col nostro caso ; è evidente che si deve leggere cap. 50 ; ed allora il frammento richiamato è la L. 52 § 2 Dig. *pro socio*, 17, 2 ; cioè il celebre passo in cui Celso cita come ipotesi di società in cui uno mette la cosa, l'altro *artem operamve*. Le seguenti :

> veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus...,

e che il Pernice (6) (seguito dal Ferrini medesimo, p. 10) ha spiegato facendo notare che non si tratta di locazione par-

(5) Anche un altro bizantino, l'Anonimo, nella sua summa corrispondente a Dig. 19, 2, 15 § 6 (Heimb., II, p. 334) : ὁ δὲ τοῦς ἀφορίᾳ μερίζοντες μισθωτὴς (conductor autem qui fructus partitur).

(6) Zeitschr. für R. G., N. F. 3, p. 50 segg., specie a p. 57 segg. ; Zeitschr. der Sav.-Stift. VII, p. 98 segg.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ziaria, ma di vera associazione con un tecnico (allevatore o agricoltore). La distinzione è nota, e non vi insisto: aggiungerò che lo stesso dettato di Taleleo conferma la sua interpretazione della legge del Codice, giacchè per ricordare un caso analogo a quello contemplato dalla legge stessa, cita l'esempio del *politor*, con evidente allusione al passo di Celso:

> [illegible] [Ad similitudinem huius casus, si quis agros suos *agricolis* ex lege dederit ut fructus inde nati inter ipsum et *agricolas* dividerentur, societatem hoc appellare possumus].

Taleleo, si osservi, non parla di coloni, ma di *agricolae*, e ciò è interessante perchè fa vedere che ancor prima del Pernice egli aveva basato la distinzione tra la società di Celso e la colonia parziaria sul carattere del *politor*.

S' intende dopo ciò che il giurista bizantino (ritenendo esclusa la possibilità di costruire come locazione parziaria la convenzione dichiarata obbligatoria dalla costituzione imperiale, e ciò non per la mancanza della mercede a denaro, ma per la natura del rapporto) veda nel negozio un contratto innominato, qualora l' intenzione delle parti ripugni a che si possa considerare società. In fondo il suo ordine di idee è analogo a quello di Ulpiano in L. 11 Dig. *pro socio*, 17, 2:

Si margarita tibi vendenda dedero, ut si eam decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus praescriptis verbis.

Mi lusingo di aver provato che dagli scolii dei Basilici non si può trarre col Ferrini nè la conseguenza che le scuole bizantine avessero una teoria propria sulla natura della mercede nella locazione, nè la conseguenza che questa teoria fosse assoluta nel senso della mercede a denaro: gli scoliasti invece ritengono con l'opinione moderna dominante che la locazione esige la mercede a denaro, salvo l'eccezione della colonia parziaria che è vera locazione anche per loro.

Questo risultato mette in evidenza tutta l'arbitrarietà dell' affermazione del nostro autore (p. 18), che cioè i compilatori non abbiano fatto attenzione ai testi antichi, secondo i quali la colonia parziaria è locazione, malgrado la deficienza della mercede a denaro. E di vero, soltanto con un simile colpo di mano ingiustificato egli poteva liberarsi dall' ostacolo opposto dal fatto che due costituzioni pertinenti a casi di colonia sono inserite nel titolo del codice *de locato* (IV, 65 cost. 8, 21 , e le Pandette giustinianee accolgono la L. 25 § 6 *locati*, 19, 2 (Gaio) che parla di *colonus partiarius*. Taleleo, che è bene un compilatore, abbiano visto che non è colpevole di tale disattenzione. Ciò che pel Ferrini è un indice del modo di vedere dei compilatori è l'inserzione da essi fatta nel titolo del codice *de pactis*, invece che in quello della locazione, della cost. 8: (« Si pascenda pecora partiaria etc. ») sopra commentata (cfr. p. 19). Ma dal punto di vista dell' interpretazione sistematica della compilazione tale procedere non è corretto, perchè occorre prima vedere se l'inserzione non abbia un motivo che armonizzi col resto delle leggi. Fatto sta che il Ferrini, malgrado che della costituzione non ci siano pervenute che due righe, si ostina a riferirla ad una locazione parziaria, mentre la testimonianza di Taleleo (e sotto questo riguardo si che la sua autorità non è poca) dimostra che si trattava di una convenzione che, se non poteva concepirsi come società nell' intenzione delle parti, rischiava di essere presa per un nudo patto. E l'imperatore decide che invece è sempre azionabile, perchè in ogni caso non v' è nudo patto, in quanto *subest causa* (la dazione dei *pecora*). E' questa la ragione del collocamento del testo nel titolo dei *pacta* (7), e al postutto si può guardare la successiva cost. 9, che decide un caso analogo in materia di dazione di dote. Fantastico è quindi che, come suppone il Ferrini, i compilatori abbiano forse voluto costruire addirittura un nuovo patto munito di azione.

Ciò che poteva ragionevolmente far nascere in lui il dubbio

(7) Nel senso sopraindicato interpreta la legge Cuiacio, Opp. IX, p. 42 segg., intendendola in relazione col caso del *politor* discusso da Celso.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

sulla classicità del requisito della mercede a denaro è lo stato di un solo testo classico esistente nelle Pandette; la L. 5 § 2, 19, 5. Ma sta a vedere sin dove arrivi in essa l'influenza giustinianea, sopra tutto tenendo conto delle testimonianze di altri passi di giureconsulti che non offrono campo agli stessi dubbi. Ed è qui dove il Ferrini, dominato dall' idea d'aver trovato le prove d' una teoria bizantina che non esiste, ha proceduto alla lesta.

Di uno di questi frammenti classici (e ciò pregiudica tutta la sua tesi) egli infatti si libera violentandone il senso in modo manifesto. È la L. 1 § 9 depositi (XVI, 3) di Ulpiano 30 ad Ed.:

> Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto; si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, *quasi genus locati et conducti intercesit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio*: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quidquam convenit, depositi actio est.

Chi legge spassionatamente il testo (che, si noti, il Ferrini ritiene genuino anche nella parte trascritta in corsivo) ne trae che per Ulpiano, quando la controprestazione dell' uso (*operae*) è la custodia, non si dà l'*actio locati* perchè manca il requisito della mercede a denaro; e che il negozio è analogo alla locazione, ma non è pel detto motivo locazione (quasi genus locati et conducti intervenit). Il Ferrini (p. 17) invece dice così: « Non è necessario argomentare *a contrario* dalle parole *quia pecunia non datur*. Il giurista afferma semplicemente: in questo caso non si dà una mercede in denaro, come avveniva nei casi precedentemente citati, e quindi dobbiamo cercare un altro rimedio giuridico. Con ciò egli non vuole affatto insegnare che la mercede non può consistere che in denaro; dice soltanto che una mercede fissata a denaro, come nei casi precedenti fa sorgere la locazione; questa sorgerebbe anche nei casi meno frequenti in cui la mercede consistesse in un' altra cosa ». Il discorso si capisce poco; e va da sè, perchè è frutto di uno sforzo. Ad ogni modo quel che si vede bene è il tentativo di restringere la portata dell' osservazione di Ulpiano « *quia pecunia non datur* » con delle aggiunte che nel testo non esistono. La vera ragione per cui il giureconsulto, secondo il Ferrini, esclude nel caso indicato la locazione è perchè le prestazioni reciproche son tali che non si potrebbe distinguere la posizione rispettiva delle parti, ciò che non accadrebbe qualora alle *operae* corrispondesse un' altra cosa qualsiasi a titolo di mercede; ma qui l' andamento del passo Ulpianeo non lascia scorgere in nessun modo che il suo pensiero sia guidato alla decisione da quest' ordine di considerazioni, e non è ammissibile sopprimere la ragione espressa e sostituirla con una supposizia.

Se non si può eliminare questa testimonianza diretta della necessità della mercede a denaro nella locazione d'opere, se non si trovano argomenti (come di fatto non se ne trovano) per attribuire a Triboniano la fine del testo: sed quia — actio datur, il compito di sostenere una innovazione giustinianea sostanziale diventa disperato. Neppure il sospetto che può destare la frase « praescriptis verbis actio datur » basterebbe ad infirmare la genuinità della motivazione, perchè potrebbe essere giustinianeo soltanto il tipo dell' azione.

Ma non basta. Come il Ferrini non ha potuto eliminare il testo di Ulpiano, così non ha curato la testimonianza indiretta che a mio credere si ha da Gaio, L. 25, § 6 D. *locati*, 19, 2, nel senso che per la locazione di cose la mercede a denaro era altrettanto necessaria, salvo nel caso della colonia parziaria:

> apparet autem de eo nos colono dicere qui ad pecuniam numeratam conduxit; *alioquin* partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.

L'autore (p. 11 seg.) si occupa di questo testo per la tesi che nel diritto classico la colonia è vera locazione, che cioè

Senato della Repubblica - Archivio Storico

si poteva locare, per dirla con le parole di Plinio, non solo *nummis*, ma anche *partibus*. Sta bene; ma da esso si deve trarre ancora che si poteva locare *soltanto* nummis o partibus. L'*aliosquin* infatti è esclusivo; prova che nel pensiero del giurista il caso del colonus partiarius è l'unico che esista accanto a quello del colonus qui ad pecuniam numeratam conduxit.

Dato tutto ciò, che dire della L. 3 § 2 Dig. de praescr. verb., 19, 5, di Paolo, che, come accennammo, è in fondo l'unico testo che per il suo stato attuale può assistere il Ferrini? Il frammento è così concepito:

> At cum do ut facias, si tale sit factum quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data, locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem [do] non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio. Quod si tale est factum quod locari non possit, etc.

Tutta questa L. 3, che fa le celebri distinzioni dei contratti innominati, è notoriamente sospetta: in maggiore o minor misura tutti ammettono che il dettato di Paolo ha subito una serie di rimaneggiamenti per opera dei compilatori. Il difficile è però appunto stabilire volta a volta sin dove arrivi il guasto giustinianeo e di che natura esso sia, se formale o sostanziale. Il Ferrini aveva dunque buon motivo di dubitare anche del nostro § 2, tanto più che esso offre elementi di sospetto specifici accanto a quello generico di far parte della L. 3 cit. Ma il trattamento ch' egli fa subire al testo mi sembra ingiustificato. Il suo ragionamento (p. 18 seg.) è questo: Il passo non può dichiararsi completamente compilatorio col Grudenwitz (pel suo contrasto sostanziale col concetto di Celso in L. ult. Dig. 12. 4) perchè Paolo può aver benissimo ritenuto l'esistenza del contratto consensuale anche nel caso presente in cui il locator operis faciendi comincia col dare la mercede (e mi par naturale perchè la mercede può di sua natura essere anticipata); ma deve dichiararsi guasto dall' intervento bizantino per ragioni sintattiche: appartiene cioè ai compilatori la distinzione fra « pecunia data » e « si rem 'do' », dove la evidente violazione della sintassi e dell' euritmia prova l'interpolazione. Paolo ha semplicemente scritto: « at cum do ut facias, si tale sit factum quod locari solet, locatio erit: quod si tale sit factum quod locari non possit et cet. ».

Come si vede, il Ferrini, sull' accennato indizio sintattico, senza esaminare prima la possibilità di un guasto meramente formale, ha modificato sostanzialmente il testo, lo ha per così dire aggiustato per fargli esporre la sua tesi, che qualsiasi cosa può servire da mercede per far nascere il contratto consensuale di locazione. È lecito ciò? A me non sembra; e ritengo che sia più corretto giudicare della sorte toccata al dettato classico, movendo dai dati positivi offerti dal passo medesimo e dalle conoscenze che abbiamo. La costruzione della seconda parte del frammento, che comincia con un: « si rem » (costruzione ellittica, che è stata completata con un *do* dagli editori delle Pandette) è certamente un indice, perchè contrasta con la costruzione della prima parte. Ma di quale delle due probabilità è indice più vicino e plausibile: di quella che i compilatori abbiano scritto loro cominciando con quella forma caratteristicamente ellittica tutta la seconda parte, ovvero dell' altra che avendo arrecato dei mutamenti di forma alla prima parte in modo da variarne la costruzione abbiano lasciato stare la seconda come si trovava? Per quel che sappiamo del modo di procedere dei compilatori, l'ultima ipotesi è la prima da esaminare, e se essa dà frutti, convien ritenerla la più verosimile.

A mio credere infatti nella prima parte del testo i compilatori hanno introdotto una modificazione formale a scopo sistematico. Io mi appoggio a quanto oggidì tutti crediamo: che cioè nel fr. 5 di Paolo lo schematismo: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* è opera dei compilatori, mentre Paolo faceva la casistica indipendentamente da categorie generali prefissate. E per rendere graficamente la mia idea, trascriverò la L. 3 sino al punto che a noi interessa, indicando con parentesi in che senso l'interpolazione da me ritenuta si innesta nello schema giustinianeo.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

L. 3 pr.: Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest, [*qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur quae obligatio nascatur* Trib.] § 1. Et si quidem pecuniam dem ut rem accipiam emptio et venditio est; sin autem rem do ut rem accipiam... et cet. [*Explicitus est articulus ille do ut des.* Trib.] § 2 [*At cum do ut facias* Trib.] (At si pecuniam do ut facias, Paul.), si tale sit factum quod locari solet, puta ut tabulam pingas [*pecunia data* Trib.], locatio erit, sicut superiore casu emptio; si rem, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio et cet... Quod si tale est factum, quod locari non possit, etc.

A mio modo di vedere dunque il « si rem » (sottinteso *do*) con cui si inizia il secondo periodo del § 2 è una prova che i compilatori hanno sostituito al caso specifico enunciato da Paolo: *si pecuniam do ut facias* (confronta il caso parallelo del § 1), la categoria generale *do ut facias*, per segnalare il cominciamento del secondo *articulus* fra quelli enumerati da loro nel principium, come immediatamente avanti hanno segnalato la fine del primo con la frase: *explicitus est articulus ille do ut des*. Ciò li ha costretti ad inserire l'ablativo assoluto, *pecunia data*, per rimanere nell'ipotesi di Paolo, ed hanno così guastato la euritmia sintattica dell'intero brano. Tolta con la mia proposta la causa, il *si rem* ellittico può stare come è, non ha bisogno di supplementi ed è anche elegante.

Neanche quest'ultima testimonianza della necessità della mercede a denaro nell'epoca classica resta pertanto distrutta, malgrado l'intervento dei compilatori, e neanche l'interpolazione può provare che Giustiniano sia andato più in là dei classici. Questi, al pari di lui, ritenevano la regola della mercede a denaro nei tre tipi di locazione, salvo ad ammettere la locazione nel caso della colonia parziaria.

Di fronte ai risultati così ottenuti esaminando le esplicite dichiarazioni dei testi, mi pare superfluo perseguire le induzioni che il Ferrini [8] crede di poter trarre in contrario dal supposto silenzio di Gaio, Inst. III, 132 segg. sulla natura della mercede nella locazione.

---

[8] Cfr. p. 11 segg. Anche qui a creder mio Gaio sta dal punto di vista della mercede a denaro, in quanto richiama le regole della vendita: cfr. anche gli esempi di mercede che adduce al § 143. Naturalmente poi non va trascurato quanto abbiamo osservato per Gaio, L. 25 § 6. D. *locati*, 19, 2. Per la controversia accennata in Gaio III, 141 si deve tener conto di Ulpiano in L. 1 § 9 *depositi* 16, 3, del pari esaminata sopra.

CARLO LONGO,
Professore nella R. Università di Pavia.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

ESTRATTO

dal XLVI volume

pubblicazione fuori commercio

MARIO TALAMANCA

VENDITA IN GENERALE
Diritto romano

MILANO · GIUFFRÈ EDITORE

Senato della Repubblica - Archivio Storico

360

regolamentata dalla l. 30 aprile 1962, n. 283 (17) e successive modificazioni e dal rispettivo regolamento di attuazione emanato con il d.P.R. 26 marzo 1980, n. 327. In applicazione della l. n. 283, cit. sono stati regolamentati:

a) l'impiego degli additivi chimici nella produzione di alimenti, con d.m. 31 marzo 1965 (18) e successivi aggiornamenti;

b) l'impiego di coloranti di massa o di superficie negli alimenti, con d.m. 22 dicembre 1967 (19) e successivi aggiornamenti;

c) i materiali destinati al contatto con alimenti, con d.m. 21 marzo 1973 (20) e successivi aggiornamenti;

d) la produzione, il commercio e la vendita dei fitofarmaci e dei presidi delle derrate alimentari immagazzinate, con il d.P.R. 3 agosto 1968, n. 1255.

Leonardo Toti

FONTI. — Sono citate nelle note e nel testo, in particolare al § 4.

LETTERATURA. — CLAYTON G.D. E CLAYTON F.E., *Patty's industrial hygiene and toxicology*[3], II, pt. *A*, *B* e *C*. *Toxicology* (Interscience publishers) New York-London, 1981; BOZZA MARRUBINI M.R., GHEZZI LAURENZI R., UCCELLI P., *Intossicazioni acute: meccanismi, diagnosi, terapia*, Milano, 1978; SARTORELLI E., *Trattato di medicina del lavoro*, 2 voll. Padova, 1981; *The merck index*[11], Rahaway (New Jersey), 1939; CLAYTON G.D. e CLAYTON F.E., *Patty's industrial hygiene and Toxicology*[4], I, pt. *A*. *General principles*, New York-London, 1991.

VENDITA

I. - VENDITA IN GENERALE:
a) Diritto romano . . . . . p. 303
b) Diritto intermedio . . . . . » 476
c) Diritto privato . . . . . » 484
d) Diritto internazionale privato . . . . . » 502
II. - VENDITA CON PATTO DI RISCATTO . . . . . » 517
III. - VENDITA CON RISERVA DI PROPRIETÀ . . . . . » 526
IV. - VENDITA FORZATA . . . . . » 552
V. - VENDITA AMBULANTE DI ARMI . . . . . » 584
VI. - VENDITA DI ARMI E ALTRI REATI IN MATERIA DI ARMI, MUNIZIONI ED ESPLOSIVI . . . . . » 593

(17) Questa legge costituisce il provvedimento quadro, modificato con le l. 26 febbraio 1963, n. 441, e l. 6 dicembre 1965, n. 1367, sulla disciplina della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande. In tale legge, come modificata dalla l. n. 441, cit. è contenuta la delega al Ministro della sanità a disciplinare con propri decreti gli additivi intenzionali per alimenti, i residui di antiparassitari nei prodotti agricoli destinati all'alimentazione e nelle derrate alimentari immagazzinate, i materiali destinati al contatto con gli alimenti.

(18) In G.U. 28 aprile 1965, n. 101, suppl. ordinario.

(19) In G.U. 1° febbraio 1968, n. 28.

(20) In G.U. 20 aprile 1973, n. 104, suppl. ordinario.

Vendita di eredità v. *Cessione di eredità*.

Vendita di titoli di credito v. *Titoli di credito in generale*.

Vendita di sostanze alimentari non genuine v. *Frode alimentare*.

Vendita di prodotti industriali con segni mendaci v. *Falsità in segni distintivi delle opere dell'ingegno e dei prodotti industriali*.

I. - *Vendita in generale:*

a) DIRITTO ROMANO.

SOMMARIO: 1. Le origini del contratto consensuale. — 2. La vendita nel sistema contrattuale romano. — 3. La vendita come contratto consensuale. — 4. L'errore e gli altri vizi della volontà. — 5. L'oggetto del contratto. L'impossibilità della prestazione. — 6. La vendita dell'uomo libero. — 7. La vendita delle *res extra commercium*. — 8. La legittimazione al negozio. — 9. La vendita delle cose future. — 10. La vendita dell'*hereditas*. — 11. La vendita dei crediti e delle altre *res incorporales*. — 12. La vendita di genere. — 13. I requisiti del prezzo. — 14. Le obbligazioni delle parti. — 15. Le obbligazioni del venditore. Il *possessionem tradere*. — 16. L'*ob evictionem se obligare*. — 17. Le stipulazioni di garenzia e l'*actio empti*. — 18. I rapporti tra le varie forme di garenzia contro l'evizione. — 19. I presupposti della responsabilità per evizione. — 20. La portata della responsabilità per evizione. — 21. Le obbligazioni del compratore. — 22. L'adempimento e la responsabilità per inadempimento. — 23. Il regime dei *commoda* e degli *incommoda*. — 24. La determinazione dell'*id quod interest*. — 25. *Segue*: il *dolus in contrahendo*. — 26. I criteri di determinazione della responsabilità contrattuale. — 27. La ripartizione del rischio. — 28. La compravendita nel periodo postclassico. — 29. La compravendita nel periodo giustinianeo.

1. *Le origini del contratto consensuale.* — *a*) La caratteristica peculiare della fenomenologia della compravendita nell'esperienza giuridica romana, quella che la contraddistingue dalle altre esperienze dell'antichità (1), è la presenza della figura dell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria, collegata alla netta differenziazione fra il contratto che crea obbligazioni e gli atti traslativi della proprietà (2). Se l'*obligatio consensu contracta* è, senz'altro, relativamente recente, ciò non significa, né ovviamente alcuno l'ha mai pensato, che — precedentemente alla fine del III secolo a.C., epoca in cui tale figura doveva essersi ormai introdotta anche nei rapporti fra *cives* — la funzione socio-economica della compravendita non avesse rilevanza all'interno dell'esperienza romana: e sono, del resto, gli stessi giuristi a sottolineare, nello specifico contesto dei rapporti fra vendita e permuta (3), la risalenza della formalizzazione di tale funzione socio-economica come scambio conte-

(1) Su di ciò, per qualche maggiore cenno, cfr. *infra*, § 3 lett. *b* e 28 lett. *a*.

(2) Su di ciò v. anche *infra*, § 14 lett. *a*; questa tematica si connette a quella della differenza fra il *titulus* e il *modus adquirendi*: su quest'ultima e sulla sua storia a partire dalla giurisprudenza medievale (sulla quale non è possibile qui intrattenersi), cfr., per tutti, FUCHS, *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft*, Basel, 1952, soprattutto 27 ss. e 90 ss.

(3) Su questo punto, all'interno della nota disputa fra sabiniani e proculiani sulla natura del prezzo, v. *infra*, § 2 lett. *a*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

stuale, e ad effetti reali, fra la cosa ed il prezzo, quale si rispecchiava ancora nella *mancipatio* anche dopo che — come dice Gai 1, 113 e 119 — la stessa è divenuta un'«*imaginaria venditio*» (4).

L'esperienza romana parte, dunque, da una situazione che — almeno per la *mancipatio* — è analoga a quella in cui sono, praticamente, rimasti gli altri ordinamenti dell'antichità, e non soltanto classica, da noi conosciuti (5). Gli effetti riconosciuti all'attività negoziale che viene designata con una terminologia corrispondente a quella latina di «*vendere*» ed «*emere*», alla nostra di «vendere» e «comperare», sono, prevalentemente od esclusivamente, sul piano dei diritti reali: la compravendita è caratterizzata come negozio traslativo della proprietà, ed il problema sta tutto nel determinare il momento in cui la proprietà stessa si trasferisce dal venditore al compratore. Mentre da una parte non si riconosce tendenzialmente una valenza obbligatoria all'accordo fra le parti sullo scambio fra la cosa ed il suo prezzo (6), l'assunzione del pagamento del prezzo — in eventuale concorso con altri elementi (7) — come momento determinante per il trasferimento della proprietà almeno per le *res mancipi* (8) evita quelle complicazioni che potrebbero derivare dal passaggio della proprietà stessa, senza che il trasferente acquisti, per il solo fatto di tale volontario passaggio, un diritto di credito per il prezzo non ancora versato.

b) Non può quindi stupire che — in letteratura — si pongano due problemi che, senz'altro collegati fra di loro, hanno una precisa individualità di cui bisogna tener conto: il primo riguarda i mezzi con cui, prima della diffusione dell'*obligatio consensu contracta*, si sopperiva alle esigenze di accreditamento dell'una o dell'altra prestazione; il secondo concerne il modo in cui l'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria venne ad affermarsi nell'esperienza giuridica romana, problema quest'ultimo strettamente connesso con quello dell'origine e dello sviluppo dei *iudicia bonae fidei* (9).

Su entrambi questi punti si è sviluppata, in tempi diversi, un'ampia discussione in dottrina, nella quale non manca chi tende a trovare — in una visione unitaria — le tappe dello sviluppo dell'*obligatio consensu contracta* nelle forme della vendita obbligatoria anteriori all'introduzione del contratto consensuale nei rapporti fra *cives*. Se bisogna riconoscere che questa impostazione non può respingersi in astratto, va tuttavia sottolineato che altrettanto legittima è l'opposta visuale, per cui le forme che sopperivano alla mancanza del contratto consensuale non hanno decisivamente influito sul sorgere dello schema dell'*obligatio consensu contracta* (10). E, sotto un diverso ma connesso profilo, è da rilevare come non si possa escludere, anzi tutto induca a ritenere più probabile, una impostazione policentrica, per quanto concerne sia i mezzi con cui si sopperiva, *antiquitus*, alla mancanza della compravendita obbligatoria e consensuale, sia i fattori che hanno influito sul procedimento in cui quest'ultima figura si è affermata nei rapporti fra *cives*.

c) Non è, d'altronde, possibile eludere il problema, pensando ad una notevole risalenza del contratto consensuale (11): contro di ciò vale anzitutto

---

(4) Non è possibile intrattenersi qui sui problemi della *mancipatio* come formalizzazione dell'antico scambio contestuale fra la cosa ed il prezzo, e sull'ulteriore evoluzione che ha portato alla *mancipatio* classica come atto formale ed astratto di trasferimento della proprietà: per la letteratura cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*², München, I, 1971, 131 ss. e 413 s.; II, 1976, 574 e 593.

(5) A Roma, ciò vale almeno per le *res mancipi*, per le quali la *mancipatio* costituisce, nella sua struttura primitiva, la formalizzazione del pagamento dell'*aes rude* quale corrispettivo della *res empta* da parte del compratore: altro problema è, invece, quello se, nella *mancipatio* evoluta ad *imaginaria venditio*, l'effettivo pagamento del prezzo — e non semplicemente il suo simbolico effettuarsi nel rito — restasse necessario per gli effetti traslativi dell'atto. Più difficile è il giudizio sul trasferimento, *emptionis causa*, delle *res nec mancipi*, il quale poteva avvenire soltanto attraverso l'informale *traditio*, e sulla rilevanza che per queste ultime avesse il pagamento, non solennizzato, del prezzo.

(6) Parliamo di "accordo", prescindendo ovviamente dalla sufficienza dello stesso per la produzione degli effetti giuridici: la compravendita è, sempre, un atto che rileva dall'autonomia delle parti, e che — in via fisiologica — si basa sulla concorde volontà delle medesime. Con ciò non si vuol dire che, da una parte, l'"accordo" sia sufficiente senza elementi formali o materiali; e che, dall'altra, la messa in opera di tali elementi non possa eventualmente produrre gli effetti giuridici, anche senza una puntuale rispondenza all'intento di entrambe le parti.

(7) Si pensi alla *mancipatio* quale formalizzazione del pagamento dell'*aes rude* (v. *supra*, nt. 4).

(8) Anche su questo aspetto relativo al regime della compravendita a contanti, l'esperienza giuridica romana si atteggia in modo diverso dalle altre del mondo antico, in quanto richiedeva sempre — per il trasferimento della proprietà — o la consegna materiale della cosa, come nella *traditio*, o l'apprensione formalizzata della stessa come nella *mancipatio* (la quale con molta probabilità, se già originariamente si riferiva alle *res soli*, si svolgeva, in tempo risalente, sul fondo).

(9) Cfr., per ciò, quanto abbiamo già esposto in ordine all'analoga problematica in materia di società: TALAMANCA, *Società in generale* (*diritto romano*), in questa *Enciclopedia*, XLII, 818.

(10) Cfr., da ultimo, PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* (Autori vari), I, Milano, 1991, 34 s.

(11) Cfr., contro questo modo di pensare, ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*², Napoli, 1954, 54 ss.: bisogna, però, ricordare come la letteratura criticata dall'in-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

il fatto — pacificamente riconosciuto — che, fino all'introduzione del processo formulare per le liti fra *cives*, non v'è spazio nell'àmbito del sistema delle *legis actiones* per una tutela giudiziaria delle *obligationes consensu contractae*, in generale e specificamente dell'*emptio venditio* (12). La protezione della compravendita consensuale ed obbligatoria è strettamente connessa con l'emersione dei *bonae fidei iudicia*: secondo l'opinione che appare più probabile (13), tale emersione avviene nella *iurisdictio* del pretore peregrino, e la loro estensione ai rapporti fra *cives Romani* si situa nella seconda metà del III secolo a.C., più verso la fine che verso il principio della medesima. Prima di tale emersione (14), a prescindere da qualche caso di natura tanto particolare da confermare la regola (15), non appare esservi spazio per una tutela in via d'azione di forme di compravendita, che non trovassero altri agganci — nella struttura formale o materiale dell'affare — per una protezione giudiziaria.

d) Uno svolgimento graduale dall'originaria vendita a contanti, con contestuale esecuzione di entrambe le prestazioni, è ipotizzato dal Pernice (16): per giungere dal negozio a contanti all'*obligatio consensu contracta*, che si sarebbe definitivamente affermata alla fine della repubblica (17), la compravendita sarebbe passata attraverso una fase in cui era configurata quale contratto reale, in cui l'esecuzione della prestazione da parte del venditore lo legittimava a richiedere dal compratore il prezzo, soltanto il pagamento del quale, però, produceva l'effettivo passaggio della proprietà (18). Per una tale costruzione non esiste, in effetti, alcuna prova sul piano testuale, ed è palese l'inconsistenza degli argomenti di carattere generale, desunti prevalentemente da alcuni tratti caratteristici del regime della compravendita consensuale ed obbligatoria (19). D'altro lato, anche se le opinioni sulla tutela dei cosiddetti contratti innominati sono attualmente diverse da quelle dominanti nel momento di maggior presa della critica interpolazionistica (20), resta valida l'obiezione dell'Arangio-

signe autore (il quale riteneva, del resto, che di contratto consensuale, in quanto necessariamente protetto in forme diverse dalle *legis actiones*, si potesse parlare soltanto dopo la *lex Aebutia*) non pensava ad una così forte risalenza: v., ad esempio, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 612 s. (che pone l'apparire del contratto nel III secolo a.C., senza ritenere necessario l'influsso del commercio internazionale); SCIALOJA, *Compra-Vendita (Esegesi del tit. I, lib. XVIII del Digesto)*, lezioni stenografate e compilate dal dott. G. PULVIRENTI, Roma, 1907, 185 ss., che pensa invece all'influsso di tale commercio (sottolineando le necessità delle contrattazioni *inter absentes*). Se ha ragione nel distinguere il problema delle origini dell'*obligatio consensu contracta* da quello dei precedenti della stessa come vendita obbligatoria, è infondato il modo di vedere — dai contorni imprecisati — del CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, cit., II, 415 (cfr., del resto, p. 422 ss.), il quale tende a negare che, anteriormente all'«invenzione» — come egli la chiama — del contratto consensuale, i romani si fossero posti il problema dell'accreditamento del prezzo (ed eventualmente della merce, o di entrambi) in relazione ad un trasferimento *emptionis causa* da attuarsi gradualmente.

(12) V., per tutti, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, 54 testo e nt. 3, per il quale, però, il processo formulare divenne accessibile ai *cives* soltanto dopo la *lex Aebutia* (v., in senso contrario, TALAMANCA, *Processo civile: diritto romano*, in questa *Enciclopedia*, XXXVI, 28 ss.): cfr. anche LUZZATTO, *L'art. 1470 c.c. e la compravendita consensuale romana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 926 ss. Né è sufficiente pensare che, prima dell'introduzione di una giurisdizione contenziosa, le parti risolvessero in via d'arbitrato convenzionale le loro controversie, come vorrebbe il MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*[4], II, Paris, 1948, 134 s.

(13) Su di ciò cfr., per tutti, TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 64 ss.

(14) A prescindere dal problema se alle *formulae* che prevedevano un *oportere ex fide bona* sia preceduta una protezione mediante *formulae in factum conceptae*: su ciò cfr. TALAMANCA, in *Lineamenti di storia del diritto romano*[2] (Autori vari), Milano, 1989, 158 ss.

(15) Ci riferiamo soprattutto all'uso della *legis actio per pignoris capionem*, prevista dalle XII Tavole per il pagamento del prezzo di un animale venduto come vittima per un sacrificio (Gai 4, 28): su di esso cfr., per tutti, ARANGIO- RUIZ, *op. cit.*, 42 ss. La circostanza che venisse concessa la *pignoris capio* mostra — oltre all'eccezionalità della fattispecie — che si è al di fuori di una situazione in cui si abbia un *oportere* civilistico

(cfr., per tutti, PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I. *Le legis actiones*, anno accademico 1961-1962, Roma, s.d., 321 ss. e, soprattutto, 326: v. anche TALAMANCA, *Processo civile*, cit., 21 nt. 141). Diversamente, ma senza convincere, KAUFMANN, *Die altrömische Miete. Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher Vermögenverwaltung*, Köln-Graz, 1964, 35 ss.

(16) *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, 455 ss. L'ipotesi è estesa dall'HUVELIN, *Obligatio*, in D.S., *Dict.*, IV, 1907, 138, a tutte le *obligationes consensu contractae*, congetturando — senza alcun fondamento — una *condictio* nei limiti dell'arricchimento come sanzione originaria. Per una critica, cfr., soprattutto, SCIALOJA, *op. cit.*, 175 ss.; MONIER, *op. cit.*, 131; ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, 47 ss.; LUZZATTO, *op. cit.*, 909 ss. In queste opere ulteriore letteratura.

(17) E, quindi, dopo il riconoscimento di altri contratti consensuali, come la società od il mandato (v. PERNICE, *op. cit.*, 466).

(18) Aspetto codesto che, fra l'altro, poteva creare qualche tensione con l'unica figura risalente di *obligatio re contracta*, e cioè il mutuo.

(19) A parte il profilo della cosiddetta *exceptio inadimpleti contractus*, il cui concreto funzionamento è assai discutibile, ed a parte il funzionamento della *usucapio pro emptore* (che si spiega essenzialmente in base al fatto che il venditore non è tenuto a trasmettere la proprietà della cosa: v. già SCIALOJA, *op. cit.*, 173 s.), gli altri punti sollevati o sono irrilevanti, o si possono comunque spiegare con l'influsso della vendita a contanti, non necessariamente mediata dal *Realvertrag* (così per il *periculum emptoris* e la necessità, se sussistente, del pagamento del prezzo perché avvenga il trasferimento della proprietà della cosa venduta).

(20) Su ciò cfr., in corso di pubblicazione: TALAMANCA,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

343

Ruiz, per cui, vera l'ipotesi del Pernice, non si spiegherebbe — se non la mancata tutela di tali contratti con l'azione di adempimento nel diritto classico, come voleva l'illustre maestro (21) — il lungo e faticoso percorso seguito per raggiungere siffatta tutela (22).

e) Grande credito ha riscosso l'opinione, sostenuta — a partire dal secolo scorso — anche da alcuni dei nomi più prestigiosi della scienza romanistica (23), per cui l'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria sarebbe stata preceduta e si sarebbe sviluppata da una prassi in cui l'accreditamento di una o di entrambe le prestazioni avveniva mediante l'impiego della *stipulatio* (alle origini della *sponsio*). Al proposito bisogna ribadire la fondamentale precisazione nel senso di distinguere fra i modi con cui si poteva sopperire all'assenza dell'*obligatio consensu contracta* ed il processo di formazione di quest'ultima.

Non crediamo, sotto il primo profilo, che si possa mettere in dubbio che — con maggiori o minori difficoltà — il contenuto di una compravendita consensuale ed obbligatoria potesse essere più o meno completamente versato in reciproche *verborum obligationes*. Questa considerazione resterebbe, però, su un piano astratto, senza un preciso riscontro nelle fonti, il quale, in effetti, non manca: com'è stato esattamente osservato (24), dati di notevole rilievo si possono trarre da Paul. 3 *epit. Alf. dig.*, D. 17, 2, 71 pr. che, nel contermine contratto di società (25), testimonia l'impiego di *stipulationes* configurate in modo tale da poter far giocare — nella produzione delle rispettive *obligationes verbis contractae* — anche i profili derivanti dall'interdipendenza delle prestazioni quale, più o meno marcatamente, si manifesta nel contratto consensuale di società e non solo di vendita (26); e, d'altro lato, spunti in tal senso possono trarsi dalla lettura dei cosiddetti formulari catoniani, i quali si collocano, però, in un momento in cui si era già estesa ai rapporti fra *cives* la compravendita obbligatoria sorta nell'àmbito della *iurisdictio peregrina* (27). E, d'altro lato, non bisogna

---

Per l'interpretazione del pensiero di Celso in D. 12, 4, 16: l'obbligazione del venditore e la storia degli 'anónyma synallágmata', I. *La disputa fra Celso ed Aristone*, soprattutto ai § 10-17, 24-32.

(21) Arangio-Ruiz, *op. cit.*, 48.

(22) Non può, del resto, avanzarsi neppure l'ipotesi che, anteriormente all'introduzione nei rapporti fra *cives* del contratto consensuale, il venditore che avesse eseguito la propria prestazione e trasferito, eventualmente, la proprietà della cosa, senza procedere all'*expromissio nummorum* (v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *e*), fosse legittimato ad esercitare la *condictio*, se non *ob rem dati, sine* od *ex iniusta causa*, dato che — all'epoca cui l'*obligatio consensu contracta* può esser riportata (circa la fine del III secolo a.C.: v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *i*) — è assai dubbio si fosse così sviluppato il sistema delle *condictiones*, che, se non dall'introduzione della *condictio* formulare dovuta alla *lex Aebutia* (cfr. su ciò Talamanca, *Processo civile*, cit., 32 s.), dipende senz'altro dall'introduzione verso la fine dello stesso III secolo della *legis actio per condictionem* (ivi, p. 19 s.).

(23) V., per tutti, Bekker, *Über die 'leges locationis' bei 'Cato de re rustica'*, in *ZRG*, 1864, III, 442 s.; Id., *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, Berlin, 1871, 155 ss. (con una precisa, ma improbabile, ipotesi di derivazione dei *iudicia bonae fidei* dall'*actio ex stipulatu*); Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, II, t. 2⁴, 1898, 549; III, t. 1⁵, 1906, 146, 201 s.; Girard, *Etudes historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, in *Mélanges de droit romain*, II, Paris, 1923, 48 ss. (ed ancora Girard e Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929, 568 ss.); de Zulueta, *The Roman Law of Sale*, Oxford, 1945, 5; Daube, *Novation of Obligations Giving a Bonae Fidei Iudicium*, in *ZSS.R.*, 1948, 102 s.; la teoria è stata ripresa, soprattutto, dall'Arangio-Ruiz, *op. cit.*, 57 ss. (dopo un primo accenno in tal senso in Id., *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 157 s. e 161). Una particolare variante di questa opinione è stata proposta dal Watson, *The Origin of Consensual Sale: A Hypothesis*, in *TR*, 1964, 245 ss., il quale — senza circostanziare a fondo il proprio pensiero — pensa che le *actiones empti et venditi* siano sorte proprio nell'àmbito di una prassi stipulatoria, per garentire la reciprocità fra le due obbligazioni. Anche chi scrive aveva, or è qualche decennio, manifestato la sua adesione alla dottrina del maestro (Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma, 1954, 110 ss.). In Arangio-Ruiz, *La compravendita*², cit., 58 s., la citazione della dottrina contraria, cui *adde* Cancelli, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963, 116 ss.; Luzzatto, *op. cit.*, 914 ss.

(24) Arangio-Ruiz, *La compravendita*², cit., 63 ss.

(25) Su questo aspetto cfr. Talamanca, *Società in generale*, cit., 818 testo e nt. 42: v. inoltre, in un quadro più ampio, Id., *'Conventio' e 'stipulatio'*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea* (Autori varii), Napoli, 1991, 170 s. Il passo di Alfeno è particolarmente importante, perché relativamente risalente: in materia di compravendita, l'uso di procedere a stipulazioni — unilaterali o reciproche, ma che comunque assorbivano totalmente o parzialmente gli effetti della *conventio* sottostante — è, del resto, attestato sino alla fine del periodo classico. Basti ricordare Paul. 12 *ad Sab.*, D. 45, 1, 35, 2 (cfr. Talamanca, *'Conventio' e 'stipulatio'*, cit., 171) e Papin. 27 *quaest.*, D. 22, 1, 4 pr. (su quest'ultimo passo v. anche *infra*, § 15 lett. *f*).

(26) Questo vale soprattutto contro la ricorrente obiezione (v., ad esempio, Luzzatto, *op. cit.*, 916 ss.; Cannata, *op. cit.*, 415 nt. 13) fondata sulla struttura unilaterale della *stipulatio*: la promessa di eseguire il contenuto della *conventio* redatta per iscritto («*haec quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri?*»), sulla quale richiamava esattamente l'attenzione l'Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 61 ss., era invero molto più efficace al proposito che la *conceptio* di *verborum obligationes* aventi ad oggetto l'*emere* ed il *vendere*, su cui — come ipotesi alternativa — sostava, per un momento, lo stesso autore (p. 61).

(27) Codesti formulari, contenuti in Cat. *agr.* 144-150 e su cui la più completa analisi dal punto di vista giuridico resta quella del von Lübtow, *Cato leges venditioni et locationi dictae*, in *Eos*, 1956, t. 3 (= *Symbolae R. Taubenschlag*,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

dimenticare che, comunque ciò si articolasse nella pratica, l'assunzione mediante *sponsio* o *stipulatio* dell'obbligazione di pagare il prezzo era lo strumento che, se non scambiamo il nostro modo di vedere con quello dei Romani, doveva spontaneamente apparire il più semplice ed il più adeguato per garentire il venditore, nel caso in cui il compratore non potesse pagare immediatamente il prezzo in epoca precedente al riconoscimento dell'*obligatio consensu contracta* (28). Ancora in piena epoca classica si hanno vari passi che mostrano come, anche al di fuori di situazioni particolari come potrebbe essere quella della *stipulatio argentaria* nelle *auctiones* (29), le parti addivengano a stipulazioni che sostituiscono in tutto od in parte, od eventualmente si aggiungono, al regime delle *actiones empti* e *venditi* (30).

Se questo appare difficilmente contestabile (31), bisogna tuttavia prendere le distanze da un'accentuazione della portata di questa prassi che voglia configurarla come il tramite per il riconoscimento dell'*emptio venditio* consensuale nei rapporti fra *cives* (32), soprattutto quando contemporaneamente si sposti la possibilità di accordare tutela giudiziaria al contratto consensuale al periodo successivo alla *lex Aebutia* (33). Il ricorso alle reciproche stipulazioni (34) era uno dei modi in cui si poteva sopperire all'assenza della vendita (consensuale e) obbligatoria, ma non è stato certamente il tramite che ha condotto all'*obligatio consensu contracta*: e bisogna, d'altronde, tener presente la possibilità di schemi alternativi, come l'assicurazione della pretesa creditizia mediante un *pignus* (35), la quale non presupponeva l'esistenza di un *oportere* civilistico.

f) La derivazione della compravendita consensuale dalle primitive strutture formali dello scambio sta alla base anche dell'ipotesi portata avanti — in decenni di ricerche e non senza qualche mutamento di prospettiva — da Philippe

III), 227 ss., sono modelli di *proscriptiones*, com'è del resto opinione anche dell'autore dianzi ricordato (p. 254 ss.), per vendite o locazioni all'incanto (*auctiones*): sul punto che essi presuppongano l'esistenza dell'*obligatio consensu contracta* cfr., per tutti, VON LÜBTOW, *op. cit.*, 363 ss.; GALLO, *In tema di origine della compravendita consensuale*, in *SDHI*, 1964, 309 ss.; TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Autori vari), Napoli, 1990, 50 ss. Sembra eccessivo lo scetticismo del LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell'"emptio' consensuale*, in *Labeo*, 1968, 39 ss., sulla possibilità di trarre, attraverso un'analisi articolata, elementi di convinzione dai formulari in parola. Per una diversa lettura, in chiave meramente stipulatoria, cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 74 ss., ma — in una precedente presa di posizione — anche chi scrive (TALAMANCA, *Contributi*, cit., 110 ss.): qui la letteratura meno recente.

(28) Anche in questo caso possiamo trovare un riscontro nelle fonti, nell'*expromissio nummorum* di Varr. *r. rust.* 2, 2, 5-6 (sulla cui portata cfr. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 62 ss.), passo pressoché coevo a quello di Alfeno dianzi citato.

(29) La quale intercorre fra il banchiere, intermediario meramente economico dell'affare (oltre che titolare dell'impresa, per chiamarla così, *auctionaria*) ed il compratore (ed è necessaria per la particolare configurazione dell'affare). Su di ciò cfr. TALAMANCA, *Contributi*, cit., 114 ss.: v. anche THOMAS, *The Auction Sale in Roman Law*, in *The Juridical Review*, 1957, 42 ss.; THIELMANN, *Die römische Privatauktion, zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht*, Berlin, 1961, 84 ss. e 132 ss.; ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit romain classique*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano, 1972, 380 ss.; ANDREAU, *Les affaires de Monsieur Jucundus*, Rome, 1974, 73 ss. (e in questi autori, ulteriore letteratura). Nella dottrina più recente prevale — senza che vengano invero addotti argomenti nuovi — l'opinione da noi già sostenuta che il contratto di vendita s'instauri direttamente fra il *dominus auctionis* ed il miglior offerente, per il tramite del *praeco* (che funziona praticamente da *nuncius*), e che il banchiere, che normalmente anticipa in tutto od in parte al *dominus auctionis* stesso il ricavato dell'asta, debba farsi promettere mediante una *stipulatio* dall'acquirente il pagamento del prezzo stesso, che non poteva avvenire durante lo svolgimento dell'incanto (*stipulatio argentaria*).

(30) Cfr. Alf. 2 *dig.*, D. 44, 1, 14; Lab. 5 *pith. a Paul. epit.*, D. 46, 4, 23; Iulian. 15 *dig.*, D. 18, 1, 39, 1; D. 18, 5, 5 pr.; Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 3, 1; Scaev. 1 *dig.*, D. 2, 14, 47 pr.; 27 *dig.*, D. 44, 4, 17, 2; Papin. 27 *quaest.*, D. 22, 1, 4 pr.-1; Papin. 11 *resp.*, D. 21, 2, 68 pr.; Paul. 12 *ad Sab.*, D. 45, 1, 35, 2; Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 5, 3; Ulp. 29 *ad ed.*, D. 14, 6, 3, 3; Sev., C. 4, 28, 3 (del 198 d.C.).

(31) Che non si possa negare che la *stipulatio* venisse — più o meno frequentemente, più o meno marginalmente — impiegata, nell'àmbito della funzione economico-sociale della compravendita, allo scopo di far assumere dalle parti delle obbligazioni che non potevano venir in essere in base alla semplice *conventio* né in funzione di altri elementi strutturali che a quest'ultima si accompagnassero, non è d'altronde negato neppure dagli autori che rifiutano la teoria delle reciproche *verborum obligationes* come unico tramite fra l'antica vendita a contanti e l'*obligatio consensu contracta*: cfr., ad esempio, GALLO, *op. cit.*, 304 s.; WIEACKER, *Recensione* a CANCELLI, *op. cit.*, in *ZSS.R.*, 1964, 444; LUZZATTO, *op. cit.*, 914 ss. Per una prospettiva largamente coincidente con quella qui seguita, cfr. PUGLIESE, *Compravendita*, cit., 34 s.

(32) O, addirittura, dell'emersione in assoluto dello schema dell'*obligatio consensu contracta*, ove si volesse deprimere il ruolo avuto al proposito dalla prassi commerciale tutelata nell'àmbito della *iurisdictio peregrina*.

(33) È l'orientamento, ad esempio, dell'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 59 ss., il quale perviene ad affermare che la compravendita consensuale, almeno nei rapporti fra i *cives*, fu il risultato di una deformalizzazione, per chiamarla così, delle reciproche stipulazioni (p. 72). Bisogna, d'altro canto, rilevare come nella dottrina, citata *supra*, nt. 23, che, in contesti piuttosto marginali, adottava l'ipotesi stipulatoria, si restasse in genere piuttosto sul vago su codesto punto.

(34) Ma anche solo ad una nel caso non si accrediti che una delle due prestazioni, il che doveva esser abbastanza frequente soprattutto per quanto riguarda il pagamento del prezzo.

(35) Ciò risulta ancora dai formulari catoniani: cfr. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 60.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Meylan (36). Il punto di partenza ne va trovato nella configurazione proposta per la *mancipatio* originaria: in un primo momento limitata alle *res mancipi* mobili, essa non era un negozio traslativo della proprietà (37), ma soltanto un atto — l'*emptio* come «*acte de prise ... accompli par l'acheteur*» (38) — che, basato sull'accordo delle parti, faceva acquistare la disponibilità materiale della cosa (39) in funzione del contemporaneo pagamento del prezzo, mentre, contestualmente, il venditore garentiva al compratore il perdurare nel tempo di tale disponibilità mediante l'assunzione espressa dell'*auctòritas*, quale garenzia per l'evizione (40). Per le *res nec mancipi*, invece, l'*emptio*, come presa di possesso della cosa, non veniva formalizzata, come accadeva nella *mancipatio*, e veniva accompagnata dall'assunzione della garenzia contro l'evizione mediante la dazione di un *vas* (41) o mediante una stipulazione.

Un momento essenziale in questa vicenda sarebbe stato rappresentato dall'estensione della *mancipatio*, così strutturata, agli immobili (quando questi ultimi divennero suscettibili di alienazione): l'*emptio* non portò più, in questa nuova applicazione, all'acquisto della materiale disponibilità ed all'*usus*, in quanto l'immissione nel fondo si sarebbe separata dalla *mancipatio* che avrebbe assunto carattere tutt'affatto obbligatorio (42). Nel corso degli ultimi due secoli della repubblica (43) si ebbe — ai fini dell'obbligazione di trasmettere il pacifico godimento del fondo — una deformalizzazione della complessa procedura rappresentata dalla *mancipatio* e dalla *satisdatio secundum mancipium*, che, concorrendo con una smaterializzazione dell'*emptio* di *res nec mancipi* (44), portò a far riconoscere valore obbligatorio all'accordo delle volontà (45), il quale fin dalle origini era stato a fondamento della fenomenologia della compravendita romana.

Lo svolgimento della vicenda della compravendita consensuale ed obbligatoria si svolge, così, tutto all'interno del sistema romano del trasferimento della cosa contro il prezzo: questo risultato è raggiunto, però, a prezzo di una serie di ipotesi arbitrarie, sganciate da qualsiasi verifica nelle fonti (sempre forzate a dire quello che tornava di vantaggio all'ipotesi perseguita), onde non sorprende che l'opinione, perseguita dallo studioso su tutto l'arco della sua esistenza, non abbia praticamente trovato seguito in dottrina (46).

g) Accanto a quella del Meylan vanno ricordate altre ipotesi che fanno derivare la vendita consensuale dall'isolamento del momento consensuale nella *mancipatio* (47), e che si esauriscono praticamente nella formulazione della tesi, senza una sostanziale argomentazione: e talora, la soluzione così proposta si caratterizza per un voluto isolamento sul piano della struttura concettuale (48). Proprio per l'accennata mancanza di qual-

(36) Essa è inscindibilmente connessa con le ipotesi dello studioso sulla struttura e sulla funzione originaria della *mancipatio*, su cui cfr., da ultimo, il resoconto dello STURM, *Origine et évolution de la mancipation. Synthèse rétrospective de l'enseignement de Ph. Meylan*, in *Mélanges P. Piotet*, Bern, 1990, 567 ss.: a p. 567 nt. 1, un'accurata bibliografia degli scritti dell'autore sull'argomento, cui *adde*, ad esempio, MEYLAN, *Réflexions sur notre tradition manuscrite des Institutes de Gaius*, in *La critica del testo* (Atti del II Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto), I, Firenze, 1971, 467 ss. Sull'ipotesi del Meylan cfr., soprattutto, le critiche dell'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 51 ss., e del LUZZATTO, *op. cit.*, 911 ss.

(37) Nei relativi *verba* era per il Meylan assente l'affermazione solenne di proprietà che apre il formulario della *mancipatio* come noi lo conosciamo.

(38) MEYLAN, *La génèse de la vente consensuelle romaine*, in *TR*, 1953, 133.

(39) La quale si sarebbe trasformata in proprietà soltanto a mezzo del decorso del termine fissato per l'*usus*.

(40) La parte relativa del formulario in parola sarebbe andata persa nella trasformazione della *mancipatio* quando quest'ultima divenne un'*imaginaria venditio*.

(41) Su questa figura nell'antichissimo sistema della responsabilità contrattuale, cfr. TALAMANCA, *Obbligazioni (diritto romano)*, in questa *Enciclopedia*, XXIX, 8 ss.

(42) Dalla *mancipatio* continuava a nascere, in seguito al pagamento del prezzo, l'*obligatio auctoritatis*, mentre la responsabilità per il trasferimento della cosa era assunta mediante la *satisdatio secundum mancipium*, un istituto di cui le fonti romane offrono in effetti notizie frammentarie che non permettono una soddisfacente ricostruzione (su di esso cfr. *infra*, § 16 lett. *g*).

(43) Non è necessario insistere in questa sede sulle circostanziazioni che il Meylan dà della propria ipotesi, e che sono soltanto il frutto dell'accentuata *Kombinationsgabe* dell'autore.

(44) A cui fu esteso il «*régime de l'' emptio ' fractionnée*» (MEYLAN, *op. ult. cit.*, 158 s.).

(45) Su questo processo, cfr. soprattutto MEYLAN, *op. ult. cit.*, 148 ss. In tal modo sia l'apprensione materiale della cosa (cui si sostituiva la *traditio*, la consegna materiale da parte del venditore), sia la prestazione della garenzia per l'evizione, sia il pagamento del prezzo venivano spostati in un momento futuro rispetto all'accordo stesso, rimanendo le parti obbligate al compimento di tali atti e responsabili per la mancata od inesatta esecuzione degli stessi.

(46) Non è neppure sicuro in quale misura — al di là dell'occasione che gli ispira toni piuttosto epidittici — segua l'opinione del maestro lo STURM, *op. cit.*, 567 ss.

(47) Cfr., con ovvie differenze nei dettagli, PRINGSHEIM, *L'origine des contrats consensuels*, in *RHD*, 1954, 475 ss.; CANNATA, *op. cit.*, soprattutto 422 ss. È da notare come, in entrambi questi saggi, l'impostazione del Meylan non venga neppure ricordata.

(48) Cfr., esplicitamente, CANNATA, *op. cit.*, 426. Chi fossero gli astratti «giuristi», quando operassero, in quale rapporto stessero con l'innegabile intervento del pretore, che sarebbe stato l'unico a poter sanzionare, col *iudicium*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

siasi dimostrazione dell'assunto, tali ipotesi non possono neppure costituire la base per una discussione e un approfondimento del problema.

b) All'autorità di Theodor Mommsen (49) risale l'ipotesi, rinverdita trent'anni fa (50), che vede il modello dell'*obligatio consensu contracta* nella prassi delle *auctiones* pubbliche dell'erario, di loro natura, aformali. Queste vendite pubbliche avrebbero offerto il modello alle *auctiones* private, da cui si sarebbe a sua volta sviluppata la compravendita consensuale ed obbligatoria. Il procedimento d'estensione non è, in sé, impossibile (51), ché, indubbiamente, l'esempio della prassi pubblica potrebbe avere favorito — non che l'impiego delle *auctiones* da parte dei privati — anche la convinzione del carattere vincolante del semplice accordo, di cui il pretore si sarebbe fatto portavoce.

Oltre alla mancanza al livello della nostra documentazione dell'effettiva prova che ciò sia avvenuto (52), vi sono due punti che rendono del tutto improbabile qualsiasi osmosi fra l'esperienza pubblicistica e quella privatistica nell'emergere dell'*obligatio consensu contracta*. Da una parte, sarebbe azzardato ritenere che le *auctiones* dell'erario fossero una procedura del tutto aformale (53), ché esistevano delle formalità pubbliche, le quali — per il fatto di esser diverse da quelle private — non cessavano di esser «forme», ancorché fossero fissate nell'interesse specifico della pubblica amministrazione: anche quando l'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria era stata pienamente riconosciuta non bastava il semplice scambio dei consensi tra un privato ed un magistrato della repubblica, od un funzionario del fisco, perché si avesse una compravendita fra lo Stato ed il privato. Le vendite pubbliche non erano quindi consensuali: ed in più non erano neppure obbligatorie o, per meglio dire, meramente obbligatorie. Caratteristica delle *auctiones* dell'erario (54), quando si trattasse di compravendita (55) e non di contratti di appalto o di affitto, era infatti l'efficacia reale dell'*addictio* magistratuale, eventualmente subordinata al pagamento del prezzo od alla dazione di garenzia per lo stesso, senza che, però, si venisse a creare mai una posizione debitoria dello Stato venditore, tenuto a *possessionem tradere*. Se l'*addictio* nelle vendite pubbliche non era atto a struttura consensuale e ad efficacia obbligatoria, non si riesce a vedere in che cosa possa essere consistita l'affermata derivazione dell'*emptio venditio* consensuale dalla prassi delle vendite pubbliche.

t) Resta, si potrebbe dire per esclusione, da cercare l'origine della compravendita consensuale nell'intervento del pretore, il quale concedeva azioni non rilevanti dal sistema del *ius civile* a tutela di aspettative creditorie derivanti da transazioni di compravendita non formalizzate con una *mancipatio* né assicurate mediante una *stipulatio*. A questo proposito, non v'è bisogno, credo, di riaffermare — allo stato della dottrina — che la tutela della compravendita al di fuori delle strutture civilistiche dianzi ricordate non potè avvenire, alle origini, che mediante i *iudicia bonae fidei*, meglio le loro protoforme (56). Può, senza dub-

---

bonae fidei, l'astratto gioco di concetti cui l'autore allude, non viene in alcun modo precisato.

(49) *Die römische Anfänge von Kauf und Miethe* (1885), ora in *Gesammelte Schriften*, III, Berlin, 1907, 132 ss.

(50) Dal CANCELLI, *op. cit.* Sull'ipotesi in questione, in occasione dell'accennato *revival* (che — senza apportare invero molti nuovi argomenti — fornisce soltanto un ampliamento della base testuale sul diffondersi parallelo delle vendite all'incanto nel campo pubblico ed in quello privato, dal quale però non si traggono elementi decisivi a favore della teoria difesa), cfr. il giudizio negativo del LUZZATTO, *op. cit.*, 907 ss., nonché del WIEACKER, *op. cit.*, 435 ss.: la tesi del Mommsen era stata già criticata a fondo dall'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 49 ss. In questi autori, ulteriore letteratura sul tema. Una posizione apparentemente intermedia assume il GALLO, *op. cit.*, 309 ss., che, da una parte, ritiene che la prassi delle *auctiones* private si modellasse su quelle amministrative, ma che le stesse non avessero, alle origini, carattere vincolante in base al consenso; in tali *auctiones* private si sarebbero, nel corso del tempo, riscontrati quegli elementi che avrebbero imposto una tutela indipendentemente dalle formalità stipulatorie: con ciò si abbandona, però, il nucleo fondamentale dell'ipotesi del Mommsen, ripresa dal Cancelli, e cioè l'influsso decisivo dell'*exemplum* pubblicistico nel riconoscimento della consensualità e dell'obbligatorietà delle transazioni di compravendita fra privati.

(51) Ma non vanno dimenticate le fondate osservazioni del LUZZATTO, *op. cit.*, 908, sulle difficoltà che potrebbero incontrarsi dal punto di vista della relativa recenziorità dell'espandersi degli incanti pubblici.

(52) Non costituisce infatti tale prova il rilievo del contestuale diffondersi delle *auctiones* negli affari dello Stato e nelle transazioni dei privati.

(53) Questo punto è stato, esattamente, sottolineato in dottrina: cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 50; e, soprattutto, GALLO, *op. cit.*, 301 s.

(54) Si pensi, ad esempio, alle *venditiones sub corona* od alle *sectiones bonorum*, su cui cfr., per il punto di vista di chi scrive, TALAMANCA, *Contributi*, cit., 153 ss. e 158 ss.: un rinnovato esame della *sectio* in SALERNO, *Dalla 'consecratio' alla 'publicatio bonorum'*, Napoli, 1990, 161 ss.

(55) In cui lo Stato si portava sempre come venditore: non esistevano né, in effetti, possono praticamente esistere per il trasferimento della proprietà di cose di specie degli incanti *ex latere emptoris*, in cui il licitante fosse il venditore: si tratta, in questi apparenti casi di acquisto da parte dello Stato, di contratti di somministrazione o fornitura.

(56) Od eventualmente mediante quelle *formulae in factum* che, in linea generale, si ritengano esser precedute ai *iudicia bonae fidei* (v. *supra*, nt. 14). L'opinione in cui da tempo ci riconosciamo (TALAMANCA, *Processo civile*, cit., 64 ss.) è nel senso che — a cominciare dalla seconda metà del III secolo a.C. — tali *iudicia* siano sorti, nella *iurisdictio*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

bio, proporsi in astratto il problema se la tutela di quella che sarebbe divenuta la compravendita consensuale trovasse origine — nelle forme processuali accennate — nella *iurisdictio urbana* od in quella *peregrina*; al riguardo è però difficile sottrarsi alla suggestione delle necessità dei traffici commerciali le quali, in un primo momento, dovettero manifestarsi soprattutto nei rapporti fra romani e stranieri, dove non era possibile ricorrere, sul piano degli effetti obbligatori, ai negozi solenni del *ius civile*, e soprattutto alla *sponsio/stipulatio*, onde non restava che tutelare la parola data, la (*bona*) *fides* (57). Di questa origine sembra conservarsi la traccia in quei testi che collegano la consensualità del contratto al *ius gentium* (58): la regolamentazione, però, del contratto, almeno in quelle che ne sarebbero state le caratteristiche a sviluppo concluso (e, cioè, la consensualità e l'obbligatorietà), sembra essere tutta romana (59), ché, nel mondo dei commerci internazionali, era diffusa la diversa concezione ellenistica della compravendita (60), che — inserendosi nella già accennata disciplina dell'istituto uniformemente diffusa nel mondo antico all'infuori di Roma (61) — ne faceva un negozio traslativo, a struttura reale, individuando nel pagamento del prezzo il momento in cui si verificava il trasferimento della proprietà, mentre affidava ad altri strumenti, quale ad esempio il cosiddetto contratto arrale (62), la funzione di assicurare l'effettuazione, nel futuro, dello scambio della cosa contro il prezzo.

Appare, dunque, l'ipotesi più verisimile quella per cui l'*obligatio consensu contracta*, come schema giuridico, trovi origine — per la compravendita (63) — nell'àmbito dei traffici internazionali regolati, dal punto di vista della tutela giuridica e giurisdizionale, dal pretore peregrino (64): il che, con ogni probabilità, avveniva già prima della metà del III secolo a.C. (65). L'estensione di questo schema ai rapporti fra *cives* dovette intervenire per tempo: Sesto Elio, console nel 198 a.C. (66), conosce già — secondo Cels. 8 *dig.*, D. 19, 1, 38, 1 — una tutela giurisdizionale (67) delle pretese

peregrina (ma anche in quella urbana), come azioni pretorie, o che, quanto meno, non si sentivano fondate sul *ius civile*, proprio in virtù della circostanza che, da una parte, l'*oportere* veniva qualificato — a differenza di quello civilistico — come *ex fide bona* e, dall'altra, che le *actiones* relative non venivano, né potevano venir, fatte valere nelle forme delle *legis actiones* e dei loro *certa verba*, bensì attraverso i *concepta verba* che rappresentavano all'epoca un *modus agendi* esclusivamente pretorio (sotto il profilo sia sostanziale sia procedurale). È dall'inizio del I secolo a.C. (quando, dopo la *lex Aebutia*, le *formulae* vennero — ed a nostro avviso in modo generalizzato — estese ai *cives* anche per le pretese precedentemente fatte valere in modo esclusivo con le *legis actiones*: cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 28 ss.) che cominciò l'eterogenesi di valore dell'*oportere ex fide bona* dei nostri *iudicia*, il quale — alla fine di tale secolo — doveva esser pacificamente sentito come un *oportere* civilistico (e nella definitiva affermazione di tale carattere ha senz'altro svolto un ruolo la *lex Iulia iudiciorum privatorum*).

(57) Per una maggiore articolazione, cfr. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 44 ss. (v. del resto anche LUZZATTO, *op. cit.*, 924 s.). Il GALLO, *op. cit.*, 308, crede che le forme di *verborum obligationes* diverse dalla *sponsio* fossero, fin dalle origini, estensibili anche agli stranieri, il che, oltre a difettare di qualsiasi prova, sembra assai poco probabile: l'allargamento del *ius civile*, come *ius gentium* (direbbe Gai 3, 93), ai *peregrini* presuppone il riconoscimento del carattere civile del processo formulare; ed un'estensione *iure praetorio* è, nel III secolo a.C., del tutto improbabile.

(58) Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 1, 2; 34 *ad ed.*, D. 19, 2, 1. L'*emptio venditio* rientra fra le *conventiones iuris gentium*, che *pariunt actionem* in Ulp. 4 *ad ed.*, D. 2, 14, 7 pr.-1. Ricordano semplicemente il carattere *iuris gentium* del contratto Gai. 2 *rer. cott.*, D. 19, 2, 2 pr.; Marcian., D. 48, 22, 15 pr. (restituito da *Bas.* 60, 54, 15); Hermogen. 1 *iur. epit.*, D. 1, 1, 5 pr.

(59) Cfr. in questo senso LUZZATTO, *op. cit.*, 924 ss.

(60) Che si sarebbe mantenuta, nelle province orientali, anche sotto la dominazione romana: v. anche *infra*, § 28 lett. *a*.

(61) Alla quale si è accennato *supra*, in questo paragrafo, lett. *a*.

(62) Su di esso, cfr. *infra*, § 3 lett. *b*, e per la recezione di codesta figura nella legislazione giustinianea, *infra*, § 29 lett. *c*, *b* ed *i*.

(63) Non è qui possibile cercare di stabilire una cronologia relativa fra i vari casi in cui lo schema dell'*obligatio consensu contracta* ha funzionato: né può procedersi ad una ricognizione delle date d'emersione dei singoli *iudicia bonae fidei*, tenendo conto anche del campo di applicazione di questi ultimi al di fuori di quelli che sarebbero divenuti i quattro contratti consensuali. Chi scrive ritiene, però, assai probabile che, nell'àmbito della compravendita, non si desse origine soltanto allo schema dell'*obligatio consensu contracta*, bensì anche allo sviluppo di quelli che sarebbero divenuti i *iudicia bonae fidei*, per i quali, del resto, non è esclusa un'origine policentrica.

(64) Cfr. da ultimo, in questo senso, PUGLIESE, *op. ult. cit.*, 35 ss. Per il nostro punto di vista, v. TALAMANCA, *lc. ult. cit.*

(65) Non ritengo che si possano utilizzare a questo scopo i numerosi luoghi di Plauto, ed anche di Terenzio, che alludono alla compravendita (v. già, brevemente, TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 50 nt. 54, nonché l'ampia discussione in LABRUNA, *op. cit.*, 25 ss.): notizie precise sull'esistenza della vendita consensuale mancano, e quando si riscontrano elementi antagonisti all'esistenza di quest'ultima, è sempre possibile ipotizzare l'influsso dell'originale greco.

(66) Rispetto a codesta data, bisogna osservare che in questo periodo la legittimazione a *respondere de iure* dipendeva, con ogni verisimiglianza, proprio dall'aver raggiunto sul piano politico e sociale l'*auctoritas* connessa con l'esercizio delle magistrature superiori: è posteriore — anche se non di molto — l'epoca in cui l'esercizio della *iuris prudentia* era un mezzo che facilitava, all'incontrario, la carriera politica; e questo fenomeno recenziore si spiega in un contesto in cui, ormai, i *iurisconsulti* si fondavano su un'*auctoritas* a formare la quale contribuivano, principalmente, profili di carattere tecnico.

(67) Non può seguirsi l'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 74, che — specificando una notazione di GIRARD e SENN, *op. cit.*, 570 nt. 1 — pensa alla possibilità che Sesto Elio si riferisse

Senato della Repubblica - Archivio Storico

del venditore, che deve esser risarcito dei danni derivanti dalla *mora in accipiendo* del compratore (68): si tratta di una problematica, all'apparenza, abbastanza evoluta, e che presuppone qualche anteriore sviluppo. Nel *De agricultura* di Catone, da datare nei primi decenni del II secolo a.C., si rinvengono (69) formulari che appaiono esser il portato di una lunga evoluzione, ed in cui si è avuta l'eterogenesi di significato di clausole che originariamente rispecchiavano una situazione in cui non si conosceva — o non era completamente affidabile — l'*obligatio consensu contracta* (70); ma si hanno anche formulari, come quelli dei cap. 144 e 145, in cui questa stratificazione sembra mancare, il che fornisce del resto un dato di difficile valutazione, soprattutto in relazione ai profili qui discussi. Ma, in definitiva, l'insieme dei dati a nostra disposizione sembra indicare verso gli ultimi decenni del III secolo a.C. le prime tappe dell'estensione ai rapporti *inter cives* delle *actiones empti* e *venditi*, se le vogliamo designare già con questi nomi.

l) Costituisce un diverso problema l'individuazione dei contesti in cui si è cominciata ad avere l'accennata estensione (71): seppur con estrema cautela, si può ricavare dalle fonti a nostra disposizione l'ipotesi che, mentre il carattere obbligatorio del contratto appare la novità di cui si fa più rapidamente impiego (72), l'affermarsi della mera consensualità della nuova forma contrattuale abbia un *iter* più lento. A parte il ricordo del responso di Sesto Elio in D. 19, 1, 38, 1 (73), della compravendita consensuale si ha la traccia in contesti in cui, pur mancando le forme che per il *ius civile* erano necessarie per il sorgere di un'obbligazione, non mancavano elementi di una certa ritualità. Nei formulari catoniani (74), le vendite, ma anche gli appalti, avvenivano mediante *auctiones*, in cui rilevava almeno un profilo di pubblicità e di procedimentalità (75); in quelli varroniani, sicuramente più antichi dell'opera in cui sono contenuti (76), per la conclusione di un'*emptio venditio*, da cui sorgono le *actiones empti* e *venditi*, è addirittura attestata una forma analoga — sebbene non identica — a quella della *verborum obligatio*, che si potrebbe dire parastipulatoria. La mera consensualità, come rilevanza dell'accordo comunque formatosi, non sembra esser immediatamente coeva all'affermarsi della compravendita obbligatoria romana, qualsiasi cosa — più o meno consapevolmente — i contemporanei abbiano pensato della rilevanza delle «formalità» che, almeno nei casi per noi attestati, accompagnavano l'accordo delle parti che stava alla base delle azioni contrattuali (77): essa è stata, con molta probabilità, il risultato di un — più o meno rapido — sviluppo. La mera consensualità nel senso anzidetto doveva essersi pienamente sviluppata verso la metà del I secolo a.C., all'epoca di Servio e di Cicerone.

2. *La vendita nel sistema contrattuale romano.* — *a*) Come di regola accade (78), per i

all'*actio ex stipulatu*, non però all'*actio certi*, bensì a quella *incerti*: ciò è escluso dal termine *arbitrium* che Celso trovava sicuramente nel giurista repubblicano.

(68) Su di ciò cfr. anche *infra*, § 21.

(69) Per qualche breve cenno, cfr. *supra*, in questo paragrafo, lett. *e*.

(70) Clausole la cui datazione originaria è estremamente difficile.

(71) Il WIEACKER, *op. cit.*, 444 s., richiama qui, sotto vari profili, il «*Lieferungskauf*», nonché la vendita di prodotti naturali futuri. Per quanto riguarda questi ultimi, i già più volte ricordati formulari catoniani mostrano che, al livello delle *auctiones* per cui lo scrittore proponeva le *proscriptiones*, si trattava di un'esigenza effettivamente presente e che veniva, almeno all'epoca dello stesso Catone, tutelata mediante l'impiego dello schema dell'*obligatio consensu contracta* (per i rapporti con l'*emptio spei* e *rei speratae* dell'epoca classica, v. qualche rilievo in TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 66). Per il «*Lieferungskauf*», invece, può creare qualche difficoltà la circostanza che, nei successivi sviluppi del contratto nell'esperienza romana, una prestazione di genere "illimitato" non sembra trovare facilmente ingresso nello schema dell'*emptio venditio* consensuale (cfr. *infra*, § 12).

(72) Come abbiamo già altrove mostrato (TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 50 ss.), ciò non esclude, però, che — per mera forza d'inerzia o per il desiderio di una più sicura tutela — risultino ancora presenti, nei formulari catoniani, clausole sanzionatrici degli obblighi delle parti che trovano la loro origine in epoche precedenti all'introduzione delle *actiones empti et venditi*.

(73) Per il quale non consta dell'esistenza di elementi «formalizzanti», ma — bisogna evidenziarlo — neppure della circostanza contraria.

(74) Alla struttura dei quali si è già accennato *supra*, in questo paragrafo, lett. *e*.

(75) Nei limiti che emergono da quanto detto nel testo si può seguire l'opinione del GALLO, *op. cit.*, 309 ss., sul ruolo delle *auctiones* nella storia della compravendita romana.

(76) Il riferimento è, ovviamente, allo scambio fra l'interrogazione del compratore (*tanti sunt mi emptae?*) e la risposta del venditore (*sunt*) che, secondo Varr. *r. rust.* 2, 5, 5, si adoperavano per la vendita delle *oves*: per una valutazione un po' più approfondita del carattere risalente nonché dell'originaria valenza e di quella successiva di codesto formulario, cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 62 ss.

(77) Si può pensare, ad esempio, all'esigenza — più forte alle origini che in periodo più recente — che il consenso risultasse da elementi che ponessero fuor di dubbio che la volontà dei contraenti si fosse, effettivamente, diretta alla formazione di un vincolo: sotto il profilo, quindi, della serietà dell'impegno e della certezza che si era usciti dalla fase delle trattative.

(78) Si vedano, ad esempio, le questioni che, in modo

Senato della Repubblica - Archivio Storico

contratti causali, nel sistema contrattuale romano (caratterizzato dalla tipicità), anche per la vendita si pone, in modo vario, il problema della reciproca delimitazione con fattispecie contermini, integrino o meno queste ultime una figura tipica di contratto (79).

Sino all'inizio del II secolo d.C., sabiniani e proculiani furono coinvolti in una disputa famosa (80) sulla reciproca delimitazione dell'*emptio venditio* e della *permutatio* (81), che veniva dai giuristi impostata nei termini se fosse possibile che il prezzo consistesse in una cosa diversa dalla *pecunia numerata* (82). I problemi relativi a questa controversia s'intrecciano strettamente con un'altra tematica molto discussa nella dottrina moderna, quella della protezione in via d'azione dei cosiddetti contratti innominati (fra i quali la permuta stessa rientra), ed ha avuto un ruolo di notevole importanza nello sviluppo delle opinioni dei giuristi romani sulla configurazione delle obbligazioni del venditore (83).

L'accennata controversia si aprì all'inizio del I secolo d.C., quando Sabino avanzò la teoria che il prezzo potesse consistere anche in cose diverse dal denaro, con ogni probabilità per colmare la lacuna dell'ordinamento concernente la tutela della permuta (84): in quest'ultima figura (e, in generale nelle *dationes ob rem*), in seguito all'inadempimento della controparte la parte che avesse per prima eseguito poteva originariamente richiedere — con la *condictio ob rem dati* — soltanto la restituzione della cosa così trasferita (85). I sabiniani sostenevano, invece, che la *permutatio* era una *vetustissima species emptionis et venditionis*, e dava luogo alle *actiones empti et venditi* (86).

La reazione di Nerva e di Proculo portò all'instaurarsi della controversia, in cui, almeno sin verso la fine del I secolo d.C. (87), i sabiniani difesero la posizione assunta dal caposcuola, pur trovandosi in difficoltà sul piano delle argomentazioni giuridiche (88), in quanto si basavano — con una dimostrazione di carattere storico e di dubbia concludenza — sulla circostanza che, in epoca remota, lo scambio si attuava nelle forme della permuta, non essendo stato ancora inventato il denaro. Non possiamo sapere quale impatto avesse, soprattutto sulla prassi del magistrato giusdicente, l'opinione sabiniana (89): quando, attra-

---

analogo, si pongono per il contratto di società (cfr. TALAMANCA, *Società in generale*, cit., 822 s.).

(79) Il che è in linea generale il presupposto per la tutela in via d'azione.

(80) Sulla problematica in questione, nel suo complesso, cfr. TALAMANCA, *Per l'interpretazione*, cit., § 10-23. Nella letteratura più recente (dove si troveranno altri riferimenti), cfr. MEYLAN, *Permutatio rerum*, in *Ius et lex. Festgabe M. Gutzwiller*, Basel, 1959, 45 ss. MASCHI, *Il diritto romano*, I², Milano, 1966, 572 ss.; SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone ad Ulpiano*, Napoli, 1973, 103 ss.; MELILLO, *Economia e giurisprudenza a Roma. Contributo al lessico economico dei giuristi romani*, Napoli, 1978, 51 ss.; BÜRGE, *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in *ZSS.R.*, 1982, 142 ss.; SITZIA, *Permuta (diritto romano)*, in questa *Enciclopedia*, XXXIII, 107 ss.; NICOLET, *Pline, Paul et la théorie de la monnaie*, in *Athenaeum*, 1984, 105 ss.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, 250 ss.

(81) Secondo Gai 3, 144 un'analoga disputa correva fra le due scuole in materia di *locatio conductio*: su di ciò v. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, § 18.

(82) Le informazioni dirette su tale disputa sono contenute in Gai 3, 141, cui corrisponde per grandissima parte *I.* 3, 23, 2, e in Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 1 pr.-1.

(83) In quanto i proculiani collegavano strettamente la differenza nella struttura delle prestazioni delle parti con la necessità che il prezzo consistesse in *pecunia numerata* (*infra*, § 15 lett. *d*).

(84) È da respingere l'opinione, anche di recente sostenuta in dottrina, che Sabino non facesse altro che seguire la più antica configurazione della compravendita: per una discussione su di ciò cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, § 11.

(85) Non consta direttamente dalle fonti l'epoca in cui si riconobbe a favore della parte adempiente l'esperibilità almeno dell'azione di ripetizione, la quale risale, con molta probabilità, già alla seconda metà del II secolo a.C.

(86) Perché la fattispecie rientrasse nell'*emptio venditio*, le due prestazioni dovevano, però, consistere in un *dare*, e cioè nel trasferimento della proprietà di una cosa (su ciò v. anche *infra*, in questo paragrafo, lett. *b*). Una prestazione *in faciendo* da parte del compratore era, però, ammissibile in quanto fosse solo integrativa di quelle *in dando*: v. Iavol. 5 *post. Lab.*, D. 18, 1, 79 (su cui cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, § 23).

(87) A parte la posizione intermedia assunta, secondo Gai 3, 141, da Celio Sabino (fiorito all'epoca di Vespasiano), il quale, accettando sostanzialmente la critica proculiana (su cui v. *infra*, nt. 88), sosteneva che — nonostante il prezzo fosse espresso in cose diverse dal denaro — si aveva *emptio venditio*, quando un prezzo siffatto fosse offerto per una *res venalis* (e cioè una cosa messa pubblicamente in vendita), dato che in tal caso si poteva distinguere chi fosse il venditore, chi il compratore. Di tale concezione si conserva ancora un'eco in Gord., C. 4, 64, 1 (del 238 d.C.): su cui cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 7 s.; SARGENTI, *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano* (Autori vari), Torino, 1976, 487.

(88) I proculiani infatti, come risulta dai passi già citati (*supra*, nt. 82) ed ancor più chiaramente da Paul. [32] <33> *ad ed.*, D. 19, 4, 1 pr. (su cui cfr. *infra*, § 15 lett. *a*), si opponevano all'omologazione delle due fattispecie, facendo soprattutto valere che, in tal modo, non sarebbe più stato possibile distinguere tra la posizione del compratore, che deve il prezzo (e, cioè, una somma di denaro) e quella del venditore, che deve la cosa: il che era importante, in quanto erano diversamente configurate le obbligazioni gravanti sulle due parti in ordine al trasferimento della cosa oggetto dell'obbligazione (su di ciò cfr. *infra*, § 15 e 16).

(89) Più che da Gai 3, 141, dove tutto sembra esaurirsi

Senato della Repubblica - Archivio Storico

verso vicende non facilmente ricostruibili ma di cui rimangono tracce cospicue nelle fonti (90), si pervenne con Aristone (91) a riconoscere alla parte adempiente di una *datio ob rem* — e quindi anzitutto di una permuta — un'azione in adempimento nelle forme dell'*actio civilis incerti* (92), la controversia, in cui comunque l'ipotesi proculiana si andava forse affermando (93), venne definitivamente a tacere. La necessità che il *pretium* consistesse in *pecunia numerata* risulta riaffermata nella compilazione giustinianea (94) come norma indiscutibilmente in vigore, al modo stesso che, nei limiti propri dei contratti innominati (e, cioè, come fattispecie obbligatorie a carattere reale), risulta tutelata la permuta.

b) Alla problematica (95) dianzi discussa si ricollega la questione se, come corrispettivo della cosa venduta, potessero gravare sul compratore altre obbligazioni, chiamiamole accessorie (96). Al riguardo si può forse notare un mutare nel tempo per quanto concerne gli atteggiamenti assunti nell'esperienza giuridica romana. All'epoca di Catone, non sembra che vi fossero problemi al riguardo (97), né quando il compratore di un *pabulum hibernum* riconoscesse al venditore determinati diritti sul terreno pascolivo oggetto del contratto (98); né quando si trattasse di prestazioni accessorie consistenti nelle prestazioni di determinate cose, generalmente prodotte nell'àmbito dell'attività economica in cui l'acquisto s'inglobava (99). Può darsi che rilevasse a tale riguardo la circostanza che, all'epoca di Catone, non fosse ancora sufficientemente delimitato il contenuto «tipico» del contratto. Bisogna, comunque, rilevare che i due tipi di clausole dianzi individuati in Catone non creano, a quel che risulta, problemi nelle fonti giurisprudenziali dell'ultima repubblica o dell'epoca classica. Non v'era dubbio che si potesse esperire l'*actio ex vendito* per ottenere dal compratore il rispetto di clausole che delimitavano più precisamente l'oggetto del contratto, e che non fossero state osservate in sede di esecuzione del medesimo (100); e, d'altro canto, non sembra che in giurisprudenza vi fossero mai state perplessità a proposito di prestazioni *in dando* accessorie, di modica rilevanza come erano in genere quelle previste nelle *leges venditionis* catoniane.

c) Una vicenda connessa, anche se parzialmente diversa, si coglie nelle fonti per quanto concerne le pattuizioni che — mediante *pacta adiecta* — imponevano al compratore obblighi diversi da quelli fin qui visti. Nella giurisprudenza tardo-repubblicana (e precisamente da parte di Trebazio e Labeone) si negava validità al patto in cui il compratore di metà di un fondo prendeva in locazione per dieci anni l'altra metà: questa soluzione dipendeva, a parere di chi scrive (101), dalla circostanza che i giuristi citati non ritenevano possibile — come avrebbe continuato a fare del resto Proculo in D. 19, 5, 12 (15 *epist.*) — che il contenuto di un contratto dello stesso o di diverso tipo venisse versato in un *pactum adiectum* di altro

---

nel confronto fra le scuole, una certa rilevanza della controversia anche sul piano pratico potrebbe dedursi, ma la traccia è labile, dal ricordo di costituzioni imperiali a favore dell'opinione proculiana in *I.* 3, 23, 2.

(90) Per la ricostruzione seguita da chi scrive, cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, § 10-32, dove può trovarsi la discussione delle più recenti ipotesi sul punto.

(91) La cui opinione, espressa in polemica con Celso, è ricordata da Ulp. 4 *ad ed.*, D. 2, 14, 7, 2: su di ciò cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, § 28-31.

(92) E nei confronti di codesta soluzione, nella nostra documentazione, non risultano — a partire dalla metà del II secolo d.C. — voci chiaramente orientate in senso contrario.

(93) Come potrebbe mostrare anche il tentativo di mediazione di Celio Sabino, troppo sbilanciato a favore dell'opinione contraria: ma, in effetti, non sappiamo quale fosse stata, all'interno della scuola, l'accoglienza incontrata dal tentativo stesso.

(94) Per cui ha particolare valore la diretta attestazione contenuta, col ricordo dell'antico dissidio, in *I.* 3, 23, 2.

(95) Non sembra desse luogo a dubbi la clausola mediante la quale il compratore si addossava un debito, per di più pecuniario, del venditore (il pagamento degli arretrati d'imposta), quale è testimoniata, per epoca tarda, da Diocl. et Max., C. 4, 44, 14 (del 294 d.C.).

(96) Sulle clausole accidentali dal punto di vista dell'adempimento delle obbligazioni delle parti, cfr. *infra*, § 22, lett. *d-f*.

(97) Su di ciò cfr. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 68: si tenga presente che, per talune delle fattispecie considerate, è discutibile — anche per le incertezze nella terminologia usata nei formulari contenuti nel *De agricultura* — la formalizzazione come *emptio venditio* o come *locatio conductio* (p. 66 s.).

(98) Cat. *agr.* 149, 3-4 (TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 55). Nonostante la particolarità dell'oggetto, a fronte del quale Ulp. 20 *ad Sab.*, D. 33, 7, 12, 8 parla di *pabulum conducere*, non vi sono tentennamenti nel cap. 149 sulla terminologia dell'*emptio venditio* (cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 67). In questa clausola può senz'altro vedersi una delimitazione dell'oggetto dell'acquisto più che un'assunzione di obblighi da parte del compratore

(99) Ciò si riscontra in cinque su sei dei formulari catoniani (e, precisamente, in Cat. *agr.* 144, 145, 146, 149, 150).

(100) Cfr., ad esempio, Pompon. 32 *ad Sab.*, D. 8, 6, 19 pr.; Ulp. 25 *ad ed.*, D. 11, 7, 10; 28 Ulp. *ad Sab.*, D. 8, 4, 6, 3*a*; Papin. 3 *resp.*, D. 18, 6, 19 pr.; Marcian. 3 *reg.*, D. 8, 2, 35 pr. Su tali passi cfr. *infra*, § 22 lett. *f*.

(101) Per l'interpretazione qui seguita cfr. TALAMANCA, *Per l'interpretazione*, cit., § 26 (parzialmente diverso ID., *La tipicità*, cit., 81 ss.): ricollega genericamente la soluzione di Labeone e Trebazio alla controversia sul prezzo e la *pecunia numerata* WUBBE, *Iavolenus contra Labeonem*, in *Satura R. Feenstra*, Fribours Suisse, 1985, 105 s.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

contratto. In D. 18, 1, 79 (lb. *5 post. Lab.*) Giavoleno riferisce questa impostazione e la supera (102), facendo valere la circostanza che il prezzo è stato determinato tenendo conto della clausola, il che giustifica l'esperibilità dell'*actio ex vendito*: tale soluzione rimase acquisita alla giurisprudenza posteriore, anche se nella stessa era prevalsa la visuale proculiana (103).

D'altro canto, a partire da Servio e Tuberone, non vi erano difficoltà ad ammettere che il venditore potesse farsi promettere, con un *pactum adiectum*, che il compratore si comportasse in un certo modo rispetto alla cosa venduta (104), quando il venditore stesso avesse un interesse economicamente valutabile a tale comportamento: ciò avveniva anche mediante clausole che imponevano al compratore il rispetto delle locazioni in corso concluse dall'alienante, il quale aveva l'*actio ex vendito* per farle valere, e la poteva eventualmente cedere alla parte interessata, disturbata dall'acquirente nel suo godimento (105). Un immediato interesse del venditore non sembra, invece, riscontrarsi nella clausola — ammessa come pacifica da Ulpiano — con cui il creditore pignoratizio si faceva promettere dall'acquirente che, mediante rifusione del prezzo pagato, il debitore oppignerante avrebbe potuto, probabilmente dentro un termine fissato, riscattare la cosa (106).

d) Altri problemi sorgevano poi nei rapporti fra *emptio venditio* e *locatio conductio*, per una serie di fattispecie in cui era dubbio se fosse integrata l'una o l'altra figura (107), od in cui le stesse s'intrecciavano, più o meno complicatamente, fra di loro. Di esse dà una relativamente ampia rassegna Gai 3, 145-147, ripreso in parte in D. 19, 2, 2, 1 (lb. 2 *rer. cott.*), ed in *I.* 3, 24, 3- 4.

Una lunga storia, che qui può essere soltanto accennata, è quella dei rapporti fra *emptio venditio* e *locatio conductio* in materia di concessioni agrarie perpetue (108), la *locatio in perpetuum*, l'*Erbpacht* della terminologia germanica: si trattava di concessioni che non erano revocabili, finché, come dice Gai 3, 145, il concessionario pagasse il canone, il *vectigal*. Il pagamento di un canone quale corrispettivo dell'uso avvicinava, ovviamente, la fattispecie alla *locatio conductio*, anche tenendo conto che — a favore del concessionario stesso — non era possibile che, neppure mediante il decorso del tempo, si venisse a trasmettere il *dominium ex iure Quiritium* (109). La definitività della concessione subordinata soltanto al regolare pagamento del canone, poteva, però, far pensare anche all'*emptio venditio*, riscontrando nella specie un'alienazione di una cosa soggetta ad un'imposta o ad un tributo: ed a questo riguardo non era senza influenza la circostanza che, non sappiamo precisamente in quale epoca, il concessionario aveva altresì la possibilità di esperire un'*actio in rem*, concessa dal pretore. Nel citato § 145, Gaio trattava del problema a proposito dei *praedia municipum*, dando la notizia della prevalenza della configurazione come *locatio conductio*.

Soprattutto nel mondo provinciale, il fenomeno era, senz'altro, molto più diffuso, e riguardava anche fondi dell'erario e del fisco, nonché degli altri patrimoni imperiali, donde trovano origine le figure del *ius emphyteuticarium* e del *ius*

---

(102) In ciò il giurista è stato, senz'altro, favorito dalla teorica sabiniana che non limitava al *dare pecuniam* l'obbligazione del compratore. Diversa è la fattispecie regolata in Iavol. 11 *epist.*, D. 19, 2, 21, dove si trattava del collegamento negoziale fra una vendita ed una locazione (su ciò cfr. anche *infra*, in questo paragrafo, lett. *g*).

(103) Cfr. Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 6, 1-2, dove si ribadisce, nel § 1, la soluzione di Nerat. 1 *resp.*, D. 19, 5, 6, nel senso che non v'è compravendita, se l'apparente "compratore" si assuma un'*obligatio in faciendo* (la *refectio* di un'*insula* del "venditore"), ma viene ammessa, nel § 2, la validità di un'*emptio venditio* in cui — oltre ad una somma di denaro — il compratore si impegni a ritrasmettere la *pars dimidia* dell'*insula* costruita nell'*area* venduta e trasmessa. V., altresì, Paul. 33 *ad ed.*, D. 19, 1, 21, 4; Iulian. 3 *ad Urs. Fer.*, D. 19, 1, 28, in cui un patto analogo è ulteriormente garentito da una *stipulatio poenae*.

(104) Per le clausole che riguardano, in senso favorevole o sfavorevole all'interessato, la sorte dello schiavo venduto, cfr. la letteratura citata in KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 562 nt. 80, nonché PETERS, *Die Rücktrittvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln-Wien, 1973, 188 ss.

(105) Servio e Tuberone sono citati in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 30, in cui il secondo arriva ad ammettere l'*actio ex empto* del compratore contro il venditore, qualora l'*inquilinus* si comportasse in modo scorretto. V., del resto, Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 19, 2, 25, 1, nonché Alex. Sev., C. 4, 65, 9 (del 231 d.C.). Su di ciò, TORRENT, *Exceptiones pactadas a la regla 'emptio tollit locatum'*, in *Temis*, 1967, 263 ss., con altra letteratura (per cui v. anche KASER, *op. cit.*, I, 567 nt. 44): *adde*, ad esempio, FRIER, *Tenant's Liability for Damage to Landlord's Property in Classical Roman Law*, in *ZSS.R.*, 1978, 253 ss.; v. anche TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 81.

(106) Cfr. Ulp. 38 *ad ed.*, D. 13, 7, 13 pr., che si basa sul parere di Giuliano e su *rescripta principum*, il che potrebbe mostrare una certa difficoltà incontrata da questa soluzione per affermarsi.

(107) Ma non risulta mai che i giuristi siano pervenuti a ritenere non integrata né l'una né l'altra fattispecie, con la conseguenza della cessazione della tutela giuridica e giurisdizionale come contratto nominato dell'accordo di specie.

(108) Per la letteratura, cfr. KASER, *op. cit.*, I, 455 nt. 1 e II, 308 nt. 1.

(109) Aspetto codesto che faceva escludere l'*emptio venditio* in Lab. *5 post. a Iavol. epit.*, D. 18, 1, 80, 3 (su cui, da questo punto di vista, cfr. *infra*, § 15 lett. *e*), il quale non è escluso potesse riferirsi proprio alla disputa sulla natura della concessione dei *fundi vectigales* da parte dei *municipia*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

perpetuum, tipiche del tardo-antico (110). La questione era, indubbiamente, resa più complessa dalla circostanza che, oltre alla trasmissibilità *mortis causa* ed a titolo universale, si ammise anche quella a titolo particolare, ed *inter vivos*, il che — assieme alla circostanza che, per i fondi fiscali ed erariali, era difficile distinguere tra canone d'affitto ed imposta — contribuiva, probabilmente, a non far considerare definitivamente sopita la questione. Non desta, dunque, meraviglia che nel periodo postclassico le dispute in questione fossero riprese a proposito, per l'appunto, del *ius emphyteuticarium* e del *ius perpetuum*, finché — con C. 4, 66, 1, dell'imperatore Zenone (emanata fra il 476 ed il 484 d.C.) — esse vennero definitivamente sopite, con la creazione di un particolare tipo di contratto, l'*emphyteseos contractus*, di cui parla *I.* 3, 24, 3, in cui si aggiorna Gai 3, 145, riferendo la disputa ai *praedia quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur*.

e) In Gai 3, 147 (111), il giurista riferisce di una disputa concernente il contratto con cui un artigiano s'impegnava a fabbricare, con materiale proprio (o comunque non fornito dal committente), determinate cose ad una controparte che s'obbligava, per conto proprio, a pagare un corrispettivo in *pecunia numerata*. Vi si ricordano tre soluzioni: nel senso della compravendita, adottata dalla maggioranza («*plerisque placuit*») e già propugnata da Sabino (112), in quello della locazione, ed una *media sententia* di Cassio, che vedeva vendita del materiale e locazione rispetto alle *operae* (113).

Non è esplicitamente attestato quale possa essere stata, in periodo tardo-repubblicano, la configurazione della fattispecie discussa in Gai 3, 147: a nostro avviso, l'opinione — ricordata da Gaio — che si trattasse di una *locatio conductio*, evidentemente *operis*, risaliva, per l'appunto, a giuristi di tale epoca, nella quale il caso qui trattato si inseriva in una più ampia cornice che toccava anche la cosiddetta *locatio operis* irregolare (114), nell'àmbito della quale non trovava rigorosa applicazione il principio espresso in Ulp. 2 *ad ed.*, D. 19, 2, 39: *non solet locatio dominium mutare* (115), circostanza che portava Q. Mucio e Servio ad ammettere la configurazione di una locazione irregolare sia nel contratto di trasporto che in quello d'opera (116).

Tale configurazione entrò in crisi, quando — agli inizi del I secolo d.C. — si procedette con maggior rigore, e non solo da parte proculeiana, alla delimitazione in un quadro più ampio delle singole fattispecie contrattuali: secondo D. 18, 1, 20 l'impulso per ciò sembra, però, essere venuto da un *responsum* di Sabino, che tendeva probabilmente a delimitare — in relazione alla opinione seguita dal giurista intorno al *pretium* e sulla *merces* nei rapporti con la *pecunia numerata* (117) — l'àmbito reciproco di vendita e di locazione, intendendo la prima come la figura generale in cui poteva rientrare lo scambio definitivo fra due cose (di cui eventualmente l'una poteva consistere in *pecunia numerata*), e la seconda come quella in cui rientrava la funzione di scambiare un *facere* contro una somma di denaro, ma anche contro un altro *facere* od un *rem dare*, diverso dal *pecuniam dare* (118).

---

(110) Su di esse cfr. KASER, *op. cit.*, II, 308 ss., con la letteratura ivi addotta.

(111) Da cui dipendono Gai. 2 *rer. cott.*, D. 19, 2, 2, 1 ed *I.* 3, 24, 4, ed a cui fanno eco Iavol. 11 *epist.*, D. 18, 1, 65; Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 18, 1, 20.

(112) Cfr. Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 18, 1, 20.

(113) È discusso in dottrina se si tratti per Cassio di una *locatio operarum*, così come sembra dire il tenore letterale del passo gaiano, o di una *locatio operis*: la prima alternativa è preferibile, più che per tale tenore, in base alla considerazione che — non essendo ancora avvenuto il trasferimento del materiale al committente — l'attività dell'artigiano continuerebbe ad essere svolta su cosa non di proprietà del committente stesso, mentre è evidente, per Cassio, l'intento di evitare critiche sia da questo punto di vista che da quello della rilevanza del principio *non solet locatio dominium mutare*, di cui si dirà immediatamente appresso nel testo. Su codesta problematica in generale, cfr. soprattutto THOMAS, *'Non solet locatio dominium mutare'*, in *Mélanges Ph. Meylan*, I, Lausanne, 1963, 340 ss.; TALAMANCA, *Per l'interpretazione*, cit., § 18-23 (ove ulteriore letteratura).

(114) E, cioè, che prevede da parte del locatore il trasferimento della proprietà di una cosa: su di essa, cfr., da ultimo, con ampia discussione di letteratura BENKE, *Zum Eigentumserwerb bei der 'locatio conductio irregularis'*, in *ZSS.R.*, 1987, 156 ss., su cui v. le nostre osservazioni (TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in *BIDR*, 1988, 913 ss.: sul tema cfr., del resto, già precedentemente ID., *La tipicità*, cit., 75 ss., e v. molto più ampiamente ID., *Per l'interpretazione*, cit., § 18-23).

(115) Principio che — a partire dall'inizio del periodo classico — stava indubbiamente alla base dell'esclusione sia della *locatio operis* irregolare stessa, sia dell'integrazione pura e semplice della *locatio conductio* nella fattispecie di Gai 3, 147.

(116) Cfr. i due passi fondamentali in materia, Pompon. 9 *ad Q. Muc.*, D. 34, 2, 34 pr. e Alf. 5 *dig. a Paul. epit.*, D. 19, 2, 31.

(117) Su questo profilo, v. *supra*, in questo paragrafo, lett. *b*.

(118) Si è già ricordato come Cassio si facesse portatore di una *media sententia* (risultata, però, perdente nell'àmbito della stessa scuola: cfr. Iavol. 11 *epist.*, D. 18, 1, 65), la quale si muove sempre nel senso indicato nel testo, perché volta ad evitare che il contenuto tipico del contratto di compravendita prevedesse per l'artigiano una prestazione *in faciendo*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Com'è stato sostenuto (119), la configurazione tardo-repubblicana nel senso della *locatio conductio* doveva esser ancora condivisa dai proculeiani, ma non sappiamo fino a quale periodo (120): nel II secolo d.C., con il venir meno della *magna quaestio* sul *pretium* e la *pecunia numerata*, sembra esser definitivamene prevalsa l'opinione di Sabino, codificata anche nella compilazione.

f) Ad una complessa fattispecie di collegamento negoziale si riferisce, infine, Gai 3, 146 (121): si tratta di una transazione per l'ingaggio di gladiatori (122), in cui — sul piano economico — si stabilisce che per i gladiatori usciti vivi, e sostanzialmente indenni (*integri*), verranno pagati venti e per gli *occisi aut debilitati*, mille denari. Non erano mancati dei *dissenting opinions*, di cui informa sempre Gaio (senza precisarne la portata), ma la soluzione ampiamente prevalsa (*placuit*) era nel senso che per gli *integri* v'era *locatio conductio*, per gli *occisi aut debilitati*, invece, *emptio venditio*, e che l'integrazione dell'una o dell'altra figura *ex accidentibus apparet*: e, a questo punto, il giurista precisa che vendita e locazione dovevano esser considerate come concluse sotto condizione.

Rispetto alla soluzione prevalsa, sorgono complicati problemi di costruzione dogmatica (123). Il richiamo al regime della condizione sembra esser fatto da Gaio soltanto per analogia (*tamquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione*) (124): l'interpretazione nel senso di un negozio realmente sottoposto a condizione sembrerebbe esclusa dal tenore letterale del passo (125). In materia negoziale, i giuristi romani non ignorano in effetti la possibilità di fattispecie a formazione progressiva diverse dal negozio condizionale, in cui v'è retroattività degli effetti una volta perfezionatasi la fattispecie stessa (126): sembrerebbe però strano che non ritenessero ricorrere, nel caso, una condizione, dato che la pendenza degli effetti del negozio dipende, per l'appunto, dalla volontà delle parti che modificano, in via accidentale, il contenuto del negozio (127).

D'altro lato, dovuto o meno al meccanismo della condizione, l'accertamento *ex post facto* se si fosse trattato alternativamente di locazione o di vendita lascia in sé scoperto il trattamento del negozio se nella fattispecie concreta non si pervenisse al fatto accertatore, il combattimento e l'esito dello stesso (128): si pensi al mancato verificarsi del combattimento dovuto ad una *fuga servorum* od alla morte accidentale prima del *ludus* (129), nonché all'inadempimento del contratto da parte del *locator-venditor*, che non trasferisca gli schia-

(119) Cfr., ad esempio, KASER, *op. cit.*, I, 548 nt. 33.

(120) Una perplessità al riguardo potrebbe sorgere da quanto dice Gai 3, 147: tenendo conto del dissidio fra Sabino e Cassio all'interno della scuola sabiniana, come poteva il giurista affermare che i *plerique* optavano per la soluzione nel senso dell'*emptio venditio*, se i proculeiani avessero concordemente seguito l'ipotesi della *locatio operis*?

(121) Oltre all'altra letteratura addotta in KASER, *op. cit.*, I, 565 nt. 24, sul passo cfr., da ultimo, PRICHARD, *Sale and Hire*, in *Studies in the Roman Law of Sale Dedicated to the Memory of F. de Zulueta*, Oxford, 1959, 1 ss.; CALONGE, *Considerazioni a proposito di Gai. 3, 146*, in *Bollettino informativo dell'Istituto giuridico spagnolo in Roma*, 1965, 18 ss.; MASI, *Studi sulla condizione in diritto romano*, Milano, 1966, 150 ss.; THOMAS, *Gaius and the Gladiators*, in *Temis*, 1967, 150 ss.; GUARINO, *I 'gladiatores' e l'"auctoramentum"*, in *Labeo*, 1983, 7 ss.; ID., *Il «leasing» dei gladiatori*, in *Index*, 1985, 461 ss.; PARICIO, *Una observación sobre Gai 3. 146*, in *Estudios en homenaje de J. Iglesias*, II, Madrid, 1988, 993 ss. (su cui cfr. TALAMANCA, *Pubblicazioni*, cit., 816). In questi autori, altra letteratura.

(122) Non è da entrare qui, nel problema, se si tratti di gladiatori schiavi o possano esservi compresi anche *auctorati* liberi: per quest'ultima soluzione, cfr. DILIBERTO, *Ricerche sull'"auctoramentum" e sulla condizione degli 'auctorati'*, Milano, 1981, 55 ss., nonché GUARINO, *Il «leasing»*, cit., 463 s.: *contra*, ad esempio, BISCARDI, *Nozione classica ed origine dell'"auctoramentum"*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, IV, Milano, 1956, 122. In ogni caso, se si ritiene che gli *auctorati* possano esser oggetto della transazione di cui a Gai 3, 146, ciò deve riportarsi ad una loro condizione assimilata, sotto questo aspetto, a quella degli schiavi.

(123) A parte l'innegabile effetto retroattivo del fatto acclarante, sia esso da qualificare condizione o meno, su cui cfr., soprattutto, MASI, *lc. cit.*, con ampia discussione di letteratura, e THOMAS, *op. ult. cit.*, 154 s., nonché le nostre precisazioni (TALAMANCA, *'Alia causa' e 'durior condicio' come limite dell'obbligazione dell'"adpromissor"*, in *Studi in onore di G. Grosso*, III, Torino, 1970, 147 nt. 63).

(124) Su codesto profilo insiste, da ultimo, THOMAS, *op. ult. cit.*, 155 s.

(125) Essa presupporrebbe un improbabile valore causale di *tamquam*.

(126) Ad esempio, in materia di *traditio* o *mancipatio* al *servus fructuarius*, su cui v., per tutti, GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino, 1958, 205 ss.

(127) Ove le difficoltà sorgessero per il particolare contenuto della *condicio*, allora la soluzione rigorosa doveva essere nel senso che la pendenza divisata in quanto raggiungibile soltanto mediante il meccanismo della condizione non poteva verificarsi (ma bisogna tener conto al riguardo dell'influenza che poteva esercitare il metodo topico e casistico dei *prudentes*). Tengono conto delle difficoltà cui poteva andar incontro il meccanismo condizionale quelle ipotesi che costruiscono il negozio come locazione, con responsabilità aggravata per i *gladiatores occisi aut debilitati*: così KRÜCKMANN, *Periculum emptoris*, in *ZSS.R.*, 1940, 61 ss., che parla di una «*Versicherungshaftung*»; PARICIO, *lc. cit.* (a quanto sembra indipendentemente dal primo): ma, a dir il vero, la costruzione come negozi concorrenti è esplicitamente contenuta nel testo di Gaio.

(128) Su ciò ha richiamato particolarmente l'attenzione il PRICHARD, *op. cit.*, 3 ss., la cui soluzione — la transazione avveniva soltanto mediante reciproche *stipulationes* — non è, però, soddisfacente (cfr. THOMAS, *op. ult. cit.*, 152).

(129) Ma anche all'infortunio del *gladiator* che gli impedisca di partecipare al *ludus* stesso.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

vi (130). Qui la soluzione di Gaio lascia in asso (131): e si può comprendere come nella dottrina moderna si sia pervenuti a costruzioni che considerano comunque conclusa una locazione di tutti gladiatori (quale sia per ognuno l'esito del combattimento), e lasciano intervenire la vendita soltanto per quelli *occisi aut debilitati* (132), per i quali la locazione dovrebbe considerarsi sottoposta a condizione risolutiva (133).

È probabile che le difficoltà che si è posta la dottrina moderna derivino dalla circostanza che, non senza giustificazioni, essa ha ritenuto che tutta la disciplina giuridica della complessa transazione sui gladiatori andasse ricavata dall'opinione indicata da Gaio come prevalente. Non è, invece, escluso che codesta teoria servisse soltanto per regolare la situazione nel caso (134) che gli avvenimenti si fossero svolti regolarmente (e soprattutto che il combattimento fosse avvenuto, senza che si fossero verificati in precedenza fatti particolari), trattandosi, dunque, soltanto di contare gli *integri* e gli *occisi aut debilitati*, per sapere di quanti gladiatori fosse stata fatta vendita, di quanti locazione: se per il periodo antecedente al combattimento si fossero verificati degli accadimenti che necessitavano di una disciplina giuridica, con ogni probabilità i *prudentes* satebbero ricorsi ad altri mezzi giudiziari, che presupponevano non ancora risolta la pendenza fra i due tipi di contratto (135).

g) Vi sono altri casi di concorso fra vendita ed altre figure contrattuali, fra cui ancora la locazione. Per mettere la cosa a disposizione del compratore prima che fosse stato pagato il prezzo (136), evitando, però, gli effetti traslativi della *traditio* (sia sul piano della proprietà che su quello del possesso), si usava (137) procedere ad una consegna a titolo di precario, quando non si voleva ricavare da ciò un corrispettivo, e — nel caso opposto — a titolo di locazione (138). In ordine a quest'ultima possibilità, a parte Iavol. 7 *ex Cass.*, D. 18, 6, 17 (139), la locazione s'intreccia con la vendita nella catena formata da Paul. 34 *ad ed.*, D. 19, 2, 20, 2 e *eod.*, 22 pr., fra cui i compilatori inseriscono Iavol. 11 *epist.*, D. 19, 2, 21 (140):

(130) Su questi problemi cfr. Beseler, *Einzelne Stellen*, in *ZSS.R.*, 1927, 357 (per cui bisognerebbe agire con una *demonstratio* che si rifarebbe alternativamente alla vendita od alla locazione, il che sembra scarsamente plausibile, a meno di pensare a qualcosa di analogo all'*agere praescriptis verbis*, su cui v. *infra*, nt. 135): v., del resto, anche Thomas, *op. ult. cit.*, 158, nonché Prichard, *op. cit.*, 5 s., sotto il profilo, però, del « *withdrawal* », che non è del tutto preciso.

(131) E lo stesso vale per l'eventuale responsabilità del fornitore dei gladiatori in ordine alle capacità professionali degli stessi, su cui — a ragione, almeno in astratto — richiama l'attenzione il Prichard, *op. cit.*, 4 s.

(132) Calonge, *op. cit.*, 23. In senso contrario, v. già Solazzi, *Saggi di critica romanistica* (1947), ora in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1963, 650 ss.

(133) Così Calonge, *lc. ult. cit.* (il quale, in omaggio ad una nota tendenza metodologica in materia di condizione — sulla quale cfr., per tutti, Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 249 ss. — parla di «patto di risoluzione sottoposto a condizione sospensiva»): v., del resto, Gatti, *Il 'pactum displicentiae' nella vendita a prova e il contratto di « leasing » nel diritto romano*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, V, Milano, 1984, 292 (articolo non troppo informato sul versante giusromanistico, in cui il paragone con il *leasing* è l'espressione di una diatesi modernizzante, che non giova però alla comprensione della realtà romana). Se, con il Calonge, si riconosce però che, con il verificarsi della condizione — retroattivamente operante — della vendita, la locazione s'intende mai esistita, sorgerebbero difficoltà in ordine a quegli effetti che la locazione stessa può aver avuto nel periodo intermedio.

(134) Il quale doveva essere, del resto, nettamente prevalente dal punto di vista statistico.

(135) Si veda, in un caso analogo, la problematica discussa — a partire da Labeone — in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 5, 20 pr.-2, in tema di *pactum displicentiae* (nonostante il rapido accostamento fra il caso dei gladiatori ed il *pactum* in questione, ciò non è visto dal Gatti, *op. cit.*, *passim*): il giurista augusteo avrebbe potuto, senz'altro, in un caso del genere proporre il suo *agere praescriptis verbis* (su cui cfr., per tutti, Talamanca, *Per l'interpretazione*, cit., § 13-17).

(136) Da questo punto di vista si ricade nella questione, estremamente discussa in dottrina, se l'esecuzione dell'obbligazione di *tradere possessionem* da parte del venditore producesse o meno, prima del pagamento del prezzo, l'acquisto della proprietà — civile o bonitaria — della cosa trasferita: a nostro avviso, è nettamente preferibile, almeno per la proprietà civile, la soluzione che nega l'esistenza di questo requisito (ribadita da ultimo soprattutto dall'Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 276 ss.): per un recente *status quaestionis*, cfr. Marrone, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, II, cit., 483 ss.

(137) Su questa prassi cfr., da ultimo, con ampia citazione di letteratura Menner, *Dogmengeschichtliches und Dogmatisches zum Eigentumsvorbehalt*, in *ZSS.R.*, 1988, 729 ss.

(138) Si tratta di pattuizioni generalmente connesse con la *lex commissoria* (così è sicuramente per la generica C. 4, 54, 3, di Alessandro Severo); Ulp. 3 *resp.*, D. 43, 26, 20, invece, afferma che il venditore potrà riavere la cosa, allorché sia dipeso dal compratore il mancato — totale — pagamento del prezzo: ciò non significa che il venditore non possa far cessare, a suo piacimento, il rapporto di precario sulla base della disciplina di quest'ultimo, ma che ne sarà tenuto eventualmente responsabile in base a quello di compravendita.

(139) Che riguarda uno schiavo e non pone problemi di collegamento negoziale: il passo rileva in relazione al problema della ripartizione del rischio, per cui cfr. *infra*, § 27 lett. *e*.

(140) V., soprattutto, Daube, *Tenancy by Purchaser (Digest 19. 2. 31)*, in *The Cambdridge Law Journal*, 1948-1950, 77 ss.; Id., *'Si .. tunc' in D. 19.2.22 pr. Tenancy of Purchaser and 'lex commissoria'*, in *RIDA*, 1958, 427 ss.; Thomas, *Tenancy by Purchaser*, in *Iura*, 1959, 103 ss., e, da ultimo,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

si tratta della vendita di un fondo, in cui — finché il prezzo non venga pagato — lo stesso viene trasmesso immediatamente al compratore a titolo di locazione, il che fa sorgere il problema del collegamento negoziale tra i due contratti (141).

Al di là di alcune inutili complicazioni nella dottrina moderna, si riesce, forse, a delineare le linee fondamentali del pensiero dei giuristi al proposito. Nei passi di Paolo, in cui la vendita è sottoposta a *lex commissoria* (142), si contrappone la posizione del venditore-locatore, che non resta obbligato *ex locato* (143), a quella del compratore-conduttore obbligato in base alla locazione, oltre che al pagamento del prezzo in virtù della compravendita; e, verificatasi la *lex commissoria* (144), l'*actio locati* aveva, anzitutto, ad oggetto il pagamento del canone stabilito. Nel caso discusso da Giavoleno è dubbio se fosse stata convenuta una *lex commissoria* (anche se la soluzione affermativa è la più probabile), ma il corrispettivo per la locazione, versato in una *stipulatio*, era stato fissato unitariamente, tenendo conto del tempo massimo accordato per il pagamento del prezzo (145): il compratore aveva pagato prima della scadenza (146), e si poneva il problema delle sorti della *stipulatio* avente ad oggetto il canone d'affitto; la risposta è nel senso che l'obbligazione così assunta va rispettata nel più ampio quadro offerto dal collegamento negoziale, e che quindi il canone è dovuto *pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset*, e cioè fino all'adempimento dell'obbligazione di pagare il prezzo (147).

b) Complessa è la fattispecie discussa in Afric. 8 *quaest.*, D. 17, 1, 34, 1, dove s'intrecciano mandato e vendita, in una fattispecie in cui Ego dà a Tu, coerede in una successione ereditaria, il mandato di comperare un fondo appartenente alla detta successione; al di sotto dell'apparente unità del negozio, il giurista propende a distinguere due differenti contratti: un mandato a Tu ad acquistare le *partes* dei coeredi, ed una compravendita fra Ego e lo stesso Tu, per la parte di quest'ultimo, sottoposta, a quanto sembra, alla condizione che egli riesca ad acquisire le *partes coheredum* (148). Il collegamento negoziale viene qui raggiunto in sede d'interpretazione integrativa, configurando come condizionale l'*emptio venditio* fra Ego e Tu: e, ad ogni modo, il giurista ritiene che — anche configurando come mandato quest'ultimo rapporto — il regime sostanziale delle obbligazioni di Tu sarà, per questo verso, quello della compravendita.

Eckardt, *Iavoleni Epistulae*, Berlin, 1978, 46 ss.: in questi autori altra letteratura.

(141) Nonostante l'evidente connessione, sul piano pratico, e l'eventuale incorporazione, su quello formale, nel complessivo assetto della compravendita, la *locatio conductio* ha, in questo caso, una sua specifica autonoma esistenza, che porta all'esperibilità delle relative azioni contrattuali.

(142) Ciò si ricava, inequivocabilmente, dalla *l.* 22 pr. Su questa clausola condizionale, che subordina — in senso sospensivo o risolutivo — l'efficacia del contratto all'avvenuto pagamento del prezzo, cfr. soprattutto Peters, *op. cit.*, 50 ss. (su cui v. Talamanca, *Recensione* a Peters, *op. cit.*, in *Iura*, 1973, 364 ss.).

(143) Non è facile accertare la portata di questa affermazione nei rapporti fra i due contratti: l'impostazione di Paolo s'inquadra nella caratteristica disciplina della locazione romana, in cui il conduttore non ha una protezione, sul piano possessorio, nei confronti del locatore (cfr., per tutti, Kaser, *op. cit.*, I, 567 s.; Talamanca, *Istituzioni*, cit., 594 s.), e il conduttore, privato illegittimamente della cosa, può esercitare solamente l'*actio conducti*. Nella *l.* 20, 2 si esclude anche questa responsabilità, il che può significare due cose: o che — con riguardo alla locazione — il conduttore-compratore non era, in alcun modo, tutelato; o che egli lo era, ma in base al rapporto di compravendita, cui la locazione stessa si coordinava. Personalmente opteremmo per la seconda soluzione, anche in base alla quale comunque il venditore-locatore viene ad assumere una posizione più forte: essendo la locazione subordinata alla vendita, nell'*actio empti* si poteva tener più facilmente conto di tale condizionamento (si pensi, fra l'altro, alla circostanza che tale azione non poteva esser iniziata che previa l'offerta del prezzo stesso: cfr. *infra*, § 14 lett. *e*). A parte la corresponsione di un corrispettivo, si veniva così ad avere una situazione analoga a quella che si verificava quando la cosa venduta fosse stata concessa in precario all'acquirente, nel qual caso il venditore-concedente poteva esercitare contro l'acquirente l'*interdictum de precario* o, comunque, spossessarlo; per far valere una sua eventuale responsabilità, che non poteva comunque sussistere sulla base del rapporto di *precarium*, il compratore faceva ricorso, ove possibile, all'*actio empti*.

(144) Date le condizioni in cui è giunto il testo di Paolo, a seguito dell'intervento dei compilatori provocato anche dalla necessità di organizzare la catena di passi, non crediamo si possa applicare il criterio dell'*inclusio unius, exclusio alterius* (sempre pericoloso, stante il metodo casistico dei *prudentes*), e sostenere che l'*actio locati* fosse esperibile soltanto quando la compravendita si fosse risolta per effetto della *lex commissoria*: un preciso spunto al riguardo si ha nella *l.* 21 di Giavoleno, anche se può immaginarsi in astratto un diverso scenario, in cui tale canone andrebbe versato soltanto in seguito all'inadempimento del compratore ed alla risoluzione della vendita (perché, ad esempio, le parti hanno fissato l'ammontare del prezzo tenendo conto dell'immediata consegna della cosa e della dilazione nel pagamento del corrispettivo).

(145) Esattamente, sui due punti, Eckardt, *op. cit.*, 47.

(146) Perché il termine era stato posto nel suo esclusivo interesse (il che sarebbe stato comunque da presumersi).

(147) Ché altrimenti il venditore-locatore avrebbe un doppio lucro rispetto alla cosa venduta rispetto allo stesso periodo di tempo: il godimento del prezzo pagato e il canone d'affitto. Data la forma stipulatoria, era qui da pensarsi ad un'*exceptio doli* concessa all'acquirente-conduttore.

(148) Il che viene discusso anche in relazione alla trasmissibilità del rapporto, possibile per la compravendita, impossibile nel mandato.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

i) Lo scopo negoziale perseguito con la compravendita è essenzialmente antagonista a quello che si intende realizzare mediante una donazione. Nelle fonti è posto, ciò nonostante, il problema della disciplina della vendita effettuata *donationis causa*, ma le stesse non permettono di rendersi conto in tutte le particolarità del modo di pensare dei *prudentes* al proposito (149). In una serie di passi in cui ricorre codesta terminologia sembrerebbe trattarsi di un fenomeno analogo alla simulazione (150), in cui il prezzo è determinato soltanto fittiziamente (151): esclusa quindi l'esistenza di qualsiasi corrispettivo, il negozio viene trattato come una donazione, anche ai fini della problematica della *perfectio* (152).

Diversa è la situazione quando la vendita avvenga ad un prezzo inferiore a quello reale. La fattispecie è particolarmente discussa in relazione al noto divieto delle donazioni fra coniugi (153): al di fuori di esso una tale transazione era senza alcun dubbio valida ed efficace come vendita (154), in base al principio per cui, in epoca classica, è lasciato alle parti di determinare liberamente l'ammontare del prezzo (155). Nell'àmbito, invece, delle *donationes inter virum et uxorem*, si pone il problema dell'efficacia della vendita così effettuata. Si può, già ad una prima lettura, enucleare a questo riguardo più d'una tendenza nella giurisprudenza. Quella propria di Giuliano, ed apparentemente seguita ancora da Ulpiano, era per la nullità totale della vendita, da considerarsi avvenuta *donationis causa* a causa del prezzo inferiore al reale (156). Pomponio e Nerazio, invece, separavano (157) — nel *negotium mixtum cum donatione* — i due aspetti, salvando la validità e l'efficacia della vendita. Entrambi i giuristi si pongono dal punto di vista del contratto già eseguito (158): Nerazio sembra ammettere il trasferimento della proprietà, salvo a ritenere il coniuge acquirente responsabile nei limiti dell'arricchimento (con l'*actio in id quod locupletior factus est*); Pomponio, invece, riteneva avvenuto il trasferimento stesso proporzionalmente al prezzo realmente pagato.

Altro problema è di vedere quando si possa riconoscere, in una data fattispecie, il *negotium mixtum cum donatione*. In Pompon. 14 *ad Sab.*, D. 24, 1, 31, 3 sembra esser decisivo il profilo soggettivo (159); ed è evidente che non può rilevare al proposito una semplice differenza tra il prezzo pagato e quello effettivo (160): può darsi che la decisione fosse, di volta in volta, condizionata dalle particolari caratteristiche della fattispecie.

3. *La vendita come contratto consensuale.* — *a*) Si è già visto come la vendita consensuale romana origini (161) dalla prassi contrattuale tutelata dal *praetor peregrinus* in relazione al commercio internazionale: nella giurisprudenza classica e nella cancelleria imperiale fino a Diocleziano il carattere consensuale ed obbligatorio della com-

(149) Il quale poteva, in un argomento così delicato e controvertibile, variare non poco da giurista a giurista.

(150) Un preciso accenno ad un *simulatus contractus* compare, in effetti, in Diocl. et Max., C. 4, 38, 3 (del 286-293 d.C.), in cui si parla altresì di un'immissione in possesso *sub specie venditionis causa donationis*.

(151) Cfr. l'impostazione di Ulp. 43 *ad ed.*, D. 18, 1, 36, in cui si parla di determinazione del prezzo senza l'intenzione di esigerlo, escludendo la vendita. Oltre a C. 4, 38, 3 (già citata *supra*, nt. 150), v. anche Diocl. et Max., C. 4, 38, 9 (del 294 d.C.), ed *a contrario* — degli stessi imperatori e del medesimo anno — C. *eod.*, 8. Ancora più generico Hermog. 2 *iur. epit.*, D. 41, 6, 6.

(152) Integrata mediante la trasmissione del possesso della cosa, ancorché quest'ultima sia, all'apparenza, avvenuta a scopo di vendita e non di donazione.

(153) Su codesta problematica cfr., per tutti, MISERA, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln-Wien, 1974, 120 ss. Analogamente doveva essere trattato il *negotium mixtum cum donatione* in altri casi dove si aveva un divieto di attribuzioni a titolo gratuito, come nel caso di donazioni al *proconsul* esplicitamente vietate dalla *lex Iulia repetundarum* (Paul. 54 *ad ed.*, D. 48, 11, 8, 1).

(154) Cfr. specificamente in tal senso Ulp. 7 *disp.*, D. 18, 1, 38.

(155) Sulla problematica del *pretium iustum*, cfr. *infra*, § 13 lett. *e-g*.

(156) Cfr. Ulp. 32 *ad Sab.*, D. 24, 1, 5, 5, e 7 *disp.*, D. 18, 1, 38: non è decisivo al proposito Ulp. 31 *ad Sab.*, D. 24, 1, 7, 6 (vi si dichiara infatti la totale nullità di una *venditio donationis causa*, ma senza alcuna ulteriore precisazione sulla struttura della fattispecie); né molto può ricavarsi da Ulp. 33 *ad Sab.*, D. 24, 1, 32, 16, dove — presupposta la nullità in termini imprecisati — si dichiara ammissibile la convalescenza *ex senatusconsulto*. Nella *l.* 5, 5, però, dopo aver ricordato l'opinione di Giuliano, Ulpiano non prende — a livello del testo attuale — posizione in senso contrastante alla diversa opinione di Nerazio, che egli cita apparentemente in modo adesivo; d'altro lato, la parte finale della *l.* 38 dà l'impressione di essere stata raccorciata (si tenga conto che il testo è tratto da un'opera, le *Disputationes*, dove si doveva far largo spazio al *ius controversum*). Nulla al proposito si può ricavare, *a contrario*, da Diocl. et Max., C. 4, 38, 6 (del 293-294 d.C.).

(157) Rispettivamente in D. 24, 1, 5, 5 e *eod.* 31, 3, già citati.

(158) Onde non possiamo sapere quale sarebbe stata la disciplina di un'*emptio venditio* consensuale, in cui l'una o l'altra parte agisse per l'esecuzione: la fattispecie, però, potrebbe apparire, nel particolare contesto, di importanza marginale.

(159) Dato che vi si afferma la possibilità per il coniuge di vendere validamente ad un prezzo inferiore al valore di mercato, purché ciò non avvenga *donandi animo*.

(160) Soprattutto quando si opti per la soluzione rigorosa della completa nullità del negozio, seguita da Giuliano.

(161) Come schema concettuale (v. *supra*, § 1 lett. *i*).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

pravendita romana si è mantenuto sostanzialmente inalterato anche a fronte dei tentativi dei *novi cives* abitanti nelle province di far prevalere i princìpi ivi correnti sul trasferimento della proprietà a causa di vendita, che, soprattutto nelle regioni a cultura greca od ellenizzata, erano profondamente diversi dall'impostazione romana (162).

Su molti aspetti della consensualità, i giuristi classici non insistono in modo particolare: oltre al collegamento fra il *consensu contrahere obligationem* e la circostanza che si tratti di un'*obligatio iuris gentium* (163), si riscontrano alcune rapide notazioni sulle conseguenze della consensualità stessa (164). Anzitutto sul modo in cui può concludersi il contratto basato sul consenso: in Gai 3, 136 (165), per tutti i contratti consensuali esplicitamente ricordati nel precedente § 135 (e, quindi, anche per l'*emptio venditio*), si sottolinea — in relazione a tale caratteristica strutturale ed in contrapposto con la *verborum obligatio* — la possibilità di concludere il contratto *inter absentes*, o per lettera o *per nuntium* (166); in Gai. 12 *ad ed. prov.*, D. 26, 8, 9, 6 si fa l'ovvia constatazione che la libertà di forme vale anche per l'*auctoritas tutoris* (167). Al contrapposto con la *stipulatio* deve riportarsi anche l'affermazione di Pauli *sent.* 2, 17, 10, in cui si ribadisce la possibilità che il muto concluda il contratto consensuale. E sono sempre le formalità dell'*obligatio verbis contracta* ad esser giustapposte alla compravendita in Paul. 12 *ad Sab.*, D. 45, 1, 35, 2, in cui si fa risaltare che, mancando tali formalità, residua sempre l'integrazione dell'*obligatio consensu contracta* (168). In Scaev. 2 *resp.*, D. 21, 2, 12 si discute, infine, di un caso dove il consenso di alcuni fra i venditori doveva essere desunto da un comportamento concludente (169).

b) Congiuntamente a quello della obbligatorietà (170), il profilo della consensualità distingueva in modo nettissimo l'*emptio venditio* romana rispetto alla disciplina del contratto nelle altre esperienze giuridiche del mondo classico. È proprio su questo connotato che s'incentra la descrizione della conclusione del contratto data in Gai 3, 139, ripreso immutato nella prima parte di *I.* 3, 23 pr. (171), la quale trova eco, del resto, in un altro passo dello stesso giurista (Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 1, 35 pr.) (172). In questi passi, Gaio enucleava (173), dal punto di vista strutturale, le principali differenze tra la concezione romana della compravendita e quella vigente nell'area culturale greca (174) rispetto alla rilevanza dell'ac-

(162) Su ciò, per gli sviluppi nell'impero, v. anche *infra*, § 28 lett. *a*.

(163) Che si è già visto *supra*, § 1 lett. *i*.

(164) Non è tale quella di Diocl. et Max., C. 4, 38, 2 (del 286 d.C.), in cui dall'esser la compravendita un contratto consensuale si ricava la conseguenza della nullità del contratto concluso dal pazzo, dato che quest'ultimo non può validamente porre in essere alcun negozio: altro problema è, per la costituzione di Diocleziano, se possa collegarsi al carattere consensuale del contratto (ed alla connessa tutela della *bona fides*) la considerazione dell'*intermissio*, e cioè dei lucidi intervalli (su cui cfr., per tutti, KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 278); si noti, però, che ci troviamo in un periodo relativamente tardo, quando la portata, in positivo, di questi ultimi doveva essersi già abbastanza estesa.

(165) Il passo è ripreso, con varianti formali, in Gai. 3 *inst.*, D. 44, 7, 2 pr., ed in *I.* 3, 22, 2.

(166) Su questa figura, cfr. KASER, *op. cit.*, I, 262; TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 265.

(167) Ma il passo potrebbe esser accorciato, perché la fattispecie discussa nella prima parte apparirebbe alquanto diversa da quella trattata nella sezione finale, la quale inizia invece con un *veluti*. Non è, con tutta probabilità, genuino neppure l'accenno alla documentazione scritta dell'*auctoritas* (cfr. già l'*Index interpolationum, ad h.l.*), la quale è completamente fuor di luogo nel contesto, e ricorda la dicotomia fra l'*emptio in scriptis* e *sine scriptis* giustinianea (v. *infra*, § 29).

(168) Sul passo, da questo punto di vista, v. anche *supra*, § 1 lett. *e*.

(169) Si trattava di una compravendita di una cosa comune da parte dell'*heres ex semisse* alla quale avevano assistito, senza dissentire, gli altri coeredi: il silenzio veniva valutato, tenuto conto delle circostanze del caso, come comportamento concludente, che produceva la responsabilità dei coeredi stessi per l'evizione in base all'*actio ex empto*. Sul passo cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 89, che non può esser seguito nell'affermazione, almeno apparentemente fatta, che la percezione successiva da parte dei coeredi della quota del prezzo loro spettante potrebbe valere come comportamento concludente, ché in essa potrebbe cogliersi solo una ratifica per gli effetti dell'atto di trasmissione, la quale non rilevava ai fini dell'integrazione della fattispecie obbligatoria.

(170) A ciò si è già accennato *supra*, § 1 lett. *a*.

(171) Dove la sola sostituzione di «*simulatque*» al posto di «*cum*», nella frase «*cum de pretio convenerit*», rafforza, se si vuole, l'accentuazione gaiana. Sulla seconda parte di *I.* 3, 23 pr., che espone invece il regime giustinianeo, cfr. *infra*, § 29 lett. *h-i*.

(172) In Ulp. 1 *ad Sab.*, D. 18, 1, 2, 1 si sottolinea invece esclusivamente la necessità della *conventio pretii* a fronte dell'irrilevanza della *numeratio* dello stesso: il passo è stato interpolato da Giustiniano per riferirlo — come era necessario nel sistema introdotto con C. 4, 21, 17 — alla *venditio sine scriptis* (su cui cfr. *infra*, § 29).

(173) Cfr., con letteratura, TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano, 1953, 69 s.; v. anche, con altra letteratura, GORIA, *Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista* (Atti del Convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore del prof. Silvio Romano), Milano, 1981, 244 s., con apprezzabile prudenza sulla prospettiva comparatistica.

(174) Usando questa espressione, non vogliamo, di certo, aderire all'ipotesi unitaria rispetto all'esperienza giuridica greca: lo *status quaestionis* in TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, in BRETONE e TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Bari, 1981, 5 ss. Non v'è dubbio, però, che — almeno dal punto di vista della regolamentazione della compraven-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

cordo fra le parti e del riferimento specifico della terminologia che fa capo alla vendita ed alla compera: secondo Gaio, nel diritto romano il consenso (175) dà luogo al sorgere dell'*obligatio consensu contracta*, senza bisogna che sia pagato il prezzo o data un'arra (176).

Si tratta di un aspetto in cui la vendita consensuale ed obbligatoria romana differisce essenzialmente dal regime generalmente vigente nell'esperienza greca (177), dove in linea di principio (178) l'accordo delle parti sullo scambio della cosa contro il prezzo non produceva, da solo, effetti giuridici: tale accordo poteva essere alla base della compravendita ad effetti reali, il negozio a cui, in linea di massima, si riferiscono le varie terminologie greche che esprimevano la funzione socio-economica — scambio della cosa contro il prezzo — del vendere e del comperare (179), e di cui il momento perfezionatore veniva trovato nel pagamento del prezzo da parte del compratore (a parte la pubblicità, diremmo noi costitutiva, per i trasferimenti immobiliari e forse degli schiavi) (180); tale accordo poteva stare altresì alla base della dazione di un'arra, configurata quale anticipo sul prezzo (181), il cosiddetto "contratto arrale", per il quale, nella terminologia greca, tendenzialmente non si impiegano le espressioni adoperate per la vendita, e che — pur creando un vincolo delle parti al futuro scambio della cosa contro il prezzo — ha struttura ed effetti fondamentalmente diversi da quelli dell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria romana: esso non dà luogo infatti ad una responsabilità delle parti nel limite dell'*id quod interest* (fatta valere con un'azione di adempimento), ma la parte che non esegue il contratto resta responsabile nei limiti dell'arra consegnata, dovendo chi ha ricevuto l'arra restituirla raddoppiata, e chi l'ha data perderla (182).

Nel passo di Gaio il contrapposto fra l'impostazione romana ed il regime greco della compravendita e del contratto arrale è puntuale (183), e

---

dita — vi siano motivi generali di fondo che traversano orizzontalmente i vari ordinamenti greci, a prescindere dall'accentuata uniformità degli stessi nel periodo ellenistico.

(175) Identificato dall'accordo sul prezzo, ché in effetti un prezzo può aversi soltanto rispetto ad una cosa determinata (mentre una cosa può avere molti prezzi).

(176) Così Gai 3, 139 (= *I.* 3, 23 pr., nella parte iniziale). Sotto un profilo parzialmente diverso ma altrettanto puntuale, in D. 18, 1, 35 pr. il giurista dice che l'arra non vien data, perché senza di essa la *conventio* non potrebbe esplicare i propri effetti, ma soltanto a ulteriore riprova dell'accordo sul prezzo: si tratta della cosiddetta arra probatoria (o confirmatoria).

(177) Per la quale cfr., per tutti, PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950: si tratta di un'opera fondamentale, dovuta ad un impegno di ricerca sul tema durato per tutta la vita (e iniziato con la tesi di dottorato *Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht*, Leipzig, 1916). Nonostante che l'impostazione dell'indagine sia prevalentemente nel senso di quell'unità del diritto greco nello spazio e nel tempo, risalente a Ludwig Mitteis (maestro dell'autore), e che nell'insieme ciò influisca in senso non positivo sull'opera, i risultati raggiunti nell'analisi dei singoli contesti documentali rimangono acquisiti alla nostra scienza, né sono scalfiti dalle critiche del FINLEY, *Some Problems of Greek Law*, in *Seminar*, 1951, 72 ss., le quali — valide sul punto dell'unità del diritto greco — spesso manifestano le evidenti difficoltà di questo autore, come in genere degli storici generali o dell'economia, nella comprensione dell'aspetto giuridico dei problemi (il che, in una visione globale, si risolve poi in una meno adeguata comprensione della fenomenologia studiata anche dal punto di vista non giuridico).

(178) Questo è il risultato, vorremmo dire, definitivo raggiunto dal PRINGSHEIM, *The Greek Law*, cit. (e che era già chiarissimo nel 1916 in ID., *Der Kauf mit fremdem Geld*, cit.): questa constatazione non può, però, far velo sulla circostanza che tale risultato non ha la rigidità dogmatica, che tendenzialmente gli attribuiva l'illustre storico e giurista, condizionato da una generale impostazione degli studi giusantichistici che — ancora per gli studiosi formatisi all'inizio del secolo — era più o meno venata da un sostanziale "giuspositivismo": su di ciò cfr. TALAMANCA, *Diritto romano*, in *Cinquant'anni d'esperienza giuridica in Italia* (Atti del Convegno di Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981), Milano, 1982, soprattutto 680 ss., rigidità la quale sarebbe del resto incomprensibile in una cultura come quella greca in cui manca l'elaborazione di una scienza del diritto positivo (su ciò cfr. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, cit., 19 ss.).

(179) E, cioè, principalmente «*priámai*», «*prâsis*», «*apodídomai*», per vendere, e «*ōnoúmai*», «*ōné*», «*agorázō*», «*agorasía*» per comperare.

(180) Cfr. la fondamentale analisi del PRINGSHEIM, *The Greek Law*, cit., 157 ss. e 190 ss.

(181) Per l'arra in relazione alla compravendita nell'esperienza greca, cfr. PRINGSHEIM, *op. ult. cit.*, 333 ss., nonché TALAMANCA, *L'arra*, cit., 3 ss. e 21 ss.

(182) Questo è il regime che, definitivamente assestatosi nel periodo ellenistico, si fonda su quello che i documenti dell'Egitto greco-romano chiamano il «*nómos tôn arrhabónōn*» (cfr. PRINGSHEIM, *op. ult. cit.*, 380 ss.; TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 36 s.). In periodo più antico, la penalità per chi aveva ricevuto l'arra era fissata in misura variata: cfr., al riguardo, il noto frammento delle *Leges* di Teofrasto riportato in Stob. *anth.* 44, 22, p. 129, lin. 19-p. 130, lin. 26 (ed. HENSE), su cui v. PRINGSHEIM, *op. ult. cit.*, 348 ss.; TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 7 ss.; KUNKEL, *Ein textkritischer Vorschlag zu Theophrasts 'perì symbolaíōn'*, 6, in *ZSS. R.*, 1952, 392 ss.

(183) Si veda la contraria specularità dell'impostazione gaiana e di quella che si coglie nel citato frammento delle *Leges* di Teofrasto sulla compravendita (Stob. *anth.* 47, 22, 4: ed. HENSE), in cui il filosofo conia, per evidenti necessità espositive, la terminologia «*hē ōnè kaì hē prâsis*» (che, del tutto omologa alla latina *emptio venditio*, non si riscontra, a nostra conoscenza, al di fuori del frammento teofrasteo nella documentazione greca, in cui è, invece, conosciuto l'uso variamente articolato dei due termini separati): si ha qui uno dei rari casi in cui questi termini si riferiscono all'accordo delle parti puro e semplice, il quale assume rilevanza solo col pagamento del prezzo o la dazione dell'arra. Non è, però, da

Senato della Repubblica - Archivio Storico

359

mostra lo sforzo fatto da Gaio per evidenziare i punti di differenza; la motivazione per un tale raffronto, che è difficile a circoscrivere sul piano meramente teorico (184), va trovata nella particolare collocazione del giurista nell'ambiente provinciale ellenistico (185), dove potevano sorgere problemi con i *novi cives* che provenivano da ambienti in cui circolavano le concezioni greche sulla configurazione della compravendita (186).

c) Sotto un diverso profilo, in Gai 3, 139 si riscontra uno dei rarissimi, se non l'unico caso in cui — attraverso quella greca — dalle culture semitiche viene importata in Roma la denominazione di un istituto giuridico assieme ad alcuni tratti generali dello stesso (187). Data la diversa struttura della compravendita romana non sorprende che — almeno a quanto risulta dai giuristi del II e del III secolo d.C. — l'arra non fosse recepita con la funzionalità che aveva nel mondo ellenistico (188). Come si evince da Gai 3, 139, nonché da Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 1, 35 pr., la dazione di un'arra era considerata come prova della conclusione di una compravendita quale *obligatio consensu contracta* (189), ed insieme a tale funzione probatoria poteva eventualmente svolgerne una di garenzia (190). Tale funzione probatoria non aveva, d'altronde, ad oggetto il contenuto dell'assetto d'interessi (191), bensì serviva a comprovare l'essersi verificato quel momento — dall'accertamento difficile e rilevante in un contratto meramente consensuale — in cui si è passati dalla fase delle trattative a quella dell'avvenuto — e vincolante — scambio dei consensi. Proprio per la funzione meramente probatoria, e a differenza dell'«*arrhabón*» greco essenzialmente costituito da una somma di denaro, l'arra romana poteva consistere in un oggetto diverso da una somma di denaro (192), e quando eventualmente consistesse in *pecunia numerata* non era comunque considerata un anticipo sul prezzo (193).

Ciò nonostante, in linea di fatto, le parti dovevano praticamente computare nel pagamento del prezzo l'arra consistente in denaro; quella prestata in cose diverse dalla *pecunia numerata* andava, invece, restituita una volta che il compratore avesse completamente adempiuto alla propria obbligazione (194). È particolarmente da sottolineare (195) come — anche nel periodo più risalente (quando, cioè, in Roma la compravendita consensuale ed obbligatoria si faceva, più o meno lentamente, strada) — non vi sono tracce di una

---

seguire il — troppo facile — parallelismo concettuale fra il passo di Teofrasto e Gai 3, 139 (pur fra di loro opposti nella concretezza delle soluzioni giuridiche) per ipotizzare del tutto improbabili rapporti fra i due (che vedrebbero Gaio, od il suo *auctor*, debitore del passo del successore d'Aristotele): il che vale *a fortiori* sul piano terminologico, in cui la coppia *emptio venditio*, come la corrispondente *locatio conductio*, appaiono creazioni genuinamente romane.

(184) Opinione codesta che trova conforto nella presenza della concorrente — seppur diversamente articolata — presa di posizione rispetto all'arra nel commentario *ad edictum provinciale*, in D. 18, 1, 35 pr.

(185) Cfr., per tutti, LIEBS, *Römische Provinzialjurisprudenz*, in *Aufstieg und Niedergang der antiken Welt* (Autori vari), II, t. 15, Berlin-New York, 1976, 294 ss., dove amplissima bibliografia (sulla posizione del Liebs, cfr. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*, 1977, 323 ss.). Prive di fondamento le precisazioni del HONORÉ, *Gaius. A Biography*, Oxford, 1962, 70 ss.

(186) Analoghi problemi sarebbero, soprattutto, sorti per la cancelleria imperiale, dopo la *constitutio Antoniniana* del 212 d.C. Per qualche cenno, cfr. *infra*, § 28 lett. *a*.

(187) Su tale derivazione, cfr. PRINGSHEIM, *op. ult. cit.*, 335 s.; TALAMANCA, *L'arra*, cit., 3 s.

(188) E che si è vista *supra*, in questo paragrafo, lett. *b*.

(189) Sull'arra nella prospettiva dei giuristi come *argumentum emptionis et venditionis contractae*, cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 71 ss.; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I. *Le garanzie personali*, Padova, 1962, 299 ss.; WATSON, *The Law of Obligations in the Late Roman Republic*, Oxford, 1965, 46 ss., nonché l'altra bibliografia citata in KASER, *op. cit.*, I, 547 nt. 18.

(190) Su quest'ultimo aspetto, cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 74 s. (cfr. anche FREZZA, *op. cit.*, 300): non si tratta, certo, di una garenzia reale in senso stretto, ché probabilmente il venditore poteva solo trattenere l'arra finché non fosse pagato per l'intero il prezzo.

(191) Scopo per cui la dazione di una somma di denaro o di un oggetto da parte del compratore al venditore non ha rilevanza alcuna.

(192) Dove ciò risulti, in un anello: cfr. Ulp. 28 *ad ed.*, D. 14, 3, 5, 15 e 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 6: anche nelle fonti romane prevalgono i casi di arra in *pecunia numerata*, ma ciò deriva dalla circostanza che, a parte i due passi citati, gli altri — e non frequenti — casi (v. *infra*, nt. 196) vertono su fattispecie provenienti dal mondo greco e reinterpretate da Scevola o dalla cancelleria imperiale secondo gli schemi romani.

(193) Ciò si ricava da Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 6, in cui, nonostante la dazione di un'arra consistente in una *certa summa*, si ammette la risoluzione della vendita per mutuo consenso, impossibile quando l'esecuzione del negozio fosse cominciata (cfr., sul passo, da ultimo KNÜTEL, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln- Graz, 1968, 36 ss., ove la precedente letteratura).

(194) Essa poteva venire, senz'altro, richiesta con l'*actio empti*, e quindi con l'azione contrattuale: secondo un particolare modo di vedere, che traspare ancora da D. 19, 1, 11, 6 di Ulpiano, potevano esservi difficoltà ad ammettere tale azione, proprio perché con l'adempimento era da considerare esaurita l'efficacia tipica del contratto: il giurista severiano, che — seguendo Giuliano — restava favorevole all'esperimento dell'azione contrattuale, concedeva però anche la *condictio sine causa*, l'unica azione possibile per chi seguisse l'accennato modo di vedere.

(195) Contro vedute diverse (come, ad esempio, MEYLAN, *Des arrhes de la vente dans Plaute*, in *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges H. Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, 205 ss.).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

recezione del contratto arrale greco. Nella seconda metà del II secolo d.C. è Cervidio Scevola che tenta di trasportare, negli schemi dell'*obligatio consensu contracta*, la funzionalità del contratto arrale stesso, in limiti che non possono determinarsi con tutta sicurezza (196), mentre dopo il 212 d.C. la cancelleria imperiale si mostrerà particolarmente rigida nel difendere, anche su questo punto, la configurazione della compravendita romana (197).

4. *L'errore e gli altri vizi della volontà. — a)* In tema di compravendita, il profilo più discusso fra i giuristi romani in relazione all'elemento del consenso è, né desta meraviglia, quello dell'errore (198), nelle due forme dell'errore ostativo e dell'errore vizio (od errore motivo): per quest'ultimo la compravendita fornisce, del resto, praticamente il materiale più abbondante nell'àmbito dei contratti consensuali e, in genere, dei negozi *inter vivos* (199).

L'errore ostativo, che può vertere sul significato della propria o dell'altrui dichiarazione (200), produce dissenso (201) sulla portata del regolamento d'interessi convenuto, e comporta la mancata integrazione della fattispecie, conseguenza che

(196) Cfr. Scaev. 2 *resp.*, D. 18, 3, 6 pr., e 7 *dig.*, D. 18, 6, 8 (con ogni probabilità, il primo di tali passi rappresenta soltanto una diversa recensione del secondo, probabilmente raccorciata ed estratta dal suo contesto, può darsi ad opera dei compilatori giustinianei); nello stesso senso, Anton. Car., C. 4, 54, 1 (del 216 d.C.): il contratto arrale veniva reinterpretato, negli schemi giuridici romani, come un'*obligatio consensu contracta*, contemporaneamente accompagnata da una *datio arrarum* e dalla pattuizione di una *lex commissoria*, cui si aggiungeva l'ulteriore convenzione che, verificatasi quest'ultima, il compratore perdesse — si direbbe, a titolo di penale — quanto aveva dato in conto di caparra (su di ciò cfr., con altra letteratura, soprattutto Talamanca, *op. ult. cit.*, 60 ss., e Peters, *Die Rücktrittvorbehalte*, cit., 64 ss., su cui v. Talamanca, *Recensione*, cit., 386 nt. 61). A stare a quanto risulta dai passi citati restavano due punti di differenza col regime del contratto arrale greco: la disciplina della responsabilità del venditore, per il quale non si prevedeva la penalità della restituzione in doppio delle *arrae*, ed il carattere esclusivo della sanzione arrale. Su entrambi il giurista non informa, perché è interessato soltanto al quesito posto, onde dal suo silenzio non si possono trarre informazioni univoche: sul secondo, sembra decisamente da escludere che, in accordo col regime della *lex commissoria*, Scevola potesse escludere — quale alternativa alla risoluzione così sanzionata — l'azione per l'adempimento, ché ciò avrebbe decisamente snaturato il contratto di compravendita stesso. Quanto al primo, non v'erano (cfr. Talamanca, *Pena privata: diritto romano*, in questa *Enciclopedia*, XXXII, 730 ss.) ragioni che impedissero di configurare, come semplice clausola del contratto consensuale, una pena convenzionale a carico del venditore (v., del resto, in tema di pattuizioni che aggravano la responsabilità del compratore in materia di vendita con *lex commissoria* Ulp. 32 *ad ed.*, D. 18, 3, 4, 3), consistente nel doppio dell'arra ricevuta, ma anche qui sarebbe residuata al compratore la scelta fra l'azione per l'*id quod interest* e quella per la penale.

(197) Cfr. Diocl. et Max., C. 4, 49, 3 (del 290 d.C.), e C. 4, 45, 2 (del 293 d.C.), su cui v. Talamanca, *L'arra*, cit., 65 s.

(198) Su questa tematica cfr., per tutti, Betti, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, 265 ss.; 270 ss.; 290 ss. (e In., *Istituzioni di diritto romano*, I², rist. Padova, 1947, 148 ss.); Voci, *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937, soprattutto 110 ss.; Simonius, *Bemerkungen zur römischen Irrtumslehre*, in *Festschrift P. Koschaker*, cit., I, 358 ss.; Flume, *Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht*, in *Festschrift für F. Schulz*, I, Weimar, 1951, 236 ss.; Schwarz H., *Die Bedeutung des Geschäftswillens im römischen Kontraktsrecht der klassischen Zeit*, in *SDHI*, 1959, 33 ss.; Wolf J.G., *Error im römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz, 1961, soprattutto 23 ss., 112 ss.; Zilletti, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, soprattutto 59 ss., 387 ss.; Mayer-Maly, *Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre*, in *Mélanges Ph. Meylan*, I, cit., 241 ss.; Wieacker, *Irrtum, Dissens oder gegenstandslose Leistungsbestimmung?*, ivi, I, 383 ss.; Miquel, *Una aportación al estudio del 'error in substantia' en la compraventa*, in *Anuario de derecho civil*, 1963, 79 ss.; Wunner, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz, 1964, 144 ss.; Cornioley, *Error in substantia, materia, qualitate*, in *Studi in onore di G. Grosso*, cit., II, 1968, 951 ss.; Feenstra, *The Dutch 'Kantharos' Case and the History of 'error in substantia'*, in *TLR*, 1973-1974, 846 ss.; Frier, *Roman Law and the Wine Trade: The Problem of «Vinegar Sold As Wine»*, in *ZSS.R.*, 1983, 257 ss.; Sturm, in Schlosser, Sturm e Weber, *Die rechtsgeschichtliche Exegese*², München, 1993, 59 ss. In questi autori altra letteratura (per cui cfr. anche Kaser, *Das römisches Privatrecht*², I, cit., 239 nt. 15).

(199) Si tratta di una materia in cui, più che mai, l'interpretazione delle fonti romane dipende da opzioni metodologiche di carattere generale e dall'influsso di una tradizione di pensiero che trova le sue radici all'inizio della Scuola storica e si perpetua per tutta la pandettistica (cfr. la rapida messa a punto di Wieacker, *op. ult. cit.*, 384 ss.). Si vengono così ad imputare ai giuristi romani prese di posizione che può tranquillamente escludersi essi abbiano mai presentito, e non ci si accorge che nelle fonti mancano tutte quelle specificazioni che — sulla base di quelle opzioni e di quell'influsso — la letteratura moderna vi vuole, ad ogni costo, riscontrare, facendo, se del caso, ricorso al vecchio armamentario della critica interpolazionistica.

(200) Nelle fonti, e cioè praticamente in Ulp. 28 *ad ed.*, D. 18, 1, 9 pr., non viene precisato in qual modo si sia verificato l'errore: in linea di principio non si può quindi escludere che si tratti di errore unilaterale, anche in relazione ad una fattispecie in cui la dichiarazione sia univoca (diversamente, ed in modo vario, cfr. ad esempio Betti, *Istituzioni*, I², cit., 147; Flume, *op. cit.*, 208).

(201) La contrapposizione fra "errore" e "dissenso" risente, senz'altro, della sovrapposizione di schemi dell'interprete al linguaggio delle fonti, cui si è già accennato (v. *supra*, nt. 199): nella visuale romana l'errore ostativo è la causa del dissenso, in quanto produce una divergenza fra la volontà del dichiarante e la portata della sua dichiarazione (in sé considerata o nel rapporto con la dichiarazione della controparte): cfr., esattamente, Wieacker, *op. ult. cit.*, 389 ss. (diversamente, per la rilevanza del dissenso come figura a sé stante, Betti, *Diritto romano*, cit., 270 ss., ma senza convincere).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

i romani esprimono prevalentemente con espressioni del tipo « *nullam esse emptionem* » (202), od « *emptio imperfecta est* » (203): colpisce che in Pompon. 36 *ad Q. Muc.*, D. 44, 7, 57, la rilevanza dell'errore ostativo, affermata per l'*emptio venditio* e la *locatio-conductio*, non sia riportata al carattere consensuale di questi due contratti (204), ma si tratta di un testo che non è pervenuto indenne nel Digesto (205). Questo tipo di errore è, poi, preso in esplicita considerazione, con riguardo esclusivamente alla compravendita, da Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 1, 9 pr., in cui vengono fatti casi che riguardano sia la vendita di un fondo sia quella di uno schiavo, e che non pone particolari problemi, mentre il § 1 prevede il cosiddetto *error in nomine*, dichiarandone l'irrilevanza (206). Allo stato attuale della dottrina, al di là della questione se e quanto possano esser generalizzate le soluzioni date in materia di compravendita (207), è impossibile negare che la tematica affrontata da Ulpiano sia classica, e che l'errore produca la nullità del contratto, quando sia mancata fra le parti la concorde — e soggettiva — identificazione dell'oggetto (208). La stessa soluzione è seguita, alla fine del III secolo d.C., dalla cancelleria imperiale (Diocl. et Max., C. 4, 22, 5, del 294 d.C.), in un caso nel quale, in concreto, la compravendita era venuta in essere mediante la redazione e la sottoscrizione (209) di un documento, e per dolo della controparte (210), la *subscriptio* stessa era stata apposta ad un documento portante vendita della cosa (presumibilmente, un fondo), e non locazione come era stato pattuito nelle trattative: un caso esemplare, si direbbe, di errore ostativo sulla dichiarazione nel suo complesso (211), e di *error in negotio*.

b) In D. 18, 1, 9 pr. il giurista afferma la nullità della compravendita anche quando il dissenso verta sul prezzo e sullo stesso negozio concluso (*in ipsa emptione*). Per quanto riguarda il prezzo, è innegabile che l'errore poteva facil-

(202) Sul differente angolo di visuale di tali espressioni romane e della nostra predicazione di nullità, cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 225 ss.

(203) Adoperate come equivalenti, ad esempio, nel citato D. 18, 1, 9 pr. di Ulpiano.

(204) Soprattutto tenendo conto che, nella parte finale del passo, ciò è invece espressamente sottolineato per la *societas* (cfr. TALAMANCA, *Società in generale*, cit., 818).

(205) Sul passo, sotto il profilo della compravendita, cfr., per tutti, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 106 s. Può darsi che la connessione con la problematica delle *obligationes consensu contractae* si trovasse all'inizio del testo, dove l'affermazione che riferisce la discussione seguente sia ai negozi tutelati mediante *iudicia bonae fidei* sia agli altri non può risalire, in questa forma, al giurista classico, ed è del resto smentita dalla parte seguente, in cui l'errore trova rilievo soltanto quando l'azione che protegge il contratto è per l'appunto di buona fede.

(206) *Error in nomine* si ha quando, pur consentendo sull'identificazione dell'oggetto venduto, le parti non concordino sulla denominazione dello stesso (ad esempio, il venditore crede che il fondo oggetto del contratto, e sicuramente individuato fra le parti stesse, si chiami Corneliano, ed il compratore Semproniano). È ovviamente fattispecie tutt'affatto diversa quella in cui i contraenti identifichino l'oggetto della compravendita mediante la denominazione usata, e che tali denominazioni si riferiscano, nella consapevolezza del singolo contraente, a cose diverse: in tal caso si avrà *error in corpore*, e conseguente nullità della compravendita.

(207) Per una portata generale della problematica del dissenso attesta, ovviamente, Pompon. 36 *ad Q. Muc.*, D. 44, 7, 57, il quale non scende, però, nella concreta casistica dell'errore ostativo.

(208) Erronea l'opinione ribadita soprattutto dal WOLF, *op. cit.*, 43 ss., nonché dallo ZILLETTI, *op. cit.*, 59 ss., che il passo si riferisse ad una mancata identificazione oggettiva dell'oggetto e non all'errore (questi autori sono seguiti, pur con cautela, dal WIEACKER, *op. ult. cit.*, 395 ss., ma senza argomenti sostanzialmente nuovi): *contra* MAYER-MALY, *op. cit.*, 242 ss., e soprattutto, con approfondimenti anche sul piano dogmatico, WUNNER, *lc. cit.* (più possibilista, per l'*error in corpore*, CONNOLEY, *op. cit.*, 360 ss.). Cfr., sullo *status quaestionis*, anche FRIER, *op. ult. cit.*, 261 nt. 27, con altra letteratura. Un caso particolare di dissenso si ha in Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 34 pr., in cui, nonostante l'accordo fra le parti sul nome dello schiavo (Stico) che si è detto accedere alla vendita di un fondo (la quale resta valida), v'è dissenso fra le parti, reso possibile dalla circostanza che esistono più schiavi di quel nome: Labeone sostiene che comunque oggetto del contratto è lo schiavo voluto dal venditore, decisione con tutta probabilità condizionata dal fatto che si tratta di una cosa accessoria dell'oggetto principale del negozio. Tale soluzione evita fra l'altro il problema che sorgerebbe in caso di nullità parziale in ordine alla determinazione e, conseguentemente, ad un'eventuale diminuzione del prezzo, fondata sulla *bona fides* che regola il contratto, come avviene nel caso discusso in Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 18, 1, 16, 1 e 18 pr., intervallati dal frammento breve di Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 17.

(209) Non nel senso di firma, ma in quello che il termine (« *hypographé* », in greco, e « *subscriptio* », in latino) aveva nell'antichità greca e romana, e cioè come assunzione della paternità della dichiarazione documentale mediante l'apposizione, di proprio pugno ovvero ad opera di persona di fiducia del *subscribens*, di una dichiarazione riassuntiva o confermativa del documento suesteso (cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 207).

(210) Irrilevante ai fini della qualificazione dogmatica della fattispecie (*contra*, erroneamente, ZILLETTI, *op. cit.*, 88).

(211) Così, esattamente, PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*, Padova, 1938, 173 s.; FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (1948), rist., Darmstadt, 1975, 239, nonché SCHWARZ, *op. cit.*, 37 s. Almeno per quanto concerne la consapevolezza dell'interprete moderno (che non è sicuro coincida con quella dei giuristi della cancelleria imperiale), l'interpretazione qui seguita presuppone — sia notato a scanso d'equivoci — che l'emissione del documento sia l'unica dichiarazione al livello dell'integrazione della fattispecie (e non la semplice documentazione probatoria delle dichiarazioni giuridicamente rilevanti, ed espresse oralmente), mentre la fase precedente si era svolta, tutta, sul piano delle trattative.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

mente cadere anche sull'ammontare dello stesso (212); mentre abbiamo dianzi visto un caso in cui la fattispecie dell'*error in negotio* si presenta con un'operatività particolare (213). L'errore sull'identità della controparte è ricostruibile senza difficoltà nella sua struttura fattuale, anche con riguardo alle particolarità dell'esperienza romana (214), ma non sembra che casi del genere abbiano sollevato l'attenzione dei *prudentes*, neppure nell'àmbito della *locatio conductio*.

Non rilevano nell'esperienza giuridica romana, la quale non conosce il problema della tutela dell'affidamento (215), i problemi connessi con la differenza fra l'errore bilaterale (216) ed unilaterale (217): per Ulpiano (218), l'errore ostativo produce comunque la nullità della compravendita, purché di esso consti nella realtà storica e non si sia esaurito nel " foro interno " del contraente. Più difficile determinare il momento storico dell'emersione della rilevanza dell'errore ostativo: da Pompon. 36 *ad Q. Muc.*, D. 44, 7, 47 si può, con molta verisimiglianza, ricavare che la tematica in parola fosse già conosciuta da Q. Mucio, ma della vicenda, e delle sue modalità, non si può sapere nulla di più.

c) Più complessa la problematica dell'errore vizio (219), per cui si incontrano nelle fonti varie denominazioni, alle quali è difficile ricondurre una specifica tecnicità di significato: *error in substantia* ed *error in materia* (così Ulpiano, in D. 18, 1, 9, 2), *error in materia* (Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 1, 11 pr.), *error in materia et qualitate* (Ulp. 25 *ad Sab.*, D. 18, 1, 14), *error in qualitate* (Paul. 33 *ad ed.*, D. 19, 1, 21, 2) (220). La disputa riguarda le qualità essen-

(212) Non può accettarsi il tentativo del Wolf, *op. cit.*, 75 ss., di imputare, sulla base dell'esegesi di Pompon. 31 *ad Q. Muc.*, D. 19, 2, 52, la rilevanza dell'*error in pretio* ai compilatori. Sul passo cfr., con ampia letteratura, Backhaus, *In minore maius inest. Eine justinianische 'regula iuris' in den klassischen Rechtsquellen. Herkunft, Anwendungsbereich und Funktion*, in *ZSS.R.*, 1983, 162 ss., di cui appare sovrastrutturato al testo del giurista romano il ricorso all'«*hypotischer Willen*».

(213) Ma i romani individuavano, almeno genericamente, la possibilità di un *error in negotio* anche al di fuori della conclusione per iscritto del contratto: è il caso famoso della *traditio*, in cui vi sia dissenso fra le parti sulla *causa traditionis*, mutuo o donazione: dopo l'esegesi dei passi relativi (Iulian. 13 *dig.*, D. 41, 1, 36, ed Ulp. 7 *disp.*, D. 12, 1, 18 pr.) più volte affrontata dal Betti, nel corso delle sue fondamentali ricerche sulla *iusta causa traditionis* (v., riassuntivamente, Betti, *Istituzioni*, cit., 104 s., 125 nt. 4, 152 nt. 4 e 397 ss.; nonché *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, 1953, 98 ss.), su di essi cfr., da ultimi, van Warmelo, *'Iusta causa traditionis'*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, I, Milano, 1982, 615 ss.; Evans-Jones e MacCormack, *'Iusta causa traditionis'*, in *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays B. Nicholas*, Oxford, 1989, 99 ss.; Gordon, *The Importance of the 'iusta causa' of 'traditio'*, ivi, 123 ss.

(214) In tema, ad esempio, di contratto concluso mediante *epistula* o *nuntius*: per il mutuo attuato mediante *delegatio* v., del resto, Cels. 5 *dig.*, D. 12, 1, 32. Nell'esperienza romana appare difficile escludere la rilevanza dell'errore ostativo sull'identità dell'altro contraente, anche nei contratti in cui non rileva l'*intuitus personae*, a differenza di quanto accade nell'attuale diritto civile: cfr. Sacco, *Volontà, intento, vizi del consenso*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, X. *Obbligazioni e contratti*, t. 2, Torino, 1982, 147.

(215) Cfr., per tutti, esattamente in questo senso il Kaser, *op. cit.*, I, 238.

(216) Quest'ultimo è, invece, considerato in tema di errore vizio in Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 1, 14, ma sembra senza esiti diversi da quelli assunti per il caso di errore unilaterale.

(217) Diversamente nel nostro diritto positivo: cfr., sul punto, Bianca, *Diritto civile*, III. *Il contratto*, Milano, 1984, 611 ss.

(218) Cfr. del resto, in materia di *locatio conductio*, il già visto — *supra*, nt. 212 — Pompon. 31 *ad Q. Muc.*, D. 19, 2, 52.

(219) Sono stati avanzati, in dottrina, dubbi se effettivamente la tematica tradizionalmente riportata all'*error in substantia* abbia a che fare con il problema dell'errore come vizio della formazione della volontà (o sulla determinazione causale). Da respingere la teoria del Wolf, *op. cit.*, 116 ss., il quale anche in questo caso cerca di risolvere il problema della nullità della comptavendita in termini di identificazione dell'oggetto (profilo che sta alla base anche delle opzioni interpretative dello Zilletti, *op. cit.*, soprattutto 78 ss., con un'esposizione giurista per giurista che non rende più perspicuo il pensiero dell'autore): il Wolf sostiene, fra l'altro, che tale mancata identificazione si avrebbe nell'*error in substantia* e non in quello *in materia* (sulla distinzione, v. *infra*, nt. 220), ed è perciò costretto ad ipotizzare un numero particolarmente elevato di consapevoli interventi dei compilatori, volti a modificare le decisioni dei *prudentes*, quale non è più sostenibile al livello delle vedute ormai dominanti in tema di metodologia critica (ed ampio spazio alla critica testuale è, forzosamente, fatto anche dallo Zilletti). Il Flume, *op. ult. cit.*, 64 ss., seguito, ad esempio, dallo Schwarz, *op. cit.*, 46 ss., segue un'impostazione che vede il momento essenziale per la nullità nella mancata coincidenza fra l'accordo e la realtà: codesta impostazione, in cui è forse decisiva l'influenza di preoccupazioni proprie dell'interprete sul piano dell'attuale dogmatica civilistica, rischia da una parte di risolversi nella teoria della mancata identificazione, mentre, dall'altra, è un'inutile variante verbale della rilevanza dell'errore sulla determinazione causale dei contraenti. Ribadiscono che si tratta di una *Konsensstörung* soprattutto il Mayer-Maly, *op. cit.*, 244 ss., ed il Wunner, *op. cit.*, 211: votrebbe eliminare il riferimento alla *Konsensstörung*, lasciando sussistere soltanto la rilevanza dell'errore, Cornioley, *op. cit.*, 291 s., ma si tratta di una posizione meramente nominalistica (perché mai avrebbe rilevanza l'errore, se non in quanto venga ad incidere sul *consensus*, essenziale nell'*obligatio consensu contracta*?).

(220) La catena di testi di Ulpiano sull'*error in substantia* (D. 18, 1, 9, 2, *eod.* 11 e 14) mostra le tracce di non poche manomissioni sul piano formale per quanto concerne le *l.* 11 e 14, sulle quali i sospetti non sono questa volta del tutto infondati. Al di là di mende di questo genere, che sicuramente testimoniano di un accorciamento dell'originale dettato ulpianeo, non è dubbio che il pensiero circolante nei

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ziali soltanto dell'oggetto venduto (221) e, d'altro lato, l'errore viene generalmente ipotizzato soltanto per quanto concerne il compratore (222): le vedute dei giuristi si articolano in modo molto complesso, andando dalla completa irrilevanza dell'*error in substantia*, una volta che si sia formato il consenso sull'oggetto (e ne sia quindi fuor di dubbio la identificazione), alla sua incidenza in ogni caso, subordinata — in modi variabili — al carattere "essenziale" dell'errore medesimo.

L'opinione che i *prudentes* avessero concordemente negato rilevanza all'*error in substantia* unilaterale, e che quindi le relative testimonianze siano dovute ad interventi compilatori fu sostenuta da un critico prudente come il Lenel (223), ma attualmente prevale in modo netto l'opinione contraria, benché si dissenta sui limiti in cui l'errore rilevi (224). È difficilmente contestabile l'opinione che — nonostante la compravendita sia contratto consensuale, tutelato da un *iudicium bonae fidei* — il punto di partenza per l'evoluzione successiva sia quello dell'irrilevanza dell'errore vizio, quando consti dell'accordo sull'oggetto venduto (225). Il giurista più antico in cui emerga la tematica dell'errore in sé considerato è Giuliano che sostiene la nullità della compravendita quando il compratore abbia acquistato un piatto credendolo di argento massiccio, mentre era soltanto argentato o placcato in argento (226). Quanto fosse diffusa questa teoria non possiamo sapere: da Ulpiano, in D. 18, 1, 9, 2, sappiamo come, nonostante l'*error in materia*, Marcello fosse per la validità della vendita in una serie di casi vicini all'esempio fatto da Giuliano (227): e, con ogni probabilità, aveva manifestato il suo dissenso in una delle sue note ai *Digesta* di quest'ultimo (228). Ulpiano propone un sottile "distinguo" in materia di vendita di aceto per vino (229), ma ribadisce la tesi dell'invalidità della vendita negli altri casi prospettati di errore vizio (230).

---

passi del Digesto possa essere imputato al giurista severiano: cfr., da ultimi, CORNIOLEY, *op. cit.*, 272 ss.; FRIER, *op. ult. cit.*, 265 ss. Il tentativo del WOLF, *lc. ult. cit.*, di ipotizzare una distinzione fra l'*error in substantia* (nel caso in cui si tratti di materiale grezzo) e quello *in materia* (ove si riferisca ad un oggetto ricavato da siffatto materiale) non ha trovato, ed a ragione, seguito in dottrina (cfr., in senso contrario, soprattutto MAYER-MALY, *op. cit.*, 241 ss.). Anche la complessa ricostruzione del CORNIOLEY, *op. cit.*, 275 ss., appare piuttosto sovrastrutturata, anche sotto il profilo terminologico, ai dati offerti dalle fonti.

(221) È ovvio che non può darsi errore vizio sulla "qualità" del prezzo, ma soltanto nel processo che ha portato alla sua determinazione (profilo che non appare preso in considerazione dai *prudentes*), mentre è discutibile, in astratto, la rilevanza di un errore — di diritto — sul regime giuridico della compravendita; altra cosa è l'uso erroneo di una determinata qualificazione negoziale, indotto dalla falsa rappresentazione degli effetti della stessa, il quale comporti un vero e proprio *error in negotio* (come nel caso in cui io dichiari di *vendere*, quando ritengo che la figura giuridica così identificata abbia gli effetti del *locare*: la volontà empirica è qui diretta, in realtà, alla locazione e non alla vendita, a parte la configurabilità in concreto di una simile fattispecie). L'errore sulle qualità personali della controparte può esser preso praticamente in considerazione solo sotto il profilo della solvibilità della stessa, e rilevare in questi limiti (non vi sono, a scanso d'equivoci, esempi nelle fonti romane per alcuna delle fattispecie alle quali si accenna in questa nota).

(222) Per un caso in cui si considera l'errore del venditore, v. immediatamente appresso, nel testo. Che il venditore non fosse a conoscenza della reale oggettività della cosa era, probabilmente, piuttosto raro, anche se non è possibile immaginare un onere di conoscenza a suo carico (come sembrerebbe dire il FRIER, *op. ult. cit.*, 269).

(223) *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften*, in *Arch. civ. Pr.*, 1925, 161 ss., non senza seguito in letteratura (cfr. le citazioni in WOLF, *op. cit.*, 114 nt. 8).

(224) Cfr., per tutti, KASER, *op. cit.*, I, 258, e la letteratura ivi addotta.

(225) Lo sviluppo storico delineato dal FRIER, *op. ult. cit.*, 261 ss., nel senso di intendere la problematica dell'*error in substantia* come un mezzo primitivo di protezione del compratore che cede il passo a più efficienti soluzioni non trova sufficiente rispondenza nelle fonti, che l'autore, estraneo alla nostra tradizione di studi, ha difficoltà ad inserire in un esatto contesto valutativo. Un'analisi in un certo modo vicina a quella del Frier offre, per Iulian. 3 *ad Urs. Fer.*, D. 18, 1, 41, 1, WOLF, *op. cit.*, 160 ss.

(226) Iulian. 3 *ad Urs. Fer.*, D. 18, 1, 41, 1, in cui si precisa puntualmente, oltre all'ovvia ignoranza del compratore (*ignorans*), la mancanza di consapevolezza del venditore (*imprudens*).

(227) Quando il compratore credesse l'oggetto del contratto d'oro o d'argento, mentre era d'altro, e più vile, metallo (rame o piombo), o che la botte fosse piena di vino, mentre lo era d'aceto.

(228) Per una tipologia di tali *notae*, cfr., da ultimo, RASTÄTTER, *Marcelli notae ad Iuliani Digesta* (Dissertation), Freiburg im Breisgau, s.d. (ma 1981).

(229) Nel caso si trattasse di aceto di vino, «*si modo vinum acuit*», Ulpiano segue l'impostazione di Marcello, perché si tratta della stessa «*ousía*», mentre è per la nullità se si trattasse di aceto fabbricato come tale, l'«*embamma*». Quest'ultimo è un aceto fabbricato con sostanze diverse dal vino (procedimento noto nell'antichità: cfr. STADLER, *Essig*, in P.W., *R. Enc.*, VI, t. 1, 1907, 690), mentre l'aceto di vino cui il giurista si riferisce non è soltanto vino spunto od infortito, ma tramutato in aceto con un procedimento egualmente noto agli antichi.

(230) Ed anche nella successiva *l.* 11 (tratta ancora dal lb. 28 *ad Sabinum*), in cui, al § 1, si fa come caso di errore essenziale quello sul sesso dello schiavo venduto, contrapponendolo all'errore sulla verginità della schiava, considerato invece non essenziale. È difficile collocare soddisfacentemente il *principium* dello stesso frammento, dalla forma molta dubbia nonostante tutta la prudenza in tema di critica testuale: può darsi che, in via di discussione topica, si faccia valere un — non irresistibile — argomento contro l'irrilevanza dell'*error in materia*, mentre appare più difficile ricostruirlo nel senso di un particolare regime a favore del cieco per quanto riguarda l'errore vizio che dipenda dalla impos-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

d) Per gli altri giuristi, non abbiamo attestazioni così precise: non è sicuro a che cosa si riferisca Pompon. 31 *ad Q. Muc.*, D. 18, 1, 12, il quale nel contesto sembrerebbe parlare dell'errore vizio, ma il collegamento può essere stato fatto dai compilatori (231). Più difficile la valutazione per Paolo: da D. 18, 1, 10 (5 *ad Sab.*), inserito fra le *l.* 9 ed 11 di Ulpiano, sembrerebbe che egli seguisse l'impostazione del suo contemporaneo (232), mentre in D. 19, 1, 21, 2 (33 *ad ed.*) esclude la rilevanza dell'errore vizio, nel caso in cui il compratore abbia acquistato dei vassoi credendoli di legno di cedro, mentre erano d'altro legno (233). Non si tratta, in effetti, di un contrasto insanabile, ché probabilmente Paolo non riteneva essenziale l'errore sulla qualità del legno (234). Soltanto Marciano sembra seguire l'ipotesi di Marcello ammettendo la validità della vendita di un vaso di ottone che il compratore riteneva fosse d'oro (235).

e) I casi in cui si dà un errore sulle qualità essenziali della cosa riguardano anzitutto il materiale con cui essa è composta (ed i casi si sono già visti), nonché l'errore sul sesso dello schiavo venduto. È difficile trarre, dalla scarsa casistica, criteri di carattere generale: rilevano, in effetti, profili che concernono la funzione socio-economica della cosa venduta, ma anche aspetti che incidono sul valore di mercato della stessa. Da quest'ultimo punto di vista, si potrebbero forse immaginare casi in cui, a parte il problema della differenza di valore in funzione del materiale usato, non fosse prevalente, per l'identificazione della funzione economico-sociale dell'oggetto, il profilo del materiale stesso, come, ad esempio, per un'opera di considerevole valore artistico (236).

La distinzione proposta da Ulpiano intorno all'aceto venduto per vino si appalesa, del resto, fondata più su astratte considerazioni filosofiche (237) che sulla rilevanza di momenti economi-

---

sibilità di rendersi conto visivamente delle qualità essenziali dell'oggetto.

(231) Come mostra la successiva *l.* 13 (tratta dal lb. 9 *ad Sabinum* sempre di Pomponio), questi ultimi non facevano neppure una rigorosa distinzione fra la problematica dell'errore e quella del *dolus in contrahendo*.

(232) Precisandola nel senso che non si ha *error in substantia*, quando l'oggetto sia, ad esempio, realmente d'oro ma in condizioni deteriori di quelle supposte dal compratore.

(233) Il passo, nell'attuale stesura, affermerebbe la responsabilità del venditore *ignorans*: ciò è impossibile (cfr., da ultimo, HONSELL H., *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969, 100 s., con letteratura), ma, in questa parte, il testo è raccorciato più che interpolato (i giustinianei non avevano alcun interesse a modificare sul punto il regime sostanziale della vendita). Può darsi che vi fosse stata un'esplicita assunzione di garenzia, o che risultasse dall'*id quod actum est* che la vendita riguardava *mensae citreae*.

(234) L'inizio del § 2 sembrerebbe dovuto ai compilatori che apparentemente lo raccordano con la discussione svolta in D. 18, 1, 9-11: *contra*, non a torto, HONSELL, *op. cit.*, 99. È però strano che vi si affermi esser, di per sé, irrilevante l'*error de qualitate*, se per questo debba intendersi un errore anche sulle qualità essenziali, dato che nelle *l.* 9-11, al livello della compilazione, è espressa l'opinione della incidenza dell'errore vizio su tali qualità. Può darsi che, con *error in qualitate*, si volesse intendere, da parte dei compilatori od eventualmente dello stesso Paolo, l'errore sulle qualità non essenziali della cosa (v. come, per designare un errore essenziale, Ulpiano adoperi l'endiadi *error in materia et qualitate*). Sono, ad ogni modo, infondate le critiche radicali del WOLF, *op. cit.*, 157 ss., contro cui cfr. anche CORNIOLEY, *op. cit.*, 285 ss.

(235) D. 18, 1, 45 (4 *reg.*): il senso del testo viene forzato oltre misura nell'àmbito delle rispettive tesi dal WOLF, *op. cit.*, 159 s., e dal FRIER, *op. cit.*, 286 s. Equilibrata la discussione in HONSELL, *op. cit.*, 93 ss. (dove altra letteratura): pur in una complessiva interpretazione dell'ultima frase che introduce senza giustificazioni un dato di fatto che nel passo non risulta, il CORNIOLEY, *op. cit.*, 287 ss., ha esattamente collegato la soluzione di Marciano con la differenza di opinioni risultante dalla *l.* 9, 2 di Ulpiano (p. 289). Nel passo sono citati anche giuristi a cavaliere fra le due ere, come Trebazio e Labeone, per i quali il problema della validità della vendita non si poteva, probabilmente, ancora porre, e discutevano, quindi, soltanto della responsabilità del venditore.

(236) Potrebbe esser questo il motivo della decisione di Marciano, in D. 18, 1, 45, se ciò non fosse escluso dal carattere non casistico della trattazione. Sotto questo profilo può in parte recuperarsi la distinzione fatta dal Wolf (cfr. *supra*, nt. 220), fra *error in substantia* ed *in materia* (v., del resto, anche CORNIOLEY, *op. cit.*, 275 ss.), in quanto nella vendita di una partita specificamente individuata di materiale grezzo è indubbio che il trattarsi di oro o bronzo ha un'influenza determinante, quale potrebbe non avere nel caso di un'opera d'arte in cui il valore prevalente andasse trovato nella paternità artistica della stessa.

(237) L'opinione in senso contrario del WOLF, *op. cit.*, 135, si fonda sull'espunzione (p. 139 ss.), come glossa postclassica, del riferimento all'«*ousía*», che non sembra, però, giustificato. Il FRIER, *op. ult. cit.*, 284 s., il quale non accetta il sospetto d'interpolazione, non riesce a smontare l'evidente nesso dell'«*ousía*» stessa con concezioni filosofiche d'origine greca, anche se bisogna riconoscere come sia difficile rannodare il discorso di Ulpiano con una precisa dottrina filosofica (qui ha ragione il WOLF, *lc. ult. cit.*, che svolge un'attenta disamina della letteratura giuridica e dei referenti filosofici al riguardo): il che risulta anche dalla discussione del MIQUEL, *op. cit.*, 94 ss., di cui non può, però, accettarsi l'opinione che si tratti di un uso totalmente atecnico del termine, come per lo spagnolo «*substancia*», ché da questo punto di vista l'aceto, ancorché di vino, è fondamentalmente diverso dal vino stesso. La terminologia anche altrove adoperata nel contesto mostra, però, un'innegabile connessione con la dialettica fra essenza ed accidenti (cfr., del resto, WOLF, *op. cit.*, 145 ss., pur da un punto di vista parzialmente divergente che lo porta ad affermare l'origine postclassica dell'inciso che contiene il riferimento all'«*ousía*»), dialettica che è basilare in larghi settori della riflessione filosofica antica, benché sia incontestabile il carattere topico dell'argomentazione: quest'ultima non può essere, quindi, valutata traendo a partito l'impostazione filosofeggiante riscontrabile in altre

Senato della Repubblica - Archivio Storico

camente rilevanti (238). Anche altrove quest'ultimo giurista tiene un più o meno analogo atteggiamento: mentre per il caso del vassoio ricoperto d'argento e creduto invece massiccio, Giuliano opta per la nullità della vendita (D. 18, 1, 41, 1), in D. 18, 1, 14 lo stesso Ulpiano ritiene che la nullità sia esclusa quando nell'oggetto di rame creduto d'oro sia contenuta una piccola parte del metallo più prezioso, come nel caso del braccialetto dorato (239), il che si pone in una linea, a ben vedere, coerente con la soluzione in tema di aceto venduto per vino (240), anche se bisogna sottolineare al riguardo come l'aspetto qualitativo venga, nel caso, a prevalere, in modo vistoso, su quello quantitativo.

f) Dal punto di vista degli effetti, l'*error in substantia* — come vizio del consenso — non riceve dai giuristi romani una disciplina propria. Con un fenomeno analogo, ma di segno inverso, a quanto succede nel nostro diritto positivo, dove in materia di contratti (241) si dà un unico regime dell'errore ostativo e dell'errore vizio nel senso dell'annullabilità, pur dovendosi continuare a distinguerli sul piano strutturale (242), nell'esperienza romana le due specie d'errore hanno identiche conseguenze nel senso della nullità del contratto, che è considerato come non venuto in essere (243): in sostanza, l'errore sulle qualità essenziali è considerato produrre una mancata identificazione dell'oggetto del contratto, il che trova espressione nella terminologia adoperata dai giuristi, che parlano di *aliud pro alio venisse videtur* (244). L'inefficacia originaria del negozio era, del resto, obbligata sul piano del diritto civile, dove ormai svolgeva i suoi effetti la compravendita, dato che su di esso l'unica alternativa possibile era fra l'integrazione o non della fattispecie, e quindi ogni vizio genetico poteva ingenerare soltanto la nullità del contratto (245).

g) Un caso particolare è quello dell'errore sulla consistenza materiale dell'oggetto della compravendita, che si potrebbe definire — con terminologia non attestata nelle fonti — come *error in quantitate*, il quale, da un punto di vista concettuale, può senz'altro esser omologato, se si vuole, ad un errore sulle qualità essenziali dell'oggetto, anche se è senz'altro difficile stabilire il limite in cui il profilo quantitativo si risolve in uno qualitativo. Il problema è discusso in Paul. 5 *ad Plaut.*, D. 18, 1, 57, che si riferisce al caso della *domus* — totalmente o parzialmente — *exusta*, a cui i compilatori accostano Papin. 10 *quaest.*, D. 18, 1, 58, relativo ad un fondo di cui era andata distrutta, prima della vendita, la cultura arborea. In questi passi il problema dell'errore s'innesta su quello dell'inesistenza dell'oggetto del negozio, senza che

---

connessioni, né, a sua volta, esser trasportata meccanicamente in un contesto differente.

(238) Priva di fondamento l'impostazione del Frier, *op. ult. cit.*, 283 ss., il quale pensa che, con la decisione restrittiva in relazione all'aceto di vino, il giurista tendesse in qualche modo a non inquadrare più il caso nel problema dell'errore, per riportarlo invece sotto il profilo «*of an implied seller's warranty of merchantability*».

(239) Il passo presenta, in effetti, un andamento il quale, anche nell'attuale temperie metodologica ispirata ad un'estrema riservatezza nella critica testuale, può far sorgere dubbi. Lasciando da parte la storia del testo, sul piano della valutazione giuridica può colpire la circostanza che tale soluzione sia prospettata per il caso di errore bilaterale delle parti: l'ignoranza del venditore rileva, però, non in una dialettica all'interno della problematica dell'errore, bensì in ordine alla diversa questione del *dolus in contrahendo*.

(240) Cfr., in un certo senso, Wolf, *op. cit.*, 136 s., che, dal suo punto di vista, ne trae conferma per sostenere l'interpolazione del passo.

(241) Diverso, secondo l'opinione preferibile, il regime nei negozi *mortis causa*, dove l'errore ostativo porta alla nullità: cfr. Talamanca, *Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro secondo. Delle successioni (Art. 679-712)*, rist., Bologna-Roma, 1978, 57 ss., nonché con ampia discussione Gardani Conti Rossini Lisi, *Dell'istituzione di erede e dei legati: disposizioni generali*, ivi *(Art. 624- 632)*, 1983, 46 ss. Alla letteratura in senso contrario *adde*, ma senza argomenti di rilievo, Bianca, *op. cit.*, II. *La famiglia. Le successioni*, 1981, 564 s.; Bigliazzi Geri, *La vocazione testamentaria*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, cit., VI. *Successioni*, t. 2 [Torino, 1982], 100 ss.

(242) L'impostazione tradizionale che, nonostante l'equiparazione degli effetti fra l'errore ostativo e l'errore vizio sul piano del contratto, continua a distinguere sul piano della struttura le due figure (cfr., ad esempio, Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*[5], Napoli, 1982, 319 s.; Sacco, *op. cit.*, 145 ss.; Bianca, *op. cit.*, III, 606 ss.) appare nettamente preferibile all'opinione che tende ad unificare anche strutturalmente le due figure, difesa soprattutto dal Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, ed anche Id., *Errore (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, XV, 246 ss.

(243) Si veda l'impostazione di Ulpiano, in D. 18, 1, 9, 2, in termini di *an emptio et venditio sit*, cui corrisponde, nella parte finale del passo l'affermazione *nullam esse venditionem puto*.

(244) Ulpiano, in D. 18, 1, 9, 2. Si tratta dello stesso schema concettuale che porta i canonisti a parlare, per il consenso matrimoniale, di un *error in qualitate redundans in errorem personae* (sulla categoria cfr. Fedele P., *Errore: diritto canonico*, in questa *Enciclopedia*, XV, 318 ss.; Giacchi, *Matrimonio: diritto canonico*, ivi, XXV, 915 ss.).

(245) Il che significa che non era possibile, su tale piano, l'impugnativa del negozio, sotto il profilo, ad esempio, dell'annullabilità: soltanto in base alla contrapposizione fra diritto civile e diritto pretorio si conseguivano, sostanzialmente, effetti non lontani da quelli dell'annullabilità stessa (cfr., per tutti, Talamanca, *Istituzioni*, cit., 227), i quali del resto difficilmente potevano verificarsi in relazione ad un negozio protetto da un *iudicium bonae fidei*, in cui anche il dolo e la violenza rilevavano indipendentemente dall'inserzione di un'*exceptio*, e quindi *ipso iure* (ivi, p. 236 s., 241).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

i giuristi distinguano esplicitamente fra l'una e l'altra impostazione nel formulare le proprie soluzioni che verranno dunque unitariamente considerate in relazione ai requisiti dell'oggetto (246).

b) Il dolo delle parti nella fase di formazione del contratto non viene, in genere, preso in considerazione come vizio del consenso, che porti, di per sé stesso, alla mancata integrazione della fattispecie nella sua globalità: esso viene esaminato in contesti in cui si dà l'azione contrattuale per il risarcimento del danno, almeno nei limiti del cosiddetto interesse negativo, e non sembra che i giuristi romani abbiano impostato il problema nel senso se l'azione possa ritenersi esperibile, nonostante la mancata integrazione della fattispecie contrattuale (247).

c) Per la vendita, la violenza, come vizio del consenso, non è presa particolarmente in considerazione nelle fonti romane, né sotto il profilo della mancata integrazione della fattispecie, né sotto quello del risarcimento del danno subito: soltanto in Pauli *sent.* 1, 7, 9, con un linguaggio ed in un contesto che tradiscono ampiamente impostazioni postclassiche, si dichiara aver esercitato violenza colui che, per ottenere la *traditio* o la vendita di una cosa, abbia posto in catene la controparte: nulla si dice, però, sugli effetti della violenza stessa. Secondo i princìpi generali (248), le azioni di buona fede scaturenti dal contratto sarebbero dovute restare, nel caso, paralizzate *ipso iure*, perché da un atto viziato da violenza non può scaturire un *oportere ex fide bona*.

5. *L'oggetto del contratto. L'impossibilità della prestazione.* — *a*) Nel periodo classico oggetto di compravendita possono essere, secondo la terminologia di Gai 2, 12, sia *res corporales* che *res incorporales*, per le quali ultime si riscontra una disciplina sotto alcuni aspetti particolare (249). Le tematiche tradizionali in tema di oggetto della prestazione (250) si limitano nel caso a quelle della possibilità e della determinatezza (251).

Il problema della liceità invece non si pone, in linea di principio, per qualsiasi prestazione di dare in senso ampio, ivi ricompreso il *possessionem tradere* (252). Da questo punto di vista, anche rispetto a cose più di altre suscettibili di un uso antigiuridico, l'illiceità riguarda non l'oggetto, bensì lo scopo del contratto. Nell'esperienza romana non si rinvengono casi in cui si riconosca la nullità del negozio per illiceità dell'oggetto in sé considerato. Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 1, 35, 2 ricorda l'opinione dei *quidam*, per cui non potrebbe concludersi una valida compravendita di un *venenum malum*, ma tiene a precisare tale opinione nel senso che la nullità si ha soltanto nel caso in cui della sostanza in questione non si possa fare un uso lecito (253).

b) La prestazione deve essere possibile, ed avere quindi un oggetto che possa venir trasferito nel pacifico e definitivo godimento del compratore: il che coinvolge sia la possibilità fisica o materiale che quella giuridica (254). Scarsamente discussa nelle fonti è la impossibilità fisica, per cui viene trattato solo il caso della cosa perita prima della conclusione del contratto: in Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 1, 15 pr. si afferma la nullità del contratto per l'inesistenza della cosa (255), senza porsi problemi sull'eventuale incidenza della consapevolezza o meno di una o di entrambe le parti.

Da questo punto di vista, una complessa discussione sull'inesistenza dell'oggetto della compravendita si trova in Paul. 5 *ad Plaut.*, D. 18, 1, 57 ed in Papin. 10 *quaest.*, D. 18, 1, 58 (256), dove il

---

(246) Cfr. *infra*, § 5 lett. *b*, anche per la differenza tra il caso discusso da Paolo e quello affrontato da Papiniano (nel quale ultimo sembra residuare soltanto il profilo dell'errore).

(247) Su questi aspetti, cfr. *infra*, § 25 lett. *a*.

(248) Cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 241 s.

(249) Su di esse, cfr. *infra*, § 10 e 11. È ovvio che nella struttura originaria degli atti che attuavano, sul piano traslativo, lo scambio della cosa contro il prezzo, oggetto dello scambio stesso fossero praticamente solo le cose che sarebbero successivamente rientrate fra le *res corporales*.

(250) Che riguardano la possibilità, la determinatezza e la liceità: cfr. TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., 30 ss.

(251) Sotto il profilo della determinatezza non si hanno, per la cosa oggetto della compravendita, problemi analoghi a quelli che si presentano in materia di prezzo (v. *infra*, § 13 lett. *b-d*): ad esso può forse ricondursi la discussa ammissibilità della vendita di genere "illimitato" (v. *infra*, § 12).

(252) Che è la tipica obbligazione del venditore (su ciò cfr. *infra*, § 15): per i problemi relativi all'individuazione della natura — *in dando* o *in faciendo* — di tale obbligazione, cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 58 nt. 406.

(253) In questo modo è evidente che il giurista degli Antonini riporta l'illiceità al profilo funzionale: non è, però, detto — soprattutto tenendo conto del metodo casistico dei *prudentes* — che diverso fosse, e consapevolmente, l'indirizzo dei *quidam*.

(254) Sulla impossibilità cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 34 ss.; v., da ultimo, CUENA BOY, *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica*, Valladolid, 1992, 9 ss., ove ulteriore letteratura.

(255) Sul passo MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, in *ZSS.R.*, 1969, 96, con altra letteratura. Si noti come né in questo passo né altrove si ponga — non che il problema della cosa che non può esistere *in rerum natura*, l'ippocentauro di Gai 3, 97*a* — anche quello di una cosa mai esistita. Su Paul. 33 *ad ed.*, D. 19, 1, 21 pr. cfr. *infra*, § 9 lett. *d*.

(256) Su di essi, per l'esegesi pandettistica, v. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, II, Erlangen, 1884, 454 ss., 464 s.; cfr., poi, VOCI, *L'estensione dell'obbligo di*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

profilo dell'inesistenza dell'oggetto s'intreccia, in un discorso casistico, con quello dell'errore (257), ed è condizionata dalla circostanza che — trattandosi di immobili — non si dava mai la totale distruzione della cosa, perché residuava sempre l'area nel caso dell'incendio della *domus* (discusso da Paolo, nella *l.* 57) ed il fondo in quello dell'oliveto divelto dal vento (considerato da Papiniano, nella *l.* 58).

La trattazione più approfondita è quella di Paolo sulla *domus exusta* totalmente e parzialmente. Non è possibile comporre a sistema le soluzioni date su un piano che è casistico nell'impianto della discussione, e dove si contrappongono, come referenti della decisione, il carattere parziale o totale della distruzione e la consapevolezza dei contraenti. Nel caso di ignoranza di entrambe le parti la giurisprudenza più antica, di scuola sia sabiniana (Sabino e Cassio) che proculiana (Nerva) era — *nihil venisse* — per la nullità del contratto (258): la distruzione della *domus*, nonostante fosse residuata l'area, produceva una decisa innovazione sulla funzione socio-economica della cosa, la quale faceva considerare inesistente, sotto questo profilo, l'oggetto del contratto. Successivamente, nell'àmbito della scuola proculiana, Nerazio sosteneva la validità della vendita, purché non fosse andata distrutta la maggior parte della casa (259), individuando un limite quantitativo (260) entro cui tale funzione non poteva considerarsi immutata (261). La posizione di Paolo al riguardo non risulta esplicitamente (262); il giurista severiano, invece, approfondisce la disciplina per il caso della consapevolezza di una o di entrambe le parti: a stare a quanto risulta dall'attuale tenore del passo, che non è del tutto affidante, sembrerebbe che la discussione da parte di Paolo avvenisse in via autonoma.

La *scientia* del venditore produceva la validità del contratto (così D. 18, 1, 57, 1), purché fosse rimasto qualcosa della casa, e ciò importava — per esplicita affermazione del giurista — la responsabilità del venditore stesso nei limiti dell'*id quod interest* (263): si tratta indubbiamente di una decisione ispirata alla *bona fides* che regola i rapporti fra le parti, ma che sembra trovare un limite nel residuare, per quanto parziale, dell'oggetto del contratto nella sua precisa funzione economico-sociale. La *scientia* del compratore portava, secondo il § 2, alla validità del contratto (264): per questo caso il giurista non specifica se la soluzione possa valere anche nel caso di distruzione totale (265). Nel § 3 si afferma che, nel caso di consapevolezza di entrambe le parti (266), si ha la nullità del contratto senza nulla specificare in ordine alla distruzione totale o meno della *domus*: il

---

risarcire il danno nel diritto romano classico, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, II, Milano, 1947, 368 ss.: cfr. ora, con maggiore prudenza sul piano esegetico: ID., *Le obbligazioni romane (Corso di pandette). Il contenuto dell'obligatio*, I, t. 1, Milano, 1969, 136 ss.; FLUME, *Eigenschaftsirrtum*, cit., 64 ss.; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 127 s.; SCHWARZ, *Die Bedeutung des Geschäftswillens*, cit., 46 ss.; ZILLETTI, *La dottrina dell'errore*, cit., 65 s., 73 ss.; PETERS, *Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf*, in *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976, 289 ss.; FRIER, *Roman Law*, cit., 262 s. In questi autori ulteriore letteratura. Pur nell'attuale temperie metodologica, ispirata alla massima cautela nella critica testuale, è impossibile negare che questi passi abbiano subìto rimaneggiamenti o raccorciamenti.

(257) Per una valutazione sotto codesto profilo cfr. quanto si è già detto *supra*, § 4 lett. g.

(258) Con la conseguenza che il compratore poteva ripetere, come indebito, il prezzo pagato: si tratta di un caso di applicazione della *condictio indebiti*, non di quella *sine causa*, come vorrebbe l'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 128.

(259) Sulla genuinità della *sententia Neratii* non crediamo che si possa ora discutere (cfr., anche se con maggior prudenza, PETERS, *op. ult. cit.*, 290 nt. 27): può suscitare qualche perplessità il limite della *dimidia pars*, posto senza alcuna discussione. Ammessa la validità della vendita, non vi sono alternative alla soluzione — proposta dallo stesso Nerazio — della proporzionale riduzione del prezzo, prevista, come sottolinea il VOCI, *Le obbligazioni*, cit., 139 nt. 34, anche in Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 17.

(260) E, come tale, tutto sommato arbitrario.

(261) Tenuto conto dell'impostazione casistica dei *prudentes* non è di certo possibile affermare che i giuristi precedenti avessero escluso una soluzione del genere.

(262) Qualsiasi illazione sulla base dell'andamento del passo è incerta, date le condizioni in cui, come si è detto, è pervenuto il testo. Potrebbe apparire, però, verisimile che Paolo partisse dall'accettazione della soluzione di Nerazio, dato che sviluppa il suo discorso per fattispecie in cui si riscontra, in vario modo motivata, l'efficacia del contratto.

(263) Secondo una tendenza che trova ampia diffusione nella disciplina del *dolus in contrahendo*: cfr. *infra*, § 25.

(264) V. le diverse giustificazioni datene dal VOCI, *op. ult. cit.*, 139 s. (sul piano del consenso), e dal PETERS, *op. ult. cit.*, 292 (sul piano del contemperamento degli interessi in gioco, anche con richiamo al *periculum emptoris*): in effetti, è esclusa nel caso qualsiasi falsa rappresentazione da parte del compratore, mentre non v'è da tutelare alcun interesse del venditore, dal cui consenso sul prezzo concordemente determinato in relazione alla casa integra si può ricavare — alla stregua di quanto decide Pompon. 32 *ad Q. Muc.*, D. 19, 2, 52 — quello sulla cosa parzialmente distrutta.

(265) Il che sembrerebbe escluso dall'inizio del § 2 («*simili modo etc.*»). Va d'altronde rilevata la valenza a ben vedere solo formalistica del presupposto evidenziato nel § 1 rispetto all'esigenza che residuasse la funzione socio-economica della cosa venduta, nonché la circostanza che esso non pone una restrizione di forte rilievo pratico alla validità stessa.

(266) Cfr. per la classicità, ma con valutazioni differenti, VOCI, *op. ult. cit.*, 140; PETERS, *op. ult. cit.*, 291.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

fondamento della decisione non viene, però, trovato nell'inesistenza della cosa venduta con riguardo alla sua specifica funzione economico-sociale, ma nel fatto che le azioni delle parti, in quanto *iudicia bonae fidei*, erano reciprocamente paralizzate dal dolo. Ciò individua l'esatta portata della fattispecie considerata che appare, però, più un caso di scuola, prospettato per una sorta di completomania, che un'evenienza pratica di qualche rilievo (267): le parti non si erano fatte carico di comunicarsi reciprocamente l'esatta conoscenza della situazione esistente al momento della conclusione del contratto (268), e per questo si erano comportate dolosamente l'una nei confronti dell'altra (269).

Diverso il problema affrontato da Papiniano nella *l.* 58, in cui, indipendentemente dalla consapevolezza del venditore, è affermata la nullità della vendita nel caso di ignoranza del compratore (270), che avesse acquistato un fondo esclusivamente a causa delle culture arboree (271) andate distrutte prima della conclusione del contratto: nonostante i compilatori avvicinino i due passi, non v'è nella *l.* 58 la possibilità di guardare alla fattispecie sotto il profilo dell'inesistenza dell'oggetto, ché la funzione economico-sociale del fondo resta la stessa anche dopo la distruzione della cultura arborea, onde il profilo è soltanto quello dell'errore (272).

Questi passi vengono generalmente discussi in tema di nullità della vendita per inesistenza dell'oggetto (273). Come si è dianzi accennato, ciò non è esatto per quanto concerne il caso discusso da Papiniano della distruzione delle culture arboree. Nella fattispecie *domus exusta*, i due profili dell'inesistenza dell'oggetto e del consenso s'intrecciano strettamente, senza che, per quanto possiamo sapere, Paolo e gli altri giuristi interessati collochino esattamente le loro soluzioni sotto l'uno o sotto l'altro profilo, il che è del tutto omologo all'impostazione casistica della giurisprudenza, aliena dall'inquadramento generale, impostazione che, sotto un certo punto di vista, poteva facilitare — evitando l'impegno nella costruzione dei princìpi generali — il ritrovamento della decisione più adeguata del caso nella sua specifica individualità.

6. *La vendita dell'uomo libero.* — *a*) Molto più discussa è la problematica relativa all'impossibilità giuridica, in relazione alla particolare funzione del contratto (274). Deve anzitutto trattarsi di cose idonee ad essere oggetto di rapporti giuridici privati: e la relativa problematica concerne la vendita dell'uomo libero (275) — quale schiavo apparente — o di una *res extra commercium* (276). Le questioni che sorgono al proposito non concernono la funzione traslativa (277): da questo punto di vista, qualsiasi atto volto a trasferire, sul piano dei diritti reali, una *res extra commercium* od un uomo libero resta privo d'effetto (278) su tale cosa o sulla persona libera.

---

(267) Non si vede, infatti, quale mai interesse potesse avere il compratore nel tacere del perimento totale o parziale della *domus*.

(268) Altrimenti il contratto stesso avrebbe avuto ad oggetto l'area e quanto restasse eventualmente della *domus*.

(269) Almeno secondo una valutazione tipica della reticenza, la quale doveva esser rivolta ad ingannare l'altro contraente, altrimenti si sarebbe usciti fuori della fattispecie del dolo.

(270) Forse perché ne leggevano il più ampio contesto, gli stessi compilatori si rendevano conto che il parere di Papiniano si riferiva al caso in cui il compratore fosse *ignorans*: il che potrebbe essere stato a base della palese interpolazione della parte finale del passo (cfr. ancora Voci, *op. ult. cit.*, 142), dove, con esplicito riferimento alla *l.* 57, si differenzia in funzione della consapevolezza delle parti, e che è costruita in modo tale da non dare, anche in relazione a quanto precede, un senso soddisfacente.

(271) L'esempio fatto è quello di un uliveto.

(272) Non si può, quindi, cogliere nella contrapposizione fra la *l.* 57 e la *l.* 58 la sicura prova che — nel caso di ignoranza di entrambe le parti — Papiniano avrebbe ancora seguito l'opinione di Sabino, Cassio e Nerva. Si noti, d'altronde, come lo stesso Papiniano non proponga una valutazione differenziata della posizione del *venditor sciens* od *ignorans*, come altrove avviene per quanto concerne i difetti di qualità della cosa (su ciò cfr. *infra*, § 25 lett. *g*).

(273) V., fra gli altri, ancora Talamanca, *op. ult. cit.*, 37 nt. 239. In senso contrario, Flume, *lc. ult. cit.*, seguito, ad esempio, da Schwarz, *lc. ult. cit.*; su questa posizione si allinea, del resto, anche lo Zilletti, *lc. ult. cit.*, che li riporta — è vero — alla problematica dell'identificazione dell'oggetto, che, nella sua impostazione, è però sostitutiva di quella del consenso e dell'errore.

(274) Su questa tematica cfr., da ultimo, Cuena Boy, *Estudios*, cit., 33 ss., dove in genere è passata in rassegna con accuratezza la precedente letteratura.

(275) Che non è una cosa in senso proprio: in un ordinamento che ammette la schiavitù è però di estrema rilevanza la possibilità che, per qualsiasi motivo, si concluda, sul piano di fatto, un atto giuridico avente ad oggetto un uomo libero preso invece per un servo.

(276) Che sono per definizione le cose su cui non possono aversi rapporti giuridici privati, ed in cui rientrano le cose pertinenti al culto (*res divini iuris*, con l'ulteriore divisione in *res sacrae*, *res religiosae*, *res sanctae*), le cose appartenenti allo Stato (*res publicae*), nelle quali solo gradualmente vennero a ricomprendersi le *res fisci*, e le *res communes omnium*: su questi problemi cfr. per tutti Kaser, *Das römische Privatrecht*[2], I, cit., 376 ss., dove letteratura (per il modo di vedere di chi scrive, cfr. Talamanca, *Istituzioni*, cit., 379 ss.).

(277) Cui in definitiva è però subordinata anche la compravendita obbligatoria.

(278) Sia sul piano del *dominium ex iure Quiritium* che

Senato della Repubblica - Archivio Storico

È, invece, in relazione agli effetti meramente obbligatori dell'*emptio venditio* consensuale che si può porre il problema se ed in quali limiti il contratto avente un oggetto siffatto possa produrre degli effetti, il che — sia per l'uomo libero che per le *res extra commercium* — viene discusso nelle fonti (279), nelle quali si fanno scaturire, in vario modo, effetti diversi, sempre in funzione della buona fede delle parti, e soprattutto del compratore.

b) La compravendita avente ad oggetto un uomo libero non produce effetti quando entrambe le parti siano a conoscenza dell'effettivo *status* della persona (280). Nel caso in cui almeno il compratore fosse di buona fede, secondo Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 18, 1, 4 e 6 pr. (intervallati dal frammento breve di Paul. 5 *ad Sab.*, *eod.*, 5) già Sabino ammetteva l'integrazione della compravendita, pur partendo dal principio che *nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* (281); nella prima metà del II secolo d.C., seguivano tale soluzione sia Celso, un proculiano, che Pomponio, il quale, se non sabiniano, era certamente vicino — come Gaio — a tale scuola (282). In periodo severiano Paolo ed Ulpiano seguono questa opinione, ma lo stesso vale anche per Papiniano (283). All'inizio del III secolo d.C. — nell'*epistula* a Giulio Paolo riportata nel citato D. 40, 13, 4 — Licinio Rufino parte dal presupposto della nullità della vendita dell'uomo libero, ma successivamente si allinea però all'opinione del suo consulente (Lic. Ruf. 8 *reg.*, D. 18, 1, 70), specificando che si tratta di un'opinione di maggioranza (*plerique*). È incerto che cosa si possa ricavare da questa presa di posizione (284), perché

---

dell'*in bonis habere*, nonché della cosiddetta proprietà provinciale (per quanto riguarda le *res fisci* situate fuori dell'Italia). Sul libero che si vende *pretii participandi causa*, cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *c*.

(279) La letteratura è, sull'argomento, molto abbondante: oltre al Bechmann, *Der Kauf*, II, cit., 439 ss., cfr., fra i più recenti, Longo C., *Corso di diritto romano*, Milano, 1937, 324 ss.; Voci, *L'errore*, cit., 146 ss.; Sargenti, *Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, cit., II, 233 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita*², cit., 128 ss.; Reggi, *Liber homo bona fide serviens*, Milano, 1958, 242 ss.; Stein, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh-London, 1958, 61 ss.; Medicus, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz, 1962, 163 ss.; Grosso, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, Torino, 1966, 55 ss.; Honsell, *Quod interest*, cit., 107 ss.; Voci, *Le obbligazioni romane*, cit., 160 ss.; Murga, *La venta de las 'res divini iuris' en el derecho romano tardío*, Santiago de Compostela, 1971; Id., *Nulidad o ilicitud en la enajenación de las 'res sacrae'*, in *AHDE*, 1971, 555 ss.; Id., *Una 'actio in factum' de Ulpiano para la venta de sepulcros*, in *RIDA*, 1974, 299 ss.; Peters, *Zur dogmatischen Einordnung*, cit., 285 ss. (nonché Id., *Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer*, in *ZSS.R.*, 1979, 190 s.); Thomas, *The Sale of 'Res extra Commercium'*, in *Current Legal Problems*, 1976, 135 ss.; Talamanca, *Obbligazioni*, cit., 36; Ben Dror, *The Perennial Ambiguity of 'Culpa in Contrahendo'*, in *The American Journal of Legal History*, 1983, 155 ss.; Choe, *Culpa in contrahendo bei Rudolph von Jhering*, Göttingen, 1988, 19 ss.; Zimmermann, *The Law of Obligations*, cit., 241 ss.; Cuena Boy, *op. cit.*, 43 ss., 51 ss. In questi autori ulteriore letteratura.

(280) Alla pari della *stipulatio* era nulla anche la compravendita sottoposta alla condizione *cum servus erit* (Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 34, 2): v. Medicus, *Zur Funktion*, cit., 97; Cuena Boy, *op. cit.*, 17, 30 s., 36 e 39 s. In tale fattispecie rilevava l'illiceità dell'assetto d'interessi divisato.

(281) Tale principio viene formulato da Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 18, 1, 8 pr., e la risalenza a Sabino è del tutto verisimile. Il contesto era anche originariamente non lontano da quello in cui lo stesso giurista proponeva le considerazioni ora riportate nella *l.* 4 e 6 pr., ed il principio stesso viene ulteriormente precisato, nella *l.* 8, in relazione alla compravendita di cose future (v. *infra*, § 9).

(282) Codesta opinione è ormai del tutto incontrastata: cfr., ad esempio, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 129 ss.; Reggi, *lc. cit.*; Stein, *lc. cit.*; Medicus, *Id quod interest*, cit., 163; Grosso, *lc. ult. cit.*; Honsell, *op. cit.*, 108; Peters, *Zur dogmatischen Einordnung*, cit., 293 ss.; Cuena Boy, *op. cit.*, 45 ss. Appare ormai del tutto abbandonata l'opinione nel senso di negare che i classici avessero potuto configurare la validità della vendita, anche nel caso dell'uomo libero, opinione sostenuta soprattutto dal Haymann, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, I, Berlin, 1912, 154 ss. Dalla contrapposizione, nei passi di Pomponio, fra il pensiero di Sabino e di Celso non può ricavarsi che il primo optasse per la nullità del contratto (così infondatamente il Voci, *Le obbligazioni romane*, cit., 151 s., 160 ss.), né che avesse ammesso la compravendita putativa anche a favore dell'*emptor sciens* (così esplicitamente Bussmann, *L'obligation de délivrance du vendeur en droit romain classique*, thèse, Lausanne, 1933, 84: v. anche Biondi, *La vendita di cose fuori di commercio*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, Palermo, 1936, 11): *contra*, v. per tutti Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 129 s.; Stein, *op. cit.*, 64 s.; Peters, *op. ult. cit.*, 291 s.; Cuena Boy, *op. cit.*, 48.

(283) Cfr. Paul. 12 *quaest.*, D. 40, 13, 4 (e indirettamente lo stesso insegnamento è assunto come valido in D. 18, 1, 34, 2, tratto dal lb. 33 *ad ed.*), e nel complessivo contesto può valutarsi positivamente anche l'in sé irrilevante D. 18, 1, 5 già visto; Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17, 1, 8, 5 (31 *ad ed.*). In Papin. 27 *quaest.*, D. 17, 1, 54, 1, si parla genericamente di azioni *quas habet emptor adversus venditorem*, e da tutto l'andamento del passo è difficile non pensare, anche per l'uso del plurale, all'azione contrattuale, oltre a quella nascente dalla stipulazione di garenzia per l'evizione (od all'*actio auctoritatis*), il che depone nel senso della validità della compravendita. La *l.* 54, 1 così smentisce, se ve ne fosse stato bisogno, l'interpretazione del Haymann, *op. cit.*, 159 s., per cui la nullità della vendita dell'uomo libero si ricaverebbe, per Papiniano, da D. 16, 1, 27, 1 (lb. 3 *resp.*), in cui l'accenno al mancato acquisto del *dominus* nel caso uno schiavo comperi un uomo libero ben va riferito agli effetti traslativi (così esattamente lo Scialoja, *Compra-Vendita*, cit., 265: il Biondi, *op. cit.*, 15, ipotizza, invece, un *emptor sciens*).

(284) Sulla quale cfr. Cuena Boy, *op. cit.*, 45 s., il quale respinge, a ragione, l'opinione del Watson, *The Law of*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

non risultano dubbi al riguardo a partire da Sabino in poi: potrebbe sembrare, però, eccessivamente presuntuoso da parte di un giurista modesto, come Licinio, sottolineare in tal modo il proprio isolato *dissenting opinion*. All'epoca di Diocleziano, la cancelleria non aveva dubbi al riguardo della validità della vendita (285).

c) Non risultano dati sicuri sull'origine e sul fondamento di questa dottrina. Sin dalla fine della repubblica (286), il pretore denegava la *vindicatio in libertatem* all'uomo libero che si fosse fatto vendere *pretii participandi causa* (per dividere con il venditore il ricavato della vendita), purché il compratore fosse *ignorans*. La giurisprudenza tardo-classica considerava questo come un caso di riduzione in schiavitù (287), il che era da escludere per quella più antica. Si tratta, indubbiamente, di una *Reflexwirkung* della *mancipatio*, ed eventualmente della *traditio emptionis causa*, in cui si dà comunque rilievo alla compravendita intercorsa fra le parti, e da questo aspetto può pensarsi si sia sviluppata la dottrina della validità della vendita (288). Con ciò concorre la responsabilità per l'evizione del venditore, che era tenuto con l'*actio auctoritatis*, se dell'uomo libero fosse stata fatta *mancipatio* (289), e nella compravendita consensuale in base alle apposite stipulazioni od all'*actio empti* in funzione di garenzia, sicuramente attestata nel caso in esame per l'epoca di Diocleziano (290). Anche se la possibilità di agire con l'*actio auctoritatis* o con quella *ex stipulatu* non comportava necessariamente, dal punto costruttivo, la validità della vendita (291), ciò può avere ulteriormente agevolato il prevalere di questa soluzione (292).

V'è poi il problema della giustificazione "dogmatica" della validità riconosciuta alla vendita in questa fattispecie: la si è trovata, ma senza troppo convincere, nella circostanza che l'obbligazione del venditore romano era soltanto di *tradere possessionem* e che d'altronde era possibile la *possessio* del *liber homo bona fide serviens* (293). Si accentua, d'altra parte, il profilo della *bona fides* come fondamento dell'obbligazione (294). Indub-

---

Obligations, cit., 44 nt. 5, per cui il modo di esprimersi di Rufino si riporterebbe al fatto che alle origini l'efficacia della vendita dell'uomo era subordinata alla buona fede di entrambi i contraenti: sotto il profilo pratico, è il caso di mala fede del venditore che reclama, più dell'opposto, una regolamentazione in favore del compratore.

(285) Cfr. i passi che, in materia di evizione, danno l'*actio empti* in funzione di garenzia (*infra*, nt. 290).

(286) L'intervento del pretore era già conosciuto da Q. Mucio, come si ricava da Paul. 50 *ad ed.*, D. 42, 12, 23 pr. connesso dai compilatori con Mod. 1 *poen.*, *eod.* 21 pr.; nel caso mancasse l'intenzione di spartire il prezzo, era data un'*actio in duplum* contro il libero che avesse consentito alla propria vendita come schiavo, azione che concorre con la responsabilità evizionale del venditore (Ulp. 55 *ad ed.*, D. 40, 12, 20, 4). Su ciò cfr. Kaser, *op. cit.*, I, 292.

(287) Cfr. Marcian. 1 *inst.*, D. 1, 5, 5, 1 e Mod. 7 *reg.*, D. 1, 5, 21: su ciò cfr., per tutti, Kaser, *op. cit.*, I, 292 testo e nt. 46.

(288) Sul piano sostanziale rileva l'estrema facilità con cui un libero poteva essere scambiato con uno schiavo (Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 1, 5).

(289) Cfr. Iulian. 57 *dig.*, D. 21, 2, 39, 3, che si riferisce alla *sedes materiae* dell'*auctoritas* (v., per tutti, Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, 463: sul passo cfr. anche Cuena Boy, *op. cit.*, 49 s.): cfr., qui esattamente, Haymann, *op. cit.*, 165 s.; per la *l.* 39 in generale, v. Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 323 s.: si tratta di una responsabilità affermatasi già *ab antiquo*, sicuramente prima dell'introduzione della compravendita consensuale. Per la responsabilità per evizione, probabilmente nelle forme dell'*auctoritas*, in caso di *mancipatio* di uomo libero, cfr. anche Scaev. 2 *quaest.*, D. 21, 2, 69, 4, dove viene trasmesso come *statuliber* uno schiavo di cui si è verificata la condizione della *manumissio testamento*, e quindi un *homo liber*, come esplicitamente dice il giurista.

(290) Cfr. Ulp. 55 *ad ed.*, D. 40, 12, 20, 4; Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 21, 2, 19, 1 (relativo all'*actio empti*?); Paul. 12 *quaest.*, D. 40, 13, 4; Gord., C. 8, 44, 12 (del 239 d.C.). Cfr., poi, di Diocleziano, C. 7, 45, 8 (del 283-294 d.C.); C. 8, 44, 18 e 21 (del 293 d.C.); *eod.* 24 e 25 (del 294 d.C.). La responsabilità evizionale è ancora ricordata da Giustiniano, in C. 7, 17, 2, 1 (del 531 d.C.), come fondamento, in epoca classica, della eventuale prosecuzione del processo liberale condotto dall'*adsertor libertatis*, anche dopo la morte del soggetto il cui *status* era in questione.

(291) Per l'*auctoritas*, la responsabilità nasceva dal pagamento del prezzo collegato all'inefficacia traslativa della *mancipatio*; nella *stipulatio duplae* ed in quella *habere licere* la *conceptio verborum* faceva riferimento — come condizione della *commissio poenae* o come oggetto dell'obbligazione — al cessare dell'*habere licere* quale situazione di fatto. Dalla responsabilità per evizione deducono, invece, immotivatamente l'efficacia della vendita Longo G., *Le 'res extra commercium' e l'azione di danni nei contratti di vendita nulli*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1929, 372 s., nonché Medicus, *op. ult. cit.*, 166 nt. 12.

(292) Troppo puntuale la ricostruzione dello sviluppo storico che, anche in relazione alla buona o mala fede delle parti, lo Stein, *op. cit.*, 65 s., vuole trarre dall'andamento di Lic. Ruf. 8 *reg.*, D. 18, 1, 70.

(293) Così, ad esempio, Biondi, *op. cit.*, 7 s.; Stein, *op. cit.*, 63; Ben Dror, *op. cit.*, 159 s.; Zimmermann, *op. cit.*, 242, e da ultimo Cuena Boy, *op. cit.*, 43 ss. (il quale, però, tende in questa sede ad accentuare, in definitiva, la tutela del compratore di buona fede) e 51 ss. (tentando di trovare un egual fondamento per la validità della vendita delle *res extra commercium*): propende a sottolineare la fattualità del possesso il Voci, *L'errore*, cit., 147 s. *Contra*, a ragione (ma con argomenti d'ineguale valore), Reggi, *op. cit.*, 244 nt. 105 e 246 nt. 112; e, sostanzialmente, anche Peters, *op. ult. cit.*, 293.

(294) Cfr., ad esempio, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 130, che parla al riguardo di «compravendita putativa» (ma che — rispetto all'integrazione della *demonstratio* nella *formula* — ricorre anche al rilievo dell'esistenza del consenso: cfr. p. 209): cfr. anche Sargenti, *op. ult. cit.*, 246 ss.; ed ora Voci,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

biamente, tutte le obbligazioni delle parti riposano — nell'*emptio venditio* — sulla buona fede stessa, né si può negare alla medesima un rilevante ruolo nella vendita dell'uomo libero (e nei casi similari), quando si tenga presente il diverso trattamento delle fattispecie in cui l'obbligazione avente un tale oggetto nasce da un negozio tutelato da un'*actio stricti iuris* (295). Ma non risulta che i giuristi trovassero qui lo specifico motivo per cui si è riconosciuta l'efficacia del contratto prescindendo dall'esistenza dell'oggetto (296). Proponendo una giustificazione che — ancorché assata su momenti oggettivamente rilevanti nella realtà romana — è propria dello storico più che non risulti dalle fonti, si rischia, come sempre accade in casi del genere, di attribuire ai giuristi classici una costruzione dogmatica, che in tanto sarebbe stata operativa, in quanto fosse stata consapevolmente assunta, così da ritenerne un'effettiva influenza sulle modalità della disciplina dell'efficacia del contratto.

d) Non è del tutto facile ricavare dalle fonti quale fosse il regime della compravendita dell'uomo libero. La transazione intercorsa fra le parti non può esplicare i suoi effetti traslativi (297). Gli effetti a favore del compratore di buona fede, presupposti dall'impostazione stessa del problema, sono esplicitamente attestati dalle fonti (298). Da Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17, 1, 8, 5 (299), risulta, del resto, che dall'affermata validità del contratto Giuliano ed Ulpiano avevano tratto la conseguenza dell'astratta esperibilità dell'*actio venditi* (su cui la dottrina non si è soffermata), anche se ne rilevavano immediatamente l'inutilità pratica (300).

Per l'azione del compratore v'è, anzitutto, il problema, se essa presupponesse il dolo del venditore. Nel nostro caso (301), tale requisito è sicuramente da escludere nell'àmbito dell'ipotesi della compravendita putativa, né lo si è mai seriamente sostenuto. Ciò trova esplicita conferma dalle fonti: nel tardo Lic. Ruf. 8 *reg.*, D. 18, 1, 70, la compravendita putativa è esplicitamente affermata anche nel caso di buona fede del venditore (302), mentre l'esperibilità dell'azione contro il venditore di buona fede risulta poi anche da Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17, 1, 8, 5 (303).

Si è isolatamente sostenuto che il compratore conseguisse con l'*actio empti* il solo interesse negativo (304). L'unico dato che positivamente emerge dalle fonti concerne l'*actio empti* in fun-

---

Le obbligazioni romane, 160 ss.; Cuena Boy, *op. cit.*, 44 s. V. altresì Talamanca, *op. ult. cit.*, 37 nt. 239.

(295) E, soprattutto, dalla *stipulatio*, dove il negozio è nullo e non produce in alcun modo effetti (cfr. Gai 3, 97, ripreso in Gai. 2 *aur.*, D. 44, 7, 1, 9, nonché in *I.* 3, 19, 2: su di essi v. Reggi, *op. cit.*, 274 ss.; Cuena Boy, *op. cit.*, 27 ss., 33 ss. e 39 ss.); non vi sono attestazioni per il legato *per damnationem*: in tema di *res publicae*, cfr. però Ulp. 21 *ad Sab.*, D. 30, 39, 10, dove si esclude esplicitamente la prestazione dell'*aestimatio*.

(296) Cfr., del resto, la problematica relativa alla mancanza fisica dell'oggetto (cfr. *supra*, § 5 lett. *b*) ed all'esperibilità dell'azione nel caso di risoluzione del contratto (su cui cfr. Peters, *Die Rücktrittvorbehalte*, cit., 262 ss.). Per il problema della validità nel caso delle *res extra commercium* v. *infra*, § 7.

(297) Questo è, come già detto (v. *supra*, in questo paragrafo, lett. *a*), ovvio.

(298) Si veda la concessione dell'*actio empti* da parte di Ulpiano, in D. 17, 1, 8, 5, e di Papiniano, in D. 17, 1, 54, 1. D'altro lato, se in D. 18, 1, 4 e 6 pr., per Pomponio e Celso, in D. 40, 13, 4 e 18, 1, 34, 2, per Paolo, e in D. 18, 1, 70, per Licinio Rufino, non si parla dell'azione, ma soltanto dell'esistenza della compravendita, è evidente che a tale riconoscimento deve — come effetto minimale — riportarsi la conseguenza della tutela, in via d'azione, del compratore di buona fede.

(299) Sul frammento può farsi, senz'altro, affidamento (cfr., soprattutto, Longo G., *op. cit.*, 370; Medicus, *op. ult. cit.*, 75 s.): la contraria opinione della critica interpolazionista, ripresa anche dal Valente, *Note sulla 'culpa in contrahendo'*, in *Ann. Macerata*, 1958, 319 ss., difetta di qualsiasi fondamento. Il passo non era stato tenuto presente dal Thomas, *op. ult. cit.*, 140, quando affermava che non si trovava alcuna traccia dell'*actio venditi* nella fattispecie di cui si tratta.

(300) Venuto in chiaro l'effettivo *status* della persona, il venditore stesso sarebbe stato tenuto a restituire quanto avesse percepito in seguito all'esperimento dell'*actio empti* da parte del compratore (cfr. in questo senso, ma senza tener conto della *l.* 8, 5, Peters, *op. ult. cit.*, 297 s.). Sotto un diverso profilo, il problema degli effetti a favore del venditore *ignorans* che avesse subito un danno — ad esempio, per le spese incontrate per l'esecuzione del contratto — si sarebbe potuto porre nel caso dell'*emptor sciens*, per cui le fonti affermano, senza eccezioni (cfr., particolarmente, Lic. Ruf. 8 *reg.*, D. 18, 1, 70), che non si dà compera (*nulla emptio contrabitur*). Bisogna tener conto, al proposito, del procedere topico dei giuristi: il caso del danno al venditore di buona fede doveva esser piuttosto remoto, anche in una casistica fittizia; l'assenza di una trattazione al livello casistico è dunque insufficiente per argomentare che, presentatosi il caso, la soluzione sarebbe stata negativa.

(301) Diversa la problematica e la situazione testuale in materia di *res extra commercium*: v. *infra*, § 7 lett. *b*, anche per l'irrilevanza di *I.* 3, 23, 5, per quanto concerne la vendita dell'uomo libero pur nel diritto della compilazione.

(302) Al che corrispondono i passi che richiedono soltanto la buona fede del compratore: Celso e Pomponio, in D. 18, 1, 6 pr.; Paolo in D. 18, 1, 34, 2 e D. 40, 13, 4.

(303) E rileva al proposito l'utilizzo — ancorché attestato, con sicurezza, solo per Diocleziano — dell'*actio empti* in funzione di garenzia.

(304) Così esplicitamente Jhering, *'Culpa in contrahendo' oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* (1860), ora in *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Jena, 1881, 381 ss. (dove discussione della precedente letteratura), negando conseguentemente la piena validità del contratto assimilato, sotto questo punto di vista, alla vendita delle *res extra commercium*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

zione di garenzia, nel qual caso l'*id quod interest* comprende, almeno, l'*habere licere* (305). Non vi è quindi difficoltà ad ammettere che il venditore risponda per l'interesse positivo (306), nei limiti in cui egli sia, in generale, tenuto a risarcire il compratore in tale misura (307): al di fuori della responsabilità per l'evizione (dove non giocano profili riconducibili all'imputabilità del danno al venditore), non è in astratto esclusa la possibilità che, proprio in base alla *bona fides* quale misura delle obbligazioni delle parti, la responsabilità del venditore potesse variare a seconda dell'atteggiamento psicologico a lui imputabile circa l'effettivo *status* dell'uomo oggetto del contratto, ma va rilevato come al proposito nulla risulti dalle fonti, e non sappiamo, neppure, se il problema fosse giunto alla consapevolezza dei giuristi romani.

7. *La vendita delle «res extra commercium».* — *a*) Maggiori difficoltà suscita il regime della compravendita delle *res extra commercium* (308) per il caso in cui il compratore fosse di buona fede. L'esistenza della vendita era negata da chi pur ammetteva la validità della compravendita dell'uomo libero, come Paolo ed Ulpiano (309). Quando il compratore avesse pagato il prezzo, l'unico rimedio che restava esperibile era, sul piano del diritto civile, la ripetizione del prezzo indebitamente versato, alla quale esplicitamente si riferisce Paolo, in D. 18, 1, 23. Questa soluzione lasciava aperto il problema del risarcimento dell'ulteriore o diverso danno subito dal compratore: Ulpiano ricordava, in tal caso, un'*actio in factum* concessa in via decretale dal pretore, contro colui che avesse venduto un *locus religiosus pro puro* (310), azione che aveva, si dice, lo stesso regime dell'*actio ex empto* (311): ed a questa af-

(305) Sull'ammontare della condanna nell'*actio empti* in funzione di garenzia, cfr. *infra*, § 24 lett. *k*.

(306) Cfr. Medicus, *op. ult. cit.*, 163; Honsell, *op. cit.*, 107 ss.; Kaser, *op. cit.*, I, 549 nt. 42; e con una visuale differenziante Peters, *op. ult. cit.*, 293 ss. (v., del resto, Talamanca, *op. ult. cit.*, 37). Pur dichiarata praticamente inutile, l'azione del venditore mirava d'altronde, anch'essa, all'interesse positivo (e, precisamente, al pagamento del prezzo).

(307) Né sorgono problemi in ordine al modo in cui il giudice doveva procedere alla *litis aestimatio*: su ciò cfr. Honsell, *op. cit.*, 109. Non convincono in senso contrario le osservazioni del Peters, *op. ult. cit.*, 294 s., che non sembra riflettere sull'utilizzabilità dell'*actio empti* in funzione di garenzia: di questo autore non è da accettare neppure l'ulteriore ipotesi che si desse un trattamento differenziato in relazione allo stadio di sviluppo in cui veniva a trovarsi il contratto al momento in cui il compratore veniva a conoscenza dell'effettivo *status* dell'apparente schiavo: l'unico momento in cui può rilevare la buona fede è quello della conclusione del contratto.

(308) Sul *commercium*, cfr. la letteratura citata in Kaser, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 35 nt. 33. Si noti che non era considerata *extra commercium* la *res in potestate hostium*, in quanto per essa Pompon. 10 *epist.*, D. 19, 1, 55, sulla scorta di Ottaveno, configura — in ordine allo schiavo — soltanto una *difficultas in praestando*, sottolineando come sia venditore che compratore ne avessero il *commercium*. Non risulta, però, quale fosse il regime dell'obbligazione del venditore, né è possibile determinare in quali casi si applicasse la disciplina prevista da Paul. 15 *quaest.*, D. 46, 3, 98, 8 per la *stipulatio*, nel caso della cattura successiva da parte del nemico (cfr. Medicus, *Zur Funktion*, cit., 88 s.). Sempre nell'àmbito della *verborum obligatio*, un diverso regime è attestato per i fondi in territorio nemico da Mod. 5 *pand.*, D. 45, 1, 102. Su ciò, v. anche Talamanca, *Obbligazioni*, cit., 35 nt. 229. Per la dottrina sull'argomento, v. *supra*, nt. 279.

(309) Cfr. la contrapposizione di Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 34, 1-2, nonché Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 1, 23, dove si afferma che, nel caso, il compratore ha soltanto la *condictio* del prezzo eventualmente pagato. In Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 1, 22 e 24, il giurista era per la validità del contratto soltanto quando *modica loca* all'interno del fondo venduto rientrassero fra le *res publicae* o *divini iuris* (su questi passi, nella cui problematica non è qui possibile intrattenersi, cfr. Cuena Boy, *Estudios*, cit., 66 ss., anche per la discussione di *FIRA* III, 276, n. 86, la *sententia Senecionis*, con un'interpretazione in molti punti discutibile). Isolata la posizione del Voci, *L'errore*, cit., 152 ss., che estendeva a tutti i giuristi classici la compravendita putativa nel caso delle *res extra commercium* (ipotesi più tardi abbandonata: Id., *Le obbligazioni romane*, cit., 151 ss.). È dubbio che da Papin. 3 *resp.*, D. 18, 1, 73 pr. (= *Frg. Vat.* 5) si possa ricavare (così, invece, Biondi, *La vendita*, cit., 19) che il giurista severiano optasse per la nullità dell'*emptio venditio* obbligatoria, ché egli si riferiva all'aspetto acquisitivo (così Peters, *Die Rücktrittvorbehalte*, cit., 300 nt. 76), o considerava il caso del compratore in buona fede (non facile qui da ipotizzare). La nullità della vendita delle *res religioni destinatae* affermata in Anton. Car., C. 3, 44, 2 (del 216 d.C.), in Gord., C. 9, 19, 1 (del 240 d.C.), ed in Phil., C. 3, 44, 9 (del 245 d.C.) non si riferisce, nel contesto, anche agli effetti obbligatori del contratto.

(310) Si ricordi che, rispetto alle altre *res divini iuris* ed alle *res publicae*, la vendita del *locus religiosus* doveva esser la fattispecie statisticamente più rilevante.

(311) Cfr. Ulp. 25 *ad ed.*, D. 11, 7, 8, 1, passo largamente discusso in dottrina, in cui, da tempo, è diffusa l'opinione che non la ritiene un rimedio contro il venditore offerto al compratore di buona fede. Per un ampio resoconto di letteratura, cfr. Stein, *Fault*, cit., 68 ss. (cfr., Id., *Some Reflections on 'Ius Sepulchri'*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1965, 113 ss.), il quale vi vede un'azione penale, data al titolare del *ius sepulchri* contro la persona, per effetto del cui dolo si è proceduto alla vendita del *locus religiosus* come *purus* (a tali conclusioni aderisce il Peters, *op. ult. cit.*, 302); ed in questo ordine d'idee si muoveva, del resto, anche il Grosso, *Obbligazioni*³, cit., 58 s.; e v., da ultimo, Cuena Boy, *op. cit.*, 78 ss. Che si tratti di un rimedio in sostituzione dell'azione contrattuale è, invece, sostenuto fra gli ultimi soprattutto dall'Arangio-Ruiz, *La compravendita*², cit., 133; dal Voci, *Le obbligazioni romane*, cit., 154 s.; dal Thomas, *The Sale*, cit., 145, nonché dallo Zimmermann, *The Law of Obligations*, cit., 245. Cfr. altresì Murga, *Una 'actio in factum'*, cit., 299 ss. (ma v. già Id., *Nulidad o ilicitud*, cit., 619 ss.), di cui non sembra fondato il tentativo di riportare tale azione al più generale contesto delle *actiones in factum* date a protezione delle convenzioni sinallagmatiche, nonché ad avvicinarla alla regolamentazione di Iustin., C. 1, 2, 21

Senato della Repubblica - Archivio Storico

fermazione, pur se avvenuta in un contesto in cui si discute della trasmissibilità dell'azione, va ricondotta una portata generale.

In D. 18, 1, 4 e 6 pr. (9 *ad Sab.*) Pomponio e Celso, con molta probabilità anche Sabino, ammettevano al contrario l'integrazione della compravendita dei *sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit* (312). Di contro alla tendenza autorevolmente rappresentata di considerare interpolati in base a ciò tali passi (313) è stato da ultimo sostenuto, ed a ragione (314), che essi non siano per tale motivo sospettabili. Quali fossero, però, le conseguenze che i giuristi della prima età classica traevano dall'affermata configurabilità della compravendita non è detto: ma è difficile che non ne ricavassero l'esperibilità dell'azione contrattuale (315), anche se non risulta in quali limiti.

b) In epoca tardo-classica Mod. 5 *reg.*, D. 18, 1, 62, 1 concede l'*actio ex empto*, nonostante l'"invalidità" del contratto (*licet emptio non teneat*). Questa contraddizione, apparente o reale che sia, ha portato molti a considerare interpolata la concessione dell'azione contrattuale (316). Tende ora a prevalere un atteggiamento conservatore argomentato in modo vario. Da una parte si pensa, sulla scia di un'interpretazione risalente, che l'espressione «*emptionem non tenere*» non si riferisse alla completa inefficacia del negozio, ammettendosene una ristretta rilevanza nei limiti dell'esperibilità dell'*actio ex empto* da parte del compratore di buona fede, diretta fra l'altro all'interesse negativo (317). Altri ritiene invece che, ai fini dell'integrazione della *demonstratio* dell'*actio empti*, Modestino distinguesse fra esistenza ed efficacia del contratto o si riferisse al fatto che comunque si era verificato un consenso (318).

Il problema s'intreccia qui con quello della portata dell'azione riconosciuta da Modestino al compratore. In questo passo, ed in *I.* 3, 23, 5, che sostanzialmente vi corrisponde, si afferma che viene tutelato l'interesse del compratore a non

---

(del 529 d.C.): *contra*, v. anche Cuena Boy, *op. cit.*, 83 nt. 101; non è del resto chiaro fino a qual punto, successivamente, lo stesso Murga, *Un posible régimen jurídico especial para los sepulcros romanos en Egipto*, in *RIDA*, 1984, 264 ss., venga a cambiare d'idea. Il carattere "contrattualistico" è stato incidentalmente sostenuto dal Behrends, *Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht*, in *ZSS.R.*, 1978, 194 nt. 13 e 204 nt. 37, nell'àmbito della sua infondata caratterizzazione sulla differenza al proposito fra sabiniani e proculeiani (ed è seguito dal Choe, *Culpa*, cit., 17 ss.). Non si può condividere neppure l'opinione del Sargenti, *Appunti*, cit., 237 ss., che sostiene — senza argomenti decisivi — che l'*actio in factum* sia giustinianea, mentre il giurista classico avrebbe concesso l'azione contrattuale.

(312) Anche chi sostiene che i giuristi qui nominati ammettessero la compravendita putativa delle *res extra commercium* tende a considerare interpolata la menzione delle *res publicae* (v., ad esempio, Stein, *Fault*, cit., 75 e 77 s.), ma senza sufficiente fondamento. Altro problema è quello delle eventuali distinzioni fra le *res publicae*, attestate in modo insospettabile sia da Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 18, 1, 6 pr. (per l'erario) che da Papin. 10 *quaest.*, D. 18, 1, 72, 1 (per il fisco), nel senso che la nullità non riguarderebbe le *res in pecunia populi* od *in patrimonio fisci* (su tutte queste categorie, cfr. — con ulteriore letteratura — De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV, t. 2², Napoli, 1975, 893 ss.; Kaser, *op. cit.*, I, 304 ss., e Masi, in *Lineamenti*², cit., 493 ss.): per tali cose non potrebbe pensarsi che al regime della vendita di cosa altrui.

(313) Cfr., per tutti, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 131 ss.; Grosso, *op. ult. cit.*, 57 s.; Medicus, *Id quod interest*, cit., 164 nt. 4; Thomas, *op. ult. cit.*, 139 ss.; e da ultimi Busacca, *Studi sulle classificazioni delle cose nelle Istituzioni di Gaio*, Villa S. Giovanni, 1981, 19 ss., e Ben Dror, *The Perennial Ambiguity*, cit., 161 ss., il quale ammetterebbe, a quanto pare, un'*actio in factum*. Altra letteratura in Reggi, *Liber homo*, cit., 248 nt. 113.

(314) Peters, *op. ult. cit.*, 300 s.; Cuena Boy, *op. cit.*, 60 ss.; ed anche, con un'impostazione particolare, Stein, *op. ult. cit.*, 76 s., nonché Voci, *op. ult. cit.*, 151 ss., il quale ritiene che fosse stato Celso ad ammettere — di contro alla contraria opinione di Sabino — la validità della vendita.

(315) È infondato, però, il parallelismo che il Cuena Boy, *op. cit.*, 63 ss., prospetta — con una serie di sovrastrutture estranee al modo di pensare dei *prudentes* — fra l'azione in materia di vendita di *res extra commercium* e quella che si ha in seguito al verificarsi della *lex commissoria*, nonostante l'accostamento dei due casi nel corso di D. 18, 1, 6 di Pomponio.

(316) «Mostruoso» il passo per Biondi, *op. cit.*, 46. Cfr., del resto, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 132 s., nonché Reggi, *op. cit.*, 253 s., con ulteriore letteratura. Ancora per Medicus, *op. ult. cit.*, 160 s., la contraddizione è insuperabile. Il Thomas, *op. ult. cit.*, 144 ss., ritiene invece, ma senza sufficiente motivazione, che sulla base dell'affermazione dell'invalidità della compravendita si debba arrivare a ricostruire il passo di Modestino nel senso che anche quest'ultimo giurista avrebbe concesso un'*actio quasi ex empto*.

(317) Così già Jhering, *'Culpa in contrahendo'*, cit., 352, ed ancor prima Doneau, *Commentarii de iure civili*, XII, 20, § 16 (ed. Lucae, 1763, 600 s.): su cui cfr. Choe, *op. cit.*, 33 s.; v. ora Sargenti, *op. ult. cit.*, 240; Stein, *op. ult. cit.*, 75 s. (da non seguire quando ipotizza un analogo modo di vedere per Sabino, sulla base di Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 18, 1, 4 e 6 pr., ma senza offrire qualche spunto di argomentazione al proposito); Voci, *op. ult. cit.*, 153 (mentre precedentemente sosteneva addirittura l'interpolazione dell'accenno alla nullità del contratto: Id., *L'errore*, cit., 154 s.); Cuena Boy, *op. cit.*, 77 s.

(318) Honsell, *Quod interest*, cit., 108; Peters, *op. ult. cit.*, 304 s.: critico, al proposito, ed a ragione, il Choe, *op. cit.*, 22 nt. 23; 25. A questa opinione può esser ravvicinata quella del Grosso, *op. ult. cit.*, 60 s., per cui la contrapposizione del giurista «significherebbe puramente un'interpretazione del rapporto *demonstratio-intentio* della formula al di là della validità ed efficacia del contratto tipico». Anche in questo caso il Behrends, *op. cit.*, 204, testo e nt. 1, seguito pedissequamente dal Choe, *op. cit.*, 24 s., utilizza cursoriamente la sua infondata opinione sulla diversa impostazione al riguardo fra sabiniani e proculiani.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

esser ingannato (*ne deciperetur, deceptum non esse*), affermazione dalla quale, ma non inoppugnabilmente, si è tratta la conseguenza che il venditore rispondesse soltanto per l'interesse negativo (319). Nonostante che la terminologia assunta da Modestino sia molto prudente (320), non si può dire che *emptio non tenet*, quando al compratore è attribuita un'azione all'interesse positivo (321): se è dunque da seguire, come sembra preferibile, l'opinione che con questa espressione il giurista escludesse la completa efficacia della vendita, s'impone la restrizione all'interesse negativo (322).

c) Per quanto concerne invece la buona o mala fede del venditore, per le *res extra commercium* le Istituzioni imperiali impostano il problema sul caso del compratore *deceptus a venditore* (*I.* 3, 23, 5), e sembrerebbero dunque presupporre il dolo della controparte (323). Ciò non è, però, sicuro per il passo di Modestino dove il semplice accenno all'interesse del compratore *ne deciperetur* non è sufficiente a far pensare che il giurista richiedesse il dolo del venditore (324): né la restrizione a quest'ultimo caso può sicuramente argomentarsi dal trattamento della responsabilità del venditore per i vizi della cosa venduta (325).

8. *La legittimazione al negozio.* — *a*) In alcuni casi sorgono problemi in relazione a quella che — con impostazione non senza discussioni nella letteratura moderna — è spesso chiamata la legittimazione al negozio (326). Data la natura della compravendita romana (327) e la struttura dell'obbligazione del venditore (328), è perfettamente ammissibile la compravendita della cosa altrui (329), profilo sul quale, in linea di massima, la dottrina non si sofferma (330), e che i romani stessi davano, per lo più, per scontato (331). Nelle

(319) Così decisamente JHERING, *op. ult. cit.*, 341 s., ed ancora STEIN, *op. ult. cit.*, 76; MEDICUS, *op. ult. cit.*, 163 ss.; incerto PETERS, *op. ult. cit.*, 301. *Contra* già BECHMANN, *Der Kauf*, cit., 444 s., ed ora HONSELL, *op. cit.*, 87 ss., che riconosce espressamente al compratore l'interesse positivo (con l'autorevole adesione del KASER, *op. cit.*, I, 549 nt. 42): per la normale valutazione dell'*id quod interest* anche lo ZIMMERMANN, *op. cit.*, 243 s. In realtà le espressioni usate non sono decisive, ché nell'interesse, infatti, a non venir "ingannato" è ricompreso, astrattamente, anche quello ad aver concluso un valido contratto.

(320) Che essa equivalga totalmente a quella *nulla emptio est* non è provato dal MURGA, *Nulidad o ilicitud*, cit., 613 nt. 124, né è decisivo il richiamo alla traduzione in *Bas.* 19, 1, 60, fatto dal REGGI, *op. cit.*, 254 s.

(321) L'eventuale assenza dell'*actio venditi* non rileva, come non rileva nella compravendita putativa dell'uomo libero effettuata da un *venditor sciens*.

(322) Non è possibile stabilire quale fosse la posizione al riguardo di quei giuristi come Sabino, Celso e Pomponio che, per quanto sappiamo, si limitavano ad affermare senza restrizioni apparenti la configurabilità della vendita. Sarebbe, comunque, difficile individuare le ragioni per cui, di fronte ad un'opinione che ammetteva il risarcimento del danno secondo l'interesse positivo, Modestino fosse passato a limitare il risarcimento stesso all'interesse negativo. Per l'*actio in factum* concessa secondo quanto dice Ulpiano, in D. 11, 7, 8, 1 non si pone un problema a parte, perché essa ha il regime dell'*actio ex empto*.

(323) Sembra difficile sostenere, per questo passo, che il testo non presupponga la mala fede del venditore (così, invece, CUENA BOY, *op. cit.*, 66): il paragone col passo di Modestino non tiene conto della diversa costruzione di quest'ultimo.

(324) «*Decipere*» può esser usato anche in senso oggettivo, per il caso in cui il compratore fosse caduto in errore indipendentemente dall'altrui dolo: cfr. già, nel secolo scorso, JHERING, *op. ult. cit.*, 325 s.; v. ora STEIN, *op. ult. cit.*, 66 s.; CHOE, *op. cit.*, 61 ss., con ampia base esegetica; CUENA BOY, *op. cit.*, 77 s. Non è affidante interpretare D. 18, 1, 62, 1 sulla base di *I.* 3, 23, 5, perché non si può escludere una riscrittura, anche se solo formale, dell'originale classico da parte dei compilatori. L'origine del § 5 è del resto incerta: cfr. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* (1901), ora in *Opere*, II, Milano, 1929, 392; ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, II, Catania, 1910, 188 s., il quale — pur se molto dubitativamente — non esclude la possibilità che i compilatori lo abbiano redatto sulla scorta del passo di Modestino: ad ogni modo sembra da escludere una consapevole volontà di innovare per la vendita dell'uomo libero (così, invece, STEIN, *lc. ult. cit.*), anche alla quale il passo delle Istituzioni si riferisce.

(325) Dove — cfr. *infra*, § 25 lett. *g* — il venditore risponde all'interesse negativo, nei limiti della diminuzione del prezzo (che può arrivare alla sua totale restituzione), anche al di fuori del *dolus in contrahendo*.

(326) Per la discussione nella dottrina attuale, cfr. DI MAJO, *Legittimazione negli atti giuridici*, in questa *Enciclopedia*, XXIV, 52 ss.: v., del resto, per il versante romanistico TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 196 s.

(327) Come contratto essenzialmente obbligatorio: v. *infra*, § 14 lett. *a-b*.

(328) Per cui il venditore è tenuto a trasmettere solo la pacifica disponibilità della cosa: v. *infra*, § 15.

(329) Sulla particolarità dell'ordinamento romano, cfr. già BECHMANN, *Der Kauf*, II, cit., 65 ss.

(330) Cfr. il rapido cenno di ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 133 s., nonché KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 549 (ivi, a nt. 36, la letteratura): l'unica trattazione d'insieme è quella dello SCARLATA FAZIO, *Appunti esegetici in tema di vendita di cosa altrui*, in *RISG*, 1939, 216 ss., da cui risulta la sostanziale aproblematicità della tematica.

(331) In relazione a questo punto, bisogna rilevare come la consapevolezza dell'alienità della cosa potesse soltanto, eventualmente, far considerare in mala fede le parti ed incidere — sotto il profilo dell'illiceità del negozio — sulla validità e sull'efficacia della compravendita, come contratto obbligatorio: le parti potevano, in effetti, essere al corrente che la cosa stessa fosse di proprietà di un terzo, ed essere in buona fede, perché il venditore si era impegnato a procurarsene la disponibilità per trasferirla all'acquirente, o perché le parti stesse, od almeno il compratore, facevano affidamento su un titolo che legittimava il venditore stesso a trasferire una cosa altrui.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

fonti si trova almeno un passo che ribadisce esplicitamente tale possibilità, ma è stato, e non a torto, contestato che il giurista si riferisse, in linea generale, alla nostra questione (332). Da Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 8 risulta che — ai fini dell'obbligazione di trasferire e delle garenzie che il venditore stesso si doveva assumere ed a meno che il venditore fosse in mala fede (333) — per Nerazio la disciplina del caso in questione coincideva con quella di una normale vendita; da Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 1, 35, 4 risulta poi che, nel caso di perimento della cosa, sorgeva a carico del venditore di cosa altrui, il quale — per non essere il proprietario — non poteva esser legittimato né alla *rei vindicatio* né alla *condictio ex causa furtiva*, una responsabilità nei limiti in cui, trattandosi di cosa propria, avrebbe potuto cedere tali azioni (334).

Alla vendita di cosa altrui viene completamente negata validità ed efficacia solo nel caso in cui il contratto abbia ad oggetto una cosa furtiva (335), ed entrambe le parti ne siano a conoscenza, come si ricava da Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 34, 3 (336): ciò va sicuramente posto in relazione con la circostanza che entrambe, in quel momento, commettono furto della cosa rispetto al proprietario (337). Uno sorta di stato di pendenza si ha, rispetto alla nullità, nel caso di *scientia* da parte del solo compratore, mentre negli altri casi, scienza del solo venditore od ignoranza di entrambe le parti, la compravendita è valida (338).

b) Nelle fonti è abbastanza ampiamente trattato il tema della cosiddetta *emptio suae rei* (339), il quale va, ovviamente, impostato in relazione agli effetti obbligatori del contratto (340), ed alla particolare caratteristica della compravendita romana, per cui, in linea di principio, sul venditore grava — sotto il profilo della trasmissione della cosa venduta — soltanto l'obbligazione di *tradere possessionem* e di garentire contro l'evizione, al quale principio corrisponde l'altro per cui, di regola, le parti non possono escludere (341) che il compra-

---

(332) Su Ulp. 41 *ad Sab.*, D. 18, 1, 18, v. soprattutto Daube, *Generalisations in D. 18, 1, 'de contrahenda emptione'*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, cit., I, 186 ss., che riferisce il testo originale agli effetti reali della *venditio pignoris* effettuata dal creditore: si potrebbe forse aggiungere che i compilatori, od i postclassici, avevano senz'altro una maggiore necessità di sottolineare — anche se forse ormai in astratto, e prevalentemente sul piano dell'insegnamento legato ancora alle forme del diritto classico — la possibilità di concludere una compravendita obbligatoria di cose altrui, dato il prevalere, nel tardo-antico, della compravendita ad effetti reali (v. *infra*, § 28 e 29). Dubbi nei confronti del regime classico non possono derivare da Paul. 24 *quaest.*, D. 19, 1, 46: in questo senso v. Daube, *D. 19, 1, 46 and Adultery*, in *Mélanges Ph. Meylan*, I, cit., 65 ss., di cui è senz'altro da accettare la *pars destruens*.

(333) Nei vari modi in cui questa buona fede poteva articolarsi (v. *supra*, nt. 331): sulla concreta configurazione di tale disciplina le fonti non danno molte informazioni, a parte quanto isolatamente è detto in ordine alla responsabilità per *dolus in contrahendo* (su cui cfr. *infra*, § 25).

(334) Dal passo — su cui cfr. Scarlata Fazio, *op. cit.*, 216 s. (di cui non possono, però, accettarsi tutte le illazioni sul regime in generale della responsabilità del venditore di cosa altrui) — non risultano chiaramente i limiti di codesta responsabilità: a prescindere, però, dal *dolus in contrahendo*, potrebbe apparire eccessivo che il compratore potesse, nella vendita di cosa altrui, ottenere un risarcimento più ampio che nel caso di vendita di cosa propria dell'alienante.

(335) Si tratta, sia ben chiaro, di una cosa che è già *furtiva* al momento della conclusione del contratto, non che divenga tale per l'esecuzione da parte del venditore non legittimato a trasferirla.

(336) La genuinità complessiva del testo è difesa, da ultimo, con validi argomenti dal Benöhr, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, 68 ss., contro gli attacchi soprattutto del Partsch, *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Recht*, in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Freiburg, 1931, 43 ss., ancora seguito dall'Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 223 s. Sul problema della sinallagmaticità delle obbligazioni nella compravendita, v. *infra*, § 14.

(337) A prescindere dal caso che il venditore sia il ladro, già responsabile del furto nei confronti del *dominus*.

(338) Dal punto di vista costruttivo, il caso dell'*emptor sciens* è singolare, perché Paolo afferma che il venditore non è obbligato, ma può agire soltanto per il caso che sia disposto a adempiere (od abbia adempiuto): la validità e l'efficacia del contratto dipendono, dunque, da un evento accidentale, e sono in pendenza. Diversa è la questione dell'incidenza della *mala fides superveniens*, che non viene esplicitamente affrontata dal giurista (né è discussa altrove), neppure in relazione ai casi in cui la vendita è *utrimque* efficace (*venditor* ed *emptor* entrambi *ignorantes*; *venditor sciens*).

(339) Su di essa cfr., da ultima e con soluzioni in linea di massima plausibili, Russo Ruggeri, *'Suae rei emptio consistere non potest'*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, VI, Napoli, 1984, 2813 ss., con una — quasi troppo — ampia utilizzazione della precedente letteratura (che è citata *ivi*, 2813 nt. 2), nella quale — oltre che a Bechmann, *op. cit.*, 74 ss., per la dottrina pandettistica — cfr., soprattutto, Carcaterra, *I negozi giuridici sulla cosa propria*, in *Ann. Bari*, 1940, 1 ss. (con atteggiamento vetero-interpolazionista); Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 129; Longo G., *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in *SDHI*, 1979, 121 ss. (che indulge — fuori tempo — ad atteggiamenti propri della critica interpolazionistica); successivamente v. Cuena Boy, *Estudios*, cit., 99 ss. Accentua al proposito il carattere potenzialmente traslativo del contratto consensuale il Peters, *Die Verschaffung*, cit., 192 s.

(340) Per quanto riguarda gli aspetti reali della fattispecie, non vi può essere dubbio che l'atto traslativo della proprietà non può produrre, in quanto tale, alcun effetto, se l'*accipiens* sia già proprietario della cosa: vi possono essere, senz'altro, delle *Reflexwirkungen*, quale, anzitutto, l'acquisto del possesso da parte dell'acquirente che ne fosse privo, in base alla struttura possessoria della *traditio* (e, in un certo senso, della *mancipatio* di cose mobili).

(341) A pena di uscire dai *fines contractus* (per la problematica della tipicità, cfr. *supra*, § 2).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

tore acquisti — comunque ciò accada — anche la proprietà della cosa consegnata (342).

Le soluzioni che si possono enucleare dalle fonti mostrano l'influsso dei punti di vista dianzi enucleati: sotto il profilo che la compravendita è comunque destinata a far acquisire al compratore la pacifica disponibilità della cosa, e in definitiva la proprietà della stessa mediante l'usucapione, si comprende l'enucleazione del principio «*suae rei emptio non valet*», che viene più volte addotto nelle fonti come un *tópos* argomentativo (343). Nel caso in cui il compratore sia soltanto un condomino, e concluda il contratto (344) per l'intera cosa comune, si avrà una nullità parziale del contratto (345). In base alla nullità del contratto, i giuristi ammettono soltanto l'esperibilità della *condictio* per il prezzo eventualmente pagato (346).

c) Si tratta — evidenziata anche dalla forma gnomica — di una vera e propria *regula*, e cioè di una massima di decisione che, in linea di massima, va adottata per individuare la soluzione di un caso concreto, a meno che nello stesso non sussistano altri elementi che portino ad altra, ed anche opposta, decisione (347). Un caso che non offriva particolari difficoltà è quello dell'usufruttuario che acquista la cosa (348), in cui Pomponio decide, senza apparenti titubanze, per la validità del contratto (349). Più interessante il caso di quella che si potrebbe chiamare una vera e propria *emptio possessionis* (350), risolto in senso positivo da Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 34, 5 con tutta chiarezza (351), cui fa riscontro l'analogo parere espresso in un passo piuttosto tormentato come Tert. 1 *quaest.*, D. 41, 2, 28 (352): i due giuristi tardo-classici ammettono

(342) Il che significa, praticamente, tramite l'usucapione: su ciò, cfr. *infra*, § 15 lett. *e*.

(343) Lo si veda esplicitamente testimoniato dal I al III secolo d.C., oltre che dal dubbio Ulp. 30 *ad ed.*, D. 50, 17, 45 pr., nella cui forma attuale sono molto probabilmente intervenuti i compilatori (v. la discussione della letteratura in Russo Ruggeri, *op. cit.*, 2825 ss.), in Iavol. 6 *epist.*, D. 41, 3, 21; Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 18, 1, 16 pr.; Paul. 32 *ad ed.*, D. 17, 1, 22, 3, ed ancora in due costituzioni diocleziane: *Frg. Vat.* 293, 2 (= C. 4, 38, 4, del 293 d.C.), e C. 4, 38, 10 (del 294 d.C.). Il principio è altresì ricordato in passi che riguardano l'acquisto della cosa oppignerata da parte del debitore nei confronti del creditore: Iulian. 15 *dig.*, D. 18, 1, 39 pr.; Papin. 3 *resp.*, D. 13, 7, 40 pr.; Ulp. 47 *ad Sab.*, D. 17, 1, 22, 3 (su questo aspetto cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *d*). Il principio stesso è applicato, senza esser esplicitamente nominato, in Iulian. 3 *ad Urs. Fer.*, D. 12, 6, 37 pr. (in cui è sicuramente interpolata la frase finale: incerta la Russo Ruggeri, *op. cit.*, 2818 s., ove la discussione della precedente dottrina, mentre il Cuena Boy, *op. cit.*, 109 e nt. 50, non sembra rendersi conto dello stato attuale della dottrina sull'*ignorantia solventis* nella *condictio indebiti*): più discutibile l'esegesi di Iulian. 4 *ex Min.*, D. 19, 1, 29 proposta dalla Russo Ruggeri, *op. cit.*, 2821 ss., mentre il Cuena Boy, *'Emptio suae rei': los casos de D. 19, 1, 29 y D. 17, 1, 22, 3*, in *BIDR*, 1988, 679 ss., non senza ragione esclude tale passo dall'àmbito di applicazione del *'tópos'*. Non presuppone, invece, l'invalidità dell'*emptio suae rei* Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 1, 15, 2 (così invece Russo Ruggeri, *op. cit.*, 2879 s.), nel quale nulla si dice sul rapporto di provvista.

(344) In buona fede: altrimenti la soluzione sarebbe, ovviamente, diversa.

(345) Così Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 18, 1, 18 pr., in cui si prevede la riduzione del prezzo *officio iudicis*. Nessuna riduzione, invece, nel caso particolare di Scaev. 4 *resp.*, D. 31, 89, 4, su cui v. anche *infra*, in questo paragrafo, lett. *d* e nt. 357.

(346) Così esplicitamente Iulian. 3 *ad Urs. Fer.*, D. 12, 6, 37 e Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 18, 1, 16 pr. Nelle fonti non si hanno tracce nel senso che i *prudentes* andassero, in questo caso, oltre alla nullità per configurare, eventualmente sulla base della buona fede del compratore, la ricorrenza di una compravendita putativa, come per la vendita dell'uomo libero (v. *supra*, § 6) o la possibilità di esperire l'azione contrattuale, *licet emptio non teneat*, per ottenere l'interesse che nel caso non sarebbe potuto esser che quello negativo.

(347) Diversamente l'Albanese, *Conductio suae rei*, in *BIDR*, 1959, 154 s., per la locazione e con conclusioni tendenzialmente estese — in modo però apodittico — anche all'*emptio suae rei* (ma la posizione di partenza è, nelle due fattispecie, abbastanza diversa): in definitiva, nel negare — in assenza di una validità generale — la possibilità che venisse formulata una siffatta *regula*, l'autore si adegua, più o meno consapevolmente, ad un modello normativo diverso da quello del diritto giurisprudenziale. È impossibile, d'altronde, anche per l'*emptio suae rei* vedere nelle fonti — contro l'esistenza della *regula* stessa — una rilevanza della contrapposizione, nel *duplex dominium*, della proprietà quiritaria e bonitaria.

(348) Evidentemente nell'ignoranza dell'esser titolare del diritto reale parziario sulla stessa: si sarebbe, altrimenti, trattato di una vendita avente ad oggetto la nuda proprietà della cosa: una tale vendita è presa in considerazione in Tryph. 11 *disp.*, D. 23, 3, 78, 3 (i risvolti problematici discussi in tale testo riguardano la costituzione in dote dell'usufrutto).

(349) D. 18, 1, 16, 1 (9 *ad Sab.*), su cui, con discussione della precedente letteratura, cfr. Russo Ruggeri, *op. cit.*, 2817 s.: ad esso si salda, nella compilazione, Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 17, sulla diminuzione del prezzo *officio iudicis*.

(350) La discussione sul piano dogmatico impostata dal Carcaterra, *op. cit.*, 3 ss. (e ripresa, in senso critico, dalla Russo Ruggeri, *op. cit.*, 2834 nt. 66), non sembra aver molto senso di fronte alle affermazioni delle fonti sul piano della concreta disciplina ed ai silenzi su quello dogmatico.

(351) Per la genuinità del passo cfr. Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 129: v. da ultima — seguita dal Cuena Boy, *Estudios*, cit., 111 ss. — Russo Ruggeri, *op. cit.*, 2833 ss., dove ampia discussione della precedente letteratura. Per quanto riguarda la tormentata frase finale «*et in iudicio possessionis potior esset*» (cfr. la discussione e la dottrina, ivi, p. 2835 s.), essa vuol significare che l'attuale posizione del venditore è superiore a quella del compratore in un giudizio possessorio (forse l'*et* va corretto in un *ut* consecutivo), e ciò conferma che al giurista la fattispecie appariva come rivolta all'acquisizione del possesso.

(352) Per la discussione dell'ampia letteratura sullo stesso cfr. Russo Ruggeri, *op.cit.*, 2838 ss., la quale perviene, non a torto, a considerarlo attendibile nella parte che con-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

la validità del contratto in cui, consapevolmente (353), il proprietario compera la cosa propria dall'attuale possessore al solo scopo di riacquistarne la materiale disponibilità (354). Non essendovi, nel caso, controindicazioni sul piano della liceità dell'assetto di interessi (355), si può prospettare, nell'*emptio suae rei*, la validità del contratto anche nell'ulteriore caso che quest'ultimo sia fatto *sub condicione*, ed al momento di verificarsi di quest'ultima la cosa non sia più in proprietà del compratore (356).

d) La valenza casistica della massima si appalesa anche in quei testi, di non facile interpretazione, che ne concernono l'applicazione alla vendita della *res pignori data* conclusa fra creditore pignoratizio e debitore oppignerante. In alcuni passi (357) il principio è espressamente richiamato a giustificare la nullità della vendita. Tali passi sono stati, esattamente, posti in relazione con la vendita satisfattiva del pegno (358), la quale avveniva, prevalentemente, all'incanto (359): rispetto a codesta sussisteva, indubbiamente, un profilo che avrebbe giustificato — come nell'*emptio possessionis* — l'ammissibilità dell'*emptio venditio* conclusa dal debitore, il quale era sì proprietario, ma correva il rischio di perdere definitivamente la disponibilità della cosa che era venduta *iure pignoris* (360). Su tale *ratio* deve aver prevalso, nei *prudentes*, la considerazione della possibile lesione degli interessi del creditore (danneggiato dalla possibilità che il debitore comperi a basso prezzo), preoccupazione che emerge testualmente in D. 13, 7, 40 pr. Di converso, l'applicazione della massima, nei limiti della nullità parziale (361), non ricorre in Scevola, in D. 31, 89, 4, il quale tratta sempre della vendita *iure pignoris* da parte del creditore pignoratizio: il che rafforza la convinzione circa l'impiego topico della massima stessa.

e) Alla tematica della legittimazione all'acquisto si possono, d'altro lato, avvicinare alcuni casi in cui grava sul compratore un divieto di acquisto. Il divieto viene sancito, anzitutto, per quanto concerne gli effetti reali della fattispecie acquisitiva (362), ché, anzi, si può dire che le *sententiae* dei giuristi riguardino praticamente solo

---

cerne l'*emptio possessionis* (seguita anche qui dal Cuena Boy, *op. ult. cit.*, 113).

(353) Non sarebbe, infatti, sufficiente il profilo del recupero del possesso per salvare il contratto nel caso dell'*emptor inscius*, nel che è da vedere una differenza con quello dell'usufruttuario, di cui si è dianzi detto.

(354) L'unico problema che si potrebbe porre, al riguardo, è quello del rapporto in cui siffatta decisione si poneva con il principio espresso in via topica da Lab. 5 *post. a Iavol. epit.*, D. 18, 1, 80, 3, per cui la vendita è destinata, ultimativamente, al trasferimento della proprietà, il quale nel caso discusso nel testo è *in thesi* impossibile, essendo l'acquirente già proprietario della cosa. Anche il principio labeoniano di cui alla *l.* 80, 3 è però una *regula*, che soffre di più o meno ampie eccezioni (vedine un'altra in materia di vendita traslativa di usufrutto: *infra*, § 11 lett. *d*).

(355) Il riferimento è alla vendita *sub condicione* di un uomo libero: cfr. *supra*, nt. 280.

(356) Ciò è affermato, molto brevemente, in Marcell. 20 *dig.*, D. 18, 1, 61, nonché, incidentalmente, in Ulp. 21 *ad Sab.*, D. 30, 41, 2: sulla problematica relativa cfr. Russo Ruggeri, *op. cit.*, 2829 ss.; Cuena Boy, *op. ult. cit.*, 109 s. (nei quali la precedente letteratura e la sua discussione). Il tono sia di Marcello che di Ulpiano mostra che si trattava di una questione controversa, né risultano dai passi le eventuali limitazioni ed articolazioni (si pensi alla particolare valenza della condizione che prenda specificamente a contenuto la perdita della proprietà da parte dell'*emptor*).

(357) Si tratta di Iulian. 15 *dig.*, D. 18, 1, 39 pr.; Papin. 3 *resp.*, D. 13, 7, 40 pr.; Ulp. 47 *ad Sab.*, D. 17, 1, 22, 3, su di essi cfr. l'ampia discussione in Russo Ruggeri, *op. cit.*, 2848 ss. (nonché Cuena Boy, *'Emptio suae rei'*, cit., 685 ss.): non viene generalmente ricordato, al proposito, Scaev. 4 *resp.*, D. 31, 89, 4, in cui — in una fattispecie un po' particolare (v. *infra*, nt. 361) — la regola in parola non è né ricordata né applicata.

(358) Così Russo Ruggeri, *op. cit.*, 2849 ss., la quale ha esattamente rilevato come il "riscatto" del pegno da parte del debitore era perfettamente ammissibile, in qualsiasi forma avvenisse: per tale riferimento vi sono indubbi indizi testuali in tutti i passi considerati.

(359) Ad un'*auctio* sembrebbe accennare, in D. 18, 1, 39 pr., l'uso del verbo «*redimere*», nonché — in D. 17, 1, 22, 3 — l'accenno, più o meno larvato, ad una *proscriptio* nella descrizione della fattispecie: d'altro lato, sono proprio le forme dell'*auctio* (su cui cfr. la letteratura, *supra*, nt. 29) che — a parte D. 17, 1, 22, 3 (dove si parla d'interposte persone) — permettono di ipotizzare un contratto fra debitore e creditore pignoratizio che non integri, anche in via transazionale, un riscatto convenzionale del pegno, e permetta quindi l'impostazione della discussione che si riscontra soprattutto in D. 13, 7, 40 pr.

(360) In questi limiti sussiste, senz'altro, la contraddittorietà che il Carcaterra, *op. cit.*, 6 ss., voleva vedere tra codesta applicazione della massima e la validità dell'*emptio possessionis*, nel valutare la quale egli era indubbiamente sotto l'influsso della critica interpolazionistica lontana dal tener conto della metodologia casistica dei *prudentes*.

(361) Qui è un creditore — cui erano stati *obligata* gli *universa bona* del debitore da parte dei figli e coeredi del debitore stesso a garenzia di un mutuo acceso per soddisfare un creditore ereditario che godeva, a quanto sembra, di un'ipoteca generale — a vendere *iure pignoris* ad uno dei coeredi i *praedia universa*, e non si hanno dubbi sulla validità globale della vendita: sul passo cfr., da ultima, Mentxaka, *La pignoración de colectividades en el derecho romano clásico*, Bilbao, 1986, 293 ss., la quale non s'intrattiene sul punto qui discusso.

(362) Per gli atti traslativi del *ius civile* a carattere astratto, come la *mancipatio* ed anche l'*in iure cessio* si pone il problema se i divieti in questione operino *ipso iure* od *ope exceptionis*: per quanto concerne la *traditio*, aformale e causale, il divieto stesso esclude, senz'altro, la sussistenza della *iusta causa traditionis* (come, del resto, della eventuale *causa usucapionis*).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

tale aspetto e non gli effetti della compravendita obbligatoria (363).

Tali casi si hanno, anzitutto, quando si tratti dell'acquisto di cose appartenenti ad un soggetto di cui il compratore gerisce, volontariamente od *ex officio*, gli affari. Questo sembrerebbe valere, anzitutto, per il tutore (364), il quale non può acquistare beni del pupillo (365), anche in quei casi residui in cui la nullità del negozio non consegua già dal divieto di *praestare auctoritatem in rem suam* (366) e dalle formalità richieste dall'*oratio Severi* per l'alienazione dei *praedia rustica et suburbana* (367): l'effettiva portata del divieto può però apparire dubbia, in quanto talune fonti sembrano restringerla al caso di mala fede (368). Al di là dei tutori, la nullità dell'acquisto sembra venisse ad interessare in generale gli altri rappresentanti legali, nonché i rappresentanti volontari (369).

f) Sotto un diverso profilo, magistrati e soprattutto funzionari non possono effettuare compere per le quali vi sia il sospetto che l'acquisto possa essere stato viziato da un abuso del potere di ufficio: al funzionario è quindi vietato di acquistare *ex officio quod administrat* (Marcian. *lb. sing. delat.*, D. 18, 1, 46), il che sembrerebbe riguardare precipuamente le vendite pubbliche effettuate a cura dell'*officium* stesso: la violazione del divieto comporterebbe l'*amittere rem* (370), oltre ad una multa nei limiti del quadruplo. Non possono comperare *praedia* nelle province i funzionari ed i militari residenti in essa (371). Per quanto concerne quest'ultimo caso è prevista un'*ereptio* fiscale con il correlativo *ius delationis*, onde l'acquisto una volta avvenuto sembrerebbe efficace, ed eventualmente sanabile (372). In Hermog. 6 *iur. epit.*, D. 49, 14, 46, 2, il divieto è formulato, a carico dei *praesides*, dei *procuratores* e di qualsiasi altro funzionario in modo più generico (373), ed il regime è quello della nullità del contratto, a cui si guarda però dal punto di vista degli effetti reali (374), cui si accompagna una multa fiscale pari al prezzo pagato: la diversità del regime più che da una differenza nella fattispecie (375) dipende probabilmente da una modificazione nella normativa.

In tutti questi casi di mancata legittimazione all'acquisto, il divieto o la statuizione di nullità o sono generici o riguardano l'efficacia reale della fattispecie: nei passi in questione non vengono mai in considerazione profili specificamente attinenti alla compravendita in quanto *obligatio consensu contracta*, ma non è dato di vedere ragioni per cui si dovrebbe considerare valida od efficace quest'ultima (376). Un problema particolare sorge nel caso sia prevista un'*ereptio* sanzionatoria a favore del fisco: in esso, è ovvio, si presuppone l'efficacia della fattispecie traslativa, il che fa pensare che fosse ritenuta — ma non è dato sapere in quali

---

(363) Il che vale sia per il contratto consensuale che sia stato concluso separatamente dagli atti esecutivi dello stesso, sia per l'*emptio venditio* che si consideri, com'è usuale, esistente sulla base di un atto traslativo non preceduto temporalmente dalla conclusione del contratto consensuale.

(364) Su questa tematica cfr., per tutti, VON LÜBTOW, *Catos leges venditioni et locationi dictae. Nachträge*, cit., 6 ss.; WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, 134 ss.

(365) Così genericamente Paul. 33 *ad Sab.*, D. 18, 1, 34, 7, ma cfr. la casistica sviluppata in Ulp. 40 *ad Sab.*, D. 26, 8, 5, 2-6, ed *eod.*, 7 pr.; v. anche Ulp. 5 *op.*, D. 27, 9, 9; Diocl. et Max., C. 4, 38, 5 (del 293 d.C.), nonché la particolare fattispecie di Paul. 54 *ad ed.*, D. 41, 4, 2, 8 (su cui v. *infra*, nt. 368).

(366) Su questo divieto, cfr. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 494 s.

(367) Su cui cfr. KASER, *op. cit.*, I, 361; ALBANESE, *op. ult. cit.*, 489 s.

(368) Un caso ulteriore e particolare sarebbe rappresentato da Paul. 54 *ad ed.*, D. 41, 4, 2, 8, se, come sostenevamo (TALAMANCA, *Contributi*, cit., 141 s.), il testo ammettesse l'*usucapio* della *res mancipi* del pupillo tradita dall'*argentarius* in una vendita all'asta: cfr., però, in senso contrario VON LÜBTOW, *lc. ult. cit.*; THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., 102 ss.; ANKUM, *Quelques problèmes*, cit., 383 (con considerazioni — p. 382 ss. — difficilmente accettabili sul problema del contratto fra tutore e pupillo), i quali riferiscono il passo all'acquisto di una *res aliena* venduta — sempre all'incanto — come *res pupilli*.

(369) Così Paolo, in D. 18, 1, 34, 7 (nonché in D. 41, 4, 2, 9): l'estensione è, però, discussa in dottrina (cfr. VON LÜBTOW, *op. ult. cit.*, 7 nt. 10, con ulteriore letteratura, cui *adde* WACKE, *Paulus Dig. 3, 5, 18, 3: Zur bona fides bei Ersitzung, Geschäftsführung und Eviktionsregreß*, in *De iustitia et iure. Festgabe für U. von Lübtow*, Berlin, 1980, 274 s.).

(370) E' discutibile se ciò debba esser inteso nel senso che la vendita fosse nulla, onde la cosa restasse nella sua pristina situazione (normalmente di bene appartenente all'amministrazione), o che, pur essendo efficace l'alienazione, la cosa stessa venisse confiscata.

(371) Cfr. Mod. 5 *reg.*, D. 18, 1, 62 pr.: per i soldati, cfr. specificamente Marcian. 3 *inst.*, D. 49, 16, 9 pr. e Mac. 2 *r. mil.*, D. 49, 16, 13 pr., il quale individua una specifica ragione per ciò, nell'impedire che i soldati siano distratti dai loro compiti dallo *studium culturae*.

(372) Nel caso in cui il soldato fosse congedato prima della *delatio* (così Marciano, in D. 49, 16, 9 pr.).

(373) Il testo si riferisce ad un indeterminato *quod*.

(374) Dalla nullità, infatti, discende la previsione della *vindicatio* dell'oggetto della compravendita, a favore, sembrerebbe, dell'alienante, dato il concorso con la multa fiscale.

(375) Che non sapremmo dire quale potrebbe essere.

(376) Non sappiamo in quali limiti, su un piano storico, possa farsi giocare per l'invalidità anche dell'*emptio venditio* obbligatoria la circostanza che, in taluni passi, il divieto venga formulato genericamente con riguardo all'*emere* od al *comparare*. La validità sarebbe potuta servire per la tutela degli interessi del venditore, che non vengono mai specificamente presi in considerazione al riguardo.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

378

limiti — anche la validità e l'efficacia della fattispecie obbligatoria (377).

g) Connessi ai divieti di acquisto sono quelli di alienazione, in cui è discussa sia la legittimazione del proprietario ad alienare sia l'idoneità della cosa ad essere oggetto del contratto nella fattispecie concreta. Molto dibattuta è la questione dell'alienazione della cosa litigiosa da parte del non possessore, per cui un divieto fu introdotto da un *edictum divi Augusti* ricordato in *Frg. de iure fisci* 8 (378), ed a cui fanno riferimento alcuni altri passi, primo fra tutti Gai 4, 117*a* (379). Come sanzione — oltre all'irrilevanza dell'*emptio* — il primo testo si riferisce ad una pena pecuniaria a favore del fisco, mentre Gaio riferisce di un'*exceptio* concessa al possessore contro la *rei vindicatio* dell'acquirente. L'effetto dell'atto di trasferimento effettuato sulla base del contratto consensuale sembra, dunque, accertato, ma può riportarsi al carattere astratto della *mancipatio* (380); quanto alle sorti del contratto obbligatorio, tutelato da *iudicia bonae fidei*, era difficile riconoscere efficacia allo stesso nel caso in cui il compratore fosse a conoscenza della litigiosità della *res* oggetto della compravendita (381), ed a questo profilo deve con tutta probabilità riportarsi l'affermazione di *Frg. de iure fisci* 8 sull'irrilevanza della compravendita (382).

h) Discutibile è il regime sancito dal *Sc. Hosidianum* per la fattispecie in cui un edificio fosse stato venduto perché venisse demolito allo scopo di utilizzare il materiale derivante dalla demolizione stessa (383): per il compratore è sicuramente sancita una pena a favore dell'erario pari al doppio del prezzo pagato, mentre — come sanzione a carico del venditore — si stabiliva che le *venditiones* fossero *irritae*. Non sembra che siano toccati gli effetti traslativi della fattispecie, mentre — come attesta Paul. 54 *ad ed.*, D. 18, 1, 52 — il compratore può esercitare la *condictio* per il prezzo eventualmente pagato. Sembrerebbe, dunque, sancita un'invalidità relativa della vendita a danno del venditore (384), mentre il compratore, per il quale il contratto mantiene la sua efficacia, è esposto alla *poena dupli* (385).

i) In altri casi dalle fonti risulta positiva-

(377) Non vi dovrebbero essere dubbi, ad esempio, sul punto che il venditore, il quale ha già trasmesso la (proprietà della) cosa, possa agire per il prezzo non ancora pagato, ché non si vede motivo per sanzionare anche il comportamento dell'alienante, mentre è difficile pensare all'efficacia della garenzia per l'evizione, quando comunque il compratore è soggetto all'*ereptio* fiscale (né, in mancanza di esplicite attestazioni, può risolversi il quesito se il relativo diritto si sia trasmesso al fisco). Nel caso il compratore abbia pagato il prezzo ed il venditore non ancora adempiuto (a parte l'applicazione delle vedute "provinciali" per cui, in base a ciò, sarebbe già passata la proprietà della cosa: cfr. *supra*, § 3 lett. *b*), è difficile prospettare — sempre in mancanza di fonti — una soluzione: non appare, a prima vista, possibile ipotizzare che il compratore possa conseguire l'*id quod interest* mediante l'esercizio dell'*actio empti*, tenendo conto che — dopo l'adempimento del venditore — avrebbe perduto la cosa a favore del fisco (ma sono queste considerazioni sufficienti per congetturare un'*ereptio* avente ad oggetto l'azione contrattuale?). Per quanto concerne, poi, l'efficacia dell'*emptio venditio* obbligatoria precedentemente a qualsiasi atto di esecuzione, essa sembrerebbe urtare, *ex latere emptoris*, nell'obiezione dianzi fatta (ed è ancora più difficile pensare, qui, ad una "confisca" del contratto).

(378) Su cui cfr. l'ampia discussione in DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della 'res litigiosa' nel diritto romano*, Milano, 1967, 173 ss.; v. anche QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. 'Quasi nullus' nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1983, 92 ss.; KIEFNER, *Ut lite pendente nil innovetur. Zum Verbot der Verfügung über 'res' und 'actiones litigiosae' im römischen Recht und im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts*, in *Gedächtnisschrift für W. Kunkel*, Frankfurt am Main, 1984, 119 ss.

(379) V. inoltre Papin. 3 *resp.*, D. 16, 1, 27, 1; Call. 1 *iur. fisc.*, D. 49, 14 1 pr.; Ulp. 76 *ad ed.*, D. 44, 6, 1; Ulp. 6 *fid., eod.*, 2; Marcian. *lb. sing. ad f. hyp.*, D. 20, 3, 1, 2; Sev., C. 8, 36, 1 (del 207 d.C.); Alex. Sev., C. 8, 27, 3 (del 223 d.C.).

(380) Gai 4, 117*a* si riferisce espressamente ad un fondo, e non vi sono passi in cui l'*exceptio* sia posta sicuramente in relazione con un acquisto di *res nec mancipi* attraverso *traditio*.

(381) Inutilmente macchinosa la giustificazione dell'irrilevanza della compravendita obbligatoria ipotizzata dalla DE MARINI AVONZO, *op. cit.*, 218 ss., sui particolari della quale non è qui possibile intrattenersi.

(382) Per quanto riguarda invece la compravendita del *servus in fuga* effettuata in violazione del senatoconsulto di cui a *Frg. de iure fisci* 9 (e della cui delimitazione trattano Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 1, 35, 3; Ulp. 9 *off. proc.*, D. 48, 15, 2 pr.-3; Diocl. et Max., C. 9, 20, 6, del 287 d.C.; Pauli *sent.* 1, 6*a*, 2), provvedimento il quale estendeva al caso la sanzione della *lex Fabia de plagiariis* (su di esso cfr. CALONGE MATELLANES, *La compraventa civil de cosa futura. Desde Roma a la doctrina europea actual*, Salamanca, 1963, 46 s., nonché LAMBERTINI, *Plagium*, Milano, 1980, 132 ss.), è da rilevare come sia difficile che anche in un caso del genere si ammettesse la validità della vendita ove il compratore fosse consapevole del fatto. Il problema degli effetti reali non si poteva porre, dato che per la particolarità dell'oggetto, non poteva trattarsi che di un contratto ad effetti obbligatori.

(383) Su tale fattispecie cfr., da ultimo, RAINER, *Zum Senatusconsultum Hosidianum*, in *TR*, 1987, 31 ss., su cui v. TALAMANCA, *Pubblicazioni*, cit., 908 s., in cui è abbozzato l'ordine di idee qui seguito.

(384) Il quale, d'altronde, non avrà potuto esercitare l'*actio venditi* per ottenere il pagamento del prezzo, eventualmente non ancora riscosso.

(385) Questo regime si può ricavare, con una certa verisimiglianza, dalle fonti per quanto concerne il trattamento della compravendita già eseguita da entrambe le parti, od almeno dal venditore. Non si riscontrano tracce sul modo in cui i *prudentes* si ponessero di fronte al problema della disciplina dell'*emptio venditio* obbligatoria, *binc inde* non ancora adempiuta.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

mente che la fattispecie traslativa non produceva effetti reali già sul piano del diritto civile, mentre non si hanno notizie esplicite sulla sorte del contratto obbligatorio. La *lex Iulia de fundo dotali*, con ogni probabilità un capo della *lex Iulia de adulteriis* (386), vietava l'alienazione dei fondi dotali senza l'autorizzazione dell'*uxor* (387): in quanto si fosse proceduto all'atto traslativo, gli effetti reali dell'alienazione in contrasto col divieto non si producevano (388), ma non risultano tracce, nelle fonti, di discussioni sulla validità del contratto obbligatorio con cui ci si fosse obbligati a trasferire il fondo dotale, e specificamente dell'*emptio venditio* obbligatoria avente ad oggetto lo stesso (389). Dato che l'alienazione era possibile con l'assenso della donna, non si vede, però, ragione per escludere l'efficacia obbligatoria del contratto consensuale (390).

Un caso analogo è quello dell'*oratio Severi* sull'alienazione dei *praedia rustica et suburbana* dei *pupilli* (391), la quale è permessa, su autorizzazione del pretore, soltanto se serva al pagamento di debiti gravanti sul pupillo. A differenza che per il *fundus dotalis*, la possibilità di alienazione è, qui, fortemente ristretta, il che fa venir meno le ragioni dianzi viste a favore dell'efficacia del contratto obbligatorio. Nelle fonti sembrerebbe, però, attestata la validità della *verborum obligatio* con cui il pupillo promette di trasferire la proprietà di un fondo rustico, ma in modo tale da non eliminare tutti i dubbi al proposito (392).

(386) Kaser, *op. cit.*, I, 334, con letteratura. V., successivamente, Chorus, *Illegal Alienations in Classical Roman Law*, in *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for B. Nicholas*, cit., 91 s.

(387) Il divieto riguardava, in origine, i *fundi Italici*, dopo che la costituzione della dote aveva acquistato efficacia definitiva con la conclusione del matrimonio: sono discusse — cfr. Kaser, *lc. ult. cit.* — le modalità con cui il divieto si venne estendendo ai *fundi provinciales*.

(388) Si trattava di una nullità assoluta e non relativa (cfr., per tutti, Kaser, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien, 1977, 56 s., dove letteratura), nullità sanata però se la dote veniva definitivamente acquistata dal marito in seguito allo scioglimento del matrimonio.

(389) In Papin. 3 *quaest.*, D. 41, 3, 42, *venditio* è, con molta probabilità, interpolato per *mancipatio*: ad ogni modo, essa è da intendersi con esclusivo riguardo agli effetti reali (così, a quanto sembra, Kaser, *op. ult. cit.*, 57 testo e nt. 18).

(390) Il che comportava la responsabilità del marito che doveva procurarsi quel consenso, ove avesse proceduto con troppa leggerezza alla vendita.

(391) Su di essa cfr., per tutti, Kaser, *Das römische Privatrecht*,[2] I, cit., 361 e, per la discussa estensione ai minori (*adulescentes*), 371.

(392) Si tratta di Ulp. 35 *ad ed.*, D. 27, 9, 5, 5, che richiede l'autorizzazione per l'alienazione di un fondo, promessa dal pupillo mediante *stipulatio*, perché altrimenti si sarebbe trovato un'*alienandi ratio*. Il passo non risolve, però, i dubbi circa il diritto del creditore *ex stipulatu* di procedere in via giudiziaria, l'esistenza del quale avrebbe esposto il pupillo all'azione esecutiva. La problematica sollevata nel § 5 per la *verborum obligatio* doveva estendersi, senz'altro, alla compravendita (come si può, con una certa tranquillità, desumere dal paragone fra il § 6 ed il § 7). Quanto a Diocl. et Max., C. 5, 71, 9, 1, in cui si ammette una responsabilità evizionale del venditore (garentita da un pegno costituito sulle *res curatoris*), si riferisce con molta probabilità ad una vendita effettuata in nome proprio dal curatore stesso, e non dal minore con l'assistenza del curatore.

9. *La vendita delle cose future.* — *a*) Il profilo dell'inesistenza dell'oggetto è coinvolto (393) anche dalla problematica della vendita di cose future (394). Secondo il principio da cui partiva Sabino, quale risulta da Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 18, 1, 8 pr., non può aversi compravendita senza oggetto (*nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*): nel corso del frg. 8, il giurista dell'epoca degli Antonini tratta di due — più o meno — apparenti eccezioni (395), che danno luogo, nella terminologia medievale, alle figure dell'*emptio rei speratae* e dell'*emptio spei* (396), e che trovano

(393) Sul contratto mediante il quale ci si obbliga a fornire cose da produrre ad opera di una parte, le quali dunque non esistono al momento della conclusione dello stesso, cfr. *supra*, § 2 lett. *e*: non sembra che i *prudentes* si fossero posti problemi dal punto di vista dell'oggetto della compravendita, probabilmente in funzione del fatto che il materiale era, in linea di massima, nella disponibilità dell'artigiano: non risulta che sia stata presa in considerazione la fattispecie in cui quest'ultimo dovesse procurarsi il materiale stesso, con il che si sarebbe entrati in una problematica vicina a quella della vendita di genere (su quest'ultima, cfr. *infra*, § 12).

(394) Su di essa cfr., per tutti, Bechmann, *Der Kauf*, II, cit., 252 ss.; de Visscher, *La vente des choses futures et la théorie du risque contractuel*, Bruxelles, 1914; Longo C., *Corso*, cit., 347 ss.; Bartošek, *La spes en droit romain*, in *RIDA*, 1949, II, 50 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita*[2], cit., 117 ss.; Daube, *Purchase of a Prospective Haul*, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze, 1955, 203 ss.; Senn, *La notion romaine d'avenir et ses applications dans le domaine du droit*, in *RHD*, 1956, 163 ss.; Thomas, *Venditio hereditatis and emptio spei*, in *TLR*, 1959, 541 ss.; Id., *Fictitious Satisfaction and Conditional Sales in Roman Law*, in *The Irish Jurist*, 1966, 116 ss.; Calonge Matellanes, *La compraventa*, cit.; Kaser, *Erbschaftskauf und Hoffnungskauf*, in *BIDR*, 1971, 45 ss.; Kurz, *'Emptio rei speratae pura' oder 'sub condicione'?*, in *Labeo*, 1974, 194 ss.; Astolfi, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 1983, 13 s.; Zimmermann, *The Law of Obligations*, cit., 245 ss. In questi autori ulteriore letteratura.

(395) Che questo debba riportarsi al «*prinzipielles Denken*» di codesto giurista, che gli permetteva di superare la rigidità del principio (così il Behrends, *Institutionelles und prinzipielles Denken*, cit., 204 s.), non risulta dalle fonti.

(396) Quest'ultima espressione trova in sostanza un sicuro fondamento nel modo di esprimersi dei Romani, come risulta da D. 18, 1, 8, 1 (ed anche da Ulp. 32 *ad ed.*, D. 18, 4, 11): cfr., già nella pandettistica, Windscheid e Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*[9], II, Frankfurt am Main, 1906, 628 nt. 8c. Fondandosi egualmente sulle fonti potrebbe dirsi

Senato della Repubblica - Archivio Storico

riscontro anche in altri, pochi, passi delle fonti, dalle quali risulta, peraltro, anche la presenza di figure intermedie rispetto a quelle "tipiche" indicate con queste espressioni. Secondo la ricostruzione tradizionale dell'*emptio rei speratae* (397), le parti subordinano l'efficacia e la portata del contratto al venir in essere della cosa futura, onde da parte del compratore il prezzo è dovuto soltanto se e nei limiti in cui ciò avvenga. I casi presi in considerazione da Pomponio in D. 18, 1, 8 pr. (398) sono quelli della vendita dei frutti naturali e del *partus ancillae* (399), i quali ritornano in alcuni altri passi, in alcuni dei quali, però, non si danno notizie di rilievo circa la configurazione del contratto (400). Il problema soprattutto discusso in dottrina (401) è quello della configurazione di questo contratto come negozio condizionale e della relativa disciplina: su di esso informa soltanto la *l.* 8 pr., nella quale secondo l'opinione tradizionale il contratto è configurato come sottoposto alla condizione sospensiva del venir in essere della *res futura*. Nulla parla esplicitamente nel passo di condizione, ma si riscontrano in esso due profili che, sottoposti di recente a discussione, riportano al negozio condizionale. Anzitutto la retroattività (402) esplicitamente riconosciuta agli effetti del venir in essere della cosa futura (403), anche se è difficile stabilire se e come tale riconoscimento avesse un'importanza specifica per i problemi dell'*emptio rei speratae*. Dato che, com'è riconosciuto in dottrina (404), Pomponio non vedeva nel caso una vendita *sine re quae veneat* (come, invece, faceva per l'*emptio spei*), può darsi che questo punto si connettesse con il problema dell'esistenza dell'oggetto al momento della conclusione della compravendita, ma il pensiero del giurista non sembra, al proposito, molto limpido (405).

---

emptio aleae (cfr. ancora la *l.* 8, 1, dianzi ricordata, e Paul. 14 *ad Plaut.*, D. 18, 4, 7), come preferirebbe il KASER, *op. ult. cit.*, 48. Non sembra da seguirsi la distinzione proposta dal CALONGE MATELLANES, *op. cit.*, 32 s., fra *alea* e *spes*, distinzione la quale, ad ogni modo, non potrebbe esser imputata — neppure sul piano della terminologia — alla consapevolezza dei giuristi romani.

(397) Cfr., per tutti, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 119 s.

(398) Non vi sono problemi circa la risalenza della figura in generale alla giurisprudenza classica: quello fugacemente abbozzato dal PRINGSHEIM, *Zur Rechtsstellung der 'Pérsai tês epigonês'*, in *ZSS.R.*, 1924, 430 nt. 7, è a ragione respinto dall'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 117 s. (equivoca il CALONGE MATELLANES, *op. cit.*, 23, attribuendo a quest'ultimo il dubbio del Pringsheim stesso).

(399) I dubbi che nutriva ancora ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 118 s., sul fatto che il passo si riferisse anche ai *fructus*, oltre che al *partus ancillae*, sono da considerare superati: la forma imperfetta del testo può esser dovuta, al massimo, ad un raccorciamento (cfr. KUNZ, *op. cit.*, 208, il quale formula una serie di ipotesi difficilmente verificabili sull'andamento originario del passo). Non è chiara — nella contrapposizione fra Sabino e Pomponio — la posizione assunta dal CALONGE MATELLANES, *op. cit.*, 22 s., 24 e 27, sulla stesura del passo nell'opera del giurista più tardo.

(400) Neppure per quanto riguarda l'eventuale alternativa fra la costruzione come *emptio rei speratae* o come *emptio spei* si tratta di Afr. 8 *quaest.*, D. 47, 2, 62, 8, e di Ulp. 61 *ad ed.*, D. 42, 5, 8, 1 e 62 *ad ed.*, D. 42, 5, 9, 6. Il CALONGE MATELLANES, *op. ult. cit.*, 27 ss., ha colto esattamente le differenze che possono esistere sul piano fattuale in funzione del diverso grado di maturazione dei frutti. Si pensi alla vendita dell'*olea* ovvero del *vinum* o della *vindemia pendens* (Cat. *agr.* 146 e 147; Iulian. 54 *dig.*, D. 19, 1, 25) o del *frumentum in herbis* (Lab. 4 *post. a Iavol. epit.*, D. 18, 1, 78, 3: su cui v. anche *infra*, nt. 440): non riguarda invece la compravendita di cose future Pompon. 31 *ad Q. Muc.*, D. 19, 1, 40, ché gli alberi acquistati sono quelli già esistenti sul fondo, e si tratta soltanto di tagliarli (perché acquistino un'identità separata da quella del fondo stesso). Il profilo sottolineato dal Calonge può aver inciso sulla regolamentazione convenzionalmente predisposta dalle parti, ma non rileva ai fini dell'identificazione dei due schemi fondamentali corrispondenti all'*emptio rei speratae* ed all'*emptio spei*, a parte la possibilità di regimi intermedi (su ciò cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*).

(401) Su di esso, oltre agli autori già citati *supra*, nt. 394, cfr. anche DAUBE, *Condition Prevented from Materializing*, in *TR*, 1960, 291 ss.

(402) Al proposito deve considerarsi superata l'opinione la quale negava che, per quanto riguarda il negozio condizionale, i romani avessero conosciuto sia lo schema concettuale della retroattività, attestato del resto nel passo qui discusso, sia la concreta operatività della retroattività stessa, anche se i limiti di tutto questo restano discutibili: per un rapido ragguaglio, cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 258 ss.

(403) L'accenno alla retroattività è insospettabile: cfr., ad esempio, da ultimo KASER, *op. ult. cit.*, 49 testo e nt. 19, ove altra letteratura. Diversa la posizione assunta dal KUNZ, *op. cit.*, soprattutto 206 ss., su cui v. anche *infra*, nt. 405.

(404) Così, esattamente, DAUBE, *op. ult. cit.*, 291 s.; v. anche, dal suo punto di vista, KUNZ, *op. cit.*, 207. Diversamente, a quanto sembra, CALONGE MATELLANES, *op. ult. cit.*, 21.

(405) Il KUNZ, *op. cit.*, 206 ss., ritiene, in effetti, che nel pensiero di Pomponio la retroattività concernesse l'esistenza della cosa considerata presente fin dal momento della conclusione del contratto, il che si collegherebbe con la circostanza che, alle origini, la vendita dei frutti avveniva poco prima della raccolta (quando gli stessi erano già pendenti), e quella del parto dopo il concepimento (onde la cosa poteva — in certo qual modo — considerarsi già esistente): questa configurazione si sarebbe mantenuta quando la conclusione del contratto venne anticipata a prima del concepimento o che i frutti avessero cominciato ad esser pendenti (già il SENN, *op. cit.*, 168 s., aveva dal canto suo sostenuto — in modo un po' confuso — che la vendita non fosse condizionale, restringendo la portata di codesta affermazione al caso in cui i frutti fossero già pendenti e la schiava incinta). L'interpretazione del Kunz, contro la quale cfr. anche ZIMMERMANN, *op. cit.*, 246 nt. 80, va contro il tenore letterale del passo, il quale riferisce la retroattività al negozio, e quindi ai suoi effetti, e non all'esistenza della cosa (che sarebbe stata acclarata con effetto retroattivo dal suo venire in essere): volendo restare in questo ordine d'idee si dovrebbe pensare che, al proposito, il giurista facesse una certa confusione fra

Senato della Repubblica - Archivio Storico

b) In secondo luogo, Pomponio riconosce esplicitamente l'*actio ex empto* (406) per il caso che il venditore abbia impedito la produzione dei frutti o la nascita del figlio della schiava, nel che viene generalmente vista a ragione l'operatività della nota regola che la condizione si ha per avvenuta, quando la parte interessata ne impedisca l'avveramento (407), anche se non sono mancate, al riguardo, voci dissenzienti (408). Ciò crea qualche difficoltà in quanto — ancorché per il fatto del venditore — in questa evenienza la compravendita è rimasta praticamente senza oggetto (409), ma non sembra che Pomponio tenesse particolarmente presente questo profilo (410): un modo in cui il problema poteva essere superato era quello di vedere nel caso un'applicazione, in via estensiva o meno, dello schema dell'adempimento fittizio della condizione, pur se questa afferisse all'esistenza dell'oggetto venduto (411).

c) Sul regime dell'*emptio rei speratae*, D. 18, 1, 8 pr. di Pomponio non dice null'altro (412). È da sottolineare come in tale passo (413) nulla si dica su quella che, secondo un'opinione incontrastata, è la caratteristica essenziale di questa figura di compravendita: il pagamento del prezzo non solo subordinato alla produzione della cosa ma commisurato altresì alla quantità del prodotto venuto in essere. Nonostante sia possibile pensare a figure intermedie (414) nella determinazione del prezzo fra quello individuato globalmente, qualsiasi cosa venga — o non venga — in essere (tipico nell'*emptio spei*), e quello commisurato alla quantità del prodotto (caratteristico invece dell'*emptio rei speratae*), non si vede motivo per scostarsi dall'ipotesi che, nel contrasto col regime dell'*emptio spei* discusso nel § 1, nella *l.* 8 pr. il giurista si riferisca ad un contratto configurato — sotto il profilo dell'alea — nel senso comunemente accolto, dato soprattutto che in sostanza si tratta del normale regime della vendita adattato alla particolarità della fattispecie rappresentata dal fatto che il negozio verte su una cosa futura (415). Dalle fonti non si ricava, poi, alcuna indicazione in merito al diverso problema di quale disciplina debba applicarsi al negozio, quando — nella fattispecie concreta — le parti non abbiano specificamente individuato gli effetti del contratto in relazione all'alea. È sostanzialmente fondata l'impostazione corrente, per cui l'imputazione del negozio all'*emptio spei* od all'*emptio rei speratae* dipende essenzialmente dal modo in cui — secondo l'alternativa dianzi vista — viene determinato il prezzo (416), ma possono pensarsi dei casi

---

la retroattività degli effetti del negozio (una volta venuta in essere la cosa) e l'esistenza — o finzione di esistenza — della cosa stessa al momento della conclusione del contratto.

(406) Non sembra giustificato ipotizzare una possibile alternativa fra l'azione contrattuale e l'*actio de dolo* (od un'*actio in factum*) sulla base della diversità di opinioni fra giuristi o fra scuole (così STEIN, *Fault*, cit., 78 s.), in quanto ciò si basa sulla *reductio ad unum* delle varie fattispecie, il che può apparire pericoloso, tenendo conto del metodo topico dei giuristi. Diverso problema è se Pomponio citasse un altro giurista come colui che aveva concesso per primo l'azione contrattuale (così, ad esempio, da ultimo ASTOLFI, *op. cit.*, 14).

(407) Su tale regola, cfr., per tutti, MASI, *Studi*, cit., 211 ss.: altra letteratura in KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 257 nt. 49. Si tratta, rispetto al passo di Pomponio, dell'interpretazione dominante: cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 118 (con qualche prudenza); MASI, *op. ult. cit.*, 224 s., con altra letteratura (fatto riconosciuto, del resto, anche dal KUNKEL, *op. cit.*, 209 testo e nt. 44).

(408) Cfr., soprattutto, DAUBE, *op. ult. cit.*, 286 ss.; THOMAS, *Fictitious Satisfaction*, cit., 123 ss., che sostanzialmente vi vedono l'applicazione della normale azione per l'adempimento; analogamente da ultimo KUNKEL, *op. cit.*, 208 s. (il quale, però, ritiene che la vendita non sia condizionale). Non sembra che le ragioni addotte da questi autori riescano a scalzare la fondatezza dell'opinione dominante.

(409) Cfr. le difficoltà che trova l'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 117 s., ad ammettere che una condizione potesse riguardare l'esistenza dell'oggetto del contratto, elemento essenziale del negozio. In effetti, nel caso, non si tratta di una clausola negoziale esplicita, ma il complessivo assetto d'interessi posto in essere dalle parti viene valutato nel senso che esse vogliono subordinare l'efficacia del negozio al venir in essere della cosa.

(410) Che è stato inquadrato nelle dispute che sarebbero sorte fra le scuole su questo punto: cfr. STEIN, *op. ult. cit.*, 58 s.; PETERS, *Die Verschaffung*, cit., 298 s., ma l'ipotesi può suscitare notevoli perplessità.

(411) Diversamente SARGENTI, *Appunti*, cit., 242 s., il quale, nell'àmbito della sua opinione sulla *bona fides* come fondamento dell'esperibilità delle azioni contrattuali, pensa all'esistenza di obblighi preparatori del venditore. Altra questione è quella rappresentata dall'oggetto dell'azione (postasi, ad esempio, dal PETERS, *lc. ult. cit.*), ma non si vede ragione per pensare che fosse diverso dall'interesse positivo del compratore.

(412) L'informazione da esso fornita appare, senz'altro, lacunosa, anche rispetto a quanto esposto, nel § 1, sull'*emptio spei*, dove il regime dell'alea è compiutamente delineato. Priva di fondamento l'ipotesi del SENN, *lc. ult. cit.*, il quale, nell'àmbito della sua particolare visione (v. *supra*, nt. 405), addossa il rischio contrattuale al compratore dal momento della conclusione del contratto.

(413) Ma, bisogna sottolinearlo, neppure altrove, mentre qualcosa di più si viene a sapere su figure intermedie (cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*).

(414) Qualche alternativa è possibile, come dimostra Iulian. 15 *dig.*, D. 18, 1, 39, 1, su cui cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*.

(415) Onde si poteva ritenere superflua qualsiasi precisazione al proposito, necessaria invece per l'*emptio spei*, ma anche per le eventuali figure intermedie (cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*).

(416) In effetti, nel caso di prezzo determinato globalmente non è in genere possibile stabilire quale possa esser il prezzo per unità di misura; e nel prezzo fissato per unità di

Senato della Repubblica - Archivio Storico

in cui a tale elemento non vada attribuito un valore assoluto (417). Da Afr. 8 *quaest.*, D. 47, 2, 62, 8 (418) si desume che, sotto un diverso profilo, la configurazione corrente della compravendita dei frutti pendenti prevedeva che fosse il compratore a procedere alla raccolta degli stessi (*eos suo nomine cogat*): nonostante manchi qualsiasi precisazione, ciò va riferito all'*emptio rei speratae* (od almeno anche ad essa).

d) Un problema di responsabilità è posto in Paul. 33 *ad ed.*, D. 19, 1, 21 pr.: nel caso si sia proceduto all'*emptio venditio* del *partus* di un'*ancilla sterilis* o che abbia superato i cinquant'anni (419), il venditore è tenuto *ex empto*, se il compratore fosse *ignorans*. Si tratta di un caso in cui — al momento della conclusione del contratto — v'è l'oggettiva certezza che, anche in futuro, si avrà inesistenza in assoluto dell'oggetto (420): non viene, fra l'altro, precisato se si tratti di un'*emptio rei speratae* o di un'*emptio spei*, anche se la dottrina opta, senza discutere, per la prima alternativa (421). Paolo concede comunque l'azione contrattuale, nonostante che la cosa non sia venuta in essere, ma è difficile dire se il giurista si ponesse il problema del dolo del venditore (e quale fosse la soluzione che si prospettava al proposito); quale giustificazione egli avesse seguito per la concessione dell'azione contrattuale al compratore (422); e quale fosse la portata dell'azione nel caso (423).

e) In D. 18, 1, 8, 1, Pomponio parla dell'*emptio spei* (424), ed almeno inizialmente vi vede una compravendita senza un oggetto materiale: il giurista supera le difficoltà derivanti da questa constatazione individuando in un secondo momento nell'*alea*, la probabilità od il rischio, l'oggetto della compravendita (425). Su tale base si determina il regime del contratto nel senso che, attuandosi il sinallagma fra la *spes* ed il prezzo, la vendita è immediatamente efficace, ed il prezzo stesso va pagato come corrispettivo dell'*alea*, anche se non verrà in essere la cosa futura, oggetto non della compravendita quanto dell'aspettativa, valutata nella sua aleatorietà, intesa come controprestazione sinallagmatica del prezzo (426). E da ciò si trae la — ovvia — constatazione che non vi sarà responsabilità *ex empto* nel caso di evizione (427).

---

misura, non è possibile stabilire il corrispettivo se non in funzione della quantità effettivamente prodotta.

(417) Si tenga, ad esempio, conto che la commisurazione al prodotto effettivamente venuto in essere ben si adatta, senz'altro, all'*emptio* dei frutti, mentre — per il *partus ancillae* (ma anche degli animali di grossa taglia) — non ci si può nascondere il lato problematico insito nella possibilità del parto (pluri)gemellare, onde l'aver fissato un prezzo unitario non sarebbe, nel caso, dirimente.

(418) E forse anche da Iulian. 54 *dig.*, D. 19, 1, 25: su quest'ultimo passo in relazione alla problematica della vendita di cosa futura cfr. Calonge Matellanes, *op. cit.*, 29 s. (con considerazioni non tutte accettabili).

(419) E cioè, secondo il modo di vedere diffuso già nell'antichità, non più in grado di generare: per Aristotele la donna può avere in teoria figli fino a cinquant'anni, ma in pratica fino a quarantacinque (*Hist. anim.* 5, 14 [p. 545*b*, lin. 26- 31]).

(420) Sul passo, da codesto punto di vista, cfr., da ultimi, Stein, *op. ult. cit.*, 78 s.; Peters, *lc. ult. cit.*, che lo collocano nell'àmbito della più ampia tematica in materia; Voci, *Le obbligazioni romane*, cit., 143. Si rifà ad un'interpretazione "fattuale" dell'*emere* della *formula* Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 209. Erroneo l'accostamento di questo passo al caso in cui il venditore abbia impedito il venir in essere del parto o dei frutti, fatto dal Cuena Boy, *Estudios*, cit., 64 s.

(421) Nulla concettualmente si oppone, però, a configurare come *emptio spei* anche l'acquisto del *partus ancillae*.

(422) Se in effetti il giurista ne avesse specificamente preso in considerazione qualcuna. Qui non funziona, in effetti, la finzione di adempimento che potrebbe aver giocato un ruolo in Pomponio: si può, senz'altro, ipotizzare che l'esistenza della madre presa in considerazione, ancorché inidonea a generare un figlio, possa aver influito sulla circostanza che il giurista non si ponesse tanti problemi al riguardo.

(423) Il Medicus, *Id quod interest*, cit., 170 nt. 26, pensa che difficilmente si sarebbe potuto ottenere qualcosa di diverso dalla ripetizione del prezzo eventualmente pagato. Pensa all'interesse positivo, nei limiti in cui se ne potesse procedere alla *aestimatio*, il Peters, *op. ult. cit.*, 299.

(424) Dal punto di vista sostanziale, il regime delineato dal giurista del II secolo d.C. trova piena conferma in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 8, il quale però si astiene da qualsiasi precisazione sull'oggetto del contratto, e non parla dunque di un'*alea* o di una *spes* come corrispettivo del prezzo.

(425) Si direbbe, in termini moderni, che egli individua nell'*alea* un oggetto immateriale del contratto: questo risultato si ottiene mediante una vera e propria ulteriore *Wertung*, perché nell'àmbito dei valori ricevuti il contratto stesso sarebbe nullo, nei limiti in cui non si considerasse condizionato al venir in essere della cosa futura.

(426) Il Vassalli, *Miscellanea critica di diritto romano*, I (1913), ora in *Studi giuridici*, III, t. 1, Milano, 1960, 371 ss., seguito dal Bartošek, *op. cit.*, 49 s., espungeva la terminologia dell'*emptio spei* dalle fonti, ma la dottrina più recente non ha dubbi sulla classicità: cfr., per tutti, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 118 ss.; Calonge Matellanes, *op. ult. cit.*, 34 ss.

(427) L'eventualità di una responsabilità del genere è prospettata soltanto per i *missilia*: evidentemente per la ragione che il *captus piscium* od *avium* presuppone un acquisto a titolo originario, per occupazione, il quale esclude che si possa porre tale problema (così, esattamente, Daube, *Purchase*, cit., 208). Il giurista poteva prospettare del resto il problema soltanto per l'*actio empti* in funzione di garenzia, in quanto — in linea di fatto — non si doveva di certo ricorrere, nel caso, alle apposite stipulazioni, e perché — in linea di diritto — una volta che queste fossero, per assurdo, intervenute non era possibile evitare la responsabilità in base all'*actio ex stipulatu* (ché, anzi, si sarebbe potuto proporre il quesito se il fatto di aver proceduto in tal modo non dimostrasse una volontà contraria alla conclusione di un'*emptio spei*). Sotto un diverso — ma connesso — profilo, alla

Senato della Repubblica - Archivio Storico

I casi che vengono portati come esempi dell'*emptio spei* (428) sono quelli del risultato di una pesca o di una caccia (429), o quante monete od altri oggetti preziosi (*missilia*) taluno avesse potuto raccogliere in quelle occasioni festive in cui gli imperatori od altri esponenti dell'aristocrazia usavano lanciare alla folla simili cose (430). Soprattutto per quest'ultimo caso, si è notato (431) che la transazione risulta di scarse prospettive per l'acquirente, dato che il venditore, sicuro di ricevere il prezzo, non si sarebbe di certo dannata l'anima per raccogliere molti *missilia*.

L'osservazione non è priva di rilievo, perché potrebbe ripetersi per casi di maggiore importanza socio-economica che non il *iactus missilium* (432). Bisogna, al proposito, precisare il regime del contratto nel senso che l'aleatorietà riguarda soltanto il sinallagma fra la *spes* come oggetto dell'*emptio venditio* ed il prezzo, in quanto i *prudentes* ritenevano che, al di fuori di ciò, sussistessero obbligazioni — di mezzi e di risultato — a carico del venditore: in Cels. 27 *dig.*, D. 19, 1, 12 si precisa, in primo luogo, che, nel caso del *iactus retis*, il venditore stesso ha l'obbligo di fare tutto quanto gli è possibile perché il pesce venga catturato (433), e risponde nell'evenienza che non l'abbia fatto, il che lascia al giudice il non facile compito di procedere all'*aestimatio* dell'*incertum eius rei*, compito nel quale egli era fornito di un margine più o meno notevole di discrezionalità (434); e si precisa successivamente che — una volta portato a riva il *captus piscium* — il venditore che si rifiutasse di consegnarlo era tenuto in relazione al valore del pesce pescato (il che era del resto ovvio). L'aleatorietà del contratto non copriva, così, la negligenza o addirittura il dolo del venditore rispetto anche al profilo dell'attività necessaria perché si realizzasse la *spes*.

f) Resta il problema del rapporto fra *emptio rei speratae* ed *emptio spei*, connesso con quello della possibilità di figure intermedie. Dalle fonti risulta una specializzazione degli esempi (435), ma è stato egualmente sostenuto che, nel caso concreto, la configurazione dipendesse esclusivamente dalla volontà delle parti (436). Una volta ammessa la configurabilità — senza nessuna apparente restrizione — dei due tipi di compravendita di cose future tale opinione appare del tutto plausibile, perché sul piano logico non v'è motivo per collegare l'una o l'altra forma con determinati oggetti del contratto (437), anche se sul piano concreto della storia potrebbero residuare, al proposito,

---

considerazione dell'*alea* è dovuta anche la negazione della responsabilità evizionale del venditore nel caso di una vendita collegata al gioco in Paul. 71 *ad ed.*, D. 44, 5, 2, 1 (ma i termini esatti della fattispecie non sono ben individuati).

(428) Per la *venditio hereditatis* come *emptio spei*, cfr. *infra*, § 10 lett. *d*.

(429) Comunque fossero configurate, anche se si è soliti pensare ad una gettata di reti od agli uccelli che, in un determinato periodo, siano rimasti intrappolati nelle reti tese dal cacciatore: in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 8 *i.f.*, si rifà il caso del *iactus retis*, e si specifica, per la caccia, che si tratta o di un'uccellagione o di quanto sarà incorso nelle trappole installate dal *venator*. In contesti che si riferiscono alla *venditio hereditatis* (su cui v. *infra*, § 10), si parla di *venatio et similia* in Paul. 14 *ad Plaut.*, D. 18, 4, 7 (dov'è questione di *aleam emere*) e di *iactus retis* in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 18, 4, 11 (dove si parla di *spes hereditatis*).

(430) La classicità del caso, contestata ad esempio dal Buckland (nelle sue lezioni, ricordate dal Daube, *op. ult. cit.*, 206), e la cui concreta realizzabilità lascia dubbioso anche l'Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 119 s., è stata esattamente difesa dal Daube, *op. ult. cit.*, 205 ss., che vi riconosce un «*typical Roman example*» (p. 206). Cfr., in genere, sulla plausibilità socio-economica della figura in esame Zimmermann, *op. cit.*, 246 ss.

(431) V., per tutti, Arangio-Ruiz, *lc. ult. cit.*, il quale però respinge i sospetti che se ne erano ricavati sulla genuinità del testo.

(432) Basti pensare ad un *captus piscium* che non si riferisca a reti già gettate (v. Cels. 27 *dig.*, D. 19, 1, 12), ma da gettare in un momento più o meno vicino; od all'acquisto del risultato di una partita di caccia, e non di un'uccellagione già predisposta.

(433) Sul passo cfr. Daube, *Certainty of Price*, in *Studies in the Roman Law of Sales Dedicated to the Memory of F. de Zulueta*, cit., 12 s.; Calonge Matellanes, *op. ult. cit.*, 38 s. Nel valutare il modo in cui tale obbligazione è stata eseguita, si potrà — in base alla *bona fides* che regge anche in questo caso il contratto — imputare al venditore medesimo anche una *neglegentia* al proposito.

(434) Su di ciò cfr. Medicus, *op. ult. cit.*, 44 nt. 48.

(435) *Fructus* e *partus ancillae* per l'*emptio rei speratae*, *captus piscium vel avium* e *iactus missilium* per l'*emptio spei*: in D. 19, 1, 11, 18 (*supra*, nt. 429) si dà, addirittura, per scontato che il regime del *captus piscium vel avium* sia quello dell'*emptio spei*, mentre negli altri passi non vi sono specificazioni sul regime della compravendita. Non risulta, invece, qualificato né nell'uno né nell'altro senso il caso della vendita *in quinquennium* di una *silva caedua* (Lab. 5 *post. a Iavol. epit.*, D. 18, 1, 80, 2), perché, probabilmente, le piante che si sarebbero dovute tagliare al momento del contratto erano già esistenti, benché non "mature" per il taglio.

(436) L'opinione risaliva già alla pandettistica: von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*[7], III, rist., Marburg-Leipzig, 1876, 425; cfr., fra i più recenti, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 121 testo e nt. 2; Daube, *Condition*, cit., 285 s.; Thomas, *Venditio hereditatis*, cit., 543 ss.; Id., *Fictitious Satisfaction*, cit., 124. Per il problema dell'indirizzo della volontà delle parti nel caso concreto, cfr. *supra*, in questo paragrafo, lett. *c*.

(437) Non si vede, infatti, perché non si possa comprare un *iactus retis* ad un tanto alla libbra di quello che ne sarà il gettito, e quindi come un'*emptio rei speratae*; e, allo stesso modo, perché il compratore di frutti pendenti, se vicini alla maturazione, non possa assumersi il rischio residuo che gli stessi vadano perduti.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

delle perplessità (438). Per l'epoca classica, codesta ipotesi viene del resto confermata da Iulian. 15 *dig.*, D. 18, 1, 39, 1, in cui il regime del contratto viene determinato, in relazione a due possibili opzioni, in via d'interpretazione, ancorché tipica, della volontà delle parti (439). Da questo passo si ricava altresì che le parti potevano ricorrere a figure che, dal punto di vista della ripartizione del rischio, si collocavano in posizione intermedia fra l'*emptio rei speratae* e l'*emptio spei* (440), le quali ultime vanno, dunque, intese come i due tipi estremi — e con molta probabilità più frequenti — in base ai quali la ripartizione stessa poteva accadere (441).

10. *La vendita dell'«hereditas».* — *a)* La vendita dell'eredità (442) propone una serie di problemi che ne riguardano la struttura ed il regime (443). Essa si differenzia inclusivamente dall'*in iure cessio hereditatis* (444): nei limiti in cui comporta uno spostamento dell'eredità nella sua globalità, quest'ultima rappresenta una forma di alienazione della delazione ereditaria, mentre la vendita dell'eredità presuppone l'accettazione della delazione da parte dell'alienante, e la sua conseguente incedibilità. Gli effetti limitati, poi, dell'*in iure cessio* dell'*hereditas* già acquistata (445), che comporta l'estinzione dei crediti e il mancato trasferimento dei debiti ereditari all'acquirente, ne fa un istituto dalla funzionalità profondamente diversa dalla *venditio hereditatis*.

Nel caso in esame, la funzione pratica del contratto di vendita consiste, infatti, nel far pervenire — sul piano economico — al compratore tutto quanto abbia acquistato o possa acquistare il venditore in base ad una determinata delazione ereditaria, al netto di quanto l'erede stesso sia tenuto verso i terzi in base alla delazione stessa. Sotto questo profilo si può dire che oggetto del contratto è il contenuto economico del *ius heredis*, dato che non v'era — nell'ordinamento romano (come del resto, nel nostro) — la possibilità di trasferire un'eredità già acquistata (446): più precisamente, i rapporti fra il compratore ed il venditore sono articolati in modo tale che il risultato economico — perseguito col negozio — metta le parti nella stessa situazione in cui si sarebbero trovate se erede fosse stato il compratore e non il venditore (447). Non sembra, d'altro canto, che, per questa fattispecie, i Romani si ponessero problemi dal punto di vista della ricostruzione concettuale dell'oggetto del contratto, né con riferimento al *ius heredis* (o *ius successionis*) né in relazione alla configurazione dell'*hereditas* come *universitas iuris* (448).

b) Il profilo più importante, dal punto di vista ricostruttivo, è l'individuazione dell'oggetto del contratto, momento decisivo per determinarne la disciplina, soprattutto in ordine alla responsabilità dell'erede ed alla ripartizione del rischio. Dalle fonti (449), risulta che — per realizzare il generico scopo del contratto in esame — si riscontravano nella prassi variazioni rispetto al modello usuale del negozio per quanto riguardava per l'appunto i due punti dianzi accennati (450).

In linea generale, il contratto ha per oggetto il *ius heredis* (451), e presuppone che si tratti di una successione già aperta, in quanto si ha giuridicamente eredità soltanto dopo la morte del soggetto, della cui successione si tratta: l'eredità di un vivente non può esser oggetto di un contratto (452), perché — in base a quanto si è detto — è inesistente alla stessa stregua dell'eredità di una persona mai esistita (453). Mentre il compratore è tenuto al pagamento del prezzo (454), il venditore risponde soltanto per la disponibilità in generale del compendio ereditario, e non per l'appartenenza all'eredità dei singoli cespiti che apparentemente la compongono: è quindi responsabile nei confronti del compratore del fatto di essere erede (o di poter comunque disporre dell'eredità), non della consistenza del compendio ereditario (455), oltre che — ovviamente — per l'inadempimento dell'obbligazione di trasferire al compratore il corrispettivo economico del *ius heredis*, di cui ha disposto. Da questo punto di vista, il contratto assume una connotazione fortemente aleatoria (456); ma, come sottolinea Paolo, in D. 18, 4, 7, non si tratta nel caso di un'*emptio* che abbia ad oggetto l'*alea* (457), perché l'oggetto ne è il *ius heredis* del venditore. Nel caso in cui quest'ultimo abbia alienato un'eredità di cui non poteva disporre, risponde nei confronti del compratore all'*id quod interest* (458), in quanto è senz'altro valido (459) il contratto avente ad oggetto un'eredità altrui, come risponde del resto nel caso non esegua il contratto per singoli cespiti che si accerti appartengano all'eredità venduta (460).

---

(438) Si tenga presente che si tratta, in entrambi i casi, di compravendite in cui, seppur in modo diverso, si pone — secondo quanto informa Pomponio in D. 18, 1, 8 — il problema dell'inesistenza della *res quae veniat*. In una situazione del genere può benissimo pensarsi che l'inammissibilità del contratto venisse, almeno alle origini, collegata con determinati oggetti: e, per evitare generalizzazioni che darebbero luogo ad anacronismi [illegible], bisogna anche tener conto dell'influsso che al proposito può aver avuto la modellistica sociale e l'approccio tipico del *prudens*.

(439) Nel caso in cui il corrispettivo dell'acquisto di un raccolto (di olive) fosse stato fissato in una determinata quantità dell'olio ricavatone, il giurista decide che il compratore è tenuto nei limiti dell'olio effettivamente prodotto fino alla concorrenza di detta quantità (tipo di contratto che non rientra né nell'*emptio rei speratae* né nell'*emptio spei*), e non a prestare comunque la quantità fissata (come sarebbe accaduto in analogia al regime dell'*emptio spei*). Trattandosi di un corrispettivo non in *pecunia numerata*, il compratore aveva, nella specie, proceduto a farsi promettere la quantità d'olio convenuta mediante una *stipulatio*, ma Giuliano imposta rigorosamente la discussione in termini di compravendita: la stessa — od un'analoga — ripartizione del rischio poteva, del resto, verificarsi benissimo anche all'interno dell'*emptio venditio*, a prescindere dall'impiego della *verborum obligatio*.

(440) Cfr., del resto, Lab. 4 *post. a Iavol. epit.*, D. 18, 1, 78, 3 sulla vendita del *frumentum in herbis*: non risulta quale fosse precisamente il regime del negozio, ma dalla speciale clausola sull'addossamento al venditore del danno derivante dalla *vis* e dalla *tempestas* sembrerebbe doversi desumere che il regime fosse quello dell'*emptio spei*, in cui l'alea per l'acquirente era, del resto, già in sé ridotta per la vicinanza del raccolto, e veniva ulteriormente circoscritta.

(441) Questo profilo si tocca con l'ipotesi, svolta dal Thomas, *Venditio hereditatis*, cit., 341 ss. (cfr. Id., *Fictitious Satisfaction*, cit., 123 s.), di una progressiva differenziazione dei due tipi: cfr., altresì, Kaser, *Erbschaftskauf*, cit., 49 s., che fissa un po' troppo rigidamente il passaggio dall'*emptio rei speratae* all'*emptio spei*, in funzione della rilevanza dell'esistenza dell'oggetto del contratto.

(442) Sull'argomento, che non ha ricevuto una particolare attenzione in letteratura, cfr. soprattutto Torrent, *"Venditio hereditatis". La venta de herencia en derecho romano*, Salamanca, 1966; precedentemente, oltre a Beckmann, *Der Kauf*, cit., III, t. 2, Leipzig, 1908, 368 ss. (per quanto riguarda la dottrina più antica), v. particolarmente Vassalli, *Miscellanea critica*, I, cit., 366 ss.; Grosso, *Spunti storici e dommatici sull'alienazione dell'eredità*, in *Studi in onore di E. Besta*, I, Milano, 1939, 511 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita*², cit., 116; Thomas, *"Venditio hereditatis"*, cit.; Calonge Matellanes, *La compraventa*, cit., 41 ss. Successivamente cfr. Kaser, *Erbschaftskauf*, cit., e da ultimo Ben Dror, *The Perennial Ambiguity*, cit., 169 ss. In questi autori, ulteriore letteratura.

(443) Le alienazioni da parte dell'erario e del fisco di eredità, o di porzioni ereditarie, comunque cadute nella disponibilità dello Stato vengono disciplinate in modo particolare, probabilmente estendendo un regime che si era venuto a creare nell'ambito della *bonorum sectio* (su di questa cfr., recentemente, con ampie indicazioni bibliografiche Salerno, *Dalla "consecratio" alla "publicatio bonorum"*, cit., 161 ss.): a questi profili si riferisce, esplicitamente, Sev. Ant., C. 4, 39, 1, dell'inizio del III secolo d.C., in relazione al problema della responsabilità per i debiti ereditari che gravi sull'acquirente e non sul fisco.

(444) Su di essa cfr., per tutti, Kaser, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 722 s., con letteratura.

(445) Che appare senz'altro una forma derivata dall'originario istituto, che doveva restringersi al caso dell'*hereditas nondum adita*.

(446) Una volta che abbia prodotto i suoi effetti in testa al chiamato, il quale abbia acquistato la qualità di erede, il *ius heredis* è intrasmissibile, sia per volontà del chiamato stesso sia in base ad una disposizione del testatore (cosiddetto principio *semel heres, semper heres*: su di esso cfr. Kaser, *op. ult. cit.*, I, 688 testo e nt. 29): cfr., del resto, Torrent, *op. ult. cit.*, 203 s.

(447) Cfr. Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2 pr.: «*cum inter emptorem et venditorem id agatur, ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esset*».

(448) Schema concettuale, codesto, che non v'è ragione, allo stato attuale della dottrina, di ritenere estraneo ad almeno alcuni fra i giuristi romani: cfr., per tutti, Kaser, *op. ult. cit.*, I, 673 s.; bisogna, però, constatare che nelle fonti relative alla *venditio hereditatis* non sembrano riscontrarsi allusioni a tale schema.

(449) Soprattutto dalla catena di passi costituita da Paul. 14 *ad Plaut.*, D. 18, 4, 7 e 13; Paul. 33 *ad ed.*, *eod.* 9; da Iavol. 2 *ex Plaut.*, *eod.* 8 e 10; da Ulp. 32 *ad ed.*, *eod.* 11, e da Gai. 10 *ad ed. prov.*, *eod.* 12.

(450) Su ciò cfr., da ultimo, soprattutto Kaser, *Erbschaftskauf*, cit., 50 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche.

(451) Più precisamente, come si è già detto, il contenuto economico dello stesso.

(452) Una eccezione risulterebbe da Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 2 (sul passo cfr. Torrent, *op. ult. cit.*, 188 s., cui però il profilo sfugge), nel quale si discute se l'*hereditas* del pupillo sia ricompresa nella vendita dell'eredità del testatore effettuata dal sostituto pupillare, contemporaneamente anche erede — o coerede — del testatore stesso. Il giurista propende per la soluzione negativa, in quanto riafferma la duplicità dell'eredità (nonostante il testamento sia unico), ma la chiusa del passo sembrerebbe ammettere che possa essere al proposito rilevante in senso positivo la volontà delle parti, «*si [illegible]*» se sia già avvenuta la delazione dell'eredità del pupillo. Il testo è, al riguardo, corrotto, ma è da escludere un intervento compilatorio volto conseguentemente ad ammettere la vendita di un'*hereditas nondum delata*.

(453) Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 18, 4, 1: cfr., da ultimo, Calonge Matellanes, *lc. ult. cit.*; Torrent, *op. ult. cit.*, 158 ss. Cfr. anche Peters, *Zur dogmatischen Einordnung*, cit., 296 ss., il quale accentua forse indebitamente il profilo dell'impossibilità dell'acquisto di un'*hereditas inesistente*.

(454) Il venditore può rifiutare, secondo i principi generali (v. *infra*, § 14 lett. *c*), l'adempimento nel caso il compratore non paghi il (residuo) prezzo: Scaev. 2 *resp.*, D. 18, 4, 22.

(455) Cfr. esplicitamente Paul. 14 *ad Plaut.*, D. 18, 4, 13 (v. anche Iavol. 2 *ex Plaut.*, D. 18, 4, 8): il venditore può comunque assumersi una specifica responsabilità al riguardo con apposita pattuizione: cfr. Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 4, 14, 1, integrato, nella compilazione, da Gai. 10 *ad ed. prov.*, *eod.* 15.

(456) Nel senso in cui il termine è usato nella dottrina moderna dei contratti di questo tipo (cfr., per tutti, Sacco, *Volontà*, cit., 452 ss.). Tale aleatorietà è rilevata, ad esempio, nei suoi termini essenziali da Paul. *lb. sing. ad l. Falc.*, D. 35, 2, 3 pr., in relazione ai diritti dei legatari, i quali ultimi non ne traggono vantaggi né ne subiscono danni.

(457) Come nell'*emptio spei*: v. *supra*, § 9 lett. *c*.

(458) Cfr. Iavol. 14 *ad Plaut.*, D. 18, 4, 8. Il venditore che abbia versato in una *stipulatio* il prezzo può essere respinto con l'*exceptio doli*, se agisca sulla base della *verborum obligatio*, mentre perde una *cognitio* [illegible] il testamento da cui ricava il proprio *ius heredis* (Scaev. 27 *dig.*, D. 44, 4, 17, 2).

(459) In base ai principi che regolano la vendita in generale (v. *supra*, § 8 lett. *d*).

(460) V. il già citato D. 18, 4, 14, 1 di Paolo, nonché

386

Senato della Repubblica - Archivio Storico

386bis

Come usa dire (461), il venditore risponde del *verum nomen heredis* (e non della consistenza dell'eredità): benché il caso non risulti trattato nelle fonti, in quanto coerede, egli doveva conseguentemente rispondere del fatto che la quota d'eredità effettivamente spettantegli fosse inferiore a quella dedotta nella transazione. Nelle fonti si pone, invece, la questione del venditore che abbia disposto come di un'eredità dell'*universum ius*, cui sia legittimato in base ad un fedecommesso universale (Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 4, 16), nel qual caso è tenuto all'*id quod interest* nei confronti del compratore (462).

In base a questa configurazione ed a questo regime, il venditore non risponde, ovviamente, per l'evizione delle singole cose ereditarie, né per i vizi delle stesse, poiché la consistenza del compendio ereditario rientra nell'alea normale del contratto che grava sul compratore (463): il venditore è, però, tenuto a *satisdare* per il fatto proprio, ad esempio di non aver alienato una cosa ereditaria (464).

c) Se, invece, l'eredità oggettivamente non esistesse (465), gli effetti sono valutati in modo diverso nelle fonti. Secondo Paolo, in D. 18, 4, 7, la compravendita è nulla e si dà — per il compratore in buona fede — la *condictio* per il prezzo eventualmente pagato, mentre in D. 18, 4, 8 sembrerebbe che per Giavoleno — oltre al prezzo — il compratore conseguisse tutto ciò che *in eam rem impensum est*: ciò rendeva inevitabile il ricorso all'*actio ex empto* (466), e quindi all'azione contrattuale, il che si metterebbe in contrasto con l'opinione della nullità del contratto medesimo. Il problema che così sorge è omologo a quello già visto per la compravendita dell'uomo libero e della *res extra commercium*: nel caso della vendita dell'eredità inesistente, non risultano, però, i limiti in cui, concedendo l'azione contrattuale, alcuni fra i giuristi (467) riconoscessero la validità e l'efficacia del contratto, sia rispetto ai presupposti soggettivi (468), sia rispetto alla portata oggettiva dell'azione (469).

Alex. Sev., C. 4, 39, 6 e C. 7, 10, 3 (del 230 d.C.), che conferma la responsabilità del venditore per le cose ereditarie alienate e per lo schiavo ereditario manomesso. Sotto questo profilo, egli risponde per dolo e per colpa (sul problema, in generale, della responsabilità del venditore nella compravendita, v. *infra*, § 20): per un caso specifico, cfr. Pompon. 27 *ad Sab.*, D. 18, 4, 3 (dolo e colpa), nonché Paul. 16 *quaest.*, D. 18, 4, 21 *i.f.* (colpa), dove si specifica che, nel caso l'inadempimento non gli sia imputabile né gli venga addossato il rischio rispetto all'impossibilità sopravvenuta, egli deve soltanto *praestare* le actiones di cui abbia eventualmente acquistato la legittimazione attiva in seguito al fatto che ha prodotto l'impossibilità (cfr. in generale *infra*, § 23 lett. *f*). Non contrasta con queste risultanze Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 5, poiché in quest'ultimo passo è discusso il caso del venditore che, per dolo, abbia impedito il *pervenire*, con l'adempimento dell'obbligazione che quel *pervenire* presuppone.

(461) Ma il sintagma *verum nomen* si ritrova solo in materia di vendita di crediti (cfr. *infra*, § 11 lett. *d*).

(462) Oggetto del contratto era stata l'eredità diretta: non risulta dalle fonti se e come fosse configurata una vendita avente dichiaratamente ad oggetto un fedecommesso universale.

(463) Cfr., per l'evizione, Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2 pr., con un preciso riferimento all'*id quod actum est*: cfr. altresì Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 4, 14, 1; per i vizi occulti, v. l'esclusione dell'applicazione dell'editto edilizio ricordata nella parte finale di Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 33 pr. (sulla base dell'opinione di Pomponio).

(464) Cfr. ancora Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2 pr.

(465) Perché, come si è detto, il *de cuius* potenziale fosse ancora in vita, o non fosse mai esistito il soggetto, della cui eredità si doveva trattare.

(466) Contro l'opinione (ad esempio, Haymann, *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1924, 18 s.; v., del resto, Vassalli, *op. cit.*, 368 s.), secondo cui si darebbe qui soltanto l'*actio de dolo* (ma v. contra, più di recente, Medicus, *Id quod interest*, cit., 166 ss., sopr. per un'*actio in factum*), v., da ultimi, Sargenti, *Appunti*, cit., 242 ss.; Stein, *Fault*, cit., 80 ss.; Honsell, *Quod interest*, cit., 110 s.; Voci, *Le obbligazioni romane*, cit., 146 ss.; Kaser, *op. ult. cit.*, 31 s.; Peters, *op. ult. cit.*, 296 ss.; Ben Dror, *op. cit.*, 171.

(467) Si tratta, sicuramente, di Giavoleno, come risulta dal citato D. 18, 4, 8; in D. 18, 4, 1 Pomponio afferma invece, per questo caso, la nullità della vendita, dal che si dovrebbe desumere l'inesperibilità dell'azione contrattuale. Per Paolo, la questione si complica in base al frammento breve contenuto in D. 18, 4, 9, che, nell'attuale sistema del Digesto, attribuisce al compratore il diritto di chiedere l'interesse (senza che sia possibile stabilire se si tratti di quello positivo o negativo), oltre al *quid in eam rem impensum est*, già riconosciuto da Giavoleno. È stato, anche di recente, sostenuto che il frammento in esame avrebbe avuto un diverso riferimento nell'originale paolino (Voci, *op. ult. cit.*, 148 s.; v. anche Honsell, *op. cit.*, 212): in realtà, l'azione per l'interesse è difficile da armonizzare con la *condictio* per il prezzo prospettata dallo stesso giurista in D. 18, 4, 7 (indimostrato il rilievo sulla «*Schuldlosigkeit des Käufers*», come fondamento per la *condictio pretii*, avanzato da Peters, *op. ult. cit.*, 306). Dovrebbe pensarsi, al proposito, ad un cambiamento di opinione del giurista (in senso contrario va tenuta presente la posizione assunta dallo stesso giurista per la vendita di *res extra commercium*, dove ammetteva soltanto la *condictio indebiti*: v. *supra*, § 7 lett. *a*), ma è difficile dire se ciò fosse avvenuto in riferimento all'azione contrattuale o di un'*actio in factum* (v. la cauta posizione assunta dal Kaser, *op. ult. cit.*, 32 s.), da escludere l'*actio de dolo*, in costanza della possibilità di esperire la *condictio* per il prezzo (cfr. contrariamente Stein, *op. ult. cit.*, 81).

(468) Ma è escluso che venisse protetto il compratore di mala fede.

(469) Giavoleno sembra riconoscere l'interesse negativo, ammettendo la rifusione delle spese. Il problema dell'*id quod interest* si pone, in effetti, per il testo giustinianeo, stante il difficile riferimento di D. 18, 4, 9 all'originale paolino: da ultimi, v., in modo diverso, Honsell, *op. cit.*, 112; Peters, *op. ult. cit.*, 298.

387

d) Il regime così delineato appare, però, disponibile. Nella catena contenuta in D. 18, 4, 7-13 si discutono alcune formulazioni del contratto in parola che danno luogo ad una disciplina diversa da quella sin qui individuata, anche se permangono incertezze sull'interpretazione dei singoli passi. Si possono, sicuramente, individuare due — e forse tre — diversi tipi o regimi di contratto, di decrescente aleatorietà. In Ulp. 32 *ad ed.*, D. 18, 4, 11, la vendita (470) era stata probabilmente configurata — nell'esercizio dell'autonomia negoziale delle parti — come una vera e propria *emptio spei* (471): secondo l'interpretazione più probabile, le parti avevano stabilito che se al venditore fosse stata deferita una qualsiasi eredità (472), essa s'intendeva venduta all'acquirente (473), mentre è più difficile immaginare il funzionamento della statuizione in parola per il caso in cui le parti avessero preso in considerazione l'eredità di una determinata persona (474).

Diverso il caso trattato da Iavol. 2 *ex Plaut.*, D. 18, 4, 10, in cui si pattuisce espressamente che oggetto della vendita sia il diritto eventualmente spettante al venditore su un'eredità esistente (475): anche nel caso che l'eredità non spettasse al venditore stesso, il rischio gravava — secondo Giavoleno — sul compratore, che non poteva esercitare neppure la *condictio* per la restituzione del prezzo eventualmente pagato. Il giurista non riportava la fattispecie all'*emptio spei*, in quanto ciò non era necessario, sussistendo in effetti l'*hereditas* oggetto del contratto (476). È, infine, incerto se Paul. 14 *ad Plaut.*, D. 18, 4, 13 trattasse dello stesso caso e, eventualmente, lo risolvesse in modo diverso ovvero se, sul piano strutturale, individuasse un terzo tipo di *venditio hereditatis* (477).

e) Che, nella *venditio hereditatis*, i *prudentes* guardassero, sostanzialmente, al contenuto economico del *ius heredis* (il quale veniva a costituire, così, soltanto il punto esterno di riferimento per determinare la portata della transazione) risulta anche dal fatto che le parti potevano, attraverso specifiche pattuizioni (478) delimitare l'oggetto

---

(470) Il cui tenore letterale, come riferito nel testo giustinianeo, è «*si qua sit hereditas, est tibi empta*».

(471) Il paragone con il *iactus retis* ha trovato in leggenso il Thomas, *op. ult. cit.*, 349 ss., che individua l'*incertum* del negozio nell'ammontare dell'eredità (v., in senso analogo, Torrent, *op. ult. cit.*, 161 s.): codesto aspetto ritorna, però, in qualsiasi *venditio hereditatis* (come, esattamente, anche il Kaser, *op. ult. cit.*, 36 ss. 39, il quale, in termini non molto precisi, tende ad identificare il caso con quello di D. 18, 4, 10). Non è possibile sapere quanto fosse avvertita dai romani — come vorrebbe il Calonge Matellanes, *op. cit.*, 42 — una differenza fra questo caso e l'*emptio spei* in senso tecnico.

(472) Anche in questa ipotesi, però, era necessaria una qualche ulteriore determinazione, ché, ad esempio, difficilmente si poteva pensare che le parti facessero riferimento ad una delazione in qualsiasi tempo avvenuta. *Quid iuris*, poi, in quest'ultimo caso, se per avventura le eredità deferite erano più d'una?

(473) Alla *l.* 11 si congiunge, nel Digesto giustinianeo, Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 4, 12, sulla responsabilità del venditore *sciens*, il quale, probabilmente, ha più diretto riferimento al caso trattato da Giavoleno, in D. 18, 4, 10 (di cui subito appresso nel testo): ciò può porre dei problemi in ordine al significato dei passi nella compilazione (dove si potrebbe sostenere che fosse responsabile il venditore a conoscenza che nessuna eredità gli spettava).

(474) Non può ritenersi che la clausola in questione comportasse soltanto l'esclusione della garanzia per il *nomen verum*, ché si ricadrebbe nella fattispecie di cui a D. 18, 4, 10, su cui subito appresso nel testo, e non si spiegherebbe l'analogia con il *iactus retis*. Si dovrebbe, dunque, pensare che le parti intendessero l'alea come riferita all'inesistenza della persona della cui eredità stessero contrattando, od alla circostanza che quest'ultima fosse ancora vivente, casi in cui, in D. 18, 4, 1, Pomponio ritiene nullo il contratto. Sostituendo come oggetto della vendita la *spes hereditatis* al *ius heredis*, Ulpiano forse perveniva a superare nel caso il profilo della prodotta nullità, attribuendo al venditore il diritto al prezzo come corrispettivo dell'alea. In entrambi il compratore non otteneva nulla dal negozio, neppure se la persona vivente fosse morta nel frattempo a motivo ed effettivamente il venditore ne fosse divenuto erede (ché altrimenti si sarebbe venuto a violare il divieto dei patti successori dispositivi).

(475) «... *si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri*».

(476) D'altro lato, la sussunzione nell'*emptio spei* non poteva esser utile sotto il profilo dello squilibrio delle prestazioni, dato che, nell'esperienza romana, non si configurava una tutela del contraente svantaggiato sotto questo profilo. A questo caso si ricollega, sostanzialmente se non formalmente, D. 18, 4, 12 di Gaio, già ricordato (*supra*, nt. 473), per cui il venditore risponde *ex dolo* nel caso sappia che l'eredità non gli spetti. Nonostante l'accenno al dolo, con ogni verosimiglianza Gaio pensava, nel caso, non all'*actio de dolo*, ma a quella contrattuale (*ex empto*).

(477) In un caso in cui la vendita era stata pattuita con la clausola «*ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet*», il giurista sosteneva che l'alienante era liberato dall'*heredem se esse praestare*: è dubbio se con ciò si escludesse anche la restituzione del prezzo eventualmente pagato (onde non vi sarebbe differenza col regime delineato da Giavoleno) o soltanto la responsabilità all'interesse positivo (in questo senso Kaser, *op. ult. cit.*, 33 s.). Ad accettare quest'ultima ipotesi, è, poi, incerto se ciò dipendesse da una diversa valutazione da parte dei due giuristi dell'identica fattispecie o se, come ritiene ancora il Kaser, ciò fosse collegato all'espressa pattuizione cui, con le parole *nec postea quicquam praestitu iri*, si accenna nel passo di Giavoleno.

(478) Un problema connesso è quello del momento scelto per determinare della traduzione in termini quantitativi del *ius heredis* di cui il venditore ha disposto. Di esso discute Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 1: sul passo v., criticamente (ma a torto), Cugia, *op. cit.*, 328: incerta la posizione del Torrent, *op. ult. cit.*, 162 s. (non chiara la comprensione del passo il rilievo alle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, su cui cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *i*). In esso si prospettano tre momenti diversi (apertura della successione, accettazione dell'eredità, momento della

Senato della Repubblica - Archivio Storico

387bis

del contratto rispetto a quella che ne sarebbe stata l'astratta portata (479). Il venditore poteva dedurre determinati cespiti ereditari dalla vendita, il che, in sé considerato, non dava luogo in epoca classica a problemi, ma apriva delicate questioni in ordine all'individuazione dell'effettiva portata della deduzione stessa (480). Si può riportare a questa tematica anche Paul. 32 *ad ed.*, D. 35, 2, 71, in cui l'erede pattuisce, con l'*emptor hereditatis*, che quest'ultimo paghi i legati per intero, nonostante il ricorrere dei presupposti per l'applicazione della *lex Falcidia* (481).

f) Vi è una casistica abbastanza ricca per determinare la portata pratica del contratto. Tale casistica si articola su due punti: la determinazione di quanto s'intenda pervenuto al venditore (perché in tali limiti egli risponde nei confronti del compratore), e l'individuazione di quanto il venditore abbia dovuto erogare a causa dell'eredità, perché l'onere relativo dovrà gravare sul compratore stesso.

Sotto il primo profilo, il *pervenisse* è inteso in senso materiale e giuridico. In senso materiale, il venditore è tenuto a trasferire al compratore i *corpora rerum hereditariarum* (482) di cui abbia acquistato la disponibilità (483) o quanto avesse riscosso dall'esazione di crediti ereditari (484): dal punto di vista temporale, non importa se il *pervenire* si sia verificato prima o dopo la *venditio hereditatis*, a favore del venditore o del suo erede (485). Per quanto concerne le modalità dell'esecuzione del contratto, il giurista Paolo parla, in D. 18, 4, 14, 1, di una *traditio* delle *res hereditariae* (486), mentre non risultano tracce esplicite dell'impiego, al riguardo, di un atto a portata generale, come la *mancipatio nummo uno* attestata secondo l'opinione dominante per il fedecommesso universale (487). Che tale *mancipatio* venisse adoperata potrebbe ricavarsi dalla circostanza che in Gai 2, 252, essa viene ricordata contemporaneamente alle *stipulationes emptae et venditae hereditatis* (488). Proprio perché si riferirebbe al complesso dell'*hereditas*, codesta *mancipatio* avrebbe potuto trasferire anche le *res nec mancipi* (489).

Al *pervenire* è equiparato, sotto il profilo della determinazione dell'oggetto dell'obbligazione del venditore, il doloso impedimento dello stesso (490). Nel caso poi che il venditore stesso abbia proceduto all'alienazione di cose ereditarie prima della vendita (491), sono i *pretia* che costituiscono

---

vendita), e si fissa una regola interpretativa — per il caso in cui non si possa stabilire il *quid actum est* (profilo decisivo per il giurista, se positivamente accertato) — nel senso di tener presente il momento della vendita.

(479) Su di essa, cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*.

(480) Cfr. Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 12-14. Si affrontano, anzitutto, i problemi relativi alla deduzione di un servo, per cui si precisa che — se il peculio non era stato ricompreso nell'*exceptio*, spettando quindi al compratore — il venditore potrà chiedere di essere risarcito per quello che ha prestato in quanto convenuto con l'*actio — annalis — de peculio* o con l'*actio de in rem verso*, se la *versio in rem* è avvenuta nei confronti del defunto (§ 12); se il peculio era stato ricompreso nell'*exceptio* stessa, la ripetizione è ammessa soltanto se la deduzione si riferisse non al saldo, ma all'attivo lordo del peculio stesso (§ 13); nel § 14, infine, per il caso della deduzione di una casa, si pone il problema della sorte dell'*obligatio* nascente da un *cautio damni infecti*, in cui prevale il *quid acti sit*, e quando ciò non consti è a carico dell'*emptor hereditatis* l'*obligatio* anche per quanto prestato per un danno avvenuto prima della vendita. In Lab. 2 *pith.*, D. 18, 4, 25, in relazione all'*exceptio* di un fondo, si discute degli acquisti fatti *fundi nomine*.

(481) Il giurista esclude esplicitamente il profilo della *fraus legi*, in quanto l'erede dispone di un diritto proprio, come sarebbe accaduto se avesse direttamente pagato i legati.

(482) Per le *tabulae testamenti*, rifacendosi ad un'opinione di Labeone (che optava per la *depositio in aede sacra*) Ulpiano stabilisce che le stesse vengano conservate nel modo anzidetto ovvero presso l'erede, che ne deve fornire una copia all'acquirente (D. 10, 2, 4, 3: 19 *ad ed.*).

(483) Secondo quanto espressamente indicato in Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 3, prima di tale acquisto il *pervenire* si riferisce alle *actiones* che il venditore ha per il recupero dei *corpora hereditaria*.

(484) Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 3: v. anche Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 4, 14, 1. Per il denaro ottenuto dall'esazione di un credito ereditario, cfr. anche Pompon. 27 *ad Sab.*, D. 18, 4, 3.

(485) Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 4, su cui cfr. TORRENT, *op. ult. cit.*, 174 s.

(486) Il che è del resto omologo alla natura in generale dell'obbligazione di consegna del venditore (v. *infra*, § 15).

(487) In realtà, da Gai 2, 252 risulta soltanto che si procedeva ad una *venditio nummo uno*, che Gai *Frg. August.* 67 reinterpreta come *mancipatio nummo uno*, riscuotendo generalmente la fiducia della letteratura (cfr., ad esempio, TORRENT, *op. ult. cit.*, 154 s., con ulteriori citazioni: v. poi, per tutti, KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 761 s.). A questa dottrina si è adeguato, nonostante taluni dubbi che permangono, anche chi scrive (TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 753).

(488) Sembrerebbe contrario all'impiego di codesta *mancipatio* il KASER, *op. ult. cit.*, I, 723, il quale parla del trasferimento delle singole cose ereditarie.

(489) Non era, invece, praticabile la soluzione proposta dall'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 116 nt. 1, di ricorrere all'*in iure cessio hereditatis*, ovviando all'estinzione dei debiti che quest'ultima produceva (se effettuata dopo l'acquisto dell'eredità) mediante le *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, ché queste ultime non potevano impedire tale estinzione.

(490) Cfr. Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 5, dove, almeno formalmente, è un'aggiunta successiva il ricordo dell'equiparazione della *culpa lata* al dolo (cfr. TORRENT, *op. ult. cit.*, 169 s., ove altra letteratura).

(491) O, secondo Paul. 16 *quaest.*, D. 18, 4, 21, prima dell'interposizione delle *stipulationes emptae et venditae he-*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

oggetto del *pervenire* (492). Non vi rientrano, invece, i vantaggi ottenuti in occasione e non a causa della delazione ereditaria, come nel caso di un pagamento d'indebito fatto da un debitore ereditario apparente (493). Una volta fissata, in tal modo, la consistenza — anche qualitativa — dell'eredità, essa non viene toccata dagli atti che — dopo la conclusione del contratto — il venditore possa compiere, in relazione alle *res hereditariae*; se, dopo tale data, il venditore aliena cose appartenenti al compendio ereditario e comunque pervenute nella sua disponibilità (494), risponde per il valore oggettivo della cosa, non per il prezzo riscosso (495): nella *venditio hereditatis*, il prezzo stesso sarà dovuto soltanto se la cosa sia perita in modo tale che il venditore non ne debba rispondere (496).

g) Dal punto di vista delle *res incorporales*, integrano il *pervenire* tutte quelle azioni a cui il venditore sia divenuto legittimato attivamente sulla base del *ius heredis* di cui ha disposto (497), e che egli deve "trasferire" al compratore: una volta attuato il trasferimento, il venditore non risponde (498) dell'esito del processo (499). L'obbligo del venditore di *actiones praestare* si estendeva a quelle nascenti dalle obbligazioni che egli aveva acquistato in relazione a o per trasformazione di crediti ereditari: ad esempio, in base ad una fideiussione ottenuta per un credito ereditario o per la novazione dello stesso, nonché per le pretese nascenti dall'esperimento di un'azione ereditaria, vale a dire principalmente per l'*actio iudicati* (500).

Originariamente, il venditore soddisfaceva a questa obbligazione mediante un *mandatum actionis*, ma a partire da Antonino Pio il pretore prese a concedere *actiones utiles* all'*emptor hereditatis* (501): rimase, però, aperta la possibilità di

---

reditatis, anche se successiva al momento della vendita: su ciò cfr. anche *infra*, in questo paragrafo, lett. *i*.

(492) Così ancora Ulpiano, nel citato D. 18, 4, 2, 3. Nella parte finale si sostiene che, in base alla *ratio aequitatis*, il venditore è tenuto a prestare i *pretia* delle *res donatae*, dove il termine *pretium* viene ad assumere il significato di valore oggettivo della cosa, non di corrispettivo ottenuto con la vendita: il testo dà l'impressione di essere stato raccorciato, in quanto la discussione al proposito doveva esser articolata, anche se non è escluso che la soluzione prospettata e la *ratio aequitatis* stessa (intesa, ovviamente, non nel senso di un'*aequitas bursalis*, ma di adeguato contemperamento degli interessi in gioco) possano esser state avanzate dallo stesso Ulpiano o da qualche altro giurista.

(493) Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 6. La soluzione è, concettualmente, corretta, anche se la fattispecie non è di facile integrazione sul piano pratico. In Paul. 10 *quaest.*, D. 18, 4, 21 (su cui cfr. anche *infra*, nt. 496), si esclude che il venditore debba prestare al compratore quanto abbia riscosso a titolo di *poena*, con l'*interdictum de vi* o con l'*actio furti*, sembrerebbe nel sottinteso che sia in grado di trasferire la cosa: al riguardo si porrebbe il problema dei limiti in cui si debba riconoscere l'obbligazione di *praestare actiones*, per il caso che il venditore sia liberato dall'obbligazione di *tradere rem*. In Lab. 2 *pith.*, D. 18, 4, 25 non è specificato che cosa si deve intendere per acquisto *fundi nomine*, acquisto che — in mancanza di clausola contraria — è dovuto all'*emptor*, anche se il fondo di cui si tratta è stato dedotto dalla vendita.

(494) Nelle fonti non viene fatto il caso in cui l'alienazione successiva alla vendita riguardi cose non ereditarie, ma di cui il venditore abbia acquistato la proprietà, od il pacifico godimento, in base all'esercizio di un'azione ereditaria: non si vedono, in astratto, ragioni che avessero potuto spingere in questo caso i giuristi romani ad una diversa articolazione della decisione.

(495) Anche se eventualmente superiore al valore oggettivo, come risulta indirettamente dalla motivazione di Paul. 16 *quaest.*, D. 18, 4, 21, nella quale si dice — con riguardo alla vendita di una cosa singola — il prezzo non viene riscosso *ex re, sed propter negotiationem*.

(496) Con ampia discussione casistica, il problema è affrontato, da Paolo, nel citato D. 18, 4, 21 (infondate le atetesi del Cugia, *op. cit.*, 541 s.: sul passo cfr., da ultimo, Harder, *Commodum eius esse debet, cuius periculum est*, in *Festschrift für M. Kaser*, cit., 367 s.), in relazione al momento dell'interposizione delle *stipulationes emptae et venditae hereditatis* (ma i risultati dell'analisi sono, in linea di massima, estensibili anche al caso in cui tali *stipulationes* non siano intervenute): il giurista esclude, in primo luogo, l'ipotesi che il venditore possa esser tenuto — *ex stipulatu*, nel caso — per la *res* ed il *pretium* cumulativamente; poi affronta il problema del perimento della cosa ereditaria alienata dal venditore (imprecisa l'analisi del Torrent, *op. ult. cit.*, 177 s.), sottolineando come — nel caso di una *stipulatio* avente ad oggetto Stico — il prezzo non sarebbe dovuto (a meno che non vi fosse mora), mentre nelle *stipulationes emptae et venditae hereditatis* arriva alla soluzione contraria (espressamente respinta anche per il caso di vendita di cosa singola), perché in essa «*tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam*». Non sembra, però, che sulla base del *negotium emptori gestum*, il giurista sia arrivato, coerentemente, ad affermare che l'*emptor hereditatis* possa — o debba — chiedere il *pretium* invece che la cosa, ove quest'ultima non fosse perita.

(497) Egli è tenuto inoltre per i debiti che aveva nei confronti dell'ereditando e che si sono estinti per confusione (Afr. 7 *quaest.*, D. 18, 4, 20, 1).

(498) Secondo il principio, per cui non è tenuto a garentire per l'appartenenza all'eredità dei singoli cespiti ereditari.

(499) V., in generale, Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 3.

(500) Cfr. Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 8 (su cui cfr., con osservazioni generiche, Torrent, *op. ult. cit.*, 176): il passo si riferisce senza precisare ulteriormente alla *deductio in iudicium*, ma non è sicuro che, in questo caso, si desse il ricorso alla *translatio iudicii*, che aveva invece luogo nel caso di *hereditas restituta ex sc. Trebelliano* (v. Manthe, *Das senatus consultum Pegasianum*, Berlin, 1989, 38 s.). Probabilmente Ulpiano pensava, in primo luogo, all'*actio iudicati*.

(501) Attestate da Ulp. 4 *ad ed.*, D. 2, 14, 16 pr. Su ciò cfr. Kaser, *op. ult. cit.*, I, 654, con letteratura. V., in particolare, Torrent, *op. ult. cit.*, 215 s.; Rozwadowski, *Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano*, in *BIDR*, 1973, 124 ss.; Provera, *Una costituzione dioclezianea in tema di*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

agire con l'*actio mandata*; il concorso — ovviamente elettivo (502) — fra le due azioni è espressamente ricordato in Alex. Sev., C. 4, 39, 5 (del 224 d.C.), ed il regime dell'*actio mandata* è infatti discusso ancora dai giuristi severiani (503). A partire dalla concessione dell'*actio utilis*, ed a cagione di questa, anche nell'esercizio dell'*actio mandata* il compratore è preferito, in caso di conflitto, al venditore, che volesse agire in proprio (504) in base alla legittimazione che egli continuava ad avere rispetto all'azione originaria, oggetto del *mandatum actionis*. Nel caso l'azione fosse stata esperita dopo la vendita stessa, ed il venditore avesse comunque ottenuto la restituzione dei *corpora hereditaria* (ovvero il denaro o la cosa oggetto di un credito ereditario), erano questi ultimi ad esser considerati oggetto del *pervenire*, e non più le azioni (505).

b) Secondo Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 9, come al compratore spettava *omne lucrum*, così doveva gravare su di lui il *damnum*, lo svantaggio economico derivante dall'acquisto dell'eredità, da cui doveva tener indenne il venditore (506). Non vi sono problemi, quando ai debiti ed agli altri oneri ereditari il venditore abbia provveduto con mezzi ereditari: in tal caso, lo stesso non risponde nei confronti del compratore per i cespiti ereditari impiegati a tal scopo (507). Il compratore è, invece, tenuto a indennizzare il venditore, quando quest'ultimo vi abbia provveduto con mezzi propri (508): il principio venne esteso anche al venir meno di obblighi a carico dell'acquirente che avevano influito sulla determinazione di un prezzo minore (509). Si rinviene del resto anche l'ovvia precisazione dell'irrilevanza del fatto che il venditore abbia provveduto in proprio all'esborso, o che ciò sia avvenuto da parte di un *procurator* o di altro gestore d'affari, purché, in quest'ultimo caso, l'onere economico della gestione sia venuto a ricadere sul venditore stesso (510). Sotto un diverso profilo, il compratore era tenuto, *ex vendito*, a prestare il suo consenso al ripristino di una servitù attiva già esistente a favore di un fondo del venditore, che era andata perduta per confusione ereditaria (511); e, analogamente, il venditore può trattenere l'ammontare del credito che avesse verso il defunto, nonostante lo stesso fosse estinto per confusione (512).

Rispetto ai creditori ereditari ed ai legatari resta obbligato soltanto il venditore, né il compratore è automaticamente obbligato nei confronti di costoro ad assumere la *defensio* dell'alienante stesso (513). Una rilevanza della *venditio hereditatis* sembrerebbe infine aversi nei rapporti con i terzi, ma la questione è assai controversa.

---

solidarietà e regresso. CI. 8. 39 (40). 1(2), in *Sodalitas*, cit., V, 2498 ss. L'*actio mandata* restava, probabilmente, l'unica esperibile, quando non si trattasse di un'*actio hereditaria* in senso stretto.

(502) Come venisse sanzionata codesta elettività non risulta direttamente dalle fonti: per Ulpiano contro il venditore che agisca, in proprio, nei confronti dei debitori ereditari è data l'*exceptio doli*, sulla base della spettanza dell'*actio utilis* al compratore (così nel citato D. 2, 14, 16 pr.). Codesta *exceptio* sarà spettata nel caso il compratore stesso agisse con l'*actio mandata* dopo aver esperito l'*actio utilis* nonché contro l'*actio utilis*, se avesse precedentemente agito con l'*actio mandata*.

(503) Cfr. Papin. 2 *quaest.*, D. 2, 15, 17 pr.; Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17, 1, 14 pr. Fra i giuristi precedenti cfr. Gai. 3 *ad ed. prov.*, D. 3, 3, 34 pr.

(504) Ulp. 65 *ad ed.*, D. 3, 3, 55, che, secondo il Kaser, *op. ult. cit.*, I, 654 nt. 19, si riferisce per l'appunto alla *venditio hereditatis*.

(505) Discutibile il caso in cui, mediante l'esercizio dell'azione, il venditore avesse ottenuto, in un'*actio in rem*, la *litis aestimatio*: nel caso di un contratto avente ad oggetto una cosa singola, il venditore continuava ad esser tenuto a *rem praestare*, come si legge in Paul. 16 *quaest.*, D. 18. 4, 21, dove però il problema non è posto per la *venditio hereditatis*, nella quale dovrebbe esser determinante il fatto che oggetto del *pervenire* si considerava prioritariamente l'*actio* e non la *res*; v., poi, Afric. 7 *quaest.*, D. 18, 4, 20 pr., per il caso in cui l'estinzione dell'obbligazione si venisse a produrre in seguito a confusione, per esser succeduto il venditore al debitore ereditario.

(506) Anche per le obbligazioni che il venditore potesse vantare nei confronti dell'ereditando, che si erano estinte per confusione: cfr. Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 18; per il caso particolare della *stipulatio duplae* e dell'evizione *post venditam hereditatem*, v. il § 15 *h.l.*

(507) Cfr. Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 3 *i.f.*

(508) Nella casistica dei giuristi si precisa che, ad esempio, il venditore può agire per le imposte od i *publica vectigalia* che abbia pagato per il periodo antecedente alla vendita (Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 16); o per le spese sostenute per il funerale del defunto (*eod.*, § 17: viene esplicitamente precisato che si tratta di *impensa hereditaria*; dato che si sottolinea il parere conforme di Labeone e di Giavoleno, sembrerebbe che al proposito vi fossero stati dubbi, ma quali?); o per quanto il venditore abbia dovuto pagare in base alla *cautio iudicatum solvi*, prestata per un processo in cui il compratore ne aveva assunto la *defensio* come *cognitor* o *procurator in rem suam* (Paul. 8 *ad ed.*, D. 3, 3, 42, 2). Cfr. *supra*, nt. 480, per le questioni connesse con la deduzione di singoli cespiti ereditari.

(509) È il caso — trattato in Lab. 4 *post. a Iavol. epit.*, D. 18, 4, 24 — del *venditor hereditatis* istituito erede dal legatario, prima dell'esecuzione del legato da parte del compratore, perché, dice il giurista, «*eo minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emptor*».

(510) Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 11.

(511) Pompon. 10 *ad Sab.*, D. 8, 4, 9 pr.; Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 19.

(512) Cfr. Iavol. 2 *ex Plaut.*, D. 12, 6, 45.

(513) Sev., C. 6, 37, 2 (del 197 d.C.) ed Anton. Car., C. 4, 39, 2 (del 211-217 d.C.). Da Gai. 3 *ad ed. prov.*, D. 3, 3, 34, sembrerebbe risultare un obbligo nei confronti dei terzi convenuti con un'azione ereditaria, esperita come *actio mandata*, ad assumere la *defensio* del venditore nei confronti di questi ultimi nel caso la buona fede lo richiedesse, ma non risulta in quali limiti (ad esempio, per azioni nascenti *ex*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

tis nei confronti dei terzi si ha, sembrerebbe già nella seconda metà del I secolo d.C., con la legittimazione passiva all'*hereditatis petitio* sancita a carico dell'*emptor*, legittimazione sottoposta probabilmente a particolari requisiti (514)

Nei rapporti, invece, fra compratore e venditore, il primo resta obbligato nei confronti del secondo ad assumerne la *defensio* (515): ciò avveniva mediante la costituzione del compratore stesso come *cognitor* o *procurator in rem suam* (516). Il venditore poteva agire, poi, nei confronti del compratore, anche prima di aver soddisfatto i creditori ereditari (o adempiuto a qualsiasi onere gravante sull'eredità, ivi compresi i legati obbligatori), ma è difficile stabilire che cosa potesse ottenere con tale azione (517).

i) Non è facile accertare il rapporto fra la compravendita consensuale dell'eredità e le *stipulationes emptae et venditae hereditatis* (518) di cui ci informa principalmente Gaio, trattando dell'impiego delle stesse per la realizzazione di un fedecommesso universale (519). Può darsi che, all'origine, la vendita dell'eredità si attuasse esclusivamente mediante l'impiego di tali *stipulationes*, le quali accompagnassero la *mancipatio* collettiva delle *res hereditariae* (520). In periodo classico, però, le *stipulationes emptae et venditae hereditatis* erano viste come un modo d'esecuzione della vendita consensuale (521), cui, del resto, le parti non erano tenute, anche se — in linea di fatto — può darsi che normalmente vi procedessero: le azioni contrattuali, *empti* e *venditi*, continuavano a sussistere — con concorso alternativo (522) — accanto all'*actio ex stipulatu* (523), come risulta espressamente da Iulian. 15 *dig.*, D. 18, 4, 18, che non v'è ragione alcuna per ritenere interpolato. Si può, anzi, pensare che sull'interpretazione di queste *stipulationes* possa avere influito la valutazione degli obblighi delle parti fatta in basa alla *fides bona* nell'àmbito del contratto consensuale (524).

11. *La vendita dei crediti e delle altre «res incorporales».* — *a*) Strettamente connessa con la vendita dell'eredità è, al livello della compilazione giustinianea (525), la vendita del credito, la quale presenta, è ovvio, una problematica comune sia con gli aspetti che nella prima riguardano il trasferimento dei crediti sia con il profilo dell'alea contrattuale (526).

---

eadem causa). Dopo la *venditio hereditatis*, avvenuta senza alcuna «*fraudis ... suspicio*», i creditori non possono neppure chiedere la *separatio bonorum* (Papin. 25 *quaest.*, D. 42, 6, 2). Su D. 30, 94, 1, v. *infra*, nt. 514.

(514) Cfr. Ulp. 15 *ad ed.*, D. 5, 3, 13, 4-5 (su cui cfr., con letteratura, KASER, *op. ult. cit.*, I, 736 testo e nt. 12), dove si cita l'opinione di Cassio Longino: può darsi che si trattasse di un'opinione non accolta da tutti i giuristi, e che il pretore concedesse l'azione soltanto in caso d'insolvenza del venditore, o quando quest'ultimo rispondesse, in quanto possessore di buona fede, in misura limitata. Nel caso di fedecommesso universale gravante sull'eredità venduta, del resto, l'azione — personale — d'adempimento era data (Iulian. 39 *dig.*, D. 30, 94, 1) contro il compratore, soltanto *causa cognita* (nel caso d'insolvenza del venditore).

(515) Ciò risulta dal tenore delle *stipulationes emptae et venditae hereditatis* (cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *i*).

(516) Cfr. Paul. 8 *ad ed.*, D. 3, 3, 42, 2. V. anche, dello stesso giurista, D. 16, 1, 3 pr. (lb. 30 *ad ed.*), che nega, in tal caso, alla donna l'*exceptio sc. Vellaeani*. Nel caso della *defensio* così assunta dal compratore, i creditori ereditari ed i legatari consumavano l'azione secondo i princìpi generali (cfr. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München, 1966, 155 e 159): ove, invece, gli stessi avessero esperito l'azione contro il compratore dell'eredità, che avesse spontaneamente accettato il processo non come *cognitor* o *procurator in rem suam*, Sev. et Anton., C. 2, 3, 2 (del 202 d.C.) concedeva al venditore un'*exceptio taciti pacti*.

(517) Essa è espressamente prevista da Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 20: si potrebbe pensare che il venditore ottenesse una garenzia al riguardo, ma ciò sembrerebbe escluso dalla già citata C. 4, 39, 2 di Caracalla.

(518) Su di esse cfr., soprattutto, MAIER, *Zur Geschichte der Zession*, in *Festschrift für E. Rabel*, II, Tübingen, 1954, 219 ss., nonché MANTHE, *op. cit.*, 27 ss. L'ampia trattazione di TORRENT, *op. ult. cit.*, 216 ss., si riferisce solo occasionalmente agli specifici problemi di questa figura.

(519) Gai 2, 252 e 257: cfr. altresì Gai *Frg. August.* 67-71, disgraziatamente molto mutilo a partire dal § 68. Sulle modalità d'impiego di tali stipulazioni nell'àmbito dei fedecommessi, cfr., per tutti, KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 761 ss.; MANTHE, *op. cit.*, 27 ss. e 56 ss.

(520) Di cui si è detto *supra*, in questo paragrafo, lett. *f*. Per l'impiego della *stipulatio* in sostituzione delle forme dell'*obligatio consensu contracta*, v. *supra*, § 1 lett. *e*.

(521) Non sembra, infatti, da seguire l'impostazione del CUGIA, *op. cit.*, per cui si tratterebbe di due modi alternativi in cui poteva attuarsi la vendita dell'eredità (intesa in senso economico). Di «*ergänzende Stipulationen*» parla MANTHE, *op. cit.*, 27.

(522) Al cui regime manca, va sottolineato, qualsiasi accenno nelle fonti.

(523) In quanto non potevano considerarsi come novatorie delle obbligazioni tutelate con l'*intentio ex fide bona* (*quidquid ... dare facere ex fide bona*): su ciò cfr., per tutti, DAUBE, *Novation*, cit., 91 ss.

(524) Che esse servissero a dare una — maggior — tutela alle parti in ordine alla regolamentazione di crediti e debiti, in rapporto alle manchevolezze del regime fondato sulla rappresentanza processuale *in rem suam*, sostiene, nell'àmbito di una più ampia teoria sulla «*Zessionlehre*», il MAIER, *op. cit.*, 221. Il rilievo è esatto, ma la stessa tutela poteva, senz'altro, raggiungersi nell'àmbito del contratto consensuale.

(525) Si tenga presente la rubrica di D. 18, 4 e di C. 4, 39: «*De hereditate vel actione vendita*».

(526) L'argomento è trattato, soprattutto dagli autori più recenti, in connessione con la più generale tematica della cessione dei crediti: oltre che il BECHMANN, *Der Kauf*, III, t. 2, cit., 256 ss., per la dottrina più antica, cfr., con citazioni di letteratura, MAIER, *Zur Geschichte der Zession*, cit., specialmente 218 ss.; ROZWADOWSKI, *Studi*, cit. Sui passi relativi cfr.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

La vendita del credito (527) è un contratto aleatorio: il venditore risponde non della solvibilità del debitore (il cosiddetto *bonum nomen*), ma soltanto dell'esistenza del credito (il cosiddetto *verum nomen*) (528). La responsabilità riguarda dunque l'esistenza del credito, il che ricomprende l'inesistenza di eccezioni che lo paralizzino sul piano del diritto onorario (529); ed il venditore è tenuto, ovviamente, a comportarsi in modo corretto, e quindi risponde per il dolo con cui, al riguardo, abbia ingannato il compratore (530). Nelle fonti non è attestato che, a similianza di quanto avveniva nella *venditio hereditatis*, il venditore potesse assumersi la responsabilità anche per la *bonitas nominis* (531), ma non è dato, anche in questo caso, vedere spunti contrari all'ammissibilità di una tale pattuizione (532).

Sotto il profilo dell'alea, la situazione non è dissimile da quella che si ha nella *venditio hereditatis* (533), anche se, sostanzialmente, si tratta di un'alea diversa che non riguarda tanto la consistenza dell'oggetto della transazione, come avviene per l'eredità, quanto la solvibilità del debitore. Per la vendita del credito non sorgono, in letteratura, problemi in ordine all'ammissibilità della vendita sotto il profilo dell'impossibilità dell'oggetto, anche se tale profilo non doveva essere sfuggito ai giuristi romani, ché almeno Ulpiano vi sembra alludere (534). L'azione contrattuale è diretta, nel

---

anche TORRENT, *Venditio hereditatis*, cit., 206 ss. (di cui è, però, ingiustificata l'ipotesi che in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 18, 4, 4 si tratti di un credito ereditario alienato a persona diversa dal compratore dell'eredità).

(527) La cui forma esterna può consistere in un negozio che ha per oggetto il documento probatorio del credito stesso, e cioè il *chirographum*, come si evince da Iulian. 34 *dig.*, D. 32, 59, con insegnamento ripreso in Ulp. 22 *ad Sab.*, D. 30, 44, 5 (argomentando dal caso della vendita a quello del legato). Non risultano attestazioni per quanto riguarda l'analoga tematica in materia di *testationes*, ma è difficile immaginare spunti per una soluzione diversa, dacché i due giuristi dianzi ricordati non potevano, di certo, riferirsi ai *chirographa* come documenti costitutivi o dispositivi, conosciuti nell'esperienza giuridica greca (cfr. da ultimo su questa problematica, WOLFF H.J., *Das Recht der griechischen Papyri Ägyptens in der Zeit der Ptolemäer und des Prinzipats*, II, München, 1978, 136 ss.). La cancelleria imperiale sottolinea come, a differenza della delegazione, la compravendita del credito possa avvenire anche *ignorante debitore*: cfr. Alex. Sev., C. 8, 41, 1 (del 223 d.C.), riportata in modo accorciato anche in C. 4, 39, 3. È discussa la rilevanza della *notitia debitoris* di cui a Gord., C. 8, 41, 3 (del 239 d.C.). In tempi più recenti prevale la tendenza a sostenere la classicità del passo (nel senso che la notificazione al debitore ceduto da parte del cessionario comporti l'impossibilità per il creditore cedente di esperire l'azione): cfr. GEHRICH, *Kognitur und Prokuratur im rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts*, Göttingen, 1963, 21 ss.; ROZWADOWSKI, *op. cit.*, 90 ss. Scettico ancora il KASER, *Recensione* a GEHRICH, *op. cit.*, in *ZSS.R.*, 1964, 393 (cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 654 testo e nt. 17). Indubbiamente può aver influito nel senso di una rilevanza della *denuntiatio* la concessione dell'azione utile al cessionario, il che potrebbe forse desumersi dal corrotto Ulp. 65 *ad ed.*, D. 3, 3, 55 (su cui cfr., con molta arditezza, GEHRICH, *op. cit.*, 18 ss.).

(528) Cfr. Ulp. 32 *ad ed.*, D. 18, 4, 4 e Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 4, 5. La dottrina in parola è riassunta, in breve volger di frase, da Hermog. 2 *iur. epit.*, D. 21, 2, 74, 3, che ricorda, contestualmente, la responsabilità per dolo che comunque incombe sul venditore. Per la vendita di un'obbligazione sotto condizione, cfr. Iulian. 25 *dig.*, D. 18, 4, 19, dove il giurista riafferma la possibilità della vendita di un credito condizionale, distinguendo tale fattispecie da quella della vendita condizionale di un credito, in cui — non verificandosi la condizione — non si ha efficacia della compravendita, dato che nella prima l'*emptor nominis* può immediatamente agire *ex empto* (per ottenere, ad esempio, che il venditore faccia *acceptilatio* al debitore ceduto). Anche Ulpiano riafferma l'ammissibilità della vendita del credito condizionale (D. 18, 4, 17: lb. 43 *ad ed.*), oltre che *in diem* (per cui non sorgono problemi), ma specificando che nel caso *ea ... res est, quae emi et venire potest*, il che mostra quanto il giurista avvertisse come nel contesto si potesse porre il problema della *res quae veneat*.

(529) Così Paolo, nel citato D. 18, 4, 5.

(530) Così è da intendere l'affermazione di Ermogeniano sul *dolum praestare*, contenuta nel citato D. 21, 2, 74, 3.

(531) La riserva di diversa pattuizione contenuta in D. 18, 4, 4 di Ulpiano, oltre ad essere formalmente sospetta, è ambigua, perché letteralmente sembrebbe, in via preferenziale, riferirsi all'esclusione della responsabilità del venditore per la *veritas nominis*: questa interpretazione è rafforzata, nel contesto compilatorio, dall'indubbio rapporto con tale aspetto (sotto il profilo dell'insussistenza di eccezioni) dell'analoga — ed egualmente sospetta — riserva contenuta nella *l.* 5 di Paolo (che, nel Digesto, forma un tutt'uno con la precedente). Se questa interpretazione è vera, almeno a livello della compilazione giustinianea sarebbe attestata la possibilità di configurare la vendita del credito come *emptio spei*, alla stessa stregua della vendita dell'eredità (cfr. *supra*, § 11 lett. *d*). Anche in Hermog. 2 *iur. epit.*, D. 18, 4, 23 pr., la riserva di contraria pattuizione, sospetta formalmente per la sua inutilità, tende a diminuire, non ad aumentare la responsabilità del venditore.

(532) La *venditio nominis* era la configurazione giuridica adoperata per giustificare la cessione delle azioni da parte del creditore al fideiussore che avesse pagato (Iulian. 89 *dig.*, D. 46, 1, 17; Paul. 14 *ad Plaut.*, D. 46, 1, 36; Papin. 9 *resp.*, D. 50, 15, 5 pr.; Mod. 6 *resp.*, D. 46, 3, 76): codesta applicazione, su cui cfr., da ultimo, MEDICUS, *Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionsregresses*, in *Festschrift für M. Kaser*, cit., 392 ss. (v. anche KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 666 testo e nt. 59, con ulteriore letteratura), non dà luogo, nei passi citati, a particolari problemi circa l'istituto qui in esame.

(533) Già vista *supra*, § 10 lett. *c*.

(534) In D. 18, 4, 4 (su cui v. *supra*, nt. 531): i sospetti al proposito del TORRENT, *op. ult. cit.*, 208, sono fuori di luogo. Sull'aspetto dell'impossibilità, cfr. VOCI, *L'estensione*, cit., 371 s.; MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 167 ss.; HONSELL, *Quod interest*, cit., 112 s.; VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., 144 s.; PETERS, *Zur dogmatischen Einordnung*, cit., 296. L'opinione del FERRINI, *Manuale di pandette*⁴ a cura di G. GROSSO, Milano, 1953, 571 nt. 1, ripresa dal GROSSO, *Obbligazioni*³, cit., 46, per cui ciò si spiegherebbe in base al fatto che, a differenza dell'eredità, il venditore potrebbe provvedere a creare il credito, non è soddisfacente (*contra*, VOCI,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

caso il venditore debba rispondere per la cosiddetta *veritas nominis*, all'interesse positivo (535).

b) La vendita del credito viene attuata mediante il *mandatum actionis*: e, per assicurare al compratore l'esecuzione della stessa, poteva procedersi ad una *stipulatio*, che può ricordare le analoghe *stipulationes emptae et venditae hereditatis* (536), e che aveva probabilmente finalità analoghe. Solo nella seconda metà del III secolo d.C., nell'àmbito di una più generale disciplina (537) si è giunti alla concessione di un'*actio utilis* (538) al compratore nei confronti del debitore ceduto, della quale azione dà notizia Diocl. et Max., C. 4, 39, 7. L'introduzione di questo rimedio è ricondotta alla prassi di dare in pegno le *cautiones debitorum* (539): in Diocl. et Max., C. 4, 39, 8, tale azione è ulteriormente ipotizzata per far valere la garenzia reale che assisteva il credito ceduto. Il venditore era, infatti, tenuto a porre a disposizione del compratore anche le garenzie personali e reali (540) del credito venduto. Per le garenzie personali, ciò avveniva mediante il *mandatum actionis* (541), il quale risultava necessario anche per far valere il *pignus conventum*, per il quale, alla fine del III secolo d. C., è attestata altresì l'esperibilità dell'*actio utilis* (542), mentre per il *pignus datum* non v'erano ostacoli a che il venditore mettesse la cosa a disposizione dell'acquirente, che poteva procederne alla vendita (543), nei limiti in cui era legittimato a farlo il venditore (544): è più difficile immaginare, in assenza di fonti precise, quale potesse esser il regime, ove si desse luogo all'applicazione della *lex commissoria*.

Il venditore era, del resto, tenuto a mettere a disposizione del compratore quanto avesse acquistato in funzione del credito venduto, sia mediante la riscossione dello stesso (cui restava, nel regime dell'*actio mandata*, legittimato, nonostante la notizia della cessione fosse pervenuta al debitore), sia avendolo utilizzato in una procedura di compensazione (545). Non v'è motivo di ritenere che la soluzione potesse essere diversa per altri casi di estinzione dell'obbligazione, come la *novatio* o la *confusio* (546).

c) Una *res incorporalis*, ma *sui generis*, è — come oggetto di compravendita — la *militia* (547), intesa come posto dell'amministrazione civile, di cui si può disporre *inter vivos* e *mortis causa*. Nelle fonti classiche si hanno alcuni accenni alla compravendita della *militia*, che ne presuppongono effetti — se vogliamo dire così — reali, e cioè l'acquisto del posto da parte dell'acquirente, ma che non presentano particolare interesse per il problema della compravendita (548). In Scaev. 7 *dig.*, D. 19, 1, 52, 2, si tratta, invece, di una compravendita obbligatoria, in cui si stabilisce, con apposita clausola, che il *salarium* dovuto al venditore spetti al compratore (549): tale pattui-

---

L'estensione, cit., 371 s., nonché Talamanca, *Obbligazioni*, cit., 37 nt. 239).

(535) Ciò risulta inequivocabilmente da quanto dice Paolo, in D. 18, 4, 5: tale interesse si calcola sull'ammontare del credito, ove si tratti di *debitor certae summae*, e nel caso contrario, al *quanti emptoris intersit* sulla base dell'identificazione della prestazione dovuta che nella vendita non poteva mancare: così esattamente Honsell, *op. cit.*, 113 (contro la diversa opinione del Medicus, *op. ult. cit.*, 168 s.).

(536) A questa *stipulatio* si accenna in un passo di assai difficile interpretazione (Ulp. 76 *ad ed.*, D. 44, 4, 4, 6), su cui cfr., da ultimo, Rozwadowski, *op. cit.*, 73 ss., ove ulteriore letteratura.

(537) V. anche *supra*, § 10 lett. *g*, per le *actiones utiles* in materia di *emptio hereditatis*.

(538) Sull'*actio utilis* in generale, cfr. Rozwadowski, *op. cit.*, 124 ss.; per il processo d'estensione, v. anche Provera, *Una costituzione dioclezianea*, cit., 2502 s.

(539) Su di ciò cfr., per tutti, Kaser, *Zum 'pignus nominis'*, in *Etudes offertes à J. Macqueron*, Aix-en-Provence, 1970, 400 ss.

(540) Anche di quelle ottenute dopo la conclusione della vendita: cfr. Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 4, 6.

(541) Cfr. il tardo Hermog. 2 *iur. epit.*, D. 18, 4, 23 pr.

(542) V., in sostanza, la già ricordata C. 4, 39, 8, di Diocleziano e Massimiano. Si riferisce, genericamente, ad una *persecutio pignoris* giudiziale da parte del compratore del credito Diocl. et Max., C. 4, 10, 7 (del 293 d.C.): cfr. anche *eod.* 6, degli stessi imperatori e del medesimo anno, in materia di *datio in solutum*.

(543) In Paul. 6 *resp.*, D. 20, 1, 30 si precisa, molto genericamente, che il *periculum pignorum* spetta all'*emptor nominis*.

(544) Non vi sono passi che attestino esplicitamente questa possibilità, ma v., per un periodo molto tardo, la già citata C. 4, 10, 7, dalla quale, nonostante la dubbia tradizione testuale, si evince senza dubbio che era permesso di esercitare l'*actio in rem* per ottenere, nell'*hypotheca*, la disponibilità del pegno, onde effettuarne successivamente la vendita.

(545) Così il tardo Hermog. 2 *iur. epit.*, D. 18, 4, 23, 1, per cui si pone il problema della compatibilità di questa disciplina con la concessione al compratore di un'*actio utilis*, che faceva cessare, almeno sul piano del diritto pretorio, la legittimazione del venditore (com'è attestato per la *venditio hereditatis*: cfr. *supra*, § 10 lett. *g*).

(546) V., per essi, in tema di *venditio hereditatis*, *supra*, § 10 lett. *g*.

(547) Su di essa cfr. Marchi, *I testi delle Pandette relativi alla vendita e al legato della militia. Note esegetiche*, in *Arch. giur.*, 1906, LXXVI, 291 ss., su cui si basano i rari cenni all'istituto nella dottrina più recente (cfr., ad esempio, Voci, *Diritto ereditario romano*², II, Milano, 1963, 337 s., nonché Kaser, *op. ult. cit.*, I, 700 testo e nt. 65).

(548) Cfr. Cels. 21 *dig.*, D. 31, 22; Scaev. 17 *dig.*, D. 32, 102, 2, e 20 *dig.*, D. 34, 1, 18, 2.

(549) Più che ad un *salarium* già maturato a favore del venditore o ad una ricompensa in aggiunta a quella dovuta in via ordinaria (su questi aspetti, cfr. Marchi, *op. cit.*, 302 ss.),

Senato della Repubblica - Archivio Storico

zione è trattata come una vendita di credito, ed il venditore è tenuto alla cessione delle *actiones extraordinariae* che ha al riguardo (550).

d) La vendita di *res incorporales* poteva avere ad oggetto anche i diritti reali di godimento: servitù ed usufrutto (551). Sulla configurabilità della compravendita (552) avente un oggetto di tal genere non sembrano esistere dubbi fra i giuristi romani (553): ed il principio è ribadito, se ve ne fosse stato bisogno, in Diocl. et Max., *Frg. Vat.* 41, del 298 d.C. Per il diritto d'usufrutto Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 6, 8, 2 distingue chiaramente la vendita, per chiamarla così, costitutiva, che tende alla creazione di un diritto d'usufrutto da parte del proprietario della cosa, da quella traslativa, in cui il titolare di un diritto d'usufrutto già esistente lo trasferisce, nella misura in cui ciò sia compatibile con la natura personale del diritto, ad altra persona (554).

Riguardo a quest'ultima, il principale problema è costituito dall'esecuzione dell'obbligazione del venditore. Essa ha dato luogo, in dottrina, a problemi di costruzione giuridica (555), più vicini forse agli interessi degli interpreti che a quelli dei giuristi romani (556), soprattutto in relazione alla vendita traslativa dell'usufrutto. Il cessionario non può, per il *ius civile*, divenire titolare del diritto ceduto, che è intrasmissibile sia *mortis causa* che *inter vivos* (557): è coerente con questo principio la presa di posizione dei giuristi romani i quali riconoscono, in sostanza, al compratore solo l'esercizio del diritto di usufrutto di cui resta titolare il venditore. Come risulta dal citato D. 18, 6, 8, 2, ciò comporta che tale esercizio fosse commisurato, quanto al termine, alla vita del venditore e non a quella del compratore (558). Ciò trova espressione in Pompon. 8 *ad Q. Muc.*, D. 23, 3, 66, il quale distingue fra il *ius*, che resta presso il titolare, e la *perceptio fructuum* spettante al cessionario (559). Come risulta da Marcian. *lb. sing. ad form. hypoth.*, D. 20, 1, 11, 2, la posizione di quest'ultimo era protetta dal

---

è da pensare ad una regolamentazione, in via obbligatoria, degli effetti della cessione, prima della "voltura" della carica.

(550) Non è sicuro se la "vendita" delle *operae* dovute dal patrono al liberto di cui si parla in Anton. Car., C. 6, 3, 4 (del 212 d.C.), e che in sostanza è il riscatto da parte del liberto stesso dell'*obligatio operarum* su di lui incombente (su di ciò cfr. WALDSTEIN, *Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart, 1986, 176 ss.), dia luogo all'integrazione di un vero e proprio contratto di compravendita, e se quindi l'azione concessa in questo caso al patrono sia l'*actio ex empto* (e non, ad esempio, un'*actio extraordinaria*).

(551) Per l'enfiteusi, cfr. *supra*, § 2 lett. *d*. In Ulp. 44 *ad Sab.*, D. 18, 1, 32 si affronta il problema della *venditio* delle *tabernae argentariae* e simili (su queste ultime cfr., per tutti, KASER, *op. ult. cit.*, I, 456, con letteratura), e si afferma che, dato il carattere pubblico delle stesse, oggetto del contratto è in questi casi il *ius*, non il *solum*: nel passo non è specificato se si tratti della vendita con cui si "costituisce" il diritto di *superficies*, o di un'alienazione di un diritto di superficie già costituito (il che sembrerebbe più probabile). Non risultano dalle fonti, a nostra conoscenza, altri spunti che riguardino specifici aspetti della disciplina della compravendita in relazione a questo particolare oggetto. Per la qualificazione del contratto che costituisce il *ius in agro vectigali*, cfr. ancora *supra*, § 2 lett. *d*: l'ulteriore alienazione di tale *ius*, come della cosiddetta proprietà provinciale, e cioè della *possessio vel usufructus* sui *praedia stipendiaria e tributaria*, era considerata come un contratto avente ad oggetto *res corporales*, dato che tali *praedia* rientravano fra le *res nec mancipi* ed erano quindi suscettibili di *traditio* (cfr. Gai 2, 21).

(552) Per l'impostazione in generale della problematica al riguardo cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 114 s., nonché, per quella concernente l'usufrutto, GROSSO, *Usufrutto*², cit., 314 ss. Per la dottrina più antica, v. BECHMANN, *op. cit.*, III, t. 2, 243 ss.

(553) I quali sottolineano come, a differenza dell'usufrutto, non può esistere né *venditio* né *locatio* dell'*usus*, per il carattere strettamente personale di questo diritto reale parziario: cfr. Gai. 2 *rer. cott.*, D. 7, 8, 11, ripreso in *I.* 2, 5, 1, nonché Ulp. 17 *ad Sab.*, D. 7, 8, 8 pr.

(554) Nella compravendita, invece, delle servitù — per l'inerenza al fondo del diritto in questione (su cui cfr. KASER, *op. ult. cit.*, I, 440) — si può normalmente avere soltanto la funzione costitutiva della compravendita: cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 114; ma v. Paul. 68 *ad ed.*, D. 20, 1, 12 (su cui cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *d*).

(555) Sui quali cfr., per tutti, GROSSO, *op. ult. cit.*, 317 ss.

(556) I *prudentes* si occupano di codesta tematica, soprattutto in ordine ai comportamenti che integrano un esercizio del diritto da parte del titolare, che impedisca la perdita per *non usus* (nel che accostano la *venditio* alla *locatio*: forse troppo rigidamente dogmatica la separazione delle due fattispecie operata dal BECHMANN, *op. cit.*, III, t. 2, 247 s.): cfr. Ulp. 17 *ad Sab.*, D. 7, 1, 12, 2; Marcian. 3 *inst.*, D. 7, 1, 38 e 40 (integrato da Gai. 7 *ad ed. prov.*, *eod.* 39). In quest'ultimo passo l'esercizio del diritto da parte del titolare sembra identificato nella fruizione del prezzo (che induce una notevole differenza nei confronti della donazione dell'usufrutto stesso), il che sembra porsi in contrasto con la soluzione prospettata da Ulp. 17 *ad Sab.*, D. 7, 4, 29, 1.

(557) Sotto questo profilo l'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 115, rileva il contrasto con la "regola" fissata in Lab. 5 *post. a Iavol. epit.*, D. 18, 1, 80, 3, per cui — nonostante il venditore non fosse tenuto a *rem dare* — le parti non possono escludere l'acquisto della proprietà da parte del compratore in base all'usucapione (su ciò cfr. *infra*, § 15 lett. *e*): in realtà, il contrasto non esiste, perché la "regola" labeoniana ha, come al solito, una portata topica.

(558) Sia nel senso che l'usufrutto si estingue alla morte del venditore, sia in quello che l'esercizio dello stesso continua a favore degli eredi del compratore.

(559) L'affermazione si riferisce ad una vendita, *nummo uno*, di un usufrutto costituito *dotis causa* a favore del marito, per realizzarne — in seguito allo scioglimento del matrimonio per divorzio — la restituzione alla *mulier* (che non era la nuda proprietaria). L'accenno ai frutti soltanto non comporta che l'esercizio così ceduto non riguardasse anche l'*usus*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

pretore in via d'eccezione nei confronti del (nudo) proprietario, mentre non è attestata una tutela reale in via petitoria (560). L'esercizio del diritto d'usufrutto poteva, del resto, esser garentito mediante una stipulazione d'esercizio (561).

Della compravendita dell'usufrutto come contratto in cui ci si obbliga a costituire il diritto reale parziario si occupa soltanto il già visto D. 18, 6, 8, 2, di Paolo, nel quale si precisa che il regime dell'obbligazione di costituire l'usufrutto stesso si modella su quello del diritto da creare (562): dalle fonti non risultano altri particolari problemi, neppure in relazione all'adempimento dell'obbligazione del venditore (563).

e) Si ritiene in generale (564) che la compravendita di servitù possa configurarsi soltanto in funzione costitutiva (565). A seguito del contratto, il venditore poteva senz'altro compiere un atto civilmente idoneo a costituire la servitù, come la *mancipatio*, per i *iura praediorum*, o l'*in iure cessio* (566). La questione sorge, però, sul punto se, in relazione alla struttura dell'obbligazione del venditore stesso (567), quest'ultimo fosse tenuto a compiere un tale atto.

Le fonti si limitano a discutere del problema della *vacua traditio* della *servitus* che, da Labeone a Pomponio (568), è risolto nel senso dell'inammissibilità di una siffatta *traditio*, a cui si sopperisce mediante una stipulazione d'esercizio (569), con la quale il venditore assicura il compratore che, per quanto riguarda sé e probabilmente i propri aventi causa, non vi sarà ostacolo all'esercizio della servitù: è, del resto, ancora Labeone che, in D. 18, 1, 80, 1 (lb. 5 *post. a Iav. epit.*), riporta il tenore di una vendita di servitù urbana, quale promessa aformale dell'*habere licere* (all'infuori dei *verba stipulationis*), in cui ci si limita rigorosamente al profilo fattuale (570). All'opinione di Labeone, quale risulta dal citato D. 8, 1, 20, Giavoleno appone una propria osservazione (571) nel senso che, data per scontata l'ammissibilità dell'*usus iuris*, l'esercizio di fatto della servitù potesse esser inteso come equivalente della *traditio possessionis*, richiamandosi fra l'altro alla tutela quasi-possessoria cui accenna anche Gai 3, 139 (572). È incerto se Giavoleno ritenesse che l'*usus iuris* potesse sostituire la stipulazione d'esercizio o si aggiungesse ad essa (573).

---

(560) Il Grosso, *op. ult. cit.*, 318, propende per la soluzione positiva, ma Ulp. 16 *ad ed.*, D. 6, 2, 11, 1 si riferisce — al di là dei problemi sull'ammissibilità della *traditio* — all'*actio Publiciana* per la costituzione del *ius in re aliena* da parte del non legittimato.

(561) Attestata, ad esempio, in tema di restituzione dell'usufrutto costituito in dote da Marcell. 7 *dig.*, D. 24, 3, 57.

(562) Onde, venuto a morire il compratore, il venditore risulta liberato, mentre, morto l'alienante, i suoi eredi continueranno ad esser obbligati alla costituzione.

(563) Potevano qui sorgere le stesse questioni che si vedranno aver luogo nella compravendita di servitù.

(564) In virtù dell'inerenza della servitù al fondo (cfr. anche *supra*, nt. 554).

(565) Un caso particolare è quello discusso da Paul. 78 *ad ed.*, D. 20, 1, 12, in cui si ammette la *conventio pignoris* avente ad oggetto (la costituzione di) una servitù di passaggio, e la statuizione al riguardo di un *ius vendendi*. La validità della costituzione del pegno, e conseguentemente della vendita della servitù da parte del creditore pignoratizio in caso di inadempimento, è ammessa in base all'*utilitas contrahentium*. Nonostante sia evidente la marginalità, se non la stranezza, del caso, il passo non è, in sé, sospettabile: in questo senso cfr. l'ampia discussione in Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, 463 ss.; meno felice la rapida discussione di Mayer-Maly, *Die Verpfändbarkeit von Grunddienstbarkeiten*, in *Satura R. Feenstra*, cit., 173 ss.

(566) In Afr. 6 *quaest.*, D. 21, 2, 46, 1 si discute il problema dell'*obligatio auctoritatis* (v. *infra*, nt. 1082) per la *mancipatio* di una *servitus* costituita su un fondo altrui: ma non è detto nulla circa il rapporto di tale *mancipatio* con l'*emptio venditio* consensuale; un problema di *laudatio auctoris*, ma forse in senso generico (e che, quindi, non presuppone l'effettuazione della *mancipatio*), in Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 6, 5, in una fattispecie in cui espressamente ci si riferisce ad un *iter vendere*. Sotto il profilo inverso si potrebbe porre il problema se i *prudentes* riconoscessero un contratto consensuale ed obbligatorio, avente ad oggetto la costituzione della servitù, in ogni caso si procedesse a tale costituzione mediante una *mancipatio* od *in iure cessio* contro il corrispettivo di una somma di denaro (per l'analoga problematica in materia di vendita di cose corporali, cfr. *infra*, § 14 lett. *b*).

(567) Che prevede soltanto il trasferimento del pacifico godimento della cosa (v. *infra*, § 15).

(568) Cfr. Iavol. 5 *post. Lab.*, D. 8, 1, 20 e Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 3, 2.

(569) Su questa figura, in una problematica più ampia, cfr. Grosso, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, 192 ss.

(570) «*Quae ex meis aedibus in tuas aedes proiecta sunt, ut ea mihi ita habere liceat*»: quanto sembra importasse al giurista augusteo era l'esperibilità, in questo caso, dell'*actio ex empto*, quindi la configurabilità della compravendita.

(571) Sulla cui sostanziale genuinità non v'è dubbio: cfr. Grosso, *op. ult. cit.*, 209 s., il quale esprime, però, dubbi sullo schema concettuale degli *interdicta veluti possessoria* che ivi compare.

(572) La classicità della terminologia appare indubbia: cfr., per tutti, Grosso, *op. ult. cit.*, 178; Kaser, *op. ult. cit.*, I, 390 testo e nt. 43.

(573) Al livello del contratto obbligatorio non sembra che sia invalida, per difetto di legittimazione all'acquisto, la *venditio servitutis* a favore di un soggetto diverso dal proprietario del fondo dominante; in questo caso, mancando tale legittimazione, veniva soltanto esonerato da responsabilità il venditore, se l'acquisto non fosse seguito: cfr. Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 6, 5, nel quale si esclude il *teneri* del

Senato della Repubblica - Archivio Storico

12. *La vendita di genere.* — *a)* Ha riguardo all'oggetto della prestazione, si potrebbe dire sotto il profilo della determinatezza, anche la problematica della vendita di genere. L'opinione che nega — nell'esperienza giuridica romana — la configurabilità della compravendita che abbia ad oggetto una determinata quantità di cose di genere è ampiamente diffusa nella letteratura più recente, soprattutto a livello di coloro che, specificamente, si sono occupati del problema (574), mentre la controversia era stata, invece, più vivace al livello della pandettistica (575): anche se non di rado, soprattutto in prese di posizione incidentali non si porti una particolare attenzione su questo punto, la figura di cui viene esclusa la ricorrenza nell'esperienza giuridica romana è quella del «*reiner Gattungskauf*» (576), e cioè della vendita del cosiddetto *genus* "illimitato", ché l'ammissibilità della vendita del cosiddetto *genus* "limitato" è stata esplicitamente riaffermata anche di recente (577).

Com'è, generalmente, riconosciuto in letteratura, non vi sono passi che, in modo specifico, affrontino il problema dell'ammissibilità della vendita di genere nelle fonti romane, né che si prospetti, esplicitamente, la tematica del *genus* "illimitato" o "limitato", la quale, com'è stato rilevato (578), si riferisce ad un criterio di demarcazione in sé non immediatamente evidente. Gli argomenti prevalenti nella discussione sono, dunque, di carattere generale, incentrati, da una parte, sull'assenza — vera o presunta — di attestazioni in positivo sulla vendita di genere (579), ché in effetti la dimostrazione dell'incompatibilità fra la vendita di genere e l'operatività dell'*obligatio consensu contracta* (580) non appare fornita in modo convincente (581); e, dall'altra, fondandosi sull'inesistenza di concreti motivi che siano d'ostacolo al riconoscimento della compravendita quando l'oggetto ne sia determinato soltanto in relazione ad un *genus* ed alla relativa misura (582). Talune delle spiegazioni date in dottrina per l'inesistenza della vendita di genere potrebbero al massimo servire — fatta salva ogni riserva sulla loro intrinseca fondatezza — a giustificare un'inesistenza positivamente accertata, non a fondarla in assenza di più precisi riscontri (583).

---

venditore, ma nulla si dice sull'ulteriore sorte della *venditio*.

(574) Cfr., per tutti, Arangio-Ruiz, *La compravendita*², cit., 122 ss.; v. anche Kaser, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 548 (a nt. 31, la letteratura): fra i contrari *adde* Zimmermann, *The Law of Obligations*, cit., 236 ss. Problematica, al proposito, la posizione assunta dal Grosso, *Obbligazioni*³, cit., 259 testo e nt. 1. L'ammissibilità era stata invece difesa, ancora in tempi di critica interpolazionistica, dal Haymann, *Haben die Römer den Gattungskauf gekannt?*, in *Jb. Jb.*, 1928-1929, 95 ss.: difendeva ancora l'ammissibilità del *Gattungskauf* senza limitazioni anche il Kiss, *A veszély kérdése az adásvételnél a romai jogban*, II, Kecskemét, 1943, 155 ss., come riferisce il Molnár, *'Periculum emptoris' im römischen Recht der klassischen Periode*, in *Sodalitas*, V, cit., 2251 s., che lo segue (nella manualistica più recente v., del resto, Jörs, Kunkel e Wenger, *Römisches Recht*⁴, a cura di Honsell H., Mayer-Maly e Selb, Berlin-Heildeberg-New York-London-Paris- Tokyo, 1987, 305 s.). V., del resto, in precedenza Vassalli, *Delle obbligazioni di genere in diritto romano* (1909), ora in *Studi giuridici*, III, t. 1, cit., 136 ss. L'opinione contraria all'ammissibilità è stata, soprattutto, argomentata da Seckel e Levy E., *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *ZSS.R.*, 1927, 122 ss. Un'ampia disamina della precedente letteratura in Casavola, *Emptio pondere numero mensura*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa editrice Jovene*, Napoli, 1954, 549 ss., il quale vorrebbe sostituire l'impostazione tradizionale che si riferisce alla vendita di cose generiche e di specie con una che distingua la vendita di quantità di cose o di cose individue: nei limiti in cui non è una variante meramente verbale dell'impostazione tradizionale (critico, da un certo punto di vista, anche il Thomas, *Marginalia on certum pretium*, in *TR*, 1967, 84), o non sottolinei un certo carattere unitario della vendita a misura, codesta impostazione serve piuttosto a complicare le cose, e spinge l'autore alla conclusione difficilmente accettabile di non distinguere — per quanto riguarda il regime — tra la vendita di genere vera e propria (del cosiddetto *genus* "illimitato") e quella di una certa quantità da prendere da una determinata provvista (del cosiddetto *genus* "limitato").

(575) V. le citazioni in Casavola, *op. cit.*, 551 s. e 554 s.

(576) Così, con tutta chiarezza, Seckel e Levy, *lc. cit.* V., del resto, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 123 s., il quale non pone esplicitamente la distinzione, ma ammette — a proposito di *Frg. Vat.* 16 (Papin. 3 *resp.*) — la validità della vendita di mille anfore di vino da prendersi da una certa cantina, circoscrivendo conseguentemente l'inammissibilità della vendita di genere a quella del cosiddetto *genus* "illimitato".

(577) Ciò è stato soprattutto riaffermato dal Krückmann, *Einige Randfragen zum periculum emptoris*, in *ZSS.R.*, 1939, 7 ss.; v. adesso Kaser, *op. ult. cit.*, I, 548 testo e nt. 32. Come si è visto (*supra*, nt. 574), ogni differenza è, invece, negata dal Casavola, *op. cit.*, 577 s., in base alla sua impostazione in termini di vendita di quantità (per la posizione assunta dal Thomas, *op. ult. cit.*, cfr. *infra*, nt. 613).

(578) Grosso, *op. ult. cit.*, 233 s.: v., del resto, anche Talamanca, *Obbligazioni*, cit., 48 testo e nt. 323.

(579) Argomentazioni di tal genere si rivolgono, anche senza specificarlo, essenzialmente contro la vendita di un *genus* "illimitato".

(580) Su cui insistono Seckel e Levy, *op. cit.*, 127 ss.

(581) Nell'assenza di fonti al riguardo, essa presuppone piuttosto aprioristicamente una data struttura del *Gattungskauf* incompatibile con tale operatività, per escludere — in base a tale assunzione — che la vendita di genere possa esser fatta valere con le *actiones empti et venditi*.

(582) Sulle obbligazioni generiche, nel diritto romano, cfr., anche per le indicazioni di letteratura, Talamanca, *op. ult. cit.*, 48 ss.

(583) Ci riferiamo, soprattutto, all'opinione che riallaccia l'inammissibilità all'influenza dell'originaria concezione della vendita a contanti: cfr., da ultimi, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 122 s., il quale, però, si rende in definitiva conto (p. 126 s.) di una certa tensione fra questa impostazione e l'ipotesi stipulatoria sulle forme della vendita obbligatoria

Senato della Repubblica - Archivio Storico

b) In relazione alla problematica qui discussa non hanno rilevanza quei passi, in cui si parla della vendita di una certa quantità di cose fungibili (e quindi di genere), senza che si indichi quali siano stati i concreti referenti dell'operazione (584), dato che potrebbe trattarsi sia del caso di una vendita di una partita di merce preventivamente sottoposta ad un processo d'individuazione (e da considerare, dunque, cosa di specie), sia — preferibilmente — di quello di prestazione di cose di genere da eseguirsi mediante prelievo da una determinata provvista del genere stesso.

Un dato è certo, anche se la valutazione ne è soggetta a cautela: mentre sono più o meno frequenti gli accenni a *stipulationes* (nonché a legati obbligatori) che hanno ad oggetto prestazioni generiche, in cui al *genus* stesso — più o meno ampiamente determinato — si fa riferimento senza alcun rapporto ad una quantità del medesimo esistente in un certo luogo (585), casi sicuri di fattispecie così configurate non si riscontrano nelle fonti in tema di compravendita (586). Un primo testo che viene in discussione al riguardo è Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 16: la prima parte si riferisce senz'altro ad una vendita in cui la partita di vino era stata già precedentemente al contratto individuata (587) e viene venduta con ogni probabilità *per aversionem* (588); nella seconda, manca tale individuazione (ed il *periculum* non grava, dunque, sul compratore), perché la vendita stessa è avvenuta *corpore non demonstrato*. È stato sostenuto (589) che si trattasse di una vendita di mille *amphorae* da prendersi da un determinato luogo (590), con il che si rientra nella vendita di un *genus* "limitato" (591); anche se la precisazione *corpore non demonstrato* non esclude astrattamente la vendita di *genus* "illimitato", questa resta, però, l'ipotesi meno probabile, dato che per l'opposta alternativa appare decisivo il rilievo che rispetto ad un *genus* "illimitato" non si sarebbe potuto porre il problema della *vini mutatio* (592). E considerazioni più o meno analoghe valgono — anche se con una minore sicurezza — per Diocl. et Max., C. 4, 49, 12 (del 294 d.C.) (593). Ad ogni modo, codesti passi non rappresentano un fondamento testuale tranquillante per ammettere che i romani abbiamo preso in considerazione la compravendita avente ad oggetto un *genus* "illimitato".

c) Non mancano, invece, fonti (594) in cui ci si riferisce a contratti di compravendita che hanno ad oggetto la prestazione di una certa quantità di un *genus*, quantità che si deve prendere da una —

---

pregresse al contratto consensuale (su ciò cfr. *supra*, § 1 lett. *e*); CASAVOLA, *op. cit.*, 578 ss., che ne trae invece spunto per affermare — ma senza una sufficiente circostanziazione — la derivazione della vendita consensuale da quella a contanti.

(584) Si tenga presente, soprattutto, Diocl. et Max., C. 4, 50, 7 (del 293 d.C.), vendita di *olei materia*, nonché un passo molto importante in materia di *periculum*, come Paul. 3 *epit. Alf.*, D. 18, 6, 15, 1, riguardante la vendita di legname, dove sembrerebbe aversi un caso di vendita di *genus* "limitato": nel senso invece, che si tratti di vendita di una cosa di specie v., a ragione, il THIELMANN, *Traditio und Gefahrübergang*, in *ZSS.R.*, 1989, 303 s.

(585) Casi in cui si ha quello che, convenzionalmente, sarà anche appresso chiamato il *genus* "illimitato".

(586) Ad esempio, un contratto con cui il venditore si obblighi a trasferire la pacifica disponibilità di centi *modii* di *triticum Africanum optimum*. A parte qualsiasi sospetto sull'attuale redazione del passo, è troppo generico Ulp. 60 *ad ed.*, D. 5, 1, 19, 1, che si riferisce probabilmente agli effetti obbligatori di una compravendita di *merces* ad esecuzione immediata. Non risulta, d'altro canto, nelle fonti che i *prudentes* avessero preso particolarmente in considerazione fattispecie che noi riporteremmo al contratto di somministrazione (cfr. su di esso NUZZO, *Somministrazione: contratto di*, in questa *Enciclopedia*, XLII, 1270 ss.), e quindi in qual modo le formalizzassero: un caso del genere potrebbe trovarsi in Ulp. 28 *ad ed.*, D. 14, 3, 5, 9, che sembrerebbe, però, concedere in via institoria l'*actio ex empto*, dato che l'unica forma contrattuale ivi accennata è quella della *venditio*; ma probabilmente il caso rientrava nella compravendita in prospettiva sabiniana (Gai 3, 147), perché si trattava di fornitura di merce, del pane, fabbricata dal venditore (cfr. *supra*, § 2 lett. *e*); e lo stesso può forse dirsi per Paul. 6 *resp.*, D. 19, 1, 47, se la *materia* sono travi di legno, preparate dal venditore (più difficile trattarsi di *genus* "limitato", data la previsione di — più o meno numerose — scadenze).

(587) Venendo, così trattata, come cosa di specie: ciò si ricava, *a contrario*, anche dall'inciso *corpore non demonstrato* della seconda parte del passo.

(588) È perciò che sul compratore gravava il danno della *vini mutatio* (su ciò cfr. *infra*, § 23 lett. *g*).

(589) Cfr., ad esempio, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 123 s.; v. anche CASAVOLA, *op. cit.*, 577 s.

(590) Se le *amphorae* vanno intese come *vasa* (cfr. *infra*, nt. 596), da una cantina che ne contiene più di mille; se sono da intendersi come unità di misura (il che è, forse, preferibile), dai *dolia* esistenti in una cantina.

(591) Sulla struttura di questa fattispecie, v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *c*.

(592) E, d'altronde, sarebbe stata necessaria la specificazione di qual tipo di vino si sia venduto.

(593) Qui, addirittura, per la vendita avente ad oggetto un *genus* "illimitato" potrebbe giocare la circostanza che si indica come le parti avessero determinata la *qualitas* del vino.

(594) Non sembrano rilevare, invece, quei passi in cui la prestazione generica è oggetto di una clausola accessoria del contratto. In tali passi si tratta sempre di *dolia* (tini di argilla per liquidi o sementi, che — generalmente interrati — vanno ad accedere alla vendita di un fondo): si tratta di Alf. 2 *dig.*, D. 19, 1, 26 (su cui cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 124), dove si afferma che essi sono dovuti, se previsti come esistenti sul fondo in un'apposita dichiarazione del venditore, anche se sul fondo stesso non se ne fosse trovato alcuno; e di Marcell. 6 *dig.*, D. 18, 1, 60, che permette al venditore di scegliere quali *dolia* prestare (si noti l'applicazione della regola propria dell'adempimento delle obbligazioni generiche: v. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 50), qualora sul fondo si trovasse un numero di *dolia* superiore a quello garentito.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

maggiore — provvista dello stesso esistente in un luogo determinato (595). In linea generale si tratta di fattispecie di vendita di vino (596), per le quali, in ordine alla configurazione pratica ed al relativo regime giuridico, è decisivo l'accordo fra le parti: l'analisi di codeste fattispecie viene resa più complessa dalla circostanza che col problema della vendita di genere vengono discusse questioni riguardanti il regime della vendita di vino, quali l'*admensio* e la *traditio* del vino o dei recipienti, l'*effusio*, il *periculum vini*, in generale ed in relazione all'*acor* ed al *mucor*.

Senza entrare nei dettagli delle questioni dianzi accennate (597), si rinvengono fonti in cui è data pacificamente per ammessa la compravendita di una certa quantità (598) di vino da prendersi da quello esistente in un determinato luogo (599), mentre non rilevano qui i passi relativi alla vendita di un dato insieme di cose fungibili, insieme che possegga una sua individualità e venga quindi venduto come cosa di specie (600).

Della vendita del *genus* "limitato" trattano (601) — oltre a *Frg. Vat.* 16 (nell'interpretazione nettamente preferibile) ed a Diocl. et Max., C. 4, 49, 12 (nella sua valutazione minimale), passi per cui si può proporre addirittura la questione se non si riferiscano al *genus* "illimitato" (602) — Paul. 5 *ad ed.*, D. 18, 6, 5 (603) e Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 1, 35, 7 (604), nonché con tutta probabilità Alex. Sev., C. 4, 48, 2 (del 223 d.C.) (605).

d) Nelle fattispecie che hanno ad oggetto un *genus* "limitato" si pone il problema della rilevanza per l'efficacia della vendita dell'ulteriore individuazione della cosa venduta, che è senz'altro necessaria per la materiale esecuzione del con-

---

(595) Che, sotto l'espressione corrente in dottrina di vendita di *genus* "limitato", debba intendersi quello della vendita di una certa quantità da prendersi da una partita determinata, è stato ben affermato — in un quadro d'insieme che non si può condividere — dal CASAVOLA, *op. cit.*, 577. Cfr., del resto, KASER, *lc. ult. cit.*, il quale, se parla ancora, fra virgolette, di «*"begrenzte[r]" Gattungskauf*», sottolinea come elemento connotante della fattispecie la fornitura «*aus einem bestimmten Vorrat*». Nelle considerazioni che precedono e che seguiranno, gli accenni ad un *genus* "limitato" vanno intesi nel senso che ci si riferisce alle cose di genere esistenti in una determinata provvista.

(596) Su di esse, oltre alla letteratura già addotta, cfr., specificamente, YARON, *Sale of Wine*, in *Studies in the Roman Law of Sales Dedicated to the Memory of F. de Zulueta*, cit., 71 ss.; HARDER, *Weinkauf und Weinprobe im römischen Recht*, in *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für J. Bärmann*, München, 1975, 17 ss.; FRIER, *Roman Law*, cit.; OLSZAK, *'Emptio ad gustum': la vente à la degustation de l'antiquité à l'article 1587 du Code civil*, in *TR*, 1990, 361 ss.

(597) Sull'*admensio*, cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *d*; sul *periculum vini mutati*, *infra*, § 23 lett. *g*.

(598) Comunque determinata: o in relazione ai recipienti (un *tot* di *amphorae*, nell'originario senso di *vasa*, da prendersi fra quelle esistenti in un certo luogo) o in relazione alla misura (un *tot* di *amphorae* — nel senso di unità di misura, di circa ventisei litri — da prendersi da certi determinati *dolia*).

(599) A tale proposito non è sufficiente che, nella fonte, sia prevista la misurazione del vino, perché — ove la vendita non avvenga *uno pretio* (o *per aversionem*) — la stessa può compiersi anche in una vendita di specie (ad esempio di un dato *dolium*), allo scopo di individuare la quantità del vino venduto ed il relativo prezzo: in questo caso è ovvio che — rispetto alla tematica affrontata da CASAVOLA, *op. cit.*, 559 ss. — l'*admensio* serve soltanto ad individuare il prezzo della cosa venduta, che è, di per sé, individuata.

(600) In vendite di cose fungibili così configurate il prezzo può essere determinato a corpo, *per aversionem*, od a misura (v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *d*): il che ha rilievo in materia di *periculum* (v. *infra*, § 27 lett. *j*). Cfr., per la vendita a corpo di vino, Ulp. 28 *ad ed.*, D. 18, 6, 4, 1 e 2, nonché Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 18, 6, 6 (anche se nel passo nulla si precisa al riguardo): ciò non è sicuro per Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 1, 2, in cui si discute della *signatio* e della *traditio* di un *dolium*, ma non si dice se lo stesso fosse stato oggetto di una vendita di specie (quel determinato tino) o di genere "limitato" (un tino fra i vari esistenti nella cantina del venditore); v., poi, per generiche *res* Mod. 5 *reg.*, D. 18, 1, 62, 2. Vendita a misura di un determinato insieme di cose fungibili si ha, invece, in Gai. 10 *ad ed.*, D. 18, 1, 35, 5, mentre nel § 6 si discute la problematica della vendita a corpo od a misura di un gregge.

(601) Discutibile se la vendita di cose di genere da prendersi da una provvista determinata fosse consapevolmente presente al giurista nei casi discussi da Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 1 pr. e 2: la *signatio* dei *dolia* potrebbe, infatti, servire a identificarli nell'àmbito di quelli esistenti nella cantina del venditore, ma anche, come sottolinea Trebazio nel § 2, ad impedire una *summutatio* del *dolium* già individuato (o, come voleva Labeone nello stesso paragrafo, a far considerare *traditum* il *dolium* stesso).

(602) V. *supra*, in questo paragrafo, lett. *b*.

(603) Le due parti del passo si presentano maldestramente giustapposte l'una all'altra, ma ciò non è elemento sufficiente per considerare interpolata l'ultima (per letteratura in tal senso cfr. *Index Interpolationum, ad h.l.*), dato che può esser caduto qualcosa nel mezzo: genuina la ritiene il KASER, *op. ult. cit.*, I, 548 nt. 32. Le cento *amphorae* a cui in questa parte del passo si allude sono, con ogni probabilità, unità di misura.

(604) Non v'è dubbio che si tratti, qui, di vendita di cose di genere da prendersi da una provvista determinata, dacché le *metretae* sono prevalentemente unità di misura. La *l.* 5 e la *l.* 35, 7 sono addotte come esempi di una vendita di tal fatta dal KASER, *lc. ult. cit.* Cfr., del resto, per la *l.* 35, 7, anche il CASAVOLA, *op. cit.*, 577 s., pur nella sua impostazione relativa alla vendita di quantità qui non seguita.

(605) Diversamente CASAVOLA, *op. cit.*, 575. Che si tratti, nel *principium*, di *amphorae* di vino da prendere da una provvista individuata — e non di tutta la provvista — risulta, a nostro parere, dall'andamento complessivo del passo, dove non si specifica — cfr. il differente tenore letterale di D. 18, 1, 35, 5 — che il *certum pretium* si rapporta alle *singulae amphorae*: sembrerebbe quasi che si trattasse di una vendita di una certa quantità di recipienti *uno pretio* (cfr. Gaio, in D. 18, 1, 35, 7).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

tratto. Tale individuazione si fa, in generale, con la misurazione della quantità venduta, e cioè mediante l'*admensio* (606): in particolare, in C. 4, 48, 2 si afferma che, anteriormente alla *traditio* o all'*admensio*, la *venditio* è *imperfecta*.

Il problema della portata della misurazione si pone, però, non soltanto per quanto riguarda le vendite di *genus* "limitato", ma anche nell'altro caso in cui è ricordata l'*admensio*, e cioè nella vendita a misura di un insieme già individuato di cose fungibili, il prezzo del quale, però, viene fissato a misura e non *per aversionem*. Questa fattispecie ricorre nei già ricordati passi di Gaio, contenuti in D. 18, 1, 35, 5-6 (607), nonché in Paul. 33 *ad Sab.*, D. 18, 1, 34, 5, mentre con ogni probabilità ricorre anche in Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 1, 3 e 4 (608).

In sé considerata, quest'ultima fattispecie è una vera e propria vendita di specie (609), ma anche per essa, nei passi di Gaio (riportati in D. 18, 1, 35, 5-6), si afferma — con richiamo dell'opinione di Sabino e Cassio — che l'*emptio* sarà *perfecta* quando si sarà proceduto alla misurazione, onde il contratto può considerarsi effettuato *quasi sub condicione* in relazione alla quantità venduta, che risulterà fissata in quella effettivamente numerata, onde il prezzo verrà pagato per ogni unità di misura accertata, nell'ammontare determinato per la stessa. Ed ancora più incisivo è, al riguardo, il discorso di Ulpiano (in D. 18, 6, 1, 1), in cui — sembrerebbe — si fa riferimento alla mancata integrazione della fattispecie prima dell'*admensio* («*prope nondum venit*»). La terminologia usata, in una con la complessiva impostazione del pensiero dei giuristi, ha fatto pensare che l'*admensio* (610) fosse necessaria per l'esistenza stessa del contratto consensuale di compravendita (611), il che ha portato ad escludere (612), nell'una e nell'altra

(606) L'*admensio* è puntualmente ricordata in D. 18, 1, 35, 7; D. 18, 6, 5, e C. 4, 48, 2 pr. Il mancato ricordo negli altri due passi dipende dal particolare andamento degli stessi, e non può esser portato a sostegno di un'interpretazione che li escluda dal novero della vendita di *genus* "limitato".

(607) Nel § 5 si tratta della vendita delle cose *quae pondere numero mensura constant*, mentre nel § 6, lo stesso regime viene applicato alla vendita del *grex*. Le due fattispecie sono sentite dal giurista come parallele, ancorché nella seconda non si tratti di cose fungibili: pur essendo cose infungibili, le singole pecore sono qui prese come unità appartenenti ad un *genus*, onde si tratta di cose di genere che vengono, però, a costituire un insieme determinato. La differenza tra la fattispecie trattata da Gaio nei § 5 e 6 e la vendita di *genus* "limitato" non è profilo particolarmente presente, a quanto sembra, al CASAVOLA, *op. cit.*, 556 ss. (il che dipende dalla generale impostazione dell'autore), sì invece al THOMAS, *op. ult. cit.*, 84 s. Sui due paragrafi, in unione col successivo § 7, cfr. anche, piuttosto genericamente, ERNST, *Periculum est emptoris*, in *ZSS.R.*, 1982, 234 ss.; PETERS, *'Periculum est emptoris'*, in *Iuris professio. Festgabe für M. Kaser*, Wien-Köln-Graz, 1986, 226 ss.

(608) In questi passi si discute la problematica dell'*effundere vinum* in termini tali che è molto difficile riportarla alla vendita — necessariamente a misura — di un *genus* "limitato", che — al livello della ricostruzione della fattispecie — rimane comunque l'unica alternativa possibile. Nel § 1 *h.l.*, poi, si allude esplicitamente ad una *venditio 'ad mensuram'*, ma non si specifica se la misura stessa debba avvenire nei confronti di una partita di vino specificamente individuata, e di cui non constasse l'ammontare, od in quelli di una più ampia provvista (dando così luogo ad una vendita di *genus* "limitato"): il THOMAS, *op. ult. cit.*, 86 testo e nt. 1, opta per questa seconda ipotesi (ma in sostanza senza una dimostrazione), mentre se, come sembrerebbe, Ulpiano si ponesse effettivamente l'alternativa fra la determinazione del prezzo *ad mensuram* e quella *per aversionem*, come diverse modalità dell'identica fattispecie, ciò poteva avere luogo soltanto nel caso di vendita di un insieme di cose di genere specificamente individuato.

(609) Anche se la previsione che il prezzo, fissato per unità di misura, sarà pagato in base all'*admensio* dell'insieme venduto ha la sua rilevanza in relazione al problema del *periculum* (v. *infra*, § 25 lett. *j*).

(610) Od eventualmente la *traditio*, coincidessero o meno questi due momenti: rispetto a quanto nota il CASAVOLA, *op. cit.*, 564 ss., va infatti precisato che, in realtà, un'*admensio* è in generale presupposta dalla *traditio* di cose fungibili — o, comunque, di genere, che debbano esser prestate in una certa quantità — precedentemente non identificate, onde i giuristi si riferiscono talora alla prima per indicare l'effettuazione della seconda. Si tratta, però, di una "regolarità", e non di una regola assoluta, perché si hanno esempi di *admensio* che adempie ad un diverso scopo (v., ad esempio, Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 1, 4); in tutti i casi, del resto, in cui si ha *signatio* che non corrisponde a *traditio* (v. D. 18, 6, 1, 2 ed anche il *principium* dello stesso frammento), vi potrà essere stata la necessità di un'*admensio* per l'identificazione numerica delle cose da *signare*. Nel caso del § 2 dianzi citato, ove la *signatio* è fatta allo scopo che i *dolia* non vengano cambiati, non è specificato se si tratti di una vendita a misura di *genus* "limitato" ovvero di un insieme di cose di genere (ad esempio, di tutti i *dolia* esistenti in una cantina): il pericolo della *summutatio* sussiste in entrambi i casi ed il passo non specifica nulla in ordine alla valenza della *signatio* effettuata al fine di identificare la cosa venduta.

(611) Così CASAVOLA, *op. cit.*, 557 ss., il quale sostiene che l'inesistenza del contratto non dipende, nel caso, dall'incertezza sul prezzo, ma da quella sulla cosa, e postula *a fortiori* l'inesistenza del contratto anche per la vendita del cosiddetto *genus* "limitato" (p. 577 ss.), portato a ciò dalla costruzione della "vendita di quantità": e l'inesistenza della vendita dovrebbe necessariamente portare alla non esperibilità dell'*actio venditi* ed *empti*. Pur accettando il punto di vista che la vendita è inesistente, ribadisce, invece, che si tratta d'incertezza sul prezzo, il THOMAS, *op. ult. cit.*, 82 ss., che, invece, non vede un'*emptio imperfecta* in D. 18, 1, 35, 7 (su ciò cfr. *infra*, nt. 613). Questa costruzione è rigidamente ribadita da ERNST, *op. cit.*, 231 ss., il quale non si pone il problema delle conseguenze del rifiuto di una delle parti a procedere alla misurazione.

(612) Così, in un rapido ma puntuale inciso, CASAVOLA, *op. cit.*, 568, che — sottolineando, più avanti (p. 575), la

Senato della Repubblica - Archivio Storico

3PP

fattispecie, l'esistenza del contratto e delle obbligazioni delle parti, prima dell'*admensio* stessa (613).

e) Dalle fonti non risulta, però, che in base a ciò i giuristi romani arrivassero alla conseguenza estrema che si trattasse di una compravendita dalla quale non nascessero prima dell'*admensio* obbligazioni delle parti, e non fossero quindi *hinc inde* esperibili le azioni contrattuali (614). Da alcuni passi risulta chiaramente che le parti sono vincolate al contratto anche prima dell'*admensio* stessa (615), onde sia il compratore sia il venditore possono esser tenuti responsabili per la mancata collaborazione al perfezionamento della fattispecie (616). Lo schema della *perfectio* viene adoperato nella sua valenza tipica con prevalente riferimento alla problematica del rischio (617) ed all'individuazione del *quantum emptum* nel caso in cui lo svolgimento della fattispecie non fosse turbato da evenienze patologiche.

f) Fra i *prudentes* non erano sorti, a quanto sembra, grossi problemi rispetto alla vendita alternativa (618), ricordata in alcuni passi delle fonti (619): in essi si prevede, come elemento naturale del negozio, la scelta del debitore (620), il venditore, ma anche la possibilità che in senso contrario la stessa sia accordata al compratore (621), e si risolvono in base alla funzionalità tipica dell'obbligazione alternativa i problemi del rischio contrattuale (622).

13. *I requisiti del prezzo.* — *a*) La determinazione del prezzo, oggetto principale della prestazione del compratore (623), deve rispondere a

differenza fra la vendita di quantità (dove la mancanza di *perfectio* equivale ad «inesistenza di negozio) e vendita condizionale (dove essa connota «l'esistenza di un negozio inefficace») — esclude implicitamente la possibilità che le azioni divengano, nel caso, esperibili anche in assenza di *admensio*, in virtù della finzione di adempimento.

(613) Si noti come, senza dubbio, la vendita di una quantità da prendere da una provvista data sia — per quanto concerne l'oggetto — meno determinata di quella di un insieme individuato di cose fungibili venduto come *species*, ma da sottoporre a misura. Diverso il punto di vista da cui si pone il THOMAS, *op. ult. cit.*, 84 ss., per cui — nel caso dell'insieme — la *venditio* è *imperfecta* (nel senso che non esiste, perché manca la determinazione del prezzo), mentre nel caso di vendita a misura o *per aversionem* di una certa quantità da prendere da una determinata provvista, v'è «*the existence of sale*» (perché il prezzo è determinato), anche se manca ancora qualcosa da fare: nonostante il modo di esprimersi dell'autore non sia molto esplicito, sembrerebbe che in questi ultimi casi, ma non nel primo, vi potrebbe essere un'azione per l'adempimento del contratto.

(614) In questo senso, v. esattamente già DAUBE, *Certainty of Price*, cit., 22 s., che parla di un «*promissory condition*».

(615) Si tenga presente soprattutto Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 1, 3-4 (particolarmente significativi, perché situati nello stesso contesto di quel § 1, dove — come si è visto *supra*, in questo paragrafo, lett. *d* — Ulpiano si riferiva alla mancata integrazione della fattispecie prima dell'*admensio*): dal § 3 risulta che — nel compiere l'*effusio vini*, in un contratto in cui si era fissato il *dies ad metiendum* — il compratore poteva incorrere in mora, avendo lasciato trascorrere tale *dies*, mora che giustificava l'*effusio*, ma che — in base alla *bona fides* che regolava il contratto — sul venditore gravavano altresì obblighi, oltre che diritti (su questi aspetti, cfr. *infra*, § 23 lett. *g*). Egualmente, nel § 4, si tratta della mora sempre del compratore in un contratto in cui non era stato fissato un termine per la misurazione, mora in cui lo stesso cadeva prima dell'*admensio*, cui conseguentemente procedeva unilateralmente il venditore ai fini di far constare la quantità di vino alla cui *effusio* procedeva, e di cui l'acquirente stesso avrebbe dovuto comunque pagare il prezzo («*quantum emptori perierit*»). La possibilità che il compratore fosse responsabile per la *mora mensurae faciendae* in una vendita di *genus* "limitato" risulta anche da Alex. Sev., C. 4, 48, 2 pr. (del 223 d.C.), testo molto importante, perché ricorre nello stesso la terminologia di *venditio imperfecta* per il periodo anteriore all'*admensio*.

(616) Un diverso profilo potrebbe esser rappresentato dall'incidenza a questo riguardo della costruzione che omologa, sotto un certo profilo, tali vendite a quelle condizionali. Da un contratto sottoposto a condizione non possono in realtà sorgere, a meno della finzione di adempimento (applicata dai *prudentes* nella — sotto questo profilo contermine — materia dell'*emptio rei speratae*: cfr. *supra*, § 9 lett. *b*), né obbligazioni né azioni. Deve, però, tenersi conto che in D. 18, 1, 35, 5 vi è un'assimilazione non completa tra le due fattispecie, e che il giurista si poneva, fra l'altro, dal punto di vista di un regolare svolgimento della fattispecie, senza mora da parte né del compratore né del venditore.

(617) Come è particolarmente evidente, ad esempio, in D. 18, 1, 35, 7 (ingiustificato il sospetto sulla relativa parte del passo espresso, da ultimo, in THOMAS, *op. ult. cit.*, 83 testo e nt. 29): v., del resto, anche C. 4, 48, 2 pr., dove si ha riguardo a quell'evento dannoso particolare che è il *periculum vini mutati* (su cui *infra*, § 23 lett. *g*).

(618) L'*alternatio* poteva aver luogo soltanto riguardo all'obbligazione del venditore, tenendo conto che quella del compratore deve consistere in *pecunia numerata*. La previsione di una *alternatio* per l'*obligatio pretii*, non prevista a conoscenza di chi scrive nelle fonti, avrebbe forse tramutato la compravendita in un "contratto innominato". Nei limiti in cui fosse possibile pattuire prestazioni accessorie al prezzo (su ciò cfr. *infra*, § 7), si potrebbe pensare — il caso non è però previsto nelle fonti — ad un'*alternatio* anche per l'obbligazione del compratore rispetto a tali prestazioni accessorie (che, se di valore differente, avrebbero potuto portare ad una diversità anche del prezzo pagato in denaro). Sulle obbligazioni alternative in genere, cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 44 ss.

(619) Ulp. 34 *ad Sab.*, D. 18, 1, 25 pr.; Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 34, 6: dello stesso giurista la nota contenuta in D. 18, 5, 4 (e tratta dal lb. 8 *digestorum* di Giuliano).

(620) Cfr. D. 18, 1, 34, 6, nonché D. 18, 1, 25 pr.

(621) Tale possibilità è prevista in D. 18, 1, 34, 6.

(622) Cfr. ancora D. 18, 1, 34, 6: sulla ripartizione del rischio nelle vendite di schiavi, cfr. *infra*, § 27 lett. *e*.

(623) Per la struttura della prestazione nel suo complesso, cfr. *infra*, § 21.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

certi requisiti. Come abbiamo già visto (624), esso deve consistere in *pecunia numerata* (a parte la configurabilità di obbligazioni accessorie), ché — ove consista in un'altra cosa — ha luogo, secondo l'opinione risultata vincente nel II secolo d.C., la diversa fattispecie della permuta. Nella dottrina dell'età intermedia e fino alla pandettistica (625), i requisiti del prezzo venivano individuati — in via quasi di un brocardo — nel *pretium verum, certum, iustum*. In effetti, con il requisito del *pretium verum* (626), ci si riferiva, in quella dottrina (che si basava, però, su precisi spunti terminologici nelle fonti romane), ad un aspetto che concerne — oltre alla serietà dell'assetto d'interessi predisposto dalle parti — la delimitazione della compravendita da fattispecie contermini, e soprattutto dalla donazione (627).

b) Il requisito del *pretium certum* si riferisce alla determinazione o determinabilità dell'oggetto della prestazione (628). I giuristi romani richiedono che il prezzo sia certo, come risulta inequivocabilmente da Gai 3, 140, ripreso in *I.* 3, 23, 1 (629). Ciò non significa che lo stesso vada, incondizionatamente, fissato in una somma determinata di denaro, perché nelle fonti appare discussa la possibilità di determinare il prezzo *per relationem*: e ciò sia in modo oggettivo (con riferimento a dati di fatto presenti, passati o futuri), sia in modo soggettivo nella forma dell'arbitraggio del terzo o della parte.

Nei passi che discutono la *relatio* oggettiva (630) si tratta di esempi che danno, prevalentemente, l'impressione d'essere casi di scuola. Si hanno ipotesi di *relatio in praeteritum aut in praesens conlata*: il prezzo è determinato identificandolo con quello a cui è stata acquistata dal venditore la cosa (631), il che può rispondere a concrete esigenze soltanto in eventualità molto circoscritte, sebbene nelle fonti si discuta, come un problema specifico, la sorte della compravendita, laddove il *de cuius* del venditore l'abbia ricevuto per donazione e non per acquisto a titolo oneroso (632); o viene fissato nella somma di denaro che il compratore ha nella sua cassaforte (633). In entrambi i casi si deve presupporre che entrambe le parti ignorino l'effettivo ammontare del prezzo così determinato (634), altrimenti le clausole perderebbero anche quel residuo valore pratico che, in misura diversa, si può loro riconoscere (635). Non v'è ragione per credere che, in un caso del genere, i *prudentes* ritenessero indeterminato il prezzo ai fini della ripartizione del rischio contrattuale (636).

---

(624) Sulla controversia delle scuole a questo proposito, cfr. *supra*, § 2 lett. *a*.

(625) Cfr. su ciò ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 141 s., nonché KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 550 testo e nt. 44, con letteratura: v., del resto, BECHMANN, *Der Kauf*, II, cit., 148, il quale, però, ritiene che soltanto il *pretium iustum* riguardi i requisiti oggettivi del prezzo, mentre ritiene che il *pretium certum* ed il *pretium verum* rientrino nella determinazione soggettiva del contenuto del contratto.

(626) Inteso, se si può dir così, in senso tecnico, prescindendo cioè da quei casi in cui con il sintagma in questione si voglia semplicemente alludere al prezzo di mercato, laddove si ricade in un contesto più vicino, se si vuole, alla tematica del *pretium iustum*.

(627) Cfr., su ciò, ARANGIO-RUIZ, *lc. ult. cit.* Per i problemi della *venditio donationis causa*, cfr. *supra*, § 2 lett. *i*.

(628) Per questi problemi in generale, cfr. TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., 32 ss. Si noti come si tratti di questioni che, nelle fonti, si incontrano solo a proposito del prezzo, e non della cosa — oggetto dell'obbligazione del venditore —, come sarebbe astrattamente possibile (v., però, il problema della validità della vendita di genere: cfr. *supra*, § 12): per quanto concerne l'arbitraggio, si è in effetti che esso ha una maggiore possibilità di esplicazione nella determinazione del valore della cosa, e quindi nella fissazione del prezzo.

(629) V. anche Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 1, 7, 2, nonché la discussione se il *pretium* sia *incertum* in *Frg. Vat.* 9 (Papin. 3 *resp.*).

(630) Su di essi cfr. soprattutto, per la letteratura pandettistica, BECHMANN, *op. cit.*, II, 340 ss.; poi, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 139 s.; DAUBE, *Certainty of Price*, cit., 9 ss., 26 ss.; THOMAS, *Marginalia*, cit.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 253 s.

(631) Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 1, 7, 1; Ulp. 3 *disp.*, D. 18, 1, 37.

(632) È il caso discusso in D. 18, 1, 37. La circostanza che l'acquisto precedente sia avvenuto a titolo oneroso è considerato un presupposto per la validità della vendita, quasi una *condicio*: contro gli ingiustificati sospetti su questa costruzione espressi dal DAUBE, *op. ult. cit.*, 17 ss., v. THOMAS, *op. ult. cit.*, 78 s.

(633) Cfr. ancora D. 18, 1, 7, 1, di Ulpiano. Il caso appare, in realtà, molto strano, ed ha ancor più del precedente l'aspetto di un esempio di scuola: esso è reputato spurio, da ultimo, anche dal DAUBE, *op. ult. cit.*, 11 ss., seguito ancora dallo ZIMMERMANN, *op. cit.*, 253 (ma *contra* v., a ragione, THOMAS, *op. ult. cit.*, 77 ss.). Non si vede, al di là di un pregiudizio diffuso ai tempi dell'imperversare dell'interpolazionismo, perché, se v'ha un'illogicità dal nostro punto di vista, questa deve esser imputata ai compilatori.

(634) Lo dice espressamente la motivazione della *l.* 7, 1: «*magis ... ignoratur quanti emptus sit*»; sono scarsamente fondate le considerazioni al riguardo del DAUBE, *op. ult. cit.*, 13 s. (ma v. anche ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 138 s.).

(635) Un diverso aspetto è costituito, in ordine al caso della somma contenuta nella cassaforte, dal problema dell'*alea*, su cui insiste il DAUBE, *op. ult. cit.*, 12 ss.: v., in senso critico, THOMAS, *op. ult. cit.*, 80 s., del quale va accolta, soprattutto, la notazione che Ulpiano presupponeva che qualcosa nella cassaforte esistesse, e ciò in base alla *bona fides* che regolava il contratto, e che avrebbe fornito il criterio regolatore per risolvere eventuali casi particolari. Ove nulla vi fosse, la vendita non veniva ad esistenza perché *sine pretio*: e, probabilmente, a un identico risultato, si sarebbe potuti giungere, in base alla *bona fides*, se vi fosse qualcosa, ma praticamente omologabile al nulla.

(636) V. la discussione in DAUBE, *op. ult. cit.*, 14 ss.,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

402

c) Sono generalmente considerati come riguardanti un prezzo determinato *per relationem* (637) anche due passi di Ulpiano, D. 18, 1, 7, 2 (28 *ad Sab.*) e D. 19, 1, 13, 24 (32 *ad ed.*), in cui, però, la *relatio* stessa è rivolta al futuro, servendo a determinare un'addizione al prezzo base, fissato in una somma di denaro. Fra le parti si stabilisce, infatti, che il compratore dovrà ulteriormente pagare al venditore la differenza tra il prezzo pagato e quello a cui rivenderà la cosa (D. 18, 1, 7, 2) o la metà di tale differenza (D. 19, 1, 13, 24). Sotto il profilo della pratica ricorribilità di tali esempi, la prima configurazione dà luogo a dubbi, che non sono, però, decisivi per ritenere il passo spurio (638). Sotto quello della costruzione dogmatica, è stato sostenuto (639) che i giuristi non si ponevano dal punto di vista della determinazione del prezzo, ché di prezzo si poteva parlare soltanto in relazione alla somma di denaro concordata, mentre clausole del genere di quelle dianzi accennate avrebbero rappresentato dei *pacta adiecta*, che fissavano ulteriori obbligazioni a carico del compratore (640). In effetti, mentre dalla *l.* 13, 24 non risulta nulla intorno alla costruzione dogmatica, in D. 18, 1, 7, 2 si riscontra chiaramente un'impostazione nel senso che la pattuizione in parola impinge sulla determinazione del prezzo, che è sicuramente quello fissato nella somma di denaro pattuita, ma può subire un aumento che, se non è determinato, risulta determinabile (641).

d) A grandi discussioni aveva dato luogo, fra i giuristi romani, la possibilità dell'arbitraggio nella vendita, sulla quale siamo informati soltanto da Gai 3, 140, che si limita ad esporre i termini della controversia, e da Giustiniano che fa rapida allusione a tale controversia, nel momento in cui autoritativamente la risolve (642). Non è da riprendere qui, in generale, la discussione sull'arbitraggio (643), ma è da vedere in quali termini la relativa problematica trovi sbocchi in materia di determinazione del prezzo. Non sembra che vi siano stati dubbi sull'inammissibilità dell'arbitraggio della parte: Giustiniano nulla dice di controversie al próposito; nelle *Institutiones* Gaio non vi accenna, ma in D. 18, 1, 35, 1 (lb. 10 *ad ed. prov.*) non ha dubbi sul fatto che, comunque configurato, l'arbitraggio della parte produca la nullità del contratto (644).

Da Gai 3, 140 si coglie, invece, un dibattito sull'arbitraggio del terzo che è trasversale alle scuole (645): nella seconda metà del I secolo a.C., seppur in momenti diversi, Ofilio, di scuola serviana, decide per la validità della vendita in cui il prezzo era stabilito a *quanti Titius rem aestimaverit*, ed è seguito nel secolo seguente da Proculo (646); Labeone è, invece, per la nullità, seguito

---

nella quale si può notare un'eccessiva tendenza sistematizzante.

(637) Cfr. Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 139 ss.

(638) Su di essi cfr., soprattutto, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 139 s., e Daube, *op. ult. cit.*, 27 s., il quale sottolinea come la formulazione estrema della *l.* 7, 2 può esser dovuta al fatto che si tratti di un'esemplificazione di scuola. V. anche Zimmermann, *op. cit.*, 253 s.

(639) Cfr., con ampia argomentazione, Daube, *op. ult. cit.*, 29 ss., che vuol trarre argomenti anche da analoghe pattuizioni in tema di *dos aestimata* (p. 38 ss.), le quali non sembrano apportare un decisivo contributo ai problemi della compravendita, a cui pure i giuristi tendevano ad omologare quella forma di costituzione di dote (cfr., su questo punto, per tutti Kaser, *op. ult. cit.*, I, 340). Non sembrano, del resto, decisive neppure le considerazioni svolte dallo stesso Daube sull'inquadramento del punto in discussione in una più ampia controversia fra sabiniani e proculeiani in ordine al tipo di azione con cui far valere i patti aggiunti.

(640) Su di ciò cfr. *supra*, § 2 lett. *b*, ed *infra*, § 21 e 24 lett. *k*.

(641) Forza eccessivamente i termini in cui il problema è posto nel passo di Ulpiano il Daube, *op. ult. cit.*, 29 s. e 35, quando sostiene che non si può imputare ai classici di considerare il prezzo contemporaneamente certo ed incerto, ché, al di là del tenore letterale eventualmente ambiguo, ciò che rileva è la determinabilità dell'aumento.

(642) Con C. 4, 38, 15 (del 530 d.C.), del cui contenuto si riferisce in *I.* 3, 23, 1.

(643) Su questa figura e sul dibattito che si svolge al proposito nella letteratura romanistica, cfr. Talamanca, *lc. ult. cit.*, con citazione di letteratura: v. anche Id., *Società in generale*, cit., 837 s. Per la problematica specifica in materia di compravendita, cfr. Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 140 s., nonché, fra le trattazioni di carattere generale, soprattutto Grosso, *Obbligazioni*, cit., 101 s.; Gallo, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia d'arbitraggio*, in *Studi in onore di G. Grosso*, III, cit., 479 ss.; v., altresì, Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz, 1966, 147 ss.

(644) Cfr., per tutti, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 141 testo e nt. 3, anche per quanto riguarda il significato della qualifica di «*imperfectum*» data qui al *negotium*. Appare erronea l'interpretazione — sempre tendente ad attribuire ai bizantini quanto non sembra adeguato allo storico moderno — del Daube, *op. ult. cit.*, 21 ss., che vuol trarre, a tutti i costi, dal passo la notizia che alcuni classici avrebbero ammesso la validità della vendita, in cui fosse rimesso all'*arbitrium boni viri* del compratore la determinazione del prezzo.

(645) In generale, si tende — cfr. soprattutto Schindler, *lc. cit.*, — a ricostruire l'antitesi in questione in funzione della contrapposizione fra sabiniani e proculiani (l'ipotesi è ripresa, senza ulteriori circostanziazioni, dal Liebs, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in *Aufstieg und Niedergang*, II, t. 15, cit., 264); si dovrebbe trattare, comunque, di una controversia fissatasi relativamente tardi, dato che Labeone starebbe, questa volta, dalla parte dei sabiniani (ma cfr., su ciò, le notazioni di Daube, *op. ult. cit.*, 36 s.). Il tentativo di riagganciare la discussione in esame alla nota *querelle* fra sabiniani e proculiani sul prezzo mancherebbe, comunque, di concreti referenti.

(646) Non diremmo, con lo Schindler, *op. cit.*, 148, che,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

da Cassio (647). La disputa doveva esser ancora viva ai tempi di Gaio, se quest'ultimo non dice nulla su un eventuale superamento della stessa. Dall'andamento di C. 4, 38, 15 sembrerebbe, però, desumersi che, almeno nel periodo tardoclassico, l'opinione dell'assoluta nullità fosse minoritaria, perché la *magna dubitatio* sembra riferirsi esclusivamente alla determinazione dei casi in cui la clausola fosse ammissibile e, soprattutto, ai suoi effetti (648). Hanno interesse, in senso retrospettivo, gli accenni contenuti nel § 2 della costituzione giustinianea: da essi si può ricavare che — in ordine al problema dell'ammissibilità dell'arbitraggio (649) e della sostituibilità dell'arbitro (650) — soluzioni differenziate venivano collegate alla circostanza che le parti avessero scelto una persona determinata o pensato, invece, all'*arbitrium boni viri*, come criterio che poteva — ma solo eventualmente — far astrazione dalla persona concretamente scelta.

La soluzione seguita in C. 4, 38, 15 (651) è nel senso dell'insostituibilità dell'arbitratore scelto dalle parti: la vendita viene configurata come sottoposta a condizione, quella che il terzo faccia la stima, e per il caso ciò non avvenga il contratto viene dichiarato nullo, poiché è mancata la fissazione del prezzo («*pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto*»). La insostituibilità dell'arbitratore non deve, però, far inferire — anche nel "microsistema" della const. 15 — l'insindacabilità dell'arbitraggio così effettuato (652): nel sistema contrattuale romano non è mai attestata la rilevanza di un *arbitrium merum*, configurato alla stregua di quello dell'*arbiter ex compromisso*, come esemplificato in Proc. 5 *epist.*, D. 17, 2, 76 (653); né si hanno di tale rilevanza indizi consistenti sia in C. 4, 38, 15, 1, sia in *I.* 3, 23, 1 (654).

e) A problemi non facili dà luogo il terzo requisito del prezzo, il cosiddetto *pretium iustum* (655), e la tematica di quella che, con la

---

secondo la teoria della validità (si possa o meno la stessa qualificare come proculiana), la vendita dovesse esser necessariamente ricostruita come avvenuta *sub condicione* (*ea condicione* in Proc. 5 *epist.*, D. 17, 2, 76 significa semplicemente «con il patto che»).

(647) Non è, però, possibile dire, a nostro avviso, che ciò dipendesse dalla circostanza che i sabiniani ricostruivano la clausola che disponeva l'arbitraggio come un *pactum adiectum*, che doveva fondarsi su un valido contratto di compravendita, per il quale mancava, però, il *certum pretium* (così SCHINDLER, *op. cit.*, 147 s.): non rileva, di certo, al proposito l'accenno al *pactum* in C. 4, 18, 35, 1.

(648) In const. 15 non si ricorda in alcun modo che la clausola in questione mettesse in pericolo addirittura l'integrazione della fattispecie (cfr. la diversa impostazione di *I.* 3, 23, 1, in cui è visibile l'influsso di Gai 3, 140): molto significativa, al proposito, è l'enumerazione dei punti dubbi nel § 2. Come si è accennato, la soluzione autoritativa della controversia da parte di Giustiniano ha fatto sparire qualsiasi allusione a tale problematica nel Digesto.

(649) Dal dettato di C. 4, 38, 15, 2 sembrerebbe evincersi che, nel periodo precedente, si ponesse una *quaestio voluntatis* al proposito: anche se il testo non è molto chiaro, è da escludere che, nella prassi postclassica, il rinvio all'*arbitrium boni viri* facesse considerare il prezzo come determinato *per relationem* in funzione di un criterio astratto (e, in definitiva, esso sarebbe sempre fissato — in caso di controversia — dal giudice), ché altrimenti risulterebbe priva di rilevanza la scelta di una persona che esercitasse l'arbitraggio (sul margine di discrezionalità insito nel criterio della buona fede, v. *infra*, nt. 652).

(650) In quali termini quest'ultima si configurasse non è dato sapere: in mancanza di specifici accenni al riguardo, e tenendo conto del carattere del sistema della tutela dei diritti nell'esperienza romana, la soluzione migliore è di pensare alla possibilità che il giudice determinasse, in base all'*arbitrium boni viri*, l'ammontare del prezzo stesso. È ovvio che, con una soluzione del genere, la compravendita sarebbe azionabile, anche se da determinabile il prezzo non fosse divenuto determinato. Una soluzione del genere non sarebbe del resto isolata: basti pensare all'*emptio rei speratae*, quando il venditore impedisca il nascere dei frutti (v. *supra*, § 9 lett. *b*), od il caso della mancata *admensio* nella vendita a misura, sia di cosa di specie che di genere "limitato" (cfr. *supra*, § 12 lett. *f*).

(651) Per la rilevanza della costituzione in ordine alla configurazione in generale della vendita nel diritto giustinianeo, cfr. *infra*, § 29 lett. *g*.

(652) Cfr., in generale, TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., 33 s. Va ribadita la differenza tra l'*arbitrium boni viri* come criterio astratto di determinazione del contenuto di una prestazione, anche se eventualmente collegato ad un determinato soggetto, e l'arbitraggio di un terzo, sindacabile secondo il criterio della buona fede, ma ritenuto dalle parti insostituibile: v'è sempre infatti un — più o meno ristretto — margine di discrezionalità che, nonostante il limite posto dalla buona fede, sussiste nella concreta determinazione del prezzo, o di qualsivoglia altro elemento del contratto, affidato all'arbitraggio del terzo, ed al quale le parti possono, nel senso suddetto, far giocare un ruolo essenziale.

(653) Su questo punto cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 34, testo e nt. 220 (v. anche ID., *Società in generale*, cit., 837 s.).

(654) Non può assurgere a tale significato l'*omnimodo* contenuto in entrambi i testi, che trova il suo referente spontaneo nel ricordo della *dubitatio*.

(655) Sul punto cfr. GENZMER, *Die antiken Grundlagen der Lehre vom gerechten Preis und der 'laesio enormis'*, in *Deutsche Landesreferate zum II. Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1937*, Berlin-Leipzig, 1937, 25 ss.; ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 142 ss.; DE FRANCISCI, *'Iustum pretium'*, in *Studi in onore di U. E. Paoli*, cit., 211 ss.; VISKY, *Appunti sulla origine della lesione enorme*, in *Iura*, 1961, 40 ss.; ID., *Die Proportionalität von Wert und Preis in den römischen Rechtsquellen des III. Jahrhunderts*, in *RIDA*, 1969, 355 ss.; KASER, *op. ult. cit.*, I, 550 e II, 388 ss.; SIBERS, *Quelques remarques sur la possibilité d'une règle dioclétienne sur la rescission d'une vente à cause de lésion énorme*, in *Accademia romanistica costantiniana. Atti V Convegno internazionale* (Spello-Perugia-Bevagna-Sansepolcro, 14-17 ottobre 1981), Perugia, 1983, 39 ss.; HACKL, *Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen laesio enormis*, in *ZSS.R.*, 1981, 147 ss.; SIBERS, *La 'laesio enormis' en droit romain et byzantin*, in *TR*, 1985, 291 ss. (in questi ultimi due articoli si trova un'ampia

Senato della Repubblica - Archivio Storico

terminologia dei giuristi medievali, possiamo chiamare la *laesio enormis* (con la correlativa possibilità di rescindere il contratto), la quale, com'è universalmente riconosciuto, non ebbe mai ad assumere — neppure al livello della compilazione — il ruolo di un rimedio di applicazione generale sul piano della disciplina della compravendita (per non parlare del contratto in generale), restando confinata alla tutela del venditore nella vendita dei fondi (656). Per le particolarità della situazione testuale al riguardo (657), l'interpolazione (658) nei testi pregiustinianei (659) della lesione enorme e del requisito del *pretium iustum* da parte dei compilatori sembrava far parte delle acquisizioni definitive, ma anche di recente si è sostenuta la sostanziale risalenza a Diocleziano del requisito e della sua disciplina come risulta nel *Codex Iustinianus* (660).

Il punto di partenza (661), non disconosciuto da alcuno, sta nel ruolo che i giuristi romani riconoscevano, al riguardo, alla libera contrattazione fra le parti, principio il quale viene espresso dai giuristi in modo che si potrebbe dire addirittura brutale: in rapporto alla *in integrum restitutio ob aetatem* (662), Ulpiano cita Pomponio che affermava la libertà (663) che, nella compravendita (e nella locazione), avevano le parti di *se circumvenire* (Ulp. 11 *ad ed.*, D. 4, 4, 16, 4): ed il verbo «*circumscribere*» è adoperato in Paul. 34 *ad ed.*, D. 19, 2, 22, 3 allo stesso scopo. Nonostante che nulla si precisi al proposito, e malgrado che la carica semantica dei verbi adoperati ricomprenda anche il reciproco inganno, le affermazioni dianzi riportate vanno intese come sottoposte al limite della responsabilità per *dolus in contrahendo* (664).

f) È egualmente sicuro che, d'altro canto, la più o meno precisa corrispondenza del prezzo concordato al valore di mercato poteva avere, sotto diversi aspetti, rilevanza giuridica anche nel periodo classico, e che per indicare tale prezzo di mercato si ricorreva ad espressioni come *iustum* od *aequum pretium* (od *aestimatio*), le quali non possono essere, in sé, sospettate (665). Così in materia di restituzione da parte del convenuto in tema di *hereditatis petitio* (666), e di legittimazione passiva del compratore *parvo pretio* alla detta petizione esperita in via utile (667); in tema di negozi fraudolenti in danno di terzi (668); e per concludere si noti come il *legatum per damnationem* a vendere a meno del prezzo reale abbia un rilievo particolare nel calcolo della *quarta Falcidia* (669).

In particolari fattispecie è previsto che la vendita debba avvenire *iusto pretio*: oltre che nelle vendite fiscali (670), ciò avviene per le cose ereditarie deteriorabili (671); per il servo, che il padrone viene costretto a vendere per la *saevitia* dimostrata nei di lui confronti (672); l'erede *damnatus* a vendere puramente e semplicemente deve vendere *vero pretio*, il che, nel caso, è un mera variante terminologica di *iusto pretio* (673); l'erede

---

esposizione dei vari punti di vista avanzati in dottrina); KLAMI, *'Laesio enormis' in Roman Law*, in *Labeo*, 1987, 48 ss.; ZIMMERMANN, *op. cit.*, 255 ss.; SIRKS, *Diocletian's Option for the Buyer in Case of Rescission of a Sale. A Reply to Klami*, in *TR*, 1992, 39 ss.

(656) Per gli sviluppi successivi, cfr. CAPRIOLI, *Rescissione (storia)*, in questa *Enciclopedia*, XXXIX, 935 ss.

(657) Fra cui pesava soprattutto la possibilità di un confronto testuale fra Gratian., Valentin. et Theod., *CTh.* 3, 1, 4 (del 383 d.C.) e C. 4, 44, 15, su cui fa, ad esempio, grande affidamento ancora l'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 144 ss. Meno sicura, sul piano del confronto testuale, l'introduzione di *iusto pretio* (così ancora KASER, *op. ult. cit.*, II, 390 nt. 39) in Diocl. et Max., C. 4, 46, 2, dato lo stato frammentario di *Frg. Vat.* 22, che presenta un testo non totalmente coincidente. Sulle costituzioni diocleziane rilevanti in materia, v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*.

(658) Sostenuta, nell'àmbito della critica interpolazionista, per la prima volta da uno dei fondatori della stessa, il GRADENWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni*, in *BIDR*, 1889, 14 s.

(659) E, in particolar modo, in Diocl. et Max., C. 4, 44, 2 (del 285 d.C.), e 8 (del 293 d.C.), nonché in C. 4, 44, 15, ricordato *supra*, nt. 657.

(660) V., nella letteratura addotta *supra*, nt. 655, soprattutto i contributi del Visky e del Hackl.

(661) Su di esso cfr., molto ampiamente, VISKY, *Die Proportionalität*, cit., 355 ss.

(662) Dove vigevano, invece, princìpi diversi, di cui si dirà rapidamente, *infra*, in questo paragrafo, lett. *e*.

(663) Questa libertà è riportata, in entrambi i luoghi, alla struttura stessa dei rapporti sul piano socio-economico: in entrambi i passi ricordati nel testo i giuristi qualificano con l'avverbio «*naturaliter*» la facoltà così accordata alle parti.

(664) La quale è ampiamente attestata anche in relazione a circostanze che possono influire direttamente sulla determinazione del prezzo, e non soltanto sulla conclusione *tout court* del contratto (sul *dolus in contrahendo*, cfr. *infra*, § 25).

(665) Cfr., per tutti, GENZMER, *op. cit.*, 45 ss.; DE FRANCISCI, *lc. cit.*; VISKY, *op. ult. cit.*, 366 ss., anche per l'uso di *iustum pretium* al di fuori di fattispecie immediatamente rilevanti per la tematica della compravendita. Per il sospetto, sotto il profilo terminologico, cfr., per tutti, ALBERTARIO, *'Iustum pretium' e 'iusta aestimatio'* (1921), ora in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 403 ss.

(666) Cfr. Iavol. 3 *ex Cass.*, D. 5, 3, 48; Ulp. 15 *ad ed.*, D. 5, 3, 25, 17.

(667) Cfr. Ulp. 15 *ad ed.*, D. 5, 3, 13, 4-5.

(668) Cfr. Ulp. 44 *ad ed.*, D. 38, 5, 1, 12 e 15; Paul. 62 *ad ed.*, D. 42, 8, 7.

(669) Cfr. Maecian. 8 *fid.*, D. 35, 2, 30, 1 e 7; Iulian. 61 *dig.*, D. 35, 2, 87 pr.-1; Scaev. 8 *quaest.*, D. 35, 2, 19.

(670) Cfr. Call. 3 *de iur. fisc.*, D. 49, 14, 3, 5, Diocl. et Max., C. 7, 39, 1.

(671) Cfr. Ulp. 70 *ad ed.*, D. 28, 8, 5, 1.

(672) Cfr. *I.* 1, 8, 2.

(673) Ulp. 23 *ad Sab.*, D. 30, 49, 8-9: lo stesso testatore

Senato della Repubblica - Archivio Storico

damnatus a trasferire una cosa altrui o l'onerato di un *fideicommissum libertatis* nei confronti di uno schiavo non proprio non sono tenuti ove il proprietario richieda un prezzo spropositato (674); in altri si rileva che, quando si debba determinare oggettivamente il valore della cosa, non si può tener conto del prezzo d'affezione (675). Altrove si sanziona, in circostanze particolari, la vendita non avvenuta *iusto pretio*: il creditore insoddisfatto in seguito alla vendita del *pignus* non può chiedere la differenza al *fideiussor* (Phil. et Phil., C. 8, 40, 18, del 244 d.C.).

Si perviene, infine, a quelle fattispecie, in cui la differenza fra il corrispettivo pattuito, ed eventualmente corrisposto, ed il prezzo di mercato induce, in concorso con altri elementi, l'invalidità del negozio. Un primo caso si ha in tema di acquisti del *praeses* nell'àmbito della propria provincia (676). La rilevanza di un prezzo inferiore concorre, poi, con la minore età, perché si ammetta l'*in integrum restitutio ob aetatem* (677): se il prezzo è, poi, fortemente inferiore a quello reale, la *restitutio in integrum* è ammessa anche contro il fisco, in presenza di un comportamento ulteriormente scorretto da parte dei funzionari fiscali (678). Ma, bisogna sottolinearlo, non si va oltre a questo.

g) È questo il quadro in cui — oltre a *CTh.* 3, 1, 4 — vanno inserite due notissime costituzioni di Diocleziano: C. 4, 44, 2 (del 285 d.C.) e C. 4, 44, 8 (del 293 d.C.), in cui, in base al tenore letterale dei passi, si ammette a favore del venditore la "rescissione" (679) del contratto di compravendita di un fondo, in base alla circostanza che il venditore stesso ha ricevuto un corrispettivo inferiore alla metà del *iustum pretium*, da intendersi anche qui come il prezzo corrente della cosa, e si lascia al compratore la scelta fra il pagamento di una somma equivalente alla differenza fra il prezzo pagato e l'effettivo valore di mercato, e la "rescissione" del contratto di compravendita, cui corrisponde la restituzione della somma versata. Nonostante sia stata, anche di recente, sostenuta l'opinione che Diocleziano avesse effettivamente sancito, nei citati rescritti, una tale disciplina (680), l'andamento sostanziale del pensiero rende decisamente sospette le parti che nei due rescritti danno la compiuta configurazione dell'istituto (681). Questa conclusione rende inutile soffermarsi sulle varie ipotesi avanzate circa la connessione dell'"innovazione" dioclezianea con le condizioni economiche o con le opinioni filosofiche o religiose dell'epoca (682). Ciò non significa che

può, del resto, disporre esplicitamente che l'erede sia tenuto a vendere *iusto pretio* (Gai. 18 *ad ed. prov.*, D. 30, 66); normalmente s'impone però di vendere la cosa oggetto del lascito, o addirittura l'eredità, *minori* o *parvo pretio* (oltre i passi ricordati *supra*, nt. 669, sul calcolo della *Falcidia*, v. Ulp. 15 *ad ed.*, D. 5, 3, 13, 5; Iavol. 3 *ex Cass.*, D. 5, 3, 48).

(674) Cfr. Gai. 1 *fid.*, D. 32, 14, 2; Ulp. 51 *ad ed.*, D. 30, 71, 3; Paul. 3 *fid.*, D. 40, 5, 31, 4: nel caso in esame lo squilibrio era a carico dell'acquirente.

(675) Cfr. Paul. 2 *ad Plaut.*, D. 9, 2, 33 pr.; Paul. 2 *ad l. Iul. et Pap.*, D. 35, 2, 63 pr.

(676) Ove l'invalidità rientra nel più ampio quadro normativo della *lex Iulia repetundarum*: Paul. 54 *ad ed.*, D. 48, 11, 8, 1.

(677) Ciò è affermato nella parte finale di Gai. 4 *ad ed. prov.*, D. 4, 4, 27, 1, nonché in Diocl. et Max., C. 5, 71, 11 (del 290 d.C.). Più complesso il caso di Diocl. et Max., C. 5, 74, 1, dello stesso anno, dove la vendita era nulla, perché mancava il *decretum praesidis*, ma era stata ratificata, per errore (come si sottolinea due volte nel rescritto), dal minore divenuto maggiorenne. V., del resto, il *grande dammum pupilli vel adulescentis* in Ulp. 35 *ad ed.*, D. 4, 4, 49.

(678) In Sev. et Ant., C. 2, 36, 1 (del 200 d.C.), si usa l'espressione «*pretio longe minore*», ed il *minor* è *circumventus a Rufino dispensatore nostro*; mentre in Diocl. et Max., C. 2, 36, 3, 1 la vendita è avvenuta *nimis exiguo pretio*, per una *fraus* o *collusio* del *procurator fisci*.

(679) Il verbo «*rescindere*» ricorre esplicitamente in C. 4, 44, 8: per il diritto classico verrebbe spontaneamente da pensare ad un'applicazione della *restitutio in integrum*, ma bisogna tener conto delle trasformazioni che questa procedura aveva subìto nella *cognitio extra ordinem* (cfr. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 390 s.; v. anche TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 351). Di *restitutio in integrum* contro il contraente parla — in caso di dolo del compratore — Diocl. et Max. C. 4, 44, 10 (del 293 o 294 d.C.), contrapponendola alla *rei vindicatio* contro il terzo che abbia acquistato dal compratore stesso, il che appalesa dei momenti di tensione, tenendo conto della normale *Drittwirkung* della *restitutio* stessa.

(680) V. soprattutto VISKY, *Appunti*, cit., 40 ss.; ID., *Die Proportionalität*, cit., 371 ss.; HACKL, *op. cit.*

(681) Ribadisce, da ultimo, questo sospetto il SIRKS, *La 'laesio enormis'*, cit., 293 ss.; ID., *Diocletian's Option*, cit., 42 s. In effetti, in C. 4, 44, 8, il passo è tutto impostato in senso negativo alla richiesta invalidazione da parte di Aurelia Euodia, e la brevissima parte finale che sancisce la rilevanza della *laesio ultra dimidium* appare, di tutta evidenza, fuor di posto; né può trovarsi un aggancio per salvarla nel *paulo* che qualifica, nella parte iniziale del rescritto, *minori pretio*, ché il raffronto fra *CTh.* 3, 1, 4 e C. 4, 44, 15 (su ciò v. *infra*, nt. 688) mostra che i compilatori non erano alieni dall'introdurre una siffatta specificazione. Anche in C. 4, 44, 2, orientata ad accettare la richiesta di invalidazione di Aurelio Lupo, la specificazione finale su che cosa debba intendersi per *minus pretium* appare completamente fuori dell'andamento logico del passo (non accettabile il tentativo del HACKL, *op. cit.*, 154, di vedervi la fusione di più rescritti). Sulla const. 2 è ancora decisamente orientato in senso critico ZIMMERMANN, *op. cit.*, 259 ss.

(682) Cfr., da quest'ultimo punto di vista, HACKL, *op. cit.*, *passim*, nonché — generalmente, ed a ragione, scettico sulla possibilità di riscontrare, al riguardo, un preciso aggancio — SIRKS, *La 'laesio enormis'*, cit., 291 ss., il quale da ultimo ribadisce la difficoltà di agganciare l'apparente intervento di Diocleziano alle vicende del contemporaneo contesto economico (ID., *Diocletian's Option*, cit., 42 s.).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

405

l'imperatore non avesse concesso, nel caso di C. 4, 44, 2, l'alternativa (683) in questione a favore di colui che aveva acquistato da Aurelio Lupo, su quali basi concrete — oltre alla discrepanza fra il *pretium iustum* e quello ricevuto — non possiamo però dire (684). La lunga disquisizione contenuta in C. 4, 44, 8 sul modo in cui — normalmente e correttamente — si arriva, con reciproche concessioni, alla determinazione del prezzo (685) rende del resto probabile che la cancelleria avesse presente delle fattispecie in cui, non essendosi le cose svolte in tal modo, si potesse arrivare — nel concorso di ulteriori circostanze (686) — a rescindere il contratto.

Più difficile stabilire il modo in cui si è arrivati alla modificazione dei passi in questione nel senso d'introdurvi il ricordo della *laesio ultra dimidium*: nel tardo-antico manca una tendenza a favorire, in tali circostanze, la "rescissione" della compravendita; di questa, com'è ricordata nelle costituzioni dioclezianee, si perdono, in effetti, le tracce fino alla compilazione giustinianea (687). Apparirebbe spontaneo riportare l'alterazione delle dette costituzioni, con cui concorre la modificazione nello stesso senso di qualche costituzione postclassica (688), ai compilatori giustinianei: nel "sistema della compilazione", se lo vogliamo chiamare così, manca però — al di fuori delle alterazioni discusse — una vera e propria presa di posizione su questa problematica (689); si tratterebbe, a quanto appare dalle fonti, di un'innovazione condotta un po' in sordina da Giustiniano, il quale non ritiene di dover intervenire, al proposito, con una costituzione innovatrice, né menziona nelle *Institutiones* qualcosa che ricordi il requisito del *pretium iustum*, onde si sarebbe potuto avere — anche sul piano pratico — qualche dubbio sull'effettiva portata dell'innovazione stessa. È difficile, d'altronde, individuare un preciso e plausibile contesto postclassico in cui ciò sarebbe avvenuto (690): e, ad accettare un'ipotesi di tal genere, continuerebbe d'altronde ad essere necessario d'interrogarsi sulla valenza della recezione dei testi alterati nella compilazione stessa.

14. *Le obbligazioni delle parti.* — *a*) Il tratto fondamentale della compravendita romana come *obligatio consensu contracta* è rappresentato dal carattere meramente obbligatorio: dall'accordo dei contraenti — a differenza di quanto accade nei contratti ad effetti reali del diritto attuale (art. 1376 c.c.) — nascono soltanto reciproche obbligazioni fra le parti, mentre per quanto riguarda sia il prezzo (691) che la merce è necessario un atto

---

(683) La quale ricorre, sostanzialmente, in un'altra costituzione dioclezianea (C. 5, 74, 1), già ricordata (*supra*, nt. 677), dove la differenza tra il prezzo pagato e quello effettivo viene opposta in compensazione contro una pretesa fondata su un mutuo, la connessione del quale con l'affare della compravendita non è accertabile (non è chiara la presa di posizione del SIRKS, *La 'laesio enormis'*, cit., 301). Un'alternativa del genere si riscontra, del resto, in un passo immune da sospetti come Ulp. 44 *ad ed.*, D. 38, 15, 1, 12, in relazione ad un'alienazione *in fraudem patroni*, in cui, come si è già detto (*supra*, in questo paragrafo, lett. *e*), rileva l'adeguatezza del prezzo al valore di mercato.

(684) Cfr., sostanzialmente, in tal senso SIRKS, *op. ult. cit.*, 299 ss., il quale adduce altresì Diocl. et Max. C. 2, 53, 3 (del 285 d.C.), dal cui generico tenore non si può, però, trarre alcuna ulteriore circostanziazione, se non la rilevanza dell'esser la compravendita un contratto di buona fede, ai fini di una *restitutio in integrum* a favore dei *maiores*. Che anche in C. 4, 44, 2 si trattasse di *in integrum restitutio* (così ancora ID., *Diocletian's Option*, cit., 44 ss.) non appare di certo assicurato dal tenore della const. 2 e dallo stato delle nostre conoscenze. Critico non a torto su questo punto il KLAMI, *op. cit.*, 60 ss., di cui non si può però accettare la proposta che vuole vedere in C. 4, 44, 2 la concessione di un rimedio contro il deprezzamento della somma dovuta, nel caso di accreditamento del prezzo (in senso contrario, v. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in *BIDR*, 1987, 592, ed ora ampiamente SIRKS, *Diocletian's Option*, cit., 39 ss.).

(685) La quale potrebbe a taluno ricordare la defaticante trattativa tipica di certi mercati orientali.

(686) Si tengano presenti le decisioni, ancora della cancelleria dioclezianea, contenute in C. 4, 44, 4 (del 293 d.C.), e 10 (del 293 o 294 d.C.) in cui, sempre ai fini dell'inefficacia della compravendita, si nega la pura e semplice ammissibilità di un'equazione fra un prezzo inferiore al giusto e il dolo del compratore.

(687) Cfr., per tutti, KASER, *Das römisches Privatrecht*², II, cit., 290 nt. 40, con letteratura: *adde*, SIRKS, *La 'laesio enormis'*, cit., 296 ss.

(688) Particolarmente importante è quella che può cogliersi nel confronto tra le due versioni, teodosiana (*CTh.* 3, 1, 4) e giustinianea (C. 4, 44, 15), della costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio I, del 383, già ricordata: mentre nel *Codex Theodosianus* si legge che non può darsi invalidazione della compravendita, effettuata da un maggiorenne, a causa di un prezzo inferiore al valore di mercato («*pretii nomine vilioris*»), senza alcuna specificazione, nel *Codex Iustinianus* la clausola è resa con «*paulo vilioris pretii nomine*», il che — al livello della compilazione — trova un correlato, nello stesso titolo C. 4, 44, con le due costituzioni dioclezianee che ammettono la "rescissione" del contratto in seguito alla *laesio ultra dimidium*.

(689) Da ultimo, SIRKS, *op. ult. cit.*, 304 ss., tende a riscontrare, del resto, la mancanza di una teoria coerente della lesione enorme anche nella letteratura giuridica postgiustinianea, problematica su cui non è possibile qui attardarsi: cfr., per le fonti minori, MONNIER, *Etudes de droit byzantin*, in *RHD*, 1900, 181 ss.

(690) Non molto convincente appare il tentativo del SIRKS, *op. ult. cit.*, 303 s., di trovare in ciò il risultato di un'elaborazione postclassica a livello scolastico.

(691) Consistendo il prezzo stesso in una somma di denaro (e quindi in una quantità della cosa fungibile per eccellenza), il principio del trasferimento mediante il nudo

Senato della Repubblica - Archivio Storico

406

successivo perché l'acquirente ottenga la materiale disponibilità della cosa, che deve tendenzialmente portare ad acquistarne anche la proprietà (692).

Come si è già accennato (693), anche a Roma la funzione economico-sociale dello scambio della cosa contro il prezzo ha conosciuto, nel periodo arcaico, una formalizzazione giuridica nel senso che gli effetti di quest'ultima conseguivano dalla contestuale messa a disposizione della cosa e del prezzo (694): in quest'epoca sorge la *mancipatio* come atto che, per le *res mancipi*, è volto a dare una forma solenne a tale scambio contestuale. Alla fine di un lungo periodo di sviluppo (695), la giurisprudenza della tarda repubblica perviene a riconoscere la "forma limite", come la definiva esattamente l'Arangio-Ruiz (696), dell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria, in cui entrambe le prestazioni possono venire accreditate in un momento futuro, ed eventualmente diverso per l'una e per l'altra (697).

b) Nella prassi non era però imprescindibile il ricorso all'*iter* in astratto prefigurato dalla predetta forma limite, la quale prevedeva in un primo momento la conclusione del contratto consensuale, che dava luogo ad effetti meramente obbligatori, e successivamente l'adempimento delle obbligazioni così sorte. Nella prassi quotidiana erano senz'altro continuate le transazioni (698), in cui si adempiono contemporaneamente entrambe le prestazioni, ed in cui è dubbio se le parti vogliano effettivamente obbligarsi prima di codesta mutua esecuzione (699); e molto frequenti, anche al di fuori dei negozi della vita d'ogni giorno, debbono essere state le fattispecie in cui non si poteva distinguere, dal punto di vista cronologico, il momento perfezionatore del contratto da quello dell'esecuzione dell'una o dell'altra prestazione (700). E, a prescindere da quanto avveniva nelle province orientali (701), in non poche regioni anche delle province — più o meno profondamente — romanizzate dell'Occidente dovevano prevalere condizioni socio-economiche e culturali, in cui le transazioni economiche di compravendita venivano — in modo spontaneo — a limitarsi praticamente allo scambio contestuale fra cosa e prezzo (702).

L'introduzione della compravendita consensuale ed obbligatoria non fu, però, senza influsso anche su questo tipo di negozi. Anche in quelle transazioni della prassi in cui — più o meno frequentemente che ciò accadesse — l'*obligatio*

---

consenso non può in linea di massima funzionare anche in un sistema orientato in senso profondamente diverso da quello romano, com'è quello delineato dal citato art. 1376.

(692) Al proposito si deve tener presente che, se — come si vedrà (*infra*, § 15) — il venditore è da una parte tenuto, in ordine alla consegna della cosa, a trasferire soltanto il pacifico e definitivo godimento della stessa, non può dall'altra escludere che — per fatti diversi dalla consegna cui è obbligato (e praticamente con l'*usucapio*) — il compratore acquisti tale proprietà. Quest'ultimo effetto, a cui già sul piano socio-economico tende la volontà delle parti (v., ad esempio, BECHMANN, *Der Kauf*, cit., I, Erlangen, 1876, 546 ss.), è però meramente eventuale rispetto al meccanismo rappresentato dal contratto obbligatorio e dalla consegna da parte del venditore, il quale — obbligato a garentire solo contro l'evizione (cfr. *infra*, § 16) — non risponde, in linea di massima, per lo stesso: tale effetto dipende, anzitutto, dalla circostanza che l'alienante sia il *dominus ex iure Quiritium* della cosa venduta (od il titolare di una delle altre forme dominicali che possono venire in considerazione) od abbia comunque la legittimazione a disporne; poi che l'atto compiuto corrisponda ai requisiti di forma necessari perché avvenga il trasferimento, il che riguarda ovviamente le *res mancipi* (ché, dandosi la legittimazione dell'alienante, la consegna delle *res nec mancipi* produce sempre il trasferimento della proprietà e non del semplice possesso).

(693) Cfr., in generale, *supra*, § 1.

(694) Forma codesta che gli stessi giuristi romani sentivano come originata dal primitivo baratto: cfr. Gai 3, 141 e Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 1 pr., che s'inseriscono nella controversia fra sabiniani e proculiani in materia di prezzo (v. *supra*, § 2 lett. *a*).

(695) Durante tale periodo, su cui siamo soltanto sommariamente informati (cfr. *supra*, § 1), si sono date forme diverse di accreditamento delle prestazioni e soprattutto del prezzo: dalla *stipulatio* della somma dovuta (cfr. l'*expromissio nummorum* di Varr. *r. rust.* 2, 2, 5, su cui v. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 62 ss.) alla tutela mediante garenzie reali, come traspare ancora dai formulari catoniani (v. ancora, ivi, 60 s.), alla previsione specifica, già nelle XII Tavole, di mezzi — per chiamarli così — straordinari come la *legis actio per pignoris capionem* a tutela del venditore che avesse fatto credito (v. *supra*, nt. 15).

(696) *La compravendita*², cit., 85 ss.

(697) Si tenga presente come in Roma l'*obligatio consensu contracta* non sembri applicabile alla vendita di un *genus* "illimitato" (cfr. *supra*, § 12 lett. *a-b*), il luogo d'elezione dove — a parte la vendita immobiliare — emerge l'accreditamento simultaneo e tendenzialmente totale di entrambe le prestazioni.

(698) Come possiamo vedere ancor oggi, non si trattava soltanto di quelle di modesta rilevanza economica, dove la creazione di un vincolo obbligatorio — tutto proiettato nel futuro — per entrambe le prestazioni è fuori della concreta possibilità di prospettazione ad opera delle parti.

(699) Ciò è sicuramente ipotizzabile, anche se una problematica del genere non risulta essersi mai proposta ai *prudentes*. In situazioni del genere può avere rilevanza la dazione di un'arra, come *argumentum emptionis et venditionis contractae* (v. anche *supra*, § 3 lett. *c*).

(700) In contrapposizione, si pensa generalmente all'accreditamento — parziale o totale — del prezzo: ma anche l'accreditamento, totale anch'esso o parziale, della consegna della cosa ha una sua sfera non indifferente d'applicazione.

(701) Dove continuava una prassi ispirata alla diversa struttura della compravendita nell'esperienza giuridica greca (su di ciò cfr. anche *infra*, § 28 lett. *a*).

(702) Il che ha senz'altro avuto influenza sugli sviluppi che il contratto venne ad avere nel tardo-antico (cfr. *infra*, § 28).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

607

consensu contracta nella sua portata massimale, e cioè con l'accreditamento di entrambe le prestazioni, non rappresentasse un momento cronologicamente a sé stante nella concreta realizzazione dell'affare, i giuristi hanno sempre considerato insito — anche nello scambio contestuale fra la cosa ed il prezzo (703) — quel *de pretio convenire* che secondo Gai 3, 139 integra l'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria (704): la *celeritas inter se coniungendarum actionum*, per dirla con Celso (Ulp. 32 *ad Sab.*, D. 24, 1, 3, 12), impedisce di percepire fisicamente — in due momenti che sono almeno logicamente e giuridicamente distinti (705) — il sorgere e l'esecuzione dell'obbligazione (706). La distinzione sul piano logico fra il sorgere dell'obbligazione ed il suo — contemporaneo — adempimento aveva una grande importanza pratica, perché permetteva una soddisfacente regolamentazione dei rapporti fra le parti al di là della contestuale esecuzione delle reciproche prestazioni, la quale poteva essere inesatta o soltanto apparente: dalla pretesa del compratore ad esser garentito contro l'evizione (707) alla responsabilità per *dolus in contrahendo* (708), dall'azione per il pagamento del prezzo contro il compratore che avesse, ad esempio, pagato con denari di cui non poteva disporre (709) alla responsabilità per compravendita putativa (710), e così via discorrendo.

c) Le azioni contrattuali, coordinate alle obbligazioni delle parti, erano *iudicia bonae fidei* (711), e partecipavano conseguentemente di tutte le caratteristiche di codesti *iudicia* (712), le quali hanno decisivamente contribuito ad una soddisfacente operatività della compravendita come *obligatio consensu contracta* nell'àmbito dello scambio. Sono, fra l'altro, codeste caratteristiche che permettono di tener conto — al livello dell'assetto d'interessi pattuito fra le parti — di tutte le particolari pattuizioni delle parti, e non soltanto in via d'eccezione (713), ma anche in via d'azione, per la nota teorica per cui i *pacta in continenti*

(703) Non v'è neppure da porsi il problema nel caso in cui l'esecuzione delle prestazioni fosse soltanto parziale, come nell'accreditamento del prezzo o della merce.

(704) Su questo punto è scorretta la posizione del GALLO, *Il principio 'emptione dominium transfertur' nel diritto pregiustinianeo*, Milano, 1960, 17 nt. 6; 45 s., per cui, a quanto sembrerebbe, la distinzione fra negozio obbligatorio ed atto traslativo avrebbe dovuto portare la giurisprudenza classica a richiedere come due momenti cronologicamente diversi l'*emptio venditio*, consensuale ed obbligatoria, e l'esecuzione della stessa (su ciò cfr. TALAMANCA, *Recensione* a GALLO, *op. ult. cit.*, in *Arcb. giur.*, 1961, CLX, 143 s.; ID., *Ancora sul principio 'emptione dominium transfertur'*, in *St. Cagliari*, 1962-1963, 9 ss.).

(705) Sulla forma della «*juristische Sekunde*», cfr. adesso, per tutti, WEYAND, *Der Durchgangserwerb in der juristischen Sekunde: Systematisierung oder Problemdenken im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1989 (con la recensione dello STEIN, in *SDHI*, 1991, 491 ss.). Non corretta — e talora contraddittoria — la presa di posizione su codesto aspetto in GALLO, *op. ult. cit.*, 41 ss. (il quale arriva a pensare ad una sorta di finzione da parte dei giuristi romani, e può essere stato condotto fuori strada da talune osservazioni più ad effetto che convincenti dell'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 13 ss.); i *prudentes* rilevavano invece soltanto l'esistenza, nella fattispecie in esame, dei requisiti necessari per individuare l'*obligatio consensu contracta*: cfr. TALAMANCA, *Recensione* a GALLO, *op. ult. cit.*, 143: v., del resto, anche BISCARDI, *Diagnosi storica del principio 'emptione dominium transfertur'*, in *Labeo*, 1962, 392; PUGLIESE, *Compravendita*, cit., 54. L'impostazione della VACCA, *Il c.d. 'duplex dominium' e l'"actio Publiciana'*, in *La proprietà e le proprietà* (Autori vari), Milano, 1988, 68 ss., non porta — come invece la stessa crede — ad un «avvicinamento fra la costruzione tutta giuridica della compravendita con effetti meramente obbligatori ed il principio per cui la compravendita è un modo di trasferimento della proprietà», in quanto per quest'ultimo effetto sembra esser sempre richiesta la *traditio* (non troppo perspicua, rispetto a quanto risulta chiaramente nel testo, la posizione assunta a p. 69 nt. 51): in senso critico, ed a ragione, v. BURDESE, *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, I, cit., 119 ss., anche per quanto concerne il rivivere di posizioni ispirate alla visuale pandettistica della compravendita come negozio di alienazione (v. le indicazioni bibliografiche in THIELMANN, *Traditio*, cit., 296 s.). Diverso problema — già accennato nel testo — è quello se le parti potessero non intendersi impegnate, ove non fosse avvenuta la contestuale esecuzione delle prestazioni (cfr. ARANGIO-RUIZ, *lc. ult. cit.*), ché una cosa è escludere, fino ad un dato momento, l'impegnatività dell'assetto d'interessi, altra determinare gli effetti della transazione effettuata, una volta che la stessa fosse — nella valutazione delle parti — integrata.

(706) Sul punto non è del tutto chiara neppure la posizione assunta dall'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 184 ss. (e soprattutto p. 191 e 202), quando esclude che la *mancipatio* possa considerarsi esecutiva del contratto consensuale, e parla di quest'ultimo che «si annega» nella *mancipatio* stessa: il particolare angolo di visuale, quello dei documenti della pratica, da cui l'illustre maestro si poneva, non permette, però, di pensare che egli volesse negare che i *prudentes* vedessero implicito nello scambio contestuale della cosa contro il prezzo (eventualmente formalizzato nella *mancipatio*) l'*obligatio consensu contracta*, traendone le conclusioni in materia di esperimento delle azioni contrattuali.

(707) Sull'*actio empti* in funzione di garenzia, cfr. *infra*, § 17 lett. *g*.

(708) Che può riguardare sia il venditore che il compratore: su ciò cfr. *infra*, § 24.

(709) Si ricordi che lo stesso era tenuto a *nummos accipientis facere*: cfr. *infra*, § 21.

(710) Ad esempio, nella vendita dell'uomo libero (*supra*, § 6) e delle *res extra commercium* (*supra*, § 7).

(711) E, con molta probabilità, se non il caso più risalente d'impiego delle protoforme di questi *iudicia*, uno fra i più antichi.

(712) Sulle quali cfr., per una rapida sintesi, TALAMANCA, *Processo civile*, cit., 64 s.

(713) Per la cosiddetta inerenza dell'*exceptio pacti*, oltre che di quella *doli* (e *metus*), nella formula con cui si agiva in base ad un *oportere ex fide bona*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

408

modellano il contenuto dell'azione (Ulp. 4 *ad ed.*, D. 2, 14, 7, 5) (714).

Il carattere di buona fede dell'*actio empti* e dell'*actio venditi* pone, poi, il problema dell'interdipendenza fra le obbligazioni delle parti, e cioè della loro corrispettività o sinallagmaticità, in relazione alla quale si usa distinguere, con un'impostazione risalente alla pandettistica (715) fra il sinallagma genetico e quello funzionale, a seconda che il nesso d'interdipendenza fra le due obbligazioni operi al momento della nascita delle medesime (716), o che esso regoli, inoltre, anche l'ulteriore vita delle obbligazioni stesse (717). Al proposito è da osservare che — in luogo delle rigide impostazioni di moda all'epoca della critica interpolazionistica (718) — si riconosce attualmente che i giuristi dell'epoca classica erano più o meno propensi ad ammettere l'interdipendenza sinallagmatica fra le due obbligazioni anche sul versante funzionale, escludendo però che si possa configurare al proposito una precisa e consapevolmente coerente costruzione dogmatica da parte dei *prudentes* (719).

d) Ciò che importa per gli effetti da riconnettersi all'interdipendenza non è tanto l'operare, più o meno meccanico, di una struttura concettuale come quella del sinallagma genetico o funzionale, quanto la valutazione della complessiva situazione in base alla *bona fides*, che regola il contratto (720).

L'operatività del sinallagma genetico, riconosciuta — per il periodo classico — anche dalla critica interpolazionistica più rigorosa, implica la mancata integrazione del contratto bilaterale dell'*emptio venditio*, se non sorgano contemporaneamente le obbligazioni a carico sia del venditore sia del compratore (721). Da questo punto di vista sono da valutare due diversi ordini di circostanze, che attengono all'incapacità — giuridica o di agire — di uno fra i contraenti ed all'inesistenza (fisica o giuridica) dell'oggetto di una delle prestazioni (722). In quest'ultimo caso, la nullità totale del

(714) Per un'applicazione in materia di vendita cfr. Papin. 10 *quaest.*, D. 18, 1, 72 pr., con nota di Paolo, che propone — nel caso di *pactum ex intervallo* volto a modificare in positivo la portata dell'azione contrattuale — la soluzione di considerare, *re integra*, risolto per mutuo consenso il precedente contratto ed integrata una nuova compravendita (su ciò cfr. Knütel, *Contrarius consensus*, cit., 67 ss. e 79 ss.). Un esempio di patto che modifica in positivo l'obbligazione del compratore, in una vendita munita di *lex commissoria*, in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 18, 3, 4, 3.

(715) Cfr., per tutti, l'ampia discussione di Bechmann, *op. cit.*, I, 540 ss.

(716) Onde non nasce l'una obbligazione, se non viene in essere anche l'altra.

(717) Nella dottrina più recente (cfr. per tutti, sul versante romanistico, Benöhr, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 1), al sinallagma genetico si contrappongono il sinallagma funzionale (per cui, nel momento in cui si richiede l'adempimento dell'una obbligazione, è necessario che l'altra sia già eseguita o venga contestualmente adempiuta) ed il sinallagma condizionale (per cui l'estinzione dell'una obbligazione per cause non satisfattive provoca altresì l'estinzione dell'altra): v., del resto, già in Bechmann, *op. cit.*, I, 565 s., la non coincidente distinzione tra «*subjektiv-funktionelles*» ed «*objektiv-funktionelles Synallagma*». Sinallagma funzionale e condizionale, nel senso suddetto, riguardano entrambi il funzionamento del contratto, e la distinzione appare concettuafmente superflua (né sembra rilevare sul piano storico), onde ci si atterrà qui alla dicotomia fra sinallagma genetico e funzionale, intesa quest'ultima categoria in senso ampio (tale da ricomprendere anche il sinallagma cosiddetto condizionale).

(718) Il riferimento è, soprattutto, alla contrapposizione del Partsch, *Das Dogma*, cit., 3 ss., il quale voleva distinguere nettamente fra il periodo classico e quello postclassico, nel senso che, nel primo si sarebbe conosciuto soltanto il cosiddetto sinallagma genetico, mentre nel secondo si sarebbe avuta l'operatività di quello funzionale. Sulla dottrina al riguardo, cfr. soprattutto Benöhr, *op. cit.*, 1 ss.

(719) V. soprattutto Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 212 ss., che, in linea di massima, è piuttosto prudente nell'ammettere il riconoscimento del sinallagma funzionale da parte dei *prudentes*, nonché Benöhr, *op. cit.*, 20 ss., più risoluto in quest'ultima direzione. Non importano ai fini della problematica qui trattata le opinioni sul *synállagma* che sono attribuite, in Ulp. 11 *ad ed.*, D. 50, 16, 19 e 4 *ad ed.*, D. 2, 14, 7, 2, rispettivamente a Labeone ed Aristone, dato che qui rileva in generale soltanto la bilateralità — sostanzialmente genetica — degli effetti insita, per questi giuristi, nella figura del *contractus-synállagma*, e non la concreta disciplina degli stessi (su questi passi cfr., per tutti, Talamanca, *Per l'interpretazione*, I, cit., § 17 e 30).

(720) Dalla quale, in linea di massima, dipende sia il riconoscimento di taluni effetti, sia il particolare atteggiarsi degli stessi nelle singole fattispecie concrete.

(721) Sulla casistica qui rilevante, cfr. da ultimo Benöhr, *op. cit.*, 63 ss.

(722) Sotto questo profilo vengono ricomprese sia la possibilità che la determinatezza della prestazione. Diverso è il caso, egualmente prospettabile, in cui si abbia una condizione sospensiva che — al livello della volontà delle parti — attenga esclusivamente all'efficacia di una fra le obbligazioni che potrebbero sorgere dal contratto: qui il problema è, anzitutto, di vedere se — al di là di una formulazione eventualmente imprecisa — tale clausola non afferisca, in generale, al contenuto del contratto (e in questa indagine la sinallagmaticità può giocare un ruolo al livello dell'interpretazione negoziale). Se, al termine di tale indagine, si dovesse concludere nel senso che la condizione afferisca soltanto ad una delle due obbligazioni, ciò darebbe luogo ad una caratterizzazione in senso aleatorio del regolamento d'interessi predisposto dai contraenti, ed il problema si porrebbe nel senso se, per volontà delle parti, la compravendita possa — al di fuori dell'*emptio spei*, in cui il sinallagma genetico è costruito fra l'*alea* ed il prezzo (v. *supra*, § 9 lett. *e*) — configurarsi come contratto aleatorio per volontà delle parti, il che, in mancanza di fonti, costituirebbe un po' la discussione di un futuribile: v., comunque, in senso tendenzialmente contrario ad una possibilità del genere la posizione

Senato della Repubblica - Archivio Storico

contratto va, senz'altro, riportata al profilo del sinallagma genetico, benché nell'analisi delle fattispecie rilevanti non si faccia da parte dei *prudentes* esplicito richiamo a qualsiasi aspetto che possa in qualche modo riportarsi a detto schema: l'inefficacia del complessivo assetto d'interessi dipende comunque, per quanto possiamo vedere, dal fatto che non possono contemporaneamente prodursi le obbligazioni a carico dell'una e dell'altra parte.

Rispetto all'impossibilità di una delle prestazioni, è discutibile se si possano effettivamente trovare delle eccezioni all'applicazione del sinallagma genetico (723). Tale schema sembra, invece, in linea di massima inoperante, nel caso in cui la bilateralità degli effetti negoziali venga a mancare per effetto della condizione personale di uno dei contraenti, sprovvisto della capacità giuridica o di agire (724): sia che si tratti di un pupillo il quale agisca *sine tutoris auctoritate* (725), che di un servo (726). I limiti in cui questi contratti claudicanti venissero ammessi non risultano esplicitamente (727), né è possibile sostituire al procedere casistico dei *prudentes* una considerazione generalizzante. Ad ogni modo (728), se sul piano del sorgere dell'obbligazione il contratto funzionava in modo claudicante, la parte a cui favore validità ed efficacia del negozio erano riconosciute non poteva — per l'operatività del sinallagma funzionale (729) — ottenere l'esecuzione della prestazione della controparte, senza aver preliminarmente eseguito od offerto la propria.

e) Al livello di una considerazione casistica viene riconosciuta, nelle fonti romane, l'operatività — oggettiva — del sinallagma funzionale sia nell'àmbito dell'esecuzione del contratto, che non può esser coattivamente richiesta da una delle parti, senza aver previamente eseguito od offerto la propria prestazione (730), sia in relazione all'estinzione di una delle obbligazioni per causa non satisfattiva ed all'influenza di tale estinzione sulla sopravvivenza dell'altra obbligazione (731). Non può, però, dirsi che lo schema concettuale in questione sia stato coscientemente utilizzato dai giuristi romani.

Sotto il primo profilo (732), si riscontrano nelle fonti alcuni passi dai quali risulta, con tutta chiarezza, che sia il venditore sia il compratore non possono agire con l'azione contrattuale di buona fede senza aver, preliminarmente, adempiuto alla loro obbligazione od avere almeno offerto la prestazione dovuta (733). È difficile stabilire quando

---

assunta da Giuliano intorno alla portata del *pactum de non praestanda evictione* (*infra*, § 18 lett. *d*).

(723) Non costituiscono una eccezione i casi in cui, nonostante l'impossibilità della prestazione, la vendita venga tenuta in piedi — almeno in astratto — per entrambe le parti, come nella vendita dell'uomo libero (v. *supra*, § 6 lett. *d*): più discutibile la disciplina per la vendita delle *res extra commercium*, dove s'incontra l'ardita costruzione di Mod. 5 *reg.*, D. 18, 1, 62, 1: il compratore può esercitare l'*actio empti* (verisimilmente per l'interesse negativo: cfr. *supra*, § 7 lett. *b*), nonostante l'invalidità del contratto dovuta all'impossibilità della prestazione del venditore (ad ogni modo è salva — anche se a prezzo di una contraddizione di genere diverso — la coerente applicazione del principio del sinallagma genetico, anche se l'origine della costruzione stessa è difficilmente da trovare nella ricerca di una tale coerenza). Quando si afferma poi la validità della vendita per la *domus exusta* (Paul. 5 *ad Plaut.*, D. 18, 1, 57), essa è anche qui statuita per entrambe le parti (cfr. *supra*, § 5 lett. *a*). Più dubbia è la valutazione della vendita della *res furtiva* ad un *emptor sciens* da parte di un *venditor ignorans* (Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 34, 3: v. *supra*, § 8 lett. *a*), in cui sembrerebbe ammettersi un negozio claudicante a favore del venditore, che esegua volontariamente (e tuttora, si direbbe, in buona fede) il contratto, senza restare per ciò ulteriormente obbligato — si pensi alla responsabilità per evizione — a qualcosa nei confronti del compratore.

(724) Su questi casi cfr. Benöhr, *op. cit.*, 64 ss.

(725) Cfr. Paul. 5 *quaest.*, D. 18, 5, 7, 1; Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 29 (cfr. Ulp. 40 *ad Sab.*, D. 26, 8, 5, 1), su cui — dal nostro punto di vista — v. Benöhr, *op. cit.*, 64 s., con ulteriore letteratura.

(726) Cfr. Iulian. 15 *dig.*, D. 19, 1, 24, 1; Paul. 17 *ad Plaut.*, D. 12, 1, 31, 1; 5 *quaest.*, D. 21, 1, 57 pr. (su cui v. Benöhr, *op. cit.*, 66 ss.): cfr. inoltre, ad esempio, Iulian. 57 *dig.*, D. 21, 2, 39, 1. Non esistono passi per quanto concerne il *filius familias*, a carico del quale, però, poteva configurarsi — a partire dall'inizio del principato — un'obbligazione civile (v. sul punto, in tema di compravendita, Pompon. 15 *ad Sab.*, D, 18, 5, 1), benché non ancora tutelata in via esecutiva.

(727) In tutti i passi in cui si fa riferimento al servo, ritorna la possibilità di un'*actio de peculio* contro il *dominus*, ma non è possibile dire se le decisioni dei giuristi classici dipendessero dalla possibilità di esperire codesta azione. D'altro lato, all'epoca di Paolo e di Ulpiano (cui risalgono i passi sul negozio compiuto dal pupillo *sine tutoris auctoritate*), era ormai generalmente ammessa, in questi casi, l'azione contro l'impubere ancorché limitata all'*id quod locupletior factus sit* (v., per tutti, Kaser, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 276, con ulteriore letteratura).

(728) Quanto detto vale anche per la vendita di una *res furtiva* all'*emptor sciens*, dove — addirittura — sembrerebbe richiesta l'effettiva e preliminare prestazione della cosa (su ciò cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *e*.).

(729) Tende a fondere insieme l'operatività del sinallagma genetico e di quello funzionale, al fine di stabilire per questi casi l'incidenza della sinallagmaticità in generale, il Benöhr, *op. cit.*, 70 s. e 95 s.

(730) Casi che rientrerebbero nel sinallagma funzionale si vorrebbe dire in senso stretto, nell'accennata (*supra*, nt. 717) tripartizione dei modi in cui opera l'interdipendenza delle obbligazioni.

(731) Casi che rientrano nel cosiddetto sinallagma condizionale della tripartizione accennata (*supra*, nt. 717).

(732) Sul quale cfr. soprattutto, con discussione della letteratura precedente, Benöhr, *op. cit.*, 20 ss.

(733) Per il compratore, cfr. Marcell.-Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 31, 8; Scaev. 4 *dig.*, D. 26, 7, 56; Scaev. 2 *resp.*, D. 18, 4, 22; Paul. 17 *ad Plaut.*, D. 12, 1, 31, 1; Paul. 5

Senato della Repubblica - Archivio Storico

i giuristi abbiano cominciato a richiedere l'una o l'altra delle dette condizioni per l'esercizio dell'azione di adempimento: se da Varr. *r. rust.*, 2, 2, 6 si può ricavare un consistente indizio (734) nel senso che nella prima metà del I secolo a.C. non sussistesse ancora l'operatività di codesto aspetto del sinallagma funzionale, meno sicuro è in tal senso Lab. 4 *post. a Iav. epit.*, D. 18, 1, 78, 2 (735). Successivamente è Marcello il primo giurista per cui si hanno, e in positivo, notizie al proposito.

Se il principio è relativamente sicuro nella sua portata generale, non è facile stabilirne la concreta operatività. Non è di molto aiuto al riguardo la specificazione generalmente contenuta nei passi in esame per cui — a favore del venditore — si configura un potere sulla cosa analogo al diritto del creditore pignoratizio (736): si tratta di una costruzione che — sovrastrutturata all'effettivo regime — vuole dare una prima e sintetica approssimazione della relativa disciplina, ma senza che con ciò si voglia affermare una completa equiparazione funzionale tra le due situazioni (737).

Sarà stato, del resto, il giudice (738) a tener conto della circostanza che l'attore non abbia preliminarmente né adempiuto né offerto la propria prestazione (739). Ciò era possibile in base all'ampio margine di discrezionalità fondato sull'*oportere ex fide bona* contenuto nella formula delle azioni contrattuali, discrezionalità che concerneva sia i criteri sostanziali della decisione sia i mezzi procedurali a disposizione del giudice stesso (740): aspetti questi ultimi su cui non troviamo informazioni nelle fonti (741). È difficile, del resto, stabilire in quali limiti del mancato adempimento dell'attore il giudice non tenesse conto nel determinare il concreto ammontare della condanna in base al potere che aveva di procedere ad una compensazione per chiamarla così giudiziale (742). Sempre in base alla *bona fides* che regge il rapporto, l'adempimento della prestazione o la relativa offerta da parte dell'attore sono richiesti anche nel caso di contratto claudicante (743), con il che si viene a correggere praticamente il mancato funzionamento del sinallagma genetico in questi casi.

f) Per quanto concerne il reciproco condizionamento delle obbligazioni in seguito all'estin-

---

quaest., D. 18, 5, 7, 1 e D. 21, 1, 57 pr.; Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 8-9; Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 47, 2, 14, 1; Diocl. et Max., C. 4, 49, 8, 1 (del 293 d.C.). Non vi sono, invece, attestazioni dirette per quanto riguarda il venditore che richieda il prezzo, ma — oltre all'indubbio rilievo dell'esigenza di una disciplina non diseguale — testimonia a favore di un analogo trattamento il regime dell'*exceptio mercis non traditae* e dell'*exceptio redhibitionis*, che rientrano nel novero delle cosiddette *exceptiones argentariae*, necessarie quando il prezzo venga richiesto in base ad una *stipulatio* nella quale era stata versata, se non novata, la relativa obbligazione del compratore (cfr., su questi aspetti, Benöhr, *op. cit.*, 49 ss.).

(734) Cfr., da ultimo, Benöhr, *op. cit.*, 20 ss.

(735) Diversamente Benöhr, *op. cit.*, 24 s. In effetti Labeone si occupa della clausola «*soluta pecunia traderetur ei possessio*» solo per stabilire che essa produce l'indivisibilità del pagamento del prezzo come presupposto dell'azione per la consegna della cosa. Clausole del genere sono sorte, con ogni probabilità, in un periodo in cui tale pagamento non condizionava l'azione in adempimento del compratore, ma l'uso ne può esser continuato anche in un momento successivo. La relativa vicinanza nel tempo fra Varrone e Labeone può far propendere a ritenere che, ancora verso la fine del I secolo a.C., l'operatività del sinallagma funzionale non si fosse ancora affermata in questa direzione. Altrove il giurista augusteo assume al proposito atteggiamenti differenziati: a favore della rilevanza del sinallagma funzionale in Lab. 5 *post. a Iavol. epit.*, D. 19, 1, 50 (di cui si dirà immediatamente *infra*, nel testo), contro in materia di *acceptilatio* di una delle obbligazioni contrattuali in Lab. 5 *pith. a Paul. epit.*, D. 46, 4, 23 (*infra*, in questo paragrafo, lett. *g*).

(736) Su di ciò cfr., soprattutto, Benöhr, *op. cit.*, 39 ss., che respinge, a ragione, i dubbi avanzati su questa — tutto sommato, innocua — equiparazione.

(737) Ché, anzi, la posizione del venditore si avvicina al diritto di ritenzione più che al pegno: così, esattamente, Benöhr, *op. cit.*, 45: nelle fonti il termine «*retentio*» compare, in questa connessione, in Paul. 5 *quaest.*, D. 18, 5, 7, 1.

(738) Più difficile ipotizzare un intervento del pretore (v. Benöhr, *op. cit.*, 56), anche perché la valutazione sulla base della *bona fides* di codesto presupposto dell'azione poteva trovare ostacoli nella funzionalità della fase *in iure*.

(739) Sul punto dell'offerta non esistono, in realtà, fonti, e non è facile stabilire come la stessa potesse funzionare, soprattutto quando si trattasse dell'obbligazione di *tradere possessionem*.

(740) Su ciò cfr., in generale, Benöhr, *op. cit.*, 36 s.

(741) Si può facilmente immaginare che, prima di giungere alla sentenza definitiva di rigetto dell'azione, il giudice invitasse l'attore ad adempiere o, quanto meno, ad offrire seriamente al convenuto l'adempimento della propria obbligazione: il che — tenendo conto di due parti tendenzialmente in buona fede (o soltanto sospettose l'una dell'altra: v., per un esempio, Afr. 8 *quaest.*, D. 46, 3, 39), e fra le quali si dovesse dissipare qualche malinteso — avrebbe potuto portare ad un reciproco adempimento, con la conseguente assoluzione del convenuto.

(742) Tende ad escludere in generale una tale possibilità Benöhr, *op. cit.*, 35 e 38, ma senza sufficiente fondamento. Si pensi, ad esempio, alla differenza fra il caso in cui la prestazione della cosa non è divenuta impossibile (per causa imputabile al venditore) ed il compratore ha ancora interesse ad essa e quello opposto, nel quale ultimo sarebbe fuor di luogo — e contrario alla *bona fides* — imporre al compratore l'adempimento della propria prestazione (e si pensi ulteriormente al caso di cui ad Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 9, di evizione conseguente al pagamento parziale del prezzo: v. anche *infra*, § 20 lett. *f*): e, sotto un diverso profilo, come pretendere dal venditore la *traditio* della — eventualmente residua — merce, ove il compratore fosse di dubbia solvibilità, ed il meccanismo compensativo portasse ad un saldo attivo a favore del venditore stesso?

(743) Cfr. Paul. 17 *ad Plaut.*, D. 12, 1, 31, 1; Paul. 5 *quaest.*, D. 18, 5, 7, 1 e D. 21, 1, 57 pr.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

zione di una di esse per una causa non satisfattiva (744), non si può trarre dalle fonti un quadro omogeneo, né riscontrare un funzionamento automatico del sinallagma funzionale, o condizionale che dir si voglia (745). Per quanto riguarda l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di *possessionem tradere* non imputabile al venditore (746), l'interdipendenza delle obbligazioni dovrebbe portare, nella ripartizione del rischio, alla vigenza del *periculum venditoris*, che appare seguito — in termini più o meno ampi — nell'ultima epoca repubblicana, mentre in periodo tardoclassico, appare prevalente il *periculum emptoris* (747), il che mostra la prevalenza di criteri di soluzione diversi da quello del sinallagma funzionale.

Al problema dell'impossibilità sopravvenuta, può accostarsi la tematica trattata da Lab. 4 *post. a Iav. epit.*, D. 19, 1, 50 (748): nel caso in cui, senza disporre la nullità della vendita, un provvedimento legislativo (749) abbia liberato il compratore dall'obbligazione di pagare il prezzo, ciò esonera anche il venditore dall'esecuzione della prestazione di *tradere possessionem*. Si ha senza dubbio qui una — oggettiva — rilevanza del sinallagma funzionale (750), esplicitamente fondata sulla *bona fides* che regge il contratto (751). Ed un'analoga rilevanza va riconosciuta anche nella disciplina affermata da Giuliano, per cui nel caso che le parti abbiano escluso la garenzia per l'evizione ad opera del terzo, il compratore evitto ha sempre la possibilità di richiedere, con l'azione contrattuale, la restituzione del prezzo pagato (752).

g) Nella remissione del debito, invece, si può trovare un'operatività (753) indiretta della sinallagmaticità nella decisione di Iulian. 15 *dig.*, D. 18, 5, 5 pr., che — nella soluzione pratica — sembra ripresa nell'annotazione di Paolo a Lab. 5 *pith. a Paul. epit.*, D. 46, 4, 23 (754): l'*acceptilatio* effettuata unilateralmente dal venditore o dal compratore (755) viene interpretata come patto di risoluzione per mutuo consenso, che porta conseguentemente all'estinzione anche dell'altra obbligazione (756). Tale estinzione viene mediata, però, dall'interpretazione della volontà delle parti: è come criterio per una tale interpretazione che può

---

(744) Le fonti di cui disponiamo si riferiscono all'impossibilità sopravvenuta, alla remissione del credito nella forma dell'*acceptilatio*, al *concursus causarum*, al *factum principis*, il che copre praticamente tutti i modi non satisfattivi di estinzione dell'obbligazione, tenendo conto che la prescrizione non si applica in diritto classico alle *actiones in personam* (cfr., se ve ne fosse bisogno, Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 7) e che la *confusio*, la cui natura è dal nostro punto di vista discutibile (v., ad esempio, la discussione in Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 41, 2), produce necessariamente l'estinzione di entrambe le obbligazioni.

(745) Il problema della risoluzione per mutuo consenso del contratto allorché la *res* non è più *integra*, cui si riferisce il Benöhr, *op. cit.*, 76 ss. e 96, non ha nulla a che fare con l'interdipendenza delle obbligazioni.

(746) L'unica per cui il problema si può configurare, tenendo conto che il compratore è tenuto a *dare pecuniam*.

(747) Su ciò, e sugli sviluppi intermedi, cfr. *infra*, § 27, soprattutto lett. *k*, per uno sguardo d'assieme.

(748) Sul passo cfr., sotto il profilo qui discusso, Benöhr, *op. cit.*, 81 ss., con ampia rassegna di letteratura (sul testo cfr. anche *infra*, nt. 1575).

(749) Sulla cui incerta identificazione si discute ampiamente in dottrina, ma il profilo è qui tendenzialmente irrilevante.

(750) Sul diverso atteggiamento assunto da Labeone nel già citato D. 46, 4, 23 (*infra*, in questo paragrafo, lett. *g*), cfr. la discussione in Benöhr, *op. cit.*, 85 s.: al riguardo è difficile prendere una sicura posizione perché non sono accertati i precisi referenti della decisione del giurista nella *l.* 23, in una specie in cui il sinallagma funzionale avrebbe potuto avere soltanto un'efficacia indiretta, in relazione all'accertamento della volontà delle patti, per il quale Labeone avrebbe potuto considerare prevalenti altri indizi.

(751) Al proposito si deve tener conto come sia proprio nella giurisprudenza anteriore alla fine del I secolo d.C. che si ritrovano tracce cospicue di una rilevanza del *periculum venditoris*, anch'esso — oggettivamente — connesso alla rilevanza del sinallagma funzionale.

(752) Su ciò cfr. *infra*, § 18 lett. *d*: nella veduta di Giuliano, dunque, le parti possono incidere, sì, sulla responsabilità, ma non sulla sinallagmaticità del contratto; v. anche Benöhr, *op. cit.*, 55 ss., di cui sembra eccessivo il riserbo a vedere qui oggettivamente operante lo schema del sinallagma funzionale.

(753) Diversamente, a quanto sembra, Benöhr, *op. cit.*, 75 s. e 96, il quale sembra optare per una diretta applicazione del principio.

(754) Cfr., su D. 18, 5, 5 pr., Talamanca, *'Conventio' e 'stipulatio'*, cit., 175 ss. Fra gli ultimi, v. anche Sargenti, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, 1988, 50 s. Per un'ampia discussione di entrambi i testi, cfr. Knütel, *op. cit.*, 32 ss., e sotto il profilo qui rilevante Benöhr, *op. cit.*, 74 ss.

(755) Nel caso, l'*acceptilatio* stessa vale non come negozio verbale, bensì *potestate conventionis*, dando rilievo all'assetto d'interessi sottostante, che non viene considerato totalmente assorbito, dal punto di vista effettuale, nella *conceptio verborum*.

(756) È discutibile se possa venir riportato alla nostra problematica Pompon. 15 *ad Sab.*, D. 18, 5, 1, in cui, mentre Aristone — nel caso della vendita di una *res peculiaris* — ammetteva un accordo di risoluzione per mutuo consenso limitatamente al padre, responsabile *de peculio*, ed all'acquirente (con l'effetto che il figlio restasse obbligato), Pomponio lo negava, sostenendo che, se avvenisse tale accordo, si estenderebbe anche al figlio. Quest'ultima parte del passo mostra evidenti i segni di un raccorciamento, anche se la decisione può tranquillamente riportarsi a Pomponio: l'espressione «*obiter liberari*» usata dal giurista sembrerebbe alludere alla considerazione dei rapporti fra l'*obligatio* del *filiusfamilias* e la complessa situazione patrimoniale e personale che lo legava al *pater* più che disvelare l'influenza di considerazioni collegate con la sinallagmaticità delle obbligazioni.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

412

funzionare l'interdipendenza delle obbligazioni, ma nulla vieterebbe che le parti stesse esprimessero una diversa volontà, nel senso cioè di voler delimitare l'effetto estintivo ad una delle obbligazioni soltanto (757). Agli inizi del I secolo d.C., è invece incerta la valutazione della posizione assunta — in D. 46, 4, 23 — da Labeone (758).

b) Più complessa la valutazione degli effetti che sulle obbligazioni nascenti dal contratto ha il *concursus causarum* (759): dalle fonti (760) risulta che — in seguito all'acquisto della cosa *ex alia causa* (761) — il compratore poteva, almeno a partire da Celso (762), respingere la pretesa del venditore di ottenere il pagamento del prezzo (763); se poi avesse già pagato il prezzo stesso, egli aveva l'*actio empti* per la restituzione della somma versata (764); nel caso che venissero a coincidere il venditore e l'erede tenuto al pagamento del legato, ove il compratore stesso avesse poi già esperito e consumato l'*actio ex empto* prima di venir a conoscenza del lascito, egli aveva a disposizione l'*actio ex testamento* per ottenere la restituzione del prezzo (765).

Questa disciplina si applicava sicuramente quando la compravendita precedeva l'ulteriore acquisto (sia a titolo oneroso che gratuito), chiunque fosse il venditore (766): se la compravendita fosse stata posteriore all'acquisto *ex causa lucrativa* (767), il regime in parola è esplicitamente

(757) L'estinzione dell'altra obbligazione non è, dunque, l'effetto necessario del venir meno della prima, cui non possa ovviare neppure la volontà delle parti: e su ciò, senza dubbio, influisce il carattere convenzionale dell'estinzione. Non rileva al proposito — così invece Benöhr, *op. cit.*, 76 ss. e 96 — Nerat. 5 *membr.*, D. 2, 14, 58, in cui è soltanto discorso dei presupposti per la risoluzione del contratto per mutuo consenso (sul passo cfr., da ultimo, Sargenti, *op. ult. cit.*, 47 s.).

(758) Su cui cfr. anche *supra*, nt. 735. Non è infatti accertabile se ed in quali termini il giurista augusteo si riferisse alla stessa fattispecie presa in considerazione nella nota di Paolo, risalente al III secolo d.C.: se, ad esempio, la sua soluzione dipendesse dal fatto che le obbligazioni delle parti erano state versate — entrambe? — in *verborum obligationes*, o se, invece, la soluzione così seguita si fondasse esclusivamente sulla mancata considerazione del sinallagma funzionale.

(759) Su ciò, oltre a Benöhr, *op. cit.*, 71 ss., cfr. soprattutto Medicus, *Id quod interest*, cit., 100 ss.; Honsell, *Quod interest*, cit., 38 ss.; Ankum, *Das Ziel der 'actio empti' nach Eviktion*, in *Sodalitas*, cit., VII, 3215 ss.; Wacke, *Die verschuldete Eviktion*, in *Festschrift für H. Niederländer*, Heidelberg, 1991, 157 ss.: in questi autori ulteriore letteratura. L'analitica disamina dello Schulz, *Die Lehre vom Concursus Causarum im klassischen und justinianischen Recht*, in *ZSS.R.*, 1917, 114 ss., soffre di un'impostazione eccessivamente critica e, sotto un diverso profilo, troppo sistematizzante.

(760) Cfr. Marcell.-Iulian. 33 *dig.*, D. 30, 82, 1-3; D. 30, 84, 5; Iulian. 4 *ex Min.*, D. 19, 1, 29; Pompon. 11 *ad Sab.*, D. 21, 2, 29 pr.; Paul. 76 *ad ed.*, D. 21, 2, 9; Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 41, 1; Pauli *sent.* 2, 17, 8; Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 15; Ulp. 21 *ad Sab.*, D. 30, 34, 7.

(761) È solo nei confronti dell'acquirente che il *concursus causarum* ha la possibilità di esplicarsi in materia di vendita.

(762) Da quanto riferisce Pomponio, in D. 21, 2, 29 pr. (concorso fra due cause onerose, vendite entrambe: sul passo, oltre a Benöhr, *op. cit.*, 72, cfr. Wacke, *op. ult. cit.*, 157 s.), Nerva riteneva che il primo venditore potesse agire per il prezzo, una volta che il compratore avesse ottenuto l'*habere licere* mediante una seconda compera (l'atteggiamento del giurista non si può spiegare, come vuole sempre il Wacke, in termini di necessità del processo per la responsabilità evizionale, ché non di quest'ultima si trattava nel caso). A quanto sembra, la problematica dell'interdipendenza delle obbligazioni non si prospettava, dunque, né alla giurisprudenza tardo-repubblicana né a quella del primo principato sotto il profilo qui rilevante.

(763) Così Celso e Pomponio, di contro al diverso parere di Nerva, in D. 21, 2, 29 pr. (concorso di cause onerose), nonché Giuliano, in D. 30, 84, 5 (concorso con causa lucrativa).

(764) I passi sono tutti in materia di concorso fra causa onerosa e lucrativa sia per il caso in cui il venditore fosse l'erede da cui era dovuto — in senso ampio — il legato (Giuliano: D. 30, 84, 5; D. 19, 1, 29; Ulpiano: D. 19, 1, 13, 15), sia per quello in cui l'alienante fosse persona diversa dall'erede stesso (Pauli *sent.* 2, 17, 8: cfr. D. 21, 2, 9 e 21, 2, 41, 1, dove la fattispecie è parzialmente diversa perché il compratore è istituito erede dal vero proprietario). Su di essi, oltre a Benöhr, *op. cit.*, 72 ss., v. anche Wacke, *op. ult. cit.*, 156 s., che però erroneamente discute dei testi sotto il profilo dell'evizione.

(765) Ed eventualmente il trasferimento della proprietà della cosa, di cui — in base al *tradere possessionem* da parte dell'erede e venditore — avesse acquistato solo la disponibilità definitiva: così ancora Giuliano, in D. 30, 84, 5. Erra l'Ankum, *op. ult. cit.*, 3221, ipotizzando che l'*actio ex testamento* fosse stata intentata, mentre pendeva ancora il processo sull'*actio empti*.

(766) Nel concorso di una compravendita con una posteriore *causa lucrativa*, non importa chi sia il venditore, e cioè la persona nei cui confronti avvenisse l'acquisto a titolo gratuito (cfr. D. 30, 84, 5 e D. 19, 1, 29, di Giuliano) od un terzo (D. 19, 1, 13, 15, di Ulpiano, e Pauli *sent.* 2, 17, 8). Nel concorso di due compravendite è ovvio che — se la prima compravendita fosse stata già eseguita ed avesse prodotto i suoi effetti traslativi — la seconda sarebbe stata nulla, in quanto *emptio suae rei* (*supra*, § 8 lett. *b*), ma il caso d'elezione — cfr. D. 21, 2, 29 pr. di Pomponio — era proprio quello di un primo acquisto *a non domino* (dove non aveva efficacia sul piano proprietario, a meno degli effetti dell'*usucapio*, l'esecuzione dell'obbligazione di *possessionem tradere*). Nelle fonti non v'è alcun accenno alla regolamentazione dell'ulteriore fattispecie in cui — conclusa ma non eseguita la prima compravendita con chi avesse la legittimazione a disporre o come contratto consapevolmente concluso per una cosa altrui (di cui conseguentemente il venditore s'impegnasse a procurarsi la disponibilità) — il compratore procedesse ad un secondo acquisto nei confronti di altra persona: ci si può immaginare, con relativa facilità, una disciplina articolata in funzione della protezione della *bona fides*, ma sarebbe antistorico attribuirla alla consapevolezza dei *prudentes*.

(767) Il caso fatto nelle fonti è quello del legato, e la

Senato della Repubblica - Archivio Storico

affermato nel caso di ignoranza del compratore (768), limitatamente, a quanto pare, alla specie in cui coincidano le persone del venditore e di colui nei confronti del quale avviene l'acquisto a titolo gratuito, i cui effetti non vengono toccati. Se, invece, il venditore è un terzo, il compratore e legatario avrà l'*actio ex testamento* per ottenere il *quantum illi aberit* a seguito della compravendita stessa (769).

i) Senza riprendere in esame la complessiva problematica del *concursus causarum*, può senz'altro ritenersi che, in materia di compravendita, le conseguenze dello stesso vengono — a differenza che nei negozi protetti da *actiones stricti iuris* — articolate in funzione della *fides bona*; per quanto concerne il diritto del compratore, si segue senza dubbio il principio che egli non può ottenere, come in astratto sarebbe stato possibile (770), una duplice — ancorché diversamente articolata — soddisfazione del suo interesse ad avere la cosa: nel caso di concorso con una causa lucrativa (771), veniva protetto solo l'interesse del compratore stesso a conseguire gratuitamente la cosa (772), ma questo risultato era raggiunto — il più delle volte — mediante il riconoscimento dell'acquisto in base ad una delle due *causae* (773) e dell'esistenza del diritto di obbligazione nascente dall'altra *causa*, ancorché modificato nella sua portata, rivolto cioè alla restituzione del prezzo eventualmente pagato (per la compravendita) ed al conseguimento del *quantum emptori aberit* (per il legato *per damnationem*) (774).

Il *concursus causarum* non funzionava, dunque, nella compravendita come causa di estinzione dell'obbligazione, il che ne elimina la rilevanza ai fini della discussione sul sinallagma funzionale: e, da quanto risulta dalle fonti, l'obbligazione del compratore nei confronti del venditore non era considerata automaticamente estinta, ché si sottolineava espressamente — sia per il concorso di due cause onerose (775) che di una causa onerosa ed una gratuita (776) — come fosse soltanto il dolo del venditore a paralizzare una pretesa altrimenti sussistente.

15. *Le obbligazioni del venditore. Il «possessionem tradere».* — *a*) In D. 19, 4, 1 pr. ([32] <33> *ad ed.*), allo scopo di differenziare la posizione dei contraenti (777), Paolo enuncia con molta chiarezza gli obblighi che rientrano nel contenuto essenziale dell'obbligazione del venditore: mentre

problematica del *concursus causarum* si propone, indubbiamente, quando il lascito sia ad effetti obbligatori. Anche negli altri lasciti la questione però si presentava, dandosi determinate condizioni: nel *legatum per vindicationem*, il problema si poteva porre, ove fosse sottoposto a condizione sospensiva (cfr., con ogni probabilità, D. 19, 1, 29, di Giuliano); e, come ha sottolineato l'ANKUM, *op. ult. cit.*, 3227 ss., aveva un ruolo al proposito anche la teoria seguita in tema di acquisto di questo *genus legati* (anche se non abbiamo passi in argomento); lo stesso vale per il *legatum per praeceptionem*, per il quale non residuano testi, e dove sino all'esercizio dell'*actio familiae erciscundae* il prelegatario non diviene *dominus* della *res praecepta*. Altrimenti la questione non si poneva, perché si sarebbe ricaduti nella fattispecie dell'*emptio suae rei*.

(768) Il che rileva ovviamente in virtù della *bona fides* che regola il rapporto. È, d'altronde, ovvio che la compravendita stessa deve esser avvenuta prima dell'esecuzione del lascito ad effetti obbligatori, il che — a parte il rilievo sulla *bona fides* — riporterebbe ancora una volta alla problematica dell'*emptio suae rei*.

(769) Cfr. Giuliano e Marcello, in D. 30, 82, 2-3, nonché Ulpiano, in D. 30, 34, 7: anche tale regolamentazione presuppone che non si ricada nella figura dell'*emptio suae rei*.

(770) Proprio per il meccanismo della *condemnatio pecuniaria* che reggeva il processo formulare: è ovvio che, al livello della compravendita, l'interesse del compratore poteva configurarsi solo in quanto egli avesse concluso il contratto a buone condizioni o, comunque, l'andamento dei prezzi lo avesse reso vantaggioso.

(771) Troppo poco sappiamo, in base a D. 21, 2, 29 pr. di Pomponio, per affrontare il problema di un'eventuale differenza del regime del concorso di due cause onerose, e principalmente di due compravendite: nella *l.* 29 pr. il compratore è protetto contro l'*actio venditi* del primo alienante, che aveva disposto di una cosa altrui, ma non si specifica se quest'ultimo avesse già consegnato la cosa, né si accenna alla tutela del compratore in via d'azione.

(772) In quanto era assolto dall'*actio venditi* o legittimato a chiedere, con l'*actio empti*, la restituzione del prezzo (od eventualmente all'erede che non fosse il venditore il *quantum aberit*, con l'*actio ex testamento*).

(773) O comunque dell'efficacia della stessa, ancorché non ancora realizzata.

(774) Diversa questione su cui mancano le fonti è quella di come si potesse raggiungere un siffatto risultato con l'*actio ex testamento*, un *iudicium stricti iuris*, con l'*intentio* rivolta al *rem dare oportere*, che presupponeva, fra l'altro, che l'attore non fosse proprietario della cosa di cui chiedeva il trasferimento.

(775) Cfr. il parere di Celso, ricordato in D. 21, 2, 29 pr.

(776) Così, con tutta chiarezza e mediante il richiamo all'eccezione di dolo inerente al *iudicium bonae fidei*, Giuliano, in D. 30, 84, 5.

(777) Il che serviva al giurista per distinguere la compravendita dalla permuta (su ciò cfr. *supra*, § 2 lett. *a*). Sulla determinazione del contenuto dell'obbligazione del venditore, cfr., in particolare, per la dottrina più antica ECK, *Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach römischem und gemeinem Recht*, Halle, 1873; poi BUSSMANN, *L'obligation de délivrance*, cit.; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 149 ss.; (v. già ID., *Diritto puro e diritto applicato*, cit., 141 ss.); MEYLAN, *Pourquoi le vendeur romain n'est pas tenu de transférer la propriété de la chose*, in *Festchrift für O. Riese*, Karlsruhe, 1964, 423 ss.; ID., *La stipulation 'habere licere'*, in *TR*, 1970, 67 ss.; PETERS, *Die Verschaffung*, cit., 173 ss.; TALAMANCA, *Per l'interpretazione*, cit., soprattutto § 1-9; 12; 25. In questi autori, ulteriore bibliografia.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

il compratore era obbligato a trasferire la proprietà dei *nummi* che formavano la somma di denaro che costituiva il prezzo (778), il venditore, invece era tenuto ad assumersi, in genere mediante un'apposita *stipulatio* (779), l'obbligazione di tenere indenne il compratore dal danno derivante dall'evizione della cosa (*ob evictionem se obligare*), a trasferire il possesso della cosa (*possessionem tradere*), e ad astenersi da qualsiasi comportamento doloso (*purgari dolo malo*).

L'enunciato di Paolo evidenzia i termini in generale della problematica relativa all'obbligazione del venditore: in un contratto obbligatorio che tende ad attuare uno scambio definitivo fra la cosa venduta ed il prezzo (780), il venditore non è tenuto a trasferire la proprietà della cosa, ma semplicemente il possesso ed a garentirne all'acquirente la continuazione come pacifica e definitiva disponibilità del bene venduto, assumendosi quindi la responsabilità per l'evizione comunque avvenuta (781). Sono così fissate le coordinate per la discussione: determinare la portata effettiva dell'obbligazione del venditore, per quanto concerne l'obbligazione di consegna della cosa, e cercare d'individuare le ragioni per cui nell'*emptio venditio* consensuale si sia giunti ad un regime che non preveda, puramente e semplicemente, l'obbligazione del venditore a *rem dare*, e cioè trasferire la proprietà della cosa venduta (782).

b) Per quanto concerne, in primo luogo, l'obbligazione di *possessionem tradere* (783), non è possibile dubitare (784) di quanto affermato in D. 19, 4, 1 pr., che trova, d'altronde, conferme e precisazioni nelle altre fonti a nostra disposizione.

Hanno rilevanza al proposito i passi in cui si contrappone l'obbligazione del venditore, volta a procurare al compratore la pacifica disponibilità della cosa, a quella del debitore che deve una cosa *ex stipulatu* od *ex testamento* (785): quest'ultimo è, infatti, tenuto a trasmettere la proprietà della cosa al creditore (786), mentre sul venditore non grava tale obbligazione (787); o quelli in cui si afferma che per il venditore è sufficiente l'aver procurato la pacifica disponibilità della cosa al compratore, il quale dovrà attendere (788) per agire (789) l'effettiva evizione (790). E, d'altro lato, pur se in un contesto che presenta lati oscuri, in Ulp. 31 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 2 si ripropone la distinzione fra l'obbligazione del venditore, che — a parte la garenzia per evizione — risulta eseguita mediante il trasferimento del pacifico godimento della cosa, e quella del compratore che deve trasmettere al venditore stesso la proprietà dei *nummi* (791). Né va sottovalutato Nerat.-Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 8 (792), dove, per quanto riguarda la vendita dello schiavo altrui, l'obbligazione del venditore

---

(778) Su ciò cfr. *infra*, § 21: l'obbligazione di *purgari dolo malo* gravava anche sul compratore, ma nel contesto Paolo era indotto a lasciarla da parte, perché gli interessava prevalentemente di evidenziare come il compratore fosse tenuto a trasferire la proprietà del denaro, mentre, per quanto concerne il passaggio della cosa venduta, il venditore era soltanto obbligato — «*sufficit*», dice Paolo — a *possessionem tradere*.

(779) A meno che, essendosi proceduto alla *mancipatio* della cosa venduta, il venditore stesso non rispondesse attraverso l'*auctio auctoritatis* (su ciò cfr. *infra*, § 16 lett. *d*).

(780) Aspetto che, come si vedrà (*infra*, in questo paragrafo, lett. *e*), influisce sul limite, per così dire, inferiore del contenuto dell'obbligazione del venditore.

(781) Sul carattere "centrale" dell'*ob evictionem se obligare* nell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria, cfr. *infra*, § 16 lett. *a*.

(782) Su quest'ultimo aspetto, cfr. *infra*, § 16 lett. *a-c*.

(783) Sull'obbligazione di *ob evictionem se obligare*, cfr. *infra*, § 16; su quella di *purgari dolo malo*, *infra*, in questo paragrafo, lett. *g*.

(784) È rimasta, al riguardo, isolata, come ricorda il Peters, *Die Verschaffung*, cit., 173 nt. 5, l'opinione del Ricca-Barberis, *L'evizione obbligo-limite del venditore romano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, cit., II, 129 ss.: cfr. inoltre Id., *L'obbligo nascente dall'evizione e quello di trasferire la proprietà*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, cit., III, 261 ss.; Id., *Trasferimento della proprietà (non solo del pacifico possesso) nella compravendita romana*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Milano, 1953, 389 ss. Le argomentazioni al proposito di quest'ultimo autore sono, com'è ormai a tutti noto, sprovviste di qualsiasi fondamento (per una discussione che va al di là dell'effettiva importanza delle stesse, cfr. Bussmann, *op. cit.*, 66 ss.).

(785) È precisamente in base ad un *legatum per damnationem*, ché in quello *sinendi modo* la problematica è articolata in modo sostanzialmente diverso (cfr., per tutti, Kaser, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 744).

(786) Nel caso dunque il debitore abbia effettuato il trasferimento di una cosa altrui, il creditore potrà agire con l'*actio ex stipulatu* od *ex testamento*, sulla base della semplice circostanza di non esser divenuto, in base al negozio solutorio, proprietario della cosa dovuta: e tale azione spetta indipendentemente dallo spossessamento ad opera dell'effettivo proprietario, restando comunque l'unica esperibile anche dopo questo momento.

(787) Ulp. 34 *ad Sab.*, D. 18, 1, 25, 1: v., da ultimo, Peters, *op. ult. cit.*, 175 testo e nt. 11.

(788) A meno della mala fede del venditore stesso (cfr. *infra*, § 25 lett. *e*).

(789) Con le varie azioni che possono spettargli al riguardo: l'*actio auctoritatis*, l'*actio ex stipulatu* (in base ad una stipulazione di garenzia), l'*actio empti* in funzione di garenzia (cfr. su di ciò, *infra*, § 16 e 17).

(790) Cfr., in un contesto più ampio, Afr. 8 *quaest.*, D. 19, 1, 30, 1, la cui importanza è esattamente sottolineata dall'Arangio-Ruiz, *La compravendita*², cit., 150. V., del resto, anche Sev. et Carac., C. 8, 44, 3 (del 210 d.C.).

(791) Il passo non rileva invece in tema di obbligo di *mancipare* (sul quale v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*).

(792) Su di esso, sotto il profilo della vendita di cosa altrui, cfr. *supra*, § 8 lett. *a*, e sotto quello della garenzia contro l'evizione *infra*, nt. 926.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

415

circa il trasferimento della cosa viene individuata nel *tradere possessionem* (793). D'altro lato, in Afr. 8 *quaest.*, D. 19, 2, 33 (794), sembrerebbe — ai fini della ripartizione del rischio — che l'unico atto rilevante fosse quello di *vacuam possessionem tradere* (795)

c) La portata dell'obbligazione di *possessionem tradere* può, d'altronde, esser ulteriormente precisata. È importante al proposito un famoso passo di Celso, D. 12, 4, 16 (lb. [3] <8> *dig.*), su cui esiste un'imponente letteratura (796): dai tempi della glossa, e precisamente con Azone (797), è stato ricavato dal passo (798) che l'assunzione dell'obbligazione di trasferire la proprietà comportava l'esclusione della compravendita, anzi addirittura di un negozio omologabile alla compravendita (799), restando integrata soltanto una *datio ob rem* (800).

Non poteva, però, non destar meraviglia il fatto che — dandosi una convenzione avente ad oggetto lo scambio della cosa contro il suo equivalente in *pecunia numerata* — il giurista escludesse (801) la compravendita. Già all'epoca dei glossatori Giovanni Bassiano (802) andava in avviso contrario a quello di Azone, sostenendo, praticamente, che la decisione del giurista romano si giustificava in base al fatto che la volontà delle parti aveva escluso, nel caso, il contratto di compravendita. Le interpretazioni dei due glossatori (803) si sono contrapposte nel corso dei secoli, e le impostazioni di base così seguite reggono ancora il dibattito in materia (804).

Tra le due opinioni tradizionali, attualmente l'interpretazione di Azone tende ad essere, ma a torto, sempre più abbandonata (805), a favore di teorie che si muovono prevalentemente nell'àmbito dell'opinione di Giovanni Bassiano, circostanziandola e non di rado modificandola più o meno incisivamente (806). A quest'ultima ipotesi è stato

(793) Sul passo, da questo punto di vista, cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 165 nt. 1. V., del resto, Lab. 4 *post. a Iavol. epit.*, D. 18, 1, 78, 1 e D. 19, 1, 50; e Iavol. 5 *ex post. Lab.*, D. 8, 1, 20 (sul quale v. anche *supra*, § 11 lett. *e*): su tali passi, dal punto di vista qui discusso, cfr. soprattutto TALAMANCA, *op. ult. cit.*, § 12 e 25.

(794) Cfr. *infra*, § 27 lett. *h*, in relazione alla portata del passo in relazione alla tematica della ripartizione del rischio contrattuale.

(795) Su Papin. 27 *quaest.*, D. 22, 1, 4 pr., cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*.

(796) Sulla stessa cfr., per tutti, TALAMANCA, *op. ult. cit.*, § 1-6: nel complesso della detta ricerca (ivi compresa la seconda parte, intitolata *Da Giuliano a Paolo*, in fase di avanzata preparazione), si troverà una revisione della dottrina ed un'ampia discussione sulla collocazione storica del passo, da cui dipendono i rapidi accenni che seguiranno.

(797) Cfr. gl. *proclivior*, a D. 12, 4, 16.

(798) Il caso preso in considerazione dal giurista è quello in cui taluno abbia trasferito la proprietà di una somma di denaro per ottenere la proprietà dello schiavo Stico («*dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares*»): l'unico elemento disomogeneo rispetto all'*emptio venditio* (dove il venditore ha soltanto l'obbligo di *possessionem tradere*) è l'assunzione, da parte del *pecuniam accipiens*, dell'obbligazione di *rem dare*, che, per i romani, è tipicamente un'obbligazione di trasferire la proprietà (della cosa).

(799) Nella dottrina più recente, e più profondamente ispirata ad una metodologia storica, il problema viene affrontato con specifico riferimento alle posizioni personalmente assunte dall'ultimo capo della scuola proculeiana in tema di contratti innominati (spesso perdendo — per contraccolpo — il collegamento con la problematica della vendita: cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, § 6): nella dottrina dell'età intermedia, a prescindere dal collegamento con tali contratti, era ovvio che dal passo si ricavasse per l'*emptio venditio* una caratterizzazione non limitata al singolo giurista, ma valutata come propria del diritto romano preso come ordinamento unitario. Ancora l'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 150 ss., dà alle conclusioni raggiunte sulla base della *l.* 16 una portata tendenzialmente generale.

(800) Dalla qualificazione il giurista trae conseguenze sul piano della disciplina della fattispecie: non si applica il *periculum emptoris* (su questa complessa tematica, v. *infra*, § 27); se è stato trasmesso uno schiavo altrui (e quindi non è passata la proprietà), si poteva subito agire, per la ripetizione dell'*ob rem datum*, a differenza del regime evizionale della vendita (su cui v. *infra*, § 16 lett. *a*); il *pecuniam accipiens*, a differenza del venditore, doveva sì trasferire la proprietà, ma proprio per questo non era tenuto a garentire contro l'evizione (su ciò v'è controversia in dottrina, ma cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 158).

(801) Ed ancor di più un negozio analogo alla stessa: si tratta di un profilo su cui non cade molto l'attenzione della dottrina che respinge l'interpretazione azoniana del passo. Il tono cauto di Celso («*in quod proclivior sum*», dice il giurista) si spiega per l'appunto in riferimento a codesta più ampia esclusione (cfr., su ciò, TALAMANCA, *op. ult. cit.*, § 29).

(802) Il cui pensiero è riportato anch'esso nella gl. *proclivior*, a D. 12, 4, 16, già citata.

(803) A fronte di un'accentuata omogeneità nel modo di pensare di coloro che seguivano Azone, v'è da notare una forte articolazione delle opinioni che seguono il nucleo fondamentale dell'interpretazione di Bassiano.

(804) Per un breve periodo si è cercato di superare la difficoltà mediante il ricorso ad ipotesi — più che d'interpolazioni difficilmente ipotizzabili per la prima parte del passo, quella qui rilevante — di una corruttela prodottasi nella trasmissione del testo, trasformando generalmente il caso in una banale ipotesi di permuta. L'infondatezza di tali tentativi sia sul piano paleografico che su quello sostanziale è già stata ampiamente dimostrata in dottrina: cfr., per tutti, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 153 ss., sulle orme dello SCIALOJA, *La l. 16 Dig. de cond. causa data 12, 4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, in *BIDR*, 1907, 161 ss. (v. anche TALAMANCA, *op. ult. cit.*, § 6 e 7).

(805) Essa è stata difesa, con molta energia, per l'ultima volta dall'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 150 ss.: cfr., adesso, in un quadro più ampio, TALAMANCA, *op. ult. cit.*

(806) Prescindo, qui, da talune opinioni che si collocano al di fuori di questi due filoni fondamentali (su di esse, cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, § 4-8, *passim*). Bisogna, del resto, sottolineare come molte ipotesi che, anche presentando talora più o meno notevoli varianti rispetto a quella di Bassiano, respingono la spiegazione di Azone presuppongano — decisivi per la soluzione del caso — una serie di dati

Senato della Repubblica - Archivio Storico

— non senza fondamento — rimproverato di non tener fra l'altro conto dei limiti in cui le parti avrebbero potuto incidere sulla configurazione giuridica della fattispecie (807). Sotto un profilo più pregnante, non si vede come si possa dire che le parti abbiano escluso la compravendita, se avevano identificato, come oggetto del loro accordo, gli elementi essenziali di questo contratto, lo scambio della cosa contro il prezzo. Ciò porterebbe a riscontrare, nel caso, una volontà contraddittoria, e quindi irrilevante per il diritto (808).

d) L'interpretazione di Azone, la più piana del resto e la più spontanea, appare dunque quella che — nonostante le apparenze (809) — crea le minori difficoltà nella valutazione del passo: è l'assunzione da parte del "venditore" dell'obbligo di trasferire al "compratore" la proprietà della cosa venduta che fa escludere a Celso non solo l'*emptio venditio*, bensì un negozio analogo alla compravendita.

La soluzione seguita da Celso non rappresenta, in realtà, una scelta arbitraria da parte del giurista, bensì si riallaccia essenzialmente alla controversia fra le scuole sulla permuta e sulla compravendita (810), la quale a sua volta s'inserisce in un più ampio contesto che coinvolge la questione della tutela giudiziaria dei cosiddetti contratti innominati (811). Per quanto concerne la mancata integrazione del contratto di compravendita (812), la decisione del giurista adrianeo trova un puntuale riscontro in un'impostazione ancora presente nella giurisprudenza tardo-classica (813), per cui la precisa individuazione della differenza tra il contenuto dell'obbligazione del venditore (*tradere possessionem*) e del compratore (*nummos accipientis facere*) è trattata nell'àmbito della discussione (814) sulla differenza fra la permuta e la compravendita. In siffatta connessione l'ammettere che la prestazione del venditore potesse essere modificata, dalla volontà delle parti, nel senso che anch'egli potesse essere tenuto — alla pari del compratore — a *rem accipientis facere*, significava, infatti, lasciar cadere il principale sostegno della teoria proculeiana, ciò che Celso non avrebbe mai potuto ammettere. Se al passo, dunque, si guarda soltanto dal punto di vista della mancata integrazione dell'*emptio venditio*, che è quello più diffuso in dottrina (815), non vi sono problemi: il rifiuto di vedervi anche un negozio in analogia alla compravendita dipende, invece, dalla posizione assunta da Celso in ordine al problema della protezione giudiziaria delle convenzioni sinallagmatiche, il quale, in quel momento, stava subendo una svolta decisiva ad opera di Aristone (816).

Alla fine, invece, della giurisprudenza classica, quando la *permutatio*, protetta dall'*actio civilis incerti*, avrà assunto una propria collocazione nel sistema contrattuale romano, e la disputa fra sabiniani e proculeiani sul *pretium* e la *pecunia numerata* sarà divenuta soltanto un ricordo del passato, Paolo arriverà alla conclusione che — come effetto essenziale del negozio — il venditore è tenuto soltanto a *possessionem tradere*, ma che l'assunzione, con una clausola accidentale del contratto,

---

(che Celso avrebbe taciuto), ma senza avere l'ardire di proporre delle correzioni al testo. Il che è sufficiente a condannarle definitivamente.

(807) Cfr., da ultimo, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 159 (v. già, del resto, SCHLOSSMANN, *Zur Geschichte des römischen Kaufes*, in *ZSS.R.*, 1903, 155 s., con impostazione che affondava le sue radici nel dibattito pandettistico sulla *Willenstheorie*). Benché si tratti di una problematica propria dell'interprete, è da sottolineare che una tale libertà delle parti sembrerebbe estranea alla logica del sistema contrattuale romano e della sua rigorosa tipicità. Del resto, nella disputa fra le scuole in tema di permuta e di compravendita non appare mai rilevare la volontà delle parti direttamente rivolta alla qualificazione giuridica della fattispecie, bensì soltanto elementi oggettivi.

(808) Per una più articolata discussione al riguardo, cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, § 7 e 8.

(809) Contro di essa non sono mai state avanzate, del resto, obiezioni insormontabili, ché, in definitiva, si fa più o meno apertamente ricorso alla sua illogicità in astratto: se un tale atteggiamento è più o meno larvatamente diffuso presso tutti gli avversari della teoria azoniana, esso riceve una particolare accentuazione in APPLETON, *Le fragment 16, D., XII, 4. L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine et la cause déterminante dans les contrats*, in *Rev. gén. dr.*, 1912, 511 ss.

(810) In relazione al requisito che il prezzo consistesse in *pecunia numerata*: v. *supra*, § 2 lett. *a*.

(811) Per una rassegna della letteratura più recente sull'argomento, e per la giustificazione di quanto molto sommariamente accennato nel testo, cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, § 10-32.

(812) La quale, nel discorso di Celso, è presupposta dal rifiuto di vedere — nel caso esaminato — una figura "analoga" alla compravendita.

(813) E precisamente in Paul. [32] <33> *ad ed.*, D. 19, 4, 1 pr., su cui v. *supra*, in questo paragrafo, lett. *a*.

(814) Che ha ormai soltanto il valore di una notizia storica, dato che Paolo conosce il contratto di permuta difeso dall'*actio civilis incerti* (cfr. *supra*, § 2 lett. *a*) e che l'opinione sabiniana è ormai da un secolo — o ancor di più — obsoleta.

(815) Cfr., per tutti, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 150 ss.

(816) Su questo aspetto, che si colloca al di fuori dello specifico argomento della compravendita, cfr., per tutti, la nostra messa a punto (TALAMANCA, *lc. ult. cit.*), dove si può trovare anche la discussione sulla più recente dottrina in materia.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

dell'obbligazione di trasferire la proprietà non snatura più la compravendita (817).

e) La delimitazione della portata dell'obbligazione del venditore di *tradere possessionem* avveniva anche sotto un diverso — ed opposto — profilo. Secondo Lab. 5 *post. a Iav. epit.*, D. 18, 1, 80, 3, non vi poteva essere compravendita, quando a carico del "venditore" non si prevedesse l'obbligo di trasferire la definitiva disponibilità della cosa (818). Quali ulteriori requisiti dovesse avere la *possessio* trasferita perché l'obbligazione del venditore si intendesse adempiuta risulta da altri passi: in base a Nerat.-Iulian.-Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 13, il venditore è tenuto, secondo l'opinione di Giuliano e di Ulpiano, a trasferire una *possessio* che sia tutelabile, mediante la protezione interdittale, nei confronti di chiunque (819): la stessa opinione è seguita da Pomponio in D. 19, 1, 3 pr. (lb. 9 *ad Sab.*), nonostante l'ambiguo dettato; dei fondi si deve poi trasmettere una *vacua possessio* (820), il che non avviene — secondo Paul. 5 *ad Sab.*, D. 19, 1, 2, 1 — sia nel caso in cui, *ex edicto praetoris*, sul fondo si trovi un *missus in possessionem legatorum fideive commissorum servandorum causa*, sia che il *venter in possessione sit* (821).

D'altro canto, il diritto dell'*emptor* alla cosa risulta configurato nelle fonti in modo tale che l'acquisto del possesso deve esser sempre mediato — secondo la logica del rapporto obbligatorio — dalla collaborazione del venditore: l'autoimmissione del compratore nella disponibilità materiale della cosa venduta non porta ad un valido acquisto del possesso nei confronti del venditore, neppure se sia avvenuta in forma non violenta (822).

f) Un problema di più difficile soluzione è quello se gravi sul venditore l'obbligo di effettuare comunque la *mancipatio* della cosa, obbligo che va concettualmente distinto da quello di trasferire la proprietà della cosa stessa (823), secondo una distinzione ben presente ai giuristi romani, e che viene espressa da Papin. 27 *quaest.*, D. 22, 1, 4 pr., contrapponendo — quale oggetto dell'obbligazione — il *factum rei promittendi* all'*effectus per* [*traditionem*] <*mancipationem*> *dominii transferendi* (824). L'opinione dominante (825) ritiene al

---

(817) Ciò risulta dagli svolgimenti di D. 19, 4, 1 ([32] <33> *ad ed.*) comparati con D. 19, 5, 5, 1 (5 *quaest.*): su ciò cfr. la seconda parte della nostra citata monografia *Per l'interpretazione* (ricordata *supra*, nt. 796). Più difficile la valutazione al proposito di Papin. 27 *quaest.*, D. 22, 1, 4 pr. (su cui cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*).

(818) Su di esso cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 162 s.: per una discussione della letteratura più recente, TALAMANCA, *op. ult. cit.*, I, § 12 e 17, anche contro il tentativo di trarre, dal passo, uno spunto per affermare che, comunque, il venditore avrebbe l'obbligo di effettuare la *mancipatio* delle *res mancipi* (su tale obbligo v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f-g*).

(819) Sul passo cfr., per tutti, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 167 s. Di diverso avviso Nerazio, il quale riteneva che il venditore dovesse prestare garenzia anche contro l'evizione possessoria (probabilmente considerando questo caso ricompreso — anche senza una specifica clausola — nell'*habere licere*): Giuliano ed Ulpiano danno, invece, in tale eventualità l'*actio empti* per il mancato adempimento dell'obbligazione di *possessionem tradere*. Per questa differenza di opinioni fra Nerazio, proculiano, e Giuliano, sabiniano, non è possibile trovare una rispondenza nella controversia fra le scuole sulla vendita e sulla permuta.

(820) La terminologia ritorna, fra l'altro, nella *conceptio verborum* di Papin. 27 *quaest.*, D. 22, 1, 4 pr. (su cui v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*): v., del resto, anche Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 3, 1.

(821) Per la *missio in possessionem* e le sue diverse figure, cfr. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 333 ss. Si tratta per Paolo di un'enumerazione meramente esemplificativa: è ovvio che — a parte problemi di responsabilità *in contrahendo* — non manchi una valida *traditio possessionis*, nel caso in cui sul fondo insista un *possessor alieno nomine*, il quale non possa vantare, nei confronti dell'*emptor* divenuto possessore, una protezione pretoria.

(822) Cfr. Pompon. 32 *ad Sab.*, D. 41, 2, 33; Paul. 33 *ad ed.*, D. 41, 2, 5, dove l'*emptio venditio* è omologata, sotto questo profilo, alla *stipulatio*. Non si può ragionare *a contrario* per il *verus emptor* da Diocl. et Max., C. 7, 32, 9 (del 294 d.C.), in cui l'acquisto di una *iusta possessio* è negato nel caso si affermi falsamente l'esistenza della vendita.

(823) In quanto, con il primo, il venditore non si assume la responsabilità in ordine alla produzione dell'effetto della *mancipatio* stessa, e cioè il trasferimento della proprietà, e risulta aver ad esso adempiuto, una volta che ha effettuato, ancorché privo d'effetti, l'atto.

(824) Sul passo, cfr. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, 88 ss. (di cui è da accogliersi la correzione del tenore della *stipulatio* considerata da Papiniano in *rem* <*mancipio*> *dari vacuamque possessionem tradi*, già accettata da DE FRANCISCI, *'Synállagma'. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 68 ss.; ID., *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova, 1924, 189 ss., ma generalmente trascurata nella letteratura successiva e precedentemente anche da parte di chi scrive); BUSSMANN, *op. cit.*, 164 ss.; ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 168 ss.; FEENSTRA, *L'effet exstinctif de la novation*, in *TR*, 1961, 411 s.; APATHY, *Animus novandi. Das Willensmoment beim römischen Schuldneuerungsvertrag*, Wien-New York, 1975, 219 ss.; TALAMANCA, *'Conventio' e 'stipulatio'*, cit., 172 s.; PUGLIESE, *Compravendita*, cit., 49. Non è possibile entrare in questa sede in un'approfondita discussione dei vari aspetti del passo (che riprendiamo nella seconda parte della nostra monografia *Per l'interpretazione*, già ricordata *supra*, nt. 796): non vediamo, però, motivo per cambiare d'opinione sul punto che, nel caso trattato nel *principium* (a differenza di quanto avviene nel § 1), la *stipulatio* stessa è venuta a prendere *ab origine* il posto dell'*obligatio consensu contracta* che potesse eventualmente configurarsi sulla base dell'intento socio-economico perseguito dalle parti.

(825) A parte gli autori che fondano l'obbligazione di *mancipio dare* su quella di *purgari dolo malo* (cfr. *infra*, nt. 836), cfr., per tutti, la letteratura citata in KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 551 nt. 53, cui *adde*, ad esempio,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

proposito che quest'obbligo rientri tra gli effetti — essenziali od eventualmente naturali — del contratto di compravendita, mentre è soprattutto l'Arangio-Ruiz a pensare che esso risulti generalmente da un *pactum adiectum* appositamente aggiunto al contratto (826).

Che sul venditore possa gravare l'obbligo di eseguire la *mancipatio* delle *res mancipi* vendute è attestato, al di là di ogni possibilità di dubbio, non foss'altro in Gai 4, 131*a* (827): e, del resto, che il venditore possa esser tenuto ad effettuare la *mancipatio* risulta anche dal già citato D. 22, 1, 4 pr. di Papiniano (828). Se questi passi possono apparire al di sopra di qualsiasi dubbio, maggiore cautela è necessaria, anzitutto, con Pauli *sent.* 1, 13*a*, 4, ridotto in condizioni tali, da impedire che se ne possano trarre indicazioni precise sul problema che c'interessa (829); ed anche con Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 2, il quale ha, indubbiamente, sofferto in modo rilevante dalla circostanza che, nella compilazione giustinianea, non poteva più comparire la menzione della *mancipatio*, che in esso con tutta probabilità si faceva (830).

Sulla fonte, però, dell'obbligo di *mancipare*, i passi dianzi citati non offrono alcuna sicura precisazione. Dalla sola circostanza che al proposito essi tacciano, non può di certo ricavarsi la deduzione che tale obbligo rientri nel contenuto essenziale — o naturale — del contratto, ché questo potrebbe essere sostenuto soltanto in virtù di una argomentazione più ampiamente circostanziata (831). A fronte, poi, delle specifiche affermazioni delle fonti sul (*vacuam*) *possessionem tradere* come oggetto dell'obbligazione del venditore, e soprattutto in relazione alla precisa tripartizione del contenuto di tale obbligazione fatta da Paul. [32] <33> *ad ed.*, D. 19, 4, 1 pr. (832), non v'è alcuna possibilità di ritenere che i *prudentes* identificassero l'obbligo del venditore circa il trasferimento della cosa in modo diverso dal *possessionem tradere*, rispetto a cui l'*ob evictionem se obligare* assicurava il prolungamento del tempo dell'*habere licere* (833). Che poi l'obbligo di *rem mancipio dari* potesse essere tacitamente od implicitamente ricompreso in quello di *possessionem tradere* (834), dovrebbe esser convenientemente argomentato (835): una semplice affermazione al riguar-

---

PETERS, *op. ult. cit.*, 176 ss.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 278 ss.; PUGLIESE, *op. ult. cit.*, 45 ss.

(826) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *lc. ult. cit.*

(827) Dal passo, su cui cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 172 s., risulta che l'*actio empti* può servire a chiedere — in momenti distinti e successivi — sia la *mancipatio* del fondo, sia la *vacuae possessionis traditio*, sia la prestazione di una stipulazione di garenzia: ed è perciò che, per non consumare tutta l'azione in base all'*intentio incerta* del *iudicium bonae fidei*, è necessaria l'inserzione di una *praescriptio pro actore* (su cui cfr. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., 39 s.), nel caso si voglia restringere la portata della *litis contestatio*. Sprovvista di qualsiasi attendibile argomentazione l'opinione rapidamente espressa dal MEYLAN, *La genèse*, cit., 135 s.; ID., *Pourquoi*, cit., 431 nt. 16; ID., *La stipulation 'habere licere'*, cit., 67 ss. (e su cui si dilunga lo STURM, *Origine*, cit., 582 s.), che la *mancipatio* sia tenuta presente in Gai 4, 131*a* in quanto atto che crea l'*auctoritas*, l'obbligazione di garentire contro l'evizione.

(828) In esso il giurista propone una duplice interpretazione della clausola *rem <mancipio> dari* (contenuta in una *stipulatio* a *rem<mancipio> dari vacuamque possessionem tradi*: per la correzione v. *supra*, nt. 824), nella quale distingue, come si è accennato, quale possibile oggetto dell'obbligazione, il *factum rei promittendi* (l'effettuazione della *mancipatio*), e l'*effectus per* [*traditionem*] <*mancipationem*> *dominii transferendi*. A sostegno di un'interpretazione favorevole al *factum*, Papiniano adduce il regime dell'azione nascente dall'*emptio venditio* consensuale, dove il venditore sarebbe stato tenuto, col *iudicium empti*, al solo *factum* (e non è quindi *verisimile* che, attraverso la *stipulatio*, abbia voluto promettere qualcosa di più).

(829) Cfr., per tutti, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 171 s.

(830) Sul passo, cfr. in questo senso ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato*, cit., 150 ss.; ID., *La compravendita*², cit., 173 ss. In quello opposto, che lo stesso validamente attesti per l'obbligo di effettuare la *mancipatio*, cfr., fra gli altri, MONIER, *Le caractère de bonne foi du contrat de vente et l'obligation de manciper*, in *Mélanges G. Cornil*, II, Paris-Gand, 1926, 143 ss.; BUSSMANN, *op. cit.*, 113 ss. (con ampia rassegna delle opinioni precedentemente avanzate sul passo); e, da ultimo, PETERS, *op. ult. cit.*, 187.

(831) Per la quale non esistono, a nostro parere, sicuri referenti.

(832) Che non si vede per quale mai ragione avrebbe dovuto esser reticente rispetto all'obbligazione di effettuare la *mancipatio* (non è del resto plausibile pensare ai giustinianei come autori della soppressione del ricordo del *gestum per aes et libram*, ché ciò avrebbe lasciato traccia nel testo compilatorio). Particolare rilevanza ha anche D. 19, 1, 11, 13 di Ulpiano, dianzi citato, proprio perché — a fronte del generico *in re tradenda* con cui si apre la discussione del problema — si sviluppa tutta una tematica basata sul trasferimento del possesso (così, esattamente, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 167 s.).

(833) A tale proposito non possono comunque avere rilevanza i passi in cui si parla genericamente di (*rem*) *tradere* (punto, codesto, sottolineato a ragione dall'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 164).

(834) È escluso che lo stesso possa esser ricompreso nell'*ob evictionem se obligare*: in tal senso potrebbe cogliersi un accenno — comunque non sviluppato — in ANKUM, *Alla ricerca della 'repromissio' e della 'satisdatio secundum mancipium'*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, IV (in onore di M. de Dominicis), Perugia, 1981, 743 testo e nt. 9.

(835) Il che non avviene di certo ad opera dello GIRARD, *Etudes*, cit., 111 ss., il quale — senza ulteriori circostanziazioni — afferma esser «*l'obligation de manciper comme comprise dans l'obligatio de délivrance*», in un contesto in cui non si menziona D. 19, 4, 1 pr. di Paolo. Il BECHMANN, *Der Kauf*, I, cit., 546 ss., riconduceva l'obbligo del venditore a fare tutto ciò che è necessario allo scopo della compravendita (l'acquisto della proprietà), ed eventualmente dunque la

Senato della Repubblica - Archivio Storico

419

do è destituita di qualsiasi forza di convincimento.

g) Una parte della dottrina (836) ritiene, però, di trovare la fonte dell'obbligazione di *rem mancipio dari* nel *purgari dolo malo*, l'ultima segmentazione proposta da Paolo in D. 19, 4, 1 pr., che la pone praticamente sullo stesso piano dell'*ob evictionem se obligare* e del *possessionem tradere* (837). I passi in cui espressamente si fa riferimento a questa struttura concettuale non sono molti, oltre al generico ricordo in D. 19, 4, 1 pr. In Proc. 6 *epist.*, D. 18, 1, 68, 2, la circostanza che il venditore fosse garante del *dolum abesse* viene adoperata per giustificarne la responsabilità, allorché dipenda da un suo comportamento il mancato possesso del fondo da parte del compratore (838); in Afr. 8 *quaest.*, D. 19, 1, 30, 1 (839), si fonda su di esso l'estensione della responsabilità del venditore *sciens* di una *res aliena*, tenuto nei limiti dell'interesse del compratore di divenire proprietario della cosa (in consapevole contrapposto con la normale situazione, in cui è sufficiente al venditore *ob evictionem se obligare* e *possessionem tradere*); in Flor. 8 *inst.*, D. 18, 1, 43, 2, finalmente, il *dolum malum abesse* sta a base della responsabilità *in contrahendo* del venditore (840).

Nella *l.* 43, 2, sul *purgari dolo malo* poggia indubbiamente una responsabilità del venditore, la quale non può riportarsi né all'*ob evictionem se obligare* né al *possessionem tradere*; nella *l.* 68, 2, esso sembra esser preso, più che altro, come criterio di determinazione della responsabilità (841). In D. 19, 1, 30, 1, infine, il *purgari dolo malo* comporta un'obbligazione — o una responsabilità — del venditore che va oltre il contenuto normale dell'obbligazione, riferendosi però non tanto all'obbligo di *rem mancipio dari* (842), quanto al risarcimento dell'attore nei limiti dell'interesse a divenir proprietario della cosa, che in questo caso viene eccezionalmente ritenuto degno di protezione in base al *dolus in contrahendo* del venditore.

In definitiva, l'obbligazione di *purgari dolo malo* non ha una precisa delimitazione nell'àmbito di una netta differenziazione fra contenuto dell'obbligazione e criteri d'imputazione della responsabilità. La tripartizione di Paolo cerca, del resto, di determinare nel modo più completo possibile il contenuto dell'obbligazione del venditore, proprio per la necessità di mostrare che, sotto nessun profilo, si potesse sostenere che egli fosse tenuto a trasmettere al compratore la proprietà della cosa venduta, a differenza di quanto l'acquirente stesso era invece tenuto a fare con i *nummi* che costituivano il prezzo (843). Come tutte le classificazioni dei giuristi romani, anche la tripartizione di Paolo ha un carattere più o meno marcatamente topico, in funzione del contesto di di-

---

mancipatio, nell'àmbito della «*Sachleistung*», senza prendere anch'egli in considerazione il passo di Paolo.

(836) Questa opinione risaliva già all'Accarias, *Précis de droit romain*³, II, Paris, 1882, 470 s., ed era stata ripresa dal Coq, *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, 1917, 458, ma venne imposta all'attenzione soprattutto dal Monier, *op. ult. cit.*, 142 ss. (v. anche Id., *Manuel*⁴, cit., 144 ss.), il quale trovò particolare seguito nella romanistica francoloquente: cfr., in genere piuttosto cursoriamente, Collinet, *Une émendation à la loi 50 Dig. 19, 1 (les caractères de la vente consensuelle dans l'oeuvre de Labéon)*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, cit., 416 nt. 15; Bussmann, *op. cit.*, 97 s.; Giffard, *Précis de droit romain*³, II, Paris, 1951, 61. Segue, ma senza entusiasmo, tale dottrina anche il Biondi, *Vendita*, cit., 7. In senso critico, cfr., soprattutto, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 174 ss.

(837) Per Paolo l'obbligazione di *purgari dolo malo* è un effetto essenziale del negozio che si produce, in base all'accordo che integra l'*emptio venditio* consensuale, indipendentemente da qualsiasi specifica pattuizione. Da Proc. 6 *epist.*, D. 18, 1, 68, 1 risulta, però, che — nei formulari più o meno stereotipi in uso — veniva espressamente, ancorché inutilmente, contenuta una previsione al riguardo («*dolus malus a venditore aberit*»).

(838) Sul passo cfr., per tutti, Krampe, *Proculi Epistulae. Eine frühklassische Juristenschrift*, Karlsruhe, 1970 57 ss., e, da un particolare angolo di visuale, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 180, che erroneamente lo riporta a *leges in mancipio dictae*.

(839) Su cui cfr. Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 176 nt. 1: v. anche *infra*, § 25 lett. *e*.

(840) Sia per l'attività positivamente rivolta ad ingannare il compratore, che per la mera dissimulazione della reale situazione dei fatti (cfr. *infra*, § 25 lett. c). Pompon. 9 *ad Sab.* D. 19, 1, 6, 8 non sembra riferirsi al *purgari dolo malo* come specifica obbligazione del venditore.

(841) Cfr, nel *principium* della *l.* 68, l'impostazione in termini di *praestare*, che si rivolge non soltanto all'assenza del *dolus malus* («*ut a te dolus malus absit*»), ma anche di un comportamento negligente («*sed etiam ut culpa*»).

(842) Cfr., esattamente, sul punto Wacke, *Die verschuldete Eviktion*, cit., 159, ma il paragone che l'autore implicitamente propone con la problematica del «*Vorprozeß*» nell'evizione risulta, proprio per questo, di scarso rilievo.

(843) Sotto questo profilo è molto significativo che, come si è già detto *supra*, nt. 778, non si ricordi che il *purgari dolo malo* esisteva anche a carico del compratore. A parte le ragioni di carattere espositivo od argomentativo, bisogna tener conto — cfr. D. 18, 1, 68, 1 — che, nella prassi contrattuale, le clausole sul *dolum malum abesse* sembrano attestate soltanto a carico del venditore, il che può forse essere posto in correlazione con la relativa semplicità della posizione obbligatoria del compratore. Ciò non significa, peraltro, che quest'ultimo non fosse tenuto per il suo comportamento doloso, anche di fuori dell'obbligazione di *nummos dare* (v. *infra*, § 25 lett. *f*), e che a suo carico non sussistesse quindi, nella sostanza, un *purgari dolo malo*. Si è che, a questo riguardo, bisogna tener presente il carattere topico che possono presentare — alla pari degli altri schemi concettuali — anche le classificazioni dei giuristi romani.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

420

scorso sulla differenza fra le obbligazioni del compratore e del venditore.

b) Per concludere: è indubbio che — sulla base di quanto Paolo designa come *purgari dolo malo* — si potessero verificare casi in cui i *prudentes* configurassero sostanzialmente a carico del venditore l'obbligo di *mancipio dare* (844), il che non significa però che si trattasse di una conseguenza generalizzata o, comunque, frequente. Rispetto ad un punto (il trasferimento della cosa), in cui la posizione del venditore era precisamente — e consapevolmente — individuata dal reciproco contrapporsi fra il *possessionem tradere* e l'*ob evictionem se obligare*, non si poteva — data la portata del *purgari dolo malo* (845) — ritenere il venditore in dolo per il solo fatto di non effettuare la *mancipatio*, un comportamento al quale egli non era sostanzialmente tenuto (846).

L'obbligo di *rem mancipio dari* poteva, dunque, scaturire da un patto esplicito fra le parti, da un'implicita presupposizione (847) o, se si vuole, dall'oggettiva configurazione della fattispecie, ma non era né un *essentiale* né un *naturale negotii*; ché anzi, se dobbiamo dar credito a quanto risulta dalle fonti, l'evenienza di tale obbligo non attirava frequentemente l'attenzione dei giuristi (848).

(844) Cfr. quelli fatti alla fine del già citato D. 19, 1, 30, 1, di Africano, in cui il venditore è consapevole che il compratore acquista uno schiavo per manometterlo o per darlo a pegno (ed avendo venduto in mala fede una cosa altrui, risponde addirittura nei limiti dell'interesse del compratore ad essere divenuto proprietario dello schiavo, v. anche *infra*, § 25 lett. *e*). L'attuale stesura del passo è forse sconnessa, ma i casi individuati sono quelli in cui il venditore, consapevole dell'intento del compratore, potrebbe esser ritenuto in dolo se, proprietario della cosa, non esegua un atto astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà, e quindi eventualmente la *mancipatio*.

(845) Si è visto — *supra*, in questo paragrafo, lett. *f*. — come esso abbia carattere strumentale e marginale.

(846) Sotto questo profilo va osservato che il modo di procedere dei giuristi romani che avrebbero negato, in quanto tale, l'obbligo di *mancipare*, per esigerlo sotto la «diversa etichetta» del *purgari dolo malo*, non sarebbe stato soltanto «contorto», come pensa l'Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 176 (il quale — p. 175 s. — si muove, sostanzialmente, nell'ordine di idee qui accennato, attenuando però eccessivamente la differenza fra la posizione da lui assunta e la dottrina francoloquente qui discussa), bensì intimamente contraddittorio; e tale, dunque, da poter esser accettato, in sede di ricostruzione storica, solo se fondato su prove certe, e non in base ad una semplice congettura di un interprete moderno.

(847) Come nei casi visti *supra*, nt. 844.

(848) Sotto un diverso profilo, bisogna tener presente che la particolare costruzione della *iusta causa usucapionis* nel *titulus pro emptore* (in cui è necessario che sussista, al momento della consegna, la volontà del tradente e dell'accipiente di trasferire *emptionis causa*) sarebbe risultata, senz'altro, più difficile se il venditore stesso fosse stato tenuto ad eseguire un atto astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà.

16. *L'«ob evictionem se obligare»*. — *a*) La garenzia per l'evizione (849) costituisce, nell'*obligatio consensu contracta*, il necessario correlato di quella di *tradere possessionem* (850). Quest'ultima era configurata in modo tale che — per quanto concerne la consegna — la definitiva messa a disposizione della cosa (851) estingueva qualsiasi responsabilità del venditore in ordine al trasferimento della cosa, onde tale garenzia era necessaria per assicurare al compratore la continuazione dell'*habere licere* che aveva conseguito in seguito alla *traditio possessionis* (852). Proprio per tale configurazione, d'altronde, il venditore non era tenuto

(849) Su di essa cfr. la letteratura citata in Kaser, *Das römische Privatrecht*[2], I, cit., 132 nt. 2, e fra di essa soprattutto — oltre a Bechmann, *Der Kauf*, III, t. 2, cit., 3 ss., per il diritto comune — Girard, *Etudes*, cit., 5 ss.; Id., *L'"auctoritas" et l'action "auctoritatis"*, in *Mélanges*, II, cit., 153 ss.; Rabel, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, I, Leipzig, 1902; Kaser, *Das Ziel der "actio empti" nach Eviktion*, in *ZSS.R.*, 1934, 162 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita*[2], cit., 309 ss.; Sargenti, *L'evizione nella compravendita romana*, Milano, 1960; Calonge, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el derecho romano clásico*, Salamanca, 1968; *adde*, Sargenti, *La "satisdatio" secundum mancipium" e la "stipulatio habere licere" nel quadro della garenzia per evizione nella compravendita romana*, in *BIDR*, 1962, 151 ss.; Ankum, *L'"actio auctoritatis" appartenant à l'acheteur "mancipio accipiens" a-t-elle existé?*, in *Accademia romanistica costantiniana. Atti III Convegno internazionale*, Perugia-Trevi-Gualdo Tadino, 28 settembre-1° ottobre 1977, Perugia, 1979, 3 ss.; Id., *L'"actio de auctoritate" et la "restitutio in integrum" dans le droit romain classique*, in *Maior viginti quinque annis. Essays in Commemoration of the Institute for Legal History of the University of Utrecht*, Assen, 1979, 1 ss.; Id., *Alla ricerca della "repromissio"*, cit., 741 ss.; Id., *Das Ziel der "actio empti"*, cit., 3215 ss.; Id., *Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione del venditore nel diritto romano classico*, in *Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti*, 1989, 5 ss.; Id., *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, II, cit., 597 ss.; Impallomeni, *Il "pactum de non praestanda evictione" nella dottrina di Giuliano ed Ulpiano e i riflessi nelle codificazioni moderne*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, 7-9 aprile 1987), I, Milano, 1988, 233 ss.; Pugsley, *"Quod autem valet mancipatio ..."*, in *Americans Are Aliens and Other Essays on Roman Law*, Exeter, 1989, 32 ss.; Wacke, *Die verschuldete Eviktion*, cit., 141 ss.

(850) Sulla portata dell'obbligazione di *purgari dolo malo*, cfr. *supra*, § 15 lett. *g*.

(851) Intesa, come si è visto (*supra*, § 15 lett. *e*), quale trasmissione di una *possessio* tutelabile con i normali interdetti possessori.

(852) Ed in ciò si deve vedere, come già accennato (*supra*, nt. 786), una differenza essenziale rispetto alle prestazioni *in dando*, dove, nel caso di trasferimento di una cosa altrui, l'obbligazione non si estingue, perché la proprietà della cosa non è passata in base al negozio solutorio, e si può continuare ad agire per l'adempimento, risultando quindi inutile la garenzia contro l'evizione.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

in base alla responsabilità evizionale se non quando fosse cessato l'*habere licere* garentito, e non soltanto in base alla circostanza di aver venduto ad un compratore inconsapevole una cosa di cui non poteva disporre (853).

b) Nella concezione originaria dell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria quale si rispecchia ancora nell'enumerazione delle obbligazioni del venditore contenuta in Paul. [32] <33> *ad ed.*, D. 19, 4, 1 pr. (854), la garenzia per l'evizione non rientrava direttamente negli effetti dell'*obligatio consensu contracta*, nell'àmbito della quale — come risulta dal passo di Paolo dianzi citato — il venditore era semplicemente tenuto ad *ob evictionem se obligare*, e cioè ad assumersi mediante un'apposita *verborum obligatio* (855) la relativa responsabilità.

Questa constatazione pone il problema dell'origine dell'accennata regolamentazione, problema che si collega strettamente all'altro delle cause che hanno determinato la complessiva disciplina dell'obbligazione del venditore nell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria (856). Al proposito, bisogna distinguere sul piano storico fra i due momenti — funzionalmente connessi nel regime classico dell'obbligazione del venditore — del *possessionem tradere* e dell'*ob evictionem se obligare*. Nell'àmbito dell'opinione qui accolta (857) sull'origine della figura dell'*emptio venditio* come contratto obbligatorio e consensuale nella *iurisdictio peregrina* (da cui poi sarebbe passata ai rapporti anche *inter cives*), è difficile separare (858) la struttura possessoria dell'obbligo di consegna del venditore dall'impossibilità degli stranieri di accedere, in linea di massima, ai negozi del *ius civile*, e soprattutto alla *mancipatio* (859), e più in generale — e più convincentemente (860) — dall'impossibilità che il contraente straniero acquistasse e potesse far acquistare alla controparte romana il *dominium ex iure Quiritium*, il che era, per converso, collegato all'irrilevanza nell'ordinamento romano della proprietà *iure peregrino*, la sola di cui fosse capace lo straniero stesso (861). Non si deve, peraltro, pensare ad una precisa consapevolezza dei protagonisti in una sorta di operazione di puntuale ingegneria giuridica: in linea di fatto, le compravendite che si effettuavano sul piano del commercio con gli stranieri venivano eseguite mediante la semplice consegna della cosa, dalla quale in sé considerata (862) non ci si poteva aspettare — sulla base dell'ordinamento romano (863) — che le parti contraenti acquistassero una proprietà rilevante per il *ius civile* (864).

c) La consegna della cosa, alla quale il venditore era tenuto sulla base dell'*emptio venditio* consensuale, veniva dunque ad assumere, più o meno consapevolmente, una struttura possessoria (865), la quale portava necessariamente a porre il problema della garenzia per l'evizione. Come risulta dalla struttura dell'obbligazione del venditore espressa in D. 19, 4, 1 pr., tale problema non venne risolto configurando direttamente al livello dello schema dell'*obligatio consensu contracta* la responsabilità evizionale del venditore, ma impo-

---

(853) Su ciò v. *supra*, § 15 lett. *a*. A meno che il venditore non fosse in mala fede: su ciò cfr. *infra*, § 25 lett. *e*. Per la tutela del compratore *controversia mota*, cfr. *infra*, nt. 1008.

(854) Che risalendo agli inizi del III secolo d.C. s'inserisce in una disciplina che conosce già l'immediata esperibilità dell'*actio empti* in funzione di garenzia (cfr. *infra*, § 17 lett. *e*).

(855) Quali che fossero i rapporti con l'*auctoritas* e l'*actio auctoritatis* nascenti dalla *mancipatio* (su di ciò cfr. *infra*, § 18 lett. *e*).

(856) Per il quadro più ampio dove s'inserisce anche questo problema, si è già accennato *supra*, § 1 lett. *i-l*.

(857) Su ciò cfr. *supra*, § 1, e soprattutto lett. *i*.

(858) Su ciò cfr., soprattutto, Arangio-Ruiz, *Diritto puro e diritto applicato*, cit., 157 ss.; Id., *La compravendita*², cit., 176 ss.

(859) Anche per chi pensa — cfr. da ultimo Kaser, *Altrömisches Eigentum und 'usucapio'*, in *ZSS.R.*, 1988, 125 ss. — che originariamente le *res nec mancipi* non fossero oggetto di proprietà quiritaria, sarebbe difficile sostenere che le stesse non lo fossero ancora divenute nel momento in cui si svolgevano le vicende qui accennate. La configurazione originaria del potere su tali cose, diversa dal *dominium ex iure Quiritium*, non può aver quindi influito sulla storia della compravendita come *obligatio consensu contracta*.

(860) Tenendo conto che — a parte gli schiavi — le cose oggetto del commercio internazionale, fondato sul trasporto marittimo, non rientravano di regola fra le *res mancipi*.

(861) Su codesta problematica, da ultimo, Kaser, *op. ult. cit.*, 140 ss., con le nostre precisazioni (Talamanca, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in *BIDR*, 1989-1990, 866 ss.): è nell'ordine di idee di queste ultime che si muovono le presenti osservazioni.

(862) Si pensi, al riguardo, alla possibilità di far ricorso, sempre nell'àmbito del *ius civile*, a momenti giustificativi dell'acquisto come l'*occupatio* di una *res hostium* (inteso il termine *hostis* come in *XII Tab.* 6, 4).

(863) Quanto accadesse per l'ordinamento cui apparteneva lo straniero era, in Roma, del tutto irrilevante.

(864) Non può di certo retrodatarsi all'epoca alla quale ci riferiamo una cosciente operatività della *traditio* come modo d'acquisto *iuris gentium*.

(865) Al definitivo assestamento della quale concorse senza dubbio la giurisprudenza matura di Q. Mucio e di S. Sulpicio: al momento dell'instaurazione della controversia fra le scuole sul prezzo e la *pecunia numerata* (cfr. *supra*, § 2 lett. *a*), tale struttura era un dato pacifico, sul quale — al di là del timore di smentite — i proculiani fondavano la loro polemica antisabiniana (su ciò cfr. Talamanca, *Per l'interpretazione*, I, cit., § 25).

Senato della Repubblica - Archivio Storico 422

nendogli — con una evoluzione forse graduale, ma comunque abbastanza rapida — l'obbligo di assumersi, con un atto diverso dall'*emptio venditio*, tale responsabilità.

Il fatto che la garenzia per l'evizione non fosse direttamente compresa nello schema della compravendita consensuale potrebbe, a prima vista, creare difficoltà all'interno dell'ipotesi dell'origine di tale schema nella *iurisdictio peregrina* (866). Non si tratterebbe, però, di difficoltà insormontabili (867): bisogna tener conto, infatti, della circostanza che — proprio per le caratteristiche del commercio internazionale (868) — il profilo della responsabilità per evizione doveva essere del tutto marginale per gli affari che rientravano nella competenza del pretore peregrino. È quindi molto verisimile che il problema dell'evizione stessa non si fosse imposto all'attenzione nel periodo in cui si venne formando lo schema dell'*obligatio consensu contracta* nel tribunale di quel pretore, onde il campo delle *actiones empti et venditi* si era — a partire da questa origine — ristretto all'esatto adempimento delle prestazioni dovute dall'uno e dall'altro contraente.

d) La questione si poneva, invece, nel momento in cui la compravendita consensuale ed obbligatoria si andava estendendo ai cittadini. Nei rapporti *inter cives*, del resto, la necessità di una tale garenzia era già conosciuta in base alla disciplina arcaica della compravendita ad effetti reali (869), dove — come del resto in tutti i sistemi in cui non si conosce una vendita obbligatoria — non si poteva giungere ad una tutela del compratore, sfruttando al proposito l'obbligazione del venditore a trasmettere la (proprietà della) cosa. La protezione dell'acquirente sorgeva quindi o dall'atto traslativo, come accadeva per le *res mancipi* nella *mancipatio* (870), o da un apposito ne-

(866) Non abbiamo notizie di se e come si articolasse la garenzia contro l'evizione nelle protoforme della compravendita consensuale in via di sviluppo in tale *iurisdictio*. Al proposito, gli elementi in nostro possesso appaiono ad un primo approccio contraddittori: da una parte (cfr. *supra*, § 1 lett. *i*), è nell'incomunicabilità agli stranieri degli strumenti del traffico giuridico tipici del *ius civile* (come la *mancipatio* e la *sponsio*) che va ritrovata una delle cause dell'origine dello schema dell'*obligatio consensu contracta* all'interno della disciplina dei traffici internazionali; dall'altra, non si vede perché a tale schema non sarebbe stata direttamente riportata la responsabilità evizionale del venditore, dato che — rispetto ai *peregrini* — non era ancora praticabile la *verborum obligatio*. A prescindere dall'ipotesi svolta nel testo, codesta contraddittorietà non può farsi valere come ostacolo alla complessiva ipotesi qui seguita sulla storia della compravendita consensuale ed obbligatoria, anche perché contraddizioni di eguale gravità su un piano astrattamente logico si riscontrano facilmente negli altri scenari immaginati od immaginabili, da quello che fa accedere da epoca risalente i *peregrini* alle *verborum obligationes* (nella forma della *fidepromissio*) alle ipotesi su uno svolgimento endogeno dell'*obligatio consensu contracta* dalle forme pregresse dello scambio fra i *cives* (comunque queste vengano ricostruite). Si noti del resto che anche la responsabilità per i vizi della cosa venduta, la quale poteva aver una certa rilevanza nel commercio internazionale degli schiavi, trova — cfr., per tutti, KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 558 ss. — una sua originaria tutela al di fuori della disciplina dell'*obligatio consensu contracta*, e nella giurisdizione degli edili curuli, diversa da quella del pretore, sia urbano che peregrino.

(867) Non vale, a tale scopo, configurare — come faceva lo GIRARD, *Etudes*, cit., 49 testo e nt. 1, 51 testo e nt. 2 — una fase originaria della tutela del contratto, in cui le *actiones venditi et empti*, alla pari di tutte quelle di poi tutelate con *iudicia bonae fidei*, avrebbero protetto «*obligations de droit strict*».

(868) In cui la cosa proveniva da — od era immessa in — un contesto socio-economico diverso da quello in cui si era, fino a quel momento, trovata, il che riduceva fortemente la possibilità pratica del verificarsi dell'evizione, del resto sempre difficile quando si riferisca a cose fungibili, e per di più consumabili, quali — ad eccezione degli schiavi — erano prevalentemente l'oggetto degli scambi sul mercato internazionale.

(869) Sia nella configurazione come scambio contestuale fra la cosa ed il prezzo, sia in quella — più progredita — in cui sia la *mancipatio*, divenuta *imaginaria venditio*, sia la *traditio* trasferivano la proprietà della cosa, anche *ex causa emptionis*. Lasciamo qui da parte il problema se ciò dipendesse o meno dall'effettivo pagamento del prezzo: su questo punto, di difficile approccio, la posizione ancora più probabile è quella difesa dall'ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 377 ss., che riprendeva la tesi soprattutto difesa dal PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld*, cit.; ID., *Eigentumsübergang beim Kauf*, in ZSS.R., 1930, 333 ss.; ID., *Randbemerkungen zu Schönbauer. Zur Frage des Eigentumsübergang beim Kauf* (SZ, LII, 195 ss.), ivi, 1933, 491 ss.;Id., *The Greek Law*, cit., 179 ss., nel senso che — né per la *traditio* né per la *mancipatio* (divenuta oramai *imaginaria venditio*) — fosse richiesto il pagamento del prezzo per il trasferimento della proprietà *emptionis causa*. Nell'ultimo tentativo di mediazione del MARRONE, *Trasferimento*, II, cit., 479 ss., appare difficilmente accettabile il ricorso generalizzato al *fidem sequi*.

(870) Con l'*obligatio* e l'*actio auctoritatis* (v. anche *infra*, in questo paragrafo, lett. *d*; e, per il regime, *infra*, § 19 e 20), che costituivano un effetto immanente — essenziale o naturale che si voglia configurare (v. *infra*, nt. 879) — alla *mancipatio*, senza che lo stesso fosse espressamente previsto in qualche parte del formulario. Di tanto in tanto ricorre, in dottrina, l'opinione che l'assunzione dell'*auctoritas* fosse prevista nella *conceptio verborum* dell'atto librale (v., ad esempio, con diversi punti di vista KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin, 1877, 198, e l'ipotesi complessivamente avanzata dal Meylan, su cui cfr. *supra*, § 1 lett. *f*): contro la necessità di una specifica *nuncupatio*, valgono ancora le osservazioni di GIRARD, *op. ult. cit.*, 22 ss. (cui aderisce, di recente, l'ANKUM, *L'"actio auctoritatis"*, cit., 11 s.); dal canto suo, l'ipotesi del Meylan cade insieme alla complessa costruzione di questo autore. Lo stesso giudizio deve darsi dell'opinione dell'ANKUM, *op. ult. cit.*, 6 ss., che fa della *mancipatio* soltanto un negozio di assunzione di garenzia: fin quanto l'autore si muova nell'ambito della dottrina del Meylan stesso è difficile di stabilire, tenendo conto che si tratta di ipotesi appena abbozzata.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

gozio di assunzione della responsabilità, come avveniva per le *res nec mancipi*, che venivano semplicemente tràdite dal venditore, il quale però si assumeva, con la *stipulatio habere licere* (871), la responsabilità in ordine al futuro pacifico godimento della cosa (872).

Nel momento in cui venne esteso ai rapporti fra cittadini, lo schema della compravendita consensuale ed obbligatoria venne adattato al regime evizionale preesistente (873): la responsabilità per evizione continuava a nascere dagli atti che, per il *ius civile*, erano destinati a produrla (874); al livello dell'*obligatio consensu contracta* si individuò, invece, l'obbligo del venditore di assumere questa obbligazione, comunque ciò sia effettivamente accaduto (875): e l'applicazione dell'*emptio venditio* obbligatoria anche alle *res mancipi* dette luogo al sorgere nella prassi della *stipulatio duplae*, sostitutiva dell'*obligatio auctoritatis* nei casi in cui — per non esservi il venditore tenuto — la consegna della cosa avveniva indipendentemente dall'effettuazione dell'atto librale.

e) Nel sistema definitivamente impostosi nella giurisprudenza classica, la responsabilità evizionale del venditore venne poi ad articolarsi su una triplice base: l'*obligatio auctoritatis*, che nasceva dalla *mancipatio* effettuata spontaneamente dal venditore od in adempimento di un obbligo contingentemente su di lui gravante (876); il sistema delle stipulazioni di garenzia, dove accanto all'originaria *stipulatio habere licere* si era venuta affermando la *stipulatio duplae*, con la variante della *stipulatio simplae* (877); e — affermatasi verso gli inizi del II secolo d.C., con un profondo rivolgimento del sistema originario — la responsabilità del venditore per l'evizione fatta valere direttamente con l'*actio empti*.

f) Il sistema del trasferimento delle *res mancipi* fondato sulla *mancipatio* (878) prevedeva — come effetto dell'atto di trasferimento (879) — il sorgere dell'*obligatio auctoritatis* e della relativa *actio*. Nonostante il dissenso — variamente artico-

---

(871) Sul rapporto della quale con l'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria, v. *infra*, § 17 lett. *a*.

(872) Almeno fino al compimento del termine per l'*usucapio*, verificatasi la quale cessava anche l'*obligatio auctoritatis*, principio codesto che valeva, del resto, per qualsiasi forma di garenzia, a partire da *XII Tab.* 6, 3, che poneva — in senso inverso — lo stesso termine per l'usucapione e per il venir meno dell'*actio auctoritatis*: cfr., in relazione alla prescrizione decemvirale, la discussione in ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 310 ss., sui cui risultati ci sembra di dover concordare. Per un ultimo *restatement* sull'argomento cfr. KASER, *Altrömisches Eigentum*, cit., 127 ss., su cui cfr. TALAMANCA, *Pubblicazioni* (1989-1990), cit., 865.

(873) Questo non può stupire, stante il carattere originariamente pretorio della tutela della compravendita, come degli altri contratti consensuali: il pretore interviene nei limiti in cui si debba *supplere* o *adiuvare ius civile*, e modella il suo intervento sulle possibilità che l'ordinamento civilistico stesso gli fornisce.

(874) La *mancipatio*, per le *res mancipi*, allorché le parti l'effettuassero (anche al di là di un preciso obbligo); una *verborum obligatio*, per le *res nec mancipi*.

(875) Su ciò cfr. *infra*, § 17 lett. *d*. Una volta ampliatasi nel modo anzidetto — sulla base della sollecitazione dei diversi bisogni del traffico interno — la portata dell'obbligazione del venditore, non poteva, stante l'indubbia osmosi fra le due *iurisdictiones*, creare difficoltà l'estensione della garenzia per l'evizione, come oggetto di uno specifico obbligo, anche ai rapporti con gli stranieri (ai quali nel frattempo si veniva estendendo la praticabilità delle *stipulationes* fatte con verbi diversi da *spondere*), il che ha probabilmente prevenuto un'autonomo svolgersi della garenzia evizionale nella *iurisdictio peregrina*, sulla base delle sollecitazioni della pratica derivanti dalla diversa struttura della presenza di stranieri a Roma quale si afferma sempre di più nel corso del II secolo a.C.

(876) Che poteva derivare da una specifica pattuizione o dalla particolare situazione in cui si trovavano le parti (su questo problema, cfr. *supra*, § 15 lett. *f-h*).

(877) Per l'imporsi della *stipulatio duplae* un forte impulso fu dato dalla relativa previsione dell'editto degli edili curuli in materia di vendita di schiavi (su quest'editto cfr., per tutti, KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 558 ss.). Una posizione particolare è quella della *stipulatio simplae*, di cui i giuristi si occupano soltanto marginalmente (e si direbbe a scopo di completezza in esemplificazioni: v. Pompon. 11 *ad Sab.*, D. 21, 2, 27; Paul. 31 *ad ed.*, D. 14, 3, 17 pr.; Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 56 pr.; Paul. 6 *resp.*, D. 21, 2, 11, 1) od in contesti di dubbia affidabilità, soprattutto nella dialettica fra la *simpla pecunia* e l'*habere licere* o l'*id quod interest* (Iav. 2 *ex Plaut.*, D. 21, 21, 60). L'unico problema di qualche spessore che venga trattato al proposito dai giuristi è quello discusso in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 21, 2, 37, 2 (su cui v. *infra*, nt. 950). È poi dubbio che taluni accenni al *simplum* come oggetto dell'azione che fa valere la garenzia per l'evizione si debbano, anche mediatamente, riferire alla *simpla pecunia* della nostra stipulazione: v., ad esempio, Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 21, 2, 16 pr.; Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 17 (su cui cfr. *infra*, nt. 1106).

(878) Nulla sappiamo a proposito del regime dell'evizione dell'*in iure cessio*, anche in ordine a quel tipo di transazioni (relative a quelle che nella terminologia seriore sarebbero state le *res incorporales*), in cui tale atto aveva il suo campo d'applicazione elettiva.

(879) È difficile classificare codesto effetto, immanente all'atto, fra gli *essentialia* ovvero fra i *naturalia negotii*: dal punto di vista formale, la responsabilità evizionale nasce comunque dal *gestum per aes et libram* e — stante l'immodificabilità sotto questo profilo della *conceptio verborum* — non è disponibile ad opera delle parti sul piano della solennità del negozio. Poiché, però, l'*obligatio auctoritatis*, in quanto collegata con la forma dell'atto, dipendeva, nel suo ammontare, dal prezzo dichiarato nei *verba mancipationis*, essa poteva esser svuotata di contenuto pratico mediante la dichiarazione di un prezzo irrisorio e simbolico, la cosiddetta *mancipatio nummo uno* (su di essa cfr., per tutti, KASER, *op. ult. cit.*, I, 46 ss., con particolari non sempre accettabili: v. anche *infra*, nt. 1108): ed i giuristi laici, se non ancora i *pontifices*, presero atto di codesta realtà escludendo, sembra anche formalmente, il sorgere dell'*obligatio auctoritatis* stessa in tale caso.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

lato — di una parte della dottrina più recente (880), non sembra che la dottrina tradizionale (881) che fa dell'*obligatio auctoritatis* un effetto del *gestum per aes et libram* possa dirsi realmente scossa, anche se nella storia della garenzia per evizione nascente dall'atto mancipatorio sussistono ancora dubbi (882). E, del resto, ciò corrisponde all'esigenza (883) che, in un sistema di compravendita ad effetti reali, sul venditore gravasse — in funzione dell'assenza di un'obbligazione al trasferimento della cosa — una specifica responsabilità per il caso il compratore venisse a perdere la disponibilità della stessa.

g) Se l'esistenza dell'*obligatio auctoritatis* può considerarsi fuori discussione, permangono — per l'oggettiva carenza di fonti — decisive incertezze su due garenzie di carattere stipulatorio che, in base alla loro denominazione, sono state messe, ed apparentemente non senza ragione, in relazione con la *mancipatio* e, conseguentemente, con l'*auctoritas* stessa: la *repromissio* e la *satisdatio secundum mancipium* (884); la connessione con la problematica dell'evizione nell'àmbito della *mancipatio* e delle *res mancipi* è fin troppo ovvia, ma ogni ulteriore precisazione resta estremamente congetturale.

17. *Le stipulazioni di garenzia e l'«actio empti».* — *a*) Il regime dell'evizione nel diritto classico si fondava, però, sulle stipulazioni di garenzia che, del resto, possono essere considerate come lo strumento tipico con cui — insieme all'*actio empti* — si attuava la responsabilità per evizione nell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria (885).

Se — all'epoca in cui si conosceva soltanto la compravendita ad effetti reali — assolveva per la *mancipatio* (come modo di trasferimento delle *res mancipi*) al compito di garentire il *mancipio accipiens* contro l'evizione, l'*obligatio auctoritatis* non poteva funzionare nell'alienazione di *res nec mancipi*, che avveniva mediante la *traditio* delle stesse accompagnata dal pagamento del relativo prezzo (886): è nell'àmbito della vendita di tali cose che si colloca, per consenso della dottrina ormai del tutto dominante (887), l'origine della *stipulatio habere licere* (888). Ancorché — ed è naturale — le fonti siano mute su questo aspetto, è opinione del tutto preferibile che si tratti di una figura che risalga ad un periodo anteriore al riconoscimento della compravendita consensuale fra i *cives* (889).

Sulla portata della stipulazione in parola, in cui il venditore si assume, come contenuto della propria obbligazione, direttamente l'*habere licere* del

(880) Cfr. soprattutto SARGENTI, *L'evizione*, cit., 17 ss.; ID., *Per una revisione della nozione dell'* auctoritas *come effetto della mancipatio*, in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano, 1962, 15 ss.; CALONGE, *op. ult. cit.*, 15 ss. (con posizione più articolata e non sempre ben precisabile); PUGSLEY, *The Roman Law of Property and Obligations*, Cape Town-Wynberg-Johannesburg, 1972, 7 ss.; ID., *'Quod autem valet mancipatio...'*, cit. (nell'àmbito di un'insostenibile ipotesi che dà valore assoluto alla *mancipatio*, concedendo l'*auctio auctoritatis* al proprietario che ha perduto la cosa nei confronti del terzo *mancipio dans*). Per qualche precedente cfr. GIRARD, *op. ult. cit.*, 7 nt. 2. Egualmente inaccettabile la diversamente articolata posizione del FUENTESECA, *Trasferimento della proprietà ed 'auctoritas' nella vendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, I, cit., 73 ss., che tende — ma in termini non sempre perspicui — a sottendere un fondamento pubblicistico all'*auctoritas* del *mancipio dans*.

(881) Efficacemente difesa dall'ANKUM, *op. ult. cit.* (cfr. ancora ID., *Problemi*, cit., 605 ss.).

(882) Anche il regime classico dell'*auctoritas* non è completamente ricostruibile (su ciò cfr. *infra*, § 19 e 20), in base alle notizie che possono ricavarsi dalle fonti recuperate — al di là dell'intervento dei compilatori — a questo tipo di garenzia contro l'evizione.

(883) Già accennata *supra*, in questo paragrafo, lett. *d*.

(884) Su di esse cfr. da ultimo, con un'accurata revisione della precedente dottrina, ANKUM, *Alla ricerca della 'repromissio'*, cit.; se in molti punti della parte critica si possono condividere le osservazioni dell'autore, la ricostruzione proposta — nel senso di collegare le due figure all'alienazione da parte di un *procurator* (e comunque di persona diversa dal proprietario) o nel caso non potesse per qualsiasi motivo procedersi ad una *mancipatio* — appare del tutto inverisimile in sé considerata, anche e soprattutto perché viene raggiunta forzando oltre misura la terminologia delle fonti.

(885) Bisogna, al proposito, tener conto del carattere accidentale della *mancipatio* rispetto alla fattispecie della *obligatio consensu contracta*.

(886) O — a prescindere da casi in cui il venditore facesse esclusivo affidamento sulla parola del compratore (giuridicamente improduttiva di effetti) — da forme di accreditamento del corrispettivo stesso, quale poteva essere la *stipulatio pretii*.

(887) Cfr., per tutti, GIRARD, *Etudes*, cit., 65 ss.; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 332 ss.; CALONGE, *Evicción*, it., 27 ss.; MEYLAN, *La stipulatio 'habere licere'*, cit., 67 ss.; ANKUM, *L'actio auctoritatis'*, cit., 19 s.

(888) Molto significativi, al proposito, i passi del *De re rustica* di Varrone, che attestano l'uso della nostra stipulazione solo in relazione a *res nec mancipi* (Varr. *r. rust.*, 2, 2, 5-6).

(889) In questo senso cfr., soprattutto, RABEL, *Die Haftung*, cit., 56 ss. (di cui non sono, però, da seguirsi le ulteriori precisazioni sulla funzione di tale *stipulatio* in rapporto all'acquisto della disponibilità definitiva della cosa): v. anche MONIER, *Manuel*⁴, cit., 154, il quale la riporta addirittura ad epoca predecemvirale; CALONGE, *op. ult. cit.*, 32 nt. 74. Mentre lo GIRARD, *op. ult. cit.*, 100 ss., non prende decisamente una posizione al riguardo (ma considerandola più tarda della *stipulatio duplae* — così anche, esplicitamente, KASER, *Das Ziel*, cit., 188 — ne presuppone, indubbiamente, una datazione piuttosto recente), il SARGENTI, *La 'satisdatio secundum mancipium'*, cit., 164 ss., la vede sorgere in un momento in cui sarebbe già conosciuta la compravendita consensuale.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

compratore (890), e cioè la possibilità che costui disponga e fruisca indisturbato della cosa venduta, non si hanno, praticamente, fonti dirette, se non per quanto concerne l'ultima età classica, a cui risale la trattazione di Ulp. 49 *ad Sab.* D. 45, 1, 38 pr.-9 (891): in una più ampia cornice, il giurista severiano intesse, soprattutto dal *principium* al § 2 (892), un'ampia discussione intorno ad un lemma di Masurio Sabino (893), nel quale si affermava che una siffatta *verborum obligatio* copriva gli attacchi da parte di chiunque, e conseguentemente anche da parte di terzi (894). Rispetto all'opinione del giurista della prima metà del I secolo d.C., Ulpiano fa valere (895) che — stante l'irrilevanza della promessa del fatto del terzo — la *stipulatio rem habere licere* non poteva esser rifer-

(890) Per dare una stilizzazione altamente riduttiva della relativa formula, l'*interrogatio* del compratore correlerà immediatamente l'*habere licere* a *spondes*: «(*me*) *rem habere licere spondes?*».

(891) Sebbene in tale lunga discussione non si faccia accenno alla compravendita, e sebbene si vengano a trattare, nei § 7 ed 8, tipi di stipulazione di cui non risulta altrimenti la connessione con la garenzia contro l'evizione, l'ampio discorso si riferisce indubbiamente alla *stipulatio habere licere* come garenzia — od almeno anche come garenzia — contro l'evizione.

(892) Ma il tema ricorre anche nella parte restante del passo (cfr. il § 4), in cui si determina più precisamente che cosa debba intendersi per l'*habere licere*, garentito dalla stipulazione, sia sotto il profilo soggettivo (e, cioè, della persona nei cui confronti l'*habere licere* stesso sia stato turbato), che sotto quello oggettivo (rapportato a sua volta a quello soggettivo), differenziando, con un'analisi anche grammaticale, questa promessa da quelle aventi ad oggetto il *tenere* ed il *possidere*, le quali potevano senz'altro, sulla base dell'autonomia negoziale delle parti, esser adoperate — così COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy, 1957, 83 nt. 25, 100 — anche in funzione di garenzia (per permettere, ad esempio, il riferimento al potere di fatto dello schiavo: cfr. § 7 e 8).

(893) Cfr., da ultimo, con ampia letteratura ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis*, cit., 264.

(894) Ha ragione l'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 338 nt. 1, ad escludere la contraddizione, che a prima vista si sarebbe tentati di cogliere, fra la *l.* 38 pr.-2 ed Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 18 (su quest'ultimo passo cfr. anche *infra*, § 18 lett. *d*).

(895) La soluzione così seguita da Ulpiano va valutata in una linea di sviluppo che parte da una concezione originaria dell'obbligazione nell'àmbito della quale non è requisito indefettibile l'individuazione di una prestazione, potendo consistere l'obbligazione stessa nell'assunzione della garenzia per un evento oggettivo, ivi compreso il fatto del terzo, per arrivare ad una configurazione in cui è, in forme e limiti diversi, essenziale l'esistenza di una prestazione imputabile al soggetto passivo del rapporto. In questa linea di sviluppo, l'assunzione di garenzia per un evento oggettivo od il fatto del terzo ha avuto per lo stesso Ulpiano anche esiti diversi da quello della nullità prospettata in *l.* 38 pr.-2: cfr., ad esempio, Ulp. 42 *ad Sab.*, D. 21, 2, 31 (su cui cfr. TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., 26 nt. 176, nonché ID., *Istituzioni*, cit., 513 s.) e nella *cautio vadimonium sisti* (cfr. TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., 27 nt. 179).

rita che agli attacchi provenienti dal venditore, e promittente, e dai suoi successori a titolo universale, onde il compratore restava scoperto per quelli provenienti da terzi (896).

Com'è stato riconosciuto dalla dottrina a nostro avviso nettamente preferibile, non v'è una contraddizione logica all'interno del passo, in cui — per poi negarla — si ammette dapprima l'estensione della *stipulatio rem habere licere* al fatto del terzo: si tratta soltanto di uno svolgimento che rispecchia la storia dell'istituto, ed in cui alla configurazione originaria, ancora conosciuta da Sabino (897), in base alla quale essa assolveva al compito di garentire l'acquirente dell'utilizzazione della cosa venduta e tràdita dall'alienante contro le pretese dei terzi (898), si era venuta sostituendo una diversa concezione, resa possibile dal sostanziale abbandono di codesta stipulazione come forma di garenzia contro l'evizione, che era stata la conseguenza dell'imporsi — a partire dall'inizio del II secolo d.C. — della concezione per cui tale garenzia poteva esser fatta valere direttamente con l'*actio empti* (899).

In materia di *stipulatio habere licere*, la rigorosa applicazione della teoria della prestazione come requisito necessario dell'obbligazione, non porta soltanto alla soluzione adottata da Ulpiano: in Paul. 72 *ad ed.*, D. 45, 1, 83 pr., l'altro grande giurista dell'ultima epoca severiana nega rilevanza

(896) Per ricomprendere i quali era necessario — come afferma esplicitamente il giurista in *l.* 38, 2 — ricorrere alla forma condizionale della *stipulatio duplae* (o *simplae*), nella quale il *factum alienum* non è *in obligatione*, cosa ormai impossibile, bensì *in condicione*.

(897) Non possiamo determinare perché il giurista della prima epoca imperiale avesse sentito il bisogno di precisare, in modo inequivocabile, la portata della stipulazione in parola, e se quindi ed in quali limiti fosse, a tale epoca, già cominciato con specifico riguardo alla nostra stipulazione un processo di revisione dell'originario carattere della *sponsio*, e successivamente della *stipulatio*, di essere — eventualmente (e qui sta la differenza con i *vades* ed i *praedes*: cfr. TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., 8 ss.) — forme di eterogarenzia (su questa problematica, in generale, cfr. ivi, p. 24 ss.).

(898) Non è possibile trasferire la problematica di D. 45, 1, 38 pr.-2 ad un periodo risalente (come fa, ad esempio, il RABEL, *op. cit.*, 59 ss., traendone conseguenze inaccettabili sul piano della funzione originaria della *stipulatio habere licere* stessa).

(899) Questa impostazione è stata, soprattutto, svolta dall'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 336 ss., modificando su alcuni punti un'interpretazione del KASER, *op. ult. cit.*, 176 ss., e riscuotendo del resto l'adesione di quest'ultimo (ID., *Die Stipulationsklausel 'quanti ea res erit'*, in *ZSS.R.*, 1973, 192 ss.), nonché del CALONGE, *op. ult. cit.*, 30 ss., e del SARGENTI, *op. ult. cit.*, 169 ss. In questi autori ulteriore letteratura sul problema. In senso sostanzialmente analogo, ma con una serie di puntualizzazioni non sempre accettabili, COUDERT, *op. cit.*, 82 ss.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

426

a questa *conceptio verborum* come oggettiva assunzione di garenzia contro l'evizione, reinterpretandola invece come assunzione dell'obbligo di curare che ciò avvenga (900): si direbbe, in termini moderni, come un'obbligazione di mezzi e non di risultato.

b) Sul regime della *stipulatio habere licere* poco sappiamo, proprio perché, all'epoca dei giuristi per i quali possediamo nel Digesto la più ampia documentazione, essa aveva perso di rilevanza pratica: è del tutto probabile che non vi fosse una sostanziale differenza nel modo in cui si valutava il venir meno di quell'*habere licere* (901) che, con conseguenze diverse, produceva la *commissio stipulationis* sia nella figura qui discussa che nella *stipulatio duplae* (902), dove — in luogo di esser l'oggetto immediato dell'obbligazione del venditore (e, quindi, *in obligatione*) — il mancato *habere licere* rappresentava il contenuto della condizione della promessa stipulatoria di pagare il doppio del prezzo ricevuto (era cioè *in condicione*). Anche in ordine all'ammontare della condanna non abbiamo attestazioni dirette per la nostra stipulazione, ma è del tutto probabile che il venditore fosse tenuto — come accadeva con l'*actio empti* — all'*id quod interest* (903), senza però escludere che la valutazione dell'interesse potesse subire delle modificazioni in relazione al fatto che si trattava, nell'un caso, di un *iudicium bonae fidei* e, nell'altro, di un'azione di stretto diritto.

c) La *stipulatio duplae* trova la sua origine nella vendita non mancipatoria delle *res mancipi* (904), anche se dalle fonti dell'epoca classica risulta che, nella prassi, essa poteva venire adottata dalle parti (905) anche in altri contesti, ed anzi esservi considerata come obbligatoria (906). Anche se compare, nelle nostre fonti, in epoca praticamente coincidente con quella della *stipulatio habere licere*, la *stipulatio duplae* è, con ogni probabilità, più recente, dato che il primo tipo di stipulazione si radica nell'antica compravendita a contanti delle *res nec mancipi* (907), mentre la *stipulatio duplae* stessa è, con ogni probabilità, posteriore all'estensione dell'*obligatio consensu contracta* ai rapporti *inter cives* (908).

---

(900) Talamanca, *op. ult. cit.*, 27 nt. 178 (diversamente Kaser, *Das Ziel*, cit., 179, nonché Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 338 nt. 1, contro i quali v. già Coudert, *op. cit.*, 93 ss.): la valutazione proposta da Paolo è invece seguita dallo stesso Ulpiano in tema di *cautio vadimonium sisti* (cfr. *supra*, nt. 895). Ciò mostra l'articolazione della giurisprudenza classica, che sarebbe ingiustificato voler eliminare mediante un'antistorica *reductio ad unum*. Altro problema è quello della portata oggettiva dell'obbligazione riconosciuta da Paolo, nel senso che il venditore s'impegna ad evitare l'evizione («*curaturum se ut*»), ma sembrerebbe da escludersi che essa coincida completamente con la responsabilità per l'evizione proveniente dal terzo, come sembrerebbe affermare il Coudert.

(901) Diversamente Kaser, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 555, per cui non vi sarebbe qui bisogno dell'evizione giudiziale: ciò può fondarsi, formalmente, sulla formulazione della stipulazione in parola, per cui il venditore garentisce soltanto l'*habere licere* senza che — a differenza che nella condizione della *stipulatio duplae*, come si vede già in Varr. *r. rust.* 2, 2, 5-6 — ai fini della responsabilità del venditore la rilevanza ne venga subordinata all'essersi ciò verificato attraverso l'evizione, che nella concezione romana può esser soltanto processuale (v. anche *infra*, § 19 lett. *b*). Questa opinione non trova, però, appoggio nelle fonti, e d'altro lato non si vedrebbe ragione perché, in epoca risalente, si pervenisse ad un regime più favorevole al compratore, almeno da codesto punto di vista, per le *res nec mancipi* che per le *mancipi*: si noti del resto che, in epoca classica, l'*habere licere* è — genericamente (senza alcun riferimento al tipo di stipulazione) — valutato in termini di evizione in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 18, e che, in Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 45, 1, 38 pr.-9, v'è un evidente rilievo del *controversiam movere*, e cioè dell'aspetto processuale.

(902) Ma non vi sono sostanziali differenze neppure per quanto concerne l'*actio empti*, pur sussistendo qualche caso in cui si dava una diversa valutazione come avviene, isolatamente, per il carattere giudiziale dell'evizione (cfr. su questo punto *infra*, nt. 1012), mentre rilevano meno altre differenze, come ad esempio l'esperibilità dell'azione contrattuale per le cose accessorie non espressamente previste nella *conceptio verborum* della stipulazione di garenzia (cfr. *infra*, § 20 lett. *c*).

(903) Cfr. Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 341; Calonge, *op. ult. cit.*, 32.

(904) Ciò si rispecchia ancora in Varr. *r. rust.* 2, 10, 5, in cui si afferma che, quando degli schiavi non si faccia la *mancipatio*, è d'uso di procedere alla *stipulatio duplae*. La connessione di quest'ultima con le vendite non mancipatorie di *res mancipi* è generalmente ammessa in dottrina: cfr., per tutti, Kaser, *lc. ult. cit.*, anche se le opinioni possono sostanzialmente differire sui più concreti dettagli (sui quali, bisogna sottolinearlo, le fonti non soccorrono). È comunque da respingere l'opinione del Calonge, *op. ult. cit.*, 26, secondo cui fin dall'inizio la *stipulatio duplae* sarebbe stata diffusamente applicata alla vendita di *res nec mancipi* «*de algún valor*».

(905) Per l'autonomia delle quali non erano fissati limiti né in positivo né in negativo, tant'è che potevano anche escludere, con il *pactum de non praestanda evictione*, la relativa garenzia (cfr. *infra*, § 18 lett. *d*).

(906) Anche l'estensibilità della *stipulatio duplae* alla vendita delle *res nec mancipi* è fuori discussione, come risulta ad esempio da Ulp. 32 *ad ed.*, D. 21, 2, 37 pr.-1, dal quale si ricava, addirittura, che per le *res pretiosiores* con tale stipulazione — in base agli usi negoziali — era tenuto ad obbligarsi *ob evictionem* il venditore (cfr. su ciò *infra*, § 18 lett. *d*).

(907) In cui, come in tutti i sistemi di vendita a contanti, nei quali era sconosciuta un'obbligazione del venditore a trasferire la cosa, la garenzia contro l'evizione era necessaria.

(908) Allorché l'adozione di questo schema portò alla possibilità che si configurassero delle transazioni che, per esser disciplinate dallo schema della vendita consensuale ed obbligatoria, vincolavano sì l'alienante a trasferire la cosa, ma non ad effettuare la *mancipatio*. Per il carattere recenziore della *stipulatio duplae*, cfr. Arangio-Ruiz, *lc. ult. cit.*, mentre, come già ricordato (*supra*, nt. 889), lo Girard, *lc. ult.*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

427

Nella *stipulatio duplae* il venditore promette di pagare una somma di denaro pari al doppio del prezzo nel caso in cui il compratore perda la cosa in séguito ad evizione (909): questa stipulazione di garenzia ripete (910) indubbiamente dall'*obligatio auctoritatis* la responsabilità al doppio del prezzo versato e dalla *stipulatio habere licere* la descrizione in termini di *habere licere* della situazione di cui il compratore è privato in seguito all'evizione processuale (911); il rapporto con la (*repromissio* e) *satisdatio secundum mancipium* talora affermato in letteratura (912), resta sostanzialmente indefinito, perché quanto difetta — allo stato attuale della ricerca e, soprattutto, delle fonti — è la possibilità di rendersi conto di quale modello offrisse realmente la detta *satisdatio*.

d) Al di là di queste constatazioni, è difficile fissare più precisamente l'origine e lo svolgimento della *stipulatio duplae*: che il luogo d'emersione debba esserne trovato nelle alienazioni di *res mancipi* ai *peregrini* (913), appare improbabile (914); la previsione della *stipulatio duplae* come obbligatoria (915) nell'editto degli edili curuli è posteriore all'emersione della *stipulatio duplae* nella prassi, non la causa di questo emergere (916). Quanto all'aspetto cronologico, v'è solo un dato su cui poter fare affidamento: all'epoca di Varrone (917), il meccanismo della stipulazione penale di garenzia contro l'evizione, che al suo sorgere doveva strettamente collegarsi alla misura della responsabilità evizionale nella *mancipatio* (918), aveva già raggiunto un'autonomia sufficiente tant'è che si era già sviluppata la variante della *stipulatio simplae* (919), in cui il venditore era tenuto a pagare una somma equivalente al prezzo (e non al doppio dello stesso), il che comporta, con buona probabilità, una risalenza più o meno consistente dell'affacciarsi del meccanismo in parola (920).

e) Nelle fonti tardo-classiche l'*actio empti* è prevista come mezzo sia per ottenere l'effettuazione della stipulazione di garenzia nel caso in cui a ciò non si fosse provveduto al momento della *traditio* (921), il che culmina nell'individuazione, in Paul. [32] <33> *ad ed.*, D. 19, 4, 1 pr., dell'*ob*

---

cit., propende a ritenerla anteriore alla *stipulatio rem habere licere*.

(909) La *stipulatio duplae* assume così la struttura di una *stipulatio poenae* (cfr., del resto, Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 45, 1, 38, 2).

(910) Su ciò cfr., essenzialmente, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 341, nel quale, però, manca la valutazione dell'*evinci* processuale, come momento di collegamento con l'*auctoritas*. Nonostante la presenza nell'editto degli edili curuli di un formulario "ufficiale" della *stipulatio duplae* (più discutibile l'esistenza di un tale formulario nell'editto del pretore: cfr., in termini diversi, GIRARD, *op. ult. cit.*, 131 ss.; LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, 546 ss.), il tenore della *stipulatio* effettivamente prestata nel caso concreto dipendeva dalla volontà delle parti, come risulta anche dai documenti della pratica (per cui v. anche cfr. *infra*, nt. 1060). Le linee generali dello stesso, però, non variavano: e, d'altronde, né i giuristi né la cancelleria imperiale fanno mai riferimento, nelle fonti a noi pervenute, al formulario contingentemente adoperato per individuare la disciplina della fattispecie, salvo che per la determinazione dell'ammontare della *pecunia* promessa (*dupla*, *simpla*, od eventualmente *tripla* e *quadrupla*).

(911) Se fosse vera l'improbabile opinione (cfr. *supra*, nt. 901), per cui nella *stipulatio habere licere* la responsabilità del promittente sarebbe indipendente dall'evizione, la *stipulatio duplae* riprenderebbe specificamente dall'*obligatio auctoritatis* anche l'individuazione dell'evizione come momento essenziale per la responsabilità del venditore.

(912) Cfr., ad esempio, GIRARD, *op. ult. cit.*, 100 s.; CALONGE, *op. ult. cit.*, 26 s.

(913) Così KASER, *lc. ult. cit.*, ma senza ulteriori circostanziazioni.

(914) V. anche quanto osservato *supra*, § 16 lett. *c*, sulla relativa importanza del fenomeno dell'evizione nelle transazioni del traffico internazionale.

(915) Nell'àmbito della tutela del compratore contro i vizi occulti della cosa (limitatamente alle transazioni effettuate sul mercato), onde nella *conceptio verborum* era prevista anche la responsabilità per tali vizi: su ciò cfr. KASER, *op. ult. cit.*, I, 558 e 560.

(916) Cfr., in questo senso, CALONGE, *op. ult. cit.*, 25 s., con la discussione di una letteratura (citata *ivi*, 25 nt. 36), la quale — più che ipotizzare l'origine della *stipulatio duplae* nell'àmbito dell'editto edilizio — postulava però che, in siffatto contesto, s'imponesse l'obbligatorietà di tale forma di garenzia (su ciò cfr. *infra*, § 18 lett. *a*).

(917) Cfr. Varr. *r. rust.* 2, 10, 5: l'osservazione sulla sostituibilità della *stipulatio simplae* alla normale *stipulatio duplae* vale, si tenga presente, solo per l'epoca dello stesso Varrone, non per quella più risalente dei formulari utilizzati da quest'ultimo.

(918) E cioè al *duplum* dell'*obligatio auctoritatis*: la *dupla pecunia* sarebbe, comunque, rimasta la misura più diffusa al riguardo per tutta l'antichità classica, e in definitiva anche con Giustiniano (cfr. anche *infra*, nt. 919).

(919) Alla quale se ne sarebbero aggiunte altre in periodo classico, nel senso di aggravare, al triplo od al quadruplo, la responsabilità del venditore: cfr., ma in astratto, Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 56 pr. Nei testi del Digesto non residuano casi di questo aggravamento: v., però, per una responsabilità aggravata nei documenti della prassi del tardo-antico, PEZZANA, *Osservazioni sulle «Tablettes Albertini»*, in *Arch. giur.*, 1954, CXLIV, 52; ID., *La 'cautio de evictione' nelle compravendite ravennati*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, cit., II, 185 ss.

(920) In Mod. 5 *resp.*, D. 45, 1, 102, sembrerebbe attestata una stipulazione in cui, sotto condizione del venir meno dell'*habere licere*, il venditore promette il «*quanti eius — emptoris — interesset*», *conceptio verborum* che lo GIRARD, *op. ult. cit.*, 87, riteneva assente dalle fonti romane. È da escludere che sotto questa diversa, ma imprecisa, forma si celi un ricordo — l'ultimo nelle fonti giurisprudenziali — della *stipulatio habere licere*.

(921) È molto difficile che, se il venditore avesse effettuato — ne fosse stato o meno tenuto in base al contratto consensuale (cfr. *supra*, § 15 lett. *f-h*) — la *mancipatio* della *res mancipi* venduta, si sarebbe potuto sostenere che egli non avesse adempiuto al suo obbligo di garentire per l'evizione.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

evictionem se obligare come uno dei tre elementi costitutivi dell'obbligazione del venditore (922); sia per ottenere — direttamente sulla base del contratto consensuale — il risarcimento del danno nei limiti del proprio interesse a che la cosa non fosse stata evitta, e cioè impiegando l'*actio empti* stessa in funzione di garenzia, qualsiasi soluzione si debba dare al momento a cui debbano farsi risalire e l'uno e l'altro impiego dell'azione contrattuale (923).

Pur se con sfumature diverse, è opinione prevalente in letteratura (924) che l'obbligo di assumersi la responsabilità contro l'evizione, l'*ob evictionem se obligare* del passo di Paolo, si sia più o meno lentamente venuto sviluppando — come effetto naturale del contratto — da una situazione in cui l'assunzione della garenzia in forma stipulatoria (925) era un mero elemento accidentale della fattispecie (926). Ciò pone, senz'altro, in evidenza un nodo problematico, ma non si può di certo accettare — puramente e semplicemente — una datazione eccessivamente bassa del sorgere al riguardo di un obbligo del venditore sulla base dell'*obligatio consensu contracta*. È difficile, ovviamente, sostenere che, quando — più nel I che nel II secolo a.C. — si venne elaborando da parte dei giuristi della fine della repubblica la dottrina dell'*emptio venditio* consensuale, si procedesse di già ad una puntuale classificazione degli obblighi del venditore, quale si riscontra, dopo più di tre secoli, in D. 19, 4, 1 pr. (927), e che si avesse quindi la precisa consapevolezza dei confini fra il *tradere possessionem* e l'*ob evictionem se obligare* (928). Tale consapevolezza appare raggiunta, allo stato delle fonti, tra la fine del I e gli inizi del II secolo d.C., nella contrapposizione fra Nerazio e Giuliano sulla portata del *possessionem tradere* (929), ma può essere senz'altro anteriore.

Ciò non basta però per escludere che già precedentemente — e con ogni probabilità non di poco — fosse stato in qualche modo sentito come obbligo gravante sul venditore quello di assumersi la responsabilità per l'evizione, quando la conclusione della compravendita non avesse coinciso con l'effettuazione di una *mancipatio* (930). Non sarebbe difficile immaginare in astratto scenari anche alternativi in cui un processo storico in tal senso sarebbe potuto attuarsi, ma è ovvio che tutti rimangano ipotetici.

f) Si è già osservato (931) che la responsabilità evizionale nella compravendita obbligatoria venne sviluppandosi a partire dal precedente sistema delle transazioni a carattere reale, dove all'epoca di cui si tratta si riscontravano due sistemi che — differenziati sotto il profilo qui discusso — avevano in comune il punto che la garenzia per l'evizione non era mai un elemento indefettibile della fattispecie. Per l'alienazione delle *res mancipi* (932), l'*obligatio auctoritatis* era un effetto sostanzialmente naturale dell'atto librale quando esso era divenuto un'*imaginaria venditio*, in quanto poteva esser eliminata mediante il ricorso alla *mancipatio nummo uno* (933); per l'alienazione, invece, delle *res nec mancipi*, la garenzia era addirittura un elemento accidentale, ché toccava all'acquirente farsi parte diligente e pretendere, al momento

(922) Ancorché costituisse solo un effetto naturale del contratto, stante la possibilità che — nell'esercizio della loro autonomia negoziale — avevano le parti di escludere, con determinati effetti, tale garenzia: il cosiddetto *pactum de non praestanda evictione* (su di esso, cfr. *infra*, § 18 lett. *d*).

(923) Anche in assenza di puntuali informazioni in senso contrario è, però, del tutto inverisimile (cfr. esattamente CALONGE, *op. ult. cit.*, 34) l'ipotesi che l'*actio empti* in funzione di garenzia abbia preceduto nel tempo l'uso di tale azione per sanzionare l'obbligo del venditore di assumersi la responsabilità per l'evizione stessa.

(924) Cfr., ad esempio, GIRARD, *op. ult. cit.*, 138 ss.; KASER, *Das Ziel*, cit., 188; CALONGE, *op. ult. cit.*, 32 ss.; più generico ANKUM, *Problemi*, cit., 612 ss.

(925) Od eventualmente mediante l'effettuazione della *mancipatio*, non *nummo uno*.

(926) Le testimonianze sull'esperibilità dell'azione contrattuale per costringere, indirettamente, il venditore a compiere la stipulazione di garenzia per l'evizione non vanno oltre ad Nerat.-Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 8-10 e 13; D. 21, 2, 37, 2; cfr., successivamente, Cels.-Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 17; Ulp. 22 *ad ed.*, D. 12, 2, 13, 3; Paul. [32] <33> *ad ed.*, D. 19, 4, 1 pr.; Paul. 5 *ad Sab.*, D. 21, 2, 2.

(927) E che, del resto, è condizionata (cfr. *supra*, § 15 lett. *d*) dal contesto di discussione in cui il passo di Paolo s'inseriva (la discussione delle differenze tra permuta e compravendita), il quale era, d'altro verso, in tale epoca tendenzialmente obsoleto.

(928) Entro questi limiti può esser presa in considerazione la vecchia concezione del BEKKER, *Zur Lehre von der Evictionsleistung*, in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, 1863, 229 ss., secondo cui l'*ob evictionem se obligare* si identificava con il *possessionem tradere*, opinione in sé priva di fondamento sul piano storico, soprattutto per l'epoca severiana (cfr., per una discussione, da ultimo CALONGE, *op. ult. cit.*, 63 ss.).

(929) In Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 13, su cui v. *supra*, § 15 lett. *e*.

(930) O questa non fosse configurabile come obbligo che si aggiungeva al *possessionem tradere* in base ad un'espressa pattuizione o per il particolare articolarsi della fattispecie.

(931) In relazione all'estensione dello schema della compravendita consensuale ai rapporti *inter cives*: *supra*, § 16 lett. *c*.

(932) A parte la possibilità — più teorica che altro — di ricorrere all'*in iure cessio*, nel qual caso la situazione si sarebbe articolata come nella *traditio* di *res nec mancipi*.

(933) Sulla distinzione fra *imaginaria venditio* e *mancipatio nummo uno*, cfr. *infra*, nt. 1108.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

della *traditio*, la prestazione della *stipulatio habere licere*.

In uno scenario del genere, è improbabile che — una volta esteso ai rapporti fra i *cives* lo schema della compravendita consensuale — un obbligo comunque configurato del venditore in ordine all'evizione sia sorto in relazione a compravendite *hinc inde* attuate con il trasferimento della cosa ed il pagamento del prezzo (o l'accreditamento dello stesso in forme civilistiche con una *verborum obligatio*): dove la garenzia per l'evizione non sorgesse automaticamente dall'atto librale (934), si sarà continuato a richiedere al compratore l'iniziativa di pretendere la *stipulatio de evictione* (935). L'idea che il venditore dovesse assumersi una tale responsabilità è sorta verisimilmente nei casi di compravendita in cui fosse differita la consegna della cosa (936). In un siffatto contesto, si può immaginare che, in un primo momento, il compratore prendesse l'iniziativa di prevedere — nell'accordo che integrava la compravendita consensuale — una specifica clausola (937) con cui il venditore s'impegnava ad assumersi mediante un'apposita stipulazione (938) la garenzia per l'evizione al momento della consegna della cosa, nel qual caso per tempo si dovette ammettere l'esperibilità dell'*actio empti* per far valere questo ulteriore obbligo del venditore (939). Come spesso avviene, ed è specificamente accaduto anche altrove nell'esperienza giuridica romana (940), un elemento accidentale di uno specifico assetto d'interessi ne diventa — con l'andare del tempo ed in base alla generalità dell'impiego — elemento naturale. In questo processo di sviluppo, com'è stato del resto sottolineato in dottrina (941), va riconosciuto un ruolo di un qualche rilievo — anche se certamente non esclusivo — alla *stipulatio duplae* come garenzia imposta dagli edili curuli al venditore contro l'evizione e per i vizi degli schiavi venduti sul mercato.

g) Agli inizi del I secolo a.C., questo sviluppo, iniziato non molto tempo dopo l'estensione dell'*obligatio consensu contracta* ai rapporti fra cittadini, doveva essersi già concluso (942). L'individuazione di una precisa differenza tra l'obbligazione di *possessionem tradere* e quella di *ob evictionem se obligare* può anche essere stata più tarda (943). Essa si è però affermata quando era ancora essenziale distinguere l'uno e l'altro aspetto nell'àmbito degli obblighi del venditore: in un periodo, cioè, in cui in tanto si poteva agire con

(934) E le parti non l'avessero esclusa, effettuando *nummo uno* la *mancipatio*, nel qual caso è veramente difficile che potesse sorgere l'idea di un residuo obbligo del venditore al riguardo.

(935) E, se il venditore non accettasse, sarebbe stato l'acquirente stesso a decidere se fosse opportuno o meno procedere egualmente all'acquisto: una situazione analoga (a parti invertite) si poteva dare in epoca più recente (quando era divenuto fuor di dubbio l'*ob evictionem se obligare* del venditore), allorché l'alienante si rifiutasse di procedere alla conclusione dell'affare, a meno che il compratore accettasse d'inserire nella transazione un *pactum de non praestanda evictione*. In entrambi i casi, era questione di autoresponsabilità del compratore: e nella tutela del contraente più debole i romani non si spingevano troppo avanti al di là della valenza che potevano avere a questo riguardo le regole sull'*ambiguitas contra stipulatorem*, o *venditorem*.

(936) Avvenisse o meno ciò in concomitanza con l'accreditamento del prezzo.

(937) A prescindere dal *pactum de non praestanda evictione* (su cui v. *infra*, § 18 lett. *d*), nelle fonti non vi sono molte allusioni a specifiche pattuizioni sulla garenzia per l'evizione, se non — indirettamente — per quanto riguarda il tipo di stipulazione convenuto (v. su di ciò *infra*, § 18 lett. *a*): il che è, ovviamente, in relazione con la circostanza che — a partire da epoca per noi risalente almeno al I secolo a.C. — l'*ob evictionem se obligare* era divenuto un effetto naturale dell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria.

(938) Al che equivaleva, ovviamente, l'impegno assuntosi dal venditore stesso di effettuare la *mancipatio*. Sulla diffusione di quest'ultimo impegno siamo poco informati: le fonti giustinianee nelle quali si coglie ancora in modo nettissimo la caratterizzazione in senso possessorio dell'obbligazione del venditore relativa alla consegna della cosa, possono — in funzione della generalizzata soppressione della *mancipatio* — sospettarsi, infatti, di aver mascherato, sotto il generico riferimento al *tradere rem*, una situazione in cui fosse stato molto più frequente il ricordo della *mancipatio* effettuata dal venditore; se questo è senz'altro possibile, si dovrebbe ulteriormente determinare se, nel caso i giuristi ricordassero la *mancipatio* come atto d'esecuzione dell'obbligazione del venditore, ciò corrispondesse ad un obbligo assuntosi da quest'ultimo.

(939) Una traccia — ma non univoca — in questo senso è data da Varr. *r. rust.* 2, 10, 5, dove, nell'acquisto di schiavi, è presentata come oggetto di una specifica pattuizione la sostituzione della *stipulatio simplae* a quella *duplae*: non è escluso infatti che — cfr., per tutti, Girard, *op. ult. cit.*, 138 — si tratti qui di una deroga alle previsioni dell'editto degli edili curuli, anche se il contesto non sembra alludere ad acquisti sul mercato.

(940) Per un esempio, v. la problematica in tema di soddisfazione del creditore pignoratizio (cfr., per tutti, Kaser, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 470 s.).

(941) Cfr. soprattutto Girard, *op. ult. cit.*, 113 ss. (v. anche *supra*, in questo paragrafo, lett. *b*).

(942) Si pensi solamente al ruolo di Q. Mucio Scevola in relazione ai *iudicia bonae fidei* (Cic. *off.* 3, 70), fra i quali le *actiones empti et venditi* hanno sempre avuto una rilevante importanza.

(943) Come si è già accennato (*supra*, in questo paragrafo, lett. *e*), può darsi che in un primo momento i due aspetti la cui precisa individuazione è presupposta nella discussione fra Nerazio e Giuliano in D. 19, 1, 11, 13 non fossero così rigorosamente distinti nell'àmbito globale dell'obbligazione del venditore, ed in questi limiti è possibile recuperare parzialmente la complessa opinione del Rabel, *op. cit.*, 33 ss., sulla funzione della garenzia dell'*habere licere*, la quale in sé considerata ha — a ragione — trovato scarso seguito in dottrina.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

l'*ob evictionem se obligare*, in quanto l'evizione non fosse ancora sopravvenuta (944).

A questo punto si apre l'ulteriore problema rappresentato dall'affermarsi della possibilità di agire direttamente con l'*actio empti* per ottenere il risarcimento del danno in seguito all'avvenuta evizione (945). È pacifica questa possibilità per l'epoca tardo-classica, ancorché essa non trovi facilmente collocazione nella tripartizione dell'obbligazione del venditore effettuata da Paolo in D. 19, 4, 1 pr. (946), mentre è soggetto a discussione il momento in cui ciò sia avvenuto (947). Nelle fonti l'*actio empti* all'*id quod interest* è già attestata per Giavoleno in un passo che — nonostante i mutati orientamenti metodologici — suscita ancora profondi sospetti (948), ma che trova con tutta probabilità riscontro in altro passo generalmente trascurato al riguardo (949), che tratta però di un caso abbastanza particolare. Nello stesso torno di tempo anche Nerazio dà — *evicta re* — l'*actio ex empto*, ed ancora in un caso particolare (950). D'altro verso, per Giuliano essa è sicuramente attestata (951) da D. 21, 2, 8 (lb. 15 *dig.*) e da D. 30, 82, 4 (lb. 33 *dig.*), ma anche da D. 21, 2, 7 (lb. 13 *dig*), generalmente negletto in letteratura (952), nonché da Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 15: e ciò trova del resto riscontro in Afr. 8 *quaest.*, D. 19, 1, 30, 1 (953) e D. 21, 2, 47, e poi via via per gli altri giuristi (954).

---

(944) Questo profilo non valeva per l'obbligazione di *possessionem tradere* che si dovesse considerare come non ancora eseguita, nonostante la materiale consegna della cosa: proprio come accade — per Giuliano in contrapposto a Nerazio — nella *l.* 11, 13, per il caso che il compratore non abbia conseguito una *possessio ad interdicta*. La distinzione poteva continuare a farsi anche successivamente all'utilizzazione dell'*actio empti* in funzione — diretta — di garenzia contro l'evizione, oltre che per il conservatorismo che improntа di sé i giuristi romani (e non soltanto quelli), anche in relazione al diverso ammontare della condanna nell'uno e nell'altro caso (su ciò cfr. *infra*, § 18 lett. *c* e § 24 lett. *k*).

(945) Con un regime (su ciò cfr. *infra*, § 19 e 20) in alcuni punti diverso — anche al di là del diverso ammontare del danno risarcibile — da quello dell'*actio ex stipulatu* con cui si faceva valere l'una o l'altra delle stipulazioni di garenzia, e che, entro certi limiti, era differente da quello dell'*obligatio auctoritatis*. Anche fra la *stipulatio habere licere* e quella *duplae*, la prima protetta dall'*actio incerti* e la seconda dall'*actio certi ex stipulatu*, potrebbero in astratto prospettarsi differenze di regime diverse dall'ammontare della condanna, ma l'assoluta scarsezza delle fonti impedisce di perseguire con successo questa problematica.

(946) Si ricordi quanto si è già notato (*supra*, § 15 lett. *d*) sulla particolare orientazione della classificazione proposta dal giurista severiano.

(947) Come sottolinea lo Girard, *op. ult. cit.*, 143, in entrambi questi casi di impiego dell'*actio empti* si fa valere «*le défaut de promesse*» (cfr. sostanzialmente nello stesso senso l'Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 348), ed è evidente che, ad una matura riflessione sulla *bona fides* che regge il contratto, doveva apparire irrilevante la circostanza che l'evizione fosse o non fosse avvenuta. È però dubbio se corrisponda al pensiero espresso — non troppo perspicuamente — dallo Girard, *op. ult. cit.*, 107 (ma v., più correttamente, l'*obiter dictum*, di p. 143), l'opinione del Calonge, *op. ult. cit.*, 34 e 37, per cui si sarebbe passati da una fase in cui «*las estipulaciones se sobrentenderían*» ad una in cui «*la propia 'actio empti' viniera a tutelar la situación d'evicción*».

(948) Si tratta di Iavol. 2 *ex Plaut.*, D. 21, 2, 60. Per l'interpolazione della parte finale che prevede l'*actio empti* in funzione di garenzia cfr. ancora Calonge, *op. ult. cit.*, 35; dubbioso Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 349; propende, ma senza argomenti stringenti, ad ipotizzare un'espressa statuizione sull'evizione mediante un *pactum adiectum* il Medicus, *Id quod interest*, cit., 55 ss., il quale salva comunque l'accenno all'interesse; per Honsell, *Quod interest*, cit., 24 s., si tratterebbe di un caso in cui sarebbe stata mal formulata la stipulazione di garenzia (il che non trova sufficienti agganci nel testo).

(949) Iavol. 9 *epist.*, D. 41, 3, 23, 1 (sul passo cfr. Eckardt, *Iavoleni Epistulae*, cit., 217 s.), in cui — in un contesto nel quale si discute sulla dialettica fra il tutto e le parti nelle cose composte — si dà l'*actio ex empto* per l'evizione di una colonna nel caso di vendita di un edificio.

(950) Ulp. 32 *ad ed.*, D. 21, 2, 37, 2, su cui v. Girard, *op. ult. cit.*, 138 s.; Arangio-Ruiz, *lc. ult. cit.*; Calonge, *op. ult. cit.*, 37 testo e nt. 96, i quali, però, non rilevano questo aspetto. Si trattava del caso in cui il compratore aveva, per errore, proceduto alla *stipulatio simplae* invece che a quella *duplae*, e per cui il giurista traianeo concedeva dopo l'evizione l'*actio ex empto* per la differenza nell'ammontare della condanna. È discutibile in quali limiti ciò dovesse presupporre una più ampia ammissibilità dell'*actio empti* in funzione di garenzia, ché anzi si potrebbe vedere in casi del genere un tramite verso la generalizzazione di questo impiego dell'azione contrattuale.

(951) Questa è l'opinione dominante: cfr. Ankum, *op. ult. cit.*, 615; a nostra conoscenza, non è ancora stata pubblicata la relazione annunciata da quest'ultimo autore (ivi, nt. 50), in cui egli avrebbe dovuto dimostrare che la paternità di tale azione risalirebbe invece a Pomponio.

(952) Nonostante una prima apparenza, l'*actio ex empto* non è ricordata dal giurista come azione d'adempimento, perché in tale veste essa sarebbe spettata anche contro il pupillo; è solo come azione di garenzia che l'azione contrattuale — alla pari dell'*actio ex stipulatu* — può esercitarsi solo contro il sostituto pupillare.

(953) In un più ampio contesto in cui si tratta anche della responsabilità del venditore di mala fede (su ciò cfr. *supra*, § 15 lett. *g*, ed *infra*, § 25 lett. *e*).

(954) Cfr. Pompon. 31 *ad Q. Muc.*, D. 18, 1, 66 pr.; Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 21, 2, 16 pr.; 11 *ad Sab.*, D. 21, 2, 27; Scaev. 2 *resp.*, D. 21, 2, 12; 5 *resp.*, D. 44, 4, 15; Papin. 5 *resp.*, *Frg. Vat.* 17 (= D. 22, 1, 18 pr.); Papin. 10 *resp.*, D. 21, 2, 67; Paul. [32] <33>*ad ed.*, D. 19, 4, 1 pr.; Paul. 5 *ad Sab.*, D. 21, 2, 18; D. 21, 2, 26; Paul. 5 *quaest.*, 19, 1, 43 e 45; D. 21, 2, 70; Ulp. 33 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 17; 70 *ad ed.*, D. 19, 1, 35; 80 *ad ed.*, D. 21, 2, 51, 3; D. 21, 1, 61; Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 40, 7, 9, 1; 29 *ad Sab.*, D. 21, 2, 19 pr.; 34 *ad Sab.*, D. 23, 3, 16 pr.; Ulp. 2 *disp.*, D. 21, 2, 38; meno sicuro il riferimento di Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 2 (testo ridotto in condizioni poco affidanti nella compilazione, e di cui la parte che attualmente residua sull'evizione si riferisce forse al venditore *mancipio dans*); Mod. 5 *resp.*, D. 21, 2, 63 pr.; Alex. Sev., C. 8, 44, 6; C. *eod.*, 8; C. *eod.*, 9 (del 222 d.C.); Diocl. et Max., C. 7, 45, 8, 1, del 283-294 d.C.; C. 4, 51, 3,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

18. *I rapporti tra le varie forme di garenzia contro l'evizione.* — *a*) È problema aperto quello dei rapporti fra i vari mezzi impiegati per sanzionare la responsabilità evizionale del venditore nell'àmbito dell'*emptio venditio* consensuale, una volta che si venne ad ammettere l'obbligazione del venditore ad assumersi tale responsabilità (955). Nelle fonti tardo-classiche (956), si trovano al riguardo alcuni accenni, che però non illuminano completamente su codesta tematica. Un dato è certo: in questo periodo le parti hanno la più ampia libertà nel configurare al livello dell'assetto d'interessi predisposto (957) il regime della responsabilità per evizione, dall'esclusione della stessa mediante un'apposita pattuizione (958) alla previsione di una responsabilità aggravata oltre alla *dupla pecunia* della *stipulatio duplae* (959).

Anche se nelle fonti la *stipulatio duplae* stessa appare, in qualche modo, il caso tipico della garenzia stipulatoria contro l'evizione (960), è fuori discussione (961) che — in base alle risultanze delle fonti medesime — non in ogni caso era da prestare tale *stipulatio duplae* (962). Quando fosse dovuta, è difficile stabilire. In D. 21, 2, 37, 1 Ulpiano parla di *res pretiosiores*: il termine riecheggia la descrizione delle *res mancipi* in Gai 1, 192, ma l'esemplificazione fatta dal giurista severiano concerne soltanto *res nec mancipi* (963), prima di una frase finale che, per gli schiavi (che *res mancipi* sono), sembra rifarsi esclusivamente all'*edictum aedilium curulium*. La ricostruzione del testo è soggetta a discussione, ma è abbastanza probabile che il giurista severiano ricordasse, anzitutto, l'obbligo della *stipulatio duplae* per le *res mancipi* (964), ed agganciasse a tale ricordo la notizia che anche per le altre *res pretiosiores* era dovuta — e qui giocava, oltre al prudente apprezzamento del giudice, la *consuetudo regionis* del luogo del contratto (965) — la *stipulatio duplae* stessa (966).

b) Si pone, a questo punto, il problema di quale garenzia si dovesse prestare nella vendita di quelle cose per cui non era dovuta, né era stata eventualmente pattuita, la *stipulatio duplae* (967): e sulla soluzione in concreto dello stesso può aver avuto ovviamente influenza la già ricordata *consuetudo regionis*. A questo proposito le fonti soccorrono assai poco, ed è opportuno forse distinguere fra un periodo più risalente (in cui non era direttamente esperibile l'*actio empti* in funzione di garenzia) e la fine dell'epoca classica, dove ciò era

C. 8, 44, 21, 2, C. *eod.*, 23, del 293 d.C.; C. 8, 44, 25 (del 294 d.C.); C. 4, 52, 5 (s.d.).

(955) Ad ogni modo il venditore stesso era tenuto, salvo patto contrario, soltanto a prestare una garenzia in proprio (e quindi ad una *repromissio*): l'adibizione di ulteriori garanti, e cioè una *satisdatio*, doveva esser convenzionalmente prevista (Ulp. 32 *ad ed.*, D. 21, 2, 37 pr.).

(956) Quando, fra l'altro, la problematica si era ulteriormente complicata per il generalizzato riconoscimento dell'*actio empti* in funzione di garenzia.

(957) Comunque quest'ultimo si articoli in relazione al profilo del rapporto fra la convenzione obbligatoria e l'adempimento delle prestazioni: nelle compravendite in cui non v'è un distacco cronologico fra la *conventio* e la sua — totale o parziale — esecuzione, la scelta del regime evizionale avverrà attraverso il mezzo concretamente adibito (dalla *mancipatio* alle stipulazioni di garenzia), residuando comunque — in mancanza — l'impiego dell'*actio empti* in funzione di garenzia.

(958) Il cosiddetto *pactum de non praestanda evictione*: sui limiti dell'esonero (a cominciare dall'impossibilità di escludere la responsabilità per dolo), v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *d*.

(959) Cfr. Paul. 2 *ad ed. cur.*, D. 21, 2, 56 pr. (in materia di stipulazione edilizia, ma il profilo non era certamente limitato a questa) e, indirettamente, Ulp. 16 *ad ed.*, D. 49, 14, 5 pr. Sui passi cfr., per tutti, CALONGE, *Evicción*, cit., 61 s., 62 s. (con discussione di letteratura).

(960) Cfr. soprattutto Ulp. 32 *ad ed.*, D. 21, 2, 37 pr. (l'impressione generalizzante data nel *principium* è immediatamente corretta nel successivo § 1), ma anche Pompon. 26 *ad Sab.*, D. 45, 1, 5 pr., passo piuttosto complesso su cui cfr., in generale, GIOMARO, *'Cautiones iudiciales' e 'officium iudicis'*, Milano, 1982, 10 ss., e la letteratura ivi citata. V., inoltre, Paul. 5 *ad Sab.*, D. 21, 2, 2.

(961) Cfr. la puntuale impostazione già dello GIRARD, *Etudes*, cit., 134 ss.; v. anche ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 347.

(962) Decisivo Ulp. 32 *ad ed.*, D. 21, 2, 37 pr.-1.

(963) Perle od altri gioielli, una veste di seta, finendo con una generica clausola di chiusura («*vel quid aliud non contemptibile*»), che — se non debba destare sospetti — sembrerebbe alludere ad una certa ampiezza nel valutare, sia pure nel contesto indicato, le *res pretiosiores*.

(964) Dove esso storicamente si radicava, in quanto sostitutivo dell'*obligatio auctoritatis*.

(965) Di cui parla Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 21, 2, 6, per i fondi: è dubbio se sussistesse un *mos regionis* riferito alla pratica metropolitana.

(966) Lo stato attuale del testo dipende dalla soppressione — sistematica al livello del *Corpus iuris* — della menzione delle *res mancipi*: tale adeguamento, frettolosamente effettuato, spiega — al livello del testo giustinianeo (in quello classico erano ricompresi fra le *res mancipi* stesse) — la mancanza del ricordo, fra les *res pretiosiores*, dei fondi. Nell'originale ulpianeo l'ultima frase doveva costituire una precisazione sulla *stipulatio duplae* edilizia, ed è stata utilizzata dai compilatori per ricordare la necessità della garenzia per il doppio in ordine agli schiavi (che è dubbio rientrassero automaticamente nelle *res pretiosiores* del testo giustinianeo, nonostante il parere contrario dello GIRARD, *op. ult. cit.*, 136 s.).

(967) È ovvio che con un'apposita clausola le parti potevano derogare, a favore del venditore, anche nei casi in cui era comunque d'obbligo, alla prestazione della *stipulatio duplae*, sia sostituendola con quella *habere licere*, sia con quella *simplae*, sia escludendo la garenzia per l'evizione (effetto naturale dell'*emptio venditio* consensuale).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

invece ammissibile (968). In un primo periodo è difficile non pensare alla *stipulatio rem habere licere* (969), soprattutto se si ritiene esser sempre — praticamente — dovuta la *stipulatio duplae* per le *res mancipi*, con il che si facevano rientrare tutte le *res* non *pretiosiores* di cui si dice in D. 21, 2, 37, 1 in quelle *nec mancipi* (970). La *stipulatio simplae*, come modificazione di quella *duplae*, non sancisce tanto una responsabilità evizionale, quanto permette al compratore di rientrare nella somma pagata a titolo di prezzo in seguito all'impossibilità — dovuta all'evizione — che il sinallagma funzioni (971), onde non è facile immaginare un obbligo del venditore a prestarla.

La questione appare certamente più complessa dopo che si fu generalizzato l'impiego dell'*actio empti* direttamente in funzione di garenzia, in base al quale il compratore poteva ottenere, avvenuta l'evizione, la condanna del venditore all'*id quod interest* (972): le fonti tacciono in materia (973), ma si può avere qualche dubbio se potesse ancora considerarsi inadempiente quel venditore che — quando non fosse stato convenuto di procedere alla *stipulatio duplae* — si rifiutasse di assumere esplicitamente mediante la *stipulatio habere* la responsabilità evizionale all'*id quod interest* del compratore, che quest'ultimo poteva direttamente pretendere in base al contratto (974).

Una riprova — a nostro avviso decisiva — al riguardo si ha nell'evoluzione della portata della *stipulatio habere licere* (975), che impedisce di vedere nella prestazione di siffatta stipulazione l'assunzione di una vera e propria garenzia contro l'evizione. Nel periodo tardo-classico, dunque, di fronte alla portata della *stipulatio simplae* (976) e della *stipulatio habere licere*, la responsabilità evizionale del venditore restava confinata alla garenzia direttamente prestata in base all'*actio empti*, a meno che, per uso o per esplicita pattuizione, non fosse dovuta la *stipulatio duplae* (977). L'*ob evictionem se obligare* di Paul. [32] <33> *ad ed.*, D. 19, 4, 1 pr. si manifesta, da codesto punto di vista, rivolto più al passato che al presente.

c) L'*actio empti*, in quanto *iudicium bonae fidei*, era rivolta ad ottenere l'*id quod interest actoris*, il che avrebbe potuto dar luogo a grosse difficoltà quando l'azione fosse stata esperita per la prestazione della stipulazione di garenzia (978), in un momento in cui l'effettiva evizione poteva essere soltanto eventuale. Per quanto risulta dalle fonti (979), i *prudentes* risolsero drasticamente tali difficoltà, configurando praticamente l'azione contrattuale come un mezzo di sanzione indiretta nei confronti del venditore (980): il giudice proce-

---

(968) Senza fra l'altro che sembrino risultare concreti limiti per lo stesso.

(969) Dato che è difficile sussistesse, in questo caso, un aggravamento della responsabilità in base alla *consuetudo regionis*, se non era dovuta quella *duplae* rimaneva l'unica alternativa fra *stipulatio simplae* ed *habere licere*. Ma la responsabilità del venditore in base alla prima si limitava alla restituzione del prezzo, onde è nettamente preferibile pensare alla seconda (all'alternativa fra *stipulatio duplae* ed *habere licere* pensava, del resto, lo GIRARD, *op. ult. cit.*, 134).

(970) È, del resto, la vendita di tali cose che aveva rappresentato, come si è visto (*supra*, § 17 lett. *a*), il luogo d'emersione della stipulazione di garenzia in parola.

(971) E, come si vedrà (*infra*, in questo paragrafo, lett. *d*), l'*actio empti* per la restituzione del prezzo è ammessa — almeno da una parte della giurisprudenza, fra cui Giuliano — anche nel caso si sia convenuto un *pactum de non praestanda evictione*, onde tale restituzione si pone, da un certo punto di vista, al di fuori della responsabilità evizionale vera e propria. Può darsi che la *stipulatio simplae* servisse originariamente a garentire tale restituzione, allorquando l'*actio empti* non era ancora utilizzabile a tale scopo.

(972) Sui problemi che sorgono al riguardo, per la determinazione e per i limiti del risarcimento, cfr. *infra*, § 24 lett. *k*.

(973) Anche se non è senza rilievo la circostanza che nelle fonti il problema della *condemnatio* nell'*actio empti* intentata per ottenere la prestazione della stipulazione si pone, in epoca tardo-classica, soltanto per la *stipulatio duplae* (v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *c*).

(974) Si tenga conto come non sia escluso che — in base alla qualificazione *ex fide bona* dell'*intentio incerta* dell'*actio empti* (che la differenziava dall'analoga *intentio* dell'*actio ex stipulatu* che faccia valere l'*habere licere*) — con l'azione contrattuale l'acquirente fosse tutelato in modo addirittura più efficace che attraverso la stipulazione di garenzia.

(975) Da garenzia pura e semplice di un fatto oggettivo, e quindi anche del terzo, a garenzia — per Ulpiano — del fatto del venditore, e dei suoi successori a titolo universale, o ad obbligazione di mezzi (per Paolo): cfr. *supra*, § 17 lett. *a*; evoluzione su cui aveva influito, lo si ricordi, la tutela che il compratore riceveva direttamente mediante l'*actio empti*.

(976) Che — in mancanza di qualsiasi pattuizione — il venditore fosse obbligato a procedere alla *stipulatio simplae* non può certo ricavarsi da Iavol. 2 *ex Plaut.*, D. 21, 2, 60 (su cui cfr. *supra*, nt. 948). Decisiva al riguardo è l'osservazione che non si vede motivo per cui dalla responsabilità all'*id quod interest*, comunque valutato, si sarebbe dovuti passare ad un regime in cui, con la restituzione del prezzo soltanto, il venditore poteva essere esonerato da un'effettiva responsabilità per l'evizione sofferta dal compratore.

(977) O, addirittura, una *stipulatio triplae* o *quadruplae pecuniae*.

(978) Ad evizione avvenuta, invece, il problema era anzitutto quello dei limiti del risarcimento (v. *infra*, § 24 lett. *k*).

(979) I testi al proposito sono, come si vedrà, praticamente due, ma è osservazione di qualche rilievo che non traspaia al riguardo traccia di discussione.

(980) Accogliendo la domanda attrice, il giudice non poteva — né nel sistema processuale dell'*ordo* (che prevede una *condemnatio* soltanto *pecuniaria*) né nella *cognitio* — direttamente costringere il venditore ad un *facere* infungibile, com'è la conclusione di un negozio a cui quest'ultimo si rifiutasse di partecipare: negli ordinamenti moderni, dove

Senato della Repubblica - Archivio Storico

deva, infatti, ad una valutazione ipotetica dell'interesse del compratore nel senso che considerava già avvenuta l'evizione totale, onde, come dice Nerazio in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 9, «*quanto plurimum auctorem periclitari oportet*» (981): il che trova conferma nella breve notizia data da Paul. 5 *ad Sab.*, D. 21, 2, 2, per cui il venditore che — essendovi tenuto — non effettuava la *stipulatio duplae* era condannato al doppio del prezzo. E in D. 19, 1, 11, 11 lo stesso Nerazio si premurava di avvertire (982) che la condanna di cui al precedente § 9 avveniva nell'ammontare massimo previsto, indipendentemente dall'adempimento da parte del venditore degli altri obblighi su di lui gravanti (983).

d) L'*ob evictionem se obligare* e la responsabilità evizionale del venditore fatta direttamente valere con l'*actio empti* sono, però, effetti naturali dell'*emptio venditio* come contratto consensuale ed obbligatorio, e possono quindi — entro certi limiti — essere derogati dalla volontà delle parti, il che dà luogo alla problematica di quello che, con terminologia invalsa nell'età di mezzo, si chiama *pactum de non praestanda evictione* (984). Gli accenni delle fonti al riguardo non sono frequenti (985), e la relativa problematica si incentra soprattutto sull'esegesi di Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 8, frammento molto complesso, ma non radicalmente modificato dai compilatori (986).

Dall'interpretazione più plausibile della *l.* 11, 8 si ricava che i *prudentes* non sembrano aver ammesso — in base al patto — l'esonero dalla responsabilità per l'evizione proveniente dal venditore e dai suoi aventi causa (987), mentre ritenevano possibile l'esclusione (988) dell'obbligo del venditore di garentire l'*habere licere* (989) per il fatto del terzo.

Giuliano sosteneva, però, che anche quando le parti avessero escluso la garenzia per il fatto del terzo, il compratore — se evitto da persona diversa dal venditore o dai suoi aventi causa — avrebbe potuto comunque richiedere, con l'*actio empti*, la restituzione del prezzo pagato: ed in ciò non può non vedersi l'operatività — almeno oggettiva — della fondamentale corrispettività della compravendita romana (990). Con l'approccio

---

tale impossibilità resta, a ciò si ovvia, quand'è possibile, configurando l'azione come costitutiva, strumento codesto praticamente ignoto all'esperienza giuridica romana (cfr. Talamanca, *Istituzioni*, cit., 71 s. e 755).

(981) Il «*plurimum*» va riferito sia all'ammontare dell'evizione che al tipo di stipulazione da prestare: non si vede ragione per restringere, con lo Girard, *op. ult. cit.*, 140, la portata del principio alla *stipulatio habere licere* (in questo senso un rapido inciso dell'Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 348). Difficile la ricostruzione del senso del successivo § 10, probabilmente rimaneggiato dai compilatori (così Girard, *L'"auctoritas"*, cit., 178 nt. 1 e 297 nt. 1), forse per sopprimervi il ricordo dell'*auctoritas*.

(982) Anche questo paragrafo può apparire rimaneggiato, ma ne è abbastanza evidente il raccordo — attraverso il più difficilmente ricostruibile § 10 (v. *supra*, nt. 981) — con il precedente § 9.

(983) Esattamente notava l'Arangio-Ruiz, *lc. ult. cit.*, come sarebbe stato privo di senno il venditore che, per non prestare la stipulazione, rischiasse una condanna, come se l'avesse prestata e l'evizione fosse già seguita.

(984) Su di esso, cfr. l'ampia rassegna di opinioni del Ricca-Barberis, *Altro ancora sull'efficacia del 'pactum de non praestanda evictione'*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, cit., 13 ss.; v., poi, con ulteriore letteratura Calonge, *op. ult. cit.*, 114 ss.; Impallomeni, *Il 'pactum de non praestanda evictione'*, cit. Si ricordi come nel caso della vendita da parte del creditore fiduciario o pignoratizio, che procedano all'alienazione in quanto tali, la mancata responsabilità per evizione è — salvo il limite del dolo (v. soprattutto Iul.-Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 16) — la regola: cfr., per tutti, Kaser, *Das Römische Privatrecht*², I, cit., 461 testo e nt. 15, nonché 471 testo e nt. 14, con la letteratura ivi citata.

(985) Ad un aspetto particolare si riporta Pap. 10 *quaest.*, D. 18, 1, 72 pr. (patto che esclude la *stipulatio duplae*). Generica, invece, Diocl. et Max., C. 8, 44, 21 (del 293 d.C.).

(986) Normalmente si ritiene — cfr., per tutti, Honsell, *Quod interest*, cit., 45 s.; Calonge, *op. ult. cit.*, 117 nt. 317 (ed in questi autori altra letteratura) — che nella prima parte del passo il giurista si riferisse alla *stipulatio habere licere*. Ciò è, senza dubbio, plausibile, ma non è escluso che l'impostazione di Ulpiano fosse stata più ampia: nonostante che «*habere licere vendidit*» sia un *hápax legómenon*, non si vede ragione perché i compilatori avrebbero dovuto sopprimere il ricordo della *stipulatio habere licere*; e, d'altro lato, nella *l.* 11, 8, Ulpiano non poteva non tener presente la discussione di D. 45, 1, 38 pr.-2 (cfr. *supra*, § 17 lett. *a*). Nonostante l'attuale notevole ampiezza, il passo è stato dunque — forse, non di poco — raccorciato, e non è qui possibile tentarne una più precisa ricostruzione.

(987) Con ciò, praticamente, ci si può riferire soltanto alla fattispecie in cui il venditore, il quale non poteva disporre della cosa, venga ad acquistarla per fatto successivo alla consegna della stessa, e voglia evincere — sulla base del titolo di poi acquisito — il compratore.

(988) La restrizione della responsabilità in tal senso poteva anche derivare, come risulta dal precedente § 15, da una clausola che limitasse nel tempo il periodo in cui il compratore poteva chiedere la prestazione della *stipulatio duplae*, ed eventualmente agire in giudizio in seguito all'inadempienza del venditore.

(989) Comunque quest'obbligo fosse sanzionato, sia con la *stipulatio habere licere*, sia con l'*actio empti* in funzione di garenzia: né, in astratto, si potrebbe escludere una formulazione della *stipulatio duplae* che riguardasse soltanto gli attacchi da parte del venditore e dei suoi aventi causa. Nell'àmbito dell'opinione di Giuliano, di cui si dirà immediatamente appresso nel testo, potrebbe apparire dubbia — già sul piano pratico — una limitazione in tal senso per la *stipulatio simplae*, dove il venditore risponde, praticamente, solo nella misura del prezzo, per la cui restituzione è sempre esperibile l'*actio empti*.

(990) Su questo aspetto, cfr. *supra*, § 14 lett. *f*. La configurazione, per chiamarla così, giulianea sta alla base dell'impostazione di Diocl. et Max., C. 8, 44, 23 (del 293

Senato della Repubblica - Archivio Storico

graduale dei problemi, tipico del metodo casistico, Giuliano prendeva poi in esame quelle fattispecie (991) in cui anche la restituzione del prezzo è esclusa (992), ma l'esito della discussione appare incerto sia al livello di Giuliano (993) che a quello di Ulpiano (994): nella compilazione la possibilità di estendere l'àmbito di applicazione della vendita aleatoria al di là delle figure caratteristiche dell'*emptio spei* appare negata (995).

e) Non siamo molto informati sul regime del concorso fra i vari mezzi di garenzia contro l'evizione. Non sembra vi fossero dubbi sul fatto che, effettuatasi comunque la *mancipatio*, dalla stessa sorgesse — nei limiti che le erano propri — l'*obligatio auctoritatis*, mentre non si hanno materialmente tracce nelle fonti di quello che potesse essere il regime del concorso fra tale *obligatio* e la *stipulatio duplae*, che ne riproduceva, in linea di massima, il contenuto (996). Problemi diversi potevano sorgere, quando con la *mancipatio* — non eseguita *nummo uno* (997) — concorresse una *stipulatio rem habere licere* od una *stipulatio simplae*: vi sarebbe qui il concorso, dovuto alla volontà delle parti, tra due forme di garenzia con portata — necessariamente od eventualmente — diversa, ed in base a ciò poteva porsi la questione se le parti non avessero voluto, pattiziamente, derogare al regime dell'*auctoritas* (998): di tali problemi non siamo, però, in alcun modo informati.

Diversa deve essere l'impostazione per l'*actio empti* in funzione di garenzia, la quale — a differenza di quella rivolta a far valere l'obbligo del venditore di *ob evictionem se obligare* — è, in linea di massima, diretta ad ottenere l'*id quod interest* (999), e nasce direttamente dal consenso rivolto allo scambio della cosa contro il prezzo, indipendentemente da qualsiasi pattuizione al proposito (1000).

Che la possibilità di esercitare l'*actio empti* in funzione di garenzia possa aver influito, in senso negativo, sull'esperibilità dell'*actio auctoritatis* o dell'*actio ex stipulatu* sulla base delle stipulazioni evizionali, non sembra problema da proporre. È stata, invece, di recente ripresa l'opinione (1001)

---

d.C.), mentre, in epoca pressoché coincidente, Hermog. 2 *iur. epit.*, D. 21, 2, 74 pr., parla di convenzioni che rispetto al prezzo permettono di diminuire — come del resto di aumentare — la somma da restituire in caso di evizione, il che rappresenta forse un tentativo di sintetizzare in formula breve cose abbastanza diverse. È forse un problema tutto moderno distinguere se, in questo caso, l'*actio empti* avesse funzione di garenzia o servisse solo a garentire la sinallagmaticità del contratto, come negli altri casi in cui è adoperata a tale scopo.

(991) Non viene sfruttata, a questo proposito, la mancanza di una responsabilità evizionale del creditore pignoratizio (cfr. *supra*, nt. 984), verisimilmente perché si trattava di un fenomeno con caratteristiche tutte particolari: si veda come, nel contesto di D. 19, 1, 11, nel riaffermare — in relazione a quanto detto nel precedente § 15 (cfr. *supra*, nt. 988) — la responsabilità per dolo del creditore stesso, Ulpiano senta nel § 16 la necessità di ricordare le *multae constitutiones* intervenute a sancire il regime per cui, in caso di evizione del pegno venduto *iure creditoris*, il creditore alienante non è tenuto a restituire il prezzo.

(992) Il che trova una giustificazione, dal punto di vista della corrispettività delle prestazioni, configurando il sinallagma tra l'*alea* ed il prezzo (cfr. *supra*, § 9 lett. *e*).

(993) La parte del passo che inizia con *nisi forte*, è stata fortemente sospettata: e non a torto nella sua veste attuale, dovuta con ogni probabilità ad un ulteriore raccorciamento del testo ulpianeo, ché né il paragone con l'*emptio spei* né quanto si dice su questa possono venir posti in dubbio.

(994) La frase «*sed in supra scriptis* ...», nella parte finale del passo, ha tutta l'aria d'esser un intervento risolutore dei compilatori a tagliare una più articolata discussione, ma potrebbe riportare il pensiero sia di Giuliano che di Ulpiano, a prescindere dall'ulteriore questione se i due giuristi andassero o meno d'accordo (v. l'impostazione aporetica dell'IMPALLOMENI, *op. cit.*, 239 ss.). Come momento di raffronto, si ricordi che è proprio Ulpiano che — nello stesso libro del commentario edittale — ammette, in D. 18, 4, 11 (v. *supra*, § 10 lett. *d*), la possibilità di configurare la *venditio hereditatis* come compravendita aleatoria (e può darsi che i due passi fossero, nella scrittura originale, non discosti).

(995) Non è del resto possibile rendersi con sicurezza conto se Giuliano prendesse posizione contro una veduta consapevolmente diretta ad affermare l'opposto principio; o se, invece, non si tratti del modo caratteristico in cui si sviluppa la dottrina giuridica nel sistema aperto che caratterizza l'esperienza giuridica romana, ed in cui l'affacciarsi di nuove soluzioni non significa necessariamente — come è portato a credere chi ragiona con la mentalità tipica del sistema chiuso — che precedentemente fosse invalso il diverso principio.

(996) Sarebbe del tutto ingiustificato far giocare, a questo proposito, il preteso carattere originario dell'*actio auctoritatis* quale azione penale (cfr. anche *infra*, nt. 1040): come riconosceva lo stesso GIRARD, *L'"auctoritas"*, cit., 262 s., è fuori discussione, in periodo classico, la trasmissibilità passiva dell'*actio auctoritatis*, caratteristica incompatibile con una tale qualifica; e, del resto, non vi sono tracce che, a partire dalla tarda giurisprudenza repubblicana, i *prudentes* considerassero codesta azione come penale, sia ai sensi della trasmissibilità stessa che per quelli del concorso fra azioni: e, per il periodo precedente, mancano del tutto le fonti.

(997) Il che si ricordi escludeva, in linea di fatto o di diritto, il sorgere dell'*auctoritas*.

(998) Una tale convenzione, che si fosse voluto vedere implicita od alla base della *stipulatio habere licere* o *simplae*, avrebbe potuto, nei confronti dell'*actio auctoritatis* come *iudicium stricti iuris*, funzionare soltanto *ope exceptionis*.

(999) Sui limiti del risarcimento, cfr. *infra*, § 24 lett. *k*.

(1000) Sotto questo profilo, la responsabilità evizionale fondata sull'*actio empti* si avvicina all'*obligatio auctoritatis*, elemento naturale — od essenziale (cfr. *supra*, nt. 879) — della *mancipatio*. Una particolare clausola negoziale è necessaria soltanto per evitare il sorgere, in genere, di obblighi del venditore in materia di evizione, il cosiddetto *pactum de non praestanda evictione* (cfr. *supra*, in questo paragrafo, lett. *d*).

(1001) V. già, nel secolo scorso, SALPIUS, *Novation und*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

che l'*actio empti* in funzione di garenzia può essere esercitata soltanto quando non si sia provveduto alla *stipulatio duplae* (1002) o per i casi da questa non coperti (1003), in quanto mediante il ricorso alla stipulazione di garenzia si sarebbe derogato all'applicabilità dell'azione contrattuale (1004). Rispetto all'*actio empti*, come *iudicium bonae fidei*, un tale problema è sicuramente in astratto proponibile. Per una soluzione in positivo di esso non sussiste un sufficiente supporto testuale (1005), mentre *ex adverso* sono stati addotti testi in cui il concorso è positivamente attestato, e la cui rilevanza è difficilmente rimovibile (1006).

19. *I presupposti della responsabilità per evizione.* — La varietà dei mezzi con i quali si fa valere la responsabilità evizionale del venditore — dall'*actio auctoritatis* a quella *ex stipulatu* (*certi* per la *stipulatio duplae* ed *incerti* per la *habere licere*) ed al *iudicium empti*, fondato sull'*oportere ex fide bona* — ha come conseguenza che tale responsabilità è configurata in modo abbastanza diverso, nonostante la sostanziale identità che sottende i mezzi in questione ed il conseguente convergere della disciplina su alcuni punti essenziali. Tenendo conto delle analogie e delle differenze, si darà qui appresso una rapida rassegna di codesto regime (1007).

a) Un primo aspetto concerne i presupposti che debbono verificarsi perché si debba ritenere integrata l'evizione. La responsabilità per la continuazione dell'*habere licere* presuppone, ovviamente, che sia stata conseguita la disponibilità della cosa cui l'*habere licere* stesso si riferisce (1008): i giuristi romani non sottolineano

---

Delegation nach römischem Recht, Berlin, 1864, 229 ss. In senso favorevole al concorso, già agli inizi del nostro secolo, BECHMANN, *Der Kauf*, III, t. 2, cit., 70 ss.; ed ora HONSELL, *op. cit.*, 60, con qualche cautela; e, molto più decisamente, KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 335 ss.

(1002) La situazione è diversa per la *stipulatio simplae* (cfr. anche *supra*, in questo paragrafo, lett. *b*), ma per quest'ultima non abbiamo ancora attestazione sicura su come si articolasse il concorso con l'*actio empti*.

(1003) ANKUM, *Problemi*, cit., 616 ss. Altro problema è se in base all'obbligo di prestare, per le *res pretiosiores*, la *stipulatio duplae* alcuni giuristi non prospettassero la possibilità di fissare un limite quantitativo alla responsabilità evizionale del venditore fatta valere con l'*actio empti* (su ciò v. *infra*, § 24 lett. *i-k*).

(1004) ANKUM, *op. ult. cit.*, 624 s., con una formulazione in cui non è del tutto esplicitato il rapporto tra la presumibile — o presunta — volontà delle parti e la valutazione da parte dei *prudentes*; ad una clausola derogatoria implicita si allude invece altrove (p. 626). Ad accettare nella portata pratica codesta ipotesi, si sarebbe forse più portati — tenendo conto dello svolgimento della garenzia evizionale — a sottolineare il ruolo storicamente sussidiario dell'*actio empti*.

(1005) Non rileva, infatti, Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 14 (ANKUM, *op. ult. cit.*, 625 s.), dove *deficiente dupla* non vuol dire che «una *stipulatio duplae* manca», ma che la stessa non trova nel caso applicazione. D'altro lato, che l'*actio empti* venga prevalentemente ricordata laddove l'*actio ex stipulatu* non sarebbe esperibile, è argomento scarsamente rilevante, dato che è del tutto evidente esser codesto il luogo d'elezione dell'azione contrattuale (ivi, 626 s.). Che poi il compratore preferisse — con un'opzione di fatto — far ricorso all'*actio ex stipulatu* sulla base della *stipulatio duplae*, può tranquillamente spiegarsi con la circostanza che, salvo casi eccezionali, è difficile che l'*id quod interest* potesse andar oltre il doppio del prezzo.

(1006) Si tratta di Pompon. 11 *ad Sab.*, D. 21, 2, 27; Paul. 5 *ad Sab.*, D. 21, 2, 18 (in relazione ad Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 21, 2, 17); Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 19, 2; Diocl. et Max., C. 8, 44, 25 (del 294 d.C.), su cui cfr., in senso contrapposto, KNÜTEL, *op. cit.*, 335 ss., ed ANKUM, *op. ult. cit.*, 617 ss. Bisogna rilevare che, in effetti, D. 21, 1, 19, 2 non parla di concorso tra l'*actio ex stipulatu* e l'*actio empti* (cfr., esattamente, ANKUM, *op. ult. cit.*, 622 s.); ed anche D. 21, 2, 27 si riferisce soltanto alla spettanza in astratto delle varie azioni menzionate, non al concorso nella concreta fattispecie (così, a quanto sembra, anche ANKUM, *op. ult. cit.*, 620 s.). D'altro lato, se D. 21, 2, 18 è stato *utrimque* discusso senza tener conto che dal tenore tràdito non si ricava inequivocabilmente che l'*actio empti* è data pur sussistendo la possibilità di ricorrere all'*actio ex stipulatu* (ma va tenuto, in senso contrario, conto della diversa impostazione della *l.* 18, rispetto al successivo Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 21, 2, 19 pr.), C. 8, 44, 25 sembra, però, inequivocabile nel senso del concorso: che la concorrenza dipenda, in entrambi i casi, dal fatto che l'evizione provenga dal venditore, e che questi non adempirebbe all'obbligazione di *purgari dolo malo* (così l'ANKUM, *op. ult. cit.*, 619 e 621 s.), è costruzione sovrastrutturata alle fonti che prospettano il concorso senza porsi di questi problemi. A parte Paul. 16 *quaest.*, D. 21, 2, 71 (in cui l'iniziale menzione dell'*actio ex empto*, in un passo tutto impostato sulle stipulazioni di garenzia, appare con tutta probabilità interpolata: cfr. *Index interpolationum, ad h.l.*), bisogna del resto tener conto anche di Iulian. 13 *dig.*, D. 21, 2, 7, dove — a quanto sembra — il concorso stesso è affermato per il caso concreto, e non è configurabile il dolo del venditore: *contra*, ma senza alcun fondamento, ANKUM, *op. ult. cit.*, 619 nt. 59, ché l'evizione non è provocata dall'erede, ma dal fatto che assumono efficacia le *tabulae pupillares*, il che non può certamente configurarsi come comportamento doloso del sostituto (ed il pupillo non era in dolo, nei ristretti limiti in cui ciò possa rilevare, per la normale segretezza delle *tabulae* in questione). Meno importante Paul. 5 *ad Sab.*, D. 40, 7, 10, che — nella parte finale (rilevante per il problema del concorso) — non è, di certo, molto affidabile, ma che si riferisce al *dolus in contrahendo*.

(1007) Su di esso cfr., soprattutto, GIRARD, *Etudes*, cit., 90 ss.; ID., *L'"auctoritas"*, cit., 223 ss.; CALONGE, *Evicción*, cit., 63 ss.; WACKE, *Die verschuldete Eviktion*, cit.

(1008) Altrimenti sarebbe ancora in discussione — in relazione all'*obligatio consensu contracta* — l'esecuzione della prestazione di *possessionem tradere*. Su di ciò cfr. GIRARD, *Etudes*, cit., 90 (v. anche ID., *L'"auctoritas"*, cit., 214 ss.); CALONGE, *op. ult. cit.*, 65 ss. Problema diverso dall'evizione in senso stretto è quello discusso in Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 12 (= D. 18, 6, 19), nonché in Diocl. et Max., C. 8, 44, 24 pr. (del 294 d.C.), su cui cfr., per tutti, GINESTA-AMARGOS, *'Exceptio imminentis evictionis'*, in *BIDR*, 1989-1990, 311 ss.: si tratta del diritto del compratore di sospendere il pagamento del prezzo ancora dovuto, nel caso vi sia pericolo

Senato della Repubblica - Archivio Storico

espressamente questo aspetto, bensì si occupano di eliminare dubbi che possano derivare dal particolare modo in cui la *traditio* stessa fosse stata effettuata (1009). Se questa soluzione non presenta lati dubbi per quanto riguarda sia le stipulazioni coordinate con una compravendita consensuale sia la stessa *actio empti* in funzione di garenzia, qualche perplessità potrebbe sorgere per l'*actio auctoritatis*, tenendo conto della circostanza che per i fondi all'atto librale non corrispondeva la trasmissione del possesso, e che quindi il *mancipio accipiens* poteva agire con la *rei vindicatio* contro il terzo possessore, sulla base del solo atto librale, e che sullo sviluppo del regime dell'*auctoritas* stessa (1010) non poteva aver influito la struttura possessoria dell'obbligazione del venditore nell'*emptio venditio* consensuale (1011).

b) L'evizione doveva essere, poi, giudiziale (1012): le fonti escludono esplicitamente che si avesse responsabilità nel caso di sentenza emessa da un *arbiter ex compromisso* (1013). E, d'altro lato, Pompon. 11 *ad Sab.*, D. 21, 2, 29, 1 sottolinea per la *stipulatio duplae* come il compratore non possa nulla pretendere, quando — essendo inattaccabile la sua posizione in quanto possessore e convenuto nell'*actio in rem* esercitata dal proprietario in veste di attore — abbia perso la materiale disponibilità della cosa per fatto a sé imputabile (1014).

Sotto un diverso profilo, non è necessario che, com'è naturalmente il caso di gran lunga più rilevante, l'acquirente — od eventualmente il suo avente causa — fosse risultato soccombente in posizione di convenuto nei confronti dell'effettivo proprietario che abbia esperito contro di lui la *rei vindicatio*: si può avere una sorta di evizione, per così dire, "invertita", allorché il compratore si sia trovato — senza sua colpa — nella condizione di dover esercitare un'azione petitoria (1015) e riesca

---

concreto di evizione, nonostante il venditore abbia già messo a sua disposizione la cosa. Nel confronto tra le due recensioni del passo di Papiniano risulta una modificazione sostanziale del regime della fattispecie, nel senso che nei *Vaticana Fragmenta* il compratore era legittimato a rifiutare l'adempimento, nonostante che gli fossero offerti *fideiussores* a garentire contro l'evizione, mentre nel passo dei *Digesta*, la prestazione di garanti è condizione negativa del legittimo rifiuto dell'adempimento.

(1009) Mediante *traditio brevi manu* in Cels. 27 *dig.*, D. 21, 2, 62 pr. (il passo si riferiva originariamente all'*auctio auctoritatis*, secondo lo Girard, *L'"auctoritas"*, cit., 166 nt. 2); o mediante *iussum* di prestare ad un terzo in Marcell. 8 *dig.*, D. 21, 2, 61, che nulla — v. la prudenza dello Girard, *op. ult. cit.*, 184 nt. 1 — pone in connessione con tale azione.

(1010) Anche per quanto concerne gli sviluppi che portano a separare la *mancipatio* degli immobili dalla consegna del fondo alienato: va anche tenuto conto della sostanziale accidentalità della *mancipatio* nei confronti dell'*obligatio consensu contracta*.

(1011) Ciò presuppone la risalenza di quella che si potrebbe chiamare l'evizione "invertita", e cioè dell'acquirente in quanto *petitor* (su ciò cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *b*): i dubbi, del resto, si aggravano se si segue la teoria (cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *d*) che, per quanto concerne l'*auctoritas*, l'evizione è già integrata con la *pronuntiatio de iure*. Prende in specifico esame il problema lo Girard, *op. ult. cit.*, 214 s., che lo risolve a favore della necessità della *traditio* per un motivo storico (essersi cioè formata l'*auctoritas* stessa in un periodo in cui la consegna della cosa, anche immobile, era contestuale alla *mancipatio*), aspetto che non è del tutto dirimente.

(1012) Cfr., genericamente, Diocl. et Max., C. 8, 44, 17 (del 290 d.C.): v. Calonge, *op. ult. cit.*, 69 ss.; Wacke, *op. ult. cit.*, 150 ss. e 163 ss. Nulla si può ricavare in senso contrario da Diocl. et Max., C. 8, 44, 22 (del 293 d.C.), nella quale bisogna porre l'attenzione su *iure*. Questo è fuori discussione per l'*actio auctoritatis* e le stipulazioni di garenzia; per l'*actio empti*, l'Ankum, *Problemi*, cit., 616, ha creduto di trovare un'eccezione nell'applicazione di questa azione *ad pretium reciperandum* in materia di *concursus causarum* (v. *supra*, § 14 lett. *b*), ma, come questo Autore stesso sembrerebbe riconoscere (cfr. p. 615: v. anche Id., *Das Ziel*, cit., soprattutto 3229 s.), si tratta qui di una diversa fattispecie, dove da un verso non si ha una vera e propria responsabilità del venditore, e dall'altro non v'è una struttura assimilabile a quella dell'evizione, onde l'accostamento è gratuito. Un caso invece dove l'*actio empti* è esperita in funzione di garenzia (in sostituzione della mancata *commissio stipulationis*, dovuta all'assenza di un'evizione giudiziale, nella specie però impossibile: cfr. Calonge, *op. ult. cit.*, 147 nt. 404), è invece rappresentato da Afr. 6 *quaest.*, D. 21, 2, 24 (il servo venduto ad una donna da chi non è legittimato a disporne viene dato in dote dalla stessa all'effettivo proprietario, ed il giurista sottolinea come venga sostanzialmente a mancare l'*habere licere*, in quanto la donna risulta *indotata*), dove l'azione non è però soltanto *ad pretium reciperandum* (come sembrerebbe voler dire il Wacke, *op. ult. cit.*, 157).

(1013) Cfr. Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 56, 1 (sul passo cfr. Wacke, *op. ult. cit.*, 150 s.): il nesso palingenetico è con la *stipulatio duplae* edilizia, ma l'uso dell'espressione generica *actio de evictione* (che nel caso è impossibile pensare sostituita ad un'*actio auctoritatis*) mostra che il giurista voleva forse enunciare un principio generale. Senza l'accordo del venditore, al compratore non era, conseguentemente, permesso neppure di transigere, il che poteva trasformarsi, eventualmente, in danno per l'alienante stesso; né, a maggior ragione, di riconoscere spontaneamente la fondatezza della domanda attrice (in questo senso una tarda costituzione del 290 d.C.: Diocl. et Max., C. 8, 44, 17).

(1014) La frase relativa nella parte finale di D. 21, 2, 29, 1, rispetto alla quale è da osservare come non siano facilmente configurabili i limiti dell'imputabilità, è stata con ogni probabilità raccorciata: il rimaneggiamento è stato più ampio come mostra la precedente alternativa fra il *non committi stipulationem* e l'opponibilità dell'*exceptio doli* (che non suscita dubbi nello Knütel, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, 239, né del Wacke, *op. ult. cit.*, 166 s.), la quale allude alla diversità di regime sul punto fra l'*auctoritas* e la *stipulatio duplae* (v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *d*).

(1015) Su di ciò cfr. Wacke, *op. ult. cit.*, 148 s. Le fonti fanno — accanto alla *rei vindicatio* stessa — il caso dell'*actio Publiciana* e dell'azione a difesa della proprietà vertigalista (o

Senato della Repubblica - Archivio Storico

437

in essa sconfitto (1016). In tale modo, sotto il profilo concettuale, i giuristi romani equiparavano tendenzialmente all'*habere licere* la possibilità di esperire vittoriosamente l'azione petitoria stessa (1017), considerando che la pacifica disponibilità della cosa cessasse quando tale azione fosse inutilmente esperita, e addossando d'altronde al compratore una sorta di autoresponsabilità per l'efficace impiego dei vari mezzi processuali (1018).

c) A parte il caso dell'evizione "invertita", nel regime delle stipulazioni di garenzia (1019), non era sufficiente (1020) né l'accertamento del diritto contenuto nella *pronuntiatio de iure* né l'eventuale condanna seguita alla mancata esecuzione del *iussum de restituendo*: era necessario che il compratore perdesse la pacifica disponibilità della cosa, adeguandosi al *iussum* predetto, od eseguisse la *condemnatio pecuniaria* (1021). In relazione all'evizione subita dall'avente causa dal compratore i giuristi riconoscono la cessazione dell'*habere licere* in base a presupposti variabili, purché vi fosse la certezza che a carico del compratore si sarebbe comunque attuata, anche in seguito, una perdita pecuniaria (1022).

La validità in generale di questo principio è del resto pacificamente riconosciuta dalla dottrina (1023), che sottolinea le precise attestazioni delle fonti, e soprattutto la precisa ed articolata discussione di Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 21, 2, 21, 1-2, in cui nel § 1 si precisa, sulla base di Giuliano, che la *stipulatio duplae* (1024) ha valore nel caso in cui «*res amittitur, ut eam habere non liceat propter ipsam evictionem*» (1025), precisando poi nel suc-

provinciale): cfr. Iulian. 57 *dig.*, D. 21, 2, 39, 1 e Papin. 28 *quaest.*, D. 21, 2, 66 pr.

(1016) Cfr., in termini generali, Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 21, 2, 16, 1.

(1017) E, per Nerazio, secondo quanto è detto in D. 19, 1, 11, 13 (v. *supra*, § 15 lett. *e*), ciò doveva valere anche per la difesa possessoria: secondo l'impostazione — risultata prevalente — di Ulpiano, in caso di evizione possessoria della cosa nel suo complesso, l'*emptor* poteva agire per l'inadempimento dell'obbligazione di *possessionem tradere*.

(1018) Cfr. ancora D. 21, 2, 66 pr. di Papiniano, ed anche D. 21, 2, 39, 1 di Giuliano, dove la possibilità di esperire l'*actio Publiciana* rileva ai fini della mancata integrazione dell'*obligatio auctoritatis* soltanto *ope exceptionis*: cfr. su di essi Wacke, *op. ult. cit.*, 164 testo e nt. 96.

(1019) Ma non v'è motivo di dubitare che lo stesso regime si applicasse anche all'*actio empti* in funzione di garenzia (v. anche *supra*, nt. 1012).

(1020) Bisogna tener presente a questo riguardo l'articolazione dei provvedimenti decisori del giudice nella *rei vindicatio*, e nelle altre azioni reali, in quanto *actiones arbitrariae* (cfr. Talamanca, *Processo civile*, cit., 65 ss.).

(1021) Non bastava neppure qui il semplice provvedimento del giudice, ma era necessario il *litis aestimationem sufferre* (cfr., ad esempio, Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 21, 2, 29, 2). Ove il tutore provvedesse a tale pagamento con denaro proprio «*pro re pupilli*», Pompon. 1 *ex Plaut.*, D. 21, 2, 22 pr. ammetteva la *commissio stipulationis* a favore del pupillo stesso (in quanto il tutore ha il regresso assicurato con l'*actio tutelae contraria*, a prescindere dalla possibilità di portare al proprio attivo la partita nel rendiconto sanzionato dall'*actio directa*). È difficile proporre, per l'esperienza romana, la questione dell'esecuzione forzata della sentenza, tenuto conto delle caratteristiche della *bonorum venditio* (su di cui cfr. Voci, *Esecuzione forzata: diritto romano*, in questa *Enciclopedia*, XV, 423 ss.; Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 301 ss.): a parte il generico Gai. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 57 pr., non residuano poi passi sulle modalità di attuazione della responsabilità evizionale a favore del *bonorum emptor* nel caso si fosse giunti ad un'esecuzione forzata contro il compratore evitto (non dovevano sorgere invece problemi per la *bonorum distractio* e per il *pignus in causa iudicati captum*).

(1022) Nel caso di ulteriore vendita, è sufficiente, ad esempio, che il compratore e secondo venditore venga condannato per inadempimento a favore del secondo compratore, per non aver potuto trasferire il servo evitto (Ulp. 51 *ad Sab.*, D. 21, 2, 33). La responsabilità dei *fideiussores* della stipulazione di garenzia è integrata immediatamente a favore dell'*uxor* dopo l'evizione subita dal marito del fondo dato in dote, perché la donna viene a perdere o vedersi diminuita la dote stessa in Pompon. 1 *ex Plaut.*, D. 21, 2, 22, 1 (è proprio il contesto che rende insicura l'ipotesi del Lenel, *Palingenesia*, cit., II, 79 nt. 3, che si tratti di una *satisdatio secundum mancipium*): v. del resto una variante di questa fattispecie — l'evizione segue alla morte della donna — in Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 21, 2, 23 (su Afr. 6 *quaest.*, D. 21, 2, 24, v. *supra*, nt. 1012).

(1023) Cfr., anzitutto, Girard, *Etudes*, cit., 93 s., Ankum, *Problemi*, cit., 611; Wacke, *op. ult. cit.*, 152 ss.. Sul doppio significato di *evincere* presso i *prudentes*, come semplice vittoria processuale e come perdita dell'*habere licere*, cfr. Ankum, *op. ult. cit.*, 601 ss., ma non v'è in realtà un effettivo problema al riguardo, ché l'uso in senso ristretto di *evincere* risulta inequivocabilmente da vari testi (cfr., ad esempio, Gai. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 57 pr.), molto più che da Ulp. 70 *ad ed.*, D. 19, 1, 35, dov'è piuttosto singolare che l'Ankum lo vada a ricercare, dato che letteralmente nessun termine della famiglia di *evincere* compare nel passo. È del resto ovvio che il significato ristretto si collega con il regime dell'evizione nell'*auctoritas*.

(1024) Non è fondata l'opinione del Lemosse, *La mise en cause judiciaire de l'"auctor"*, in *Labeo*, 1984, 166, che Giuliano si riferisse all'*auctoritas*.

(1025) Il che esclude dalla garenzia tutti quei casi in cui la mancanza dell'*habere licere* non sia in diretta connessione con la soccombenza processuale del compratore; un'elegante ma formalistica applicazione di codesto principio è fatta — come riferisce sempre Ulpiano nel successivo § 3 — da Giuliano: per l'evizione di uno schiavo fuggito durante le more del processo per colpa del compratore — e possessore — evitto (condannato conseguentemente a pagare la *litis aestimatio*), il giurista sostiene che, fino a quando il *fugitivus* non sia stato ripreso, la mancanza dell'*habere licere*, concretata dal pagamento della condanna pecuniaria, dipende dalla *fuga* non dall'evizione (cfr., da un diverso punto di vista, anche Wacke, *op. ult. cit.*, 152 s.); e propone analogo ragionamento nel caso in cui, mancando l'imputabilità della *fuga* al possessore, questi sia stato assolto dopo aver prestato la *cautio de homine restituendo*: in quest'ultimo caso l'evizione si avrà soltanto quando, ritornato in possesso dello schiavo, il compratore l'avrà restituito all'attore vittorioso.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

cessivo § 2 come non si abbia evizione «*cum ... neque corpus neque pecunia emptori absit*» (1026).

La sentenza non doveva né venir provocata dalla negligenza del compratore (1027), né esser "ingiusta": sotto quest'ultimo profilo già Labeone escludeva che il venditore fosse tenuto in base ad una sentenza data *iniuria iudicis* (1028): né è sicuro che qualcosa di diverso voglia dire con *iniqua sententia* Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 10 (1029), che in *Frg. Vat.* 8, tratto dallo stesso libro, parla anch'egli di *iniuria iudicis*. Ancora in costituzioni della prima metà del III secolo d.C. la sentenza appare dovuta egualmente all'*iniuria iudicis* (1030); in Ulp. 80 *ad ed.*, D. 21, 2, 51 pr., invece si parla di *imprudentia* o di *error* (1031), ma nel prosieguo si fa — sembrerebbe — riferimento alla corruzione del giudice, il che crea qualche ulteriore difficoltà per una più precisa definizione dei presupposti in base ai quali la sentenza ingiusta va a danno del compratore e non del venditore (1032).

La perdita della disponibilità della cosa in quanto collegata alla soccombenza processuale o la diversa perdita patrimoniale comunque connessa con tale soccombenza andavano poi valutate in concreto e non in astratto: in qualsiasi modo si dovesse constatare che non si era verificata una tale perdita per il compratore a seguito dell'evizione, il venditore non era tenuto in base alle relative *stipulationes* (1033). Allo stesso — o ad un analogo — ordine d'idee sono ispirate quelle decisioni le quali negano che si possa proporre la questione della responsabilità evizionale, allorché il compratore abbia — per fatto proprio, o comunque diverso dalla soccombenza in un processo — perduto definitivamente la disponibilità della cosa (1034); o, nell'evizione "invertita", si fosse

(1026) Con l'ulteriore notazione che, nel caso del pagamento della *litis aestimatio*, il compratore continua, è vero, ad avere la cosa, ma sulla base di tale pagamento — considerato, secondo una concettualizzazione corrente dei giuristi, come una vera e propria compravendita (cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 437) — e non della *pristina emptio*, e per ciò l'alienante di quest'ultima deve rispondere per l'evizione. E, sempre nel § 2, si dice che, ove la *litis aestimatio* sia pagata dal venditore, responsabile per l'evizione, costituito *cognitor* (o *procurator*) *in rem suam*, il compratore non potrà pretendere nulla a titolo d'evizione, perché nella specie il rappresentante processuale non ha l'*actio mandati contraria*.

(1027) In Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 55 pr., si comincia col negare in generale rilevanza, ai fini della garenzia stipulatoria contro l'evizione, alla soccombenza automatica del compratore per contumacia *apud iudicem*, tipica del processo formulare; e poi si ammette — ma non è una vera e propria eccezione — che, nel caso la *litis contestatio* sia stata fatta dal pupillo *tutore auctore*, la lite venga coltivata *apud iudicem* dal tutore, con rilevanza ai fini della responsabilità evizionale. Cfr. Alex. Sev., C. 8, 44, 8 (del 222 d.C.), la quale — relativa con ogni probabilità alla *cognitio* — fa il caso dell'assenza dell'*emptor*: qui potrebbero sorgere questioni sul fatto se tale assenza provocasse o meno, a quel tempo, la soccombenza automatica del convenuto, né si precisa se lo stesso si fosse reso assente in una fase successiva del processo o fosse stato citato mediante il procedimento contumaciale; v., poi, in generale, dello stesso imperatore, C. 4, 48, 1 (del 223 d.C.). In tema di appello, cfr., infine, Mod. 5 *resp.*, D. 21, 2, 63, 1-2; Mac. 1 *app.*, D. 49, 1, 4, 3.

(1028) Com'è attestato, in materia di vendita di *servus cum peculio*, da Paul. 33 *ad ed.*, D. 21, 2, 5.

(1029) Passo, del resto, che suscita qualche perplessità nell'attuale *recensio*, derivante probabilmente da un raccorciamento dell'originale eseguito senza troppe cure, il che ha portato allo strano sintagma *stipulatio auctoritatis*, il cui valore è dubbio (cfr., su di esso, CALONGE, *op. ult. cit.*, 19).

(1030) Alex. Sev., C. 8, 44, 8 (del 222 d.C.); Phil. et Phil., C. 8, 44, 15 (del 245 d.C.).

(1031) Il principio è riaffermato in C. 4, 44, 8 per tutte le forme di garenzia, dall'*actio auctoritatis* all'*actio empti* (v. anche *infra*, nt. 1054); e, d'altro lato, D. 21, 2, 51 pr. è tratto da quel lb. 80 *ad edictum* di Ulpiano, che è la *sedes materiae* dall'*auctoritas*, secondo la nota impostazione definitivamente affermata con impostazioni parzialmente diverse dal LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., 542 s., e dallo GIRARD, *op. ult. cit.*, 162 ss., ed ancora accettata dall'opinione dominante: cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 323 s.; ANKUM, *L'"actio auctoritatis"*, cit., 33 ss. Sul punto che il principio fosse originario dell'*auctoritas* stessa, v'è forse ragione di dubbio (cfr., per tutti, GIRARD, *op. ult. cit.*, 283 s.), anche tenendo conto che il processo era condotto dallo stesso *mancipio accipiens*, e nell'interesse proprio (per evitare l'*auctoritatem defugere*).

(1032) Non approfondisce codesta tematica WACKE, *op. ult. cit.*, 158 s. Sulla sentenza erronea e sull'*iniuria iudicis*, cfr., per tutti, KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 293 s.

(1033) I casi fatti nelle fonti sono quello in cui — dopo la sentenza di condanna (o, eventualmente, la *pronuntiatio de iure* sfavorevole al convenuto) — l'attore muoia senza lasciare eredi e i beni divengano vacanti, perché non vanno al fisco e non sono assoggettati alla *bonorum venditio* da parte dei creditori del defunto (Gai. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 57 pr.: su di esso cfr. CALONGE, *op. ult. cit.*, 112); quello — già visto (*supra*, nt. 1026) — in cui sia il venditore a pagare la *litis aestimatio*, eventualmente in seguito alla nomina come *procurator*, o *cognitor*, *in rem suam*, dato che in questo caso egli non ha regresso, con l'*actio mandati contraria*, nei confronti del compratore (Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 21, 2, 29, 2): cfr. anche, per il caso particolare delle vendite successive, Papin. 28 *quaest.*, D. 21, 2, 66, 2 (su cui v. anche *infra*, nt. 1041); ed infine quello in cui — sempre dopo la *pronuntiatio* o la condanna — l'attore doni o leghi la cosa al compratore, o questi ne divenga l'erede (D. 21, 2, 57, 1, di Gaio, e Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 41, 1), a parte l'esperibilità dell'azione contrattuale secondo il regime del *concursus causarum* (cfr. *supra*, § 14 lett. *h*).

(1034) Cfr. Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 21, 2, 21 pr. (morte dello schiavo prima della definitiva evizione), nonché Diocl. et Max., C. 8, 44, 26 (del 294 d.C.): su questi passi cfr. WACKE, *op. ult. cit.*, 155; *eod.*, 25 (manomissione del servo): cfr. Paul. 11 *ad Sab.*, D. 21, 1, 47 pr. In relazione a quest'ultima fattispecie, in Paul. 5 *ad Sab.*, D. 21, 2, 26 viene data l'*actio ex empto* per tutelare — nei limiti dell'*id quod interest* — il diritto del compratore ad avere il libero (diritto leso dall'evizione *in libertatem*), azione alla quale si allude più volte anche in Paul. 5 *quaest.*, D. 19, 1, 43 e 45 (su cui *infra*, nt.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

messo nell'impossibilità di esercitare vittoriosamente la *rei vindicatio* (1035). Dal che è poi agevole il passaggio a ritenere il venditore esente da responsabilità, quando l'evizione sia dovuta a fatto del compratore, anche anteriore al processo (1036).

d) Diversa è invece la situazione per l'*auctoritas* (1037): in relazione a quello che appare essere stato l'obbligo principale del *mancipio dans* in ordine all'evizione (e cioè l'assistenza durante il processo intentato contro il *mancipio accipiens*), l'alienante è responsabile (1038), in base al *ius civile*, per il solo fatto di non aver prestato l'assistenza (1039), o per non esser riuscito vittorioso nel processo, sulla base della constatazione che l'*auctoritatem praestare* era rimasto senza risultato (1040). Questo regime originario (1041) appare ancora isolatamente nelle fonti giustinianee in passi in cui l'*auctoritas* è stata — più o meno visibilmente — rimossa dai testi almeno sotto il profilo terminologico (1042), e dai quali sembra però risultare che il regime dell'*actio auctoritatis* era, almeno sotto alcuni profili, adeguato a quello delle *stipulationes de evictione* mediante l'impiego dell'*exceptio doli* (1043).

1038). Lo stesso regime previsto per la *manumissio* si aveva nel caso la libertà conseguisse in seguito alla violazione da parte del compratore del *pactum ne ancilla prostituatur* (Pompon. 27 *ad Sab.*, D. 21, 2, 34 pr.). Su questa problematica cfr. SARGENTI, *L'evizione*, cit., 103 ss.; CALONGE, *op. ult. cit.*, 95 ss.; WACKE, *op. ult. cit.*, 172. V., del resto, i casi relativi all'*auctoritas*, *infra*, nt. 1053.

(1035) Oltre al profilo fatto valere in D. 21, 2, 29, 1 (già visto *supra*, in questo paragrafo, lett. *b*), cfr. la discussione sulla soccombenza nella *rei vindicatio* in base ad eccezioni *ex persona emptoris* o *venditoris* in Pompon. 11 *ad Sab.*, D. 21, 2, 27 ed Ulp. 80 *ad ed.*, D. 21, 2, 28 (per quest'ultimo passo lo GIRARD, *op. ult. cit.*, 285 nt. 1, sostiene — con argomenti deboli — il riferimento all'*auctoritas*: *contra*, qui a ragione, SARGENTI, *op. ult. cit.*, 78, seguito dal CALONGE, *op. ult. cit.*, 110 nt. 303): sui passi cfr. WACKE, *op. ult. cit.*, 170 s.

(1036) Cfr. Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 56, 3 (il compratore ha omesso — non viene specificato in qual modo — di approfittare della possibilità che aveva di usucapire la cosa): cfr. CALONGE, *op. ult. cit.*, 107; WACKE, *op. ult. cit.*, 168 s.

(1037) Su ciò cfr., soprattutto, GIRARD, *op. ult. cit.*, 278 ss.: cfr., del resto, implicitamente KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 129 s. e 554 (senza però sottolineare esplicitamente la differenza con la *stipulatio duplae*). In apparente indipendenza dalla precedente letteratura, questa opinione è riaffermata, di recente, dall'ANKUM, *op. ult. cit.*, 31, 40 (v., del resto, ID., *Problemi*, cit., 609). Cfr., del resto, anche il LEMOSSE, *op. cit.*, 163 ss., che sembrerebbe negare — ma senza affrontare direttamente il problema — la responsabilità per l'*auctoritatem defugere* (v. p. 164 s., ma cfr. p. 169).

(1038) Anche nella logica dell'*auctoritatem praestare* debbono sempre verificarsi alcune condizioni perché sorga l'obbligo dell'assistenza giudiziaria in testa al venditore. Non è così ammissibile l'*actio auctoritatis*, ove il compratore abbia fatto *derelictio* della cosa, come si apprende da Venul. 17 *stip.*, D. 21, 2, 76: il riferimento all'*auctoritas* è qui *per tabulas* (cfr., per tutti, GIRARD, *op. ult. cit.*, 261 s., nonché ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 322), tant'è che la posizione assunta da coloro che negano l'*auctoritas* stessa quale forma di responsabilità evizionale è palesemente insostenibile (cfr. SARGENTI, *op. ult. cit.*, 74 s.; CALONGE, *op. ult. cit.*, 19: evidente il fraintendimento della portata letterale del passo, *ivi*, 77 nt. 203); più discutibile lo specifico riferimento all'*auctoritas* di Paul. 5 *quaest.*, D. 19, 1, 43 (sostenuto invece dallo GIRARD, *op. ult. cit.*, 262 nt. 2), in cui si afferma che la manomissione del servo acquistato rendeva impossibile di pretendere qualcosa dal venditore, evidentemente sulla base dell'*obligatio auctoritatis* o delle stipulazioni di garenzia, pur residuando l'esperibilità dell'*actio empti* per l'*id quod interest* a tutela dell'interesse dell'acquirente a *libertum habere* (su ciò cfr. *infra*, § 24 lett. *k*). Un caso particolare è, poi, discusso in Ulp. 80 *ad ed.*, D. 21, 1, 51, 2 (il compratore ha dato la disponibilità a che il *locus emptus* divenga *religiosus* a séguito del seppellimento del venditore): il riferimento all'*actio auctoritatis* appare indiscutibile (cfr., per tutti, GIRARD, *op. ult. cit.*, 261 nt. 2: infondate le critiche del SARGENTI, *op. ult. cit.*, 76 s., e del CALONGE, *op. ult. cit.*, 94 s.), ma potrebbe creare difficoltà la rilevanza attribuita, nell'àmbito dell'*auctoritas* stessa, alla volontà del compratore di disfarsi della cosa, cui — per la mancanza del *ius mortuum inferendi* (di cui bisogna tener conto, versando il caso in tema di evizione) — non può seguire l'effetto di render *religiosus* il *locus*.

(1039) Per ciò *auctoritatem defugere* doveva essere il termine tecnico, come si ricava — attraverso le modificazioni giustinianee — da Iulian. 57 *dig.*, D. 21, 2, 39, 5; Venul. 6 *stip.*, D. 45, 1, 139; Paul. 75 *ad ed.*, D. 45, 1, 83, 5 (v., per tutti, KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 72 nt. 41). Non residuando al proposito testimonianze nelle fonti, non sappiamo se ed in quali limiti l'*auctor* venisse protetto *ope exceptionis* nel caso che, nonostante la mancata prestazione dell'*auctoritas*, il compratore fosse uscito vittorioso nel processo.

(1040) A questo profilo l'ANKUM, *Problemi*, cit., 609 ss., riallaccia il carattere penale dell'azione, opinione che, per l'epoca risalente risulta ampiamente diffusa (cfr., per tutti, KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 132 s., con letteratura): tale carattere penale — su cui v. anche *supra*, nt. 996 — non viene ulteriormente specificato dall'autore per il periodo classico (al quale egli sembra estenderlo), soprattutto in relazione a quelle che, nel comune modo di sentire, sono le azioni con cui *poenam tantum persequimur* (Gai 4, 8).

(1041) Rispetto al quale l'ANKUM, *op. ult. cit.*, 612, ritiene che, sebbene il *mancipio dans* avesse pagato la *litis aestimatio*, l'*actio auctoritatis* restasse fondata sulla base della *pronuntiatio de iure*: ciò potrebbe essere una logica conseguenza dei principi, ma non vi sono fonti al proposito. A codesta problematica non può venir riportato Papin. 28 *quaest.*, D. 21, 2, 66, 2, che l'ANKUM, *Alcuni problemi*, cit., 10 vorrebbe — in termini non del tutto chiari — riferire all'*exceptio doli* contro l'*actio auctoritatis* (v., più cauto, GIRARD, *op. ult. cit.*, 288 nt. 1): si noti soltanto come, nel passo, nulla accenni ad un rigetto *ope exceptionis* dell'azione che faccia valere la responsabilità evizionale.

(1042) Ai compilatori è sfuggito soltanto Venul. 17 *stip.*, D. 21, 2, 76.

(1043) Si tratta, anzitutto, di Paul. 21 *ad ed.*, D. 6, 1, 16 pr., e 74 *ad ed.*, D. 46, 7, 11, su cui cfr., per tutti, GIRARD, *op. ult. cit.*, 282 s., nonché da ultimo ANKUM, *Problemi*, cit., 610 s., che cita soltanto la *l.* 16 pr. (infondato il tentativo del CALONGE, *op. ult.cit.*, 95 nt. 258, di riportare la tematica

Senato della Repubblica - Archivio Storico

e) Connesso al requisito che l'evizione sia avvenuta giudizialmente è l'aspetto della notifica dell'instaurazione della lite da parte del compratore al venditore, la *denuntiatio*, anche rispetto alla quale si può notare una differenza fra il regime dell'*auctoritas* e quello delle altre forme di garenzia. Nella garenzia stipulatoria e nell'*actio empti* in funzione di garenzia (1044), la *denuntiatio* nei confronti del garante (1045) ha lo scopo di permettere a quest'ultimo di fornire, se crede, un'assistenza giudiziaria, permettendo una più efficace difesa, e viene conseguentemente configurata come un presupposto per la responsabilità evizionale del venditore (1046). Essa è, dunque, un onere per il compratore (1047), la cui omissione rileva in quanto risulti imputabile a quest'ultimo (1048), e può esser anche oggetto di un patto derogatorio fra le parti (1049).

Risale già allo Girard l'osservazione che nella *mancipatio* l'obbligazione dell'*auctor* si configurava, in primo luogo, come *auctoritatem praestare*, e che quindi con la *denuntiatio* l'acquirente faceva valere il suo diritto all'assistenza giudiziale del *mancipio dans* (1050): indubbiamente vi sono delle fonti (1051) da cui sembra risultare che la *denuntiatio* fosse un diritto del compratore (1052), e non un suo onere: codeste fonti vanno senz'altro riportate all'*obligatio auctoritatis* ed al profilo partico-

---

trattata in questo passo all'*actio ex empto*). In questi passi — nel caso di uno schiavo morto durante il processo di revindica — si afferma che si deve comunque emanare la sentenza in relazione all'evizione, il che va riportato al problema dell'*auctoritatem praestare*, dato che, nella *stipulatio duplae*, la morte del servo prima della perdita dell'*habere licere* estingue l'obbligazione del venditore. Lo stesso regime sta alla base della decisione di Giuliano, in D. 21, 2, 39, 1: così già GIRARD, *op. ult. cit.*, 224 nt. 1, ed ora ANKUM, *L'"auctio auctoritatis"*, cit., 38 ss., nonché ID., *Problemi*, cit., 611; non interessa in questa sede la discussione sul problema della capacità del servo di effettuare una *mancipatio* in base all'autorizzazione del *dominus*, che ha contrapposto, di recente, lo stesso ANKUM, *'Mancipatio' by Slaves in Classical Roman Law?*, in *Acta juridica*, 1976 (=*Essays in honour of B. Beinart*, I), 6 ss., nonché ID., *Mancipatio by Slaves in Classical Roman Law*, in *Huldigingsbundel P. van Warmelo*, Pretoria, 1984, 11 ss., ed il CORBINO, *La legittimazione a 'mancipare' per incarico del proprietario*, in *Iura*, 1976, 53 ss.: su tale questione vorremmo dire che il passo non porta una luce decisiva, perché l'interpretazione più verisimile è che l'esecuzione della seconda vendita (dal servo a Tizio) sia avvenuta mediante *traditio* (mentre è da ritenersi un'aggiunta la precisazione *sine tua voluntate*, volta ad adattare il caso classico di *traditio* di *res mancipi* ai mutamenti subiti dal sistema del trasferimento della proprietà nell'epoca giustinianea), così che la *l.* 39, 1 non dice nulla sugli effetti di una *mancipatio* eventualmente compiuta dallo schiavo. Allo stesso aspetto del regime dell'*auctoritas* allude anche il ricordo dell'*exceptio doli* da parte di Pomponio, in D. 21, 2, 29, 1 (cfr. *supra*, nt. 1014). Non è possibile affrontare qui il problema se ed in quali limiti (nonché per quali cause) vi sia differenza fra la posizione assunta da Paolo, dall'un lato, e da Giuliano e Pomponio, dall'altro, sulla concessione dell'*exceptio doli* contro l'*auctio auctoritatis* in sé fondata.

(1044) Cfr., per quest'ultima, Mod. 3 *resp.*, D. 21, 2, 63 pr.; Alex. Sev., C. 8, 44, 9 (del 222 d.C.); Diocl. et Max., C. 8, 44, 17 (del 290 d.C.); C. 8, 44, 20 (del 293 d.C.).

(1045) Nel caso di vendita effettuata dal servo, dotato di peculio, la *denuntiatio*, preparatoria all'*actio — ex stipulatu — de peculio* va fatta al servo (ed al *dominus* nel caso soltanto che il servo stesso sia morto): cfr. Iulian. 57 *dig.*, D. 21, 2, 39, 1, che in questa parte tratta al di là di qualsiasi discussione della garenzia stipulatoria.

(1046) Cfr., in generale, Ulp. 80 *ad ed.*, D. 21, 2, 51 pr.; Alex. Sev., C. 4, 48, 1 (del 223 d.C.); Diocl. et Max., C. 8, 44, 17 (del 290 d.C.); C. 3, 19, 1; C. 8, 44, 20 (del 293 d.C.). La notifica poteva avvenire anche agli eredi: D. *eod.*, § 1, nonché Diocl. et Max., C. 8, 44, 23 (del 293 d.C.). Nonostante una prima apparenza, da Paul. 77 *ad ed.*, D. 21, 2, 53, 1 non può desumersi che la mancanza della *denuntiatio* rilevasse — in base al *dolus emptoris — ope exceptionis*: si è che, nel regime tardo-classico, è soltanto la mancata effettuazione della *denuntiatio* imputabile alla cattiva volontà del compratore che rilevava, *ipso iure*, ai fini della mancata *commissio stipulationis* (v., del resto, CALONGE, *op. ult. cit.*, 104). In generale su questa problematica WACKE, *op. ult. cit.*, 164 s.

(1047) Per l'esecuzione del quale non è fissato un termine preciso, purché avvenga in tempo utile per la difesa: v. Pompon. 11 *ad Sab.*, D. 21, 2, 29, 2. Il venditore non può, al riguardo, esercitare il proprio *privilegium fori* (v. Paul. 3 *resp.*, D. 5, 1, 49 pr., che si riferisce con ogni probabilità al processo cognitorio): v. anche Diocl. et Max., C. 3, 19, 1 (del 293 d.C.).

(1048) Al proposito le fonti ammettono la responsabilità evizionale anche in mancanza della *denuntiatio* non solo nel caso in cui il venditore si sia sottratto dolosamente alla stessa (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 56, 5), ma anche allorché il compratore si sia trovato nell'impossibilità di procedervi (*eod.*, § 6). Sostanzialmente analoga l'impostazione di Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 55, 1. Per le modalità sempre della *denuntiatio* cfr. Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 56, 4 (vale la comunicazione al *procurator*, nel caso il *promissor* sia presente e consapevole); *eod.*, 7: si può fare la *denuntiatio* al pupillo, *sine tutore auctore*, quando *tutor non apparet* (è interpretazione equitativa, affermatasi per tempo e presente già in Trebazio).

(1049) Cfr. Mod. 5 *resp.*, D. 21, 2, 63 pr.: non si vedono ragioni per restringere il principio all'*actio empti*, cui contingentemente si riferiva il giurista.

(1050) Cfr. GIRARD, *op. ult. cit.*, 270 ss. Codesta differenza non è particolarmente segnalata dall'ANKUM, *Alcuni problemi*, cit.; ID., *Problemi*, cit.

(1051) Cfr. GIRAD, *op. ult. cit.*, 279: v. Cels. 27 *dig.*, D. 21, 2, 69, 1; Venul. 6 *stip.*, D. 45, 1, 139; Paul. 74 *ad ed.*, D. 45, 1, 85, 5; Paul. 3 *resp.*, D. 5, 1, 49 pr., ed ancora Hermog. 2 *iur. epit.*, D. 21, 2, 74, 2: meno evidente, forse, Iulian. 3 *dig.*, D. 3, 3, 75.

(1052) V., per contrasto, Diocl. et Max., C. 8, 44, 20 pr. (del 293 d.C.), dove — per l'*actio empti* — è presentato come diritto del venditore quello dell'intervento in giudizio a favore del compratore. Ma, nella successiva const. 21, 1, sempre del 293 d.C., l'assistenza del venditore sembrerebbe ancora configurata in situazione identica come un diritto del compratore. Si è che, da un certo punto di vista, entrambi gli aspetti coesistevano, sia nell'*obligatio auctoritatis*, sia nelle altre forme di garenzia contro l'evizione.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

lare dell'*auctoritatem defugere* (1053). Anche nell'*actio auctoritatis*, comunque, la *denuntiatio* è requisito essenziale per l'obbligo di *auctoritatem praestare*, e condizione indispensabile perché, una volta verificatasi l'evizione, il compratore possa agire in garenzia nei confronti del venditore (1054).

20. *La portata della responsabilità per evizione.* — *a*) Alcuni problemi sorgevano per quanto riguarda l'àmbito materiale dell'evizione subita, nel caso di evizione parziale (1055), nelle due forme dell'evizione di una *pars pro indiviso* (1056) e di una *pars pro diviso* (1057). È anzitutto incerto in quali limiti, nel caso di evizione parziale, rispondesse il venditore nell'àmbito della *stipulatio duplae* (1058). In Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 56, 2, relativamente alla stipulazione edilizia per gli schiavi (1059), il giurista ammonisce sulla necessità della *partis adiectio*, in quanto — in base ad un'interpretazione letterale dei *verba stipulationis* — non può considerarsi evitto l'"intero" schiavo, nel caso dell'evizione di una *pars* che nella specie non può essere che *pro indiviso*. E, in effetti, nei documenti della pratica è estremamente diffusa l'espressa previsione dell'evizione parziale (1060). È, però, discusso se la stessa regola si applicasse anche nel caso dell'evizione di una *pars pro diviso* (1061).

Nei documenti della pratica, l'estensione della responsabilità alla *pars pro diviso* nella *stipulatio duplae* (1062) non è talora ben formulata in ordine all'ammontare del prezzo da restituire al doppio: si potrebbe avere l'impressione che un'interpretazione letterale delle relative clausole avrebbe portato ad imporre il pagamento del doppio dell'intero prezzo anche nel caso di evizione parziale. Le fonti non mostrano, però, dubbi sul fatto che la *dupla pecunia* andasse pagata in proporzione della parte evitta, senza far riferimento alla *conceptio verborum* (1063): su ciò ebbe probabilmente anche, o soprattutto, influsso il modello rappresentato dall'*obligatio auctoritatis*, dove, da un lato, erano impossibili precisazioni al riguardo e, dall'altro, la responsabilità limitata per il caso di evizione parziale sembra sicuramente attestata nelle fonti (1064). Nel caso di evizione di una *pars pro indiviso*, si aveva responsabilità ovviamente proporzionale alla parte evitta (1065): nel determinare la quota per cui tale responsabilità si instaurava si aveva riguardo alla consistenza origina-

(1053) Su cui v. *supra*, in questo paragrafo, lett. *d*: è dubbio se l'esistenza dei passi in questione possa venir portata a prova che la responsabilità per l'*auctoritatem defugere* non venisse paralizzata dall'*exceptio doli* (v. *supra*, nt. 1043) nel caso non avesse influito sull'esito vittorioso della lite.

(1054) Cfr., nel 222 d.C., Alex. Sev., C. 8, 44, 8, il cui riferimento anche all'*obligatio auctoritatis*, visto dallo Girard, *op. ult. cit.*, 283 s., sembra fuor di dubbio (infondata la diversa opinione del Calonge, *op. ult. cit.*, 72 nt. 193).

(1055) Per la distinzione fra l'evizione parziale e l'evizione totale dell'oggetto di una fra le molte compravendite — di fondi o di schiavi — ricomprese in unico *instrumentum*, cfr. Call. 2 *quaest.*, D. 21, 2, 72, con l'occhio più che altro rivolto alla prassi provinciale.

(1056) Cfr., in generale, Pompon. 27 *ad Sab.*, D. 21, 2, 34, 1, con riferimento alla *stipulatio duplae*.

(1057) Il che ha la sua rilevanza praticamente soltanto in caso di vendite immobiliari: è possibile, però, immaginare — a parte i profili del regime dell'accessione — un'evizione parziale di una *pars pro diviso* in una cosa mobile composta (si pensi, ad esempio, ad una nave): sul modo in cui si veniva affrontando il problema dell'evizione di una *pars pro diviso* nella nave stessa, ma anche in una *domus* (in relazione ai singoli *caementa* o *tabulae*), cfr. Paul. 29 *ad ed.*, D. 21, 2, 36 (v., con letteratura, Calonge, *Evicción*, cit., 44 s.), e già *Iavol.* 9 *epist.*, D. 41, 3, 23, 1.

(1058) Problemi non si ponevano al riguardo nell'*actio empti*, stante il carattere di *iudicium bonae fidei*: per l'*auctoritas*, che sorgeva direttamente dall'effettuazione della *mancipatio* senza bisogno di specifiche clausole (cfr. *supra*, § 16 lett. *d*), si aveva, a quanto sembra, un'automatica riduzione del prezzo proporzionale alla parte evitta (v. *infra*, nt. 1064). Non residuano tracce del regime su questo punto per la *stipulatio habere licere*, ma non v'è ragione per ritenerlo diverso da quello dell'*actio empti*.

(1059) Ma non si vede motivo per non vedervi un principio generale.

(1060) Cfr., per tutti, Arangio-Ruiz, *La compravendita*², cit., 343 s. Da notare, nelle tavolette puteolane, il rinvio ad un formulario stereotipo (*uti adsolet*) di *stipulatio duplae*: cfr. Camodeca, *Le 'emptiones' con 'stipulatio duplae' dell'archivio puteolano dei Sulpicii (TP 98; 57; 103)*, in *Labeo*, 1987, 167 ss.

(1061) Non distinguono, senza porsi specificamente il problema, né lo Girard, *Etudes*, cit., 72, né l'Arangio-Ruiz, *lc. ult. cit.*; contrario all'estensione della regola alla *pars pro diviso* lo Scialoja, *L'actio ex stipulatu in caso di evizione parziale e la L. 64 De evictionibus 21, 2* (1883), in *Studi giuridici*, I, Roma, 1933, 204 ss., seguito dal Calonge, *op. ult. cit.*, 46 s.

(1062) Od in quella *simplae*: per le altre forme di garenzia cfr. *supra*, nt. 1058.

(1063) E, d'altro lato, ciò spiega — al di là dell'ignoranza o della maldestrezza degli scrivani — l'apparente poca cura nel collegamento fra l'evizione parziale e la *poena dupli* nei documenti della prassi.

(1064) All'*auctoritas* viene riportata la lunga discussione di Papin. 7 *quaest.*, D. 21, 2, 64, pr.-3, in cui — nel *principium* e nei § 1-2 — si discute l'evizione di una *pars pro indiviso*, e nel § 3 di una *pars pro diviso*: per il riferimento all'*auctoritas*, v. Girard, *L'"auctoritas"*, cit., 204 nt. 3; 294 ss., e per il *principium* anche Lenel, *Palingenesia*, I, cit., 823 nt. 2), su base soprattutto terminologica (maldestra sostituzione di accenni all'*auctoritatem praestare*), ma abbastanza sicura. V., del resto, Iulian. 57 *dig.*, D. 21, 2, 39, 2, dalla *sedes materiae* dell'*auctoritas*.

(1065) Cfr., in generale, Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 21, 2, 1; per un caso particolare (pluralità di venditori e la possibilità di individuare la provenienza della parte evitta), Iulian. 57 *dig.*, D. 21, 2, 39, 2 (relativo — cfr. *supra*, nt. 1064 — all'*auctoritas*).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

442

ria della cosa (1066), senza tener tendenzialmente conto dei mutamenti successivi della consistenza dello stesso, sia nel senso dell'accrescimento che in quello della diminuzione (1067).

Nel caso, invece, l'evizione avesse ad oggetto una *pars pro diviso*, e cioè una porzione materialmente individuata del fondo, anche nell'*obligatio auctoritatis* e nella *stipulatio duplae* (1068) si procedeva a determinarne il valore secondo la *bonitas* della parte evitta (1069), purché il prezzo fosse stato determinato a corpo (1070).

b) Questioni sorgevano anche in relazione al tipo di azione cui si correlava la sentenza che provocava l'evizione. Problemi non sorgono, evidentemente, per l'esercizio né della *reivindicatio*, per l'intero o parziaria, né delle azioni che tutelavano le situazioni dominicali diverse dal *dominium ex iure Quiritium*, come l'*actio Publiciana* od i mezzi a tutela della proprietà vettigalista o provinciale (1071): e, d'altronde, nel caso di evizione di una quota *pro indiviso*, era sufficiente che il condomino avesse agito con l'*actio communi dividundo* (1072); non rientrava invece, neppure nell'àmbito di applicazione dell'*actio empti*, la «*lis finalis*», il giudizio sui confini, a meno che il venditore non avesse assunto al riguardo una specifica responsabilità (1073).

Nonostante l'usufrutto non venisse — da tutti i giuristi e sotto ogni profilo — considerato come una *pars rei* (1074), la garenzia si estendeva anche all'evizione dell'usufrutto stesso, allorché non ne fosse stata dichiarata — e correttamente indicata, se del caso — l'esistenza (1075). Diversamente per la servitù: per quanto riguarda la responsabilità evizionale per l'esistenza di servitù passive (1076),

---

(1066) Il caso fatto dalle fonti è quello dell'*alluvio* in relazione ad un fondo.

(1067) Cfr. soprattutto Papin. 7 *quaest.*, D. 21, 2, 64 pr.-2, su cui v. soprattutto Girard, *op. ult. cit.*, 294 ss.; Scialoja, *lc. ult. cit.*; Calonge, *op. ult. cit.*, 96 ss. Lo stesso principio è applicato per l'*adluvio* e l'evizione totale nella seconda parte del *principium* (che non sembra rettamente intesa, dal Calonge, *op. ult. cit.*, 97).

(1068) Il problema non si poneva, ovviamente, per la *stipulatio habere licere* e per l'*actio empti* in funzione di garenzia, essendo le stesse — pur se con modalità diverse — dirette all'*id quod interest*.

(1069) Cfr., in generale, ancora il già citato D. 21, 2, 1. Per un caso specifico Alf. 4 *dig. a Paul. epit.*, D. 21, 2, 45 (maggiore misura del fondo rispetto a quella dichiarata, che era rimasta intatta nonostante l'evizione). Cfr., per l'*auctoritas*, Papin. 7 *quaest.*, D. 21, 2, 64, 3. La *bonitas* andava calcolata al momento della trasmissione del fondo (Paul. 5 *ad Sab.*, D. 21, 2, 13, su cui — con letteratura — cfr. Calonge, *op. ult. cit.*, 43 s.). Generica Diocl. et Max., C. 8, 44, 16 (del 290 d.C.).

(1070) Ove il prezzo stesso fosse stato determinato a misura, per intero, almeno per Paul. 77 *ad ed.*, D. 21, 2, 53 pr. si doveva tener conto, invece, soltanto della misura della parte evitta in funzione del *certum pretium* fissato.

(1071) Non residuano testi che illuminino sul funzionamento dell'*auctoritas* in relazione ad un'evizione della cosa mancipata avvenuta mediante l'*actio Publiciana*, dove difficoltà potevano sorgere in relazione al fatto che — nella *pronuntiatio de iure* — il giudice non aveva negato che il *dominium ex iure Quiritium* appartenesse al *mancipio dans*. Questi dubbi sono rafforzati dalla circostanza che non rileva per la stessa la soccombenza in una lite possessoria; il che è confermato dal fatto che l'evizione conseguente all'esercizio di una *rei vindicatio utilis* in seguito ad *in integrum restitutio* non provocava la responsabilità sulla base dell'*auctoritas*, come si ricava da Iulian. 57 *dig.*, D. 21, 2, 39 pr. e Papin. 28 *quaest.*, D. 21, 2, 66, 1 (cfr. Girard, *op. ult. cit.*, 255 ss.), soluzione questa più probabile di quella che si fonda sul decorso del termine per l'usucapione, presentata in alternativa dal Lenel, *Das Edictum perpetuum*[3], cit., 544 s., e dall'Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 324 (e, del resto, i due profili potevano concorrere): inutilmente macchinosa, al proposito, la proposta dell'Ankum, *L'* actio de auctoritate*', cit., 8 ss., che appare del resto priva di un sufficiente fondamento oggettivo. In materia di servitù, un'ulteriore conferma si trova in Ulp. 70 *ad ed.*, D. 19, 1, 35, dove — in relazione all'esercizio dell'*interdictum de itinere actuque privato* — si esclude il ricorso all'*auctoritas*, proprio perché «*non est de iure servitutis actione in rem pronuntiatum*»: v., da ultimo, Ankum, *op. ult. cit.*, 11 s., che dà erroneamente rilievo solo all'aspetto possessorio, il quale in realtà ha importanza solo perché l'evizione doveva avvenire con la *rei vindicatio* (questo profilo non è ripreso in Id., *Problemi*, cit., 602 s.). Per l'evizione cosiddetta possessoria nell'àmbito della compravendita consensuale, va tenuto presente Nerat.-Iulian.-Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 13 (cfr. *supra*, § 15 lett. *e* e § 17 lett. *d*), in base al quale — secondo Nerazio — si avrebbe qui la *commissio* della stipulazione di garenzia, e secondo Giuliano si constaterebbe l'inadempimento dell'obbligazione di *possessionem tradere*.

(1072) Pompon. 27 *ad Sab.*, D. 21, 2, 34, 1.

(1073) Alex. Sev., C. 8, 44, 10, del 223 d.C.

(1074) Cfr., per tutti, Kaser, *Das römische Privatrecht*[2], cit., I, 448 s.

(1075) Cfr., in genere, il breve inciso parentetico di Pompon. 31 *ad Q. Muc.*, D. 18, 1, 66 pr., con riferimento alla vendita in generale. Per casi particolari, Cels. 27 *dig.*, D. 21, 2, 62, 2 (relativo, come il precedente, all'*auctoritas*: Girard, *op. ult. cit.*, 236 ss.); Afr. 6 *quaest.*, D. 21, 2, 46 pr., probabilmente relativo all'*auctoritas* (cfr. Girard, *op. ult. cit.*, 253 s.; contrario, ma senza specifici motivi, Calonge, *op. ult. cit.*, 80 nt. 215); Pompon. 10 *ad Sab.*, D. 19, 1, 7, che — mentre si riferisce sicuramente ad una vendita eseguita mediante *mancipatio* — è meno sicuro che tratti della responsabilità evizionale fondata sull'*auctoritas* (in questo senso Girard, *op. ult. cit.*, 238 s.). È discutibile se, nella *stipulatio duplae*, fosse necessaria per la rilevanza dell'evizione dell'usufrutto l'*adiectio partis*, come — e non senza qualche fondamento — vorrebbe lo Girard, *Etudes*, cit., 92, in base a Gai. 7 *ad ed. prov.*, D. 21, 2, 49 (meno rilevante Iulian. 58 *dig.*, D. 21, 2, 43). Generico il riferimento di Paul. 5 *ad Sab.*, D. 21, 2, 15, 1, in cui è difficile valutare esattamente l'accenno alla *bonitas fructuum*.

(1076) Generico Paul. 5 *ad Sab.*, D. 21, 2, 15, 1, il quale specifica come — nel caso il venditore risponda per l'esistenza della servitù passiva — la *litis aestimatio* debba essere pari al minore valore del fondo, probabilmente in un contesto che si riferisce all'*actio empti* in funzione di garenzia. Un criterio analogo sarà valso anche nell'*actio auctoritatis* ed

Senato della Repubblica - Archivio Storico

era necessaria la dichiarazione che il fondo fosse stato alienato *uti optimus maximus* (1077), o che si fosse esclusa l'esistenza di una specifica servitù (1078): non mancano, però, nelle fonti tracce di qualche discussione al proposito (1079).

Sotto un profilo, per chiamarlo così, inverso, la dichiarazione di mancipare — o di vendere — il fondo *uti optimus maximus* non comportava alcuna garenzia per le servitù attive (1080). Perché il venditore fosse tenuto a proposito di queste ultime, era necessario che le stesse fossero esplicitamente ricomprese in apposite dichiarazioni per quanto concerne sia la *mancipatio* che l'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria (1081). Residuano, del resto, ancora tracce (1082) nelle fonti dell'esperibilità dell'*actio auctoritatis* per la *mancipatio* costitutiva di servitù rustiche, le quali, com'è noto, rientravano — almeno per quanto concerne le figure più antiche dei *iura itinerum et aquarum* — fra le *res mancipi* (1083).

Dà luogo alla responsabilità per evizione del venditore anche l'esperimento vittorioso dell'*actio Serviana* nei confronti del compratore (1084): ma se — una volta verificatasi l'evizione — veniva meno il vincolo pignoratizio, sembra che il venditore potesse opporre l'*exceptio doli* contro l'*actio ex stipulatu* fondata sulla *stipulatio duplae* (1085).

---

in quella *ex stipulatu*, dove, eventualmente nella misura del doppio, si sarà potuto chiedere la porzione del prezzo corrispondente al minor valore della cosa dopo l'evizione della servitù. Per le clausole sulle servitù al di fuori della responsabilità per l'evizione, cfr. *infra*, § 22 lett. *k*.

(1077) Le fonti relative si riportano, prevalentemente, all'*obligatio auctoritatis* nascente dalla *mancipatio*: cfr. Venul. 16 *stip.*, D. 21, 2, 75 (in cui si riporta il pensiero di Q. Mucio); Nerat. 6 *membr.*, D. 21, 2, 48. Sia il primo che il secondo passo — su cui cfr., anzitutto, GIRARD, *L'"auctoritas"*, cit., 231 ss.; e, con vedute parzialmente differenti, SARGENTI, *L'evizione*, cit., 37; CALONGE, *op. ult. cit.*, 81 ss. — vanno riferiti, essenzialmente, alla *mancipatio* ed all'*obligatio auctoritatis*. Ad una *mancipatio* si riporta sicuramente anche Procul. 6 *epist.*, D. 50, 16, 126 (stranamente prudenti, nel caso, LENEL, *Palingenesia*, II, cit., 164 nt. 4; GIRARD, *op. ult. cit.*, 232 nt. 2), e con ogni probabilità alla responsabilità per *auctoritas*. Secondo poi Nerazio (in D. 21, 2, 48), nel caso dell'evizione prima di una servitù passiva e poi della cosa nel complesso, il compratore — meglio il *mancipio accipiens* — non poteva conseguire più del doppio del prezzo effettivamente pagato, onde la seconda condanna avveniva *duplo tenus*, cioè per la differenza di quanto conseguito con la prima ed il doppio del prezzo. Non facilmente precisabile il contesto di Ulp. 27 *ad Sab.*, D. 50, 16, 90. Per un'attestazione precisa del trasferimento della clausola all'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria cfr., invece, Paul. 5 *ad Sab.*, D. 50, 16, 169, ma non abbiamo precise attestazioni se vi fossero, in relazione alla *stipulatio duplae* ed all'*actio empti*, particolari problematiche sollevate dalla specifica natura del mezzo con cui veniva fatta valere la responsabilità evizionale. Non ne sembrerebbero risultare da Cels. 8 *dig.*, D. 18, 1, 59 (che è difficile restringere alla sola *mancipatio*), per quanto concerne la necessità della clausola.

(1078) Cfr. Ulp. 70 *ad ed.*, D. 19, 1, 35, su cui v. *supra*, nt. 1071. Non risultano nelle fonti tracce di come si dovesse articolare la dichiarazione, allorché si fosse voluta escludere l'esistenza di altre servitù oltre a quelle esplicitamente dichiarate. Nonostante la solennità della dichiarazione di *mancipio dare* il fondo come *optimus maximus*, non si trattava di *certa verba* immodificabili, ché consta di clausole che ne delimitavano il valore e che venivano quindi ad incidere sull'estensione dell'*obligatio auctoritatis*: cfr. D. 50, 16, 126 di Proculo, per una *nuncupatio* che limitava la portata della clausola — e quindi la responsabilità del *mancipio dans* — alle servitù che egli avesse personalmente imposte. Nulla impedisce di configurare in modo analogo *nuncupationes* altrimenti limitatrici. Anche se non risultano dalle fonti, apparirebbero praticabili, anche come *nuncupationes* di un *gestum per aes et libram*, dichiarazioni diversamente articolate, come quella in cui si enunciassero le servitù esistenti, escludendo l'esistenza di qualsiasi altra.

(1079) A prescindere dalla precisa correlazione con il pensiero di Q. Mucio, su cui insiste lo GIRARD, *op. ult. cit.*, 233, e che fa di per sé pensare ad un decisivo intervento del grande giurista repubblicano, v. il modo d'esporre di Celso, nel già citato D. 18, 1, 59.

(1080) È facile comprendere la ragione di questa soluzione, tenendo conto che, dal lato passivo, era facile determinare la portata della clausola (non esisteva alcuna servitù), mentre — volendola estendere al lato attivo — sarebbe stato impossibile, o quasi, determinare di quali servitù si fosse voluta dichiarare, in positivo, la sussistenza. Ciò esclude la proponibilità — molto tenuamente argomentata — di un ordine di idee come quello esposto dallo GIRARD, *op. ult. cit.*, 233. Per il problema nel quadro della responsabilità per inadempimento, cfr. *infra*, § 22 lett. *k*.

(1081) Cfr., già citati, D. 21, 2, 75, di Venuleio; D. 18, 1, 66 pr., di Pomponio; D. 50, 16, 90, di Ulpiano, nonché Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 6, 6, difficilmente riferibile, però, come invece voleva lo GIRARD, *op. ult. cit.*, 234 testo e nt. 1, all'*auctoritas*.

(1082) Cfr. Cels. 27 *dig.*, D. 21, 2, 10 (GIRARD, *op. ult. cit.*, 200 nt. 2: meno verisimile il riferimento all'*in iure cessio* tentato dal CALONGE, *op. ult. cit.*, 49 nt. 122); Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 6, 3 (cfr. GIRARD, *op. ult. cit.*, 218 nt. 1); Afr. 6 *quaest.*, D. 21, 2, 46, 1 (cfr. GIRARD, *op. ult. cit.*, 198 testo e nt. 1).

(1083) Per qualche cenno cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 455 ss., e KASER, *op. ult. cit.*, I, 123, 143 e 441 con letteratura, cui *adde*, soprattutto, CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit.; CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano, 1981.

(1084) Cfr. Pompon. 10 *ad Sab.*, D. 21, 2, 20, anche con riferimento alle dichiarazioni sull'esistenza di vincoli reali di garenzia; 27 *ad Sab.*, D. 21, 2, 34, 2. In Diocl. et Max., C. 8, 44, 22 (del 293 d.C.), v'è una precisa conferma che, anche in questo caso, era necessario (lo spossessamento o) il pagamento della *litis aestimatio*. Cfr., del resto, genericamente Sev. et Carac., C. 8, 44, 3, del 210 d.C.; Diocl. et Max., C. 8, 44, 19 (del 293 d.C.); C. 8, 44, 27 (del 294 d.C.).

(1085) Così Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 2, 35, il quale non è sospettabile in base al principio *semel commissa poena non evanescit* (così esattamente GIRARD, *Etudes*, cit., 95), né reggono gli ulteriori motivi addotti dal SARGENTI, *op. ult. cit.*, 108 s., ripresi dal CALONGE, *op. ult. cit.*, 105 s.; per la genuinità cfr. anche WACKE, *Die verschuldete Eviktion*, cit., 160 s. Non v'è, del resto, contraddizione con Papin. 10 *resp.*, D. 21, 2, 67, che ha riguardo alla responsabilità all'*id quod interest* sulla base dell'*actio empti*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

c) Nel caso di compravendita di schiavi importanza eguale a quella della *rei vindicatio* aveva la *vindicatio in libertatem* della persona venduta come servo (1086). Al proposito in generale non risultano dalle fonti problemi di particolare gravità, anche se taluni aspetti vengono regolati in modo differente, proprio per le diverse condizioni in cui si attua qui l'evizione (1087).

Una problematica molto articolata si ha invece per la fattispecie particolare della vendita dello *statuliber*, lo schiavo manomesso testamentariamente *sub condicione* (1088), il quale — al momento della compravendita — è effettivamente di stato servile, ma può conseguire la libertà al verificarsi della condizione stessa. Nella vendita di schiavi, per evitare qualsiasi responsabilità, è sufficiente che il venditore la escluda genericamente per la *libertatis causa*, nel qual caso — a meno del dolo — non è tenuto nel caso si acclari che lo schiavo venduto era invece un uomo libero (1089).

Problemi abbastanza complessi insorgono nel caso la dichiarazione venga ulteriormente articolata (1090). Il venditore è, ovviamente, responsabile, anzitutto se non ha dichiarato la condizione di *statuliber* del servo (1091): poi se ha dichiarato *statuliber* uno schiavo manomesso incondizionatamente nel testamento (1092). Rispetto alle modalità della *statulibertas*, si sottolinea nelle fonti che — indicando una particolare condizione — il venditore peggiora la propria posizione, perché esclude la propria responsabilità soltanto per quella (1093), mentre il quadro offerto dalle fonti è piuttosto complesso rispetto alla veridicità di codeste ulteriori precisazioni. Emerge talora dalle fonti una valutazione formalistica della responsabilità, che può andare a favore sia del compratore (1094) sia del venditore, e che va ricollegata, in linea di massima, alla circostanza che le soluzioni in parola si riportano all'*obligatio auctoritatis*.

Nulla di particolare emerge dalle fonti per il caso che venga dichiarata, come apposta alla *manumissio testamento*, una condizione mentre si trattava di un *dies* (1095); né per quello in cui si siano indicati una condizione od un termine diversi da quelli effettivamente apposti alla *manu-*

(1086) Insieme a tale *vindicatio* va menzionata quella del *paterfamilias* che fa valere la *patria potestas* sul supposto schiavo (v. la fattispecie discussa in Iulian. 57 *dig.*, D. 21, 2, 39, 3, su cui cfr. anche *supra*, nt. 289).

(1087) A differenza che nella *rei vindicatio* (cfr. *supra*, in questo paragrafo, lett. *c*), anche al di fuori dell'*auctoritas*, è infatti sufficiente la *pronuntiatio secundum libertatem* indipendentemente dall'esecuzione della sentenza (il possessore incorrerebbe in responsabilità criminale, se continuasse ad arrogarsi diritti proprietari sul servo dichiarato libero), non potendosi fra l'altro porre il problema del pagamento della *litis aestimatio*: ciò si rispecchia ancora in costituzioni piuttosto tarde, che si riferiscono espressamente alla sola *pronuntiatio* (cfr. Diocl. et Max., C. 8, 44, 18 e 21, del 293 d.C.; C. 8, 44, 25, del 294 d.C.). D'altro lato, non v'è qui — neppure per l'*actio auctoritatis*, cui si riferiva espressamente la disposizione decemvirale — l'estinzione della responsabilità evizionale per il decorso del termine dell'*usucapio* (su ciò cfr. *supra*, nt. 872): cfr. esplicitamente Iulian. 57 *dig.*, D. 21, 2, 39, 4, in materia per l'appunto di *obligatio auctoritatis* (su quest'ultimo punto cfr., per tutti, Girard, *op. ult. cit.*, 268 nt. 2; infondata la diversa posizione assunta dal Sargenti, *op. ult. cit.*, 71 s. e dal Calonge, *op. ult. cit.*, 84 nt. 227).

(1088) Su di essa cfr., soprattutto, Girard, *op. ult. cit.*, 239 ss.; Reggi, *Liber homo*, cit., 213 ss.; Calonge, *op. ult. cit.*, 84 ss. In questi autori, ulteriore letteratura. Non diversa — dal punto di vista della garenzia per l'evizione — è la posizione dello schiavo manomesso testamentariamente a termine, a parte qualsiasi discussione sul punto se una siffatta manomissione desse o meno luogo alla *statulibertas* (cfr., dal punto di vista interpolazionistico, Donatuti, *Lo statulibero*, Milano, 1940, 6 ss.).

(1089) Ciò è affermato in Scaev. 2 *quaest.*, D. 21, 2, 69 pr., il primo di una serie di paragrafi in cui si discute di questa tematica, con prevalente riguardo — come aveva già visto lo Girard, *lc. ult. cit.* — all'*obligatio auctoritatis*. In relazione ad una libertà testamentaria, con tale clausola si coprono sia le manomissioni incondizionate che la *statulibertas* (siasi per questa verificata o meno la condizione).

(1090) Il che avviene, ovviamente, sia in relazione all'*auctoritas*, che alle garenzie stipulatorie ed all'*actio empti*, ma — pur fornendo qualche spunto al riguardo — le fonti non permettono un completa ricostruzione delle differenze nel regime di queste diverse forme della responsabilità evizionale.

(1091) Oltre al generico — e già ricordato — D. 21, 2, 39, 4, di Giuliano, v., per la *stipulatio duplae*, Ulp. 76 *ad ed.*, D. 44, 4, 2, 7, dal quale ulteriormente risulta che a sua volta il venditore poteva opporre l'*exceptio doli*, se il compratore non compensava sulla somma richiesta quanto — *adimplendae condicionis causa* — aveva ricevuto dallo *statuliber*.

(1092) Scaev. 1 *quaest.*, D. 21, 2, 69, 1 (e cfr. altresì il § 4). È discutibile se — come vuole Calonge, *op. ult. cit.*, 88 testo e nt. 237 — da Ulp. 18 *ad ed.*, D. 9, 4, 14, 1 si possa ricavare che il venditore sia, indistintamente, responsabile nel caso dichiari *statuliber* lo schiavo dopo l'avveramento della condizione.

(1093) Cfr. Scaev. 2 *quaest.*, D. 21, 2, 69, 2, da riportarsi al regime dell'*obligatio auctoritatis* (un'applicazione del principio si trova nel § 5 dello stesso frammento, dove il contegno complessivamente doloso del venditore sul piano della *conventio* — e quindi dell'*obligatio consensu contracta* — viene sanzionato con l'azione contrattuale). Non vi sono precise attestazioni per la *stipulatio duplae*, né per quella *habere licere*, ma è difficile immaginare un diverso sistema, se la clausola limitativa era contenuta nella *conceptio verborum* del negozio formale, mentre per l'*actio empti* si applicheranno i princìpi relativi al *dolus in contrahendo* (v. *infra*, § 25).

(1094) Nel qual caso, tale interpretazione si fonda — secondo l'ipotesi più plausibile — sulla circostanza che la clausola effettivamente esistente non è stata in effetti dichiarata.

(1095) Cfr. — nel senso della responsabilità senza distinzioni — il già citato D. 21, 2, 69, 2 di Cervidio Scevola, su cui cfr. soprattutto Girard, *op. ult. cit.*, 240 nt. 1, che lo riporta, a ragione, all'*actio auctoritatis*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

missio testamento: in entrambi s'incorre *ipso iure* nella responsabilità per *auctoritas* (1096), anche quando non vi sia un danno a carico del compratore (1097). V'è invece — risalente a Servio Sulpicio — un'interpretazione formalistica favorevole al venditore per quanto riguarda la dichiarazione della somma che lo *statuliber* deve prestare (1098), interpretazione controversa, ma prevalsa — a quanto sembra — ai tempi di Cervidio Scevola (1099): in base ad essa, è sufficiente che il *mancipio dans* abbia indicato una *condicio in dando*, per essere esonerato da qualsiasi responsabilità in base all'*auctoritas*, anche se viene dichiarata una somma superiore a quella effettivamente dovuta (1100), mentre per la differenza tra la somma dichiarata e quella effettivamente prevista nella *condicio manumissionis* viene data l'*actio ex empto* (1101). È discutibile se risalga a Servio la limitazione per cui la soluzione favorevole al venditore non si applica se il venditore, e *mancipio dans*, dichiari l'effettiva quantità, ma ometta di precisare che la stessa è dovuta non all'erede (1102), bensì ad un terzo (1103).

d) L'*auctoritas* e la garenzia stipulatoria erano, poi, strettamente limitate alla cosa venduta e non si estendevano ai frutti ed al *partus ancillae* (1104), né alle cose accessorie ancorché esplicitamente previste nel contratto obbligatorio, ma evidentemente non ripetute nella *conceptio verborum* dei due negozi solenni (1105). Ad ogni modo, a partire dalla prima metà del II secolo d.C., era qui esperibile l'*actio empti* all'*id quod interest* (1106).

e) Si sostiene da un'ampia dottrina che, per l'*auctoritas*, fosse richiesto — oltre alla dichiarazione di un prezzo diverso dal *nummus unus* nei *verba mancipationis* — l'effettivo pagamento dello stesso od almeno la dazione di garenzie (1107). Problemi non si ponevano quando la *mancipatio* era la formalizzazione dello scambio contestuale fra la cosa ed il prezzo. Allorché il *gestum per aes et libram* divenne un'*imaginaria venditio*, è discu-

---

(1096) Dalle fonti non risulta quale fosse il regime di tale responsabilità in ordine all'ammontare della *litis aestimatio* dovuta dal venditore: il che vale anche per la *stipulatio duplae*, di cui — a parte il poco chiaro Paul. 5 *ad Sab.*, D. 40, 7, 10 — non appare, al riguardo, traccia nelle fonti.

(1097) Cfr. Afr. 6 *quaest.*, D. 21, 2, 46, 2, per il caso che si sia dichiarata una condizione al posto di un altra, e § 3, ove sia stato indicato per la libertà testamentaria un termine più lungo di quello effettivamente apposto (sui passi cfr. GIRARD, *op. ult. cit.*, 241 nt. 1; 242 nt. 1, che li riferisce a ragione all'*auctoritas*; ed anche CALONGE, *op. ult. cit.*, 86 nt. 234), nonché Scaev. 2 *quaest.*, D. 21, 2, 69, 4 (condizione di *rationes reddere*, mentre l'erede e venditore dichiara una condizione di *centum dare*). Secondo Africano (su Scevola cfr. *infra*, nt. 1100), il compratore è respinto se, al momento in cui agisce, si siano verificate entrambe le condizioni, o se l'evizione *in libertatem* avvenga dopo il *dies* indicato. In entrambi i casi, il modo di esprimersi dei passi è chiaramente nel senso che il venditore è protetto *ope exceptionis* (l'accentuazione del profilo del dolo nel § 2, il modo circospetto — «*magis esse, ut* ...» — di esprimersi nel § 3).

(1098) V. la discussione in GIRARD, *op. ult. cit.*, 243 ss.; SARGENTI, *op. ult. cit.*, 127 ss. (cursorio CALONGE, *op. ult. cit.*, 87 testo e nt. 236): in questi autori ulteriore letteratura.

(1099) In effetti dell'opposta teoria si trova ancora traccia presso Afr. 6 *quaest.*, D. 21, 2, 46, 3, in cui si arriverebbe a configurare — sul piano del *ius civile* — una responsabilità per il caso in cui la somma che lo *statuliber* doveva pagare sia stata indicata in cinque invece dei dieci effettivamente dovuti, e lo schiavo raggiunga la libertà dando i dieci. Può darsi che vi sia stato uno scambio fra i cinque e i dieci nel testo tràdito: comunque configurata la dichiarazione, nell'impostazione di Africano v'è una responsabilità *iure civili*, a cui si ovvia sul piano del *ius honorarium*. Su questa linea sembra trovarsi anche Paul. 2 *quaest.*, D. 19, 1, 42 (se con lo GIRARD, *op. ult. cit.*, 244 nt. 1, lo si restituisce all'*actio auctoritatis*, il che non è senza fondamento), mentre è discutibile la valenza al proposito di Paul. 5 *ad Sab.*, D. 40, 7, 10 (forzata l'esegesi dello GIRARD, *op. ult. cit.*, 245 nt. 2), l'unico passo in cui — seppur in modo non perspicuo — si faccia al proposito ricordo della *stipulatio duplae*, sul regime della quale si rimane, sul punto, incerti.

(1100) Cfr. Scaev. 2 *quaest.*, D. 21, 2, 69, 3: non v'è ragione per porre in dubbio che il giurista tardo-classico seguisse, come appare dal testo, l'opinione di quello repubblicano (*contra*, ma senza sufficienti ragioni, GIRARD, *op. ult. cit.*, 244 s.), ed un'applicazione di tale disciplina si può senz'altro leggere nel successivo § 4. Essa appare seguita anche in Gai. 28 *ad ed. prov.*, D. 21, 2, 54, 1, il quale dà l'*actio ex empto* per la differenza a danno del compratore (e non appaiono sufficienti le ragioni avanzate — sempre dallo GIRARD, *op. ult. cit.*, 247 nt. 1 — per negare fiducia al testo).

(1101) Per l'esperimento dell'*actio ex empto* in questi casi, cfr. anche *infra*, § 22 lett. *d*.

(1102) E quindi all'acquirente che ne prende il posto: cfr., per tutti, KASER, *op. ult. cit.*, I, 114, in relazione a *XII Tab.* 7, 12.

(1103) Così nel già citato D. 21, 2, 54, 1, di Gaio.

(1104) Iulian. 58 *dig.*, D. 21, 2, 43; Paul., 53 *ad ed.*, *eod.*, 42: discutibile il riferimento di questi testi all'*auctoritas* (ed eventualmente alla *satisdatio secundum mancipium*) od alla *stipulatio duplae* (cfr., in senso vario, GIRARD, *L'"auctoritas"*, cit., 251 ss.; LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., 547 ss.; SARGENTI, *op. ult. cit.*, 79 s.; CALONGE, *op. ult. cit.*, 92 s.).

(1105) Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 17, la cui riferibilità all'*auctoritas* (GIRARD, *op. ult. cit.*, 252 nt. 2) non è così sicura. È ovvio che, se non quella della *mancipatio*, la *conceptio verborum* della *stipulatio duplae* poteva essere estesa, oltre che alle accessioni, anche ai *fructus* ed al *partus*. Cfr., del resto, la discussione in Alf. 2 *dig.*, D. 21, 2, 44 (ancorché nel contesto attuale non si riferisca a problemi di evizione).

(1106) Iulian. 15 *dig.*, D. 21, 2, 8; 33 *dig.*, D. 30, 82, 4 (cfr. CALONGE, *op. ult. cit.*, 93 s.); Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 21, 2, 16 pr.; Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 17. In questi ultimi passi si precisa esplicitamente che la responsabilità al riguardo sarà al *simplum*, il quale non sembra però riferirsi all'ammontare della *pecunia* promessa con la *stipulatio simplae*, bensì al risarcimento nei limiti del solo interesse, in contrasto alla *dupla pecunia* della *stipulatio duplae*.

(1107) Cfr., per tutti, KASER, *op. ult. cit.*, I, 133.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

446

tibile se rispetto all'astrattezza — e comunque all'autosufficienza — del negozio si potesse tener conto del pagamento avvenuto, o meno, al di fuori dei *sollemnia verba* (1108); può darsi che già nella codificazione decemvirale si trovasse una specifica normazione nel senso delle necessità del pagamento del prezzo, o della dazione di garenzie per lo stesso, e che il ricordo di questa normazione costituisca il sottofondo autentico della citazione delle XII Tavole in *I.* 2, 1, 41 (1109). Per l'epoca classica non residuano, per l'*obligatio auctoritatis*, altre notizie.

Mentre nell'*actio empti* in funzione di garenzia si sarà applicata — su codesto punto — la generale regolamentazione sui presupposti dell'azione (1110), per quanto concerne la *stipulatio duplae* v'è una traccia in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 9, nel senso che il mancato pagamento del prezzo poteva farsi valere soltanto in via d'eccezione (1111).

21. *Le obbligazioni del compratore.* — È diffusa in letteratura (1112) la convinzione che — rispetto alla complessità dei problemi offerti dall'obbligazione del venditore — sia molto più semplice la problematica relativa a quella del compratore, cui è coordinata l'*actio venditi* del venditore: ed è convinzione di certo non avventata. Abbiamo già visto (1113) che — a differenza del venditore — il compratore è tenuto a trasmettere la proprietà dei *nummi* che costituiscono il prezzo, e questa regola trova conferma, più o meno diretta, anche in altri passi, che trattano problemi più specifici (1114).

In relazione a questa, che è l'obbligazione principale del compratore (1115), possono aversi anche specifiche pattuizioni, di carattere accessorio, come quella che il compratore dia un *locuples reus* (1116). Se al proposito spettava al venditore l'*actio venditi*, all'*id quod interest* (1117), la clausola in questione poteva anche approntare — ove si prevedesse che il pagamento del prezzo fosse posteriore alla consegna della cosa — un'ulteriore difesa per il venditore, nel senso che quest'ultimo era probabilmente legittimato a rifiutare la consegna della cosa stessa, finché il *locuples reus* non fosse stato fornito.

In base alla natura di buona fede dell'*actio venditi* (1118), il compratore era altresì obbligato a prestare la sua cooperazione all'esecuzione dell'obbligazione del venditore (1119): in caso di

---

(1108) Il problema s'intreccia qui con quello se effettivamente l'*imaginaria venditio*, e cioè la *mancipatio* come atto traslativo della proprietà, debba sempre considerarsi coincidere con quella *nummo uno* (così sostanzialmente KASER, *op. ult. cit.*, I, cit., 46 e 103), il che sembrerebbe da escludere, ché tale *mancipatio* è nel linguaggio delle fonti quella in cui non si risponde per evizione: probabilmente, nelle *mancipationes* a scopo di vendita (o, comunque, di alienazione a titolo oneroso) si dichiarava — indipendentemente dalla reale pesatura — il prezzo a cui avveniva il trasferimento, e per questo prezzo sorgeva l'*obligatio auctoritatis*, ove fosse stato effettivamente pagato o per esso fosse stata data una garenzia.

(1109) Per questa ipotesi cfr., per tutti, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 277 ss.

(1110) Come si è già visto (*supra*, § 14 lett. *e*), per poter agire con l'azione contrattuale era necessario, in linea di massima, aver già eseguito od offrire contestualmente la propria prestazione: il caso dell'*actio empti* in funzione di garenzia, ove il compratore avesse pagato soltanto parzialmente il prezzo, era elettivamente uno di quelli in cui il giudice avrà tenuto conto delle reciproche pretese delle parti al momento della condanna e nella determinazione della *litis aestimatio*.

(1111) Nella stesura attuale del passo, è posto il problema se il compratore abbia diritto al *pretium integrum* od alla parte pagata, il che mal s'accorda con qualsiasi sistema evizionale, a parte il caso — tendenzialmente marginale — della *stipulatio simplae* (v. anche *supra*, nt. 969); d'altro lato, la restrizione della responsabilità del venditore al prezzo effettivamente pagato sembra farsi valere con l'*exceptio doli* nei confronti dell'*actio ex empto*, il che non avrebbe senso per l'originale classico. Da tutto ciò si può, con qualche verisimiglianza, ricavare che l'attuale tenore del testo è il risultato di un raccorciamento maldestramente attuato di un più articolato discorso, dove l'*exceptio doli* poteva rapportarsi soltanto alla *stipulatio duplae* (o *simplae*).

(1112) Cfr., per tutti, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 202, all'inizio di una breve trattazione sull'argomento, cui si rinvia per un'impostazione generale. Per la dottrina più antica, cfr. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., III, t.1, Leipzig, 1905, 136 ss.

(1113) In base a Paul. [32] <33>*ad ed.*, D. 19, 4, 1 pr., su cui cfr. *supra*, § 15 lett. *a*. Cfr., del resto, Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 2 (v. *supra*, § 15 lett. *b*).

(1114) V., ad esempio, in materia di *emptio servi* e di *nummi peculiares* Papin. 27 *quaest.*, D. 19, 1, 54 pr. e Diocl. et Max. C. 4, 49, 7 (del 293 d.C.); non si comprende perché il KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 551, affermi che l'obbligo di trasferire la proprietà sia soltanto «*regelmässig*».

(1115) E, in quanto la sola essenziale, è l'unica che risulta nell'impostazione propria di D. 19, 4, 1 pr., di Paolo.

(1116) Cfr. Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 23: il che è, probabilmente, da intendersi nel senso che, mediante delegazione o novazione, faccia assumere a persona solvibile l'obbligazione di pagare il prezzo piuttosto che in quello di dare un *idoneus fideiussor*, come induce a ritenere il termine di *reus*, che potrebbe riferirsi ad un garante, soltando pensando allo *sponsor* ed al *fideipromissor*, che assumono un'obbligazione propria (cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 573 s.).

(1117) Come in tutti i casi in cui si avevano pattuizioni accessorie (v. *infra*, § 24 lett. *k*). Non risultano, al riguardo, particolari su come venisse calcolato l'interesse del venditore.

(1118) Per le *usurae*, dovute dal compratore, cfr. *infra*, 23 lett. *b*).

(1119) V'è qui una differenza abbastanza marcata rispetto alle obbligazioni unilateralmente sancite da *iudicia stricti iuris*, in cui si può, al massimo, configurare al riguardo un onere a carico del creditore, sanzionato con un'eventuale

Senato della Repubblica - Archivio Storico

mora in accipiendo, quest'ultimo poteva, ad esempio, provocare — senza sua responsabilità — il perimento della cosa dovuta, quando avesse un interesse a fare ciò (1120). Ad ogni modo, egli aveva diritto al risarcimento del danno subito per il ritardo frapposto dal venditore, anche in relazione alle spese fatte per la conservazione della cosa oggetto del contratto (1121).

22. *L'adempimento e la responsabilità per inadempimento.* — *a*) Le fonti non lasciano intravedere grosse discussioni circa le modalità dell'adempimento, con specifico riferimento alla compravendita. Per quanto riguarda il tempo, non vi sono passi che prendano esplicitamente in considerazione questo profilo (1122): non v'è ragione, però, per ritenere che, a meno della fissazione — esplicita od implicita che sia (1123) — di un termine, le prestazioni non dovessero essere immediatamente eseguite.

Anche per il *locus solutionis* (1124) le fonti sono assai di scarso rilievo e riguardano tutte l'obbligazione del venditore di trasferire una cosa mobile (1125); praticamente da esse si viene a sapere soltanto dell'esistenza di un luogo per l'adempimento, che può essere diverso da quello in cui si esercita l'azione (1126). Salvo patto specifico in contrario, non vi sono motivi per credere che tale luogo non s'identificasse, anche per le cose mobili (1127), con il *locus rei sitae* (1128).

Non vi sono, del resto, problemi specifici per quanto concerne le altre modalità dell'adempimento: l'indicazione preventiva di una persona legittimata a ricevere la cosa oggetto della prestazione (1129) non risulta presa in considerazione (1130). Le fonti accennano, invece, alla *delegatio dandi* per quanto concerne sia l'una che l'altra obbligazione, ma anche qui senza particolari problemi per quanto concerne la disciplina dell'*emptio venditio* (1131).

---

alleviazione della posizione del debitore (sugli effetti in generale della *mora in accipiendo*, cfr. KASER, *op. ult. cit.*, I, 517 s.).

(1120) Cfr., in materia di vendita di vino, Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 1, 3, in cui, pur con le dovute cautele (e, cioè, la *denuntiatio* al compratore), il venditore era autorizzato, dopo la scadenza per il ritiro della merce, ad *effundere* il *vinum doliare*, e cioè conservato in botti.

(1121) Nel caso discusso in D. 18, 6, 1, 3 (v. *supra*, nt. 1120), infatti, il venditore poteva — alternativamente all'*effusio* — richiedere il danno procuratogli dal fatto che i *dolia* fossero stati occupati, oltre la scadenza fissata per la consegna, dal vino venduto: per evitare le questioni relative alla determinazione del danno, il giurista suggerisce che, se non vuole procedere all'*effusio* (comportamento che viene sentito come non illecito, ma non propriamente lodevole), il venditore farà meglio a procedere — «*sine ipsius incommodo*» — alla vendita del vino, con il che si ridurrà il *detrimentum* dell'*emptor*. Per altri casi (su cui v. anche *infra*, § 23 lett. *l*), cfr., con decisione che risale ai *veteres*, Cels. 8 *dig.*, D. 19, 1, 38, 1 (risarcimento per i *cibaria* forniti agli schiavi venduti); Pompon. 20 *ad Sab.*, D. 19, 1, 9 (le *lapides*, che il compratore non porti via dal fondo). Per la possibilità di richiedere, anche senza la *mora emptoris*, le spese fatte in relazione alla cosa venduta e non trasferita, v. *infra* § 22 lett. *i*.

(1122) Cfr., del resto, BECHMANN, *Der Kauf*, III, t. 1, cit., 106.

(1123) Per la seconda alternativa, basti pensare al caso che la cosa da prestare si trovi in luogo diverso da quello fissato per l'adempimento.

(1124) Bisogna, del resto, rilevare che questa tematica non è stata comunque molto approfondita dai *prudentes*: per una rassegna cfr. AMARELLI, *Locus solutionis*, Napoli, 1984.

(1125) Mentre per il termine non v'è motivo a distinguere le posizioni delle parti, per il *locus solutionis* il problema si pone, almeno in astratto, per la diversa natura della prestazione (*nummos dare, possessionem tradere*); va subito detto che nelle fonti non risultano passi che riguardino il luogo del pagamento del prezzo, per il quale dovrebbero vigere, conseguentemente, le regole generali in materia (v. KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 638 s.). Il trasferimento, poi, della pacifica disponibilità di un fondo non può avvenire, ovviamente, che nel luogo in cui il fondo stesso si trova.

(1126) Cfr. Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 3, 4. In questi casi, come in tutti i *iudicia bonae fidei*, a causa dell'*intentio incerta* si poteva agire direttamente con l'azione contrattuale, senza dover far ricorso all'*actio de eo quod certo loco dari oportet*: cfr. Paul. 28 *ad ed.*, D. 13, 4, 7 pr. (v. anche KASER, *op. ult. cit.*, I, 639). V. anche Ulp. 60 *ad ed.*, D. 5, 1, 19, 2-3, che ha riguardo, però, al *locus petitionis* e non a quello *solutionis*.

(1127) Un problema a parte esisterebbe per la vendita di cose appartenenti ad un *genus* "illimitato", per le quali, però, si è già visto non risultare provata l'ammissibilità dell'*obligatio consensu contracta* (cfr., del resto, BECHMANN, *op. cit.*, III, t. 1, 99 s.). Per il *genus* "limitato", invece, inteso nel senso già visto (cfr. *supra*, nt. 595), non v'è motivo per allontanarsi dalla presumibile regola generale.

(1128) Cfr. BECHMANN, *op. cit.*, III, t. 1, 99 ss.; ma non è certamente probante a tale scopo Pompon. 22 *ad Sab.*, D. 16, 3, 12, 1.

(1129) Com'era nella *stipulatio* l'*adiectus solutionis causa* (su di esso, cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 570).

(1130) Ma non v'è alcun motivo per escluderla: è, invece, impossibile creare un creditore accessorio come nell'*adstipulatio* (su cui cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 569 s.), ché questa possibilità dipende dalla particolare struttura della *verborum obligatio*. Per il problema della legittimazione del creditore apparente cfr. Iulian. 54 *dig.*, D. 46, 3, 34, 5, in cui — nel caso del *servus fugitivus* — si nega la legittimazione del servo stesso, che, *pro libero se gerens*, aveva venduto una *res*, senza distinguere tra la buona o la mala fede del *solvens*: il che dipende dal fatto che i giuristi non erano arrivati a teorizzare compiutamente la liberazione del debitore mediante il pagamento al creditore apparente.

(1131) Contrariamente a quanto ci si sarebbe potuto forse immaginare, sono più numerosi i passi che concernono l'esecuzione ad un terzo dell'obbligazione del venditore: per il compratore v'è, in effetti, da citare — con andamento non del tutto lineare — soltanto Ulp. 55 *ad ed.*, D. 40, 12, 20, 2 (su una problematica particolare, riguardante l'*actio in duplum* contro il libero che si fosse fatto vendere come schiavo,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

448

b) Le obbligazioni assunte col contratto di compravendita possono configurarsi come solidali (1132): in accordo con il carattere aformale delle *obligationes consensu contractae*, il vincolo solidale non poteva che dipendere qui dalla volontà delle parti, le quali dovevano espressamente prevedere la natura solidale dell'obbligazione assunta (1133). L'obbligazione del compratore — di *nummos dare* — è poi sicuramente divisibile; e tale è, in sé considerata, anche l'obbligazione principale del venditore, quella di *tradere possessionem* (1134).

c) Il venditore è principalmente tenuto (1135) a *possessionem tradere* (1136): l'obbligazione di effettuare un atto astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà può essere oggetto soltanto di un *pactum adiectum*, a meno che non risulti dalle particolarità del caso concreto (1137). Dalle fonti non risulta però che siano emersi particolari problemi in ordine al risarcimento del danno per l'inadempimento di questa ulteriore obbligazione.

Fondati sulla *bona fides* sono una serie di adempimenti accessori, diversi da quelli che derivano da un'esplicita statuizione delle parti, per i quali si potrebbe porre in astratto il problema se essi rilevano del *purgari dolo malo* ricordato in Paul. [32] <33> *ad ed.*, D. 19, 4, 1 pr. (1138) come indipendente obbligazione del venditore o se non siano da considerarsi che come prestazioni accessorie a quelle essenziali di *possessionem tradere* (e di *ob evictionem se obligare*) e di *nummos dare*; in effetti, nelle fonti questo problema non viene mai direttamente aggredito, e conseguentemente non risulta quale alternativa colga nel segno.

d) Nelle fonti s'incontra il principio, in sé piuttosto indeterminato, che l'oggetto dell'*alienatio* era — e doveva essere — trasferito *cum sua causa*. Essendo ricordato in Pompon. 39 *ad Q. Muc.*, D. 18, 1, 67, esso risale, con tutta verisimiglianza, al giurista repubblicano; ma il ricordo dell'*alienatio* mostra che era stato formulato da Mucio in relazione agli atti traslativi, e probabilmente alla *mancipatio*. Non possiamo neppure essere sicuri che fosse Pomponio a proporne l'utilizzazione in materia di *emptio venditio*: i compilatori l'hanno indubbiamente inserito nel titolo «*de contrahenda emptione*», ma bisogna tener conto della circostanza che essi non erano di certo alieni da influenze che identificavano la compravendita con l'alienazione (1139). In Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 16 si rinviene, poi, il ricordo non ulteriormente determinato di *quae cum re empta praestari solent* senza specificare la fonte di quest'obbligo accessorio.

Non vi sarebbe bisogno di ricordare che le servitù attive e passive erano di loro natura ambulatorie (1140), senza bisogno di specifiche pattuizioni: in ogni caso, il principio è espressamente ricordato in almeno due passi (1141). Per le ser-

---

ma non *pretii partecipandi causa*: v. *supra*, nt. 286), il quale si può riferire anche alla *delegatio promittendi* (ma v'è da tener conto che, nei testi in materia di *delegatio*, non si ricorda normalmente il titolo in base al quale è obbligato il debitore delegato). Per la delegazione del venditore, cfr., invece, Marcell. 19 *dig.*, D. 43, 16, 12 pr.; Pompon. 26 *quaest.*, D. 43, 26, 18 pr.; Paul. 32 *ad ed.*, D. 17, 1, 22, 9; 7 *ad Sab.*, D. 24, 1, 26, 9; Marcian. 5 *fid.*, D. 36, 1, 67, 4: codeste decisioni, pur interessanti e controverse sotto altri aspetti, non creano problemi per quanto concerne l'adempimento dell'obbligazione del venditore.

(1132) Su questa categoria di obbligazioni, cfr. TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., 50 ss.

(1133) Le fonti non sono molto abbondanti in materia: è generico Papin. 27 *quaest.*, D. 45, 2, 9 pr., mentre Marcell. 6 *dig.*, D. 19, 2, 47 è piuttosto dubbio nella parte che riguarda il regime dell'obbligazione (in questo caso non aveva, con molta probabilità, torto l'ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, 48).

(1134) Su ciò cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 57 nt. 404. In un caso particolare tale obbligazione si atteggia ad indivisibile nell'interesse del debitore: in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 31, 8, si riporta infatti l'opinione di Marcello per cui, nel caso dell'*emptio* effettuata dal *servus communis*, uno dei *domini* non può agire *pro parte*, offrendo il prezzo soltanto *pro portione*: ma si tratta, evidentemente, di una tutela del venditore che aveva concluso il contratto con una sola persona.

(1135) A parte i problemi dell'*ob evictionem se obligare* (su cui cfr. *supra*, § 16).

(1136) Sulla portata di tale obbligazione, anche in relazione all'obbligo di trasferire la proprietà o di effettuare la *mancipatio*, cfr. *supra*, § 15.

(1137) Tenendo conto che, per le *res nec mancipi*, la forma della consegna, e cioè la *traditio*, è contemporaneamente modo di trasmissione del possesso e, conseguentemente, della proprietà (cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 435 e 491 ss.), il problema si risolve in quello dell'obbligo di effettuare, per le *res mancipi*, la *mancipatio*, e su ciò cfr. *supra*, § 15 lett. *f-h*.

(1138) Sulla portata della tripartizione di Paolo, v. *supra*, § 15 lett. *a* e *g*.

(1139) Per effetto dell'influenza delle concezioni greche sulla compravendita come scambio ad effetti reali fra la cosa ed il prezzo (cfr., su ciò, *infra*, § 29).

(1140) Cfr. KASER, *op. ult. cit.*, I, 440.

(1141) Cfr., con l'occhio rivolto più al momento traslativo che a quello obbligatorio, Paul. 15 *ad Sab.*, D. 8, 4, 12; Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 18, 1, 47. Per un caso di servitù irregolare, invece, in Scaev. 4 *dig.*, D. 8, 5, 20, 1 (su cui cfr., da ultimo e per tutti, IMPALLOMENI, *Il diritto di compascolo di cui a D. 8, 5, 20, 1*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, cit., V, 1984, 393 ss.), si fa ricorso, anzitutto, al *quod actum est*; è stato, nel passo, sospettato il ricorso al criterio integrativo per cui — ove non si possa accertare la volontà delle parti — il diritto sarebbe ricompreso, ma l'esistenza di una specificazione del genere è del tutto comprensibile, né vi sono forti motivi di dubbio sul verso preso dal giurista.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

vità stesse, i problemi sorgono in ordine alle clausole che riguardano il comportamento scorretto del venditore al proposito (1142): in Pompon. 34 *ad Sab.*, D. 8, 3, 25, dove l'attenzione è rivolta al momento traslativo più che a quello obbligatorio, si stabilisce che, nel caso di alienazione di una *pars — quanta — fundi*, la servitù attiva di acquedotto si estende, senza particolari condizioni, al nuovo fondo creato con l'alienazione.

e) Dal punto di vista della consistenza materiale della cosa immobile venduta, la giurisprudenza enucleava regole circa l'estensione dell'oggetto del negozio, distinguendo tra fondi rustici ed urbani e con riguardo specifico alla compravendita (1143). Per i primi si ricorda come faccia parte del fondo (1144) «*quod terra se tenet*» (1145), e per i secondi come ineriscano alle *aedes* oggetto di contratto le cose *quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur* (1146): all'enunciazione di tale principio segue, in Ulpiano, una discussione analitica (1147), all'inizio della quale e si specifica che vi sono molte eccezioni in senso estensivo (1148).

Una serie di clausole riguardava, poi, i sepolcri, come *loci religiosi*: esse potevano avere una portata meramente cautelativa, volta ad impedire che il venditore fosse onerato della responsabilità per il fatto che una parte del fondo venduto fosse *locus religiosus* (1149). D'altra parte, invece, esse potevano sancire il diritto del venditore a continuare ad accedere al sepolcro (1150), che venne definitivamente regolato da Giustiniano, con la C. 4, 54, 9 (del 531 d.C.) (1151).

f) Nelle fonti si ha il ricordo anche dell'obbligo del venditore — sanzionato con l'*actio ex empto* — di consegnare la documentazione relativa alle imposte assolte o da assolvere in relazione al fondo (1152). Sempre in tema di documentazione, per il caso in cui l'erede avesse venduto, su un fondo, il diritto spettante al defunto (1153), se l'oggetto della vendita risultasse incerto, era tenuto ad esibire — ma non, sembra, a consegnare — al compratore gli *instrumenta fundi*.

g) L'oggetto dell'obbligazione del venditore può, d'altra parte, venire specificato — sia sotto il profilo materiale (1154), che sotto quello giuridico — dalla volontà delle parti, mediante ulteriori clausole, che talora vengono ad assumere un rilievo tipizzato; da questo punto di vista, la proble-

---

(1142) Su ciò cfr. *supra*, § 20 lett. *b* (per la problematica relativa all'evizione), ed *infra*, § 25, per quanto concerne il *dolus in contrahendo*.

(1143) Trattata, però, talora insieme ad altre fattispecie negoziali, come, ad esempio, il legato (v. Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 17, 2).

(1144) Bisogna sempre sottintendere salvo diverso accordo delle parti: cfr. specificamente Paul. 6 *resp.*, D. 18, 1, 76 pr.

(1145) Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 17 pr.: ma anche la paglia ed il letame, purché non acquistati per farne commercio, ed i pali di sostegno delle viti (*eod*, § 2 ed 11). Nel caso dei *dolia defossa* (Paul. 6 *resp.*, D. 18, 1, 76 pr.), le parti possono determinarne il numero: cfr., risolvendo varie questioni di interpretazione, Alf. 2 *dig.*, D. 19, 1, 26, collegato, nel Digesto, con Paul. 3 *epit. Alf. dig.*, D. 19, 1, 27; Paul. 4 *epit. Alf. dig.*, D. 18, 1, 40, 5; Lab. 2 *pith.*, D. 19, 1, 54, 1; Marcell. 6 *dig.*, D. 18, 1, 60; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 33 pr. Si poneva il problema della disciplina del caso in cui il numero dei *dolia* esistenti sul fondo fosse diverso da quello indicato nella clausola: è opinione concordemente affermata che dovevano essere prestati i *dolia* indicati, anche se nessuno fosse presente nel fondo stesso; ove quelli ivi esistenti fossero in numero più elevato, il venditore poteva scegliere quelli che voleva (ma, evidentemente, anche in questo caso valeva il limite, specificato in D. 19, 1, 27, che si trattasse di *dolia integra*, e non *quassa*).

(1146) Cfr. Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 31. Su Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 18, 1, 47 e 49, cfr. *infra*, nt. 1157.

(1147) Cfr. Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 15, che è unito alla *l.* 13, 31 ed alla *l.* 17 pr. da due frammenti brevi di Pomponio, tratti dal lb. 31 *ad Q. Muc.* (D. 19, 1, 14 e 16), nonché *eod.*, 17 pr., e § 3-5, 7-10. Altra discussione in Iavol. 7 *ex Cass.*, D. 19, 1, 18, pr.-1; Cels. 8 *dig.*, D. 19, 1, 38, 2; Scaev. 7 *dig.*, D. 19, 1, 52, 3; Paul. 4 *epit. Alf. dig.*, D. 18, 1, 40, 6. Si noti, in D. 19, 1, 13, 7, l'emersione di un criterio temporale (tendenziale perpetuità o temporaneità della destinazione), e nel § 10 la distinzione fra «*quae ex aedificio detracta sunt ut reponantur*», che continuano a farne parte, e «*quae parata sunt ut imponantur*», che non ne fanno ancora parte (per i fondi rustici, la distinzione viene ripresa nel successivo § 11): quest'ultimo criterio emergeva di già in D. 19, 1, 18, 1 di Giavoleno.

(1148) Così Ulpiano, nel già citato D. 19, 1, 17 pr.

(1149) Cfr. Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 1, 22 e 24, fra cui i compilatori inseriscono Paul. 5 *ad Sab.*, *eod.*, 23 (che si riferisce invece ai *loca sacra*): una generica *exceptio* può bastare, se si tratti di *modica loca* (altrimenti la vendita è, *en principe*, nulla: cfr. *supra*, § 7). Senza l'*exceptio*, si ha la responsabilità del venditore, problema al quale si riferisce, con ogni probabilità, la *l.* 24 (in cui qualcosa è sicuramente caduto).

(1150) I limiti materiali dei *sepulchra* potevano esser controversi; Papin. 3 *resp.*, D. 18, 1, 73, 1 ritiene necessaria un'apposita clausola perché il venditore trattenga per sé i «*ceteris culturis loca pura servata*» che si trovino «*intra maceriam sepulchrorum*»: ma se non si trattasse di *maceria*?

(1151) Cfr., in modo vario, Lab. 1 *pith.*, D. 19, 1, 53, 1, con nota di Paolo; Pompon. 6 *ex Plaut.*, D. 47, 12, 5 pr.; Ulp. 25 *ad ed.*, D. 11, 7, 10: sul problema dell'*iter ad sepulchrum*, v. Kaser, *op. ult. cit.*, I, 407; e II, 271 nt. 82, con letteratura.

(1152) Il caso, relativo ad un fondo provinciale incluso in un *saltus*, è trattato in Scaev. 7 *dig.*, D. 19, 1, 52 pr. (vendita da parte di un creditore pignoratizio): sul testo cfr. Klingeberg, *Das 'pactum de tributis agnoscendis'*, in *TR*, 1986, 254 ss.

(1153) Scaev. 2 *resp.*, D. 19, 1, 48: «... *quidquid Sempronii iuris fuit* ...».

(1154) Al proposito, con trattazione di tipo generalizzante, Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 33 pr. specifica l'esperibilità dell'*actio ex empto*, quando si tratti di clausole che estendano la portata dell'oggetto stesso.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

450

matica qui accennata viene a toccarsi con quella dei *dicta et promissa* (1155), che si estendono, però, anche al profilo qualitativo dell'oggetto. Ed è ovvio che tali clausole possano modificare, sotto il profilo materiale o giuridico, la determinazione dell'oggetto della compravendita, sia ampliandolo che restringendolo.

Alcune clausole portano sulla determinazione materiale dell'oggetto. Lo ampliano (1156), come quando si attribuiscono al compratore le *fistulae* per cui si derivava l'*aqua* da un *castellum* (1157), o si dichiari che al fondo accede uno schiavo (1158): particolare rilievo ha, nelle fonti, la clausola con la quale il venditore dichiara che il peculio accede allo schiavo venduto (1159). Lo restringono, come quando il venditore si riserva tutte le cave nel fondo (1160), o si ripartiscono — in modo diverso da quello legale — i frutti del fondo medesimo (1161).

b) Per gli immobili, rustici ed urbani, ha avuto una lunga storia la clausola dei cosiddetti *ruta et caesa* (1162), espressione che in base al significato dei termini adoperati indica ciò che è stato estratto o divelto dal fondo: la clausola ebbe origine nella *mancipatio* (1163), dove era forse necessario eccettuare — nella *conceptio verborum* — i *ruta et caesa* affinché essi non fossero ricompresi negli effetti reali del *gestum per aes et libram* (1164); trasferitasi nella compravendita consensuale, essa subì un'eterogenesi di valore e venne impiegata per assegnare al compratore i *ruta et caesa*, che — intesi di nuovo in senso letterale — sarebbero senza la stessa rimasti all'alienante (1165).

i) Altre clausole (1166) riguardano la misura o le altre qualità dell'oggetto venduto, e valgono come assunzione di responsabilità per quella misura o quelle qualità. Per quanto concerne la misura dei fondi, il problema s'intreccia con quello dell'*actio de modo agri* fondata sulla *mancipatio*, la cui sorte in periodo classico è incerta (1167), ed eventualmente con quello dell'*actio adversum mensorem qui falsum modum dixerit* (1168). Le fonti attestano che — sulla base

---

(1155) Il sintagma in questione, usato — nonostante l'astratta potenzialità — dalle fonti soltanto per le dichiarazioni effettuate dal venditore, fa riferimento anche a clausole che sono versate in una *verborum obligatio* e che quindi danno luogo all'*actio — certi* od *incerti — ex stipulatu* (per il problema di una specifica azione che nasca dal *dictum promissumve*, cfr. *infra*, § 25 lett. *c*): qui appresso non verranno presi in considerazione gli aspetti relativi ad una *stipulatio* del genere, ma soltanto al modo in cui i *dicta et promissa* sono sanzionati mediante l'azione contrattuale di buona fede.

(1156) Per le cose accessorie così indicate, la responsabilità per l'evizione può esser fatta valere soltanto con l'*actio ex empto* nei limiti dell'interesse del compratore a *rem habere licere* (su ciò cfr. *supra*, § 20 lett. *c*).

(1157) Lab. 4 *post. a Iavol. epit.*, D. 18, 1, 78 pr., che decide esser ricompreso nella clausola anche il *castellum* stesso. Per Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 18, 1, 47 e 49, invece, nel caso di *aedes*; le *fistulae* rientrano come *pars aedium* nell'oggetto del contratto, anche se la *servitus aquae ducendae* si sia estinta.

(1158) Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 34 pr. (v. anche *supra*, nt. 208): il giurista si occupa, in primo luogo, della validità del contratto di vendita del fondo, nonostante l'inefficacia parziale dello stesso per quanto riguarda lo schiavo, sul quale si era verificato un dissenso fra le parti.

(1159) Perché ciò avvenga è necessaria una particolare statuizione in tal senso; la responsabilità del venditore si atteggia in modo diverso, a seconda del tenore letterale di tale clausola: cfr., in senso vario, Cels. 8 *dig.*, D. 19, 1, 38 pr.; Paul. 33 *ad ed.*, D. 21, 2, 5; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 33 pr. (generico Papin. 9 *resp.*, D. 40, 7, 35). Sul regime dell'*actio de peculio* in seguito alla vendita, cfr. Iavol. 12 *ex Cass.*, D. 15, 1, 33; Iulian. 12 *dig.*, D. 15, 1, 16; *eod.*, 37, 2; Afr. 8 *quaest.*, D. 15, 1, 38, 3; Gai. 9 *ad ed. prov.*, D. 15, 1, 27, 4-6; Paul. 30 *ad ed.*, D. 15, 1, 43; Paul. 4 *ad Plaut.*, D. 15, 1, 47, 3-6; Ulp. 29 *ad ed.*, D. 15, 1, 11, 7-8; *eod.*, 13; *eod.*, 21, 2; *eod.*, 30, 5; D. 15, 2, 1, 5; Ulp. 2 *disp.*, D. 15, 1, 32, 1-2.

(1160) Cfr. un passo celebre, Iavol. 4 *ex post. Lab.*, D. 18, 1, 77, in cui Labeone distingue, al proposito, fra *lapidicinae* già esistenti e non esistenti, mentre Tuberone non lo faceva (sul passo, cfr. l'approfondita discussione in Negri, *Diritto minerario romano, I. Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei giuristi classici*, Milano, 1985, 13 ss.).

(1161) Si veda la discussione dei *manu sata*, che il venditore s'era riservato, in Lab. 5 *post. a Iavol. epit.*, D. 18, 1, 80 pr., con una delimitazione essenziale del concetto. Un'ulteriore specificazione in Paul. 4 *epit. Alf. Dig.*, D. 18, 1, 40, 3, per i *frumenta manu sata*, mentre nel successivo § 4 si discute della clausola con cui sempre il venditore si sia riservato *omne fructum* e in D. 50, 16, 205, tratto dallo stesso libro, si tratta dell'*exceptio* dei frutti designati con il termine «*pomum*».

(1162) Sulla quale cfr., in modo convincente, Marrone, *Considerazioni sui 'ruta (et) caesa'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, I, Milano, 1971, 213 ss., la cui impostazione viene qui sostanzialmente seguita.

(1163) Dove a partire dal senso letterale aveva probabilmente subito un allargamento, di cui non è però del tutto sicura l'identificazione nel pensiero di Q. Mucio in base a Muc. *lb. sing. 'hór.'*, D. 50, 16, 241 e Pompon. 31 *ad Q. Muc.*, D. 18, 1, 66, 2 (diversamente Marrone, *op. ult. cit.*, 214 ss.).

(1164) Così il Marrone, *op. ult. cit.*, 216 s., in base ad un'elegante esegesi di Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 17, 6.

(1165) Cfr., per questa configurazione, i già citati D. 18, 1, 66, 1 e D. 19, 1, 17, 6 (in quest'ultimo frammento una discussione sull'àmbito del sintagma); in Iavol. 7 *ex Cass.*, D. 19, 1, 18, 1, si propone — in ordine alle *tegulae* — una distinzione: quelle *nondum impositae* appartengono ai *ruta et caesa*, nonostante la concreta destinazione a coprire l'edificio; e così anche quelle *detractae*, a meno che non siano state tolte *ut reponantur*.

(1166) Per cui, sotto il profilo terminologico, si fa spesso riferimento ai *dicta* (*et promissa*).

(1167) Cfr. su di essa Kaser, *op. ult. cit.*, I, 133 s.

(1168) Su tale azione, penale — o meglio mista — e

Senato della Repubblica - Archivio Storico

dell'*obligatio consensu contracta* — si poteva agire, per l'*id quod interest* (1169), ogni qualvolta il venditore avesse esplicitamente dichiarato una determinata misura del fondo venduto, che non corrispondesse al vero (1170); la responsabilità del venditore (1171) non dipendeva dal dolo (1172), il quale poteva però aggravarla (1173).

Accanto alle clausole sulla misurazione, possono essere ricordate quelle sui confini: una volta fatta la *demonstratio fundi*, l'inserzione di una clausola che indicasse con precisione i *fines* era lasciata alla volontà delle parti (1174). Altre determinazioni potevano riguardare le somme dovute da uno *statuliber*, correttamente venduto come tale (1175): nel qual caso poteva pattuirsi, del resto, che lo schiavo pagasse al venditore invece che al nuovo proprietario (1176), o l'ammontare del peculio che accedesse alla vendita di uno schiavo (1177): anche in questi casi il venditore è tenuto responsabile nei limiti della quantità così garentita (1178).

f) Altre dichiarazioni riguardano, invece, le qualità della cosa venduta, venendo a toccare il problema della responsabilità per i vizi — o le mancate qualità — di tale cosa, aspetto che riceveva una particolare disciplina nell'editto degli edili curuli (1179). A parte la responsabilità as-

---

pretoria, cfr., per tutti, KASER, *op. ult. cit.*, I, 630, con letteratura. Essa spetta contro chiunque abbia interesse a che non sia comunicata una falsa misurazione. È discutibile il regime del concorso con le azioni contrattuali: in Ulp. 24 *ad ed.*, D. 11, 6, 3, 1, sembrerebbe che i naturali legittimati fossero, a seconda dei casi, il compratore od il venditore; ma nei § 2 e 3, viene ricordato il parere di Pomponio per cui essa non spetta, allorché si possa esercitare contro l'altro contraente un'azione reipersecutoria (la *condictio* o l'*actio ex vendito*) per il riequilibrio degli interessi in causa. Da D. 11, 6, 5, 1, tratto dallo stesso libro *ad edictum* di Ulpiano, appare, invece, che l'azione fosse ammessa senza limiti contro il *mensor*, nonostante fosse già stata esperita l'*actio ex empto*, ma che praticamente tale esperimento sarebbe risultato privo di effetti, se l'attore non avesse un concreto interesse allo stesso (il che è argomento di maggior peso a favore di una *condemnatio* dell'*actio adversus mensorem* commisurata all'interesse dell'attore di quanto non pensi il MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 16). D'altro lato, in *l.* 3, 2-3 potrebbe apparire soggetta a discussione la possibilità d'esperire l'azione contro il *mensor*, quando la controparte risulti insolvente: ma cfr. ancora la *l.* 5, 1, in cui — seguendo ancora Pomponio — si ammette tale azione quando il compratore abbia agito contro il venditore non per tutto il *modus* mancante. Dall'insieme della documentazione ed ipotizzando un raccorciamento dei testi ad opera dei compilatori, si potrebbe forse trarre la conclusione che Pomponio adottasse una visuale — e non soltanto una terminologia — più rigorosa, in quanto escludeva — se non nei casi indicati — l'esperibilità dell'azione anche se, in concreto, l'attore avesse ottenuto una *litis aestimatio* inferiore al suo interesse, mentre Ulpiano lasciava tutto all'apprezzamento del giudice investito con l'*actio adversus mensorem*.

(1169) Ma non residuano al proposito tracce di discussioni sul modo in cui si determinava l'interesse dell'attore.

(1170) Cfr. Paul. 5 *epit. Alf. Dig.*, D. 18, 1, 40 pr.; Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 6 pr.; Scaev. 2 *quaest.*, D. 21, 2, 69, 6; Paul. 4 *ad Sab.*, D. 19, 1, 4, 1; 5 *ad Sab.*, D. 19, 1, 2 pr.; Nerat.-Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 14. Le clausole in questione potevano prevedere diverse modalità per l'accertamento della minore misura del fondo e per delimitare, anche nel tempo, la responsabilità del venditore (cfr. soprattutto D. 18, 1, 40 pr.). Per il modo con cui doveva procedersi alla misurazione del fondo, cfr. Paul. 21 *ad ed.*, D. 18, 1, 51; 5 *ad Sab.*, D. 18, 6, 7, 1; e, per il caso di vendita congiunta di due fondi, per ciascuno dei quali era stato annunciato *separatim* il *modus*, Paul. 2 *quaest.*, D. 19, 1, 42.

(1171) La misurazione poteva, però, tornare anche a danno del compratore, quando il prezzo fosse stato stabilito per *iugera*: Paul. 4 *epit. Alf. dig.*, D. 18, 1, 40, 2 (la circostanza che il prezzo stesso fosse stato versato in una *verborum obligatio* sembra, al proposito, meramente accidentale).

(1172) Così Pomponio, in D. 19, 1, 6 pr.

(1173) Nel caso limite in cui la misura annunciata del fondo venisse successivamente — ma anteriormente alla *renuntiatio* del *modus* stesso — colmata da un'*alluvio*, Nerazio, seguito da Ulpiano, riteneva liberato il venditore in buona fede, non quello che fosse a conoscenza della falsità della misura proclamata (D. 19, 1, 13, 14: 32 *ad ed.*).

(1174) Ma se il venditore vi procedeva doveva indicare tutti i confini, ed anche sé stesso, per un fondo che eventualmente gli residuasse al confine di quello venduto (Iavol. 7 *ex Cass.*, D. 18, 1, 63, 1: v., del resto, per la rilevanza dell'operato del venditore in quest'ultimo specifico caso, Paul. 3 *resp.*, D. 10, 1, 12); anche il *fines ostendere*, però, poteva servire al fine dell'individuazione del fondo, ovviamente in assenza di altri referenti (Scaev. 2 *resp.*, D. 19, 1, 48).

(1175) Su questa complessa problematica, cfr. *supra*, § 20 lett. *c*.

(1176) Cfr. Afr. 9 *quaest.*, D. 40, 7, 15, 1: il venditore ed erede — destinatario della somma — può delegare anche ad un terzo il pagamento.

(1177) Cels. 8 *dig.*, D. 19, 1, 38 pr.; ma, in linea di massima, tale clausola veniva considerata come assunzione di garenzia per il fatto che il peculio avesse, come minimo, il valore dichiarato, onde era egualmente dovuto per l'intero, se il valore ne fosse per avventura maggiore.

(1178) Egualmente è tenuto per la somma dichiarata il *redemptor ab hostibus* che, vendendo il suo *ius pignoris*, abbia dichiarato dover il *redemptus* una somma maggiore di quella dovuta: Paul. 16 *ad Sab.*, D. 49, 15, 19, 9.

(1179) Sulla quale cfr. KASER, *op. ult. cit.*, I, 558 ss., e la letteratura ivi citata (con quella ricordata ID., *op. ult. cit.*, II, 602), cui *adde*, fra gli altri, THIELMANN, *'Actio redhibitoria' und zufälliger Untergang der Kaufsache (mit Beiträgen zur Frage der Pönalität der ädilizischen Klagen)*, in *Studi in onore di E. Volterra*, cit., II, 487 ss.; WATSON, *The Imperative of the Aedilician Edict*, in *TR*, 1971, 73 ss.; PUGSLEY, *The Edilician Edict*, in *Daube noster. Essays in Legal History for D. Daube*, Edinburgh-London, 1974, 253 ss.; MAIER, *'Mortuus redhibetur?'*, in *ZSS.R.*, 1984, 206 ss.; WATSON, *Seller's Liability for Defects: Aedilician Edict and Praetorian Law*, in *Iura*, 1987, 167 ss.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 211 ss. La maggior parte dei passi che concernono le dichiarazioni sulle qualità degli schiavi o dei *iumenta* venduti ha riferimento esplicito alla (od è discussa nell'àmbito della) responsabilità edilizia: v., ad esempio, Gai. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 18 pr.-2; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 14, 9-10;

Senato della Repubblica - Archivio Storico

452

sunta dal venditore con una *stipulatio*, non v'è dubbio che, praticamente dal II e sicuramente dal I secolo a.C., egli rispondesse — indipendentemente dalla mala fede — per le qualità di cui avesse espressamente affermato la presenza, e per i vizi di cui avesse, invece, asserito l'assenza (1180). In base alla buona fede che regolava il contratto, ed all'autoresponsabilità che essa imponeva alle parti, non v'era responsabilità per il venditore, quando egli avesse assunto la responsabilità per l'assenza di un fatto notorio la cui esistenza non poteva sfuggire al compratore (1181).

k) V'è infine il gioco delle clausole esplicitamente pattuite dalle parti rispetto alla determinazione del contenuto dell'obbligazione del venditore dal punto di vista giuridico. Qui hanno, ovviamente, una parte importantissima le dichiarazioni e le statuizioni che concernono i diritti reali parziari che afferiscono, o potrebbero afferire, alla cosa venduta: dichiarazioni e statuizioni in cui, ancora una volta, si mescolano aspetti che concernono il contratto consensuale e le *leges dictae in mancipio*; e, per queste ultime, poteva sorgere l'ulteriore problema del trattamento della clausola della *mancipatio* sul piano del contratto obbligatorio di compravendita.

Sono anzitutto da considerare le dichiarazioni sui diritti reali già esistenti (1182), le quali hanno rilevanza ai fini della posizione delle parti sul piano obbligatorio (1183). Per quanto riguarda le servitù passive, le dichiarazioni sull'esistenza di determinate servitù servono ad escludere la responsabilità del venditore per l'esistenza delle stesse (1184); con quelle con cui si dichiara la libertà del fondo da qualsiasi servitù o peso, ci si assume implicitamente la responsabilità per le stesse (1185). Per quanto concerne, invece, le servitù attive, con la dichiarazione della loro esistenza, il venditore se ne assume la responsabilità nei confronti del compratore (1186); e, se tace quelle esistenti pur essendone a conoscenza, risponde nei confronti del creditore *ignorans*, che le abbia perse per non uso (1187). Vi sono poi le clausole che tendono a delimitare l'oggetto del contratto mediante statuizioni su servitù che devono essere costituite in sede di esecuzione dello stesso (1188). Regole sostanzialmente analoghe a

---

eod., 19 pr.-4; 2 *ad ed. aed. cur.*, *eod.*, 38, 10; Marcian. 4 *reg.*, D. 21, 1, 52. Come risulta da D. 21, 1, 19, 2, la responsabilità edilizia era in concorrenza elettiva con quella fatta valere con l'*actio ex empto*.

(1180) Cfr. Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 4, in cui — a fronte della responsabilità, per reticenza, di chi, sapendolo, non abbia edotto il compratore che lo schiavo era un ladro — si afferma che, ove abbia esplicitamente dichiarato che il servo stesso non fosse un ladro, il venditore è tenuto in base alla dichiarazione, che non doveva emettere leggermente. Cfr., del resto, Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 6, 4 (dichiarazione sulla capacità od integrità di un recipiente venduto), dove non si pongono problemi in ordine all'elemento soggettivo. Su questa problematica, cfr. anche *infra*, § 25 lett. *b*.

(1181) Cfr. Flor. 8 *inst.*, D. 18, 1, 43, 1: del resto, per tali fatti non s'instaurava neppure la responsabilità edilizia, nonostante la mancata dichiarazione del venditore (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 14, 10), proprio perché tale responsabilità riguardava i "vizi occulti" della cosa.

(1182) Ad esse può venir avvicinata la clausola con cui il venditore dichiara la *capitatio praedii*: cfr. Diocl. et Max., C. 4, 49, 9 (del 293 d.C.), che decide per il risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo (v., su ciò, *infra*, § 25 lett. *e*), sia nel caso di venditore *sciens* che *ignorans*: nulla può pretendere il compratore a conoscenza della reale situazione di fatto.

(1183) Il trasferimento, dal lato attivo e passivo, di tali diritti non dipende né dalle *leges mancipationis* né dalle clausole del contratto obbligatorio.

(1184) In cui sarebbe incorso soltanto se ne fosse stato a conoscenza (per la garenzia evizionale relativa alle servitù, cfr. *supra*, § 20 lett. *b*). Una clausola di tal fatta inserita nella compravendita obbligatoria permette al venditore di costituire la servitù di cui si tratta anche nel periodo che va dalla conclusione dell'*emptio venditio* al trasferimento del fondo (Marcell. 6 *dig.*-Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 8, 4, 6, 3*a*). Ma una clausola generica (del tipo «*servitutes si quae debentur, debebuntur*») non libererebbe il venditore dalla responsabilità per quelle servitù di cui fosse a conoscenza e che non avesse specificato (Mod. 5 *reg.*, D. 19, 1, 39), né servirebbe del resto a far acquisire a favore di un fondo che resti al venditore le servitù che su quello venduto egli abbia esercitato di fatto, ché per ciò è necessaria — al livello sia dell'atto traslativo della proprietà sia, a quanto sembra, del contratto obbligatorio — una clausola specifica (Ulp. 10 *ad Sab.*, D. 8, 4, 10).

(1185) Nelle fonti tale dichiarazione è stilizzata nella clausola — della *mancipatio* o dell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria — per cui il fondo è venduto *uti optimus maximus*, od espressioni equivalenti: cfr. Muc.-Cels. 8 *dig.*, D. 18, 1, 59. Su di essa, con particolare riguardo alla responsabilità evizionale, cfr. *supra*, § 20 lett. *b*.

(1186) Cfr. Paul. 4 *epit. Alf. dig.*, D. 18, 1, 40, 1; Pompon. 31 *ad Q. Muc.*, D. 18, 1, 66 pr.; Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 6, 6 (il quale sottolinea, nel caso della dichiarazione «*fundo iter accessurum*», l'unitarietà della vendita): v. anche *supra*, § 20 lett. *b*, in ordine alla responsabilità per evizione. In Pompon. 33 *ad Sab.*, D. 18, 1, 33, ed Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 8, 2, 17, 3 si prospetta la regola interpretativa, per cui la dichiarazione generica dell'esistenza di una servitù, fatta in modo che possa riferirsi sia a quelle attive che a quelle passive, va intesa nel senso dell'affermazione dell'esistenza delle prime (ed il giurista più antico motivava in base al principio *ambiguitas contra venditorem*). Sulla valutazione dell'*id quod interest* in tale materia è infondata l'ipotesi del RODGER, *L. Fufius - Another Undeserving Winner*, in *The Legal Mind. Essays for T. Honoré*, Oxford, 1986, 195 ss., su cui cfr. TALAMANCA, *Pubblicazioni* (1987), cit., 600.

(1187) Pompon. 31 *ad Q. Muc.*, D. 18, 1, 66, 1.

(1188) Cfr. Paul. 4 *epit. Alf. dig.*, D. 8, 3, 30 (*deductio* dalla *mancipatio*); Lab.-Nerat. 6 *membr.*, D. 39, 2, 47, passo soprattutto noto a chi studia la proprietà divisa per piani orizzontali (un accurato *restatement* della dottrina in SILVEIRA MARCHI, *A propriedade horizontal no direito romano*,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

453

quelle sin qui viste dovevano valere, nel rispetto delle diversità della fattispecie, per l'usufrutto (1189).

A diritti di carattere obbligatorio si riferivano, invece, le clausole che dichiaravano accedere all'immobile venduto le *mercedes* derivanti dalla locazione dello stesso (1190); secondo il principio generalmente accolto (1191), la locazione continuava in testa al venditore, ma il compratore non era tenuto a rispettarla (*emptio tollit locatum*). Le parti potevano però mettersi d'accordo nel senso che — permettendo il compratore la fruizione dell'immobile al conduttore e perdurando conseguentemente l'esecuzione *utrimque* della locazione — il locatore trasferisse al compratore le *mercedes* riscosse anche dopo l'adempimento dell'obbligazione di *possessionem tradere* (1192).

23. *Il regime dei «commoda» e degli «incommoda».* — *a*) L'adempimento delle obbligazioni da parte del venditore e del compratore deve tendenzialmente far conseguire agli stessi la posizione che avrebbero avuto se ciò fosse avvenuto al momento della conclusione del contratto consensuale ed obbligatorio: il che vale indipendentemente dal problema di una vera e propria *mora solvendi* o *accipiendi*, in cui — con ulteriori effetti — le parti stesse incorrevano soltanto quando se ne fossero verificati i presupposti (1193). La problematica al riguardo appare nelle fonti soltanto in casi in cui le parti non avevano fissato un termine per l'esecuzione dell'obbligazione di volta in volta considerata (o per entrambe), onde la prestazione risultava immediatamente esigibile in base ai criteri generali (1194): ed alla rilevanza della volontà delle parti esplicata mediante la fissazione di un

São Paulo, 1985); Pompon. 32 *ad Sab.*, D. 8, 6, 19 pr. In Paul. 2 *resp.*, D. 8, 3, 36, è invece il *mancipio dans* che impone una servitù a favore del fondo venduto su un altro fondo di sua proprietà. È ovvio che le *deductiones* dalla *mancipatio* o le *leges in mancipio dictae* hanno immediata efficacia costitutiva, ma possono sempre esser valutate anche sul piano dell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria. Non risulta chiaramente dalle fonti la disciplina del caso in cui il venditore non si riservi — al momento della *mancipatio* eseguita per il trasferimento del fondo — la servitù *excepta* in sede di contratto obbligatorio. Qui ed in altre fattispecie accenna ad emergere nelle fonti stesse la problematica dell'indebito adempimento da parte del venditore (per il compratore era fuori di discussione l'esperibilità della *condictio indebiti*, perché i *nummi* vengono trasferiti *solutionis causa*). In questi casi, il venditore aveva la possibilità di agire *quasi plus debito solutum* (cfr. Iavol. 2 *ex Plaut.*, D. 12, 6, 45, a torto sospettato dal DAUBE, *Sale of Inheritance and Merger of Rights*, in *ZSS.R.*, 1957, 253 ss.): nella *l.* 45, dianzi citata, si fa riferimento alla *condictio* come *formula* con cui si può far valere tale pretesa, e la *condictio* è ricordata anche in Paul. 32 *ad ed.*, D. 17, 1, 22, 9 (dove, però, il venditore ha proceduto al trasferimento ad un terzo, forse mediante *mancipatio*, su autorizzazione del compratore); accanto alla *condictio*, in Ulp. 29 *ad ed.*, D. 15, 1, 11, 7, ricorda anche l'*actio ex vendito*, nel caso l'alienante non abbia proceduto a *detrahere*, come poteva, i propri crediti dal peculio dello schiavo venduto. In questi casi, è dubbio in quali limiti la *condictio* si configurasse come *actio incerti* (sulla *condictio incerti* cfr., da ultimo, BURDESE, *Sul riconoscimento dei c.d. contratti innominati*, in *Iura*, 1985, 14 ss.). Su Ulp. 6 *opin.*, D. 8, 4, 13 pr., cfr., da ultimo, HALLEBEEK, *Legal Problems concerning a Draught of Tunny*, in *TR*, 1987, 39 ss., su cui cfr. TALAMANCA, *Pubblicazioni* (1988), cit., 909 s.

(1189) Cfr. Pompon. 10 *ad Sab.*, D. 19, 1, 7, in cui s'intrecciano una *deductio* dalla *mancipatio* (in cui non si specificava a chi spettasse l'usufrutto) ed una dichiarazione che tale usufrutto spettava a Tizio, avvenuta forse in una *lex mancipio dicta* (o, comunque, in una clausola dell'*emptio venditio* consensuale), dichiarazione che era falsa, poiché — non sussistendo precedentemente — l'usufrutto doveva intendersi costituito a favore del *mancipio dans*. La soluzione del giurista era nel senso che, se facesse valere l'usufrutto costituito a proprio favore, il venditore rispondeva — con l'azione contrattuale ed in base alla buona fede — soltanto dopo che si fosse verificato un evento che lo avrebbe estinto in testa a Tizio. È discutibile se l'*habitatio* a favore dei *liberti testatoris*, di cui si discute in Papin. 3 *resp.*, D. 18, 6, 19 pr., fosse solo un diritto d'obbligazione o un diritto reale già costituito prima della vendita (od al momento dell'esecuzione di quest'ultima).

(1190) Lab. 4 *post. a Iavol. epit.*, D. 19, 2, 58 pr.; Lab. 1 *pith.*, D. 19, 1, 53, con nota di Paolo; Proc. 6 *epist.*, D. 18, 1, 68 pr.; Paul. 5 *ad Plaut.*, D. 20, 4, 13 pr.; Cels. 8 *dig.*-Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 16. Su codesta problematica, cfr., soprattutto, MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, 56 ss.; TORRENT, *Excepciones pactadas*, cit., 263 ss. V. anche *infra*, § 23 lett. *c*, sulle *mercedes* riscosse fra la conclusione della vendita e la *traditio*.

(1191) E che è espresso in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 11, la cui ultima parte, se sospetta fotmalmente (il tenore attuale del passo è, molto probabilmente, dovuto ad un raccorciamento effettuato dai compilatori), riproduce, però, sostanzialmente un'opinione diffusa fra i giuristi classici: cfr. MAYER-MALY, *op. ult. cit.*, 58.

(1192) In Proc. 2 *epist.*, D. 45, 1, 113, 1, l'obbligazione accessoria volta a far liberare la cosa venduta gravata da garenzia reale era stata assunta in concreto mediante una *stipulatio*, ma non vi sarebbe stata alcuna difficoltà a configurarla come *pactum adiectum* della vendita. È ovvio che, al livello delle clausole accessorie dell'*obligatio consensu contracta* non si tratterebbe dell'unica costruzione possibile: si pensi a quella per cui oggetto della vendita è esplicitamente la cosa libera da vincoli e da pesi, onde l'obbligo di liberarla rientrerebbe nel contenuto — contingentemente — essenziale del contratto.

(1193) Su di ciò cfr., per tutti, KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 515 ss. Per l'ininfluenza della mora, cfr. la precisa attestazione di Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 2.

(1194) A meno di un termine implicito nella natura della prestazione stessa (su cui cfr., per tutti, KASER, *op. ult. cit.*, I, 638 s.); nelle fonti non sono però discussi gli aspetti concernenti i *commoda* e gli *incommoda* in funzione di un eventuale termine implicito, il quale avrebbe potuto prevalentemente interessare la prestazione del venditore (ma si pensi ad un *locus solutionis* fissato per il compratore in un luogo diverso da quello in cui si era concluso il contratto).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

454

termine — od in relazione ad essa — vi sono precisi, anche se non esaurienti, accenni nelle fonti (1195). Il momento della conclusione del contratto è configurato come quello a cui rapportare — in linea di massima (1196) — lo scambio sinallagmatico delle prestazioni, in quanto le stesse siano immediatamente esigibili (1197).

Vari princìpi s'intrecciano a regolare la materia qui discussa: dall'una parte, le parti debbono trovarsi, in seguito al reciproco adempimento, nella stessa situazione in cui si sarebbero trovate, se le obbligazioni fossero state adempiute al momento della conclusione del contratto, e cioè al momento in cui sono già divenute esigibili (1198); in secondo luogo è seguito il principio equitativo, per cui — nella valutazione della situazione che consegue a modificazioni materiali o giuridiche della cosa venduta (1199) — veniva in linea di massima applicato il brocardo «*cuius commoda, eius et incommoda*», che anche nella formulazione letterale trova precisi spunti nelle fonti romane (1200); ed infine erano tendenzialmente evitate situazioni in cui — in relazione alle modalità dell'adempimento concretamente effettuato ed a prescindere da precise clausole in merito (1201) — una delle parti venga contemporaneamente ad usufruire sotto il profilo economico di entrambe le prestazioni.

Al proposito bisogna poi distinguere — in relazione al *commodum* — due profili fondamentali (1202), quello dell'*akzessorisches* e quello dello *stellvertretendes 'commodum'*, a seconda cioè che ci si riferisca agli incrementi o decrementi materiali o giuridici della cosa venduta in sé considerati od all'imputazione, giuridica o economica, degli effetti connessi al modo in cui — indipendente-

---

(1195) Particolarmente importante è Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 18 dove — con una formulazione letterale piuttosto dubbia — per gli acquisti connessi con le *operae* del servo (sui quali cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *d*) si dà rilevanza ad un termine fissato dalle parti ed alla volontà di queste ultime in relazione al termine stesso. La disponibilità del regime individuato dal giurista è chiaramente attestata in Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 15, rilevante altresì perché mostra come Papiniano si ponesse — e risolvesse in modo negativo — il problema se la dilazione di una delle prestazioni, il prezzo, incidesse sul regime dell'altra, quanto all'imputazione dei frutti.

(1196) Cfr., al riguardo, la particolare disciplina delle *usurae* sul prezzo, su cui v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *b*.

(1197) L'impostazione qui seguita viene indubbiamente a toccarsi con quella, or non è molto, avanzata, in relazione alle problematiche dell'adempimento, da Wolf J.G., *Barkauf und Haftung. D. 19, 1, 23 Iul. 13 dig.*, in *TR*, 1977, 13 s., per cui già a partire dallo scambio dei consensi la cosa veniva attribuita al patrimonio del compratore, nel che si manifesterebbe la fondamentale natura di *Barkauf* ancora immanente nella compravendita consensuale ed obbligatoria dell'età classica. L'impostazione del Wolf è sostanzialmente seguita dal Weyand, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht*, ivi, 1983, 225 ss., che, se da una parte limita l'àmbito in cui si riscontra sicuramente l'influsso di tale concezione, dall'altra la precisa, sotto il profilo concettuale, parlando di una «*wertzuweisende Kaufbetrachtung, derzufolge die Kaufsache, obgleich sie noch im Eigentum des Käufers bleibt, bereits mit dem perfekten Kauf zum Vermögen des Käufers rechnet*». Impostazioni di questo genere sono, in effetti, costruzioni *a posteriori* dell'interprete moderno che in sostanza si legano alla concezione della compravendita come negozio d'alienazione (v. *supra*, nt. 705): esse non appaiono contribuire decisivamente alla decantazione dei problemi, soprattutto perché appare sostanzialmente generica nei contorni la struttura concettuale richiamata, la quale resta tutto sommato in un rapporto piuttosto vago con l'innegabile natura obbligatoria del contratto. Ci si limita in linea di massima ad affermare, infatti, la riferibilità della cosa al patrimonio del compratore, senza preoccuparsi di come si debba intendere nella specie l'essenziale articolazione degli aspetti obbligatori e di quelli reali. Nell'impostazione da noi seguita, se non andiamo errati, tale rapporto viene invece sufficientemente inquadrato (per qualche spunto testuale cfr. D. 28, 5, 38, 5 ed *eod.* 39, su cui cfr. *infra*, nt. 1348, e D. 41, 1, 30 pr., su cui *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*). Altro aspetto è, ovviamente, quello se la concezione qui proposta non sia a sua volta l'effetto di un permanere del *Barkaufgedanken*: la questione è proponibile, ma appare, a nostro avviso, di scarsa utilità finché non venga dimostrato che il particolare atteggiarsi dei problemi e delle soluzioni per cui codesta impostazione è valida debbano risalire a codesta causa remota, invece che essere esclusivamente imputabili all'impostazione in parola, qualsiasi ne possa essere la causa (per un possibile capovolgimento della valenza del *Barkaufgedanken* stesso in un caso particolare, quello della ripartizione del rischio, cfr. *infra*, § 27 lett. *l*).

(1198) Ancorché, come si è detto, non possa considerarsi in mora il debitore né nell'una né nell'altra.

(1199) Problemi non possono presentarsi, sotto questo profilo, per quanto concerne il pagamento del prezzo, ad eccezione degli interessi che il compratore deve sulla somma dovuta come prezzo (v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *b*).

(1200) In Ulp. 71 *ad ed.*, D. 43, 24, 11, 9 e 10, il principio è enunciato, con riguardo alla compravendita, nei termini seguenti: «*omne ... et commodum et incommodum ad emptorem pertinere debet*»: cfr. Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 6, 7 pr. (v. immediatamente appresso nel testo, ed *infra*, § 27 lett. *i*); generico Alex. Sev., C. 4, 38, 1 (del 223 d.C.). È in *I.* 3, 23, 3 che si trova la formulazione più vicina al ricordato brocardo («*nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est*»), dove è però da sottolineare l'uso di *periculum* al posto di *incommodum*, dovuto alla visione totalizzante dei due aspetti che si riscontra nel passo (su ciò cfr. *infra*, § 27 lett. *n*).

(1201) V., puntualmente, in materia Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 15, dove il venditore è tenuto a consegnare i frutti percetti *post venditionem* (su ciò cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *b*), nonostante che non fosse ancora scaduto il termine fissato a favore del compratore per il pagamento del prezzo, e quindi quest'ultimo non potesse esser posto in mora, il che avrebbe comportato a suo carico il decorrere degli interessi moratori.

(1202) Già distinti dal Mommsen F., *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, I, Braunschweig, 1859, 2 s.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

455

mente da una responsabilità al riguardo del venditore — la cosa da prestare è andata distrutta o si è deteriorata.

b) Per quanto concerne il godimento della cosa, il trattamento dell'*akezessorisches 'commodum'* avviene in modo diverso per quanto riguarda il venditore e il compratore (1203). Il primo è tenuto a trasferire al secondo i frutti naturali percetti dopo la conclusione del contratto e prima della *traditio*, nonostante che il compratore non abbia ancora pagato il prezzo (1204). A parte la prestazione delle *usurae ex mora* o convenzionali (1205), il compratore deve, invece, le *usurae* soltanto *post traditionem* (1206), in ragione — si specifica in D. 19, 1, 13, 20 — della fruizione della cosa.

Questo regime ha dato luogo ad ampie — e variamente orientate — discussioni in dottrina, anzitutto in relazione al fondamento dell'obbligazione del compratore a pagare gli interessi compensativi (1207), per la quale il già accennato riferimento alla fruizione della cosa sembrerebbe entrare in contrasto con la regola per cui i frutti sono dovuti al compratore dal momento della conclusione del contratto. È stato, però, esattamente osservato che, mentre il compratore può chiedere al venditore i frutti percetti dopo tale momento, non ha comunque né il godimento diretto della cosa né — ove si tratti di fondi rustici — può pretendere dal venditore che curi la coltivazione degli stessi (1208). Le *usurae* riconosciute al venditore compensano dunque la fruizione totale della cosa da parte del compratore, che è ben diversa dalla semplice attribuzione dei frutti comunque prodotti (1209), con una disciplina che risponde al criterio di evitare che il compratore, il quale ha ricevuto la cosa della cui totale potenzialità economica può fruire, goda contemporaneamente anche del vantaggio economico del prezzo non ancora pagato. Può anche dubitarsi se tale principio, fondato sulla *bona fides* e sulla corrispettività delle prestazioni, venga sempre ed automaticamente osservato (1210), ma non si hanno notizie nelle fonti della vigenza di regole diverse od alternative (1211).

c) Altri problemi sorgono per il regime dei cosiddetti frutti civili: in un contesto (1212) in cui si discute senza un ordine apparente di frutti civili e naturali, di *akezessorisches* e di *stellvertretendes 'commodum'*, si riscontrano — in D. 19, 1, 13, 11 e 13 — due valutazioni apparentemente contrastanti per quanto riguarda la *merces* che il venditore può trarre dall'utilizzazione contro corrispettivo della cosa venduta. Nel § 11, infatti, si stabilisce che — a meno di pattuizione contra-

---

(1203) Su questi aspetti cfr., soprattutto, WEYAND, *op. ult. cit.*, 229 ss.; KNÜTEL, *Zum Nutzungszins*, in *ZSS.R.*, 1988, 516 ss.: in questi autori ulteriore letteratura.

(1204) Questo principio è chiaramente espresso, in contrapposizione alla diversa regolamentazione delle *usurae pretii*, nel già citato *Frg. Vat.* 2, di Papiniano. In *Frg. Vat.* 15, anch'esso già ricordato e sempre di Papiniano (in cui il mancato pagamento risulta, d'altronde, dalla volontà delle parti che hanno fissato un «*dies pretii solvendi*»), si elimina il dubbio che sarebbe potuto derivare dalla circostanza che i frutti raccolti dal venditore *ante traditionem* fossero già maturi al tempo della conclusione del contratto (v., del resto, l'irrilevanza del *dies pretii solvendi* per la *mutatio vini*, nel successivo *Frg. Vat.* 16, tratto dallo stesso libro dei *Responsa*: cfr. *infra*, nt. 1251): e lo stesso si ribadisce in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 10, in cui si puntualizza la possibilità di clausole contrattuali che regolino diversamente il rapporto. Per la differente valutazione della posizione delle parti su questo punto cfr. ancora Diocl. et Max., C. 4, 49, 13 (del 294 d.C.). Sull'attribuzione dei frutti al compratore v. altresì Diocl. et Max., C. 4, 49, 16 (ancora del 294 d.C.). Non prova in contrario il corrotto Pauli *sent.* 2, 17, 7 (cfr., per tutti, WEYAND, *op. ult. cit.*, 235).

(1205) Alle *usurae ex mora* si riferiscono Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 11, riprodotto in modo scorretto in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 26 (su tali *usurae*, cfr. anche *infra*, § 24 lett. *l*), nonché il tardo Hermogen. 2 *iur. epit.*, D. 19, 1, 49, 1 (che ribadisce esser tali interessi non *in obligatione*, ma dovuti *officio iudicis*); ad entrambe Gord., C. 4, 54, 5 (del 238-244 d.C.).

(1206) Cfr. — oltre ai già citati *Frg. Vat.* 2, di Papiniano, e C. 4, 49, 13, di Diocleziano — Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 20-21; Diocl. et Max., C. 4, 49, 5. In Sev. et Ant., C. 4, 32, 2, del 200 d.C. (o anteriore), si pone chiaramente in luce il carattere compensativo di tali *usurae*, che sono dovute nonostante il deposito del prezzo, a meno che — sembrerebbe doversi specificare in base a Papin. 3 *resp.*, D. 22, 1, 18, 1 — a seguito di successione ereditaria sia incerta la persona del creditore (in questo senso, cfr. KNÜTEL, *op. ult. cit.*, 534 s.).

(1207) Su questo punto, cfr. l'accurata discussione in KNÜTEL, *op. ult. cit.*, 518 ss.

(1208) Così KNÜTEL, *op. ult. cit.*, 526 ss.

(1209) Cfr., del resto, quanto incidentalmente affermato in Paul. 16 *quaest.*, D. 18, 4, 21: il *venditor fundi* non è tenuto in ordine alla mancata produzione dei frutti, se abbia trascurato la coltivazione del fondo stesso, *ut alienum*. La frase «*nisi si culpa ...*», non può esser genuina (disperato il tentativo di salvataggio di WEYAND, *op. ult. cit.*, 267 nt. 201), benché non possa escludersi — anche a cagione della natura dell'opera — che sia andata a sostituire una più ampia discussione, eventualmente con citazione di *ius controversum*.

(1210) Cfr. TALAMANCA, *Pubblicazioni* (1989-1990), cit., 882, sulla base soprattutto di quanto detto in C. 4, 49, 5.

(1211) Né, del resto, sullo svolgimento storico che ha portato ad una siffatta regolamentazione.

(1212) E precisamente quello di Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 10-18, dove però non si vede che cosa stia a fare il § 15, che riguarda il *concursus causarum* (sulla tematica cui si riporta il detto § 15, cfr. *supra*, § 14 lett. *b*).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

456

ria (1213) — le *pensiones* di un *ager* o di un fondo urbano spettano all'alienante, «*qui locaverat*», mentre nel § 13 si dice che, per quanto concerne ciò che il venditore stesso ha acquistato in seguito all'utilizzazione di cose mobili — schiavi, animali, navi — va invece prestato al compratore. La soluzione più piana (1214) è quella — già avanzata nel secolo scorso (1215) — di vedere il *discrimen* fra le due soluzioni nell'essere la locazione avvenuta, nel § 11 prima e, nel § 13 dopo la conclusione della compravendita (1216).

V'è conseguentemente una differenza nella valutazione dei frutti naturali e di quelli civili. Si è che l'assimilazione dei secondi ai primi mediante la riconduzione in un'unica categoria superiore non è certo completamente avvenuta ad opera dei *prudentes* (1217). Vi è, soprattutto ai nostri fini (1218), una sostanziale differenza tra i frutti naturali che, sotto un certo profilo, sono in rapporto di "continuità" materiale (1219) con la cosa medesima, rappresentano qualche cosa che vi "accede" e vi è potenzialmente racchiuso (1220), e che ben si può dire siano effettivamente *ex re*, ed i frutti civili che provengono invece *ex negotiatione*, a cui manca quel rapporto di immediata derivazione e di "continuità" dianzi accennato.

Si può quindi comprendere come il criterio di imputazione dei frutti civili sia differenziato, tenendo conto del momento in cui è stato concluso il negozio da cui essi derivano (1221): la rilevanza di tale momento può senza dubbio esser riportata alla generica influenza della *bona fides* che regola il contratto (1222), ma forse più specificamente (1223) al fatto che, col procedere all'utilizzazione in tal modo della cosa dopo la conclusione della compravendita, il venditore, il quale — a prescindere da ipotesi di dolo — precedentemente esercitava una delle facoltà che rientravano nel suo potere complessivo sulla cosa stessa — ha compiuto un'attività che sarebbe spettato soltanto al compratore di compiere, se l'esecuzione delle prestazioni fosse stata immediata (1224).

d) Accanto ai frutti civili vanno ricordati gli acquisti ottenuti per tramite del servo venduto, che non siano avvenuti *ex re venditoris* (1225), discussi in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 18, dove donazioni (1226) ed eredità acquisite dal servo

(1213) La forma attuale della parte finale del passo («*nisi si quid ...*»), può apparire una più tarda inserzione. Non è escluso che tale tenore del passo sia dovuto ad un raccorciamento di una più ampia discussione o ad un'interpolazione dalla portata soltanto formale, dovuta al desiderio di sottolineare — di fronte a pericoli di letture normativamente irrigidite del testo — la possibilità d'incidere sul punto in via convenzionale (cosa che per il giurista classico era fuori di discussione).

(1214) Al di là di un'interpolazione (del tutto improbabile nel caso), non sembra infatti praticabile una soluzione che sfrutti la differenza fra cose mobili ed immobili, né è praticabile quella, patrocinata nella letteratura di diritto comune, di trovare il *discrimen* tra canoni scaduti o meno (cfr. WEYAND, *op. ult. cit.*, 238 testo e nt. 73).

(1215) Cfr. MOMMSEN F., *op. cit.*, 132; BECHMANN, *Der Kauf*, III, t. 1, cit., 96 s.: essa è ora ripresa dal WEYAND, *op. ult. cit.*, 237 ss., dove ampia discussione dei testi.

(1216) Altro problema è quello della compatilità di questa soluzione con quanto sostenuto in Paul. 16 *quaest.*, D. 18, 4, 21, sul *commodum repraesentationis* nel caso di ulteriore vendita della cosa venduta (v. sul passo anche *supra*, nt. 496, ed *infra*, nt. 1304).

(1217) V. il modo molto cauto con cui si esprime Ulp. 15 *ad ed.*, D. 5, 3, 29: le *pensiones* sono «*loco ... fructuum*»: cfr., per tutti, BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II. *La proprietà*, t. 1, Roma, 1926, 161 s.

(1218) E, al riguardo, si deve tener conto dell'elasticità nell'impiego delle categorie e delle soluzioni di principio che proviene alla giurisprudenza romana dall'approccio topico ai problemi.

(1219) Di «*unmittelbar sachimmanente Vorteile*» parla, al proposito, WEYAND, *op. ult. cit.*, 239, sottolineando la mancanza di tale qualità nei *Rechtsfruchten*.

(1220) Onde il regime dei frutti viene naturalmente a collegarsi — dal punto di vista qui discusso — a quello delle accessioni (e dei decrementi).

(1221) Le considerazioni qui svolte riguardano essenzialmente i frutti civili percetti fra il momento della vendita e quello dell'esecuzione del contratto (e dalle fonti non risulta che i *prudentes* si fossero posti problemi in relazione ad un'eventuale responsabilità del venditore al proposito in relazione alle modalità di sfruttamento); successivamente al traferimento della cosa il compratore non ha necessità di venir tutelato perché — in virtù dei principi generali (cfr., per tutti, KASER, *op. ult. cit.*, I, 567) — non è tenuto a rispettare la locazione conclusa dal venditore.

(1222) Così, sostanzialmente, WEYAND, *lc. ult. cit.*

(1223) In relazione al criterio di massima accennato *supra*, in questo paragrafo, lett. *a*.

(1224) In ordine alla problematica accennata *supra*, in questo paragrafo, lett. *a* e nt. 1197, la diversità nel trattamento dei frutti civili e naturali non ha una grande rilevanza, ché essa si spiega facilmente in base all'impostazione qui seguita, senza dover postulare un particolare ulteriore influsso del *Barkaufgedanken* (o dell'imputazione della cosa al patrimonio del compratore dal momento della conclusione del contratto) nella compravendita obbligatoria. Anzi si potrebbe osservare che la mancata attribuzione dei frutti civili per i contratti conclusi precedentemente alla vendita non rispetta rigorosamente né le conseguenze che dovrebbero desumersi in base al principio dell'immediata esecuzione né gli altri princìpi accennati, in quanto — in base ad essi — il compratore potrebbe far valere il suo diritto ai frutti, perché — una volta che fosse stata conseguita la disponibilità della cosa — si sarebbe dovuta applicare la regola *emptio tollit locatum*.

(1225) Di questi aspetti si parla — con una separazione dovuta, evidentemente, all'approccio casistico da parte del giurista — in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 13 e 18. L'esclusione degli acquisti *ex re venditoris* è esplicitamente fissata nel § 13 per l'incremento peculiare.

(1226) In tale paragrafo, può sorprendere la — letterale — restrizione del discorso alle donazioni effettuate dal venditore stesso. È dubbio che ciò corrispondesse ad una

Senato della Repubblica - Archivio Storico

vengono attribuite al compratore (1227), alla pari del resto degli acquisti *ex operis* effettuati dal servo stesso (1228): tale regime era, del resto, già noto a Giuliano ed a Marcello (1229). Il regime di tali acquisti rivela — nella rilevanza dell'origine del corrispettivo (1230) — analogie con quello degli acquisti del *servus fructuarius* (1231), e differenze dalla regolamentazione concernente i frutti civili, mostrando l'attenzione dei giuristi per soluzioni adeguate alla *bona fides* che regge il contratto, al di là di schematismi concettuali (1232).

e) Si pone, a questo punto, il problema della — più o meno apparente — diversità nel trattamento delle parti, la quale concerne il compratore che, fino alla *solutio*, ha goduto del vantaggio economico del prezzo (1233), senza dover per questo nulla al venditore (1234). In assenza di precisi riferimenti nelle fonti, è difficile dare al problema una risposta sicura e puntuale (1235). La soluzione tutto sommato più verisimile è che, nel trattamento differenziato fra venditore e compratore, si tenga sostanzialmente conto della diversità tra il prezzo, che consiste in una somma di denaro, e la cosa, che, da una parte, ha una propria identità che permette di individuare una biunivoca relazione fra di essa ed i frutti prodotti e, dall'altra, produce frutti naturali che sono essenzialmente *ex re*, nel senso già precisato (1236).

Diversa la situazione per il prezzo rappresentato da una somma di denaro: ancorché sia facilmente immaginabile, e quantificabile eventualmente nelle *usurae legitimae*, il vantaggio che il compratore può avere tratto dalla dilazione nel pagamento del prezzo, non v'è l'identificazione di una "cosa" cui i "frutti" possano essere imputati e che non si tratterebbe, comunque, di frutti naturali (1237); questi due profili debbono essere stati decisivi, più o meno consapevolmente che abbiano operato, per il mancato riconoscimento al venditore delle *usurae* sul prezzo non pagato (1238). Le *usurae post traditionem* corrispondono invece ad una valutazione equitativa della situazione fondata sull'equo contemperamento degli interessi (1239).

f) Il problema degli incrementi e dei decrementi materiali si pone, ovviamente, soltanto per la cosa venduta, e riguarda le variazioni nella

---

diversa valutazione del giurista rispetto alle donazioni effettuate da terzi, soprattutto in relazione alla circostanza che eredità e legati vengono attribuiti al compratore, senza tener conto di un'eventuale volontà del disponente di beneficare specificamente il venditore in persona.

(1227) Si noti come non si facciano distinzioni in ordine ai vari referenti temporali astrattamente rilevanti al proposito in quanto rapportati al momento della conclusione del contratto (apertura della successione, verificarsi della condizione apposta all'istituzione d'erede ed accettazione da parte del servo, *dies cedens* nei legati), e che avrebbero potuto fornire, senza dubbio, ai giuristi spunto per soluzioni differenziate.

(1228) Tra il § 18 ed il precedente § 13 (su cui cfr. *supra*, in questo paragrafo, lett. *c*) sembra duplicarsi — con regime coincidente — la trattazione dei proventi delle *operae servorum*, ma probabilmente nel § 13 si fa riferimento ad una *locatio — operarum*, più che *rei* — del servo da parte del *dominus*, mentre nel § 18 si discute di acquisti fatti direttamente dal servo sulla base della propria attività lavorativa, in un contesto in cui sono presi in considerazione anche acquisti dello stesso a titolo gratuito.

(1229) Cfr. Iulian.-Marcell. 30 *dig.*, D. 28, 5, 38, 5 e D. *eod.*, 40 (intervallati dal frammento breve di Marcian. 2 *reg.*, D. 28, 5, 39), su cui cfr. RASTÄTTER, *Marcelli Notae*, cit., 189 ss., con letteratura. Nel passo si dà una precisa motivazione nel senso che il venditore non deve *lucrum facere* a causa del servo che ha venduto, e Marcello sottolinea che il compratore deve trovarsi nella situazione in cui si troverebbe se il servo fosse stato trasferito (motivazione particolarmente interessante perché mostra come il giurista si muovesse nell'ottica dell'esecuzione immediata del contratto in virtù dell'immediata esigibilità della prestazione).

(1230) Diversa, invece, la valutazione per gli acquisti a titolo gratuito.

(1231) Su cui cfr., per tutti, KASER, *op. ult. cit.*, I, 263. Nell'uno e nell'altro caso la particolare considerazione degli acquisti del *servus* ha in tanto ragion d'essere, in quanto tali acquisti non vengono considerati frutti.

(1232) Indubbiamente si parte dal punto di vista che, in caso d'immediata esecuzione, tutti gli acquisti in questione sarebbero ricaduti nella sfera giuridica del compratore, ma di tale principio non si fa un'applicazione indiscriminata, come indica il trattamento degli acquisti *ex re venditoris*.

(1233) E precisamente di non essersi dovuto privare della somma corrispondente al prezzo convenuto.

(1234) Problema ulteriormente diverso, ma non affrontato nelle fonti, potrebbe essere quello del trattamento della fattispecie in cui il compratore abbia anticipato il prezzo senza ottenere, in corresponsione, il pacifico godimento della cosa, ed in cui, per una simmetria almeno apparente, sarebbe il venditore a dover rispondere delle *usurae pretii* per il periodo fino alla *traditio rei*. È inutile avventurarsi in una discussione in materia, proprio perché vi potrebbero essere vari — e fra di loro contrastanti — punti di vista da far valere al riguardo.

(1235) E, del resto, i referenti che si potrebbero immaginare per una decisione sono di non univoca valutazione, anche sotto il profilo della *bona fides*.

(1236) Di "continuità" materiale e di "accessione" dei frutti naturali alla cosa stessa (*supra*, in questo paragrafo, lett. *c*).

(1237) Ma di frutti civili che — al di là del profilo dell'identificazione della *res* cui imputarli — non provengono *ex re*, bensì *ex negotiatione*.

(1238) Profili analoghi giocano, come si è visto (*supra*, in questo paragrafo, lett. *c*), anche per quanto concerne il diverso trattamento dei frutti naturali e civili della cosa.

(1239) Nel quale si tiene conto — *supra*, in questo paragrafo, lett. *b* — della diversità della posizione in cui si trova il compratore rispetto all'utilizzazione economica della cosa prima e dopo la relativa consegna.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

consistenza materiale o qualitativa (1240) della stessa che abbiano luogo dopo la conclusione della compravendita (1241). Nelle fonti non emergono particolari problemi rispetto al principio generale per cui le modificazioni nella consistenza della cosa venduta non hanno riflessi sull'assetto d'interessi predisposto dalle parti: la cosa dovrà essere trasferita nel suo stato attuale (1242) ed il prezzo dovrà esser, comunque, versato nell'ammontare fissato in relazione alla consistenza ed alla qualità originarie della cosa stessa (1243).

Da un diverso punto di vista, ci si può interrogare sul fondamento di questa disciplina (1244). Nelle fonti non emergono al proposito aspetti particolarmente rilevanti: da D. 41, 1, 30 pr. risulta comunque che Pomponio distingueva l'aspetto obbligatorio da quello reale della transazione, alludendo abbastanza chiaramente alla situazione che si sarebbe verificata ove l'obbligazione del venditore fosse stata adempiuta (1245).

g) Un particolare caso di *incommodum*, dal punto di vista qualitativo, è rappresentato dal cosiddetto *periculum vini* (*mutati*), il quale — nei limiti in cui si voglia distinguere fra la tematica dell'*incommodum* (e del *commodum*) e quella del *periculum*, nel senso stretto del termine (e, cioè, come questione che insorge dopo che sia sopravvenuta l'impossibilità di una delle prestazioni) — non appartiene di certo alla seconda (1246).

I giuristi sono qui interessati a quella particolare causa di deperibilità rappresentata dall'inacetimento del vino stesso e dalla formazione di mucillagine (1247). Sotto questo profilo assumeva notevole rilevanza il momento della *degustatio* da parte del compratore: la previsione della stessa costituiva un elemento accidentale del contratto (1248), che — a meno della fissazione di un

---

(1240) Per la particolare problematica della *mutatio vini*, cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *g*.

(1241) Per quelli avvenuti precedentemente si rientrerebbe, infatti, nella problematica della corrispondenza fra l'oggetto tenuto presente dalle parti e quello effettivamente esistente, e sostanzialmente dell'errore.

(1242) Nel caso limite dell'*incommodum*, rappresentato dalle fattispecie in cui si applica il *periculum emptoris*, la cosa non può più essere trasferita, ma il prezzo deve esser egualmente pagato (e, se pagato, non può esser ripetuto con la *condictio indebiti*): su ciò cfr., più ampiamente, *infra*, § 27 lett. *m*.

(1243) Cfr. Pompon. 34 *ad Sab.*, D. 41, 1, 30 pr.; Iulian.- Scaev. 7 *dig.*, D. 18, 6, 11; Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 6, 7 pr., che tratta il profilo del *commodum* e dell'*incommodum*, insieme a quello del *periculum* (sul passo cfr. anche *infra*, § 27 lett. *m*); Paul. 16 *quaest.*, D. 18, 4, 21 per la *domus exusta*. Sulla circostanza che il *damnum* debba esser sopportato dal compratore, v. anche Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 6, 8 pr. Per una differenza qualitativa — schiavo che si è rotta una gamba — cfr. già Lab. 1 *pith. a Paul. epit.*, D. 19, 1, 54 pr., con la nota di Paolo. Per un caso particolare, in cui l'aspetto qui discusso s'intreccia con il *dolus in contrahendo* del venditore, v. Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 14 (su cui cfr. anche *infra*, nt. 1474). Si tengano, altresì, presenti i passi che trattano del *commodum repraesentationis*, e che hanno quale presupposto che sul compratore cadano — oltre al *periculum rei* — anche gli *incommoda* parziali (su ciò cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *i* ed *l*).

(1244) Cfr., da questo punto di vista, da ultimo Weyand, *op. ult. cit.*, 239 ss., con un'impostazione — non infrequente nella romanistica tedesca, più di ogni altra soggetta all'influenza della pandettistica e della civilistica con quest'ultima in rapporti di continuità storica — volta ad una concettualizzazione eccessivamente attualizzante sulla base dei dati forniti dalle fonti, ed ispirata alla teoria dell'influsso — più o meno mediato — della struttura originaria del *Barkauf* sul regime dell'*emptio venditio* consensuale.

(1245) Per l'*insula in flumine nata*, il giurista negava che potesse vantare diritti sulla stessa il compratore, il quale aveva acquistato la *pars inferior* — *pro diviso* — del fondo cui nel complesso il fenomeno naturale si riferiva, parte che non era direttamente interessata alle conseguenze giuridiche di tale fenomeno in senso acquisitivo, motivando nel senso che, ancorché fosse già stato proprietario della detta *pars pro diviso* (ovviamente in seguito all'esecuzione del contratto), al momento in cui l'isola stessa si era formata, il compratore nulla avrebbe ottenuto dell'isola venuta in esistenza fra la conclusione e l'esecuzione della compravendita.

(1246) Di contraria opinione, invece, la dottrina corrente, che — forse traviata dall'impiego nel contesto del termine *periculum* — tratta, prevalentemente, della questione in rapporto al problema della traslazione del rischio al compratore: v., per tutti, Haymann, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, II. *Periculum est emptoris*, in *ZSS.R.*, 1920, 99 ss.; Seckel-Levy, E., *Die Gefahrtragung*, cit., 204 ss.; Betti, *'Periculum'. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, cit., I, 176 ss.; Harder, *Weinkauf und Weinprobe*, cit., 17 ss.; Molnár, *'Periculum emptoris'*, cit., 2236 ss.; Zimmermann, *The Law of Obligations*, cit., 284 ss. Sul *periculum vini*, cfr. soprattutto, da ultimo, oltre al contributo del Harder, Robaye, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, 377 ss.; Olszak, *'Emptio ad gustum'*, cit., 361 ss.

(1247) Fenomeni molto diffusi nell'antichità a causa di una certa approssimatività dei processi di vinificazione e di conservazione di questa merce di per sé così delicata. Si vendevano, del resto, anche *vina acida et mucida*: cfr. Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 18, 6, 6, il quale mostra come, nella vendita — a misura — di una partita determinata, si potessero esplitamente eccettuare tali *vina*, di cui il venditore conservava la disponibilità, nonostante il compratore avesse successivamente cambiato idea.

(1248) Cfr. Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 1 pr., ed *eod.* 4, 1: ad ogni modo lo stesso Ulpiano dice, nella *l.* 4, 1, esser raro che — nella vendita *per aversionem* (su codesta figura, cfr. *supra*, § 12 lett. *c*) di *vinum doliare* (e cioè contenuto in tini) — si acquistasse del vino senza riservarsi in qualche modo tale controllo: non è fondata l'opinione del Yaron, *Sale of Wine*, cit., 71 ss., che si tratti qui di un elemento naturale del negozio (*contra*, Harder, *op. ult. cit.*, 29 s.). Per il particolare ruolo della *degustatio* in questo tipo di vendite, cfr. Id., *lc. ult. cit.*, sulla scorta di Wolf, *Error*, cit., 131 nt. 73. Con il Harder si può anche concordare sul rifiuto dell'opinione dominante (cfr., per tutti, Seckel e Levy, *op. cit.*, 207 ss.) che riferisce la *l.* 1 pr. al *vinum amphorarium* (cfr. Harder, *op.*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

termine esplicito — poteva esser compiuta fino al momento della consegna (1249): effettuata la *degustatio*, senza che il compratore trovasse difetti al vino, o trascorso inutilmente il termine relativo (1250), il *periculum acoris et mucoris* era imputato all'acquirente stesso. Quando non fosse stata convenuta la *degustatio* stessa, tale rischio gravava sul compratore dal momento della conclusione del contratto (1251).

La *degustatio* poteva aversi per qualsiasi tipo di vendita conclusa dalle parti: in Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 1 pr., dove non vi sono distinzioni circa il tipo di compravendita, il contratto non viene considerato definitivamente concluso fino alla degustazione stessa (1252); questo può spiegare perché il giurista sembri accollare, con espressioni generiche, ogni *periculum* al venditore (1253).

Altro problema è quello del rapporto fra *degustatio* e *admensio* nella vendita di vino *ad mensuram* (1254), dove in D. 18, 6, 1, 1 (28 *ad Sab.*) la fattispecie contrattuale veniva considerata da Ulpiano (1255) come incompiuta fino alla misurazione stessa, onde sino all'*admensio* il rischio — sembrerebbe tutto il rischio — era addossato al venditore. Né nella trattazione — piuttosto articolata (ma anche non molto ordinata) — di Ulpiano che, tolta dal lb. 28 *ad Sabinum*, è ora conservata in D. 18, 6, 1 e 4, né nelle altre fonti pervenuteci, è mai discusso del resto il rapporto fra *degustatio* ed *admensio* ai fini sia del *periculum acoris et mucoris* che del rischio contrattuale in generale, e i referenti che emergono dalle fonti per una soluzione sono contrastanti (1256). D'altro lato, in relazione sia alla *degustatio* sia all'*admensio*, che sono entrambi momenti i quali — forse sotto profili diversi — producono la traslazione del rischio in senso generico al compratore, Ulpiano sembra riaffermare (1257) l'irrilevanza della *signatio* dei *dolia*

---

ult. cit., 19 ss.), ma non su quello che la *degustatio* fosse rara in quest'ultimo caso, ché, nel frammento dianzi ricordato, la discussione avviene per l'appunto in generale, ricordando esplicitamente *vasa* e *dolia*.

(1249) Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 4, 1: imprescindibile, per dare un senso al testo, la correzione apportata da Mommsen Th., *Digesta* (ed. maior), *ad h.l.*, alla fine del frammento: *meliorem condicionem* [*emptoris*] <*eius*> *facit*.

(1250) Per i problemi relativi alla *mora venditoris*, che rende impossibile effettuare la *degustatio* nei termini stabiliti, cfr. Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 4 pr.

(1251) Cfr. Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 1 pr.: nelle vendite *per aversionem*, sembra che ciò avvenisse indipendentemente dalla *perfectio emptionis*, come si ricava dalla prima parte di Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 16, in cui la *mutatio vini* è posta a suo carico indipendentemente del verificarsi della *condicio* e dell'essere scaduto il *dies pretii solvendi* (v. anche *supra*, nt. 1204).

(1252) «... *quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum*». Lo stesso giurista, nel successivo D. 18, 6, 4 pr. (tratto dallo stesso contesto), accenna — ma il passo è stato, sul punto, malamente raccorciato — ad una varietà di opinioni sulla configurazione della vendita fino al *dies degustationis* (anche a quella che vedeva nella relativa pattuizione una clausola condizionale, con termine essenziale), ribadendo comunque che il danno per la degradazione del vino gravava sul venditore che avesse impedito l'assaggio anche per il deterioramento successivo al termine fissato per la *degustatio* stessa. In dottrina si riconosce (cfr., ad esempio, Harder, *op. ult. cit.*, 24) al compratore un diritto al recesso, ma al di fuori di quanto detto nella *l.* 1 pr. e nella *l.* 4 pr. non risultano altre notizie sulle costruzioni concettuali e sulle soluzioni seguite al proposito dai *prudentes*.

(1253) Si tenga conto come, nella prima parte del passo (la quale si riferisce al caso della vendita in cui non è stata convenuta la *degustatio*), il *periculum emptoris* viene affermato anche nei confronti dell'*effusio vini*, non si precisa però se parziale o totale.

(1254) In D. 18, 6, 4, 1 è difficile stabilire se si tratti di vendita di una partita determinata o di *genus* "limitato": il giurista probabilmente non faceva distinzioni, perché il regime non era, sul punto, diverso tra le due figure.

(1255) Nello stesso paragrafo si precisava, poi, che sino al *dies mensurae* il venditore rispondeva per *custodia* (il che può avere una sua importanza ai fini del problema dell'azionabilità del contratto nel caso di vendita *ad mensuram*: v. *supra*, § 12 lett. *d*). La responsabilità per *custodia* del venditore di vino risulta anche in Gai. 2 *rer. cott.*, D. 18, 6, 2, 1, che si collega strettamente, nella compilazione, con il passo successivo (Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 6, 3): entrambi i testi sono stati, del resto, profondamente rimaneggiati, almeno sotto il profilo del rapporto fra il *praestare custodiam*, come criterio oggettivo di responsabilità, e referenti soggettivi di responsabilità come la *culpa* o la *diligentia* (cfr. anche *infra*, § 26). La responsabilità per *custodia* si aveva, del resto, anche nelle vendite *per aversionem* (cfr., ancora di Ulpiano, D. 18, 6, 4, 1 e 2, dove il limite per codesta responsabilità è fissato al momento dell'*avectio*, a parte i profili della *mora credendi* dello stesso compratore). Non è possibile intrattenersi, qui, sui rapporti fra la *custodia* dovuta dal venditore nella vendita *per aversionem* ed il rischio dell'*effusio* involontaria, trattato in termini generali in Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 1 pr.; né su quello derivante dal fatto che, nel § 1 *h.l.*, la *custodia* stessa va prestata fino alla *mensura* (il che probabilmente deve essere posto in connessione con la circostanza che il vino, in quanto misurato, si considerava trasferito al compratore).

(1256) Potrebbe pensarsi che la *degustatio*, come procedura specifica, facesse premio sull'*admensio* con particolare riguardo per la *mutatio vini*, nel senso che comunque avvenuto l'assaggio codesto pericolo s'intenderebbe trasferito al compratore (nella vendita *per aversionem*, la *mutatio vini* è già a carico del compratore *ante impletam condicionem*, secondo Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 16); d'altro lato, se la vendita *sub degustatione* va trattata come condizionale, od analogata alla vendita condizionale stessa (cfr. D. 18, 6, 4 pr.), il rischio per il perimento totale del vino, e non per la sua semplice corruzione, dovrebbe gravare — *ante emptionem perfectam* — sul venditore, anche nella visuale della giurisprudenza severiana che adotta in termini generali, o comunque molto ampi, il *periculum emptoris* (v. *infra*, § 27 lett. *i*). In senso inverso è, invece, da ritenere che con l'*admensio*, soprattutto nei limiti in cui valesse come *traditio* (v. *supra*, nt. 610), anche il rischio della *mutatio vini* passasse al compratore, perché era suo onere compiere la *degustatio* prima della consegna.

(1257) È ciò che, a quanto sembra con particolare

Senato della Repubblica - Archivio Storico 460

da parte del compratore, intesa come semplice momento di identificazione: essa non può sostituire la *degustatio*, come momento in cui avviene la traslazione del rischio della *vini mutatio* (1258), ma non può neppure, per Ulpiano, esser considerata equivalente alla *traditio*, avvenuta la quale ogni problema si sarebbe dovuto risolvere.

b) Alla problematica degli incrementi (e decrementi) materiali si è soliti (1259) accostare — come incremento, per così dire, giuridico — anche la vendita della quota di un fondo nel particolare caso in cui, dopo la conclusione del contratto e prima della trasmissione del fondo stesso (1260), il venditore sia stato costretto ad accettare il *iudicium communi dividundo* (1261): il compratore è qui tenuto ad accettare come corrispettivo il risultato ottenuto dal venditore nel giudizio divisorio, e quindi anche l'intera cosa assegnata (1262) — contro conguaglio — all'alienante, avendosi così, da un punto di vista sostanziale, un ampliamento della portata della compravendita che, a differenza di quanto accade nei casi di incremento materiale, viene ad interessare anche la prestazione del compratore, tenuto oltre che al pagamento del prezzo a rifondere il conguaglio versato dal venditore.

i) Il compratore può essere poi obbligato a rifondere le spese successive alla vendita ma anteriori alla *traditio*, indipendentemente dalla *mora accipiendi*, che permette al venditore di agire con l'*actio venditi* nei limiti dell'*id quod interest* (1263). Le soluzioni sono qui differenziate, perché si tiene conto dell'indirizzarsi della spesa effettuata ad un contesto in cui prevalga l'interesse del compratore o del venditore. Il principio generale è posto in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 22, in cui si riconosce al venditore il diritto per le spese — apparentemente di manutenzione — per l'edificio venduto, per le cure mediche — ed eventualmente per i funerali, dopo il decesso — dello schiavo malato, in quanto con ciò si venivano ad evitare perdite che, in base al principio della ripartizione dei *commoda* e degli *incommoda* (ed eventualmente del rischio per il perimento della cosa), sarebbero gravate sul compratore (1264).

Corrispondentemente, il venditore doveva esser risarcito delle spese incontrate nella produzione dei frutti spettanti in base ai principi al compratore (1265); non sono, invece, dovute le spese incontrate per l'alimentazione dello schiavo (1266), in quanto il venditore ha avuto, nel frattempo, l'utilizzazione diretta del servo stesso (1267). Vi è però un'ulteriore articolazione: ancora nella *l.* 13, 22 si fa il caso di spese incorse per l'addestramento («*in disciplinas*») dello

---

riguardo all'*admensio* (discussa sotto questo profilo nel § 1), dice Ulpiano, in D. 18, 6, 1, 2: bisogna, del resto, tener conto che nelle cose *quae pondere numero mensura consistunt* una misurazione è presupposta dal trasferimento (onde se la *signatio* fosse *traditio*, l'*admensio* sarebbe necessariamente avvenuta).

(1258) Così, rapidamente, Ulpiano in D. 18, 6, 1 pr.

(1259) Cfr., da ultimo, WEYAND, *op. ult. cit.*, 244 s., ove precedente letteratura: diversa l'impostazione dell'ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 224 ss., che ne tratta in sede di interdipendenza delle obbligazioni. La prima impostazione è senza dubbio più corretta, anche se non è certo che corrisponda al modo di pensare dei romani. Una traccia per questo si potrebbe trovare nella connessione in cui ne parla Ulpiano in D. 19, 1, 13, 17 nella complessa trattazione che va dal § 10 al § 18, nella quale — nel § 15 — compare però almeno un altro tema alquanto eterogeneo alla problematica dei frutti e del *commodum* (cfr. *supra*, nt. 1212).

(1260) Nei testi si fa riferimento, ovviamente, alla *traditio*, ma probabilmente nell'originale classico si accennava alla *mancipatio*.

(1261) Cfr. le notizie, date in parallelo, da Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 17, nella *sedes materiae* della compravendita, e da Ulp. 20 *ad ed.*, D. 10, 3, 7, 3, in materia di condominio e nell'àmbito di una problematica più ampia. Sul problema, cfr., da ultimo, MISERA, *Akzession und Surrogation zufolge einer adiudicatio. Adiudicatio und voraufgehendes Rechtsgeschäft bezüglich einer pars*, in *ZSS.R.*, 1986, 383 ss., su cui cfr. TALAMANCA, *Pubblicazioni* (1987), cit., 642 s. (v. anche *infra*, nt. 1490). Non v'è motivo per sospettare — così, ma su basi piuttosto fragili, ancora ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 226 s. — il ricordo, nella *l.* 7, 3, del diritto del venditore di agire *ex vendito* per ottenere che il compratore si addossi l'onere di acquisire tutta la cosa aggiudicata al venditore stesso nel giudizio divisorio, e quindi il pagamento del conguaglio a cui quest'ultimo era stato condannato (sul punto non prende posizione il WEYAND, *op. ult. cit.*, 244 nt. 133).

(1262) Come — nel caso contrario in cui al venditore fosse stato assegnato soltanto un conguaglio — il compratore aveva soltanto il diritto ad ottenere la somma così percetta (o, si direbbe, eventualmente la cessione dell'*actio iudicati*).

(1263) Su ciò cfr., sotto il profilo dell'individuazione degli obblighi del compratore, *supra*, § 21, e sotto quello della valutazione dell'interesse del venditore, *infra*, § 24 lett. *l*.

(1264) Non senza ragione il WEYAND, *op. ult. cit.*, 254, accosta a questa problematica la decisione di Afr. 8 *quaest.*, D. 19, 1, 30 pr., per cui — al di là della possibilità dell'esperimento di un'azione nossale — al venditore è riconosciuto, nell'àmbito dell'azione contrattuale, il diritto al risarcimento del danno per il furto commesso ai propri danni da parte del servo venduto.

(1265) La regola si trova enunciata in Diocl. et Max., C. 4, 49, 16 (del 294 d.C.), ma non doveva esser discussa, anche in base al brocardo *fructus non intelleguntur, nisi deductis impensis*, su cui v. KASER, *op. ult. cit.*, I, 522 nt. 10. Alle spese sono equiparati anche i tributi pagati dal venditore stesso (Diocl. et Max., C. 4, 49, 13, sempre del 294 d.C.).

(1266) A meno che il compratore non sia incorso in *mora accipiendi*: cfr. Cels. 8 *dig.*, D. 19, 1, 38, 1 (v. *supra*, nt. 1121, ed *infra*, nt. 1393).

(1267) Cfr., in situazione si può dire inversa (*redhibitio* da parte del compratore), Paul. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 30, 1.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

schiavo venduto, le quali saranno rifuse al venditore nei limiti in cui appaia probabile che il compratore stesso le avrebbe compiute (1268).

In sostanza, non vi sono decisioni che nella *bona fides* che regge il negozio non possano trovare una — più o meno generica — giustificazione, tenendo conto dell'innegabile destinazione della cosa al patrimonio del compratore: una specifica influenza del *Barkaufgedanken* o dell'anticipata imputazione della cosa al patrimonio del compratore (1269) non sembra in tutto ciò comparire, ché, anzi, al livello delle spese destinate ad un'innovazione migliorativa sembra affiorare un criterio in qualche modo antagonista a quello che ci si sarebbe attesi se tale influenza vi fosse effettivamente stata (1270).

i) In un'altra serie di testi si ha riguardo al cosiddetto *stellevertretendes 'commodum'*, e cioè all'attribuzione al compratore, che dovesse sopportarne il relativo *incommodum* o *periculum*, delle azioni nascenti da atti che avevano portato alla distruzione o al danneggiamento della cosa (o di quanto ricavato dall'esperimento delle stesse), nel caso in cui il venditore non fosse tenuto al risarcimento, in base ai criteri che regolavano la responsabilità contrattuale (1271). A tale proposito bisogna fondamentalmente distinguere due aspetti fra di loro intrecciantisi: quello della legittimazione a tali mezzi prima che, mediante la *traditio* (1272), fosse stato eseguito dal venditore il contratto; e quello dell'attribuzione del risultato economico degli stessi, sia mediante la *cessio actionis* sia con la trasmissione di quanto ricavato dall'azione già esperita dal venditore. Codesta problematica si presenta in rapporto alle azioni nascenti dal furto e dalla rapina, fossero esse reipersecutorie o penali (1273), nonché dal danneggiamento o dalla distruzione della cosa (1274) ed in ordine ai mezzi di tutela della proprietà diversi da quello tipico della *rei vindicatio* (1275), e precisamente all'*actio aquae pluviae arcendae* (1276), alla *cautio damni infecti* (1277), all'*operis novi nuntiatio* (1278) ed all'*interdictum quod vi aut clam* (1279), ed all'*interdictum de aqua* (1280).

Per quanto riguarda i mezzi di tutela della proprietà diversi dalla *rei vindicatio* (1281), non vi sono dubbi sul fatto che la legittimazione processuale agli stessi spetti al proprietario e quindi al venditore, finché non venga effettuata la *mancipatio* o la *traditio* della cosa venduta (1282), mentre successivamente sarebbe spettata al compratore (1283).

(1268) Il *discrimen* non sembra essere, come vorrebbe invece il WEYAND, *op. ult. cit.*, 250 s., fra spese necessarie ed utili (dacché il giurista nulla precisa al riguardo per quanto concerne gli *aedificia*), bensì — con ogni probabilità — fra spese che rientrano nella normale attività per la conservazione della cosa e quelle che, come l'addestramento dello schiavo in specifiche *disciplinae*, tendono a modificarne la destinazione economico-sociale.

(1269) Quest'ultima affermata dal WEYAND, *op. ult. cit.*, 254 s. , in modo piuttosto apodittico.

(1270) Si veda al proposito l'incidenza dell'accertamento di una presumibile volontà del compratore per la rifondibilità di quanto erogato «*in disciplinas*» dello schiavo: in base all'anticipazione pura e semplice del momento traslativo ci si sarebbe dovuta attendere l'applicazione dei principi vigenti in tema di *negotiorum gestio*, dove — accanto all'*utiliter coeptum* — di tale elemento non si teneva conto.

(1271) E cioè, in linea generale, il dolo o la colpa, ed eventualmente la *custodia* (su ciò cfr. *infra*, § 26).

(1272) Ed eventualmente la *mancipatio*.

(1273) E cioè, da una parte, la *rei vindicatio* e la *condictio ex causa furtiva* e, dall'altra, l'*actio furti* e l'*actio vi bonorum raptorum*: cfr., per l'*actio furti*, Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 47, 2, 14 pr.-1; per la *rei vindicatio* e la *condictio ex causa furtiva*, Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 1, 35, 4; per la rapina, Nerat. 3 *membr.*, D. 19, 1, 31 pr., in riferimento a generiche *actiones*.

(1274) E, cioè, l'*actio ex lege Aquilia*, per cui cfr. Iulian. 3 *ad Urs. Fer.*, D. 18, 6, 14; Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 12: v. anche Iavol. 15 *ex Cass.*, D. 47, 7, 12, per l'*actio arborum furtim caesarum*.

(1275) Su questa distinzione cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 441.

(1276) Cfr. Pompon. 20 *ad Sab.*, D. 39, 3, 16 e D. 19, 1, 13, 12, di Ulpiano.

(1277) Cfr. Paul. 44 *ad ed.*, D. 39, 2, 18-10; Paul. 10 *ad Sab.*, D. 39, 2, 38 pr.; Paul. 7 *ex Plaut.*, D. 19, 1, 36; ed ancora D. 19, 1, 13, 12, di Ulpiano.

(1278) A cui può riferirsi la regolamentazione della *denuntiatio* in Ulp. 71 *ad ed.*, D. 43, 24, 11, 11.

(1279) Cfr., oltre al già citato D. 19, 1, 13, 12 di Ulpiano, Ulp. 71 *ad ed.*, D. 43, 24, 11, 8-12.

(1280) Ulp. 70 *ad ed.*, D. 43, 20, 1, 24.

(1281) La discussione dei giuristi ha sempre per oggetto la fattispecie in cui il venditore aliena una cosa di cui è proprietario; mancano prese di posizione sul caso della vendita di cosa altrui, in relazione a qualsiasi delle ipotesi che, in ordine alla consapevolezza delle parti, si possano fare (dalla *scientia* all'*ignorantia* di entrambe).

(1282) È ovvio che nel caso in cui si proceda alla *traditio* di una *res mancipi*, il *dominium ex iure Quiritium* resta presso il venditore fino al compimento del termine per l'usucapione, mentre il compratore acquista — nel caso normale che il venditore sia il proprietario, almeno bonitario, della cosa alienata — l'*in bonis habere* sulla stessa. Ai fini, però, della problematica qui discussa, non vi può esser dubbio, anche nell'assenza di fonti (sulla quale può aver influito l'accantonamento di qualsiasi esplicito accenno alla dialettica fra proprietà quiritaria e bonitaria da parte dei compilatori), che quanto rilevava al riguardo non è il *nudum dominium ex iure Quiritium*, bensì la titolarità dell'*in bonis habere*.

(1283) Cfr. Paul. 44 *ad ed.*, D. 39, 2, 18, 8-10; Paul. 10 *ad Sab.*, D. 39, 2, 38 pr.; Paul. 7 *ex Plaut.*, D. 19, 1, 36; ed ancora D. 19, 1, 13, 12, di Ulpiano.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Per la *cautio damni infecti* (1284) v'erano state, a quanto sembra, delle discussioni non sulla legittimazione del venditore, che aveva l'obbligo di procedervi in base alla *diligentia* a cui era tenuto nei confronti del compratore (1285), quanto sul punto se, *ante traditionem*, fosse ammissibile che il compratore vi procedesse in proprio e *cum effectu*, discussioni risolte in senso negativo, a meno forse del caso in cui il venditore avesse immesso il compratore nella detenzione precaria del bene (1286); i *prudentes* si ponevano anche problemi con riguardo al concorso della *stipulatio* del venditore e di quella del compratore, avvenute rispettivamente prima e dopo la *traditio* (1287).

Dubbi sulla legittimazione attiva del venditore *ante traditionem* non sussistono neppure per l'*interdictum quod vi aut clam* (1288). Per l'*actio aquae pluviae arcendae* resta soltanto un'attestazione indiretta al riguardo (1289), e per l'*interdictum de aqua* un'affermazione che pone problemi perché apparentemente di portata troppo ampia (1290).

In tutti questi casi, d'altronde, non traspare dalle fonti in nostro possesso (1291) che vi fossero dubbi sulla circostanza che il venditore fosse tenuto con l'*actio ex empto* a trasferire al compratore quanto avesse ricavato dall'esercizio dei mezzi processuali ricordati, ferma restando comunque la sua responsabilità ove l'evento dannoso gli fosse imputabile in base ad uno dei criteri presi in considerazione dai *prudentes* nell'àmbito della compravendita: a questo proposito doveva essere, del resto, utilizzata la *cessio actionis*, anche se nel contesto mai ricordata nelle fonti. A seconda che il venditore fosse o meno responsabile per il danno verificatosi, tale *cessio* sarebbe avvenuta — per riprendere una terminologia che si trova accennata nelle fonti (1292) — *periculo emptoris* o *venditoris* (1293).

(1284) Su cui cfr., da ultimo, MacCormack, *The 'cautio damni infecti': Buyer and Seller*, in *ZSS.R.*, 1971, 300 ss.; ed anche Voci, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali*, in *SDHI*, 1990, 80 s.

(1285) Ciò è espressamente attestato in D. 19, 1, 36, nonché in D. 39, 2, 18, 8-9 ed *eod.*, 38 pr.: codesti passi possono dar luogo a discussione in ordine ai criteri ivi configurati per l'imputazione dell'inadempimento al venditore (ma su ciò cfr. *infra*, § 26 lett. *b*), non sull'esistenza di tale obbligo.

(1286) Il problema della legittimazione del compratore *ante traditionem*, nel caso in cui al venditore fosse impossibile procedere a richiedere la *stipulatio*, è discusso in D. 39, 2, 18, 9, in cui i compilatori debbono aver soppresso una più articolata esposizione del *ius controversum*, sostituendovi le varie interrogazioni retoriche che vi si riscontrano. Anche D. 39, 2, 38 pr. ha forse subìto qualche manipolazione: l'affermazione che il compratore può procedere alla *stipulatio* nel caso che al venditore non si possa rimproverare, in alcun modo, un comportamento colposo sembra in troppo palese contraddizione con quanto affermato nella *l.* 18, 9, per poter essere accettata puramente e semplicemente, mentre è difficile nutrire dubbi sulla legittimazione del compratore, che avesse ottenuto in precario la cosa venduta (v., del resto, anche se in situazione complessivamente diversa, quanto deciso in materia di *interdictum quod vi aut clam*: *infra*, nt. 1288).

(1287) In D. 39, 2, 18, 10 (su cui cfr., con letteratura, Tafaro, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Bari, 1980, 99 ss.) si avanza al proposito la constatazione che, letteralmente, la stipulazione interposta dal venditore si estende anche ai casi successivi alla *traditio*, mentre, dal canto suo, il compratore può costringere, dopo la consegna stessa, il vicino ad una nuova *cautio*. Si trattava, con ogni probabilità, di una questione rientrante nel *ius controversum* (sui riferimenti al quale sono intervenuti i compilatori), e la soluzione seguita nel § 10 — in base alla valutazione dell'interesse, cui la formula della *cautio* stessa si richiamava, il venditore doveva esser respinto per i danni occorsi *post traditionem* — è indubbiamente classica, ma probabilmente non è la sola seguita dai *prudentes*.

(1288) Cfr. D. 43, 24, 11, 8-9, dove si riafferma la legittimazione del venditore anche per i fatti avvenuti *post venditionem*, ma *ante traditionem* (a parte il diritto del compratore ad ottenere dal venditore quanto quest'ultimo abbia così conseguito). Su problemi particolari in tema di *in diem addictio*, risolti in maniera fondamentalmente omologa all'accennato principio, portano i § 10 e 12 *h.l.*, mentre nello stesso § 12 si riafferma la necessità che sia almeno intervenuta l'immissione del compratore nella detenzione precaria del fondo, perché lo stesso possa ritenersi legittimato all'*interdictum* (il che viene confortato, nel caso, mediante l'analogia con la legittimazione attiva del *colonus*). D. 43, 24, 11, 11, nonché Iavol. 7 *epist.*, D. 39, 1, 23 pr. trattano invece della legittimazione passiva alle varie *denuntiationes* che si possono avere in materia.

(1289) In D. 39, 3, 16, in cui si afferma il diritto del compratore ad ottenere dal venditore quanto quest'ultimo abbia riscosso per danni subiti *post traditionem*, in base ad un *iudicium ante acceptum*, e si tratta poi della legittimazione passiva in funzione dell'alienazione del fondo.

(1290) In D. 43, 20, 1, 24, di Ulpiano, si dice infatti che, dopo la vendita e la *traditio*, l'*interdictum* continua ad esser *utile* per il venditore (cui evidentemente spettava antecedentemente), il che, almeno, non è sufficientemente circostanziato.

(1291) V., al proposito, l'affermazione generalizzante di Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 12. L'unico problema è rappresentato dal dianzi ricordato D. 43, 20, 1, 24, della cui genericità si è già detto nel testo: l'*interdictum de aqua* non è menzionato, fra l'altro, nel citato § 12.

(1292) E precisamente in Nerat. 3 *membr.*, D. 19, 1, 31 pr., su cui cfr. *infra*, nt. 1300.

(1293) Dove, infatti, il venditore non fosse tenuto a rispondere del danno (ed eventualmente del perimento), il compratore nulla poteva pretendere se non la cessione delle azioni, e l'esito del processo era un affare che lo concerneva esclusivamente; nella specie la cessione costituiva comunque un obbligo del venditore stesso, che, in caso di rifiuto, rispondeva all'*id quod interest* da calcolare — per quanto ne fosse difficile l'*aestimatio* — non sulla base del valore della cosa, ma di quello delle azioni di cui si era richiesta la cessione (non è escluso in astratto un funzionamento dell'*actio empti* modellato su quello attestato quando era impie-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

l) Diversa era la situazione nel caso si trattasse di fattispecie che davano luogo ad una responsabilità per fatto illecito, in cui — a parte due brevi e generici accenni per l'*actio ex lege Aquilia* (1294) — praticamente (1295) le fonti danno informazioni per la rapina e per il furto (1296): e per quest'ultimo il problema s'intreccia con quello della responsabilità per *custodia* del venditore (1297), e con la *regula iuris* per cui l'*actio furti* stessa spettava a colui *cuius interest rem salvam fore*.

Sotto quest'ultimo profilo, non v'è questione per le azioni reipersecutorie che nascono in questa evenienza, la *rei vindicatio* e la *condictio ex causa furtiva*, le quali spettano esclusivamente al proprietario. Non v'è, però, dubbio che il venditore fosse anche l'unico legittimato attivo all'*actio furti* per una sottrazione avvenuta prima della *traditio*: la sua legittimazione si fondava però non sul fatto che egli fosse responsabile — in quanto tenuto alla *custodia* — per l'impossibilità di adempiere derivante dal furto, ma perché era proprietario, e nella fattispecie rappresentata dalla compravendita non v'era alcun possessore o detentore (1298) per cui si potesse affermare una legittimazione attiva in sostituzione a quella del venditore e proprietario (1299).

Il problema diventa più complesso — nel con-

---

gata per richiedere l'adesione alla *stipulatio duplae*: cfr. *supra*, § 18 lett. *c*). Nel caso in cui fosse responsabile per l'accadimento, la semplice cessione delle azioni non libera il venditore, obbligato a risarcire integralmente il compratore nella misura dell'*id quod interest*, né, d'altronde, esiste uno specifico diritto del creditore ad ottenere la cessione, né il venditore stesso incorre a causa del rifiuto della cessione stessa in una responsabilità diversa da quella generale per il risarcimento del danno. Nell'àmbito, poi, di una soluzione giudiziale della controversia, si può discutere sui provvedimenti che — in base all'amplissimo potere che gli proveniva dalla clausola *ex fide bona* — potesse prendere il giudice per contemperare gli interessi delle parti: condanna del venditore convenuto e *cautio de restituendo* a carico del compratore e cessionario (che poteva aver interesse ad esperire in proprio soprattutto la *rei vindicatio*, la quale — come *actio arbitraria* — permetteva più facilmente di ottenere la restituzione della cosa dal terzo possessore mediante il meccanismo del *iusiurandum in litem*, su cui v. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., 65 ss.), come ipotizza il KASER, *Die actio furti des Verkäufers*, in *ZSS.R.*, 1979, 118 nt. 112, ma non si può escludere una *cautio* — o, meglio, una *satisdatio* (assistita da garanti) — *de residuo solvendo* imposta al venditore, che venisse assolto in seguito alla cessione delle azioni.

(1294) Da essi (cfr. *supra*, nt. 1274) non si ricavano informazioni di qualche rilievo al proposito delle problematiche qui discusse. Non è di rilievo, per la discussione qui svolta, il breve accenno di D. 47, 7, 12, di Giavoleno, sulla legittimazione del venditore all'*actio arborum furtim caesarum*.

(1295) La circostanza che in D. 19, 1, 13, 12 si faccia un rapido accenno dell'obbligo del venditore di cedere l'*actio ex lege Aquilia* pone il problema — che si ripresenta con maggior evidenza nel furto per il concorso cumulativo fra azioni reipersecutorie e penali (cfr. *infra*, nt. 1303 e 1304) — della disciplina dei rapporti fra le parti nel caso che il compratore mediante l'esperimento di tale azione venga a conseguire più di quanto non fosse il suo interesse ad avere la cosa, tutelato con l'*actio empti*, in seguito al meccanismo previsto dalla legge (che impone come *poena* il pagamento di una somma eventualmente maggiore del valore attuale della cosa: su ciò cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 161 s. e 619 ss.) od in base all'*infitiatio* e ad una condanna al *duplum* del *quanti ea res fuit* (su ciò cfr. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 89 s. e 298 s.), a parte il possibile cumulo di questi due aspetti. Per quanto riguarda l'*infitiatio* e la litiscrescenza, si tratta di un caso un po' particolare, perché la seconda *aestimatio* viene conseguita in base al comportamento giudiziario del convenuto nel processo, quasi come una pena processuale inflitta a quest'ultimo. Per quanto riguarda la duplice funzione, penale e reipersecutoria, dell'azione *in confitentem* (e, cioè, *in simplum*), è impossibile precisare qualcosa: va soltanto osservato come non sussistano fonti che possano illuminare su questo punto per quanto concerne le altre azioni miste, ivi comprese quelle che sono tali esclusivamente in base alla litiscrescenza.

(1296) Su codesta problematica cfr., per tutti, HARDER, *Commodum*, cit., 352 ss.; e, soprattutto, KASER, *Die actio furti*, cit., 88 ss., nonché ID., *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti* (1980), in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz, 1986, 215 ss.: cfr. anche THIELMANN, *Traditio*, cit., 315 ss. In questi autori, la letteratura precedente. Schematica l'esposizione del VOCI, *op. ult. cit.*, 73 s.

(1297) Che si era venuta — più o meno gradualmente — affermando come elemento naturale del contratto: cfr. *infra*, § 26 lett. *d*.

(1298) Il problema si poteva porre soltanto in relazione all'eventuale trasferimento della detenzione precaria della cosa, in cui si riscontrano sicuri elementi che potrebbero aver indotto i *prudentes* a concedere al compratore l'*actio furti* sulla base dell'interesse. Ma sulla specie non residuano specifiche prese di posizione nelle fonti, ma v. le analoghe soluzioni in materia di *cautio damni infecti* e di *interdictum quod vi aut clam* (*supra*, in questo paragrafo, lett. *k*), e d'altra parte v'è una situazione di fatto, ascrivibile al compratore, che può venir violata dal furto stesso.

(1299) Cfr. sostanzialmente in questo ordine di idee KASER, *Die actio furti*, cit., 118 ss. (persiste, senza convincere, nel collegamento esclusivo dell'*actio furti* alla responsabilità per *custodia* del venditore il ROBAYE, *op. cit.*, 385 ss.): il compratore viene trattato come qualsiasi creditore della cosa, che non ne sia proprietario o non ne sia stato possessore (cfr., su ciò, KASER, *Grenzfragen*, cit., 231 ss.). Infondata la costruzione del HARDER, *lc. ult. cit.*, per cui il compratore sarebbe stato escluso dalla legittimazione all'*actio furti* fino al pagamento del prezzo, perché sarebbe prevalso l'interesse del venditore, non ancora pagato, a trattenere la cosa fino a tale pagamento, dopo di che l'azione sarebbe direttamente spettata al compratore: di tutto ciò non si riesce a trovare una qualche traccia nelle fonti. Se, allo stato della nostra documentazione, appare seguita la soluzione delineata nel testo, non è che non vi si trovino — cfr., ad esempio, D. 47, 2, 81 pr. di Papiniano, ma anche la complessa discussione di D. 47, 2, 14 pr.-1 di Ulpiano — tracce di dubbi e di discussioni dei giuristi al proposito, anche se non sono sufficienti per inferirne che fossero state effettivamente adottate impostazioni diverse.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

464

corso fra azioni penali e reipersecutorie — per quanto riguarda la ripartizione fra venditore e compratore del risultato utile di queste azioni, in relazione alla loro diversa natura ed all'ulteriore differenza fra i casi in cui il venditore deve rispondere dell'accadimento e quelli in cui non deve farlo. Dove nessuna responsabilità per il perimento grava sul venditore (dato non sempre facilmente accertabile in tutti i casi presentati dalle fonti), è indubbio che egli sia tenuto alla cessione ed è liberato se presta le azioni di cui dispone (1300). Sebbene questo non sia espressamente detto nelle fonti (1301), è poi certamente fuori di discussione che la cessione dei mezzi processuali — tutto sommato aleatori — non libera il venditore dalla responsabilità in cui sia incorso per l'impossibilità della prestazione: in questi casi, la cessione delle azioni è soltanto un mezzo per attuare tale responsabilità (1302).

Più complesso il problema se nell'obbligo di cessione rientrassero anche le azioni penali. Le fonti al riguardo offrono un quadro per molti versi poco tranquillante e prevalgono, si direbbe, gli elementi di dubbio verso l'estensione alle azioni penali stesse; non è però possibile escludere recisamente che si trattasse di un punto controverso fra i giuristi (1303), anche in relazione ad un'eventuale differenziazione in funzione del fatto che il venditore fosse o meno responsabile per l'impossibilità sopravvenuta (1304).

24. *La determinazione dell'«id quod interest».* — *a*) In base ai poteri conferiti al giudice dai *verba condemnationis* delle azioni contrattuali, che sono *iudicia bonae fidei*, in seguito al vittorioso esperimento dell'azione contrattuale, spetta in genere all'attore — quale che sia l'oggetto dell'obbligazione del convenuto per cui si è specificamente agito ed il fine per cui è stata esercitata tale azione — una somma di denaro pari al suo «in-

---

(1300) Ciò risulta, più o meno direttamente, da Nerat. 3 *membr.*, D. 19, 1, 31 pr.: l'obbligo del venditore sussiste, indubbiamente, in quanto — in seguito alla sopravvenuta impossibilità — non sia venuto meno, per il principio del *periculum emptoris*, la sua pretesa per il prezzo (cfr., analogamente, pur se in diverso contesto, THIELMANN, *op. ult. cit.*, 318). Anche altri fra i passi sull'argomento, già ricordati (*supra*, nt. 1273), concorrono a confermare codesto quadro. Sulla diversa modalità che sembrerebbe apparire nel citato frammento di Nerazio (*periculum venditoris* e cessione a richiesta del compratore, che paga comunque il prezzo, o non richiede la restituzione di quello già pagato), cfr. *infra*, § 27 lett. *b*.

(1301) Ma cfr., *e contrario*, l'accenno all'esperimento delle azioni *periculo emptoris* in D. 19, 1, 31 pr., di Nerazio, per il caso il venditore non sia responsabile.

(1302) V., al proposito, la discussione già fatta *supra*, nt. 1293.

(1303) Nel più volte ricordato D. 19, 1, 31 pr., che si riferisce ad un caso in cui sicuramente il venditore non è responsabile, si parla genericamente di «*actiones persequendae eius*» (e, cioè, la *res*), ancorché possa apparire un indizio nel senso dell'obbligo di cessione anche delle azioni penali l'accenno all'*omne lucrum et dispendium* (ma il passo è, sul punto, rimaneggiato o meglio raccorciato). Non è sicura la posizione assunta in D. 47, 2, 81 pr., di Papiniano: in questo testo dall'andamento non troppo coerente (infondata l'esegesi conservatrice del VOCI, *op. ult. cit.*, 73 s.), in cui il giurista sembra riferirsi ad un venditore non tenuto al risarcimento per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, si afferma soltanto che il venditore ha interesse all'*actio furti*, perché è tenuto a *praestare actiones* — ma si tratta di quelle reipersecutorie — al compratore; su D. 18, 4, 21 di Paolo, cfr. poi *infra*, nt. 1304. In Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 1, 35, 4 soltanto *rei vindicatio* e *condictio ex causa furtiva* sono oggetto dell'obbligo di cessione, il che rende non del tutto rassicurante la testimonianza in senso contrario del connesso *I.* 3, 23, 3*a* (sui rapporti fra questi due passi, cfr. anche *infra*, § 26 lett. *d*; § 27 lett. *n*), dove alle due azioni reipersecutorie si aggiungono solo in un secondo momento l'*actio furti* e l'*actio damni iniuriae* (per le quali, fra l'altro, i problemi sono diversi), dopo una discussione in cui era parola soltanto delle azioni reipersecutorie stesse (entrambi i passi si riferiscono, però, sicuramente al caso in cui il venditore non era responsabile). Appare invece favorevole all'obbligo della cessione Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 47, 2, 14 pr. (di difficile valutazione fra l'altro in relazione all'aspetto della responsabilità del venditore), che è, però, difficile utilizzare per acclarare l'effettivo pensiero di Ulpiano, anche se potrebbe apparire importante per il ricordo di discussioni fra giuristi (ancorché di difficile individuazione). Non si può però eliminare il dubbio che il ricordo nella *l.* 14 pr. dell'*actio furti* accanto alla *condictio* ed alla *rei vindicatio*, come azioni che debbono essere incondizionatamente cedute al compratore, derivi da una riscrittura del passo che troverebbe riscontro nell'andamento già ricordato di *I.* 3, 23, 3*a*.

(1304) Si pensi alla possibilità — eventuale e forse piuttosto astratta — che il compratore venisse a conseguire con le azioni cedute un risarcimento superiore al danno subito. Se, da una parte, l'attribuzione di un *commodum repraesentationis* eventualmente aleatorio può apparire un equo contemperamento degli interessi in gioco nel caso in cui sul compratore ricadesse il rischio contrattuale (tenendo soprattutto conto di come il *periculum emptoris* venisse ad incidere sostanzialmente sulla corrispettività delle prestazioni), questa giustificazione verrebbe meno ove l'equilibrio nel contratto fosse comunque garentito dalla responsabilità del venditore. Queste considerazioni possono aver giocato, dunque, sulla decisione in senso negativo alla cessione dell'azione (o del ricavato dalla stessa), che si legge nettamente in Paul. 16 *quaest.*, D. 18, 4, 21, in una parte del passo che ha potuto subire dei raccorciamenti (ad esempio, non si vede bene come si armonizzi nel contesto il ricordo dell'*interdictum unde vi* accanto a quello dell'*actio furti*), i quali non incidono però sul valore della testimonianza (infondata la spiegazione per l'assenza dell'obbligo di cedere l'*actio furti* avanzata dal KASER, *Die actio furti*, cit., 120, anche se la decisione viene riferita alla seconda vendita). Dato che, però, nel caso sembra abbastanza evidente che il venditore continui ad essere responsabile nonostante il furto, l'indirizzo seguito dal giurista severiano potrebbe spiegarsi in base alle considerazioni dianzi fatte, e non essere estensibile al caso in cui il rischio contrattuale gravasse sul compratore.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

teresse », l'*id quod interest* com'è detto in molti passi (1305). La civilistica e la giusromanistica di questo secolo hanno ereditato (1306) dalla dottrina del secolo scorso la generale impostazione della problematica e, soprattutto, la distinzione fra interesse positivo ed interesse negativo (1307). Si pone, in tal modo, il problema dell'ammontare del risarcimento del danno, il che si risolve praticamente nella determinazione dei limiti del danno risarcibile (1308).

L'impostazione tradizionale è stata, in questi ultimi decenni, posta in dubbio, e non senza più o meno fondate ragioni: pur riconoscendo il sostanziale significato di « differenza » delle espressioni — *id quod interest* od *interesse* — che prevalentemente emergono, al riguardo, nelle fonti romane, si è contestato che, con esse, i *prudentes* volessero riferirsi allo stesso tipo di valutazione del danno che, per dottrina recepita, si riporta all'interesse positivo ed a quello negativo, coinvolgendo una valutazione globale del patrimonio del creditore insoddisfatto o della parte danneggiata (1309). D'altro canto, è attualmente argomento di discussione il punto se — in generale per quanto riguarda l'inadempimento da parte del debitore — con le espressioni che si riportano all'*interesse* dell'attore, i *prudentes* volessero riferirsi ad un criterio di valutazione con precisi connotati, e che quindi imponeva al giudice un certo tipo di valutazione (precisamente la considerazione del danno nei limiti dell'interesse positivo) (1310), o se il ricorso all'*id quod interest* non significasse altro che il potere attribuito al giudice di procedere secondo la propria personale valutazione, in aggiunta a criteri oggettivi (quando questi non portassero ad un risultato soddisfacente) od eventualmente in mancanza di essi (1311).

b) Restringendo l'attenzione, in linea di massima, alla compravendita (1312), bisogna — in linea di metodo — tener conto del carattere casistico e topico delle decisioni dei giureconsulti romani, le quali non possono essere — puramente e semplicemente — ricostruite a sistema, né combinando insieme i pareri dei singoli *prudentes*, né, d'altronde, forzando il significato delle diverse decisioni all'interno dell'opera dello stesso giurista. D'altro lato, bisogna anche tener presente — almeno in linea di principio — la differenza che si può riscontrare al proposito fra l'*actio ex empto* e quella *ex vendito*, in rapporto alla diversa articolazione delle obbligazioni delle parti; e, nell'àmbito dell'*actio ex empto* stessa, bisogna aver riguardo alla specificità dell'obbligazione che si assume violata (1313), ed anche della concreta fattispecie che dava luogo alla responsabilità. D'altro lato, anche se fosse possibile raggiungere un preciso risultato in relazione all'impiego dell'*id quod interest* come criterio unitario ed alla portata oggettiva di tale criterio, rimane

(1305) Per le azioni contrattuali nascenti dalla compravendita manca — a causa della loro natura come *iudicia bonae fidei* — un preciso punto di riferimento nelle *formula*, in relazione all'ammontare del danno risarcibile (come il *quanti ea res est* della *condictio certae rei* od il *quanti ea res erit* delle formule — pretorie — *in factum conceptae*), ché la *condemnatio* ha, formalmente, ad oggetto il *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, che ne costituisce — logicamente — l'*intentio*. È anche a causa dell'assenza di un tale aggancio che, nell'àmbito dei *iudicia bonae fidei*, si viene ad enucleare il diverso criterio dell'*id quod interest*.

(1306) Cfr., per la seconda, soprattutto il modo con cui ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 227 ss., imposta la relativa problematica.

(1307) Inteso, il primo, come la differenza tra la situazione patrimoniale in cui si trova la parte non inadempiente in seguito all'inadempimento della controparte e quella in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato correttamente eseguito; ed il secondo come la differenza fra la situazione in cui si trova la parte per aver concluso il contratto e quella in cui si sarebbe trovata, se il contratto stesso non fosse stato mai concluso (per la storia dei concetti rilevanti al proposito cfr., ad esempio, MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 311 ss.). L'interesse positivo è, dunque, l'interesse al corretto adempimento; l'interesse negativo, al non aver concluso il contratto.

(1308) Su di esso cfr., nella letteratura più recente, ARANGIO-RUIZ, *lc. ult. cit.*; MEDICUS, *op. ult cit.*, 28 ss., 49 ss., 109 ss., 163 ss.; BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, 86 ss.; HONSELL, *Quod interest*, cit., 1 ss., 20 ss., 60 ss., 107 ss., 114 ss.; KUPISCH, *'Id quod interest' bei Nichterfüllung und Verzug des Verkäufers*, in *TR*, 1975, 1 ss.; WOLF, *Barkauf*, cit., 1 ss.; WEYAND, *Kaufverständnis*, cit., 225 ss.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 296 ss. In questi autori, ed in KASER, *Das Römische Privatrecht*², I, cit., 500 s., ulteriore letteratura.

(1309) V., soprattutto, MEDICUS, *op. ult. cit.*, 299 ss. e 302 ss.

(1310) Così, ancora, soprattutto HONSELL, *lc. ult. cit.*, il quale ritiene che tale criterio fosse adoperato soltanto quando si trattasse della prestazione di cose, che non avessero un prezzo di mercato: su quest'ultimo specifico aspetto cfr., criticamente ed a ragione, MEDICUS, *Recensione ad* HONSELL, *op. cit.*, in *ZSS.R.*, 1971, 448 s.; KUPISCH, *op. cit.*, 2 ss.

(1311) Cfr., sostanzialmente, MEDICUS, *Id quod interest*, cit., soprattutto 327 ss.

(1312) La trattazione che seguirà sarà limitata ad accertare le posizioni assunte dai *prudentes* in materia di compravendita, il che si giustifica anche in relazione al carattere topico della discussione casistica proprio dei giuristi romani: altrove non emergono, del resto, elementi che possano indurre a pensare che fossero consapevolmente adottate concettualizzazioni di carattere generale.

(1313) Tenendo presente la tripartizione di Paul. [32] <33> *ad ed.*, D. 19, 4, 1 pr. (cfr. *supra*, § 15 lett. *a*): *ob evictionem se obligare, possessionem tradere, purgari dolo malo.*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

sempre il problema (1314) dei limiti in cui il danno così accertato potesse essere imputato, sotto il profilo della causalità giuridica, al debitore inadempiente.

A fronte di una posizione di recente assunta in dottrina (1315), bisogna rilevare che — in materia di azioni contrattuali *ex empto* ed *ex vendito* — l'*id quod interest* rappresentava, in ogni caso, ciò che si poteva pretendere dalla parte inadempiente (o comunque responsabile nell'àmbito contrattuale): poteva variare l'ammontare del danno che corrispondeva all'*id quod interest* (1316), ma, quando ciò accadesse, non significava che i romani pensassero che quanto era stato riconosciuto dal *iudex* all'attore corrispondesse ad una valutazione del danno stesso attuata secondo un criterio diverso da quello dell'*interesse*, ma soltanto che quest'ultimo era stato calcolato in un determinato modo (ad esempio, sulla base della curva di variazione dei prezzi di mercato). Con il che si viene, praticamente, a dire che con *id quod interest* i *prudentes* non indicavano uno specifico criterio unitario (1317), il quale — per la determinazione del danno — si contrapponesse, se del caso, ad altri, bensì indicavano un risultato che, in un quadro di cui erano — più o meno rigorosamente — fissati i limiti, era raggiungibile in forme eventualmente diverse.

c) Su queste forme e questi limiti, le fonti non fanno molte precisazioni (1318). In genere, esse si limitano a sottolineare, in forme diverse (1319), che il giudice dovrà condannare il convenuto a pagare una somma pari all'interesse dell'attore in relazione ad un fatto determinato, che — oltre ai casi in cui l'*actio empti* è esperita in funzione di garenzia (1320) — può andare dall'inadempimento totale all'inesatto o parziale adempimento: o, nei casi di *dolus in contrahendo*, l'interesse a che certi determinati fatti, l'inganno o la circostanza su cui l'attore era stato ingannato, non fossero avvenuti (1321).

Fra i passi che si riferiscono a un generico inadempimento del venditore (1322), forniscono scarse indicazioni quelli in cui l'attribuzione dell'interesse all'attore avviene in relazione all'inadempimento delle obbligazioni gravanti sulle parti (1323). Non molto di più si ricava dagli altri casi dove ci si limita a precisare il referente in base al quale si deve valutare l'interesse: si ha così riguardo alla mancata *traditio* (1324) in Paul. 3 *quaest.*, D. 20, 6, 10 pr.; Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 9 e — con una terminologia inusitata sul piano della giurisprudenza classica — al *compleri emptio-*

(1314) Cfr. su ciò, correttamente, MEDICUS, *op. ult. cit.*, 319 ss.

(1315) E, precisamente, dal HONSELL, *op. cit.*, 3 ss., il quale — con riguardo all'*actio empti* — ha sostenuto che, nel caso di merci che avevano un prezzo di mercato, il risarcimento del danno potesse avvenire soltanto all'interno della variabilità di tale prezzo (per le posizioni critiche, cfr. *supra*, nt. 1311).

(1316) Bisogna, però, sottolineare come la terminologia allusiva alla condanna nei limiti dell'*id quod interest* non viene significativamente usata nei casi in cui l'azione contrattuale è impiegata per assicurare, non ricorrendo una responsabilità delle parti, la risoluzione in senso generico del contratto, come avviene in materia di *concursus causarum* (v. *supra*, § 14 lett. *b*) o di *periculum venditoris*, nel qual caso, anzi, in Afr. 8 *quaest.*, D. 19, 2, 33 (v. *infra*, § 27 lett. *b*) si sottolinea esplicitamente che l'azione è esperita « *ut pretium restituas* », e non si estende all'ulteriore risarcimento (« *si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi* »).

(1317) Del resto, anche nell'opinione tradizionale che parte dalla distinzione fra interesse positivo e negativo, l'*id quod interest* dei giuristi romani copriva due modi di calcolare il danno profondamente diversi.

(1318) E, sotto questo profilo, ha ragione il MEDICUS, *op. ult. cit.*, 333 ss., quando sostiene che, affermando la risarcibilità del danno secondo l'*id quod interest*, i giuristi rimettono al *iudex privatus* la valutazione del danno concretamente sofferto dall'attore, anche se, alle volte, non si astengono dall'individuare limiti e criteri in cui ciò debba avvenire.

(1319) Accanto allo stereotipo *id quod actoris interest*, possono trovarsi, in effetti, varianti soltanto formali, con riferimento alla posizione della parte (*id quod emptoris* od anche *venditoris interest*), od al modo in cui, con un nome fittizio o con l'uso della prima e seconda persona singolari, le parti della controversia sono state individuate nel discorso (*id quod Titii, mea, tua interest*).

(1320) Per i quali la problematica si articola in modo per qualche verso particolare (su di essi cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *j* e *k*).

(1321) Su ciò, v. *infra*, § 25, anche per la particolare configurazione della responsabilità — per colpa od oggettiva — del venditore in ordine ai vizi, od alla mancanza di qualità, della cosa venduta.

(1322) Per i problemi dell'*actio venditi*, cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *l*.

(1323) Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 4, 5 (assunzione esplicita della garenzia dell'ammontare del *nomen*, nella vendita del credito: cfr. *supra*, § 11 lett. *a*); *eod.*, 16 (nella vendita d'eredità, rispetto al tipo di delazione: cfr. *supra*, § 10 lett. *b*); Paul. 1 *sent.*, D. 4, 4, 18, 1; Alex. Sev., C. 4, 39, 6 (del 230 d.C.), in relazione ad un generico *fidem frangere*. Più articolato il contesto di Diocl. et Max., C. 4, 49, 12 (del 294 d.C.), su cui v. *infra*, nt. 1353. Per i passi relativi all'*actio empti* in funzione di garanzia, v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *j* e *k*. Nel linguaggio adoperato (« *id tibi faciet repraesentari, quod te constiterit iure deposcere* ») in Diocl., Max et Const., *Frg. Vat.* 41 (successiva al 293 d.C.), vi è soltanto una — inutilmente lunga — circonlocuzione equivalente a « quanto avrai diritto ».

(1324) V. anche Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 19, 1, 1 pr., su cui cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *d*: e, inoltre, Iulian. 15 *dig.*, D. 21, 2, 8, interesse a *rem venditoris fuisse*, e Diocl. et Max., C. 8, 44, 23 (del 293 d.C.), interesse a *rem evictam non esse*, in tema di *actio empti* in funzione di garanzia (cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *j* e *k*).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

nem (1325), in Diocl. et Max., C. 4, 49, 4 (del 293 d.C.) (1326).

d) Altri testi danno qualche indicazione in più sul modo in cui si deve calcolare l'*id quod interest*. In relazione al conseguimento ed al mantenimento della disponibilità della cosa (1327), rileva in primo luogo Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 19, 1, 1 pr. (1328), non foss'altro perché apre il titolo « *De actionibus empti et venditi* » nel Digesto giustinianeo (1329): nel passo si sottolinea — puntualmente, ma non senza genericità (1330) — che, nel caso di mancata *traditio*, l'*id quod interest* può andar oltre il *pretium*, quando l'interesse del compratore vada oltre il valore oggettivo, o di mercato, della cosa od il prezzo cui è stata venduta (1331). Ciò è importante perché l'*id quod interest* viene posto a contrasto con due parametri oggettivi, ed assume, conseguentemente, una colorazione soggettiva, nel senso di tener conto dello specifico valore individualmente calcolato (1332) che, per il compratore, può avere la cosa stessa; d'altro lato, a quel che sembra, la considerazione dell'*id quod interest* non porta mai, per Ulpiano, a riconoscere — in sede di azione per l'adempimento — al compratore un valore minore del prezzo effettivamente pagato (1333).

È rispetto a questa posizione generale — e generica — che vanno valutate le altre fonti: bisogna subito avvertire che non vi si riesce a trovare granché per decidere se la valutazione dell'*id quod interest* avvenisse in termini soggettivi (1334) o tenendo conto del valore di mercato della cosa, e ci si trova praticamente limitati al significato delle varie espressioni con cui le fonti si riferiscono all'*interesse* dell'attore (1335), e che vengono normalmente intese dagli odierni interpreti avendo dinanzi a sé le concezioni moderne sull'interesse tutelato nell'azione di adempimento (1336), le quali, d'altronde, si sono sviluppate — non bisogna dimenticarlo — partendo dalle fonti qui discusse. E, d'altronde, una complessiva valutazione dei non molti passi rilevanti a questo proposito mostra come non sia escluso, almeno all'apparenza, che possa di volta in volta variare il criterio in base al quale, nella fattispecie concreta, si determina l'*id quod interest*.

e) In una costituzione della fine del III secolo d.C. si ha la traccia più significativa di un interesse positivo inteso in senso moderno, dato che in essa sembra cogliersi un'allusione all'interesse alla puntuale esecuzione, il quale, a prima vista, si riallaccia ad un impiego particolare e soggettivo della merce (carne) da parte del compratore (1337). Una considerazione dell'*id quod*

(1325) Nonostante che — forse per l'influsso di una terminologia più tarda (com'è, ad esempio, quella di *I.* 3, 23 pr. e C. 4, 21, 17, su cui cfr. *infra*, § 29) — l'espressione in parola possa far pensare ad una configurazione della vendita come negozio traslativo che non si è ancora « completata », è difficile attribuirle, nel contesto, un valore diverso da quello di *rem traditam esse*, come mostra il riferimento alla mancata consegna della cosa.

(1326) Per un caso di inadempimento parziale, *mancipatio* di un fondo *deducta servitute*, mentre lo stesso fondo doveva essere trasferito libero, v. Paul. 5 *ad Sab.*, D. 19, 1, 8, 1, dove non fornisce particolari elementi di giudizio la precisazione che l'azione serve ad ottenere l'eliminazione della servitù (o l'*id quod interest*, in caso di di rifiuto, va sottinteso).

(1327) In ordine al profilo qui rilevante, non risulta dalle fonti una differenza a seconda se il *rem non habere* dipenda dalla mancata esecuzione dell'obbligazione di consegna o dalla successiva evizione del compratore, fatta valere con l'*actio empti* in funzione di garanzia (su cui v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *j* e *k*).

(1328) Sul passo cfr. MEDICUS, *op. ult. cit.*, 29 s.; HONSELL, *op. cit.*, 13 ss.

(1329) Il che — ai nostri occhi — ne accentua, forse indebitamente, l'importanza.

(1330) L'affermazione del giurista lascia imprecisati i referenti del *pluris interesse*.

(1331) Bisogna tener conto, al riguardo, della circostanza che con *pretium*, nel linguaggio dei giuristi, si indica tanto il prezzo di una cosa pattuito in una compravendita, quanto il valore oggettivo, di mercato, di un oggetto.

(1332) Il che non significa, ovviamente, che non si tratti di un aspetto anch'esso sottoposto alla tipizzazione caratteristica del modo di procedere del diritto: si tratta di un plusvalore che verrà riconosciuto a tutti i compratori che si trovino in quella particolare situazione, ma che non è ricompreso nel " valore di mercato" della cosa.

(1333) Cfr., per tutti, MEDICUS, *lc. ult. cit.* Ciò deve, sotto un certo profilo, collegarsi alla circostanza che, nel diritto romano, non esisteva, in generale, la risoluzione del contratto per inadempimento, che è lo strumento con cui il compratore può garantirsi, quando — per qualsiasi motivo — abbia pagato un prezzo superiore al valore di mercato della cosa (cfr., nell'ambito del diritto tedesco, KUPISCH, *op. cit.*, 8). D'altro lato, sotto il profilo logico, se non grammaticale, il passo evidenzia le successive tappe del pensiero del giurista: si parte dal prezzo pagato per la cosa, che, in linea di massima, deve ritenersi praticamente equivalente al valore di mercato; si passa, poi, a tener conto del valore di mercato, se maggiore, per giungere, infine, ad una valutazione soggettiva dell'*id quod emptoris interest*, se questa egredisce il più alto dei parametri oggettivi. Per questa problematica in sede di garenzia contro l'evizione, cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *k*.

(1334) Ossia tenendo conto del mancato guadagno e delle perdite subite dal concreto compratore.

(1335) Su di esse, cfr. *supra*, in questo paragrafo, lett. *c* e *d*.

(1336) Su ciò cfr., ad esempio, le posizioni assunte dall'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 227 ss. Sotto un diverso profilo è presente il confronto con le concezioni moderne, ad esempio, in MEDICUS, *op. ult. cit.*, soprattutto 302 ss.; e dal HONSELL, *op. cit.*, 64 ss.

(1337) Diocl. et Max., C. 4, 49, 10 (del 293 d.C.), dove si accenna al « *quanti interest tua tunc tibi praestitam fuisse* ». Sul passo, citato marginalmente — e sostanzialmente ne-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

emptoris interest indipendentemente dal valore della merce si ha anche in Paul. 6 *resp.*, D. 19, 1, 47, che — in una vendita con anticipazione del prezzo in cui erano state previste più scadenze per la consegna di legname ed in cui in seguito alla morte del venditore erano cessate le residue consegne (1338) — attribuisce, in base all'azione contrattuale (1339), al compratore le *usurae* sulla parte di prezzo anticipata, a coprire la quale non v'era stato adempimento da parte del venditore. Qui si va, senz'altro, al di là del valore oggettivo, o del prezzo di mercato, della merce (1340): ma la concludenza del passo in tal senso è abbastanza limitata, perché bisogna tener conto che v'era stato qui uno spostamento preliminare di ricchezza dal compratore al venditore, di cui le *usurae* tengono conto (1341).

f) Di difficile valutazione al proposito è anche Paul. 33 *ad ed.*, D. 19, 1, 21, 3 (1342), uno dei passi che stanno alla base degli sviluppi moderni in tema di danno diretto e indiretto, in cui si attribuisce al compratore l'*omnes utilitas*, ma con la limitazione *circa ipsam rem* (1343); e, nel prosieguo del passo, il giurista severiano ha l'aria di voler giustificare la possibilità che il venditore sia tenuto ad una somma maggiore di quella corrispondente al valore della cosa al momento in cui l'obbligazione doveva essere adempiuta (1344). Un criterio soggettivo appare anche in Nerat. 3 *membr.*, D. 19, 1, 31, 1, passo interessante, ma pervenuto — nella compilazione giustinianea — in condizioni non buone (1345): v'è stata *mora* nella *traditio* di un servo e, oltre agli acquisti fatti presso il venditore (1346), Nerazio attribuisce al compratore il risarcimento per gli acquisti che lo schiavo avrebbe fatto presso il compratore, e quindi tenendo conto della particolare situazione in cui il servo si sarebbe venuto a trovare e non della sua capacità d'acquisto in generale (1347).

---

gletto — dal MEDICUS, *op. ult. cit.*, 29 nt. 4, cfr. HONSELL, *op. cit.*, 12 s., su cui v. criticamente KUPISCH, *op. cit.*, 7; cfr. altresì, ma genericamente, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 232 s.

(1338) Nulla si dice su una mora degli eredi (sembrerebbe che il venditore avesse regolarmente adempiuto fino al decesso), ma bisogna tener conto del ruolo svolto al riguardo dalla fissazione del termine (*dies interpellat pro homine*).

(1339) Sul concorso con l'*actio ex stipulatu* per la pena convenzionale ulteriormente convenuta, v. *infra*, nt. 1341.

(1340) Probabilmente, la *materia* non aveva subìto variazioni di prezzo, che potessero compensare il compratore del danno sofferto.

(1341) La valutazione del passo sotto il profilo tenuto qui presente è incerta, perché si potrebbe, *ex adverso*, obiettare che dell'anticipazione delle somme dovute dal compratore, e quindi degli interessi lucrati dal venditore, si era tenuto conto nella determinazione del prezzo: aspetto, codesto, che non sappiamo se fosse stato presente a Paolo, al quale era stato soltanto sottolineato essersi il compratore procurato il denaro col pagamento di *gravissimae usurae*. D'altro lato, qualsiasi ricostruzione soffre di una ulteriore incertezza, in quanto nella fattispecie era stata convenuta — come *pactum adiectum* della compravendita o con un'apposita *stipulatio* — una pena convenzionale, ed il quesito del consulente riguardava per l'appunto il concorso fra l'azione per la pena e quella per le *usurae* (su questo problema, cfr. TALAMANCA, *Pena privata*, cit., 717 nt. 38): Paolo afferma che nei confronti degli eredi si può chiedere la pena convenzionale e che si può agire *ex empto*, nel quale caso il venditore dovrà le *usurae pretii, post moram*, ma nulla dice sul cumulo delle azioni, da escludersi tenuto conto dei princìpi in materia.

(1342) Sul passo cfr., soprattutto, ARANGIO-RUIZ, op. ult. cit., 233 s.; MEDICUS, *op. ult. cit;*, 35 ss.; BELOW, *op. cit;*, 98 ss.; HONSELL, *op. cit.*, 11; KUPISCH, *op. cit.*, 16 ss.

(1343) Con il che sembrerebbe propendersi per un risarcimento nell'àmbito del valore oggettivo della cosa, soprattutto tenendo conto che una delle poste attive escluse è il *lucrum cessans* per la mancata *negotiatio* del vino, mentre è sicuramente più marginale — ed un po' rocambolesco — quello relativo al *damnum emergens*, derivante dalla morte degli schiavi per fame dovuta al mancato adempimento. In quest'ultimo caso, si potrebbe addirittura pensare che — in condizioni normali (ma nulla è detto sull'esistenza o la sopravvenienza di una carestia) — manchi dal punto di vista giuridico, il nesso di causalità (ché il *dominus* avrebbe, comunque, dovuto provvedere altrimenti). Nel primo, e nell'àmbito di una considerazione casistica e topica, non è escluso che il giurista tenesse presente, come caso normale, quello di una vendita fatta ad un consumatore, dove quest'ultimo non può far valere la possibilità di un atipico *lucrum cessans*. Ma, comunque, certezze non si possono raggiungere, anche perché, in relazione alla *mora emptoris* (dove si tratta, però, di un'obbligazione in sé considerata pecuniaria), Hermog. 2 *iur. epit.*, D. 18, 6, 20 nega la risarcibilità del maggior danno dovuto al venditore *negotiator* (v. anche *infra*, nt. 1387).

(1344) Come si vedrà immediatamente appresso nel testo, già Pomponio aveva, però, superato dubbi di questo tipo in un'ottica in cui sembrava muoversi soltanto al livello del prezzo di mercato del vino (che è, poi, la merce considerata anche da Paolo): può darsi che i due giuristi muovessero da diversi punti di vista, ma non è escluso che Paolo si collocasse invece dall'angolo di visuale relativo all'interesse dell'attore, rapportato al momento fissato per l'adempimento, e rispondesse ad un dubbio collegato al fatto che in tale momento il prezzo della merce fosse più basso.

(1345) Cfr. il tentativo di restituzione del KRÜGER P., in MOMMSEN - KRÜGER P., *Digesta* (ed. minor), *ad h.l.*, sulla quale e sul passo in generale v., con ulteriore letteratura, MEDICUS, *op. ult. cit.*, 43 s.; HONSELL, *op. cit.*, 18; WEYAND, *op. ult. cit.*, 257 s.

(1346) Non sappiamo in quale misura: nella sua restituzione il Krüger poneva, come limitazione, che essi non fossero avvenuti *ex re venditoris*, il che appare fondato, se si accetta l'interpretazione — cfr. WEYAND, *op. ult. cit.*, 258: esattamente, ma con inutile sovrastruttura concettuale — che gli acquisti conseguiti presso il venditore spettino già al compratore in base alla ripartizione del *commodum* (sui criteri qui seguiti, cfr. *supra*, § 23 lett. *d*). Non risulta, però, se Nerazio prendesse in considerazione e come ovviasse ad eventuali duplicazioni di partite.

(1347) Si faccia, ad esempio, il caso in cui il servo sia stato istituito erede (o che gli sia stato attribuito un legato),

Senato della Repubblica - Archivio Storico

46P

g) Il problema degli acquisti dello schiavo di cui il venditore ha reso impossibile la consegna è trattato anche in Iulian. 13 *dig.*, D. 19, 1, 23 (1348), accompagnato da una nota di Marcello (1349). La fattispecie è quella della vendita di uno schiavo col peculio, successivamente manomesso — *ante traditionem* — dal proprietario e venditore. Marcello attribuisce il risarcimento del danno apparentemente nei limiti dell'interesse soggettivo del compratore (1350). Giuliano, invece, sembra riconoscere al compratore stesso soltanto un valore oggettivamente calcolato (quello degli acquisti del liberto: e del venditore, in quanto patrono del liberto), tenendo conto della capacità acquisitiva dello — schiavo e — liberto in sé considerata, e non degli acquisti che il compratore avrebbe potuto, soggettivamente, ottenere se lo schiavo gli fosse stato regolarmente consegnato (1351). A quale criterio si ispirasse Giuliano è difficile stabilire: forse egli era stato mosso dalla difficoltà di calcolare, con precisione, quanto il servo manomesso avrebbe potuto acquistare presso il compratore; è meno probabile, invece, che sia stato mosso da considerazioni di carattere contingente (1352).

h) È praticamente solo in Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 3, 3-4 (1353) che si ha una soluzione fondata esclusivamente sul valore oggettivo, nel caso il prezzo corrente di mercato (1354), ché il giurista determina, ai fini della *litis aestimatio*, quale sia il valore oggettivo del vino calcolato su tale prezzo che — in caso di mora del venditore o del compratore — debba essere tenuto presente (1355). Sarebbe, però, pericoloso attribuire un

---

a condizione che — al momento dell'apertura della successione — appartenesse al compratore.

(1348) Abbondante la letteratura sul passo: cfr., con ulteriori indicazioni, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 230 ss.; Medicus, *op. ult. cit.*, 41 ss;; Below, *op. cit;*, 96 ss;; Honsell, *op. cit.*, 16 ss.; Rastätter, *Marcelli Notae*, cit., 145 ss.; Wolf, *lc. ult. cit.*; Weyand, *op. ult. cit.*, 225 ss. Diverso è il problema trattato in Iulian. 30 *dig;*, D. 28, 5, 38, 5 e D. *eod.*, 40 (intervellati dal frammento breve di Marcian. 2 *reg.*, D. 28, 5, 39, che ha carattere meramente esplicativo), dove non si ha *mora in tradendo* o perimento della cosa imputabile al venditore, ma semplicemente il problema del *commodum* (su ciò cfr. *supra*, § 23 lett. *d*).

(1349) Non è possibile discutere qui l'esegesi del passo proposta dal Wolf, *lc. ult. cit.*, la quale non può, a nostro avviso, accettarsi, perché si basa su una serie di assunzioni non garantite dalle fonti e su schemi concettuali in sé difficilmente imputabili ai giuristi.

(1350) Costui avrà diritto ad ottenere tutto ciò — ma solo tutto ciò — che avrebbe avuto se il servo non fosse stato manomesso: l'avere scelto il caso della manomissione (cui attribuisce un'indebita importanza, il Wolf, *op. ult. cit.*, 25, costruendo l'affrancazione stessa come immediato «*Haftungstatbestand*» al posto della mancata *traditio*), è dovuto al fatto che i particolari problemi discussi nella *l.* 23 dipendono proprio dalla natura della cosa venduta e del fatto che ha resa impossibile la consegna.

(1351) La valutazione del danno da parte di Giuliano sembrerebbe portare ad una duplicazione di partite, ché il venditore dovrebbe indennizzare il compratore per gli acquisti fatti dal liberto e per quanto gli perverrà dell'eredità del liberto medesimo (che si compone, per l'appunto, del residuo di quegli acquisti). La soluzione meno insoddisfacente è quella riproposta ancora di recente dal Honsell, *op. cit.*, 16 s.; gli acquisti del liberto debbono venir calcolati dal giudice dell'*actio empti* solo fino al momento della *condemnatio* (e dovevano consistere nell'attivo patrimoniale dell'ex schiavo, il che potrebbe riproporre problemi di duplicazione di partite, nel caso allo stesso fosse concesso il peculio al momento della manomissione), per i successivi il venditore risponde soltanto in quanto ne venga a fruire in base ai diritti che ha sull'eredità del liberto stesso. Riesce, però, difficile capire perché, postosi sulla strada di attribuire al compratore gli acquisti del servo liberato, Giuliano non abbia proposto una *cautio* che avesse per oggetto tali acquisti.

(1352) Come quelle prospettate dal Honsell, *op. cit.*, 17.

(1353) Sul passo cfr., soprattuto, Medicus, *op. cit.*, 31 ss.; Honsell, *op. cit.*, 2 ss.; Kupisch, *op. cit.*, 2 ss. Un accenno molto meno preciso al rapporto della *litis aestimatio* con il prezzo di mercato si ha in Diocl. et Max., C. 4, 49, 12 (del 294 d.C.), in cui — ricordando il brocardo «*cuius commoda, eius et incommoda*» — si mette in correlazione il *periculum vini mutati* con la circostanza che il compratore ha diritto al «*commodum aucti pretii*», onde il venditore non è tenuto nei limiti del prezzo convenuto, ma all'*id quod interest*, che sembrerebbe esser identificato, nel caso, con il *pretium auctum* (il che è decisivo contro la tesi del Honsell sull'inapplicabilità dell'*id quod interest* nel caso di trattasse di merci con prezzo di mercato: v. *supra*, nt. 1311).

(1354) Che i romani si riferissero ad un valore oggettivo, indipendentemente dal fatto che si trattasse di merci per le quali, in qualche modo, si potesse riconoscere un prezzo di mercato, si desume, fra l'altro, dalla prassi seguita in sede di calcolo di *lex Falcidia*, in cui si valutavano al prezzo a cui sarebbe stato possibile venderle le poste attive di difficile stima pecuniaria: cfr. Voci, *Diritto ereditario*, cit., 761; Kaser, *op. ult. cit.*, I, 757. Particolare rilievo ha, in siffatta connessione, Paul. 2 *ad l. Iul. et Pap.*, D. 35, 2, 63 pr., dove, ai sensi della *lex Falcidia*, viene contrapposto un prezzo d'affezione (dovuto fra l'altro a motivi di carattere non patrimoniale, come la parentela naturale con lo schiavo) al prezzo massimo al quale si sarebbe potuto acquistare lo schiavo. A differenza che per la compravendita la *spes* rappresentata da un'eredità già delata non viene compresa, ai fini della *Falcidia*, nel calcolo del valore dello schiavo.

(1355) Si mescolano, nel § 3 (relativo alla mora del venditore), parametri relativi al *tempus solutionis* ed all'alternanza fra il *locus solutionis* ed il *locus petitionis*; ed analogamente nel § 4, per il caso della *mora emptoris*, si tengono presenti entrambi questi parametri. Combinando insieme i due criteri (cosa che, a ben vedere, Pomponio non fa), si giungerebbe alla soluzione per cui il venditore in mora deve il prezzo più alto fra il momento della consegna ed il momento del processo, nonché fra il luogo della conclusione del contratto (che — in mancanza di una specifica clausola — era probabilmente anche quello in cui era dovuto il pagamento: v., a questo proposito, la specificazione nella parte finale del § 4) ed ancora quello del processo: il che significa che dovrebbe pagare il prezzo più alto fra quattro possibili diversi prezzi; e, all'inverso, il minore nel caso di

Senato della Repubblica - Archivio Storico

valore ultrattivo all'utilizzazione di questo criterio meramente oggettivo, ché bisogna tener conto al proposito (1356) della valenza topica delle decisioni e del carattere casistico delle « regole » della giurisprudenza romana.

i) Sui problemi dell'*id quod interest* dovuto dal venditore intervenne, nel 531 d.C., Giustiniano, con C. 7, 46, 1 (1357). L'imperatore stabilisce che nella determinazione dell'*id quod interest* non si possa eccedere — nei *contractus* (1358) — la *dupli quantitas*, in quei casi « *qui certam habent quantitatem vel naturam* », e richiamando i giudici ad un rigoroso esercizio del proprio *officium* « *in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur* » (§ 1). Tutto ciò ha dato sempre luogo a grandi perplessità sulla determinazione dell'effettiva portata della costituzione (1359), le quali sono — più che risolte — ulteriormente alimentate dal tentativo di individuare le cause delle *dubitationes antiquae*.

A questo proposito è stato esattamente rilevato (1360) come la costituzione possa in effetti aver trovato origine nella disputa sulle spese effettuate sulla *res evicta* che potevano essere richieste con l'*actio empti* in funzione di garenzia (1361), disputa che riguardava, anzitutto, la determinazione del danno risarcibile ma che — dal frammento breve di Afr. 8 *quest.*, D. 19, 1, 55 (1362) — risulta aver coinvolto anche la misura del risarcimento stesso, il che si collega con una discussione la quale concerneva anche il profilo della prevedibilità del danno. È stato esattamente ipotizzato (1363) che il *duplum* accennato nella *l.* 44 come — possibile — misura massima del risarcimento debba identificarsi con il doppio del prezzo, in relazione alla circostanza che — per le cose di maggior pregio — era praticamente un elemento naturale del contratto l'obbligo del venditore di prestare la *stipulatio duplae*, nell'àmbito della quale era essenziale la limitazione della responsabilità al *duplum pretii* (1364). Se le *dubitationes* cui allude Giustiniano avessero avuto riferimento anche, se non esclusivamente, a tale ordine di problemi, bisognerebbe dare all'individuazione dei casi — « *qui habent certam quantitatem aut naturam* » — dove si applica la limitazione del *duplum* una portata che va oltre le semplici obbligazioni pecuniarie, ma che l'ambiguità, nel contesto, del termine «*natura*» impedisce di determinare più precisamente (1365).

j) La tematica diventa più complessa per quanto riguarda l'*actio empti* esercitata, dopo l'evizione (1366), in funzione di garenzia, perché bisogna tener conto dell'ulteriore variante offerta dal fatto che la cosa era rimasta, per un certo periodo (1367), presso il compratore (1368). A prescindere dai testi in cui si afferma, senza ulteriore circostanziazione, la responsabilità del ven-

---

mora emptoris. Se appare, indubbiamente, esatta la soluzione nel senso di tener presente soltanto il *locus solutionis* e quello *petitionis*, dal punto di vista dell'interesse alla consegna valutato alla stregua della nostra sensibilità si sente mancare la considerazione del caso in cui il prezzo più alto si fosse avuto, nel tempo, in un momento intermedio fra quello della consegna e quello del processo. Tenuto conto della metodologia casistica dei *prudentes*, non è però sicuro che, ove Pomponio si fosse concretamente rappresentata questa fattispecie, avrebbe tenuto ferma la bipolarità fra il momento previsto per la consegna e quello in cui si è avuto il processo.

(1356) Come si è già avvertito, *supra*, in questo paragrafo, lett. *b*.

(1357) Su di essa cfr., soprattutto, SCHINDLER, *Justinians Haltung*, cit., 259 ss. V. anche MEDICUS, *op. ult. cit.*, 288 ss. In questi autori, ulteriore letteratura.

(1358) Ma, come esempi specifici, vengono fatti quelli dell'*emptio venditio* e della *locatio conductio*.

(1359) Cfr., per tutti, MEDICUS, *lc. ult. cit.*

(1360) Cfr., per tutti, SCHINDLER, *op. cit.*, 262 ss.

(1361) Sul problema dei limiti del risarcimento del danno in questo caso, cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *k*.

(1362) Il frammento è stato sospettato, ma la letteratura più recente è, a ragione, orientata a riconoscere la genuinità del nucleo sostanziale: cfr., per tutti, MEDICUS, *op. ult. cit.*, 88 ss., seguito dallo SCHINDLER, *lc. ult. cit.*

(1363) MEDICUS, *op. ult. cit.*, 90 ss.

(1364) Altro problema è quello della soluzione seguita da Africano e dagli altri *prudentes*.

(1365) Diversa la portata di un altra costituzione giustinianea in materia di risarcimento del danno in seguito ad evizione, la C. 6, 43, 3, 4, anch'essa del 531 d.C.: nel caso di acquisto di una cosa soggetta al vincolo a favore dei legatari dei fedecomissari, l'*emptor* a conoscenza del *rei gravamen* non potrà ottenere più della restituzione del prezzo, il che, fra l'altro, non costituisce di certo un peggioramento della situazione dell'acquirente rispetto al diritto classico.

(1366) Su tale impiego dell'azione contrattuale, cfr. *supra*, § 17 lett. *e*; per il regime dell'azione, allorché fosse impiegata a far valere l'obbligo di *ob evictionem se obligare*, v. *supra*, § 18 lett. *c*.

(1367) Anche se di regola non lungo, tenuto conto dei termini ristretti dell'usucapione romana: ma il problema poteva complicarsi, da questo punto di vista, in relazione alle *res furtivae* o *vi possessae*, o per cause d'evizione connesse con la *libertas* del soggetto venduto come schiavo.

(1368) D'altro lato, la disciplina normativa era, nel caso, derogabile, nei limiti dell'invalidità del *pactum de dolo non praestando* (cfr. KASER, *op. ult. cit.*, I, 504 testo e nt. 6): per un esempio cfr. Diocl. et Max., C. 8, 44, 23, che con tutta chiarezza (« *si aliud non placuit* ») afferma esser dispositiva la responsabilità nei limiti del « *quanti tua interest* »; in Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 17 (equivalente a Paul.-?-3 *resp.*, D. 19, 1, 49 pr.), si discute di una vendita in cui l'alienante aveva ristretto la sua responsabilità alla restituzione del prezzo, affermando che il venditore deve pagare, su tale somma, le *usurae* dopo la sentenza che produce l'evizione, non dopo l'inizio del processo (anche se il compratore è tenuto a restituire i frutti da quest'ultimo momento). Per il *pactum de non praestanda evictione*, cfr. *supra*, § 18 lett. *d*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ditore per l'evizione in base all'*actio empti* (1369), vi sono anche qui casi in cui si afferma — genericamente — che il compratore ha diritto all'*id quod interest* (1370), contrapponendo talora questo diritto a quello della restituzione del prezzo (1371), talora a quanto si sarebbe ottenuto in base alla stipulazione di garenzia (1372). L'*id quod interest* è alle volte precisato riferendolo a *rem evictam non esse* (Diocl. et Max., C. 8, 44, 23, del 293 d.C., o *servum non evinci* (Paul. 5 *quaest.*, D. 19, 1, 43 *i.f.*), od a *rem venditoris fuisse* (correlato ad un obbligo del venditore *ut praestet habere licere*: Iulian. 15 *dig.*, D. 21, 2, 8). In Ulp. 32 *ad ed.*, D. 21, 2, 37, 2, la restrizione della responsabilità deriva dalla particolare configurazione della fattispecie (1373).

Nel caso di evizione qualitativamente parziale, ad esempio nel giudizio che riconosce l'esistenza di una servitù passiva su fondo venduto, si riconosce, in linea di massima, l'azione a *« quanti minoris emisset emptor »* (1374): formulazioni del genere, proprio in virtù del riferimento al concreto compratore, potevano eventualmente coprire anche un interesse soggettivamente calcolato (1375).

k) Tenendo conto della circostanza — già accennata — che il compratore ha conseguito la cosa e l'ha perduta dopo il decorso di un certo periodo di tempo, egli ha diritto, in questo caso, ai miglioramenti (Alex. Sev., C. 8, 44, 9, del 222 d.C.) (1376), nei limiti in cui di questi non sia stato già risarcito, sulla base della generale disciplina per le spese nell'azione di rivendica (1377), in sede di giudizio d'evizione (1378); ma a differenza di quanto avviene per l'azione esercitata in seguito alla mancata *traditio*, in questo caso l'*id quod interest* può far sì che il compratore consegua meno del prezzo pagato, tenendo conto del deterioramento della cosa (1379). Allo stesso ordine di problemi si riporta del resto Paul. 5 *quaest.*, D. 19, 1, 43 e 45 (1380), passo discusso in dottrina (1381); neppure da esso emergono motivi sufficienti per ritenere che — come potrebbe apparire ad una prima lettura — il venditore fosse qui tenuto a rifondere le spese (1382) e non l'attuale valore della cosa. Quest'ultimo passo presenta, d'altronde, un notevole interesse, perché mostra che, anche se lo spunto resta isolato in quanto ci resta della letteratura giuridica romana, i giuristi classici si erano proposti (1383), qualsiasi ne fos-

(1369) Cfr., ad esempio, Iavol. 9 *epist.*, D. 41, 3, 23, 1; Iulian. 13 *dig.*, D. 21, 2, 7; Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 21, 2, 16 pr.; 11 *ad Sab.*, D. 21, 2, 27; Scaev. 2 *resp.*, D. 21, 2, 12; Paul. 5 *ad Sab.*, D. 21, 2, 18; 28 *ad Sab.*, 40, 7, 9, 12 (dove si pone anche il problema dell'integrazione del *crimen stellionatus*); 29 *ad Sab.*, D. 21, 2, 19 pr.; 34 *ad Sab.*, D. 23, 3, 16 pr.; Paul. 70 *ad ed.*, D. 19, 1, 35; Mod. 5 *resp.*, D. 21, 2, 63 pr.

(1370) Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 17 (= D. 22, 1, 18 pr.); Papin. 10 *resp.*, D. 21, 2, 67; Diocl. et Max., C. 7, 45, 8, 1 (del 283-294 d.C.); C. 4, 51, 3 e C. 8, 44, 21, 2 (del 293 d.C.); C. 4, 52, 5 (s.d.). Generico anche Scaev. 5 *resp.*, D. 44, 4, 15 (su cui cfr. Wacke, *Die verschuldete Eviktion*, cit., 162 s.), che accenna ad *ea quae iure empti continentur* (e ci si sarebbe attesi un *actione empti*), e parla poi, ancora genericamente, di *damna emptoris*.

(1371) Diocl. et Max., C. 8, 44, 23 (del 293 d.C.). Cfr. anche Paul. 3 *quaest.*, D. 21, 2, 70.

(1372) Diocl. et Max., C. 8, 44, 25 (del 294 d.C.), dove, trattandosi di vendita di uomo libero, si fa riferimento alla *stipulatio duplae*.

(1373) Il compratore aveva proceduto, per errore, alla *stipulatio simplae* al posto di quella *duplae* (su ciò cfr. anche *supra*, nt. 950), ed aveva diritto soltanto alla differenza fra quanto poteva conseguire attraverso la stipulazione concretamente adibita e quello che avrebbe ottenuto con la *stipulatio duplae*. In Afr. 8 *quaest.*, D. 21, 2, 47, si esclude poi che, anche nel caso di acquisto *simul* di due schiavi, per cinque l'uno e della successiva evizione di uno di tali schiavi, il venditore possa giovarsi della circostanza che l'altro valga dieci.

(1374) Ulp. 80 *ad ed.*, D. 21, 1, 61.

(1375) Il che sarebbe potuto giungere fino a riconoscere la mancanza di qualsiasi interesse alla vendita: a conoscenza della servitù, il compratore non avrebbe acquistato, a qualsiasi prezzo, il fondo, ma le fonti tacciono al proposito (per una problematica analoga, in tema di *dolus in contrabendo*, cfr. *infra*, § 25 lett. *e*).

(1376) Dalla const. 9 sembrerebbe, letteralmente, nella misura dell'erogato, e non del miglioramento effettivo, il che gli permetterebbe di conseguire eventualmente qualcosa di più dell'interesse alla continuazione dell'*habere licere*: per una discussione del testo, da diversi punti di vista, cfr. Medicus, *op. ult. cit.*, 63 s., e Honsell, *op. cit.*, 50 s., con ulteriore letteratura.

(1377) Su cui cfr., per tutti, Kaser, *op. ult. cit.*, I, 436 s., con ulteriore letteratura.

(1378) Cfr. la precisa impostazione di Paul. 5 *quaest.*, D. 19, 1, 45, 1: v. anche Diocl. et Max., C. 8, 44, 16 (del 290 d.C.), da cui non si può certamente ricavare che, in base a questa possibilità, il compratore evitto potesse richiedere, in linea di principio, solo la restituzione del prezzo.

(1379) Cfr. Paul. 5 *quaest.*, D. 19, 1, 45 pr.; D. 21, 2, 70. Si tratta, bisogna sottolinearlo, di un'evenienza che nelle fonti risulta solo in codesto caso.

(1380) Fra questi due passi si trova il frammento breve di Afr. 8 *quaest.*, D. 19, 1, 44 che — cfr. *supra*, in questo paragrafo, lett. *i* — mostra l'influsso che le problematiche discusse dai *prudentes* sui limiti del danno possono aver avuto sulla legislazione giustinianea in riguardo.

(1381) Sul quale, dalla struttura molto complessa, è impossibile prendere qui posizione: sullo stesso, cfr., da ultimi, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 63 ss., 68 ss. e 81 ss.; Honsell, *op. cit.*, 42 ss. e 51 ss., ed ivi ulteriore letteratura, cui *adde*, per esempio, Amaya Calero, *La compraventa de los esclavos manumitidos en un fideicomiso de libertad (Paul. 5 'quaest'. D. 19, 1, 43; 45, 2)*, in *BIDR*, 1987, 191 ss.

(1382) Così Medicus, *op. ult. cit.*, 63 s., partendo dal non condivisibile presupposto che la responsabilità del venditore si calcolasse sulla base del prezzo. *Contra*, esattamente, Honsell, *op. cit.*, 50 ss.

(1383) Cfr. Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 236, sulla scorta di un autore certamente non sospetto di conservatorismo a

Senato della Repubblica - Archivio Storico

472

sero state le soluzioni, il problema se, per venire risarcito, il danno debba essere prevedibile (1384).

Sia che si tenga sia che non si tenga conto dell'aumento del valore della cosa, non si egredisce qui il criterio del valore oggettivo della cosa, quando ci si riporti, com'è richiesto d'altronde dalla struttura concreta della fattispecie, al valore accertabile al momento dell'evizione. A non diversi risultati conduce la considerazione di Iulian. 15 *dig.*, D. 21, 2, 8, che riconosce al compratore il diritto al *partus ancillae* ed all'*hereditas*, adita dal servo *iussu emptoris*: poiché è prevedibile che le *ancillae* partoriscano, e tenuto conto che — per i brevi termini dell'usucapione — si trattava probabilmente di un'*hereditas*, già delata al servo (o comunque di un'*heredis institutio* già effettuata a suo favore), si tratta di profili che non vanno oltre valore oggettivo dello schiavo (1385).

l) Si è fin qui parlato del danno subìto dal compratore, in seguito all'inadempimento del venditore. Il danno subìto dal venditore per l'inadempimento del compratore (1386) non risulta altrettanto trattato nella nostra documentazione, probabilmente perché non vi erano problemi al riguardo, in quanto, come risulta invero soltanto da una fonte — come usa dire adesso — epiclassica (e, cioè della seconda metà del III secolo d.C.), sulla somma dovuta dal compratore il venditore poteva richiedere (1387), dopo la mora, soltanto quelle *usurae* che normalmente gli spettavano già dopo la *traditio* (1388); e soltanto le *usurae post traditionem* vengono ricordate in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 20, aprendo la trattazione sull'*actio venditi*. D'altro lato, non si può pattuire, al proposito, neppure un aggravamento convenzionale della responsabilità, per non violare il limite delle *usurae centesimae* (1389).

Qualcosa di più si viene a sapere sull'inadempimento da parte del compratore in ordine agli obblighi accessori ed alle pattuizioni aggiunte. In Iulian. 3 *ad Urs. Fer.*, D. 19, 1, 29, in tema di concorso fra *actio ex stipulatu*, basata su una *stipulatio poenae*, ed *actio venditi*, si parla di un interesse del venditore che egredisce (*pluris interesse*) la penale e può essere fatto valere con l'azione contrattuale (1390). In Diocl. et Max. C. 4, 44, 14, del 294 d.C., si parla di un semplice *quanti interest*, nel caso di inadempimento di un *pactum adiectum* a carico del compratore (1391).

La problematica dell'interesse assume una maggiore consistenza anche nel caso che il venditore abbia subìto danni in seguito alla *mora emptoris* (1392). Qui già i *veteres*, Sestio Elio e Druso, riconoscevano un'*indemnitas* al venditore (1393); una precisazione di principio su quanto il venditore possa conseguire si ha in Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 1, 3 (1394): il venditore, che — nonostante il ritardo del compratore nel ritiro della merce — abbia scelto di « *non effundere vinum* », deve esser risarcito nei limiti in cui « *interfuit eius inania esse vasa* », il che viene specificato nella mercede che si sarebbe potuta riscuotere dalla locazione o si è dovuta pagare per la conduzione degli stessi (1395): in questo caso si tengono presenti, a

---

tutti i costi come il PRINGSHEIM, *Zur Schadensersatzpflicht des Verkäufers und des Käufers*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, cit., 413 ss.

(1384) Il punto dibattuto nel passo — relativo all'evizione *in libertatem* dello schiavo — era se l'*emptor* dovesse esser risarcito per l'intero, anche se avesse istruito uno schiavo acquistato a buon prezzo (forse, un bambino) in un mestiere particolarmente pregiato come quello di *driver* (*agitator*) o di attore (*pantomimus*). Alla disputa aveva preso parte, sicuramente, Giuliano (ed Africano), ma le soluzioni proposte rimangono incerte.

(1385) Una regola particolare, che porta — nella congiunta valutazione dell'interesse dell'attore e del principio di buona fede che regge il contratto — a delimitare l'ammontare della condanna a vantaggio del venditore è formulata in Nerat.-Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 12: il compratore, soccombente in un giudizio nossale, può conseguire dal venditore, qualsiasi sia la scelta fatta, non più della somma minore tra la *poena* e la perdita derivante dalla *noxae deditio*.

(1386) Per la responsabilità per *dolus in contrahendo* del compratore stesso, cfr. *infra*, § 25 lett. *f*: in questo caso il risarcimento del danno può egredire i limiti della somma dovuta come prezzo e delle relative *usurae*.

(1387) Così Hermog. 2 *iur. epit.*, D. 18, 6, 20: su di esso cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 237; MEDICUS, *op. ult. cit.*, 18 ss. (con ampia discussione della letteratura precedente); HONSELL, *op. cit.*, 168 s., che giustifica la soluzione sulla base della limitazione delle *usurae* a quelle *legitimae* anche per gli interessi moratori Non sembra giustificato il tentativo di EVANS-JONES, *The Measure of Damages in the actio depositi in factum*, in *TR*, 1987, 274 s., di restringere la portata della decisione di Ermogeniano al *lucrum cessans*.

(1388) Su questo aspetto, cfr. *supra*, § 23 lett. *b*.

(1389) Cfr. Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 11, ripreso anche da Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 26.

(1390) Cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 718 nt. 46.

(1391) Con cui quest'ultimo si assumeva il pagamento del residuo delle imposte.

(1392) Su ciò v. anche *supra*, § 21. Non rileva in questa sede la diminuita responsabilità del venditore, sia per quanto concerne il criterio di determinazione della responsabilità, ristretta al dolo, sia per quanto concerne l'ammontare del risarcimento del danno (Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 3, 4).

(1393) « *Pro cibariis* »: cfr. Cels. 8 *dig.*, D. 19, 1, 38, 1; generico Pompon. 20 *ad Sab.*, D. 19, 1, 9: enumera le spese che, indipendentemente dalla mora, il compratore deve risarcire Ulp. 32 *ad Sab.*, D. 19, 1, 13, 22 (v. *supra*, § 23 lett. *i*).

(1394) Che tratta in generale delle conseguenze della *mora in accipiendo* nella vendita del vino: su di esso, v. anche *supra*, § 21.

(1395) Indubbiamente, si possono immaginare altri referenti per l'interesse: ad esempio, il venditore del vino che

Senato della Repubblica - Archivio Storico

limitazione della possibilità dell'attore di richiedere il danno, le condizioni soggettive dello stesso (1396).

m) Il quadro complessivo che emerge dalle fonti non permette di giungere a risultati precisi ed unitari, proprio perché i testi si mantengono spesso sulle generali e perché le conclusioni raggiunte per un singolo passo non possono esser coordinate a sistema neppure nell'àmbito dell'opera dello stesso giurista. L'impressione che, in generale, se ne ricava, e che s'accorda con una caratteristica fondamentale della giurisprudenza romana, è nel senso che i criteri seguiti potessero, più o meno consapevolmente, variare in funzione delle particolarità del caso concreto. Una considerazione si può fare con sufficiente tranquillità: sono in numero sensibilmente maggiore i passi i quali mostrano, seppur in limiti raramente precisabili, come i *prudentes* tenessero conto di criteri soggettivi della valutazione del danno che non siano quelli i quali, più o meno fondatamente, potrebbero essere adoperati a sostenere che essi partissero dal valore oggettivo della cosa, da cui si allontanassero soltanto ricorrendo determinate ragioni (1397).

25. (Segue): *il «dolus in contrahendo»*. — *a*) La problematica si articola in modo particolare per quei casi che possono essere riportati al profilo del *dolus in contrahendo* (1398). Per quanto concerne la sorte del contratto concluso per effetto del dolo di una delle parti (1399), bisogna tener conto che — nonostante la suggestione che potrebbe derivare dalla collocazione, tradizionale nei manuali istituzionali, della relativa problematica nella parte generale fra i vizi del consenso (1400) — il dolo non dà luogo in generale (1401) nella compravendita (1402) ad effetti essenzialmente riconducibili all'invalidità od all'inefficacia del negozio, da cui poi scaturiscano effetti restitutori o risarcitori (1403).

In base alla natura delle azioni contrattuali, che sono *iudicia bonae fidei*, il dolo ha, nell'*emptio venditio*, una rilevanza *ipso iure* (1404) sia in via di difesa sia per far valere, in via di azione, le pretese derivanti dal comportamento scorretto della controparte (1405): ma in quest'ultimo caso gli effetti si collocano tutti sul piano della responsabilità dell'autore del dolo e della pretesa risarcitoria della controparte (1406), senza toccare la validità del negozio nel suo complesso (1407), anche per-

---

vuole alienare i *vasa* (perché ne ha acquistati di nuovi o perché cessa dall'attività), ma bisogna tener conto dell'impostazione casistica dei *prudentes*.

(1396) Un caso particolare di impiego dell'*actio venditi* all'*id quod interest* è preso in considerazione in Paul. 1 *sent.*, D. 4, 4, 48, 1, dove il minore, che non può ottenere la *restitutio in integrum* contro il compratore che ha manomesso l'*ancilla* venduta, eserciterà l'azione contrattuale a tutela dei propri interessi. Non sappiamo fin quanto diversa sia l'impostazione di Ulp. 11 *ad ed.*, D. 4, 3, 7 pr., dove si dà l'*actio de dolo* contro il servo manomesso, che aveva ingannato il minore inducendolo alla vendita, precisando che, contro l'*emptor* in buona fede, non v'è azione.

(1397) Ciò non significa, sia ben chiaro, che, nella prassi, una valutazione in termini oggettivi non sia stata, forse, statisticamente prevalente, proprio per l'impossibilità o la difficoltà della prova di un maggior danno subito dal compratore, in base alla sua particolare posizione.

(1398) Ad eccezione di Afr. 8 *quaest.*, D. 19, 1, 30, 1 (su cui cfr. *supra*, § 15 lett. *g*, ed *infra*, in questo paragrafo, lett. *e*), che può avere una giustificazione nel particolare articolarsi della fattispecie, non ricorre mai, nei passi dei giuristi relativi al *dolus in contrahendo*, la precisazione di quale sia fra le obbligazioni del venditore (*ob evictionem se obligare, possessionem tradere, purgari dolo malo*: Paul. [32] <33> *ad ed.*, D. 19, 4, 1 pr.) quella cui si riporti la responsabilità del venditore.

(1399) Anche qui, del resto, i passi riguardano con netta prevalenza la responsabilità del venditore fatta valere con l'*actio empti* (per l'*actio venditi* nel caso di *dolus emptoris*, cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*).

(1400) Cfr., per chi scrive, Talamanca, *Istituzioni*, cit., 236 ss.; v., fra i più recenti, anche Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1990, 202 ss.: v., del resto, Kaser, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 246.

(1401) Almeno in via diretta: per un effetto riflesso, cfr., ad esempio, Alex. Sev., C. 4, 39, 4, del 223 d.C., su cui cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*.

(1402) Diversa è la situazione per i negozi dell'antico *ius civile*, dove — in funzione della formalità ed astrattezza generalmente ricorrenti — la situazione del negozio paralizzato nei suoi effetti dall'*exceptio doli* può essere correttamente descritta come invalidità pretoria. Al di là dell'opponibilità di tale eccezione, però, l'*actio de dolo*, limitata dal principio della sussidiarietà (cfr. Talamanca, *op. ult. cit.*, 238), porta comunque solo ad una responsabilità formalmente penale e sostanzialmente risarcitoria, e mai all'invalidazione — ancorché pretoria — dell'atto.

(1403) Come accade nel nostro diritto civile: cfr., per tutti, Sacco, *Volontà*, cit., 514 ss.

(1404) Cfr. Talamanca, *op. ult. cit.*, 237: distorta la veduta del Kaser, *lc. ult. cit.*, per cui anche nei negozi non formali e tutelati da *iudicia bonae fidei* si dovrebbe continuare ad affermare l'irrilevanza del dolo per il *ius civile*.

(1405) Al di là dei limiti posti, nell'*actio de dolo*, dal principio della sussidiarietà.

(1406) Anche se, per l'assenza di un — ulteriore — danno specifico, la parte ingannata può limitarsi, in molti casi, a sostenere l'infondatezza della pretesa della controparte all'esecuzione della prestazione.

(1407) Se non mediatamente, in funzione cioè od in occasione dell'accoglimento delle pretese — ma anche delle difese — del contraente ingannato: un effetto sul contratto, si potrà avere, ovviamente, in base al principio della consumazione dell'azione a seguito della *litis contestatio* (cfr. Talamanca, *op. ult. cit.*, 330 ss.), estraneo in sé considerato alla problematica della validità e dell'efficacia del negozio (e purché tale effetto non sia stato eliminato in seguito all'inserzione di una *praescriptio pro actore*: v. Id., *Processo civile*,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ché, a differenza che per la violenza (dove sussisteva la *restitutio in integrum ob metum*), l'esistenza di un'analoga *restitutio* per il caso del dolo desta grossi problemi (1408), né risulta attestata, per la compravendita (1409), per tutto il periodo classico, neppure per quanto concerne gli effetti reali dell'adempimento del venditore (1410). La configurazione dianzi accennata del regime delle azioni contrattuali (1411) fa sì che — respinta l'azione di un contraente perché costui si era comportato dolosamente — l'azione dell'altro resti sempre esperibile, presupponendo dunque esistente ed efficace nel suo complesso il contratto.

b) Queste considerazioni di carattere generale trovano un puntuale riscontro nella responsabilità per *dolus in contrahendo*, dove l'attore, generalmente il compratore, fa valere una responsabilità del convenuto che nasce dall'esistenza del contratto e del comportamento ingannevole della controparte e che tende ad ottenere un risarcimento del danno, prescindendo da qualsiasi considerazione sulla validità e sull'efficacia del negozio (1412).

Nella fase delle trattative precontrattuali, in relazione al *dolus in contrahendo*, il comportamento del venditore (1413) può articolarsi in due modi diversi. Da una parte, vi può essere un atteggiamento soltanto negativo, il silenzio del venditore reticente, che taccia, pur essendone a conoscenza, le circostanze che — sconosciute al compratore — possano, per comune modo di vedere (1414), influire sulla determinazione negoziale dello stesso, escludendola o modificandola su punti essenziali (1415). Il venditore può, d'altronde, assumere l'iniziativa di dichiarazioni sulle circostanze che possono — in generale o nel caso specifico (1416) — influire sulle decisioni del compratore.

In ordine alle circostanze taciute o falsamente dichiarate bisogna distinguere dalle altre quelle relative alle qualità — positive o negative, materiali o giuridiche — della cosa venduta. Rispetto alle prime è responsabile soltanto il venditore che, consapevolmente, affermi fatti inesistenti o neghi fatti esistenti, ingannando il compratore, mentre nell'esperienza giuridica romana non esiste, in siffatta connessione, una responsabilità per colpa (1417).

Per quanto riguarda, invece, le dichiarazioni sull'esistenza o sull'assenza di determinate qualità della cosa venduta, va preliminarmente osservato come non possano rilevare, ai fini della responsa-

---

cit., 39). Lo spunto che si potrebbe cogliere in senso contrario in Ulp. 11 *ad ed.*, D. 4, 3, 7 pr. proviene da una parte del passo che — considerata interpolata a partire dalla giurisprudenza culta olandese (cfr. *Index interpolationum*, *ad h.l.*: v., del resto, D'Ors, *Una acción de dolo dada al menor contro su esclavo manumitido: una revisión de Ulp. D. 4, 3, 7 pr. y 4, 4, 11 pr.*, in *SDHI*, 1980, 31 ss., che, senza convincere, vuole però riportarlo alla tematica della *restitutio in integrum*) — si pone in gravissima contraddizione con quanto altrimenti affermato nel passo e con il *Gedankengang* espresso nel medesimo.

(1408) Cfr., in generale, Kaser, *op. ult. cit.*, I, 246 testo e nt. 42, con letteratura, fra cui v., particolarmente, Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, 327 ss.

(1409) Per la quale, invece, è ampiamente documentata — generalmente in ordine agli effetti reali della fattispecie — l'*in integrum restitutio ob aetatem* (e al proposito non si ponevano invero problemi): Gai. 4 *ad ed. prov.*, D. 4, 4, 27, 1; Iul. 45 *dig.*, D. 4, 4, 41; Scaev. 1 *resp.*, D. 4, 4, 47 pr.-1; Scaev. 2 *dig.*, D. 4, 4, 39, 1; Paul. 1 *sent.*, D. 4, 4, 24, 4; *eod.*, 48, 1; Ulp. 11 *ad ed.*, D. 4, 4, 13, 1; 35 *ad ed.*, D. 4, 4, 49; Mod. 6 *resp.*, D. 26, 7, 32, 4-5; Sev., C. 2, 47, 1 pr. (s.a.); Sev. et Ant., C. 2, 23, 1 (del 194 d.C.); Gord., 2, 19, 5 (del 239 d.C.); Diocl. et Max., C. 2, 23, 2 (del 287 d.C.); C. 2, 21, 3 (del 293 d.C.); Constantin., C. 2, 27, 2 (del 326 d.C.). Meno frequente, e testimoniata più tardi (ma anch'essa aproblematica dal punto di vista del diritto classico), la *restitutio ob metum*: Gord., C. 2, 19, 3 (del 238 d.C.); Diocl. et Max., C. 2, 19, 8 (del 293 d.C.), e *propter absentiam*: Diocl. et Max., C. 2, 51, 2 (del 290 o 293 d.C.).

(1410) Sul ricorrere di rimedi, almeno terminologicamente, rescissori — a quanto sembra, diversi però dalla *restitutio in integrum* — alla fine del III secolo d.C., cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*.

(1411) La quale è, del resto, strettamente connessa con la caratteristica del processo formulare per cui — a parte i *praeiudicia* (cfr. Talamanca, *Processo civile*, cit., 68 ss.) ed i provvedimenti emessi in base ad un'*adiudicatio* (cfr. *ivi*, p. 37 s.) — sono previste soltanto azioni di condanna, e la *condemnatio* della *formula* porta sempre su una somma di denaro (*ivi*, p. 37).

(1412) Cfr., rapidamente, in questo senso Arangio-Ruiz, *La compravendita*², cit., 211.

(1413) Nelle fonti una simile articolazione non risulta per il compratore, su cui cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*.

(1414) Altro problema è quello della reticenza su circostanze soggettivamente influenti per il compratore, ed in cui, perché si abbia una reticenza imputabile al venditore, quest'ultimo deve esser a conoscenza del particolare interesse dell'acquirente.

(1415) Quali, ad esempio, la determinazione del corrispettivo.

(1416) Anche qui è necessario che egli sia consapevole che la circostanza dichiarata possa influire sulla formazione della volontà negoziale della controparte.

(1417) La categoria della *culpa in contrahendo*, la cui identificazione risale a Rudolf von Jhering: cfr., da ultimo, Choe, *Culpa*, cit., su cui v. Talamanca, *Pubblicazioni* (1989-1990), cit., 687 ss., e che ha dato un grande apporto alle moderne teoriche sulla responsabilità precontrattuale, non è stata consapevolmente utilizzata, neppure implicitamente, dai giuristi romani. Il grande giurista del secolo scorso la ricostruiva sulla base di spunti romanistici, in cui il venditore rispondeva però indipendentemente da qualsiasi comportamento colposo, come accade del resto nel caso di responsabilità per i vizi della cosa venduta indipendente dal *dolus in contrahendo* (cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *g*).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

bilità del venditore, il caso in cui egli escluda la presenza di qualità positive o ammetta quella di qualità negative. Qui l'alienante assolve all'onere di informare il compratore delle circostanze influenti sulla formazione della volontà contrattuale, il che lo esonera da ogni responsabilità al riguardo (1418).

Se, invece, dichiara l'esistenza di qualità positive o l'inesistenza di qualità negative (1419), egli risponde — con l'*actio ex empto* — per il solo fatto di aver proceduto a tali dichiarazioni, anche se in buona fede, perché appare essersi assunto, nel responsabile esercizio della propria autonomia negoziale, una garenzia al riguardo (1420). Il profilo del dolo non è, in questo caso, rilevante, se non per aggravare eventualmente la responsabilità del venditore (1421).

c) Per il *dolus in contrahendo*, dalla casistica delle fonti emergono (1422) sia le fattispecie nelle quali il venditore ha tenuto un contegno positivo volto a trarre in inganno il compratore (1423), sia quelle in cui egli è tenuto in base soltanto alla sua reticenza, e cioè in base al fatto che fosse a conoscenza di una circostanza (1424) e l'abbia taciuta (1425). Solo in un passo, a nostra conoscenza, si prende specificamente in esame il rapporto fra contegno volto positivamente ad ingannare e reticenza, e cioè Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 19, 1, 11, 1, ma con un andamento di pensiero che appare, almeno all'interprete moderno, piuttosto strano (1426).

L'esperibilità dell'azione contrattuale a proposito del *dolus in contrahendo* è sicura, sulla base dei testi giurisprudenziali, a partire dall'inizio del II secolo d.C. (1427). È, comunque, da escludersi che, dopo tale momento, si potesse prospettare l'opinione che, in casi del genere, si dovesse ricorrere all'*actio de dolo* (1428).

d) Non è, d'altronde, facile identificare in base a quale parametro venisse liquidato, in questi casi, il danno sofferto dal compratore. Secondo un'impostazione ormai piuttosto risalente, si darebbe qui, in diritto classico, il caso elettivo di applicazione del cosiddetto interesse negativo, mentre sarebbero stati i giustinianei ad avere la propensione ad applicare, anche in codesta fatti-

(1418) Non rileva, nel contesto, se il venditore sia o meno sicuro dell'effettiva realtà di quanto afferma (si pensi ai casi di dubbio sull'esistenza di un difetto della cosa venduta, in cui, per evitare responsabilità, il venditore preferisca comunque dichiararlo), ché si tratta di affermazioni che vanno contro l'interesse del dichiarante.

(1419) Per quanto riguarda il *dolus in contrahendo* e la connessa responsabilità per i *dicta et promissa*, le fonti romane propongono una netta distinzione fra l'atteggiamento — normale nei venditori soprattutto di professione — che tende a lodare ed a presentare nel modo migliore al compratore la cosa venduta (*commendare*, *commendatio*) ed il comportamento volto ad assumere una responsabilità o ad ingannare la controparte (che dà invece luogo a responsabilità): cfr. Flor. 8 *inst.*, D. 18, 1, 43 pr.; Ulp. 44 *ad Sab.*, D. 4, 3, 37 ed Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 19 pr. Mentre Ulpiano non distingue fra i due atteggiamenti sul piano strutturale, per Fiorentino si è — sicuramente — sul piano della *commendatio*, quando il compratore può controllare personalmente la fondatezza delle asserzioni dell'alienante.

(1420) Sull'esperibilità dell'azione contrattuale per clausole del genere, cfr. anche *supra*, § 22 lett. *e*.

(1421) V. il parere di Nerazio, riportato in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 14 (su cui cfr. *infra*, nt. 1474). Altro problema che si potrebbe in astratto porre è quello se tutte le dichiarazioni ingannevoli, che costituiscono sicuramente un comportamento doloso, possano esser valutate come assunzione di responsabilità in base ai *dicta et promissa*, il che verrebbe ad assumere una particolare importanza nell'àmbito dell'opinione — ormai tendenzialmente superata (cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *g*) — per cui, nel *dolus in contrahendo*, il venditore risponderebbe soltanto nei limiti del cosiddetto interesse negativo.

(1422) Per impiegare la distinzione fatta precedentemente (*supra*, in questo paragrafo, lett. *b*).

(1423) Iulian. 7 *dig.*, D. 19, 1, 22; Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 13 (ripreso in Hermog. 2 *iur. epit.*, D. 19, 1, 49 pr.); Ulp. 11 *ad ed.*, D. 19, 1, 32; 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 4-7; Pauli *sent.* 2, 17, 6.

(1424) Che avrebbe potuto influenzare negativamente il processo di formazione della volontà del compratore.

(1425) Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 1, 35, 8; Papin. 3 *resp.*, D. 19, 1, 41; Paul. 33 *ad ed.*, D. 19, 1, 21, 1; Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 5 e § 15-16; *eod.*, 13 pr.-1 e § 14; Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 38, 7; Mod. 5 *resp.*, D. 19, 1, 39.

(1426) Cfr. le critiche già del Bechmann, *Der Kauf*, III, t. 2, cit., 191 nt. 3. Ulpiano parte, infatti, da un caso di reticenza dolosa sull'esistenza di una servitù e sembrerebbe — di contro all'apparente logica — affermare l'equivalenza dell'espresso diniego della servitù stessa a tale contegno, trattando successivamente della irrilevanza per il *venditor sciens* dell'espresso esonero di responsabilità per l'esistenza di servitù non conosciute dal compratore (per passare poi ad altro problema ed affermate la responsabilità del venditore nel caso in cui avesse positivamente impedito al compratore la conoscenza del *ius in re aliena*), e concludendo con una contrapposizione formulata in modo piuttosto singolare fra comportamento scorretto «*in celanda servitute*» e *securitati suae* — del venditore — *prospicere*.

(1427) Essa ha avuto, però, alle spalle una storia, che si coglie soprattutto in alcuni passi di Cicerone (v. in Cic. *off.* 3, 58-59; 3, 65-66, i casi, realmente verificatisi, nonché quelli discussi in astratto, riferendo le dispute al riguardo tra i filosofi stoici), relativi a vicende a partire dalla fine del II secolo a.C. fino alla metà del successivo, le quali mostrano — nella prassi dei giudicati — valutazioni contrastanti circa la possibilità di agire *ex empto* per un comportamento scorretto del venditore. Su di ciò, cfr. Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 212 s.

(1428) Come sembrerebbe risultare da Ulp. 44 *ad Sab.*, D. 4, 3, 37, in materia — sembrerebbe — di editto edilizio (sul passo, v. anche *supra*, nt. 1419): cfr. per tutti, contro le illazioni che si volessero trarre dal passo in tal senso, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 213 s., che lo riporta correttamente all'*actio ex empto*; a quest'ultima azione si riferisce anche Paul. 11 *ad Sab.*, D. 21, 1, 47 pr., in cui, come nel passo di Ulpiano, si parla di un'azione che fa valere i *dicta et promissa*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

476

specie, l'interesse positivo (1429). La dottrina più recente è, invece, nettamente orientata a riconoscervi l'applicazione di quest'ultimo criterio anche da parte dei giuristi classici (1430). A questo proposito, le fonti non danno una risposta netta, anche perché non sono decisive le precisazioni sulle voci attive rientranti nel danno da liquidare, che talora vi si possono riscontrare, in quanto le stesse sono compatibili con l'uno e con l'altro genere di interesse.

Nulla di utile si ricava, ovviamente, dai passi in cui si riafferma, genericamente, la possibilità di agire in base al contegno positivamente ingannatorio od alla reticenza del venditore (1431). Altri testi sono un po' più circostanziati nel senso che correlano il diritto al risarcimento con l'*interesse* del compratore (1432). Altri specificano la portata dell'interesse stesso, precisando che il compratore ha diritto di ottenere una somma pari all'interesse alla conoscenza del fatto od a non esser ingannato (1433): così Paul. 33 *ad ed.*, D. 19, 1, 21, 2, per l'*error in qualitate* (1434); Paul. 5 *ad Sab.*, D. 19, 1, 4 pr., nel caso il servo sia un ladro o, comunque, capace di recare danni; Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 1, per il servo ladro e fuggitivo (1435); Mod. 5 *reg.*, D. 18, 1, 62, 1, nella vendita delle *res extra commercium* (1436); *I.* 3, 23, 5, nella vendita di *res extra commercium* e dell'uomo libero (1437). È sostanzialmente equivalente la formulazione che rapporta l'interesse alla conoscenza del fatto taciuto o mascherato (cfr. Paul. 4 *ad Sab.*, D. 19, 1, 4 pr.: reticenza sull'alienità della cosa); o ad essere stato ammonito sull'esistenza di una circostanza che poteva produrre danno (cfr. Gai. 2 *rer. cott.*, D. 18, 6, 16: reticenza del venditore sulla corruttibilità del vino).

Codeste formulazioni sono state poste in relazione alla problematica qui trattata, vedendovi un'attestazione che l'interesse del compratore era diretto soltanto alla rimozione degli effetti dell'inganno; e, poiché senza l'inganno stesso egli non avrebbe concluso — almeno a quelle condizioni — il contratto, se ne dovrebbe ricavare che l'*id quod interest* riconosciuto al compratore era delimitato nel senso dell'interesse negativo, a non aver concluso il contratto. L'illazione non è però giustificata (1438): nella concretezza dei singoli casi, l'interesse a non essere stato ingannato può accidentalmente coincidere con quello a non aver concluso il negozio (interesse negativo), ma può — altrettanto legittimamente — identificarsi anche con quello di aver concluso il negozio nelle condizioni che il compratore era stato, ingannevolmente, indotto a ritenere sussistenti (interesse positivo).

e) Le attestazioni fin qui discusse sono, quindi, neutre rispetto all'indicazione di un criterio unitario, da seguire in tutte le fattispecie di *dolus in contrahendo*: e, si può dire, questa constatazione è — già di per sé — indizio che la valutazione dell'interesse dell'attore può variare di caso in caso. Ciò è confermato da alcuni altri passi, in cui si dà qualche notizia in più sulla consistenza

(1429) Cfr., soprattutto, PRINGSHEIM, *Das Alter der aedilizischen actio quanti minoris*, in *ZSS.R.*, 1952, 293 ss. (dove precedente letteratura), e tendenzialmente ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 238 ss. (che è soprattutto più dubbioso sull'effettivo impiego dell'interesse positivo da parte dei postclassici).

(1430) Cfr., pur se da punti di vista diversi, MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 125 ss.; HONSELL, *Quod interest*, cit., 87 ss.

(1431) Iulian. 7 *dig.*, D. 19, 1, 22 (dichiarazioni menzognere sulla reciproca estensione delle culture del fondo); Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 1, 35, 8 (reticenza su un confinante, la cui conoscenza avrebbe indotto l'acquirente a desistere dal contratto); Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 13, ripreso in Hermog. 2 *iur. epit.*, D. 19, 1, 49 pr. (*conlusio* per far figurare un inesistente colono del fondo); Paul. 33 *ad ed.*, D. 19, 1, 21, 1 (reticenza sull'esistenza di un *tributum*); Ulp. 11 *ad ed.*, D. 19, 1, 32 (uso di misure false); 18 *ad ed.*, D. 19, 1, 34 («*captio*» sulla «*qualitas iugerum*»); 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 15-16 (consapevolezza dell'alienità della cosa venduta, in transazioni in cui il venditore è, in qualche modo, esonerato dalla responsabilità per l'evizione) e D. 19, 1, 13, 6-7 (reticenza sui debiti garentiti sul fondo o sui tributi); Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 38, 7 (reticenza sull'esser castrato l'animale venduto); Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 19, 1, 1, 1 (reticenza sull'esistenza di una servitù passiva e comportamento rivolto a celare l'esistenza di una attiva).

(1432) Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 6, 9 (reticenza sulla distruzione naturale di alberi); Paul. 5 *ex Plaut.*, D. 18, 1, 57, 1 (reticenza sull'incendio della *domus*: sul passo, v. anche *supra*, § 5 lett. *b*).

(1433) V. ulteriormente, nel prosieguo, le varie formulazioni che emergono in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, pr.-2 e § 4-5.

(1434) Sulla fattispecie cfr. *supra*, § 4 lett. *d*.

(1435) Non collega invece l'*interesse* del compratore con il *non decipi*, la formulazione del § 6, dove si afferma che il venditore è tenuto, «*quasi decepisset emptorem*», dove, probabilmente, il *quasi* non va inteso — tenendo conto dei fatti esposti — come equiparazione di una fattispecie ad un modello, in cui a stretto rigore non rientra, ma quale congiunzione causale.

(1436) Ma è discutibile che l'azione dipendesse qui, com'è opinione diffusa, dal *dolus in contrahendo*: cfr. *supra*, § 7 lett. *c*.

(1437) Dalla lettera del passo delle *Institutiones* sembrerebbe ricavarsi la necessità del *dolus in contrahendo*: ciò è dubbio che fosse positivamente richiesto dai classici, ma anche dai compilatori delle *Institutiones*, perché avrebbe innovato sul regime della vendita dell'uomo libero (v. *supra*, § 7 lett. *c*).

(1438) Come, invece, lo sarebbe se, ad esempio, i passi si fossero riferiti a *quanti actoris interest, rem non emisse*: codesta formulazione non ritorna, però, nelle fonti a nostra disposizione, e si tratta di un fatto altamente significativo.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

del risarcimento del danno riconosciuto al compratore e dunque su quale interesse sia concretamente protetto. Anzitutto, in un passo assai discusso in dottrina (Iulian.-Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13 pr.), in cui il giurista più antico pone esplicitamente la differenza fra *venditor sciens* ed *ignorans* (1439), si riconosce al compratore — a stare a quella che sembra l'ipotesi preferibile — un risarcimento nei limiti del suo interesse a ricevere una cosa priva dei vizi taciuti dolosamente dal venditore (1440).

Nei successivi § 1-2, proseguendo la discussione (1441), Ulpiano impiega fra l'altro la formulazione — sicuramente più diffusa — «*quanti emptoris interfuit non decipi*», mostrando con ciò di non sentire una profonda differenza fra quest'ultima e quella adoperata nel pr. E, sempre nel medesimo contesto, si potrebbe scorgere — nel § 4 *h.l.* — un altro esempio della tendenza del giurista ad esprimersi in termini che, almeno, sembrerebbero indicativi di una considerazione dell'interesse positivo, sebbene, ancora una volta, il passo appaia corrotto (1442). Alla disciplina fissata da Giuliano si richiamava (1443), del resto, anche Marcian. 4 *reg.*, D. 18, 1, 45 (1444), che poneva a carico del venditore *sciens* il risarcimento del danno nei limiti dell'interesse positivo ad avere la cosa (1445).

Nel caso particolare della vendita consapevole di cosa altrui (1446), deve essere prestato poi l'interesse a *rem emptoris fieri* (Afr. 8 *quaest.*, D. 19, 1, 30, 1) (1447); e, nella compravendita di

(1439) Sulle conseguenze di tale distinzione, in ordine all'ammontarne del risarcimento del danno, cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *g*.

(1440) Il problema riguarda l'interpretazione dell'ultima frase, che nella *litera Florentina* presenta un gruppo di lettere, «*idonevenisse*», che senza modificazioni non dà senso. La restituzione di Theodor Mommsen «*quod interfuit idonea venisse erit praestandum*» è stata respinta per motivi sostanziali, e si è corretto in modo diverso il testo tràdito: soprattutto in *id non evenisse* (Fränkel, *Julian-Ulpian über die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, in *ZSS.R.*, 1924, 527 ss.): cfr., per la letteratura, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 241 ss.; Honsell, *op. cit.*, 90 (non si pronuncia Medicus, *op. ult. cit.*, 128 ss.). Le due correzioni accennate sono difficilmente accettabili: quella di Mommsen, per il plurale che non si raccorda con il singolare *pecus*; quella del Fränkel, per una certa disparità che viene ad imputare a questa parte del passo nel raffronto col punto di vista immediatamente prima adottato. A nostro avviso dovrebbe leggersi «*idoneum venisse*», in quanto — tenuto conto che le due lettere, distinte nel nostro alfabeto, non lo erano in quello romano — un copista sarebbe passato dalla «*u*» alla lettera che segue la «*v*».

(1441) Sempre impostata sulla differenza fra il *venditor sciens* ed *ignorans*.

(1442) Nonostante la difesa del Honsell, *op. cit.*, 103 s., «*quanto pluris emisset*» non dà senso (v., per tutti, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 240 s.; Medicus, *op. ult. cit.*, 142 s.); la correzione in *quanto minoris* non è, però, sufficiente; e resta allora, come soluzione più probabile, quella proposta dal Krüger P., in Mommsen Th. e Krüger P., *Digesta* (ed. minor), *ad h.l.*, in *quanto pluris esset*: secondo codesta emendazione (confortata dalla circostanza che nel § 1, la responsabilità nei limiti della proporzionale riduzione del prezzo è applicata soltanto al venditore *ignorans*), il compratore, ingannato dal venditore sull'*artificium* o sul *peculium* del servo avrà diritto non ad una riduzione del corrispettivo pagato, bensì al maggior valore dello schiavo (il che ha la sua importanza se, com'è facilmente immaginabile nel caso, il venditore abbia fatto un «buon prezzo» per lo schiavo che non aveva le mentite qualità).

(1443) Cfr., del resto, Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 6, 4, in cui nel caso di vendita di un *vas non integer* la responsabilità per il *damnum emergens* è affermata od in base ai *dicta et promissa* o al dolo del compratore, riportando il contrario parere di Labeone, per cui — salva clausola contraria — il venditore è sempre tenuto per l'*integritas* del *vas*.

(1444) Su cui cfr. anche *supra*, § 4 lett. *d*. Dal punto di vista della responsabilità del venditore, v. soprattutto Medicus, *op. ult. cit.*, 131 ss.; Honsell, *op. cit.*, 93 ss., dove ulteriore letteratura.

(1445) Sembrerebbe potersi ricavare dal complessivo andamento del passo che, a differenza di Giuliano, Marciano riconoscesse, oltre al *damnum emergens*, il *lucrum cessans* nei limiti non della differenza del prezzo, ma del valore della cosa che il compratore aveva inteso acquistare (sul problema della *scientia* e dell'*ignorantia venditoris*, v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *g*). Per Honsell, *op. cit.*, 97, la responsabilità del venditore *ignorans* dipende da un'esplicita assunzione di garenzia («*eine vom Verkäufer abgegebene Zusicherung*»), il che non è certo sicuro. Se l'ipotesi fosse vera, si porrebbe una difficile questione sui rapporti fra i *dicta et promissa* ed il trattamento della vendita in seguito ad *error in substantia*: la nullità del negozio a causa dell'errore stesso potrebbe apparire una sanzione sussidiaria a quella della responsabilità contrattuale, indotta dall'esplicita assunzione della garenzia. Un analoga impostazione non è esclusa neanche per Paul. 33 *ad ed.*, D. 19, 1, 21, 2 (cfr. *supra*, § 4 lett. *d*, ed *infra*, nt. 1476).

(1446) Non si tratta qui dell'impiego dell'*actio empti* in funzione di garenzia, perché il compratore agisce sulla base del *dolus venditoris*, prima che sia intervenuta l'evizione, sulla base — esplicita Africano — della generica e sussidiaria obbligazione di astenersi da un comportamento doloso (*purgari dolo malo*), su cui cfr. *supra*, § 15 lett. *g*. In questo caso ci si richiama specificamente a quale fra le varie obbligazioni del venditore si debba imputare la responsabilità fatta valere con l'*actio empti*, perché, da una parte, si va oltre i limiti della garenzia per evizione (in quanto il venditore è tenuto indipendentemente dalla cessazione dell'*habere licere*) e, dall'altra, si riconosce al compratore il risarcimento del danno per non aver conseguito la proprietà della cosa, nonostante il venditore sia tenuto soltanto a *possessionem tradere* (onde residuava soltanto il *purgari dolo malo*).

(1447) Sul passo cfr. *supra*, § 15 lett. *g*: un siffatto impiego dell'*actio empti* è considerato anche in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 15 e 16, nonché nel § 18 *h.l.*, i.f., senza alcuna indicazione però relativa a quanto il compratore potesse ottenere al riguardo. Una responsabilità per dolo, da far valere con l'azione contrattuale, è prospettata — senza indicarne la portata — in Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 21, 2, 21 pr., nel caso lo schiavo sia morto prima dell'evizione (caso in cui non poteva agirsi *ex stipulatione duplae*). Una possibilità di applicazione di questa azione si ha ancora nell'evizione *in*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

credità, l'aver venduto un compendio ereditario, pur sapendo di non avervi diritto, obbliga il venditore, ancorché avesse escluso la responsabilità anche per il *verum nomen* (1448), mentre risponde per dolo anche il creditore pignoratizio che, normalmente, non è tenuto per l'evizione (1449).

In altri passi, invece, non si riscontrano affermazioni dalla portata così generale, in quanto si tiene conto di quanto specificamente rileva nella concreta configurazione della fattispecie (1450). È il caso di Papin. 3 *resp.*, D. 19, 1, 41, in cui di *annuae pensitationes* dolosamente taciute si tiene conto, in via di compensazione, nell'*actio venditi* con cui il venditore richiede il pagamento del prezzo (1451). Ma in senso contrario si può arrivare a considerare priva d'interesse la vendita per il compratore, e ad ammettere che — mediante l'esercizio dell'azione contrattuale — si pervenga a tener conto dell'interesse del compratore alla risoluzione, e non all'adempimento, del contratto (1452). Questo risulta esplicitamente da Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 5, in cui si parla di *actio ad resolvendam emptionem* (1453): alla "risoluzione" del contratto (1454) si arrivava, praticamente, in base all'amplissimo *officium iudicis* fondato — nell'azione contrattuale — sulla clausola *ex fide bona* (1455).

Per quanto concerne i limiti oggettivi della responsabilità del venditore, Ulpiano si limita a dire che l'interesse garentito al compratore «*multa continet*» (in D. 19, 1, 13, 2): ma gli esempi fatti in

---

libertatem dopo la manomissione da parte del compratore (anche nel quale caso non può agirsi in base alle stipulazioni di garenzia), per l'interesse ad avere il liberto: cfr. Paul. 5 *ad Sab.*, D. 21, 2, 26 (dove si menziona il dolo del venditore), e Paul. 5 *quaest.*, D. 19, 1, 43 e 45, 2 (dove l'azione sembrerebbe concessa indipendentemente da questo presupposto).

(1448) Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 4, 12 (cfr. *supra*, nt. 476): più generico, per la *venditio nominis*, Hermog. 2 *iur. epit.*, D. 21, 2, 74, 3.

(1449) Cfr., ad esempio, Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 16; Gord., C. 8, 45, 2 (del 240 d.C.), in cui, però, non si specifica entro quali limiti il compratore veda risarcito il suo danno.

(1450) Va, in effetti, notato che nella ricorrenza del *dolus in contrahendo* possono darsi spesso fattispecie in cui l'unico interesse che possa vantare l'attore è la differenza di prezzo fra la cosa effettivamente comperata e quella che gli è stato fatto credere di comprare, come nel caso fatto nel testo della reticenza dolosa su alcuni oneri gravanti sulla cosa stessa, che non ne diminuiscono la funzionalità socio-economica. In tal caso sarebbe priva di senso l'applicazione dell'interesse positivo nella sua normale portata e dunque il *quanti emptoris interfuit deceptum non esse* si articola in modo diverso: e lo stesso deve dirsi per l'altro caso, di cui immediatamente appresso nel testo, in cui non residua per il compratore alcun interesse all'acquisto.

(1451) In Diocl. et Max., C. 4, 49, 9 (del 293 d.C.) la stessa fattispecie è guardata, espressamente, dal punto di vista della diminuzione del prezzo.

(1452) Più discutibile l'*actio «ut stetur emptioni aut discedatur»* di Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 27 e 28, che sono stati sicuramente raccorciati più che consapevolmente alterati. È fra l'altro difficile ricostruire la fattispecie del § 27, in cui non si vede per qual motivo all'*emptor*, che sembrerebbe aver colluso con il *procurator*, si debba concedere l'*actio ex empto* allo scopo dianzi indicato, sembrerebbe nei confronti del *dominus* (così la gl. *ex empto*, *ad h.l.*, la quale notava trattarsi di azione utile). Ad ogni modo, almeno per il caso del *minor circumventus*, fatto nel § 28, sembra lasciarsi al minore stesso la scelta fra una "ratifica", in senso atecnico, del contratto (che importava la completa esecuzione dello stesso) e un *discedere*, in ordine al quale il giurista non poteva non affrontare i problemi del rapporto con la *restitutio in integrum*.

(1453) Pur a conoscenza del fatto che il compratore errava sulla verginità della schiava, il venditore non l'ha avvertito (sul passo cfr., con letteratura, Medicus, *op. ult. cit.*, 146 s.); qui non è possibile esperire l'*actio redhibitoria*, perché non si tratta di vizio preso in considerazione dagli edili, ma il dolo del venditore ne induce egualmente la responsabilità: non avendo interesse il compratore all'acquisto di una *mulier* al posto di una *virgo*, l'azione serve alla "risoluzione" — in senso socio-economico più che giuridico — del contratto.

(1454) In via empirica, ciò poteva accadere anche in seguito all'inadempimento, ove non vi fosse stata anticipazione di una delle prestazioni, e di fronte alla mancata esecuzione della controparte, l'altra non esercitasse l'azione, ma si limitasse, per conto suo, a non adempiere: per un caso pratico, che rileva soprattutto nei rapporti fra il tutore (e venditore) ed il pupillo, cfr. Scaev. 4 *dig.*, D. 26, 7, 56.

(1455) E non mediante meccanismi analoghi a quelli — più semplici e diretti — dell'odierna azione costitutiva. Nella *l.* 11, 5 si allude più o meno copertamente a codesti meccanismi: il giudice invitava il venditore a restituire il prezzo contro la restituzione della schiava; se ciò avvenisse, il venditore stesso era assolto (v'è qui una marcata analogia con il funzionamento dell'*actio redhibitoria*, su cui cfr., per tutti, Kaser, *op. ult. cit.*, I, 559 s.). Ove il venditore rifiutasse di aderire a questa soluzione (ma questa evenienza non è presa in considerazione dal giurista), probabilmente lo condannava, comunque, alla restituzione del prezzo, ancorché la cosa restasse presso il compratore: ed è ancora lo stesso meccanismo dell'*actio redhibitoria*. Questo accadeva, ovviamente, quando l'asserzione del compratore di non aver alcun interesse a trattenere la cosa acquistata contro una riduzione di prezzo fosse reale e degna di tutela, e non si trattasse quindi di una semplice impuntatura od un capriccio (e urtasse così, a sua volta, contro la *bona fides*); a differenza, però, di quanto accade nel gioco fra l'*actio redhibitoria* e l'*actio quanti minoris*, che sono due azioni diverse, nell'*actio empti*, sulla base dell'*oportere ex fide bona*, il giudice poteva arrivare — nel caso in cui il convenuto rifiutasse di collaborare alla soluzione più adeguata — sia a condannarlo comunque alla restituzione dell'intero prezzo, sia a decurtare tale condanna. Può darsi che a problemi così articolati si riferisse l'originale da cui è stato tratto Pauli *sent.* 2, 17, 6 (v. diversamente Medicus, *op. ult. cit.*, 147 s.), sulla cui attuale stesura non può farsi grosso affidamento per ricostruire l'andamento di pensiero dell'originale classico: tale passo non può comunque esser posto a base dell'opinione che per il *dolus in contrahendo* i classici riconoscessero, sempre e soltanto, l'interesse negativo (così, esattamente, anche Honsell, *op. cit.*, 104 s., pur se da differente angolatura).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

quest'ultimo paragrafo ed anche nel *principium* del frammento mostrano che ci si atteneva ad un nesso di causalità di natura piuttosto evidente e ci si muoveva nell'àmbito di una evidente prevedibilità dell'evento dannoso (1456).

f) Dolus in contrahendo può sussistere da parte del compratore a danno del venditore (1457): nel caso esso ricorra si dà, generalmente, una responsabilità nei limiti del danno arrecato al venditore. Nella maggior parte dei casi proposti dalle fonti (1458), il venditore è stato indotto, con l'inganno, a fissare un prezzo inferiore a quello che avrebbe richiesto se l'inganno stesso non si fosse verificato, e conseguentemente l'*id quod interest* del venditore coincide con l'adeguamento del prezzo realmente pagato a quello che il venditore avrebbe richiesto se il processo di formazione della sua volontà non fosse stato turbato dal *dolus emptoris*: e, non avendo altri referenti, il prezzo per chiamarlo così ipotetico vien fatto coincidere con il valore reale della cosa (1459).

Nel caso la compravendita così conclusa non fosse stata eseguita, Alex. Sev., C. 4, 39, 4 (del 223 d.C.), sempre in materia di *venditio hereditatis*, dichiara infondata l'*actio ex empto* del compratore, e legittima il venditore ad esercitare *suo iure* le azioni ereditarie; rispetto al venditore che non assuma alcuna iniziativa (1460), si arriva in fattispecie del genere — in via di fatto — ad una situazione effettuale analoga a quella che, da un punto di vista moderno, consegue all'invalidità del negozio: il compratore non può agire per l'esecuzione del contratto, perché la sua pretesa è contraria alla *fides bona*, mentre il venditore si limita ad astenersi dall'agire (1461). Un ulteriore passo è compiuto in epoca diocleziancа, in cui si ammettono rimedi rescissori o restitutori dei quali è difficile cogliere l'effettiva portata al di sotto di una terminologia forse non del tutto precisa (1462): su ciò hanno avuto un sicuro influsso i cambiamenti intervenuti nella *cognitio* nella struttura delle forme processuali rilevanti a tale riguardo (1463).

g) Alle volte, infine, con l'azione contrattuale si ottiene un regolamento della vicenda diverso — e talora ciò viene esplicitamente detto — dal con-

---

(1456) Nessuno potrebbe dire che non fosse prevedibile il crollo del complesso edificatorio, dove il trave marcio fosse stato adoperato, od il contagio del gregge, in cui fosse stato immesso il capo ammalato (sono gli esempi di D. 19, 1, 13 pr.), o che non si potesse contare sul fatto che il *servus fugitivus* sollecitasse altri alla *fuga*, ed il *fur* rubasse qualcosa (sono gli ulteriori esempi del § 2).

(1457) Soltanto in Ulp. 37 *ad ed.*, D. 47, 2, 52, 22, in cui si riporta l'opinione di Mela (si trattava del compratore che usa scientemente *maiora pondera*), si pone — e si risolve affermativamente, senza discutere del concorso con l'azione contrattuale — il problema se, nel *dolus in contrahendo* del compratore, possano riscontrarsi gli estremi dell'*actio furti*; all'azione *ex delicto* non accenna invece Ulp. 70 *ad ed.*, D. 19, 1, 32. Generica la portata di Diocl. et Max., C. 4, 44, 11 pr. (del 293 o 294 d.C.).

(1458) Ma cfr. Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 2, 14, 1, in cui l'*actio venditi* è data contro il *prior emptor* che, in un'*in diem addictio* (risolutivamente condizionata), abbia dolosamente fatto presentare una migliore offerta ad un soggetto insolvibile: la compravendita con il *posterior emptor* è efficacemente conclusa, ma il venditore può intentare contro il *prior* l'*actio venditi*, con cui chiede il «*quanti sua intersit id non esse factum*»: anche se non è specificato, ciò dovrà coprire — oltre all'eventuale regolamento dei reciproci interessi a seguito della risoluzione comunque prodotta dall'*in diem addictio* — anche il danno derivante dalla scarsa solvibilità del secondo compratore. Per Ulp. 11 *ad ed.*, D. 4, 3, 7 pr., cfr. *supra*, nt. 1427.

(1459) Cfr., in materia di *emptio hereditatis*, Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 5: v. anche Ulp. 11 *ad ed.*, D. 4, 3, 9 pr., in cui ci si preoccupa esclusivamente della — negata — esperibilità dell'*actio de dolo*; per le misure false usate scientemente dal compratore, Ulp. 70 *ad ed.*, D. 19, 1, 32, su cui v. anche *supra*, nt. 1457 (ma il trattamento non sarebbe stato diverso, se l'impiego fosse avvenuto in buona fede).

(1460) Né ha interesse ad assumerla, se non in quanto non riesca a trovare un diverso compratore per un compendio ereditario di cui abbia deciso di disfarsi. Al proposito, si dovrebbe immaginare uno scenario che — proprio per la sua scarsa rilevanza pratica — nelle fonti non risulta: il venditore dovrebbe, previa offerta della propria prestazione, agire contro il compratore, chiedendo il pagamento di un prezzo corrispondente non a quello convenuto (e su cui ha influito il dolo del compratore), ma all'effettivo valore dell'eredità.

(1461) Il che presuppone, ovviamente, che egli non abbia eseguito la propria prestazione: un problema particolare è rappresentato dal fatto che al venditore residua, nel caso, la legittimazione alle azioni ereditarie, anche perché non è chiaro, allo stato delle fonti, se le *actiones utiles* concesse al compratore (cfr. *supra*, § 10 lett. *g*) spettassero sulla base della semplice conclusione del contratto di vendita dell'eredità o non presuponessero, ad esempio, l'esecuzione del contratto stesso da parte del venditore, per quanto concerne le *res corporales*.

(1462) In C. 4, 44, 5 (del 293 d.C.), si riconosce che il venditore ingannato può ottenere dal *praeses provinciae* una sentenza che ordini di *rescindi venditionem*, il che non può riportarsi, a quanto sembra, alla *restitutio in integrum*, dato che si afferma la connessione di tale provvedimento con la *bona fides*, «*quae in huiusmodi maxime contractibus exigitur*». In C. 4, 44, 10 (del 293 o 294 d.C.), si parla specificamente di *in integrum restitutio*, ma se ne esclude l'esperibilità verso i terzi acquirenti, che era una delle caratteristiche principali dell'istituto. Siccome anche in C. 4, 44, 11 (sempre del 293 o 294 d.C.) si accenna, per escluderla, ad una *circumscriptio*, rinviando l'istante ad agire per il prezzo convenuto e non ancora pagato, si dovrebbe ritenere che venga implicitamente riconosciuto al venditore ingannato un diritto ad ottenere, sempre in via obbligatoria, la risoluzione del contratto, e non semplicemente l'integrazione del prezzo.

(1463) Un rimedio straordinario, e non l'azione contrattuale, è quello di Ulp. 5 *op.*, D. 50, 13, 3, nel caso dell'oculista che aggrava le condizioni del cliente, per indurlo a vendergli le proprie *possessiones*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

seguimento dell'*id quod interest*. Il caso più importante, e del resto vicino a quello della responsabilità contrattuale (ma concettualmente contrapposto al *dolus in contrahendo*), si ha quando il venditore è chiamato a rispondere, con l'*actio empti*, per la mancanza di qualità o per la presenza di vizi, per cui non aveva assunto alcuna garenzia (nella forma dei *dicta et promissa*) e di cui non era a conoscenza (onde non si poteva configurare a suo carico una responsabilità appunto per *dolus in contrahendo*).

Una dottrina tradizionale (1464) sosteneva che — al di fuori delle prescrizioni degli edili curuli che concedevano originariamente le loro azioni soltanto per le vendite di schiavi o di animali effettuate sul mercato (1465) — l'*actio empti* avrebbe sancito soltanto la responsabilità del venditore per un'esplicita assunzione di garenzia o per *dolus in contrahendo*, e l'estensione dell'azione contrattuale per i vizi della cosa sarebbe giustinianea. Com'è opinione prevalente nella dottrina più recente (1466), le fonti che affermano tale estensione non possono considerarsi interpolate, e si deve ritenere che, almeno a partire dai primi decenni del II secolo d.C. (1467), fosse esperibile al proposito l'*actio ex empto* (1468).

Quest'ultima opinione è sicuramente da seguire: da Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13 pr. (1469) risulta che Giuliano distingueva, nell'àmbito dell'*actio ex empto*, la posizione del *venditor sciens*, obbligato a risarcire il danno (1470), da quella dell'*ignorans*, tenuto a rifondere al compratore solo la differenza del prezzo: in Marcian. 4 *reg.*, D. 18, 1, 45 (1471) è sempre Giuliano ad assumere un'analoga posizione rispetto alla giurisprudenza anteriore (1472). Come riferisce Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 11, 7 (1473), già Nerazio affermava, a carico del venditore *ignorans* (1474), la responsabilità perché il *servus* venduto era *fugitivus* (1475). Ul-

---

(1464) Cfr., per tutti, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 352 ss. (soprattutto p. 360); altra letteratura in KASER, *op. ult. cit.*, I, 558 testo e nt. 40.

(1465) L'estensione dello specifico regime edilizio, sanzionato dall'*actio redhibitoria* e da quella *quanto minoris*, a tutte le vendite è tarda: cfr., per tutti, KASER, *op. ult. cit.*, II, 393. Si tratta, però, di un aspetto diverso da quello accennato nel testo, in cui si discute dell'applicabilità dell'azione contrattuale in ispecie che sarebbero rientrate nell'editto edilizio, se si fosse trattato di vendite di schiavi o di animali effettuate sul mercato.

(1466) Cfr. soprattutto MEDICUS, *op. ult. cit.*, 140 ss.; HONSELL, *op. cit.*, 83 ss.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 319 ss.

(1467) Anche Afr. 8 *quaest.*, D. 21, 1, 51 pr. sembra ammettere pacificamente l'*actio ex empto* accanto a quella *redhibitoria*, discutendo del requisito — negativo — della *scientia* dell'acquirente nei negozi in cui vi sia stata interposizione di persona.

(1468) Non sappiamo in quali limiti, anche perché le fattispecie trattate nelle fonti non possono ritenersi, stante la metodologia casistica dei romani, né rigorosamente tassative, né meramente esemplificative. Non molto si può ricavare dalla catena Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 1, 10-11, ed *eod.*, 4 pr., intervallati da Paul. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 2 e Gai. 1 *ad ed. aed. cur.*, *eod.* 3, dove sembrerebbe ammettersi, già da parte di Viviano (giurista del I secolo d.C.), l'esperibilità dell'*actio ex empto* per i *vitia animi* non previsti dall'editto edilizio, il che è da escludere avvenisse, in quell'epoca, al di fuori del dolo del venditore o dell'assunzione di una — più o meno esplicita — garenzia.

(1469) V., soprattutto, MEDICUS, *lc. ult. cit.*; HONSELL, *lc. ult. cit.*: il contesto in cui è riferita codesta opinione è soltanto aprioristicamente sospettabile (per la vecchia impostazione interpolazionistica v. ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 241 ss.).

(1470) Nel caso si trattava di travi di legno marce o di una pecora malata, che avevano rispettivamente prodotto il crollo di una casa o il contagio di un gregge.

(1471) Nel caso di vestiti (vecchi e) rimessi a nuovo venduti per nuovi, il venditore *ignorans* risponde per la differenza di prezzo e quello *sciens* anche per l'ulteriore — anche se difficilmente immaginabile — danno. Dal punto di vista della valutazione caso per caso, una differenza v'era tra le due fattispecie per cui è attestato il parere di Giuliano: nessuno compra, se non esplicitamente, travi marce ed animali malati, onde il caso normale è che si compri materiale in buono stato ed animali sani; lo stesso non può dirsi per i *vestimenta*, perché a Roma doveva esservi un fiorente mercato dell'usato. Si potrebbe porre, per Giuliano, il problema dei limiti in cui riconosceva degno di tutela il compratore *ignorans*, eventualmente per fatto a lui imputabile.

(1472) Per i giuristi più antichi, citati nel passo (Trebazio e Labeone), la responsabilità si doveva ricondurre, se non ad un'espresso *dictum*, almeno all'*id quod actum est*, nel senso che — in base ad una valutazione oggettiva delle circostanze del caso — la vendita aveva ad oggetto vestiti nuovi.

(1473) Su cui cfr., da ultimo HONSELL, *op. cit.*, 80 s., dove ulteriore letteratura.

(1474) Sotto un altro profilo, in una fattispecie in cui la responsabilità del venditore era comunque fondata sulla sua dichiarazione in ordine alla misura del fondo, Nerazio, il cui parere è riportato in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 14 (che lo approva), distingue fra *venditor ignorans* e *sciens*, decidendo che l'alluvione avvenuta dopo la conclusione del contratto possa eliminare la responsabilità per il primo, ma non per il secondo.

(1475) Incline, cioè, alla fuga. Diverso ancora il caso dell'integrità dei recipienti (Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 6, 4), dove ha giocato probabilmente la — ovvia — constatazione che tale integrità è necessaria alla funzione socio-economica dell'oggetto. Già la giurisprudenza proto-imperiale ammetteva, con Labeone e con Sabino, che il venditore rispondesse comunque dell'integrità (e della capienza per patto espresso): dal passo risulta un'opposta opinione per cui, in mancanza di un'espressa assunzione di responsabilità, il venditore risponderebbe per l'integrità solo in caso di dolo, ma non è detto di chi fosse codesta opinione, né quale fosse realmente la posizione assunta da Pomponio, ché il passo è stato rimaneggiato per ridurre il resoconto sulle *sententiae prudentium*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

piano estende (1476), in D. 19, 1, 13, 1, la distinzione di Giuliano a questo caso, mentre per il *servus fur*, dedito al furto, ammette soltanto la responsabilità del *venditor sciens* (1477): il che mostra come sulla disciplina della responsabilità per i vizi della cosa venduta in base all'azione contrattuale abbia influito in questo senso il regime della responsabilità edilizia (1478).

b) Minore importanza hanno altri impieghi dell'*actio ex empto,* usata a riequilibrare la posizione fra le parti, consentendo al compratore di ottenere la restituzione del prezzo, come nei residui casi in cui il *periculum* gravi, *ante traditionem*, sul venditore (1479), o essendosi verificato il *concursus causarum* in ordine alla prestazione della cosa (1480): a questi casi possono venir accostati gli altri, in cui, gravando il rischio sul compratore, questi agisca per ottenere la cessione dei mezzi giudiziari di cui il venditore abbia ottenuto la legittimazione in seguito al perimento della cosa (1481); o per ottenere dal venditore, creditore pignoratizio non responsabile per l'evizione, la *cessio* dell'*actio pigneraticia in personam contraria* (1482).

26. *I criteri di determinazione della responsabilità contrattuale.* — *a*) Per quanto concerne i criteri per la determinazione della responsabilità delle parti, è ancora per il venditore che si pongono problemi, ché l'obbligazione principale del compratore, quella di *pretium solvere*, non dà luogo a questioni, trattandosi di obbligazione pecuniaria.

Per il venditore, al livello delle fonti, appaiono adoperati tutti e tre i criteri che erano correnti all'epoca della giurisprudenza classica (1483), il dolo, la colpa (1484), la *custodia* (1485). Mentre per la *custodia* stessa sorgono non poche questioni, connesse con la tematica della ripartizione del rischio, non s'incontrano grandi difficoltà per quanto concerne il *dolus* e la *culpa*. Non è necessario, né sarebbe possibile in questa sede, riprendere, in generale, la discussione sui criteri di determinazione della responsabilità del debitore in materia di rapporti contrattuali tutelati da *iudicia bonae fidei*: la concezione che, negli anni '30, almeno in Italia sembrava avviata a prevalere (1486), e per cui, a parte il *custodiam praestare* (1487), in tali *iudicia* si rispondesse soltanto per *dolus*, e per cui conseguentemente i richiami — soprattutto alla *culpa* — dovessero considerarsi, in qualsiasi modo ciò fosse accaduto, segno di corruzione del testo, è definitivamente superata

---

(1476) Dubbia la posizione di Paul. 33 *ad ed.*, D. 19, 1, 21, 2, per cui il *venditor ignorans* rispondeva del fatto che le *mensae* non fossero *citreae*, come le riteneva invece il compratore: v'era forse un'esplicita assunzione della qualità o che le *mensae* fossero vendute come *citreae* risultava dall'oggettivo *id quod actum est* (v. *supra*, nt. 233).

(1477) Il *venditor ignorans* risponde — così Ulpiano (nel successivo § 3) — soltanto in seguito ad esplicita assicurazione che il servo non fosse dedito al furto. Sul passo del giurista severiano, cfr. da ultimo HONSELL, *op. cit.*, 84 s., con discussione della precedente letteratura.

(1478) In base alla quale, a meno di non avere esplicitamente dichiarato la circostanza, il venditore risponde per il fatto che il servo fosse *fugitivus*, ma non perché fosse *fur*. D'altro canto, nei contesti in cui esisteva una precisa disciplina, già consolidatasi nel tempo, non si tentò neppure l'applicazione della distinzione proposta da Giuliano: si noti come ciò non accada, ad esempio, in materia di *actio empti*, in funzione di garenzia contro l'evizione (cfr. *supra*, § 24 lett. *j* e *k*), dove la responsabilità del *venditor ignorans* era eguale a quella dello *sciens* (il quale rispondeva, però, anche in funzione del *purgari dolo malo* per la vendita della cosa altrui: cfr. D. 19, 1, 30, 1, su cui *supra*, in questo paragrafo, lett. *e*). Per i vizi della cosa, Ulpiano non voleva, probabilmente, allargare la responsabilità del venditore al di là dei limiti dell'esistente regime edilizio (quale fosse la posizione assunta da Giuliano non sappiamo).

(1479) Cfr. Afr. 8 *quaest.*, D. 19, 2, 33 (v. anche *infra*, § 27 lett. *b*), nel caso del *fundus publicatus* fra la conclusione del contratto e la consegna.

(1480) Cfr. Iulian. 33 *dig.*, D. 30, 84, 5, su cui, sotto il profilo dell'interdipendenza delle obbligazioni, cfr. *supra*, § 14 lett. *b*.

(1481) In base al principio «*cuius commoda, eius et incommoda*» (cfr. *supra*, § 23 lett. *a*).

(1482) Cfr. Ulp. 2 *disp.*, D. 21, 2, 38: i dubbi che appaiono nel passo sono dovuti al fatto che, non rispondendo il creditore pignoratizio per l'evizione, si poteva sostenere che l'*actio contraria* contro il debitore — od il terzo — oppignerante fosse priva d'oggetto. Non è sicuro che sia l'azione contrattuale quella prevista dal *Sc. Pisonianum*, perché il compratore possa recuperare il prezzo dal venditore, nel caso fosse stato venduto un «*poenae obnoxius servus*» (cfr. Paul. 46 *ad ed.*, D. 29, 5, 8 pr.: v. KASER, *op. ult. cit.*, I, 285 nt. 25).

(1483) Cfr., per tutti, KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 506 ss., nonché, per l'inquadramento concettuale qui seguito, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 659 ss.

(1484) Su di essa cfr. TALAMANCA, *Colpa civile* (*storia*), in questa *Enciclopedia*, VII, 517 ss.: v. anche KASER, *op. ult. cit.*, I, 505, ed ivi letteratura.

(1485) Cfr. TALAMANCA, *Custodia* (*diritto romano*), in questa *Enciclopedia*, XI, 562 s., nonché, con letteratura, KASER, *op. ult. cit.*, I, 506 ss., cui *adde*, soprattutto, ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., la cui ipotesi neo-soggettivistica non riesce a convincere (v. anche LITEWSKI, *Recensione a* ROBAYE, *op. cit.*, in *SDHI*, 1988, 385 ss.).

(1486) Soprattutto ad opera dell'ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², rist., Napoli, 1958, soprattutto 173 ss. e 180 ss.: v., del resto, LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, Milano, 1938, soprattutto 178 ss.

(1487) Nell'ammissione del *custodiam praestare* per codesti rapporti stava, del resto, la maggiore contraddizione (cfr., per tutti, TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 562) della tesi accennata nel testo, che trovava un'apparente giustificazione per limitare la responsabilità del debitore, tenuto in base ad un *oportere ex fide bona*, al *dolus*, nell'essere quest'ultimo il naturale contrapposto della *bona fides* stessa.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

482

ta (1488); e, del resto, essa presentava una nozione di dolo che, per molti versi, ricopriva — al di là dello specifico modo di pensare dei romani — anche casi di responsabilità colposa (1489).

b) La responsabilità per *culpa* del venditore non creava, come si è detto, grossi problemi per i giuristi (1490): l'*emptio venditio* è ricompresa, nell'attuale — e sicuramente rimaneggiato — testo di Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 50, 17, 23 (1491), fra i contratti che «*dolum et culpam recipiunt*», e ciò trova sicura rispondenza nelle fonti a nostra disposizione in una serie di passi (1492), nel complesso senz'altro affidanti, che, seppur talora non completamente in ordine, parlano di un venditore che risponde per dolo o per colpa (ovvero per colpa soltanto) od accennano alla *diligentia* che egli deve prestare (1493). Né contro la concludenza di questi testi possono essere portati quelli in cui si imputa una responsabilità al venditore sulla base del dolo soltanto. Si tratta per la maggior parte di passi in cui non è possibile configurare un criterio di imputabilità diverso dal dolo stesso: come accade in Iavol. 2 *ex Plaut.*, D. 18, 2, 19 pr. (1494); Pompon. 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, 6, 8 (1495); Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 6, 5 pr. (1496); Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 18, 4, 2, 5 e 7 (1497); Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 17 (1498).

c) Molto più complesso è il problema della responsabilità per *custodia* (1499). Non v'è troppo da insistere sulle modificazioni che il contenuto di

(1488) Presso di noi cfr. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano* (anno accademico 1957-1958), Roma, 1958; CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969: per la posizione di chi scrive v. TALAMANCA, *Colpa civile*, cit., nonché da ultimo ID., *Istituzioni*, cit., 659 ss. Questa posizione ha trovato, del resto, riscontro nel più accreditato dei *reference books* sul diritto romano, e cioè KASER, *op. ult. cit.*, I, cit., 509 ss.

(1489) Ciò è particolarmente visibile in ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 29 ss. e, specificamente per il tema qui trattato, ID., *La compravendita*², cit., 245 s. (significativo il trattamento, a p. 256, di Lab. 1 *pith.*, D. 19, 1, 54 pr., e della relativa nota di Paolo).

(1490) Cfr., in generale, DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, II, Bari, 1982, 931 ss., con ampia rassegna di fonti e di letteratura, anche se da un punto di vista piuttosto particolare. Per la responsabilità anche per colpa cfr., del resto, da ultimo ROBAYE, *op. cit.*, 353 ss., con un'impostazione che non sempre si può condividere.

(1491) Nel passo si sviluppa, con qualche disordine, la nota teoria dell'*utilitas contrahentium* (su cui cfr., per tutti, NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in *ZSS.R.*, 1956, 68 ss.; v. ulteriore letteratura in KASER, *op. ult. cit.*, I, 512 nt. 74, e II, 346 s.): l'attuale stesura del resto è sicuramente corrotta, ma è innegabile che, sostanzialmente, i classici si attenessero, in linea di massima, al principio per cui, mentre nelle fattispecie in cui è solo il creditore a trarre un vantaggio dal contratto, il debitore risponde soltanto per dolo, in quelle in cui v'è un reciproco vantaggio entrambe le parti rispondono, in linea di massima, per dolo e per colpa (e, in più risponde per *custodia*, la parte che si è vista affidare — esclusivamente od anche — nel proprio interesse, la cosa oggetto del contratto).

(1492) Cfr., senza bisogno di una particolare discussione, Lab. 2 *pith.*, D. 19, 1, 54 pr., con una lunga nota di Paolo (testo particolarmente importante ed istruttivo, nonché a nostro avviso al di sopra di qualsiasi sospetto); Proc. 6 *epist.*, D. 18, 1, 68 pr.; Pompon. 27 *ad Sab.*, D. 18, 4, 3; Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 2, 14, 1 (che cita il parere di Labeone e di Nerva), in un caso in cui è il compratore a dover rispondere in sede di risoluzione di un'*in diem addictio*; Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 16; ed anche *I.* 3, 23, 3 e 3*a* (sulla cui origine cfr. *infra*, nt. 1508). Per l'analogo problema della responsabilità del compratore per i danni riportati dal *servus redhibitus*, che viene fatta valere nell'àmbito dell'*actio redhibitoria*: Pompon. 23 *ad Sab.*, D. 21, 1, 48 pr., collegato dai compilatori con Paul. 11 *ad Sab.*, D. 21, 1, 47, 1; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21, 1, 31, 9 e § 11 e 14: la discussione della *culpa lata* nel § 12 meriterebbe un ulteriore approfondimento, qui impossibile. Si ricorda soltanto la *culpa venditoris*, ed eventualmente la *diligentia*, in Paul. 16 *quaest.*, D. 18, 4, 21; Paul. 44 *ad ed.*, D. 39, 2, 18, 8 e 9; Paul. 10 *ad Sab.*, D. 39, 2, 38 pr. (la *custodia* ricordata alla fine del passo non sembra da intendersi in senso tecnico): in Alf. 2 *dig.*, D. 18, 6, 12, al di là di quella che può essere stata una corruzione del testo (e che riguarda la parte del passo in cui si parla anche di *culpa*), il venditore risponde sicuramente in base alla *diligentia* (l'accenno al *custodire* è, nel caso, sicuramente atecnico). Una particolare problematica, al livello attuale del testo, offrono i passi che prospettano contemporaneamente la *diligentia* e la *custodia*: Gai. 2 *rer. cott.*, D. 18, 6, 2, 1; Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 6, 3; Paul. 7 *ad Plaut.*, D. 19, 1, 36, nonché il difficile Papin. 12 *quaest.*, D. 47, 2, 81 pr. (su cui cfr. anche *supra*, nt. 1303, ed *infra*, nt. 1586). In Afr. 9 *quaest.*, D. 39, 2, 44, 1, *diligentius* accenna all'autoresponsabilità del compratore, chiamato a tutelarsi nei confronti del venditore.

(1493) E la cui mancanza può essergli imputata, checché ne pensi l'ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 246, soltanto a titolo di *culpa*.

(1494) Dove il venditore, che ha proceduto ad accettare l'*adiectio* aggiungendo un fondo a quello *in diem addictus* non resta obbligato nei confronti del *prior emptor*, solo se ha proceduto senza dolo.

(1495) Che è dubbio si riferisca — cfr. *supra*, nt. 840 — all'obbligazione sussidiaria di *purgari dolo malo*, gravante sul venditore.

(1496) Dopo la *mora in accipiendo* del compratore, il venditore risponde soltanto per dolo.

(1497) Nella *venditio hereditatis*, il venditore è tenuto soltanto per dolo, in relazione ai mancati acquisti; e non risponde per le condanne, quando non le abbia procurate per dolo.

(1498) Si tratta del caso, piuttosto complesso (su cui cfr. anche *supra*, § 15 lett. *h*), in cui un comproprietario ha venduto la sua quota di un fondo, vedendosi aggiudicare prima della *traditio* tutta la cosa nel relativo giudizio divisorio: per la quota dell'altro condomino, che il compratore deve necessariamente assumersi, il venditore è tenuto soltanto a *repromittere de dolo* (e quindi in base al dolo, se non faccia la *repromissio*), mentre per la quota venduta risponde nei limiti normali.

(1499) In linea generale, la responsabilità per *custodia* nell'àmbito della compravendita viene studiata in correlazione con la problematica del *periculum emptoris*: per la letteratura sull'argomento, cfr. dunque *infra*, nt. 1517.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

questo criterio di responsabilità ha subito in epoca postclassica e giustinianea, quando essa viene reinterpretata in senso soggettivo, come *diligentia — exacta, exactissima — in custodiendo* (1500): queste modificazioni sono avvenute anche in una serie di testi che riguardano la compravendita (1501), ma non è questo il profilo che crea problemi in questa sede.

Il *custodiam praestare* è alle origini — e resta fondamentalmente — una responsabilità oggettiva per l'impossibilità di *rem restituere* derivata dal furto della cosa (1502): per il venditore, proprietario in via di massima della cosa, una responsabilità per *custodia* è in tanto configurabile in quanto su di lui non grava un'*obligatio in dando*, sulla quale l'eventuale furto della cosa non ha influenza (1503), ma perché il venditore stesso è tenuto a *tradere possessionem*, obbligazione codesta che, pur nelle innegabili differenze, può esser avvicinata — sotto il profilo del *custodiam praestare* — a quella di *rem restituere* (1504).

d) Nella compravendita le questioni sorgono in ordine al rapporto fra il *custodiam praestare* e la volontà delle parti, in quanto è soggetto a discussione il punto se tale responsabilità fosse un elemento naturale del negozio (1505), che eventualmente le parti potessero escludere, come ritiene la dottrina dominante (1506), od un semplice *accidentale negotii*. In quest'ultimo senso residuano tracce abbastanza sicure per quanto concerne Gaio già in D. 18, 1, 35, 4 (lb. 10 *ad ed. prov.*) (1507): ma che il pensiero gaiano fosse orientato in tal senso è del tutto sicuro in base ad *I.* 3, 23, 3*a* (1508), in cui verisimilmente i compilatori non sono intervenuti, dato che, per essi, vigeva l'automatica corrispondenza fra *custodia* e *diligentia in custodiendo*.

Con ogni probabilità, Gaio riportava patrimonio di pensiero sabiniano (1509): una conferma sembra potersene ricavare da Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 47, 2, 14, 1, in cui — nel riportare il pensiero di

(1500) Su ciò cfr. TALAMANCA, *Colpa civile*, cit., 521 s.; e, con visuale diversa, da ultimo DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale*, cit., I, 1981, 325 ss.; per altra letteratura v. anche KASER, *op. ult. cit.*, I, 506 nt. 23.

(1501) Cfr. Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 1, 35, 4; Gai. 2 *rer. cott.*, D. 18, 6, 2, 1; Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 6, 3. Da sottolineare come, nella *sedes materiae* del manuale imperiale (*I.* 3, 23, 3*a*), tale conversione non avvenga in un contesto in cui — per qualsiasi ragione ciò sia accaduto — è stato mantenuto inalterato, per quanto possiamo vedere, il pensiero del giurista classico, che con molta probabilità è Gaio (v. anche *infra*, nt. 1508). In altri casi non è da escludere un'interpretazione nel senso che la contrapposizione fra *diligentia* e *custodia* dipenda dalla circostanza che quest'ultima venga intesa, in modo atecnico, come attività di custodire (senza riferimento, quindi, alla responsabilità per *custodia*): così la *diligentia in custodiendo* di Alf. 2 *dig.*, D. 18, 6, 12; la *venditoris custodia*, che si contrappone all'*omnis diligentia*, e prima alla *culpa*, nel contesto di Paul. 48 *ad ed.*, D. 39, 2, 18, 8-9. Si veda in connessione l'uso sicuramente atecnico di *custodia* in Paul. 10 *ad Sab.*, D. 39, 2, 38 pr.: si tenga, fra l'altro, conto che la responsabilità per *custodia*, essenzialmente l'assunzione di garenzia contro il furto, nulla aveva a che fare con la vendita di immobili. In Paul. 7 *ad Plaut.*, D. 19, 1, 36, infine, è avvenuto il fenomeno opposto: in un testo in cui si parlava di *diligentia* è stata aggiunta la *custodia*, creando il sintagma *custodia diligentiaque*.

(1502) Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 663 s. L'impostazione neo-soggettivista del VOCI, *'Diligentia'*, cit., 29 ss., appare fondata su una lettura preconcetta delle fonti, e si basa non di rado su una polemica esclusivamente nominalistica (per un esempio, v. p. 67, a proposito di Nerat. 3 *membr.*, D. 19, 1, 31 pr.).

(1503) Il debitore continua a *rem dare oportere*, anche se la cosa, che in ipotesi presso di lui si trovasse, gli sia stata rubata.

(1504) Per la responsabilità in seguito al furto della cosa venduta, nel caso di vendita di *res aliena*, cfr. *supra*, § 8 lett. *a*.

(1505) La questione se si trattasse, eventualmente, di un elemento essenziale del contratto non si può neppure porre, perché le regole che disciplinano l'individuazione dei criteri di responsabilità sono disponibili nell'un senso e nell'altro, restando ferma l'inamissibilità di un *pactum de dolo non praestando* (KASER, *op. ult. cit.*, I, 504 testo e nt. 6).

(1506) Per *I.* 3, 23, 3*a* (che riproduce invece sicuramente l'originale gaiano, ed in cui non vi sono tracce neppure della ricorrente conversione del *custodiam praestare* in *diligentia in custodiendo*), non manca, del resto, chi esplicitamente riporta gli accenni alla configurazione della *custodia* stessa come elemento accidentale all'intervento dei compilatori: cfr., ad esempio, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 263 s. (e, da ultimo, ma senza argomenti di qualche peso, ROBAYE, *op. cit.*, 368 ss.). Sulla classicità di codesti accenni v., per tutti, BETTI, *'Periculum'*, cit., 138 s., anche se con esegesi non sempre accettabile.

(1507) Dal quale debbono essere eliminati i guasti derivanti dalla soggettivizzazione della *custodia*: l'opinione che, in mancanza di pattuizione al proposito, il venditore risponda per la cosiddetta *diligentia diligentis*, nel testo attuale identificata con la responsabilità per *custodia*, è sostanzialmente corretta, fuori che il giurista la prospettava proprio perché — non essendo stato convenuto che il venditore *custodiam praestaret* — quest'ultimo rispondeva nell'àmbito dei criteri correnti in materia di *emptio venditio*, e cioè per (dolo e) *culpa*, intesa quale mancata adibizione della normale *diligentia*.

(1508) Il quale, assieme al § 3, è sicuramente d'origine gaiana (BETTI, *lc. ult. cit.*), anche se la sua derivazione dalle *Res cottidianae* sostenuta dal FERRINI, *Sulle fonti*, cit., 392, può esser soggetta a dubbio, data l'ampia coincidenza con D. 18, 1, 35, 4, tratto dal commento all'editto provinciale dello stesso giurista: molto più prudente, come al solito, lo ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, II, cit., 185 ss.

(1509) Sviluppatosi anche in relazione al problema del *periculum emptoris*: su ciò, cfr. *infra*, § 27, soprattutto lett. *e* e *f*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Giuliano (1510) — si allude all'assunzione pattizia della responsabilità per *custodia* (1511). I proculeiani, invece, sembra si attenessero ad una configurazione della *custodia* come elemento naturale del negozio, come risulterebbe da Nerat. 3 *membr.*, D. 19, 1, 31 pr. (1512). Questa costruzione era destinata a prevalere nella giurisprudenza tardoclassica (1513): per quanto possiamo sapere dalle fonti, Ulpiano considerava la *custodia* un elemento naturale del contratto, almeno per quanto concerne le varie forme di vendita del vino (1514), il che risulta da D. 18, 6, 1, 1 e D. 18, 6, 4, 1-2 (lb. 28 *ad Sab.*), che si riferiscono tutti a questo tipo di transazione (1515), e ciò vale forse anche per Paolo (1516).

27. *La ripartizione del rischio.* — *a*) La ripartizione del rischio contrattuale nella compravendita è un argomento su cui il dibattito continua, nonostante il sostanziale convergere della grande maggioranza degli studiosi (1517) sulla dottrina tradizionale della illimitata vigenza, nel periodo classico, del principio del *periculum emptoris* anche *ante traditionem*, una volta che il negozio avesse raggiunto lo stadio dell'*emptio perfecta* (1518): e restano sempre più isolate non solo le voci che — molto autorevoli talora, benché poco numerose — si sono di tanto in tanto levate in senso contrario, a sostenere che il rischio gravasse, in linea di principio, sul venditore fino al momento della consegna della cosa stessa: *periculum venditoris* (1519), ma anche quelle che cercavano di

(1510) Il testo parla di un venditore che può e non può — *oportebat* — dovere la *custodia*: meno probabile l'ipotesi, di certo astrattamente possibile, che nel pensiero di Giuliano ciò si rannodasse all'esclusione pattizia di tale responsabilità.

(1511) Più che per la problematica in sé considerata (se l'*emptor* possa commettere furto della cosa venduta), il passo rileva perché mostra come l'opinione del carattere accidentale della *custodia* sia condivisa ancora da Giuliano, di cui si vedrà (*infra*, § 27 lett. *e*) il ruolo in tema di ripartizione del rischio nella vendita dello schiavo. Più difficile — come vorrebbe invece il BETTI, *op. ult. cit.*, 141 ss. — trovare un accenno all'assunzione pattizia della *custodia* nel *principium* dello stesso frammento.

(1512) La discussione si svolge anche qui in relazione alla problematica della ripartizione del rischio: è da rilevare — ad accrescere la complessità del quadro — che con una valutazione molto puntuale del tenore del passo se ne potrebbe dare una lettura nel senso che Nerazio seguisse nella specie, la linea del *periculum venditoris* (cfr. *infra*, § 27 lett. *b*). Prevenuta la critica del BETTI, *op. ult. cit.*, 140 s., il quale, senza convincere, capovolge il tenore letterale del passo nel senso di un'assunzione pattizia della *custodia*.

(1513) È difficile precisare al proposito la posizione assunta dai compilatori giustinianei: dato per ammissibile — il che è molto dubbio sul piano di una corretta interpretazione storica — ridurre ad unità l'intento di coloro che hanno interpolato D. 18, 1, 35, 4 (v. *supra*, nt. 1507) nonché Gai. 2 *rer. cott.*, D. 18, 6, 2, 1 (dove la *custodia plena* comprende anche la *diligentia*: e, si direbbe, la *non plena* soltanto il *dolus*) e dei compilatori delle *Institutiones* che hanno conservato intatto il pensiero di Gaio in *I.* 3, 23, 3*a*, tale intento potrebbe individuarsi nel senso che il venditore rispondesse di *diligentia* — *exacta* od *exactissima* — *in custodiendo*, solo se avesse esplicitamente assunto tale responsabilità. Intrinsecamente contraddittorio è, invece, Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 6, 3, dove al venditore s'impone la *diligentia* che è tipica del comodato, e che, nel sistema di conversione della *custodia*, è la *diligentia* — *exacta* od *exactissima* — *in custodiendo*, ma si richiede poi nulla più di un grado di diligenza superiore a quella *quam in suis*: sul passo cfr., da ultimo, ROBAYE, *op. cit.*, 384 s. (con letteratura), che — nonostante la sua interpretazione neo-soggettivistica della *custodia* — non riesce anch'egli a salvare la frase finale. Si tratta, con ogni probabilità, di diversi filoni di pensiero rappresentati in età postclassica e che, forse, mantenevano la loro validità ancora all'epoca della compilazione, condizionando i vari avvocati, funzionari e professori addetti ad essa.

(1514) Su vari aspetti delle quali cfr. *supra*, § 23 lett. *g*.

(1515) Potrebbe apparire valutazione riduttiva il tentativo di restringere la portata di codeste testimonianze alla particolare fattispecie considerata. Non troppo può ricavarsi invece da D. 47, 2, 14 pr. (lb. 29 *ad Sab.*), su cui v. anche *supra*, § 23 lett. *l*.

(1516) Per il quale piuttosto incerta è la testimonianza di D. 18, 6, 3 (già visto *supra*, nt. 1513). Sulla posizione di Papiniano, in D. 47, 2, 81 pr., cfr. *supra*, nt. 1303, ed *infra*, nt. 1586; su quella di Giustiniano, v. anche *infra*, § 27 lett. *n*.

(1517) Cfr., nella molta ampia letteratura al proposito (per la quale v. anche KASER, *Das römische Privatrecht*², I, 552 nt. 61), per la rifondazione della dottrina dominante, dopo l'intervento del Haymann (cfr. *infra*, nt. 1519) — seguito dal KONSTANTINOVITCH, *Le 'periculum rei venditae' en droit romain*, (thèse) Lyon, 1923 — SECKEL e LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., 117 ss.; v. poi ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 250 ss.; PUGSLEY, *D. 19. 1. 50: periculum emptoris*, in *The Irish Jurist*, 1972, 381 ss.; MACCORMACK, *Periculum*, in *ZSS.R.*, 1979, 129 ss.; ID., *Alfenus Varus and the Law of Risk in Sale*, in *LQR*, 1985, 573 ss.; ANKUM, *Afrikan Dig. 19.2.33: publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, in *ZSS. R.*, 1980, 157 ss.; ERNST, *Periculum est emptoris*, cit., 216 ss.; RODGER, *'Emptio perfecta' Revisited: a Study of Digest 18. 6. 8. 1*, in *TR.*, 1982, 337 ss.; MOLNÁR, *'Periculum emptoris'*, cit., 2227 ss.; PETERS, *'Periculum est emptoris'*, cit., 221 ss.; ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 343 ss.; THIELMANN, *'Traditio und Gefahrübergang'*, cit., 292 ss.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 281 ss.; VOCI, *'Diligentia'*, cit., 73 s.; PENNITZ, *Der «Enteignungsfall» im römischen Recht der Republik und des Prinzipats. Eine funktionalrechtsvergleichende Problemstellung*, Wien-Köln-Weimar, 1991, 218 ss.

(1518) Sull'origine di questo schema concettuale, cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *i*.

(1519) Cfr. soprattutto HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., I. *Über Haftung für custodia*, in *ZSS.R.*, 1919, 167 ss.; II, cit., 44 ss. (e, in risposta all'articolo del Seckel e del Levy ricordato *supra*, nt. 1517, HAYMANN, *Zur Klassizität des 'periculum emptoris'*, ivi, 1928, 314 ss.), dopo un tentativo non troppo felicemente articolato iniziato, alla fine del secolo scorso, dall'ARNÒ, *La teorica del periculum rei venditae nel diritto romano classico*, in *Giur. it.*, 1897, IV, 209 ss. (per gli altri suoi scritti in materia, cfr. HAYMANN, *Textkritische Studien*, II, cit., 45 nt. 3); più vicino a noi BETTI, *'Periculum'*, cit., 131 ss. (v. anche, ma senza sostanziali novità, ID., *Zum*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

individuare soluzioni più articolate, e per ciò soltanto degne di essere prese in considerazione in un'esperienza giuridica che, come quella romana, era strutturata in un sistema aperto caratterizzato dal *ius controversum* (1520).

b) Va anzitutto precisato che manca, presso i *prudentes*, una consapevole — per quanto elementare — impostazione della problematica del rischio contrattuale, sia per l'*emptio venditio* che al di fuori della stessa; e che, pur essendo in molti passi impiegato nel senso — per noi tecnico — di rischio contrattuale, il termine *periculum* ha anche significati diversi, come ad indicare, in senso — sempre per noi — generico (1521), la persona su cui ricadrà, in definitiva, l'incidenza economica, il danno derivante da un evento, indipendentemente dal modo in cui, giuridicamente, codesta ricaduta si possa avere (1522).

D'altro lato, sono da evitare sterili discussioni (1523) sulla portata dei concetti adoperati a descrivere la realtà normativa elaborata dalla giurisprudenza romana, dando una definizione tassonomica di "rischio contrattuale" (1524). Nei contratti sinallagmatici (1525), come la compravendita, si ha un problema di ripartizione del rischio ogni qual volta che, divenuta impossibile una delle prestazioni per fatto comunque non imputabile al debitore (1526), si fissa la sorte dell'obbligazione della controparte ancora possibile o già eseguita (1527), determinando se tale prestazione debba considerarsi ancora dovuta. Specificamente per la compravendita, è ovvio che la prestazione pecuniaria del compratore in sé considerata non può mai divenire impossibile (1528), e che quindi il problema del rischio concerne soltanto il caso dell'impossibilità sopravvenuta dell'obbligazione del venditore, a quest'ultimo non imputabile (1529), e per la quale egli non è dunque responsabile (1530).

Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen, in *ZSS.R.*, 1963, 1 ss., nonché In., *Istituzioni*, cit., II, t. 1, 1960, 410 ss.): l'impostazione del Betti è seguita, senza sostanziali modifiche, dal Sargenti, *Rischio contrattuale (diritto romano)*, in questa *Enciclopedia*, XL, 1126 ss.

(1520) Si veda soprattutto, in relazione alla posizione assunta dal Haymann rigorosamente a favore del *periculum venditoris*, l'articolazione del problema in Rabel, *Gefahrtragung beim Kauf*, in *ZSS.R.*, 1921, 543 ss., che sottolinea il ruolo avuto dal principio di buona fede nel senso di soluzioni differenziate (p. 559 s.): ed ancor più marcatamente nei presupposti, anche se su una base testuale molto più ristretta, dal Vogt, *Zur Gefahrtragung beim Sklavenkauf*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, cit., 162 ss., che insiste anch'egli sul ruolo della buona fede. In Betti, *'Periculum'*, cit., 175 ss., vi è invece l'enucleazione — non sempre felice (ad esempio, la problematica della *mutatio vini* rileva dell'*incommodum* e non del *periculum*) — di casi in cui si farebbe eccezione al *periculum venditoris*. Senza fondamento invece il tentativo di differenziare fra *res mancipi* e *nec mancipi* portato avanti dal Meylan, *Paul D. 21. 2. 11 pr. et la question des risques dans le contrat de vente*, in *RIDA*, 1949, III, 193 ss.; Id., *Fr. Vat. 16 et la question des risques dans le contrat de vente*, in *Iura*, 1950, 253 ss. Sembra, adesso, apprezzare la posizione del Rabel, Rodger, *op. ult. cit.*, 349. Ribadisce, invece, rigorosamente il carattere unitario delle soluzioni, da ultimo, l'Ernst, *lc. ult. cit.*, in base ad una concezione che tende ad eliminare qualsiasi eccezione al principio del *periculum emptoris*, in quanto fa coincidere l'*emptio perfecta* con l'esistenza del contratto di compravendita, imputando ai romani una visuale che non distingue fra esistenza dell'accordo ed efficacia del contratto.

(1521) E che — in italiano altresì — può esser ricondotto alla sfera semantica di «rischio».

(1522) Sia addossando alla stessa la responsabilità per un evento, nell'àmbito di un rapporto contrattuale, sia optando per una soluzione che rientra invece in quella che è oggettivamente la problematica del rischio contrattuale.

(1523) Soprattutto nella letteratura meno recente, il problema è stato spesso appesantito da considerazioni collocate su un piano diverso da quello di un'indagine storicamente impostata sull'esperienza romana e la discussione è soprattutto condizionata dall'influenza pratica delle soluzioni che si tendevano a riscontrare nelle fonti romanistiche: dalla diretta applicazione del *gemeines Recht* alle ripercussioni sul piano delle codificazioni che si andavano attuando a partire dalla metà del secolo XIX sulla base delle fonti romanistiche (il riferimento è soprattutto al *Bürgerliches Gesetzbuch* dell'impero tedesco ed allo svizzero *Obligationenrecht*); cfr., su di ciò, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 253 ss.; Ernst, *op. cit.*, 243 ss.

(1524) In cui, ovviamente, il singolo studioso dipende, principalmente, dall'elaborazione dogmatica della dottrina civilistica del proprio paese: cfr. la lucida impostazione del Betti, *op. ult. cit.*, 133 ss., fatta in sede romanistica ma con profonda conoscenza della civilistica italiana e tedesca; e, sul piano del diritto positivo, Id., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, 154 ss. (cfr. anche, in un'impostazione vagamente comparatistica, Alpa, *Rischio contrattuale: diritto vigente*, in questa *Enciclopedia*, XL, 1144 ss.).

(1525) Diversa la prospettiva in materia di contratti associativi (v. Talamanca, *Società in generale*, cit., 857), ed anche nei contratti che abbiano ad oggetto una gestione d'affari (cfr. Pezzana, *Note esegetiche in tema di rischio contrattuale nel mandato*, in *BIDR*, 1956, 213 ss.).

(1526) Tenendo conto, quindi, anche delle modificazioni che, nei criteri d'imputazione della responsabilità, produce la *mora accipiendi*.

(1527) In quest'ultimo caso, il problema si pone ovviamente in relazione alla definitività dell'attribuzione compiuta mediante l'adempimento.

(1528) Un caso eccezionale — che pone problemi analoghi a quelli del rischio — si ha allorché, per *factum principis*, l'obbligazione del compratore venga estinta: cfr. Lab. 4 *post. a Iavol. epit.*, D. 19, 1, 50 (v. *infra*, nt. 1575).

(1529) Nel diritto odierno, in funzione dell'interdipendenza delle obbligazioni, lo strumento principale per regolare i problemi della ripartizione del rischio contrattuale è offerto dalla risoluzione del contratto per sopraggiunta impossibilità, nella quale v'è adito soltanto a pretese restitutorie e non risarcitorie nei confronti della controparte la cui prestazione sia divenuta impossibile e nei cui confronti si sia di già adempiuto (art. 1463 c. c.).

(1530) Nell'ordinamento italiano, le due forme attualmente previste come sanzione per l'inadempimento imputabile sono, alternativamente, l'azione in adempimento ed in risoluzione per inadempimento, che si distingue dalla riso-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

486

È da sottolineare che dall'alternativa fra responsabilità per inadempimento e ripartizione del rischio non si può — dal punto di vista concettuale (1531) — uscire, qualunque sia la causa dell'impossibilità afferente all'obbligazione del venditore: l'alternativa della responsabilità non può essere che un problema di ripartizione del rischio, e viceversa.

c) La soluzione monistica della ripartizione del rischio, che continua a prevalere nella dottrina più recente, corrisponde sostanzialmente a quella che si riscontra, soprattutto come impostazione generale, al livello della compilazione giustinianea (1532): anzitutto in con *I.* 3, 23, 3- 3*a* (1533), dove è molto significativo il definitivo ridursi ad unico sistema del problema del *periculum* e di quello del *commodum* e dell'*incommodum* (1534); e poi, rispetto soprattutto allo schema concettuale dell'*emptio perfecta*, Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 6, 8 pr.-1 (1535), passo la cui valutazione è — nella dottrina convinta dell'uniforme applicazione del *periculum emptoris* — un po' singolare: pur nella prudenza ora imperante in tema di critica del testo, tutti, o quasi, i sostenitori dell'indiscriminata vigenza del *periculum emptoris* sono — e non a torto — convinti che lo stesso sia stato, in modo vario, profondamente manomesso (qualsiasi giudizio sia da darsi sulle singole affermazioni in esso contenute); ma, ciò nonostante, si continua a costruire una disciplina uniforme, anche nel tempo, per la ripartizione del rischio contrattuale nella compravendita, fondata sul *periculum emptoris* e sull'*emptio perfecta*.

Appare invece preferibile, in linea di impostazione di una ricerca (1536), andare a ritrovare le attestazioni o le tracce di una valutazione comunque differenziata (1537), il che è, fra l'altro, omogeneo al metodo casistico dei giuristi ed al *ius controversum*, e tiene, sotto un diverso profilo, in conto l'estendersi delle nostre fonti su un lungo arco di secoli, nonché l'indubbia valenza casistica della *bona fides* che rende in sé verisimile un trattamento differenziato secondo le caratteristiche delle singole fattispecie (1538). Impostazione che trova, del resto, immediata rispondenza in una serie non del tutto irrilevante di passi — sottoposti in genere ad interpretazioni stravolgenti od ignorati da parte della dottrina dominante — in cui, lasciando per il momento da parte l'incidenza delle particolarità della fattispecie, non viene sicuramente applicato il *periculum emptoris* (1539).

d) Non è senza suggestione, soprattutto a fronte dell'esito finale nella compilazione giustinianea (1540), la constatazione che le fonti più antiche di cui disponiamo mostrano un'ampia applicazione del *periculum venditoris* (1541), ed una sorta di marginalizzazione dell'applicazione del *periculum emptoris* alla vendita degli schiavi, applicazione che comunque è di qualche decennio più tarda rispetto alle prime notizie che abbiamo

---

luzione per impossibilità sopravvenuta, perché il creditore ha diritto di chiedere il risarcimento del danno ulteriore. Bisogna poi evitare, a fronte di passi come Afr. 8 *quaest.*, D. 19, 2, 33 (v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *b*), di prendere per responsabilità del venditore la circostanza — *toto coelo* diversa — che egli sia tenuto, con l'azione contrattuale, a restituire il prezzo eventualmente già riscosso prima del perimento della cosa *ante traditionem*, quando il rischio gravi su di lui.

(1531) Diversa questione è quella della concreta realtà della storia, dove la logicità degli schemi concettuali può anche esser violata.

(1532) Dove fra l'altro, come ha notato il RABEL, *op. ult. cit.*, 554 s., i compilatori hanno costruito il tit. «*De periculo et commodo rei venditae*» (D. 18, 6 e C. 4, 48), con materiale proveniente da contesti casistici differenziati, il che mostra l'assenza di una trattazione unitaria al riguardo nella giurisprudenza classica.

(1533) Il fatto che ciò accada nelle *Institutiones* imperiali ha un'importanza particolare, perché è a tutti noto che si tratta della sede in cui a Giustiniano, od a chi per lui, è possibile individuare, in una visuale armonizzante, le linee caratteristiche della disciplina di un istituto dal punto di vista ufficiale, soprattutto nei confronti del *ius controversum* che, nonostante le direttive di massima dell'imperatore, continuava ad albergare nel Digesto. Per un altro esempio di ciò, in materia di conclusione del contratto e di *datio arrharum*, cfr. *infra*, § 29 lett. *h-j*.

(1534) Sulla portata di codesto aspetto, cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *l*.

(1535) Nel Digesto la *l.* 8 pr.-1 ha senz'altro il ruolo di fornire la trattazione "teorica" fondata sulla figura dell'*emptio perfecta* per l'applicazione del principio del *periculum emptoris*. Su di essa cfr. anche *infra*, in questo paragrafo, lett. *f*.

(1536) Che non è possibile, evidentemente, svolgere in questa sede, e di cui, in quanto segue, saranno dunque appena accennati i referenti.

(1537) E qui possono intrecciarsi profili attinenti all'epoca ed al singolo giurista assieme all'ovvia rilevanza della diversa struttura dei singoli casi discussi.

(1538) E non va dimenticato come una tale impostazione abbia goduto dell'indiscutibile autorità di un grande giurista e storico come Ernst Rabel.

(1539) Cfr. soprattutto la catena costituita da Paul. 3 *Alf. dig.*, D. 18, 6, 13 e 15 pr.-1, inframezzato dai compilatori, con Iulian. 3 *ad Urs. Fer.*, *eod.*, 14, nonché Afr. 8 *quaest.*, D. 19, 2, 33; ma va tenuto presente anche D. 19, 1, 50, di Labeone, ed il particolare modo di impostare la questione di Iavol. 7 *ex Cass.*, D. 18, 6, 17, e di Iulian. 15 *dig.*, D. 18, 5, 5, 2.

(1540) E soprattutto in *I.* 3, 23, 3-3*a* e D. 18, 6, 8 pr.-1.

(1541) Senza che si riesca a trovare, a differenza di quanto accade nella vendita degli schiavi (dove emerge il *periculum emptoris*), una particolare predestinazione dei casi qui discussi ad un trattamento differenziato.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

487

sull'argomento e che mostrano l'applicazione del *periculum venditoris* (1542).

Al riguardo sono molto importanti due famosi casi discussi nello stesso contesto da Alfeno Varo, che riguardano la vendita di letti e quella di legname (1543). Nel primo (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*, D. 18, 6, 13 e 15 pr.), è affermato chiaramente il principio del *periculum venditoris* (1544), nel caso in cui i letti — già venduti ma non ancora trasferiti — siano andati distrutti, in quanto posti *in via publica*, in seguito all'intervento dell'edile, con ogni probabilità perché d'ostacolo al traffico. I tentativi ricorrenti in dottrina (1545) per spiegare il passo senza intaccare l'uniformità nell'applicazione del principio del *periculum emptoris* non convincono. Non si tratta, infatti, né di una vendita di genere (1546) né di un contratto di fornitura di letti (1547), ché si era in presenza di un negozio avente ad oggetto letti già individuati, altrimenti non si sarebbe neppure potuto proporre il problema del rischio (1548): non si tratta di un problema di responsabilità, com'è invece la soluzione adesso dominante (1549), ché non si distingue fra comportamento legittimo ed illegittimo dell'edile (1550), né viene in alcun modo specificato — nell'uso indifferente del termine *periculum* (1551) — che nell'un caso si tratterebbe di addossare, in senso stretto, il rischio contrattuale al compratore (in quanto i letti erano già stati consegnati o l'acquirente stesso era caduto in *mora accipiendi*), nell'altro di individuare — a carico del venditore — una responsabilità che, sia per colpa sia per *custodia*, andava oltre la semplice restituzione del prezzo eventualmente riscosso (1552).

Nello stesso senso possono trarsi precise illazioni dalla *l.* 15, 1 (1553). È stato, e non senza fondamento, sostenuto di recente che si tratti di una vendita di cose di specie (1554), interpreta-

(1542) I passi più antichi — che riaffermano il *periculum venditoris* — risalgono, infatti, ad Alfeno Varo, mentre la prima applicazione del *periculum emptoris* compare, in materia di vendita di schiavi, in Labeone (v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *e*).

(1543) Ad un problema di responsabilità si riferisce invece il caso dell'*insula* venduta ed incendiata prima della consegna, trattato in Alf. 2 *dig.*, D. 18, 6, 12, il quale — con l'espressione *nihil ad eum pertinebit* — evita, più o meno consapevolmente, l'uso del termine di *periculum*.

(1544) In questo senso cfr., soprattutto, HAYMANN, *Textkritische Studien*, II, cit., 72 ss.; RABEL, *op. ult. cit.*, 555 s.; VOGT, *op. cit.*, 163 s.; BETTI, *Periculum*, cit., 174 ss.; e, da ultimo, MACCORMACK, *Alfenus Varus*, cit., 583 s.

(1545) Per un'ampia rassegna della stessa, qui impossibile, cfr. THIELMANN, *op. ult. cit.*, 301 ss.

(1546) Così, in una linea illustre, da Accursio (gl. *quodsi*, a D. 18, 6, 13: dove come alternativa si ricorda l'assunzione pattizia del rischio) fino a JHERING, *Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract*, in *Gesammelte Aufsätze*, I, cit., 471.

(1547) KRÜCKMANN, *Periculum emptoris*, cit., 65 ss., 71 ss.

(1548) V. *infra*, in questo paragrafo, lett. *i*, per quanto concerne la vendita di genere ("illimitato" ed anche "limitato").

(1549) Cfr. in tal senso, ad esempio, SECKEL e LEVY, *op. cit.*, 244 ss.; ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 269 s.; BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 88 s.; MOLNÁR, *op. cit.*, 2254 s.; ROBAYE, *op. cit.*, 363 s.; ZIMMERMANN, *op. cit.*, 289; VOCI, *op. ult. cit.*, 129 s.

(1550) Non è in alcun modo detto che Alfeno considerasse il caso in cui la condotta dell'edile fosse stata legittima (anche se — nella specie — questa doveva essere l'ipotesi statisticamente più rilevante): il fatto che, a differenza di Iulian. 3 *ad Urs. Fer.*, D. 18, 6, 14, Alfeno non distingua non comporta — come vorrebbe invece il THIELMANN, *op. ult. cit.*, 308 s. — che egli guardi soltanto al caso del comportamento per l'appunto legittimo, ma che si tratta per lui di un dato indifferente. E si tenga conto che, anche se il comportamento fosse stato legittimo, vi sarebbero potuti essere casi in cui — in una discussione casistica — poteva sostenersi non si configurasse una colpa del venditore (all'epoca di Alfeno, in questo caso non poteva funzionare la responsabilità per *custodia*): si pensi al compratore che sa che i letti si trovano, intralciando eventualmente il traffico, sulla pubblica strada, e che accetta — non ritirandoli immediatamente (senza che ciò debba considerarsi come una *mora accipiendi*) — questa situazione di fatto. In base a queste considerazioni è quindi da escludere che per la *l.* 13, 1 si debba riconoscere rilevanza al tipo di perimento della cosa dovuta riconducendo ad unità questo caso con quello discusso da Africano, in D. 19, 2, 33 sotto il profilo dell'intervento dell'autorità pubblica (così invece VOGT, *op. cit.*, 164), con il che si obliterebbe una più rilevante differenza, trattarsi per Alfeno di distruzione materiale e d'impossibilità giuridica per Africano (v. anche *infra*, in questo paragrafo, lett. *g*).

(1551) Sottolinea esattamente questo punto il VOGT, *lc. ult. cit.*

(1552) Così anche THIELMANN, *op. ult. cit.*, 311 ss., il quale — anche se sovrapponendo alle fonti una concettualizzazione ad esse ignota — argomenta esattamente contro il riferimento di *periculum* ad un problema di responsabilità del venditore (*Leistungsgefahr*), ribadendo che invece si tratta qui di ripartizione del rischio (*Preisgefahr*), se cioè il compratore dovesse egualmente pagare il prezzo, nonostante il perimento della cosa venduta. È infondato, però, l'ulteriore tentativo — condotto sulla base di soluzioni correnti nella normativa e nella dogmatica tedesca (che bisognerebbe però dimostrare quanto potessero essere state proprie dei romani) — di vedere qui un problema per l'appunto di *Preisgefahr*, risolto in termini d'imputabilità per *culpa* o per *custodia* del perimento al venditore, di modo che, a causa dell'imputabilità a quest'ultimo dell'inadempimento, venga riconosciuto al compratore — accanto all'azione in adempimento (all'*id quod interest*) — un diritto di recedere dal contratto, del quale diritto, bisogna sottolineare il punto con fermezza, non si ha alcuna traccia nelle fonti.

(1553) Vendita di legname, in relazione alla quale si sottolinea che la *signatio* delle travi è equivalente alla *traditio*, e produce, perciò, la traslazione del rischio al compratore.

(1554) Così THIELMANN, *op. ult. cit.*, 303 s. (v., del resto, già HAYMANN, *op. ult. cit.*, II, 76 s.), il quale argomenta rigorosamente da *materia empta* usato al nominativo: pesa

Senato della Repubblica - Archivio Storico

488

zione che appare senz'altro la migliore (1555). Non v'è, d'altronde, spazio per le interpretazioni correnti in dottrina che con *periculum* il giurista si volesse riferire alla responsabilità per *custodia* del venditore (1556).

e) Agli inizi del I secolo d.C., Labeone applica il *periculum emptoris* (1557) nel caso di morte dello schiavo *ante traditionem* (1558). Per la *mors servi* non v'è, del resto, dubbio sul fatto che, nel periodo classico, la traslazione del rischio avvenisse a carico del compratore dal momento della conclusione del contratto, o meglio della *perfectio emptionis* (1559), ed un trattamento eventualmente differenziato (1560) trova, nella specie, abbastanza evidenti referenti (1561).

È, però, molto rilevante che proprio per la vendita degli schiavi si trovino in àmbito sabiniano due passi, Iavol. 7 *ex Cass.*, D. 18, 6, 17 e Iulian. 15 *dig.* D. 18, 5, 5, 2, che attestano di una certa resistenza all'affermazione del principio del *periculum emptoris* anche in questa particolare connessione. Giavoleno attribuisce un'importanza decisiva alla trasmissione al compratore della detenzione, o del precario, sullo schiavo (1562), che — applicandosi senza controversie il principio del *periculum emptoris* in generale od in questo caso particolare — dovrebbe esser elemento del tutto irrilevante (1563).

Nell'affermare, poi, che — anche *ante traditionem* — il rischio per la morte dello schiavo è carico del compratore, Giuliano equipara la situazione in cui si trova lo svolgimento della fattispecie negoziale a quella che si sarebbe avuta una volta effettuata la *traditio* (1564). Anche se non si può ricostruire con tutta precisione il pensiero del giurista, il passo mostra come Giuliano si stesse misurando con una diversa soluzione, nel senso della rilevanza della *traditio*: ed il problema sarebbe di sapere se ed in quali limiti egli seguisse tale tradizione, e se il modo di pensare che si

---

indubbiamente anche l'analogia con i *lectos emptos* di *l.* 13 pr., dove il tipo di costruzione è, dal punto di vista che qui interessa, lo stesso (anche se l'espressione è all'accusativo) e si tratta, sicuramente, di vendita di specie. Per la vendita di genere, da ultimo, Robaye, *op. cit.*, 364 s.

(1555) L'alternativa che si presenta è infatti quella di considerare il caso come vendita di *genus* "limitato": rispetto a codesta alternativa — e restando all'interno della logica dell'*emptio perfecta* (che non sappiamo, però, sin quanto presente già ad Alfeno) — non v'era bisogno per il giurista repubblicano di reinterpretare come *traditio* la *signatio* delle *trabes*, perché, essendosi con tale *signatio* proceduto all'*admensio* ed alla conseguente individuazione del legname venduto, era già da questo momento che l'*emptio* diveniva *perfecta*. D'altro lato, non è impossibile trovare per la *signatio* stessa, di poi valutata come *traditio*, una specifica funzione anche all'interno di una vendita di specie, ad esempio per evitare la sostituzione delle *trabes*.

(1556) Così Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 249 s. (v. già, senza motivazione stringente, Seckel e Levy, *op. cit.*, 247): ciò è escluso dalla circostanza che anche qui il termine «*periculum*», su cui — senza fondamento — si basava l'Autore, è riferito ad entrambe le parti.

(1557) Per l'atteggiamento del giurista augusteo in altre fattispecie, cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *g*.

(1558) Cfr. Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 22, nella parte finale (che ormai non è più lecito sospettare), dove si pongono a carico del venditore le spese del funerale dello schiavo, morto in modo non imputabile al venditore (cfr., su di ciò, Rabel, *op. ult. cit.*, 548 ss., cui aderisce il Betti, *op. ult. cit.*, 181). Altri passi indiscutibilmente nello stesso senso sono Cels. [3] <8> *dig.*, D. 12, 4, 16; Iulian.-Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 6, 1; Paul. 16 *quaest.*, D. 18, 4, 21; Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 34, 6 (con un'interessante applicazione in materia di vendita alternativa); Diocl. et Max., C. 4, 48, 6 (del 294 d.C.).

(1559) Ciò è ammesso anche da taluno fra coloro che ritenevano generalmente applicato in materia di compravendita il *periculum venditoris*: cfr. Betti, *op. ult. cit.*, 179 ss.: (v. anche Sargenti, *op. ult. cit.*, 1127 s.). La posizione particolare dello schiavo come oggetto di compravendita era stata già, con chiarezza, enucleata dal Rabel, *op. ult. cit.*, 554 ss. Non convince la critica dei testi compiuta dal Haymann, *op. ult. cit.*, II, 132 ss.

(1560) Che deve ipotizzarsi seguendo l'ipotesi che il *periculum emptoris* in tal caso si sia affermato in un momento in cui più ampio fosse l'àmbito di applicazione del *periculum venditoris*.

(1561) Il principio vigente per gli schiavi era, evidentemente, estendibile — nella *ratio* — agli animali ed uno spunto in tal senso si trova nell'equiparazione fatta in *I.* 3, 23, 3*a*, ad altro proposito (quello della responsabilità per *custodia*, almeno nella configurazione assunta nel diritto giustinianeo: v. anche *infra*, in questo paragrafo, lett. *m*), fra la compravendita dello schiavo e quella degli animali (ma anche delle *ceterae res*). Bisogna, però, avvertire che — al di fuori dell'editto edilizio e del problema dei vizi — la vendita di animali risulta piuttosto negletta nella casistica dei *prudentes*, e che, oltre al passo delle *Institutiones* dianzi citato, nelle fonti non ne abbiamo altri per tale tipo di vendita né in materia di rischio né di eventuale responsabilità per *custodia*.

(1562) Sul passo, dal punto di vista del *periculum venditoris*, cfr. soprattutto Haymann, *op. ult. cit.*, II, 119 s.; Betti, *op. ult. cit.*, 175 s., anche per la costruzione dogmatica del particolare trattamento del caso (trasferimento al compratore del potere di controllo).

(1563) Si noti come si tratti del solo passo di Giavoleno in materia.

(1564) Viene addirittura posta una "finzione" di *traditio* («*mortuo homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset*»): sul passo, in relazione al *periculum venditoris* cfr., per tutti Betti, *op. ult. cit.*, 180 (eccessiva la critica di Haymann, *op. ult. cit.*, II, 132 ss.); v., del resto, da un punto di vista leggermente diverso, Rabel, *op. ult. cit.*, 544 s. Imbarazzata la posizione dei difensori del *periculum emptoris*: Seckel e Levy, E., *op. cit.*, 230 non ricordano l'accennata "finzione", mentre non cita neppure il passo l'Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 434 (indice delle fonti). Privo di fondamento il tentativo del Molnár, *op. cit.*, 2233, di togliere valore al passo accennando al fatto che Giuliano avrebbe proceduto alla comparazione solo «*des Nachdruckes halber*».

Senato della Repubblica - Archivio Storico

enuclea nella *l.* 5, 2 fosse o meno limitato alla vendita degli schiavi. Le fonti al riguardo non forniscono tracce consistenti. Da Iulian. 3 *ad Urs. Fer.*, D. 18, 6, 14 sembra oggettivamente risultare che il giurista seguisse l'impostazione di Alfeno nel caso dei letti e dell'edile (1565), e non sarebbe giustificato il dubbio che la conclusione venga tratta solo in base alla collocazione del testo nella compilazione. Dagli altri frammenti, non molto si può ricavare: da Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 6, 8, 1 risulta poi soltanto che l'ultimo corifeo sabiniano utilizzava al proposito lo schema — tipico della scuola — dell'*emptio perfecta* (1566).

Nello stesso torno di tempo in cui si situano i testi di Giuliano, Celso, il caposcuola dei proculeiani, dava per scontato il *periculum emptoris* sempre in materia di compravendita di schiavi (1567): potrebbe affacciarsi l'ipotesi che si colgano qui le tracce di posizioni differenziate fra le due scuole in materia di ripartizione del rischio, anche se le stesse non sono, per il momento, ulteriormente precisabili.

f) Di controversie di scuola si trovano, del resto, altre tracce, che hanno questa volta riferimento alla categoria dell'*emptio perfecta*: al proposito l'attestazione più cospicua si ha proprio nel più importante passo della compilazione in materia, D. 18, 6, 8 pr.-1, di Paolo, già citato (1568). Dalla *l.* 8 pr., indubbiamente raccorciata e rimaneggiata dai compilatori (1569), si evince — in ordine al trattamento dell'*emptio sub condicione* ai fini del *periculum rei venditae* — una contrapposizione fra un'opinione di Proculo ed Ottaveno, che potremmo dire proculiana (1570), ed un'altra che si può ricavare *a contrario* dal passo, e che quindi non risulta ulteriormente circostanziata né nella portata né in relazione ai giuristi che la difendevano, e che debbono identificarsi con esponenti di scuola sabiniana (1571).

Lasciando da parte la precisa cornice in cui si svolgeva l'accennata discussione (1572), secondo Proculo la vendita si considerava — per effetto della retroattività — già efficace al momento della conclusione del contratto, ed il *periculum* della cosa perita *pendente condicione* era addossato al compratore, perché, nel momento in cui era avvenuto il perimento stesso, la vendita era efficace, in quanto gli effetti — in virtù della retroattività stessa — dovevano considerarsi già prodotti nel momento della conclusione del negozio, quando la cosa esisteva. I sabiniani, invece, operavano con la categoria del *perfici emptionem*, in base alla quale la fattispecie della vendita era da ritenersi — almeno ai fini del *periculum* — perfezionata (1573) soltanto nel momento del verificarsi della condizione (1574). Secondo i sabiniani dunque, nella

---

(1565) *Supra*, in questo paragrafo, lett. *d*. Il passo in questione s'inserisce, infatti, fra i già discussi testi di Paolo-Alfeno, D. 18, 6, 13 e 15 pr., ma già l'originale dipendeva dal caso discusso dal giurista repubblicano, come mostra la duplice alternativa fra la legittimazione diretta all'*actio legis Aquiliae* (per il caso della *traditio*), e l'esperimento dell'*actio ex empto* per la prestazione delle azioni (nel caso di *mora credendi*).

(1566) Sul testo, cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *k*. La posizione di Giuliano sulla ripartizione del rischio non viene particolarmente rischiarata dagli altri due passi che possono addursi in materia: in Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 2, 2, 1 si ha una fattispecie in cui potrebbe darsi che il giurista prendesse in considerazione una vendita già eseguita mediante la *traditio* (perché il gioco è tutto tra la configurazione sospensiva e risolutiva dell'*in diem addictio*); da Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 47, 2, 14 pr. è praticamente impossibile ricavare qualcosa sul pensiero di Giuliano, in generale e sul punto specifico che qui interessa.

(1567) Cels. [3] <8>*dig.* D. 12, 4, 16 (su cui, cfr. *supra*, § 15 lett. *c-d*).

(1568) Secondo il passo di Paolo, l'*emptio perfecta* si ha *«si id quod venerit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit»*, e cioè entrambe le prestazioni siano determinate in modo tale da essere immediatamente eseguibili. V. anche, sempre sull'*emptio perfecta*, quanto riferisce, Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 1, 35, 5, riguardo alla vendita di genere (cfr. anche *supra*, § 12 lett. *d*).

(1569) Questo è un punto su cui, come si è accennato (v. *supra*, in questo paragrafo, lett. *c*) sono d'accordo anche coloro che sostengono, per il diritto classico, la vigenza senza eccezioni del *periculum emptoris*: cfr., ad esempio, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 259 ss.; la posizione conservatrice dell'Ernst, *op. cit.*, 225 ss., anche rispetto a guasti dovuti semplicemente al raccorciamento del passo è manifestamente prevenuta. Non è possibile qui discutere le varie proposte di ricostruzione o di emendamento del testo.

(1570) Nonostante non si sappia molto sulla collocazione di Ottaveno nella controversia fra le scuole.

(1571) La riferibilità della categoria dell'*emptio perfecta* a tale scuola è evidente dal già citato D. 18, 1, 35, 5, di Gaio.

(1572) Per qualche precisazione al riguardo cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *l*.

(1573) Che il *perficere emptionem* fosse cosa diversa dal sorgere di un assetto d'interessi vincolante per le parti risulta in modo particolare per l'impiego di questa categoria in tema di vendita a misura (sia di *genus* "limitato" che di una partita non quantificata), dove, già dalla conclusione del contratto, nascono *hinc inde* le azioni in adempimento (cfr. *supra*, § 10 lett. *d*).

(1574) In effetti, nell'attuale stesura del passo, l'opinione proculiana che — dopo il verificarsi della condizione — addossa al compratore il rischio per ogni perimento verificatosi *post contractam emptionem* sembrerebbe dipendere dalla teorica dell'*emptio perfecta*; questa perderebbe, però, ogni senso e qualsiasi rilievo, se ridotta a voler significare soltanto che, per aversi gli effetti della compravendita, deve avverarsi la condizione (in tal senso cfr., per tutti, Seckel e Levy, *op. cit.*, 163 ss.). Il passo è stato raccorciato per sopprimere — seppur non totalmente — il resoconto di *ius controversum* fatto da Paolo, ed in questo raccorciamento si è persa la precisa descrizione degli effetti connessi allo schema dell'*emptio perfecta*, il cui significato — nel senso qui

Senato della Repubblica - Archivio Storico

vendita condizionale, il problema del rischio della perdita della cosa *ante impletam condicionem* non esisteva, perché la compravendita stessa si considerava rilevante, almeno ai fini della ripartizione del rischio, soltanto dal momento dell'avveramento della condizione: ed in questo momento, essendo precedentemente perito l'oggetto del negozio, sarebbe mancata la *res quae veneat*, essenziale per la configurazione del contratto.

g) Si sono così accertati due punti in cui v'era una disputa fra le due scuole, e l'atteggiamento dei sabiniani può, in entrambi i casi, qualificarsi meno rigoroso nei confronti del compratore. Altre notizie puntuali non si trovano per il I secolo d.C. Una traccia per un trattamento differenziato fra la compravendita di immobili e quella di schiavi si può, però, trovare per Labeone che nel primo caso a differenza del secondo sembra riconoscere rilevanza alla *traditio* ai fini della ripartizione del rischio (1575), mentre altri passi hanno, a quanto sembra, minore rilevanza al proposito (1576).

Più difficile la valutazione di Nerat. 3 *membr.*, D. 19, 1, 31 pr., passo proveniente da un giurista proculiano, che fra l'altro sembra qui seguire l'opinione che fa della responsabilità per *custodia* un *naturale negotii* (1577), ciò che meglio si correla ad un contesto in cui si applichi il *periculum emptoris*. V'è, comunque, nella *l.* 31 pr. un accenno di qualche rilievo nel senso che il rischio potrebbe non gravare, automaticamente, sul compratore (1578), il che rende più complesso il quadro generale.

Verso la metà del II secolo d.C., Pomponio sembra alludere — nell'isolamento che il passo ha subito nella compilazione giustinianea — ad un'ampia, se non generale, vigenza del *periculum emptoris* (1579), mentre per Gaio abbiamo dei passi di valutazione incerta in cui il problema del rischio è discusso in relazione alla responsabilità per *custodia* (1580) e di vendita di genere "limitato" (1581): da essi si può senz'altro inferire che il giurista si misurava con concezioni che tendevano ad addossare il rischio al compratore, ma vi si può anche vedere il riflesso di una tradizione sabiniana più favorevole al compratore.

Applica, invece, senz'altro il *periculum vendi-*

---

voluto — appare, d'altronde, assicurato dall'impiego fattone in materia di vendite a misura (cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *i*).

(1575) Cfr. Lab. 4 *post. a Iavol. epit.*, D. 19, 1, 50: l'esatta ricostruzione della fattispecie che sta a base della decisione di Labeone è controversa in dottrina (cfr., da ultimi, Pugsley, *op. ult. cit.*, 381 ss.; Sargenti, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, 1987, 38 ss.): si tratta dell'estinzione — non satisfattoria — dell'obbligazione del compratore da parte di un provvedimento dell'autorità (per la rilevanza in materia di sinallagmaticità cfr. *supra*, § 14 lett. *f*), in base al quale Labeone decide che — ove non abbia già adempiuto — il venditore resta a sua volta liberato. Anche se il caso è diverso (perché in sostanza l'obbligazione divenuta "impossibile" è quella del compratore), non è privo di rilevanza il fatto che il giurista augusteo assuma la *traditio* come momento decisivo ai fini della ripartizione del rischio: è da ritenere che ciò sarebbe stato assai difficile nel caso in cui la *traditio* stessa non avesse svolto alcun ruolo in ordine a tale ripartizione quando a divenire impossibile fosse la prestazione del venditore. Per circostanziare i possibili referenti per una decisione differenziata, va qui rilevato come si tratti della vendita di un immobile e come la ripartizione del rischio debba valutarsi in una situazione in cui la cosa è ancora materialmente esistente.

(1576) Non molto si può ricavare da Lab. 4 *post. a Iavol. epit.*, D. 18, 1, 78, 3, in cui si tratta di un'*emptio spei* (v. anche *supra*, nt. 440), nella quale il problema del rischio assume caratteristiche particolari, e dove le parti hanno addossato al venditore i *casus maiores* (nonostante l'impiego del termine «*praestaturum*», non v'è assunzione di una responsabilità da parte del compratore, ma una ripartizione del rischio diversa dal regime normale di questa figura di compravendita, che porta alla restituzione del prezzo eventualmente pagato e, comunque, all'estinzione dell'obbligazione del compratore se il raccolto non viene in essere in seguito a *nives immoderatae*). Sembrerebbe, a prima vista, più importante Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 1, 2, dove si contrappongono le opinioni di Trebazio, che segue Alfeno nel ritenere che la *signatio* — di un *dolium* — comporti *traditio* (per una differenziazione fra le *trabes* e i *dolia*, v., ma senza convincere, Thielmann, *op. ult. cit.*, 322 ss.), mentre per Labeone ciò serve soltanto *ne summutetur*: la discussione è ricordata in un contesto in cui si tratta di *degustatio* nella vendita del vino, rispetto alla quale la *traditio* — traslativa della proprietà — fa in qualsiasi caso cessare l'accollo al venditore del danno della *mutatio vini* (su ciò cfr. *supra*, § 23 lett. *g*). Non si può, quindi, trarne con sicurezza illazioni circa il perimento del vino, ad esempio per *effusio*.

(1577) Sulla rilevanza del passo per i problemi della *custodia*, cfr. *supra*, § 26 lett. *d*.

(1578) Cfr. Betti, *op. ult. cit.*, 141: non avrebbe, infatti, senso l'accenno che — in seguito al perimento violento della cosa non imputabile, neppure per *custodia*, al venditore — la cessione delle azioni avviene ad iniziativa ed a rischio del compratore, se questi fosse comunque tenuto a pagare il prezzo.

(1579) Cfr. Pompon. 14 *ad Sab.*, D. 23, 3, 15, connesso nel Digesto, ad Ulp. 34 *ad ed.*, D. 23, 3, 14, in materia di *dos aestimata*: se su di esso fa troppo affidamento, da una parte, l'Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 266 s., appare prevenuta, dall'altra, la critica del Betti, *op. ult. cit.*, 149.

(1580) D. 18, 1, 35, 4 e su *l.* 3, 23, 3*a* (su cui, cfr. *supra*, § 26 lett. *d*, nonché *infra*, in questo paragrafo, lett. *m*); la posizione favorevole alla configurazione della *custodia* come elemento accidentale del contratto emerge qui all'interno della tradizione sabiniana orientata in materia in senso più favorevole, o meno sfavorevole, al compratore, ma non è possibile stabilire se ed in quali termini ciò possa essere collegato con il riconoscimento del *periculum venditoris*.

(1581) Su D. 18, 1, 35, 5 e 6, v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *j*, in una valutazione complessiva del problema del rischio in tale tipo di compravendita.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

toris Afr. 8 *quaest.*, D. 19, 2, 33, in un caso di sopraggiunta impossibilità giuridica di disporre della cosa a séguito di un provvedimento ablativo della pubblica autorità. Il giurista non inquadra — terminologicamente — la soluzione nell'àmbito del *periculum*, ma concede l'*actio empti* per la restituzione del prezzo anticipato, essendo intervenuta la *publicatio* prima del trasferimento del fondo (1582): l'alternativa — più o meno reale — nei cui confronti codesta soluzione viene prospettata non è il *periculum emptoris*, bensì la responsabilità del venditore (1583). Nell'àmbito dell'impostazione sabiniana, cui era vicino per il tramite del maestro Giuliano, Africano utilizza altrove anche il criterio dell'*emptio perfecta* per giudicare della traslazione del rischio in una fattispecie particolare, dalla quale è però difficile ricavare informazioni sulla più generale impostazione seguita al riguardo dal giurista (1584).

b) Si giunge così verso l'epoca tardo-classica. In tema di *periculum rei venditae*, non sono praticamente utilizzati i giuristi prevalentemente attivi nella seconda metà del II secolo d.C. (1585), e Papiniano lo è soltanto marginalmente (1586). Il pensiero di Ulpiano emerge con chiarezza in un contesto particolare, che riguarda la vendita degli immobili, ma è con tutta chiarezza nel senso della traslazione del rischio al compratore *post venditionem contractam*, e non è possibile stabilire se sotto la differente terminologia si celi una impostazione per qualche aspetto diversa da quella canonica in termini di *perfectio emptionis* (1587): e lo stesso giurista ammette il *periculum emptoris* in materia

(1582) «... *isque* — il fondo — *priusquam vacuus traderetur publicatus fuit* ...».

(1583) Sul passo — sul cui rilievo in ordine al *periculum venditoris*, v. HAYMANN, *op. ult. cit.*, II, 63 ss.; BETTI, *op. ult. cit.*, 172 ss. — cfr. per tutti, nella dottrina più recente (con amplie citazioni bibliografiche), WACKE, *Dig. 19, 2, 33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt*, in *Aufstieg und Niedergang*, II, t. 15, cit., 456 ss. (ribadendo anche più di recente la propria posizione: ID., *Die verschuldete Eviktion*, cit., 154); ANKUM, *op. ult. cit.*, 176 ss.; ROBAYE, *op. cit.*, 365 ss.; THIELMANN, *op. ult. cit.*, 299 ss., e da ultimo PENNITZ, *lc. cit.*: ed in questi autori ampia rassegna delle opinioni dottrinali al proposito. Il passo è stato, prevalentemente, riferito alla responsabilità del venditore, su cui sarebbe ricaduta — anche se diversamente articolata fra Giuliano ed Africano — la responsabilità per la mancata consegna, il che portava a più o meno avventate opinioni per giustificare la circostanza che il venditore rispondesse soltanto nella misura del prezzo anticipato dal compratore. Come ha messo, esattamente, in mostra il Thielmann, dal complesso della l. 33 risulta che il proprietario del fondo — venditore o locatore che fosse, a seconda degli esempi fatti — non aveva alcuna responsabilità per l'avvenuta *publicatio* (come crede, invece, ancora — ma senza motivi sufficienti — il VOCI, *op. ult. cit.*, 130 s.), né può accogliersi il tentativo dell'ANKUM, *op. ult. cit.*, 174 ss., di riferirlo ad un «*Kauf unter politischem Druck*», il quale non rende giustizia al termine *publicatus*, senza che per l'uso nel significato attribuitogli l'autore riesca a portare un solo esempio (*contra*, a ragione, PENNITZ, *op. cit.*, 224 s.). Il passo testimonia, quindi, per il trattamento, secondo Africano (ed anche Giuliano), della ripartizione del rischio (il *fin-de-nerecevoir* opposto dal Thielmann a questa illazione non è in alcun modo giustificato), né vi si può leggere qualche riferimento alla rilevanza dell'*emptio perfecta*, in relazione al fatto che il fondo non era *abholungsreif* (su questo aspetto cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *l*), come — sulle orme di SECKEL e LEVY, *op. cit.*, 219 ss. — tuttora sostiene il WACKE, *Dig. 19, 2, 33*, cit., 483 ss. (nello stesso senso del resto anche lo ZIMMERMANN, *op. cit.*, 288): su ciò cfr., in senso critico, TALAMANCA, *Per la storia*, cit., 250 nt. 100. Il problema sarà di determinare se, per avventura, questo tipo di soluzione si limiti soltanto al caso della sopravvenienza di un'impossibilità giuridica: non si può, per questo, però sostenere che, non essendovi un danno materiale, si è fuori della problematica della ripartizione del rischio (così, senza una seria motivazione, MOLNÁR, *op. cit.*, 2253 s.).

(1584) Afr. 8 *quaest.*, D. 46, 3, 39 (immotivate le atetesi del BETTI, *op. ult. cit.*, 169): non fidandosi l'una dell'altra, le parti avevano proceduto ad un contemporaneo deposito del prezzo e della merce sembrerebbe presso la stessa persona (di reciproca — si direbbe — fiducia: il che rende piuttosto dubbiosi sull'inciso «*utique* ...»), con il che si ricade in una tematica frequentata in scuola sabiniana (*supra*, in questo paragrafo, lett. *e*), quella del venditore che ha trasferito al compratore, od ha comunque dimesso la disponibilità della cosa venduta.

(1585) Ad essi risale, nel tit. 18, 6, che è la *sedes materiae* del *periculum* — ma anche del *commodum* — *rei venditae*, una breve nota di Scevola ai *Digesta* di Giuliano, in D. 18, 6, 11, con la insolita *inscriptio*: «*in libro septimo digestorum Iuliani Scaevola notat*», il quale riguarda però, nel tenore conservato, solo il perimento parziale (*pars fundi*).

(1586) Cfr. Papin. 10 *quaest.*, D. 47, 2, 81 pr., in cui — «*sine culpa*» — può sorprendere come resti apparentemente non applicata la responsabilità per *custodia*, nonostante che — nell'attuale stesura — sembri prevedersi il *periculum emptoris*, necessariamente correlato all'obbligo della *cessio actionis* da parte del venditore: è discutibile che, come vuole il KASER, *Die actio furti*, cit., 107 ss., nelle vendite di schiavi la responsabilità per *custodia* fosse esclusa, come elemento naturale del negozio, anche da coloro che altrove l'ammettevano; la parte finale del testo difficilmente è però genuina (cfr., ad esempio, *ivi*, p. 124 s.), anche se l'ipotesi più probabile sia quella di un raccorciamento di un più ampio ragionare casistico. Non ha nulla a che fare con la problematica del rischio Diocl. et Max., C. 4, 58, 3 pr.-2 (del 286 d.C.), come invece equivoca il MOLNÁR, *op. cit.*, 2235: nella costituzione — nonostante il ricorrere del termine *periculum* — è considerata la responsabilità del venditore per esser lo schiavo *fugitivus*, fatta valere o con un'azione edilizia o con l'*actio empti*.

(1587) Cfr. Ulp. 71 *ad ed.*, D. 43, 24, 11, 12, su cui appare prevenuta la critica del HAYMANN, *op. ult. cit.*, II, 121 ss. A parte, poi, i passi sulla morte dello schiavo venduto (*supra*, in questo paragrafo, lett. *e*), in Ulp. 8 *disp.*, D. 18, 6, 10, si esamina una deroga convenzionale che — addossando il rischio all'acquirente *pendente condicione* — estende il *periculum emptoris* al periodo antecedente alla *perfectio emptionis* (categoria, però, non utilizzata nel testo), ma, a stretto rigore, non è decisivo per determinare come il giurista configurasse la normale ripartizione del rischio.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

di vendita di vino (1588). Nella stesura conservata nel Digesto, infine, Mod. 5 *reg.*, D. 18, 1, 62, 2 afferma genericamente, per la *res in aversione empta*, la vigenza del *periculum emptoris* (1589).

A partire dal discusso D. 18, 6, 8 pr.-1, Paolo rappresenta invece l'autore classico maggiormente sfruttato a proposito della traslazione del rischio (1590). Nella *l.* 8 pr.-1, indubbiamente, il giurista severiano appare l'antesignano ed il teorico del *periculum emptoris* e della correlata figura dell'*emptio perfecta* (1591); ed anche in un altro passo, in tema di vendita immobiliare (Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 6, 7 pr.), che riguarda il perimento materiale — e totale — del fondo occupato da un fiume che vi si sia formato — per effetto di eventi naturali — il nuovo letto, egli segue il principio per cui il rischio grava sul compratore. La *l.* 7 pr. è molto importante perché rannoda il problema del *periculum* a quello del *commodum* e dell'*incommodum*, di sorta che il perimento diventa per così dire il limite superiore dell'*incommodum* stesso (1592), il che può fornire una chiave interpretativa per gli sviluppi della disciplina della ripartizione del rischio (1593).

D'altro canto è nella giurisprudenza severiana (1594) che sembra definitivamente affermarsi la valutazione della responsabilità per *custodia* come elemento naturale del contratto di compravendita, opinione che in concreto è difficile non porre in relazione con il prevalere del *periculum emptoris*, anche se non sono astrattamente da escludere interpretazioni diverse (1595).

i) Una considerazione a sé stante meritano le vendite, per chiamarle così, a misura (1596), sia di specie che di *genus* "limitato". Nelle due fattispecie dianzi indicate, la misurazione, l'*admensio*, serve rispettivamente o per fissare l'esatta quantità della partita — già di per sé individuata — di cose generiche vendute (allo scopo principale di determinarne definitivamente il prezzo); o per separare la quantità venduta, la cui precisa misura è già fissata nell'accordo delle parti, dal maggior insieme dal quale deve esser presa. Anche per quanto riguarda la vendita a misura di una partita determinata la scuola sabiniana, come ricorda Gaio, utilizzava lo schema dell'*emptio perfecta*, e sosteneva che la *perfectio* stessa si aveva soltanto con la misurazione (1597).

(1588) In D. 18, 6, 1 pr.: sul particolare atteggiarsi del rischio nella vendita del vino, in funzione dei vari tipi di contratto conosciuti (vendita *per aversionem* ed *ad mensuram*) ed alle clausole particolari come quella sulla *degustatio*, cfr. *supra*, § 23 lett. *g*.

(1589) Nella *l.* 62 si succedono argomenti disparati, tratto che difficilmente può esser riportato alla natura dell'opera escerpita (le *Regulae* di Modestino); e non può certamente escludersi che, nell'intervento volto a ritagliare la "massima", i compilatori abbiano privato il passo di connessioni piuttosto signatifive dal punto di vista qui discusso. È, comunque, da escludere una stesura originale del testo che non mettesse in contrasto la vendita *per aversionem* con quella *ad mensuram*. Non v'è, però, ragione per ipotizzare un regime particolare per la prima (così, invece, Betti, *op. ult. cit.*, 184, ma in modo palesemente prevenuto).

(1590) È per il tramite dell'epitome di Paolo che veniamo a conoscere anche il pensiero di Alfeno, favorevole al *periculum venditoris*. Non ha rilievo (diversamente Betti, *op. ult. cit.*, 183) per la problematica qui discussa Paul. 1 *resp.*, D. 21, 2, 11 pr. (su cui cfr. da ultimo, con ampia discussione della letteratura, Pennitz, *op. cit.*, 233 ss.), dove il termine «*periculum*» è adoperato dal consulente in modo atecnico, in quanto il provvedimento ablativo da parte della pubblica autorità era successivo all'esecuzione del contratto da parte del venditore (anche se antecedente al pagamento del prezzo a saldo), e rientra dunque, come specifica puntualmente il giurista, nel «*futuri casus evictionis*», estranei alla materia del rischio contrattuale, ma non coperti neppure dalla relativa garenzia.

(1591) Sulla portata effettiva del passo, cfr. anche *infra*, in questo paragrafo, lett. *k*.

(1592) «*Periculum esset emptoris*»: il caso limite del *periculum* per il perimento totale del fondo è portato a giustificazione della massima che tutto quanto si perda per incremento e decremento fluviale «*ad emptoris commodum incommodumque pertinet*», distinguendo nel contesto, a quanto sembra, il problema dell'*incommodum* (e del *commodum*) da quello del *periculum* stesso (in quanto questo termine appare usato solo in relazione all'ipotesi del perimento totale); arbitraria l'esegesi del Betti, *op. ult. cit.*, 161 s. In Ulp. 71 *ad ed.*, D. 43, 24, 11, 12 (in tema di legittimazione attiva all'*interdictum quod vi aut clam*) *periculum* viene, invece, adoperato anche in relazione ad una diminuzione del valore del fondo, e lo stesso si può constatare in relazione alla *mutatio vini* (su cui v. *supra*, § 23 lett. *g*).

(1593) Il raccordo è presente, del resto, anche in *l.* 3, 23, 3-3*a*, e su di esso cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *m*.

(1594) Su ciò, cfr. *supra*, § 26 lett. *d*. Ciò vale sicuramente per Ulpiano, ma anche per Paolo: su Papiniano, cfr. *supra*, nt. 1586.

(1595) Nel senso, ad esempio, di aggravare la posizione del venditore fino a ritenerlo responsabile per il furto, in quanto gli si addossa la responsabilità per *custodia*, continuando ciò nonostante a seguire il principio del *periculum venditoris* per i *casus maiores*: una lettura del genere sarebbe, del resto, letteralmente la più fondata per Nerat. 3 *membr.*, D. 19, 1, 31 pr. (v. *supra*, in questo paragrafo, lett. *g*), se ad essa non creasse difficoltà l'individuazione di una tendenza proculiana favorevole al venditore nella ripartizione del rischio contrattuale.

(1596) Per una discussione dei vari tipi di vendita a misura, cfr. *supra*, § 10 lett. *c-e*.

(1597) Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18, 1, 35, 5 (su cui v. anche *supra*, § 10 lett. *d-e*). I fondatori della scuola sabiniana costruivano la fattispecie in analogia alla vendita condizionale: erra quindi l'Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 271 s., nel voler considerare il *perfici* dei sabiniani equivalente a *contrahere*, ché qui l'*emptio* è *contracta*, tant'è che i sabiniani stessi non negherebbero l'azione in adempimento, ma non ancora *perfecta*. In Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 6, 1, 1, si segue — v., per un raffronto, *supra*, § 23 lett. *g* — una categorizzazione (prima

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Per quanto riguarda la vendita a misura di una partita individuata (ma da sottoporre a misura) non è precisato da Gaio (1598) a quale scopo venisse adibito lo schema dell'*emptio perfecta*, né nell'àmbito del proprio discorso né in relazione all'opinione di Sabino e Cassio che egli adduce come *auctores* per la teoria adottata. Ma il precedente § 4 ha riguardo a problemi di rischio e — nell'àmbito della vendita a misura — le fonti sono concordi nell'addossare al venditore *omne periculum* almeno fino al momento dell'*admensio* (1599), onde può tranquillamente concludersi che, anche nel § 5, lo schema in parola individuasse un momento decisivo per la ripartizione del rischio contrattuale.

Il regime della vendita a misura può appatire singolare, soprattutto per quanto concerne il negozio che abbia per oggetto una partita determinata di cose generiche (1600). L'applicazione dello schema della *perfectio emptionis* porta ad una differenziazione nella ripartizione del rischio nella vendita *per aversionem* ed in quella *ad mensuram* che non si giustifica in base alla struttura ed alla funzione economico-sociale della fattispecie (1601). Appare così spontaneo di pensare che — nella loro impostazione tendenzialmente favorevole alla conservazione del carattere sinallagmatico, sotto questo profilo, della compravendita — i maestri sabiniani siano intervenuti, con la dottrina dell'*emptio perfecta*, per limitare la portata di quelle impostazioni che avrebbero, alla lunga, portato alla prevalenza della regola sul *periculum emptoris*.

f) È difficile trarre conclusioni sulle grandi linee dello sviluppo storico, al che ha contribuito la tendenza al prevalere del *periculum emptoris* nel periodo postclassico e nella compilazione giustinianea, la quale ha impedito un più notevole afflusso di *ius controversum* nel Digesto. Il punto di partenza ed il punto d'arrivo nello sviluppo della giurisprudenza classica possono apparire, forse soltanto per il caso che ha retto la conservazione delle fonti, più chiaramente delineati dello sviluppo intermedio.

Alla metà del I secolo a.C., infatti, abbiamo, con Alfeno Varo, attestazioni soltanto per il *periculum venditoris*, mentre a partire dall'inizio del II secolo d.C. è da rilevare prima il progressivo e poi, in epoca tardo-classica, definitivo esaurirsi — al livello delle nostre fonti — dei casi di applicazione di tale principio: nelle costituzioni imperiali, dell'ultima epoca dei Severi e successive non abbiamo più traccia di eccezioni al *periculum emptoris* (1602), anche se bisogna rilevare come il materiale a nostra disposizione non sia particolarmente abbondante (1603). E, d'altro lato, non bisogna dimenticare come sia proprio nella giurisprudenza severiana che appaia prevalere la configurazione della responsabilità per *custodia* come elemento naturale del contratto di compravendita, il che, com'è stato sempre sottolineato in dottrina (1604), viene a correggere sensibilmente l'eventuale squilibrio tra la posizione del venditore e quella del compratore rispetto alla corrispettività delle prestazioni.

---

dell'*admensio* «... *prope nondum venit* ...») che sembra evitare il ricorso alla figura dell'*emptio perfecta*.

(1598) Né in D. 18, 1, 35, 5 (vendita di una partita di cose fungibili da misurare, in contrapposizione alla vendita a corpo, *per aversionem*), né nel successivo § 6 (vendita del gregge, anche qui con la stessa contrapposizione).

(1599) Gai. 10 *ad ed. provv.*, D. 18, 1, 35, 7; Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18, 6, 5; su D. 18, 6, 1, 1, v. *supra*, § 23 lett. *g*. Cfr., del resto, Papin. 3 *resp.*, *Frg. Vat.* 16, seconda ipotesi (dove il giurista parla, genericamente, di *nullum periculum*), anche se in esso non si faccia letteralmente menzione dell'*admensio*.

(1600) Da un punto di vista di logica astratta, ciò vale anche per la vendita di *genus* "limitato", dove il *genus* stesso può, con maggiore o minore facilità, perire (su ciò v. *infra*, nt. 1601).

(1601) Non può certamente ritenersi che l'impostazione sabiniana fosse dovuta alle difficoltà che si potevano incontrare nell'individuazione della cosa o nella determinazione del prezzo, a seguito della mancata *admensio*, dato che la compravendita era azionabile anche prima della misurazione stessa (cfr. *supra*, § 10 lett. *e*): vorremmo dire che, all'inverso, è l'impostazione dell'*emptio perfecta*, dove — in D. 18, 6, 8 pr. — si richiede l'individuazione sia della cosa («*id quod venierit appareat quid quale quantum sit*») sia del prezzo («*sit et pretium*»), che risente dell'operatività della figura nella vendita a misura, operatività le cui caratteristiche dipendono da scelte di valore e non da schematismi logici.

(1602) A parte forse Alex. Sev., C. 4, 48, 2 pr.-1 (del 223 d.C.), che, presa letteralmente, proverebbe troppo, in quanto identificherebbe, contro tutto quanto sappiamo, il momento dell'*emptio perfecta* con quello della *traditio*: a parte la possibilità che la cancelleria imperiale sia stata influenzata dalla descrizione della fattispecie da parte del consulente, il testo va probabilmente letto nel senso che si sottolineino, al fine di decidere sulla ripartizione del rischio, sia il momento della *perfectio emptionis* che quello della *traditio*, nel che si potrebbe vedere un ultimo riflesso di una lunga storia, nel momento in cui si accentua l'omogeneizzazione del regime a favore del *periculum emptoris* (diversamente Betti, *op. ult. cit.*, 164 s, contrario al "dogma" dell'*emptio perfecta*). Non v'è motivo di considerare interpolate le allusioni al momento dell'*emptio perfecta* (così ancora, sostanzialmente, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.*, 258), dato che non si vede perché i compilatori sarebbero dovuti intervenire per introdurre un'equiparazione tra la *perfectio* e la *traditio*, che nessuno mai potrebbe imputare loro.

(1603) È da notare come nelle costituzioni imperiali non compaiano mai tracce di una sopravvivenza del *periculum venditoris* (su C. 4, 48, 2, cfr. *supra*, nt. 1602).

(1604) Cfr., per tutti, Kaser, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 552.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

k) Più difficile determinare i motivi per un'originaria configurazione in cui vi fosse più spazio per il *periculum venditoris*, nonché ricostruire le tappe e le ragioni dello sviluppo, di cui sarà qui tentata una ricostruzione necessariamente congetturale (1605). Lasciando da parte l'influsso del sinallagma funzionale (1606), di cui è discutibile fin quanto possa risalire una più o meno consapevole operatività (1607), e capovolgendo quella che si può dire un'impostazione tradizionale al riguardo (1608), non è escluso che si debba trovare la causa dell'originaria prevalenza del *periculum venditoris* in un'influenza dello scambio originario della cosa contro il prezzo, per cui il pagamento di quest'ultimo in tanto è giustificato in quanto la cosa stessa sia pervenuta nella disponibilità, se non nella proprietà (1609), del compratore (1610).

A questa concezione più antica (1611), nella quale — almeno per la tematica della ripartizione del rischio — si segue più o meno rigidamente il reciproco condizionamento fra le due prestazioni, si comincia, probabilmente, col fare eccezione in materia di morte dello schiavo venduto, per cui già Labeone applica il *periculum emptoris*. In questo modo si apre la strada per una valutazione più articolata del problema del rischio, in cui i giuristi romani hanno tenuto conto dell'incidenza che già l'assetto d'interessi obbligatorio vincolante per le parti ha rispetto alla sfera giuridico-patrimoniale dei contraenti.

A quanto sembra su questa strada si sono addentrati vigorosamente i proculiani. L'opinione attribuita in D. 18, 6, 8 pr. a Proculo (ed Ottaveno) mostra che, una volta verificatasi la condizione, i giuristi di codesta scuola non avevano dubbi ad applicare il *periculum emptoris* anche agli eventi avvenuti *ante impletam condicionem*, mentre i sabiniani arrivavano all'opposta decisione sulla base dello schema dell'*emptio perfecta*: non sappiamo però su quale base concreta si svolgesse il confronto (1612). Che almeno i proculiani fossero andati piuttosto avanti nel riconoscere il *periculum emptoris* trova conforto nell'applicazione *ex adversa parte* del modulo dell'*emptio perfecta* nelle vendite a misura (1613), evidentemente per escludere la traslazione del rischio al compratore *post contractam emptionem*.

l) In quali limiti i sabiniani insistessero sull'originario *periculum venditoris*, non è dato di vedere. L'ideazione dello schema dell'*emptio perfecta* ha in tanto una giustificazione, in quanto si tenda a limitare la portata della traslazione del rischio, ma non possiamo su tale base stabilire se

---

(1605) E che, per lo stato della documentazione, lascerà molti punti in sospeso.

(1606) Il sinallagma genetico è già sviluppato all'epoca di Labeone, come risulta da Ulp. 11 *ad ed.*, D. 50, 16, 19, su cui cfr., da ultimo, GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, Torino, 1992, 71 ss, nonché la nostra presa di posizione (TALAMANCA, *Per l'interpretazione*, I, cit., § 17).

(1607) Da quanto si è già detto (*supra*, § 14 lett. *e-b*), si vede come, nelle nostre fonti (su cui può incidere il caso che ne ha retto la conservazione), la problematica in materia di sinallagma funzionale praticamente comincia — salvo che per D. 19, 1, 50 di Labeone (passo che se non rientra direttamente, è molto vicino alla tematica del rischio contrattuale: cfr. *supra*, in questo paragrafo, lett. *g*) — con il II secolo d.C., proprio quando tende ad affermarsi, nella più ampia portata, il principio del *periculum emptoris*.

(1608) Cfr., per tutti, KASER, *op. ult. cit.*, I, 552: da ultimo WOLF, *Barkauf*, cit., 10; v., del resto, dal suo punto di vista, WEYAND, *Kaufverständnis*, cit., 246 ss.

(1609) In base alla fondamentale configurazione possessoria dell'obbligazione di consegna del venditore (v. *supra*, § 15).

(1610) Pur se utilizza gli stessi spunti concettuali e storici, l'impostazione qui seguita è diversa da quella che — per l'innanzi criticata — vuole vedere in una serie di fenomeni si può dire l'immanenza più o meno immediata del *Barkaufgedanken*, in un rapporto non ulteriormente precisato con il carattere obbligatorio del contratto (su ciò cfr. *supra*, § 23, e soprattutto nt. 1197), in quanto viene ipotizzato un influsso della materialità e della contestualità dello scambio sulla configurazione delle reciproche obbligazioni, e in definitiva sulla loro corrispettività, e quindi tenendo conto della peculiarità dell'*obligatio consensu contracta*.

(1611) E, tutto sommato, più rudimentale, perché — pur attraverso l'operatività del sinallagma obbligatorio — tende a riprodurre, nell'effettività dello scambio avvenuto, l'originaria funzionalità dello scambio contestuale fra la cosa ed il prezzo.

(1612) Lasciando da parte il preambolo teorizzante sull'*emptio perfecta* ed il *periculum*, si può far risalire al giurista severiano, in D. 18, 6, 8 pr., l'impostazione incentrata sul momento in cui, nella vendita si produce la traslazione del rischio in relazione al meccanismo condizionale, la quale sembra avvenire rispetto ad una fattispecie in cui il compratore abbia conseguito il possesso della cosa. Anche se la ricostruzione dell'effettivo originario andamento della *l.* 8 pr. resta, allo stato, molto incerta, potrebbe apparire suggestivo collegare la soluzione proculiana — estremamente rigorosa per il compratore — con il conseguimento da parte di quest'ultimo della disponibilità della cosa. È probabile che i sabiniani abbiano cominciato ad elaborare quella che sarebbe divenuta la teoria dell'*emptio perfecta* proprio in questo caso (ed uno spunto per ciò può trovarsi in D. 18, 1, 35, 5 di Gaio), dato che — a quanto sembra potersi ricavare da 18, 6, 17, di Giavoleno — riconoscevano, ai fini della traslazione del rischio, la rilevanza del conseguimento a qualsiasi titolo della materiale disponibilità della cosa, ma è evidente che avrebbero applicato la stessa teoria nei limiti in cui avessero ammesso più in generale il *periculum emptoris* (si tenga presente quanto detto nel testo sulla vendita a misura).

(1613) Dove non vi poteva essere un trasferimento anticipato della cosa.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

495

ed in quali limiti i sabiniani avessero accettato la soluzione data al problema dall'opposta scuola (1614): la posizione che si è creduto di identificare per codesta scuola in materia di responsabilità per *custodia*, come elemento accidentale del contratto, potrebbe far pensare (1615) che, almeno in materia di furto, i sabiniani continuassero ad applicare per un certo tempo il *periculum venditoris*.

L'ulteriore sviluppo fino all'epoca severiana è ancora meno facile da accennarsi. In D. 18, 6, 7 pr. di Paolo, in cui il *periculum* per il perimento totale è riportato alla problematica del *commodum* e dell'*incommodum* (1616), mostra probabilmente quale sia stato, in tempi non precisabili, il momento di passaggio, dato che è difficile ammettere un trattamento differenziato per il perimento totale ed un deterioramento che incida essenzialmente sulla funzione economico-sociale della cosa venduta (1617). D'altro lato, la vicenda della responsabilità per *custodia* da elemento accidentale ad elemento naturale del contratto (1618) può indicare un altro momento di qualche rilevanza: può darsi che, nell'assunzione pattizia della responsabilità per *custodia*, si vedesse — forse da parte dei sabiniani più tardi (si pensi allo stesso Gaio) — un implicito accordo fra le parti perché, al di fuori del furto, il rischio s'intendesse traslato al compratore *post perfectam emptionem*, onde l'evoluzione che ha portato a far prevalere l'opinione, che si è qui ipotizzata proculiana, e per cui la *custodia* stessa era elemento naturale del negozio avrebbe potuto influire anche sull'estensione del *periculum emptoris*.

I limiti nei quali avvenisse un più o meno generale riconoscimento del *periculum emptoris* non sono approssimabili: ad esempio, se per la sopraggiunta impossibilità giuridica della prestazione (per la quale il venditore non fosse responsabile), si continuasse anche in epoca severiana ad applicare il *periculum venditoris*, come accadeva in D. 19, 2, 33 di Africano, o se — a parte la problematica della condizione e degli altri casi di *emptio perfecta* — il *periculum* si estendesse anche a quelle fattispecie in cui si fosse convenzionalmente fissato un termine per la consegna della cosa (1619).

Da quest'ultimo punto di vista si viene a toccare una disputa risalente alla dottrina tedesca del secolo scorso, se cioè l'integrazione dell'*emptio perfecta*, momento decisivo per la traslazione del rischio, dipenda o meno dal fatto che la cosa sia *abholungsreif* e la prestazione del venditore eseguibile, onde — indipendentemente dalla configurazione di una *mora accipiendi* — l'esecuzione del contratto dipenda esclusivamente dalla volontà del compratore (1620). Codesta opinione, difesa anche in sede storica (1621), è ora tendenzialmente

(1614) Per quanto concerne la vendita dello schiavo si potrebbe vedere un mutamento fra Giavoleno e Giuliano (su ciò v. anche *supra*, in questo paragrafo, lett. *e*): in D. 18, 6, 17, il primo sembra richiedere ancora, per la traslazione del rischio per la *mors servi*, l'affidamento, ancorché a titolo precario, del servo stesso al compratore; mentre, in D. 18, 5, 5, 2, il secondo imputa — senza bisogno neppure di tale affidamento — il rischio al compratore, considerando avvenuta la *traditio*, in funzione delle particolare configurazione della fattispecie: ipotesi codesta avvalorata dall'atteggiamento dello stesso giurista riferito da Paolo in D. 18, 6, 8, 1 (v. *infra*, nt. 1619). Più discutibile se, dall'estensione dello schema concettuale dell'*emptio perfecta* alla vendita a misura, si possa ricavare che i sabiniani avessero accettato l'anticipata traslazione del rischio in questo tipo di contratto, in quanto non è escluso che essi si ponessero sul piano dell'opinione proculiana soltanto per limitarne comunque la portata.

(1615) Nella misura in cui sia accettabile la ricostruzione precedentemente offerta (*supra*, § 26 lett. *d*).

(1616) Altro problema è se l'accostamento limitasse i suoi effetti al perimento dei fondi: in senso opposto va l'enumerazione di *I.* 3, 23, 3, su cui, però, v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *m*.

(1617) Tenendo anche conto della difficoltà di individuare un limite — quantitativo o qualitativo — oltre il quale, in un trattamento differenziato, l'*incommodum* non poteva andare: v., però, in altro contesto D. 18, 1, 57 pr. (su cui *supra*, § 5 lett. *b*). Bisogna, comunque, avvertire che — per il caso specifico del fondo — avrebbero, in astratto, potuto giocare anche altri profili, dato che all'inondazione completa forse sopravviveva — in limiti discutibili — un'aspettativa di recupero dello stesso (punto codesto estremamente discusso: cfr., per tutti, KASER, *op. ult. cit.*, I, 428 testo e nt. 34); mentre, da un'angolatura ulteriormente diversa, si tratta di un caso in cui l'evento dannoso avrebbe comunque colpito il fondo, non rilevando al riguardo la circostanza che esso fosse nella disponibilità del compratore, avvicinandosi dunque a quello della morte dello schiavo per eventi naturali.

(1618) A prescindere da qualsiasi considerazione su codesto modulo di sviluppo in generale.

(1619) A proposito del termine, non sembra che qualcosa si possa ricavare dalla correlazione posta in Iulian.-Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 6, 8, 1 fra esclusione della pendenza — che, caratteristica della condizione, altrettanto tipicamente manca nel termine stesso — ed *emptio perfecta*, dato che nel contesto il problema trattato è soltanto quello della reciproca eliminazione di due condizioni in cui lo stesso fatto era stato previsto in forma positiva, nell'una, e negativa nell'altra: è però significativo che Giuliano discutesse di *emptio perfecta* in materia di vendita dello schiavo, per cui — in D. 18, 5, 5, 2 — lo stesso giurista sembra ammettere la traslazione anticipata del rischio in base ad una *fictio traditionis* (v. *supra*, nt. 1564).

(1620) Il che riduceva incisivamente la portata del *periculum emptoris*.

(1621) Soprattutto da SECKEL e LEVY, *op. cit.*, 149 ss.: v., del resto, ancora ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 254.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

496

abbandonata (1622), ma può darsi non sia infondata almeno per quanto riguarda il termine esplicito (1623).

m) Nelle *Institutiones* imperiali è, si può dire ufficialmente, accolto il *periculum emptoris*, ricondotto ad unità di sistema con la problematica del *commodum* e dell'*incommodum* (*I.* 3, 23, 3), mentre — in *I.* 3, 23, 3*a* — dà luogo a problemi il regime della responsabilità per *custodia*, che nel sistema delle categorie concettuali tenute presenti dai compilatori deve intendersi, come (*exacta* od *exactissima*) *diligentia in custodiendo*, ancorché non venga esplicitamente qualificata in tal senso (1624). In *I.* 3, 23, 3 — con modo di fare alquanto insolito nel manuale imperiale — si procede con un'enumerazione casistica, e rispetto alle decisioni ivi ricordate è stato esattamente osservato (1625) che non vi si trovano novità rispetto a quanto ricaviamo dal Digesto e dal Codice (1626): siamo, dunque, in presenza di una più o meno precisa volontà di ricondurre ad unità la materia, ciò che avverrebbe — è necessario rilevarlo — non all'insegna dell'*emptio perfecta*, ma dell'*emptio contracta*. In ciò si può forse vedere un influsso di quella considerazione della vendita come negozio traslativo (1627) che, nel tit. 3, 23 delle *Institutiones* convive con l'*emptio venditio* obbligatoria del periodo classico, tendenzialmente ridotta allo stato fossile; nell'àmbito di una configurazione traslativa della vendita è ovvio che il *commodum* e l'*incommodum*, nonché il *periculum*, gravino — ove non ricorra una responsabilità (1628) del venditore — sul compratore divenuto *dominus* in base al contratto.

28. *La compravendita nel periodo postclassico.* — *a*) Già nel periodo classico, e soprattutto dopo la *constitutio Antoniniana* (1629), la regolamentazione classica dell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria si veniva a confrontare con la diversa concezione della vendita imperante nel mondo provinciale (1630), nei confronti del quale i giuristi e soprattutto la cancelleria imperiale fino a Diocleziano avevano strenuamente difeso il modo in cui, nell'esperienza romana, si articolavano i rapporti fra il contratto obbligatorio e l'atto traslativo (1631). D'altro lato, al livello anche dei non molti documenti che si possono imputare alla prassi metropolitana è fenomeno da tutti riconosciuto (1632) che non si riscontra mai la documentazione di una compravendita meramente obbligatoria, ché anzi, quando è possibile un riscontro,

(1622) Cfr., per la dottrina più antica, BECHMANN, *Der Kauf*, III, t. 1, cit., 171 ss., con riferimenti di letteratura. Per una rassegna delle opinioni più recenti al riguardo, v. ora RODGER, *op. ult. cit.*, 348 s.; ERNST, *op. cit.*, 237 ss.

(1623) Bisogna notare come in nessun testo in cui si tratti del *periculum*, sia *venditoris* che *emptoris*, si alluda a compravendite in cui la consegna della cosa fosse stata sottoposta ad un termine esplicito; d'altro lato, nell'enunciazione dei requisiti perché si abbia l'*emptio perfecta* fatta nella parte iniziale di D. 18, 6, 8 pr. (in questa parte difficilmente sospettabile di rimaneggiamenti e raccorciamenti), si dice soltanto che la vendita deve essere effettuata *pure*, il che potrebbe riferirsi anche all'assenza di un termine (cfr., per tutti, HEUMANN e SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*[9], Jena, 1907, 479). È vero che, nell'immediato prosieguo, e per tutto il passo, si parla soltanto di *condicio*; ma questo immediato contrapposto con la *condicio* stessa nulla dice di definitivo — tenendo conto del metodo casistico dei *prudentes* — sulla portata dell'*emptio pura*; ed una parte relativa al termine può essere senz'altro caduta.

(1624) Nel passo, sulla cui derivazione cfr. *supra*, nt. 1508, è evidente il carattere pattizio della *custodia*: per i problemi posti dalle contraddizioni all'interno del *Corpus iuris*, v. *supra*, nt. 1513.

(1625) Dal RABEL, *op. ult. cit.*, 556.

(1626) Anzi vi si riscontrano assenze, le quali — ad esempio, per il *fundus publicatus* di D. 19, 2, 33 — potrebbero anche apparire non casuali.

(1627) Su questo aspetto, cfr. *infra*, § 29 lett. *g*: il collegamento con la configurazione traslativa della compravendita in epoca giustinianea era già in HAYMANN, *op. ult. cit.*, II, 172 ss. (v. anche BETTI, *op. ult. cit.*, 162 ss.). Ciò potrebbe anche spiegare il ritorno ad una concezione della responsabilità per custodia come elemento accidentale del negozio, in quanto il compratore, divenuto proprietario della cosa in base al contratto, deve, in quanto tale, provvedere alla sicurezza della stessa, altrimenti *casum sentit dominus*.

(1628) Per dolo o per colpa, ed eventualmente per *custodia*, ma in base ad un patto esplicito.

(1629) In base alla quale, e salvo limitate eccezioni, tutti gli abitanti dell'impero avevano conseguito la cittadinanza romana, con la conseguenza che, almeno in astratto, era il diritto romano a doversi loro applicare (cfr., per questo modo di vedere, TALAMANCA, in *Lineamenti*[2], cit., 520 ss.).

(1630) Che si ispirava a quella che è uso chiamare la concezione greca della compravendita, su cui cfr. *supra*, § 3 lett. *b*.

(1631) Codesta concezione, bisogna sottolinearlo, interessava anche i *cives Romani* abitanti in provincia, innanzi tutto i membri delle «élites» di governo delle città straniere, insignite della cittadinanza romana, allo scopo principale di omologarle — nell'ideologia e negli interessi — con il governo centrale e la classe che lo esprimeva (su di ciò cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 517 s.): il che valeva soprattutto, quando — usando una delle opzioni che il sistema della doppia cittadinanza lasciava loro — gli stessi facessero ricorso ai tribunali romani e non a quelli della '*pólis*', della cui cittadinanza egualmente fruissero (su taluni aspetti di questa problematica cfr., da ultimo, ID., *I mutamenti della cittadinanza*, in *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Antiquité*, 1991, 703 ss.).

(1632) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2], cit., 182 ss.: i documenti pubblicati successivamente, e soprattutto le *tabulae Puteolanae* (cfr. CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpicii*, I, Napoli, 1992, 141 ss.), non vanno in alcun modo in senso contrario ai risultati raggiunti mediante quell'analisi.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

497

si danno per eseguite entrambe le prestazioni (1633).

Durante il principato, questo aspetto della fenomenologia della vendita aveva referenti e portata diversi. Da una parte, proprio per il particolare assetto normativo dell'impero (1634), continuavano a sussistere — all'interno dell'*orbis Romanus* — gli ordinamenti greci ed ellenistici, sia delle singole *civitates* sia al livello dell'organizzazione provinciale (1635): il modello greco della compravendita continuava a trovare applicazione, quindi, non soltanto nei confronti dei cittadini delle varie *'póleis'*, autonome in virtù di fondamenti diversi (1636), ma anche fra i *peregrini nullius civitatis* nel territorio delle province direttamente amministrato dal governatore romano, come accade per l'appunto nell'Egitto (1637).

È proprio sotto quest'ultimo profilo che si manifestano i fenomeni più evidenti di contatto fra le concezioni greche e il sistema romano (1638): per quanto riguarda ancora l'Egitto, è il governo romano che organizza un sistema di pubblicità immobiliare, la *'bibliothékē tôn egktéseōn'*, il quale presuppone, implicitamente, il perdurare del sistema greco dei trasferimenti immobiliari, anche a scopo di vendita (1639), e si applica anche ai cittadini romani residenti nella provincia (1640). A parte i limiti in cui la fenomenologia qui accennata potesse interessare anche i cittadini romani, e fra l'altro non soltanto i *novi cives* di fresca acquisizione (1641), si viene, da questo punto di vista, ad illuminare uno dei possibili poli della dialettica del tardo-antico in tema di compravendita: gli usi e la prassi delle province ellenizzate.

b) Questo è il quadro generale su cui si vennero ad instaurare, per il periodo successivo a Diocleziano, gli sviluppi della compravendita in periodo postclassico (1642). È qui necessario tener

---

(1633) Pur tenendo conto della diversa consistenza fra la documentazione latina e quella proveniente dall'Egitto greco e romano, non può non sottolinearsi che, in quest'ultima (che rispecchia la prassi ellenistica), si ritrovino — soprattutto in epoca romana (in cui, bisogna ricordarlo, la documentazione in generale è più abbondante) — documenti che contengono quei vari tipi di contratto che si sostituiscono, in tale prassi, all'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria, a cominciare dal contratto arrale (su ciò cfr., per tutti, PRINGSHEIM, *The Greek Law*, cit., 268 ss., 286 ss. e 333 ss.).

(1634) Su cui cfr. TALAMANCA, in *Lineamenti*², cit., 510 ss.; ID., *Istituzioni*, cit., 110 ss.

(1635) È proprio a questo livello che, com'è noto, siamo in grado di approfondire le nostre conoscenze per quanto riguarda l'Egitto romano, grazie all'apporto dei numerosissimi testi papiracei indi provenienti: sul diritto vigente in questa provincia, cfr. in generale, oltre alla ricchissima documentazione offerta da TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of Papyri*², Warszawa, 1955 (libro, però, ispirato a criteri metodologici inadeguati, ed in cui l'elaborazione dei dati è troppo spesso insufficiente), soprattutto WOLFF, *Das Recht der griechischen Papyri*, II, cit., opera rimasta sfortunatamente incompleta per la morte dell'autore, nonché SEIDL, *Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz (die Behauptung des ägyptischen Rechts neben dem römischen)*, Sankt Agustin, 1973. È ovvio che, ai fini della discussione qui svolta, bisogna fare una netta distinzione fra le province orientali, ellenizzate (o, comunque, sotto l'influsso di culture giuridiche abbastanza evolute e di notevole antichità, come quelle semitiche), e le province occidentali, dove, salvo qualche eccezione (che riporta, però, al modello precedentemente accennato), l'acculturazione giuridica delle popolazioni ivi residenti, ed organizzate sulla base di una struttura prevalentemente tribale, avvenne esclusivamente sotto l'influsso del modello romano.

(1636) Cfr. TALAMANCA, in *Lineamenti*², cit., 506 ss.

(1637) Per la prassi egiziana sulla compravendita, cfr., per tutti, PRINGSHEIM, *op. ult. cit.*, 247 ss.

(1638) Nell'àmbito, infatti, delle *'póleis'*, in cui non era mai venuto meno il vecchio ordinamento ispirato ai princìpi della cultura giuridica greca od ellenistica, un momento di contatto si poteva avere soltanto al livello dei *cives Romani* colà residenti, soprattutto dei cittadini che, per appartenere alla classe di governo, erano venuti acquisendo, in modo più o meno ampio, la cittadinanza romana, e per i quali non è possibile accertare con sufficiente sicurezza il funzionamento della doppia cittadinanza in relazione ai diritti patrimoniali (cfr., per un cenno, TALAMANCA, *I mutamenti*, cit., 729 s.). Un altro momento di frizione, sugli aspetti del quale non siamo, però, in alcun modo informati, è quello della concessione, collettiva, della *civitas Romana* ad intere città dell'Oriente, normalmente con l'attribuzione dello *status* di colonia onoraria (si veda, per un esempio illustre, Tiro, l'*origo* di Domizio Ulpiano: cfr. Ulp. 1 *cens.*, D. 50, 14, 1 pr.), il che — a meno di specifiche previsioni nell'atto di erezione in città romana (astrattamente possibili, ma di cui non residua traccia alcuna) e per il cessare della struttura politica cui imputare un ordinamento — comportava *en principe* l'applicazione ai *novi cives* soltanto del diritto romano.

(1639) I quali, a prescindere da quelli *mortis causa*, rimangono statisticamente di gran lunga prevalenti.

(1640) A prescindere da Scaev. 22 *dig.*, D. 32, 41, 9, che riguarda un trasferimento a titolo di legato, è soltanto Proc. 11 *epist.*, D. 19, 5, 12 (su cui cfr. TALAMANCA, *Per l'interpretazione*, I, cit., § 26) che — usando il termine *transcribere* il quale sembra senz'altro rendere il greco *katagráphein* (su di esso, cfr., per tutti, WOLFF, *op. cit.*, 184 ss.), che ha, all'interno del sistema greco un significato tecnico variabile a seconda dei luoghi e dei tempi — mette in relazione un caso di vendita, con *pactum de retrovendendo*, con strutture di tipo greco relative alle vendite immobiliari: nel caso, il giurista del I secolo d.C. sembra valutare — rispetto all'*obligatio consensu contracta* — la *transcriptio-katagraphé* alla stessa stregua della *traditio* o della *mancipatio*. Nei documenti egiziani, anche al livello della prassi giudiziaria del governatore e dei tribunali da lui dipendenti, non sembra residuare una considerazione del genere in cui la struttura provinciale venisse inserita nel sistema dell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria.

(1641) Per i quali si pone, ovviamente, il problema della tendenza a persistere, nella vita di relazione, nelle forme giuridiche precedentemente usate.

(1642) Il tentativo del GALLO, *Il principio*, cit., di cercare una soluzione per questa vicenda storica ipotizzando una retrodatazione di taluni fenomeni caratteristici dell'epoca postclassica, e mostrando l'ascendenza nella prassi e, in

Senato della Repubblica - Archivio Storico

498

conto di tutte le possibili articolazioni del quadro, per evitare di dare — per questo periodo — una visuale deformata o riduttiva dell'effettiva realtà. Al proposito, bisogna distinguere fra i vari contesti normativi e pragmatici (1643): dalle fonti autoritative alla prassi ed alla residua giurisprudenza. Anche se rientra, sicuramente, nella mentalità dello storico del diritto, in quanto giurista, di andare alla ricerca di una tendenziale uniformità, ed anche se il quadro generale delle fonti possa indicare suggestivamente in tal senso, bisogna sempre tener presente che dobbiamo fare i conti con una realtà che da Costantino a Giustiniano si estende, nel tempo, per più di due secoli, e che, al suo interno, presenta — nella sincronia — delle differenze notevoli fra i vari contesti (basti pensare all'attività legislativa ed all'insegnamento nelle scuole), ed all'interno del singolo contesto: si rammenti, ad esempio, il diverso grado di acculturazione giuridica dei componenti dei vari tribunali dalle metropoli — a partire dal V secolo d.C. soprattutto da Costantinopoli — alle istanze giudiziarie locali nelle province, e la differente struttura socio-economica che sottende le diverse realtà locali.

Al livello delle fonti normative di carattere autoritativo (le uniche che ormai hanno una reale capacità di incidere sulla realtà), e quindi soprattutto delle *constitutiones generales*, un dato è certo: la funzione socio-economica della compravendita viene ormai esclusivamente considerata sul piano della fattispecie ad effetti reali. Nessuno è mai riuscito a trovare nelle fonti di questo genere la precisa attestazione che — con qualsiasi struttura (e, quindi, anche al di fuori del contratto meramente consensuale) — la compravendita venga regolata in quanto negozio che vincoli le parti al futuro adempimento dell'obbligazione di trasferire la cosa e di pagare il prezzo (1644). Si può, del resto, dire che l'attenzione del legislatore è soprattutto attratta dagli interessi pubblici, sia dal punto di vista fiscale, dove il legislatore persegue, anzitutto, la certezza dei trasferimenti e quindi dei rapporti fondiari, che è un elemento di grande importanza sotto questo profilo, sia da altri fini di pubblico interesse, come emerge, ad esempio, dalla regolamentazione dei divieti di commercio e di alienazione (1645). È ovvio che — nel soddisfare prevalentemente questi ultimi — si vengano a toccare, a partire dal famoso *Frg. Vat.* 35 (1646), aspetti che rilevano anche dal punto di

---

taluni casi, addirittura nel diritto ufficiale deve considerarsi, nel complesso, fallito (cfr. TALAMANCA, *Recensione a* GALLO, *op. ult. cit.*, cit.; ID., *Ancora sul principio*, cit.; BISCARDI, *Diagnosi storica del principio 'emptione dominium transfertur'*, in *Labeo*, 1962, 320 ss.): questo vale soprattutto per l'articolata costruzione, volta a dimostrare che già nel periodo classico, ed al livello del diritto ufficiale, si desse l'operatività del principio consensualistico in tema di trasferimento della proprietà, mediante il cosiddetto documento mancipatorio, che veniva a sostituire il *gestum per aes et libram* vero e proprio. Non è escluso, è vero (chi scrive è adesso più possibilista di un tempo), che, anche per la *mancipatio*, si potesse essere giunti a situazioni analoghe a quelle che si hanno nei rapporti fra *stipulatio* ed *instrumentum* (per il nostro pensiero in materia v., da ultimo, TALAMANCA, *'Conventio' e 'stipulatio'*, cit., 204 ss.), anche se bisogna rilevare le profonde differenze nel formalismo dei due atti (le arditezze ammesse in relazione alla *verborum obligatio* non avrebbero neppure avuto concreta occasione di manifestarsi nel *gestum per aes et libram*); tutto si svolgeva, però, sul piano probatorio, ma — né per la *stipulatio* né per la *mancipatio* — si ha il benché minimo indizio che da codesto piano ci si fosse spostati su quello, molto più impegnativo, di supplire con la redazione del documento alla comprovata assenza del formalismo verbale (e gestuale).

(1643) I quali possono ulteriormente presentare diversi livelli, fra di loro del resto intersecantisi, con il che si viene a creare una pluralità di scenari, nell'àmbito dei quali collocare l'osservazione.

(1644) Cfr. le rassegne di LEVY E., *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951, 127 ss. e 156 ss.; ID., *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, 206 ss.; DUPONT, *La vente et le conditions socio- économiques dans l'empire romain de 312 à 535 après Jésus- Christ*, in *RIDA*, 1972, 275 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*², II, cit., 276 ss. e 386. Appare fallito il tentativo del Voss, *Recht und Rhetorik in den Kaisergesetzen der Spätantike. Eine Untersuchung zum nachklassischen Kauf- und Übereignungsrecht*, Frankfurt am Main, 1982, 115 ss., di trovare tracce della vendita obbligatoria fra privati, ché i passi citati a tale scopo non sono affatto concludenti (cfr., esattamente critico, VIGNERON, *Recensione a* Voss, *op. cit.*, in *ZSS.R.*, 1983, 640 s.). Non risulta per il periodo postclassico in quali termini — a livello della legislazione imperiale ed a quello della prassi — si adottasse per l'accreditamento del prezzo lo schema greco ed ellenistico (cfr. PRINGSHEIM, *op. ult. cit.*, 243 ss.), che univa insieme una vendita a contanti ed un'operazione di credito che, per l'esperienza romana postclassica, era la *stipulatio-instrumentum* (al posto del *dáneion* greco), né che la forma tipica della *stipulatio* del periodo postclassico fosse utilizzata per l'accreditamento della merce. Da notare altresì come, sul piano della legislazione imperiale, manca — a differenza di quanto sarebbe avvenuto con C. 4, 21, 17, del 528 d.C. (v. *infra*, § 29 lett. *c-f*) — qualsiasi considerazione del contratto arrale, mentre vengono regolate le *arrhae sponsaliciae* (su cui cfr., per tutti, KASER, *op. ult. cit.*, II, 160 s.). È ovvio che da codesto punto di vista non rileva la disciplina delle obbligazioni che gravano sulle parti anche in relazione ad una compravendita ad effetti reali: ad esempio, la garenzia per l'evizione o per i vizi.

(1645) Cfr. le notizie fornite, ad esempio, dalla DUPONT, *op. cit.*, 276 ss.

(1646) Sulla costituzione di Costantino (e Licinio) e sulla sua datazione, cfr., per tutti, SARGENTI, *Contributi alla palingenesi delle costituzioni tardo-imperiali*, I. *Vat. Fr. 35 e C. Th. 3, 1, 2*, in *Accademia romanistica costantiniana. Atti V Convegno internazionale*, cit., 311 ss., ove precedente letteratura, fra la quale cfr., soprattutto, GALLO, *Per l'interpretazione di Vat. Fragm. 35*, in *Studi in onore di E. Betti*, cit., II,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

vista della regolamentazione dei rapporti fra privati.

c) Dalle *constitutiones generales* emerge ad ogni modo che la funzione socio-economica della compravendita viene regolata dal punto di vista traslativo (1647), il che fa sospettare che gli atti dell'autonomia privata fossero rivolti unicamente a produrre tali effetti; né, d'altro lato, può dubitarsi che, per quanto concerne gli immobili, il passaggio della proprietà avvenisse ormai al di là del rispetto delle forme mancipatorie (1648) mediante la redazione di un documento scritto, che assume praticamente una funzione costitutiva, anche se — più che da esplicite normazioni in tal senso — ciò risulta dal tipo di ulteriori formalità e pubblicità sancite al riguardo (1649). È noto come sia discusso, in dottrina (1650), se ed in quali limiti, accanto al documento costitutivo, continuasse ad essere necessaria, per i trasferimenti *emptionis causa* (1651), la *traditio*, che fra i modi di trasferimento della proprietà tipici del diritto classico era l'unico a sopravvivere alla pratica (1652) abolizione della distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi*: dalla legislazione imperiale, dalla quale emergono gli altri presupposti formali per la validità della vendita come atto traslativo, non risulta particolarmente enucleato codesto requisito (1653).

Questa constatazione ha, senz'altro, il suo peso, anche se si deve tener conto della prevalente orientazione degli interessi del legislatore, condizionata dalle esigenze del presente, onde non si può escludere — in base alla stessa — il persistere nella prassi di sacche residuali di applicazione della compravendita obbligatoria, né dire qualcosa sulla sorte che avrebbe avuto in un giudizio quella parte che si volesse rifare all'operatività dell'*obligatio consensu contracta*, soprattutto se intesa come simultaneo accreditamento delle prestazioni del venditore e del compratore (1654). D'altra parte, non v'è dubbio che, in questo periodo, non cessa per le fattispecie di compravendita strutturate come negozio traslativo l'impiego delle azioni contrattuali per quegli scopi che residuano dopo la — più o meno esatta — esecuzione di entrambe le prestazioni (1655). Tale impiego trova, isolatamente, sanzione anche al livello della normazione imperiale, come accade, ad esempio, in *Nov. Theod.* 24, 1, 4 (= C. 11, 61, 3, 1), di Teodosio II e Valentiniano III (del 443 d.C.) (1656).

d) Contro l'eventuale persistere nella prassi di una residua applicazione dell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria non può provare de-

---

445 ss.; Voci, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Iura*, 1987, 109 ss. Inutile Voss, *op. cit.*, 131 ss., sulla cui opera in generale cfr. il giudizio severo, ma del tutto giustificato, del Vigneron, *op. cit.*, 643 s.

(1647) Per questa tendenza della legislazione postclassica non manca qualche precedente nelle costituzioni della seconda metà del III secolo d.C.: cfr., ad esempio, Valer. et Gall., C. 4, 38, 1 (del 255 d.C. circa), che sancisce la — ovvia, si direbbe — validità delle *venditiones* effettuate in luogo diverso da quello in cui sono situate le *possessiones* (e trattasi, dunque, con ogni probabilità di fondi provinciali), il che ha senso soltanto per una vendita traslativa.

(1648) Sul declino della *mancipatio* immobiliare, anche collegato alla sottoposizione a tributo dei *fundi Italici* ed alla conseguente omologazione del regime fondiario delle province e dell'Italia, cfr. Kaser, *op. ult. cit.*, II, 274. Molto meno sappiamo per la *mancipatio* delle *res mancipi* mobili, che deve essersi mantenuta più a lungo per gli schiavi (per il trasferimento dei quali si ipotizza anche negli ordinamenti di matrice ellenistica una disciplina speciale: cfr., con letteratura, Wolff, *op. cit.*, 224 s.) che per i *quadrupedes quae dorso collove domantur*.

(1649) Su ciò cfr. Gallo, *Pubblicità (diritto romano)*, in questa *Enciclopedia*, XXXVII, 972 s.

(1650) Cfr., soprattutto, Kaser, *op. ult. cit.*, II, 274 ss. (e principalmente 280), 386.

(1651) Per quanto concerne, infatti, i trasferimenti *donationis causa* bisogna tener conto, da un lato, che la *donatio* non è mai stata, in periodo classico, un negozio obbligatorio, e quindi non si poteva porre la questione del regredire di una tale funzione nel periodo postclassico; dall'altro, che qui è la stessa legislazione imperiale a richiedere, con sempre maggiore insistenza, il requisito della *corporalis traditio* — accanto alle particolari forme documentatrici — per la validità del negozio (traslativo): e che queste forme fossero sentite come effettivamente necessarie è, con apparente paradosso, confermato dalla circostanza che si viene incontro alle esigenze della pratica (orientate in senso opposto), ammettendo — purché non fosse pretestuoso — il ricorso all'espediente del costituto possessorio mediante una costituzione d'usufrutto (su ciò cfr., per tutti, Kaser, *op. ult. cit.*, II, 280 ss.).

(1652) Tale abolizione sarà positivamente sancita soltanto con C. 7, 25, 1 (del 530-531 d.C.), di Giustiniano, che formalmente sopprime la dialettica fra proprietari che hanno il *nudum ius Quiritium* e titolari dell'*in bonis habere*, ma anche dal testo della costituzione è evidente che si tratta della constatazione ufficiale di una desuetudine ormai da lungo inveratasi (cfr. su ciò, per tutti, Kaser, *op. ult. cit.*, II, 239 s.).

(1653) Cfr., per tutti, Kaser, *op. ult. cit.*, II, 280, con letteratura.

(1654) O nel caso diverso dell'accreditamento di una soltanto delle prestazioni, dove le possibilità di soluzione sono indubbiamente più articolate; si tenga, ad esempio, presente la tendenza di epoca postgiustinianea a configurare la compravendita come contratto obbligatorio a struttura reale: cfr. Talamanca, *L'arra*, cit., 88 ss. (v. anche Nörr, *Die Struktur des Kaufes nach den byzantinischen Rechtsbüchern*, in *Polychordia. Festschrift F. Dölger*, I, Amsterdam, 1966, 241 s.).

(1655) Nel che si perpetuava la disciplina classica della compravendita (cfr. *supra*, § 14 lett. *b*).

(1656) Nella costituzione si prevede che — in seguito all'evizione subita dall'acquirente di *agri limitanei* per il recupero da parte dello stato dei fondi stessi — il compratore conservi l'*actio contra venditorem*, che, con ogni probabilità, deve esser identificata con l'*actio empti* (od almeno la ricomprende).

500 Senato della Repubblica - Archivio Storico 500

cisamente neppure la circostanza che — nei documenti negoziali che ci rimangono — sono sempre attestate compravendite traslative e non obbligatorie. Nonostante che il numero dei documenti provenienti dal tardo-antico sia nettamente superiore a quello dei documenti della prassi "romana" del principato (1657), bisogna comunque constatare che anche in epoca postclassica (1658) non viene mai attestata la conclusione di un'*obligatio consensu contracta* come negozio obbligatorio a sé stante, che debba esser eseguito in un futuro momento né si dà atto, nella documentazione del negozio traslativo (che comprende sempre l'attestazione del pagamento del prezzo), che quest'ultimo è avvenuto in esecuzione di un precedente — e vincolante — accordo.

Per quanto concerne, invece, il diverso problema della necessità della *traditio* per il trasferimento della proprietà *emptionis causa*, la documentazione della prassi negoziale non è sicuramente unitaria. Ancora in periodo bizantino, è dall'Egitto che proviene la parte di gran lunga preponderante della documentazione a nostra disposizione, e ad essa si contrappongono, come altri blocchi erratici, le cosiddette *Tablettes Albertini*, ed i papiri ravennati (almeno quelli di periodo pregiustinianeo), mentre la restante documentazione è del tutto frammentaria.

Né i papiri egiziani né le *Tablettes Albertini* mostrano che, nei trasferimenti *emptionis causa* della proprietà o comunque di situazioni dominicali, venisse effettuata una *traditio*. Per i primi è senza dubbio da prender in conto l'influsso della tradizione greca ed ellenistica, il quale risulta accreditato dalla circostanza che neppure nei documenti del periodo giustinianeo e postgiustinianeo sembra si modifichi sostanzialmente, dal punto di vista qui rilevante, la struttura del formulario (1659). Le seconde si situano in un contesto culturale sul quale non siamo, per quanto riguarda l'esperienza giuridica in genere e il punto specifico in particolare, molto informati, onde è difficile valutare appieno la portata dell'attestazione (1660). Non è senza significato che sia proprio in territorio italiano (ed in quella regione ravennate dove, negli ultimi anni, aveva avuto sede la capitale della *pars Occidentis*) a trovarsi le tracce abbastanza concrete di una rilevanza della *traditio* in documenti di vendita, proprio nell'*epistula traditionis* che si riscontra in P. Marini 113, l'unico documento di Ravenna che possa ricondursi al periodo pregiustinianeo (1661).

e) Restano da vedere le sorti della compravendita nella giurisprudenza postclassica. Già con il termine giurisprudenza si possono intendere, in questo periodo, contesti d'esperienza diversi: va essenzialmente distinto fra i *iura*, le opere dei *prudentes*, che, in edizioni integrali od in raccolte antologiche (1662), circolavano anzitutto nelle scuole, ma che — come dimostra CTh. 1, 4, 3, la famosa legge delle citazioni del 421 d.C. — avevano ingresso nei tribunali come momento ordinatore della prassi giudiziale, e quelle compilazioni od opere pseudepigrafe su cui più pesantemente ha influito il lavoro della prassi postclassica e dei professori delle scuole (1663).

(1657) In quest'epoca non è più possibile proporre una distinzione fra documenti di diritto romano e documenti rilevanti della prassi provinciale, ché tutti gli abitanti dell'impero sono *cives Romani* (ed a tutti indistintamente è diretta, fra l'altro, la legislazione imperiale): il che marca una sensibile differenza rispetto a quanto accadeva prima del 212 d.C., allorché la ricchissima documentazione egiziana era — anche formalmente — imputabile ad un ordinamento diverso da quello metropolitano.

(1658) Come avveniva già per i documenti "romani" dell'epoca classica: cfr. *supra*, in questo paragrafo, lett. *a*.

(1659) Cfr., rapidamente, TAUBENSCHLAG, *The Law*², cit., 327 ss.

(1660) Le compravendite contenute in questi documenti, provenienti dal regno vandalico formatosi tra la metà del V e l'inizio del VI secolo d.C. nell'Africa del Nord, si riferiscono, fra l'altro, ad un particolare diritto dominicale, il cosiddetto *ius Mancianum* (su cui cfr. la letteratura citata in KASER, *op. ult. cit.*, II, 250 nt. 29): non è però da credere che sia la particolare struttura del diritto trasmesso a indurre in esse la mancanza di qualsiasi accenno alla *traditio*, data la tendenza postclassica ad applicare la *traditio* stessa anche alle *res incorporales*, come le servitù e l'usufrutto (ivi, p. 300 s. e 304 s.): ciò che non è stato tenuto presente dal VOCI, *op. ult. cit.*, 146, che — con atteggiamento indebitamente semplicizzante — vuole negare qualsiasi rilievo alla documentazione in parola, perché le transazioni non riguardano il diritto di proprietà.

(1661) Su di ciò, cfr. — con letteratura — GALLO, *op. ult. cit.*, 91 ss., che vorrebbe togliere significato a tale *epistula* ai fini del discorso qui svolto: in senso contrario, cfr. TALAMANCA, *Recensione* a GALLO, *op. ult. cit.*, 155 s.

(1662) E di cui sono un cospicuo — ma purtroppo frammentario — esempio i *Vaticana Fragmenta*, che hanno un titolo *ex empto vendito* che va dal § 1 al § 40 (ma non sappiamo quanto manchi all'inizio del titolo stesso). Una posizione particolare, per il suo preciso scopo né teorico-giuridico né pratico, occupa la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, della quale (pervenutaci anch'essa non completa) non ci è stato, del resto, conservato un titolo relativo alla compravendita.

(1663) Non è dato di riprendere qui in esame il problema della struttura della compravendita e dell'arra nel Libro siro-romano del diritto; di fronte alle considerazioni del SELB, *Das Problem rechtlicher Bindung an den Konsensualkauf im syrisch-römischen Rechtsbuch*, in *SDHI*, 1962, 27 ss., non è più possibile riproporre la posizione che avevamo un tempo assunta (TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 39 ss.): benché la complessiva ricostruzione dello stesso Selb possa apparire per una parte più o meno larga inaccettabile, indubbiamente si mostra nella documentazione in parola il confluire di

Senato della Repubblica - Archivio Storico

501

Indubbiamente nella scuola erano lette, studiate ed eventualmente glossate le opere dei giuristi classici (1664), in cui la compravendita era senz'altro configurata come *obligatio consensu contracta* (1665): qui, come altrove, è all'impostazione delle scuole pregiustinianee, classicheggiante al di là degli effettivi bisogni della pratica, che noi dobbiamo — non che la conservazione del materiale contenuto nel Digesto — i presupposti che hanno permesso, ed ovviamente non solo per la compravendita, la conservazione del pensiero giuridico classico nei *Digesta* (e nelle *Institutiones*) imperiali. Per quanto concerne il lavoro d'esegesi — pressoché esclusivamente esplicativa (1666) — dei giuristi postclassici sulla giurisprudenza classica in materia di compravendita, va, anzitutto, sottolineato come nulla possa ricavarsi, al proposito, dalla parafrasi d'Autun (1667), in cui dell'esegesi al *commentarius tertius* nulla ci è pervenuto: i risultati di tale lavoro sono, e con ogni probabilità resteranno, ignoti; e la medesima cosa può dirsi per i tentativi che si fossero fatti per raccordare le dottrine classiche alle diverse strutture giuridiche che venivano affermandosi in questo periodo (1668): del primo e, soprattutto, dei secondi si può solo cogliere qualche traccia indiretta, nelle costituzioni di Giustiniano che regolano punti controversi, e di converso nelle *Institutiones* (1669).

f) Per quanto concerne invece le opere pseudepigrafe (od epitomate) e di compilazione postclassica, i cosiddetti *Tituli ex corpore Ulpiani*, dall'impostazione tutto sommato classicheggiante, non hanno una rubrica che riguardi la compravendita, e non sono quindi di aiuto a questo scopo. Un particolare interesse presentano le due raccolte di *iura* contenute nella *Lex Romana Visigothorum*. Nelle *Pauli Sententiae* si hanno ancora, abbastanza evidenti, le tracce della compravendita obbligatoria (1670): in Pauli *sent.* 1, 13*a*, 4 si fa menzione di una coazione (*cogi*) effettuata sul venditore perché effettui la *traditio* o, addirittura, la *mancipatio* della cosa venduta (1671); nella *sedes materiae* (Pauli *sent.* 2, 17), prevalgono prescrizioni che, seppur riferite ad una responsabilità delle parti, non presuppongono direttamente il persistere dell'*obligatio consensu contracta* come «forma-limite» (1672), ma non mancano quelle che accennano ad un accreditamento del prezzo (1673), mentre — a prescindere dal problema dell'"obbligatorietà" — in due passi si fa menzione della *traditio* (1674). L'*Epitome Gai* enumera ancora la compravendita fra le *obligationes consensu contractae* (Gai *Epit.* 2, 9, 13), ma, al § 14, l'ulteriore trattazione si limita ad

---

motivi propri della concezione romana con quelli della configurazione traslativa della compravendita (e della conseguente configurazione del contratto arrale), altrimenti diffusi nel mondo antico. È da notare come nel nuovo manoscritto giuridico siriaco edito dallo stesso SELB, *Sententiae Syriacae*, Wien, 1990, non si riscontrino tracce della regolamentazione della compravendita (cfr. p. 203 ss.). Su un aspetto particolare della compravendita degli schiavi v., adesso, MEMMER, *Der «schöne Kauf» des «guten Sklaven». Zum Sachmängelrecht im Syrisch-römischen Rechtsbuch*, in *ZSS.R.*, 1990, 1 ss.

(1664) Soprattutto commentari *ad edictum* e *ad Sabinum*, nonché *Responsa* e *Quaestiones* papinianee.

(1665) Ciò vale, del resto, per il titolo *ex empto et vendito* dei *Vaticana Fragmenta*, al quale si è già accennato.

(1666) Su ciò cfr. TALAMANCA, *L'esperienza giuridica romana nel tardo-antico fra volgarismo e classicismo*, in *Le trasformazioni della cultura della tarda antichità* (Atti del Convegno di Catania, 27 settembre-2 ottobre 1982), I, Roma, 1985, 43 ss.

(1667) La quale, del resto, si distingue per la pedissequa aderenza al testo commentato, che porta l'ignoto maestro a non tralasciare neppure i *technicalities* del processo formulare, contenuti nel lb. IV.

(1668) Nell'attuale temperie metodologica non può neppur farsi ricorso a quell'impostazione che, ampiamente diffusa all'epoca dell'imperante critica interpolazionistica, cercava le caratteristiche del pensiero giurisprudenziale postclassico nelle alterazioni pregiustinianee, e nelle interpolazioni giustinianee, le quali venivano in così grande misura trovate nei testi dei *iura*.

(1669) Il riferimento è, essenzialmente, alle disposizioni giustinianee in materia di forma del contratto di vendita, e soprattutto alle disposizioni di carattere transitorio (v. *infra*, § 29 lett. *e-f*), ed eventualmente alla disputa sull'arbitraggio del prezzo ad opera di un terzo (cfr. *supra*, § 13 lett. *d*, ed *infra*, § 29 lett. *g*).

(1670) La contrapposizione fra la compravendita in quanto negozio basato sul consenso ed i negozi verbali emerge, d'altronde, in Pauli *sent.* 2, 17, 10, nella *sedes materiae*: nel successivo § 13, poi, si ritiene «*sine causa*» la richiesta dell'«*oblatio instrumentorum*», se può altrimenti provarsi la «*veritas de fide contractus*», il che viene argomentato sulla base dell'osservazione che trattasi di un atto, «*qui ex bona fide descendit*» (dove al di sotto del rilievo della *fides* sta quello della mera consensualità dell'atto): altri accenni al carattere consensuale sembrano mancare, anche in generale, ché i titoli sulle quattro *obligationes consensu contractae*, si susseguono l'un l'altro (da Pauli *sent.* 2, 15 a 2, 18), senza che però vi siano svolgimenti in generale su tali *obligationes*.

(1671) Sul testo, sotto il profilo dell'individuazione della portata dell'obbligazione del venditore, cfr. *supra*, § 15 lett. *f*.

(1672) V. *supra*, § 14 lett. *a*: fra queste prescrizioni, prevalgono quelle relative all'evizione, ai vizi redibitori, al *dolus in contrahendo*.

(1673) Cfr. Pauli *sent.* 2, 17, 9, in cui si fa, del resto, menzione della *traditio*. Più difficile, dal punto di vista della valutazione dell'"obbligatorietà" della vendita l'interpretazione del precedente § 7.

(1674) Sono il già citato Pauli *sent.* 2, 17, 9 ed il successivo § 14.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

un rendimento — sostanzialmente corretto — di Gai 3, 139 (1675), in cui manca soltanto la definizione dell'arra come *argumentum emptionis et venditionis contractae* (1676).

La valutazione di questi dati non è, di certo, agevole: in astratto (1677), essi testimoniano che — nel caso in cui fosse stato sentito come necessario od opportuno riferirsi alla regolamentazione della compravendita come fattispecie obbligatoria (il che rappresenta, per l'appunto, uno degli aspetti nodali del problema) — v'era la possibilità di far ricorso alle fonti introdotte in una compilazione cui veniva attribuito valore normativo; la loro presenza in tale compilazione, però, non significa di certo che, nel regno visigoto di Francia e di Spagna, trovasse — prima nella prassi negoziale che nei tribunali — concreta applicazione la compravendita consensuale ed obbligatoria (1678): indubbiamente l'accenno dell'*Epitome Gai* è troppo semplice, e troppo teorico, perché — se la figura non fosse altrimenti conosciuta e praticata — se ne potesse trarre un'adeguata disciplina per la compravendita consensuale ed obbligatoria; e le tracce nelle *Pauli Sententiae* sono ancora più lievi e indirette. D'altro lato, al livello del confronto tra le *Sententiae* stesse e la relativa *Interpretatio*, si può cogliere una tendenza a trasformare la compravendita, configurata nel testo pseudopaolino come obbligatoria, in negozio ad effetti reali (1679).

g) Se, con la *Lex Romana Visigothorum* siamo fuori dei confini dell'impero, le condizioni culturali ed economiche di molte province all'interno dello stesso non dovevano differire di molto da quelle del regno romano-barbarico; e, nell'Oriente (1680), bisognava fare i conti anche con il persistere dei modi di pensare della cultura giuridica greca. Restavano, in effetti, soltanto i tribunali delle grandi circoscrizioni amministrative, si pensi, ad esempio, a quello del prefetto dell'Illirico ed ai tribunali operanti nelle sedi universitarie, e soprattutto a quello di Costantinopoli: in queste sedi, sussisteva senz'altro la possibilità — astratta — che i giudici sapessero dove metter le mani, se richiesti di giudicare applicando la disciplina dell'*obligatio consensu contracta*, né certamente risulta — al livello ufficiale — l'abolizione dell'istituto. Una fenomenologia ibrida, nella quale l'azione di adempimento veniva ad intrecciarsi con forme di compravendita documentale (cui è difficile riportare una valenza diversa da quella reale), sono attestate come precedentemente vigenti nella prassi da Giustiniano in C. 4, 21, 17 (del 528 d.C.), ripresa in *I.* 3, 23 pr.: non si può quindi escludere che, verificandosene la necessità sul piano pratico, si desse, in codesti tribunali, ingresso anche all'*obligatio consensu contracta*. Di più è difficile dire.

29. *La compravendita nel periodo giustinianeo.* — *a*) Come su qualsiasi altro istituto del diritto privato, il giudizio complessivo (1681) sulla compravendita all'epoca di Giustiniano è reso estremamente difficile dalla presenza nella compilazione di una grande quantità di materiale classico, introdotto nel Digesto, nel Codice, e nelle Istituzioni: nel nostro caso, codesto materiale era tutto rigorosamente ispirato al sistema classico dell'*obligatio consensu contracta*, nettamente distinta — sul piano logico, se non su quello cronologico — dal trasferimento della proprietà. Se si prendono invece in considerazione le costituzioni giustinianee che interessano la compravendita, a partire dalla famosa C. 4, 21, 17 (1682), del 528 d.C., si nota subito che — a parte qualche più o meno apparente eccezione — esse regolano esclusivamente gli effetti traslativi della vendita, e che tali effetti non sono, in linea di massima, collegati con l'effettuazione della *traditio* (1683). D'altro

(1675) Su questo passo, nell'àmbito della dottrina classica dell'arra, cfr. *supra*, § 4 lett. *b*.

(1676) Benché il rilievo appaia suggestivo, è difficile imputare codesto fatto alla differente valenza che l'arra andava assumendo in questo periodo.

(1677) Prendendo, cioè, praticamente il materiale contenuto nel *Breviarium Alaricianum* come delle disposizioni normative contenute in una legge od in un codice.

(1678) Tale deduzione, un po' frettolosa, è fatta dal KASER, *op. ult. cit.*, II, 385 testo e nt. 7.

(1679) Cfr. l'*interpretatio* a Pauli *sent.* 1, 13*a*, 4, in cui, fra l'altro, s'inserisce il rilievo del pagamento del prezzo, e la consegna della cosa appare, più che altro, dovuta all'acquirente, perché ne era divenuto proprietario.

(1680) A prescindere dall'aspetto della più o meno profonda ellenizzazione, ché, da questo punto di vista, le culture orientali, semitiche o no, ivi rappresentate non differivano, come si è già più volte detto, dall'impostazione di quella greca.

(1681) Su talune modificazioni che, dovute a qualsiasi causa, possano scorgersi nel regime di taluni aspetti particolari dell'*emptio venditio* nel diritto giustianeo, si è già detto nel corso della trattazione: cfr., ad esempio, *supra*, § 13 lett. *d*, per l'arbitraggio sul prezzo (in relazione a C. 4, 38, 15, del 530 d.C.); § 24 lett. *i*, in materia di risarcimento del danno (C. 7, 47, 1, del 531 d.C.); § 27 lett. *m*, per quanto riguarda il *periculum emptoris*.

(1682) Sui vari aspetti di tale costituzione cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *c-f*.

(1683) Che, si ricordi, fra gli atti di trasferimento della proprietà conosciuti nel periodo classico, è l'unico ancora attuale in periodo giustinianeo, al livello almeno di prese di posizione generali, se non teoriche, fra le quali, in relazione alla vendita stessa, si può ad esempio ricordare *I.* 2, 1, 41, su

Senato della Repubblica - Archivio Storico

lato, bisogna rilevare che, se sono state colte, a torto od a ragione, delle modificazioni nei testi dei giuristi classici o nelle costituzioni imperiali riguardanti la compravendita, non è mai stata avanzata — anche durante il periodo dell'imperversare della critica interpolazionistica — l'ipotesi che tali modificazioni tendessero a sostituire al regime della compravendita consensuale ed obbligatoria una diversa disciplina nel senso della compravendita identificata effettualmente col trasferimento della proprietà (a sua volta collegato con il pagamento del prezzo).

b) In linea generale, sono note del resto le difficoltà cui va incontro lo storico per determinare, con maggiore o minore precisione, il referente concreto della propria indagine in periodo giustinianeo. Con il sintagma diritto giustinianeo (1684) si individuano, in realtà, contesti di conoscenza molto diversi, che hanno tutti una loro giustificazione — a diversi livelli storici — in relazione all'angolo di visuale da cui si mette lo studioso, ma che sarebbe estremamente pericoloso scambiare l'uno con l'altro. Diritto giustinianeo è, indubbiamente, quel sistema di conoscenze e di massime di decisione che i contemporanei potevano ricavare dal *Corpus iuris civilis* preso nel suo complesso: con il compito di ricostruire tale sistema si è cimentata, per secoli, la scienza giuridica occidentale, ed esso, in modo più o meno coperto (1685), è stato perseguito anche dai commentatori postgiustinianei.

Rispetto al risultato che si può raggiungere attraverso un'operazione del genere, bisogna però ribadire che l'impiego della categoria "diritto giustinianeo" per descrivere una siffatta realtà rischia di essere equivoco, perché si tratta, in generale, di una delle — fin troppo numerose — opzioni possibili per l'interprete che parta da una visuale armonizzante, ma della quale non si può di certo affermare essersi effettivamente inverata all'epoca del grande imperatore: quando procede ad una tale armonizzazione lo studioso opera in quanto giurista, che aspira ad un sistema (sia esso o meno in concreto applicato od applicabile), ma non da storico del periodo qui considerato (1686); per quest'ultimo, infatti, sotto il profilo del "diritto giustinianeo" unico oggetto di indagine sono i risultati che da un'interpretazione del genere abbiano tratto i giuristi contemporanei od immediatamente successivi a Giustiniano, e quindi — in prima linea nelle nostre conoscenze — i commentatori giustinianei e postgiustinianei, sino agli inizi del VII secolo d.C., lo studio dei quali rientra, però, convenzionalmente (1687) nell'àmbito del diritto bizantino.

Un'interpretazione complessiva del *Corpus iuris civilis* può, poi, esser avvenuta, al di fuori delle scuole di diritto, nella prassi dei tribunali. Questa considerazione apre la strada ad un altro significato di "diritto giustinianeo", nel senso cioè di quel diritto che veniva applicato nella prassi, che si articola in giudiziaria e negoziale. Per quanto riguarda i tribunali, non abbiamo nulla che — sia in materia di vendita sia per altri istituti — possa illuminarci sulla stessa (1688): anche sulla prassi negoziale non siamo, praticamente, molto informati, e manca qualsiasi notizia, si può dire, per quanto concerne gli usi metropolitani (1689).

Ma nel "diritto giustinianeo", come oggetto di studio, rientra anche un'ulteriore e concreta possibilità, quella cioè di tener conto — al di là dell'oggettivo risultato raggiunto — dell'intenzione dei compilatori delle varie parti del *Corpus iuris civilis* (1690), considerando però che esso non rappresenta una compilazione unitaria, e che quindi tali intenzioni possono essere diverse da luogo a luogo. D'altro lato, per le costituzioni giustinianee inserite nel *Novus Codex Iustinianus*, e nella *repetita praelectio* dello stesso, bisogna considerare anche il contesto originario di tali costituzioni, ché il significato delle stesse in tale

---

cui cfr., per tutti, KASER, *Das römische Privatrecht*², II, cit., 282 s.

(1684) Su ciò cfr. TALAMANCA, *L'unità della 'venditio' in I. 3. 23 pr.*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, I, Milano, 1967, 805 ss. (v. anche ID., *Recensione* a KASER, *op. ult. cit.*, II, in *BIDR*, 1976, 292 ss.).

(1685) A cagione dei divieti giustinianei: su di essi cfr., per tutti, KASER, *op. ult. cit.*, II, 59 testo e nt. 57 (con letteratura).

(1686) Per un astorico procedere di tal genere, esemplare da ultimo la trattazione del VOCI, *Tradizione*, cit., 144 ss.

(1687) Per qualche considerazione al proposito cfr. TALAMANCA, *Recensione a* KASER, *op. ult. cit.*, II, 294 ss.

(1688) E non è possibile richiamarsi a quella *Practica ex actis Eustathii Romani* che rappresenta una fonte di primaria importanza sotto questo profilo, ma che — essendo di molti secoli posteriore — illumina soltanto sulla prassi giudiziaria bizantina.

(1689) Mentre qualcosa possiamo sapere dai coevi papiri greci provenienti dalla *pars Orientis*, in massima parte riferentisi, come al solito, all'Egitto.

(1690) In relazione a ciò, è ovviamente diverso l'impatto di una tale intenzione nel Digesto e nel Codice (dove — al di là delle interpolazioni — i commissari giustinianei si sono limitati alla raccolta ed alla distribuzione nei libri e nei titoli del materiale da compilare) e nelle Istituzioni, dove il discorso viene imputato, grammaticalmente, all'imperatore e viene, nel suo complessivo snodarsi, retto in modo molto più incisivo dalla volontà dei commissari, nonostante la provenienza della massima parte del materiale da opere classiche.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

504

connessione potrebbe risultare differente da quello che vengono ad assumere nella compilazione.

c) In base alle osservazioni dianzi fatte, nel nostro caso, il compito dell'interprete si esaurisce, praticamente, nel rilevare quali furono le intenzioni della cancelleria giustinianea nell'emanazione di singole costituzioni e delle varie commissioni che procedettero alla redazione delle diverse parti del *Corpus iuris civilis* nell'assemblare in un certo modo i materiali, il che ha principalmente valore per la redazione di *I.* 3, 23, la *sedes materiae* della compravendita, e qui soprattutto per il *principium*, dove si profila la questione del nuovo regime della forma — *in scriptis* o *sine scriptis* — della vendita e della sua efficacia, nonché quella della portata della *datio arrharum* (1691).

Durante il lavoro di preparazione del *Novus Codex Iustinianus* (1692), venne emanata C. 4, 21, 17, che presenta un'ampia regolamentazione della vendita per iscritto (1693), ed accanto ad essa del *contractus dationis arrharum*, al modo in cui questa figura viene chiamata nel *principium* della costituzione. Nel caso in cui si sia convenuto di procedere alla conclusione *in scriptis* della compravendita (1694), gli effetti della stessa si verificheranno (C. 4, 21, 17 pr.) soltanto dopo il totale completamento dell'*iter* documentale, che non si esaurisce con la *subscriptio partium* ma richiede anche la *completio* e l'*absolutio* del documento (1695). Fino a questo punto è possibile rifiutarsi di portare a compimento, dal punto di vista giuridico, la transazione, senza incorrere in alcuna conseguenza (1696), a meno che non fosse stata data un'arra, nel qual caso (C. 4, 21, 17, 2) la parte inadempiente viene ad incorrere nelle penalità arrali, quali erano già previste nella prassi egiziana (1697): la perdita dell'arra per il futuro compratore, la restituzione al doppio per il futuro venditore.

d) Non v'è dubbio, né ci sembra possa venir seriamente contestato (1698), che la *venditio in scriptis* disciplinata in C. 4, 21, 17 è una vendita con effetti traslativi (1699). V'è nella costituzione una evidente connessione fra la configurazione della vendita in cui, pur in virtù dell'accordo fra le parti, l'*instrumentum* viene ad assumere carattere costitutivo e l'efficacia reale che, implicitamente, si assume per l'*instrumentum emptionis*, ed al tutto si coordina la rilevanza riconosciuta al contratto ar-

(1691) Questa complessiva problematica ha dato luogo, nel contrasto più o meno apparente sul regime delle arre in C. 4, 21, 17, 2 ed *I.* 3, 23 pr., ad una disputa che dura dall'epoca dei glossatori: per un ampio quadro della letteratura meno recente, cfr. MASSEI, *L'arra nella compravendita*, in *BIDR*, 1941, 215 ss. Su di esso, con indicazioni di altra dottrina, cfr., per tutti, TALAMANCA, *L'arra*, cit., 79 ss.; ID., *Osservazioni sull'arra nel diritto giustinianeo*, in *Mélanges Ph. Meylan*, I, cit., 325 ss.; ID., *L'unità*, cit., 803 ss.; CHALON-SECRÉTAN, *Les arrhes de la vente sous Justinien*, Lausanne, 1954 (cfr. i nostri rilievi: TALAMANCA, *Recensione* a CHALON-SECRÉTAN, *op. cit.*, in *Arch. giur.*, 1954, CXLVII, 132 ss.); SCHUSTER, *Die Funktion der 'Arrha' bei Justinian*, in *Labeo*, 1959, 26 ss.; FREZZA, *Le garenzie delle obbligazioni*, I, cit., 299 ss.; GALLO, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite. Appendice al corso di diritto romano*, Torino, 1964; ID., *Riflessioni sulla funzione della 'scriptura' in C. 4, 21, 17*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, cit., 411 ss.; VISKY, *Die arra in den römischen Rechtsquellen des III. Jahrhunderts und in der justinianischen Gesetzgebung*, in *Romanitas*, 1974, 426 ss.; KASER, *op. ult. cit.*, II, 386 ss. (con ulteriore amplissima bibliografia).

(1692) È precisamente il 1° giugno del 528 d.C.

(1693) Com'è confermato dalla collocazione che i compilatori del *Codex* ne fanno nel titolo «*De fide instrumentorum etc.*», la costituzione riguarda, in effetti, la disciplina dei contratti che le parti hanno stabilito di redigere per iscritto più che la compravendita in particolare; né è da pensare che l'allargamento al di là della vendita si sia avuto a seguito dell'indubbio rimaneggiamento che essa ha subito nell'inserzione nel *Novus Codex* (nel 529 d.C.) od in quello *repetitae praelectionis* (nel 534 d.C.): cfr., con letteratura, TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 327 s.; ID., *L'unità*, cit., 821 s. È, però, frutto di una mancata comprensione delle fonti e della — molto scarsa — letteratura consultata sostenere (MARASINGHE, *Arra - Not in Dispute*, in *RIDA*, 1973, 353) che la const. 17 sia successiva ad *I.* 3, 23 pr., anche perché più elaborata e provvista di un migliore assetto linguistico e stilistico (*sic!*).

(1694) Altro problema, allo stato non passibile di una soluzione fondata su precisi spunti testuali, è quello dei limiti in cui una tale pattuizione non potesse ritenersi — sulla base della prassi — implicita, in funzione soprattutto dell'oggetto del contratto (ad esempio, un immobile). Si veda, per un caso, l'automatica equazione di *scripta* e *celebrata* in Iust., C. 6, 43, 3, 3*a* (del 531 d.C.).

(1695) In che cosa consistano queste due formalità è discusso: su di ciò cfr., per tutti, TALAMANCA, *Documentazione e documento*, in questa *Enciclopedia*, XIII, 553 s.: v., successivamente, AMELOTTI, *L'età romana*, in AMELOTTI e COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, Roma, 1975, 33 ss., e KASER, *op. ult. cit.*, II, 79 s., con altra letteratura.

(1696) Né in un risarcimento del danno né in una pena di carattere privato: si noti come Giustiniano sembri, qui, ignorare in modo assoluto il problema non anche della semplice *culpa* bensì del *dolus in contrahendo*.

(1697) Dal cosiddetto '*nómos tôn arrabónōn* (cfr. *supra*, nt. 182).

(1698) Cfr., per tutti, TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 327 ss., ma anche GALLO, *Disposizioni*, cit., 12 ss. Ambigua la posizione di KASER, *op. ult. cit.*, II, 386 s. A nostro avviso, l'efficacia reale della compravendita *cum scriptura* si desume, inequivocabilmente (od almeno fino a prova concreta del contrario), dalla circostanza che essa rappresenta il negozio solutorio rispetto al *contractus dationis arrharum*: d'altro canto, né negli scarsi documenti della prassi — che conosce del resto soltanto documenti di vendita traslativa — né nelle fonti giuridiche, è dato mai d'incontrare la *venditio in scriptis* con semplice efficacia obbligatoria.

(1699) Altro problema è se, accanto alla forma documentale, fosse richiesto anche l'elemento reale della *traditio*, la consegna della cosa: per un breve cenno, v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *l*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

rale, il che rende impossibile sottrarsi alla conclusione che l'imperatore sostanzialmente recepisse le istanze di una prassi (1700), la quale tendeva a non riconoscere — in termini forse più ampi di quanto Giustiniano non fosse disposto ad ammettere — l'*obligatio consensu contracta*, sia sotto il profilo della consensualità che sotto quello del carattere obbligatorio del negozio.

e) Ma C. 4, 21, 17 appare di estremo interesse anche sotto il profilo delle notizie che offre sullo stato del diritto pregresso, rispetto al quale fissa, nel § 1, norme di carattere transitorio, che riguardano esclusivamente gli *emptionalia instrumenta* (1701). Oltre che in quest'ultimo paragrafo, lo stato del diritto precedente si può ricavare da quanto si afferma alla fine del *principium*, indicando, per l'appunto, gli effetti che non possono essere più conseguiti prima del completamento del documento (1702). Sotto quest'ultimo profilo possono individuarsi alcune tappe nell'*iter* documentale, raggiunte le quali le parti potevano — in precedenza — accampare diritti: nel *principium*, confermato sul punto dal § 1, si individuano al proposito la redazione di una prima stesura provvisoria del documento (*scheda conscripta*) (1703), ed *a fortiori* la circostanza che fosse incominciata la redazione dello strumento definitivo (*mundus*).

I diritti che le parti volevano trarre, in materia di compravendita, dall'inizio della documentazione sono espressamente previsti alla fine del *principium*: una volta che si fosse raggiunto l'accordo sul prezzo (*statuto pretio*), il che coincideva col requisito strutturale minimo dell'*obligatio consensu contracta* classica (cfr. Gai 3, 139), il sorgere della *necessitas* di *venditionem perficere* (1704). Si deve vedere, nella prassi che sottende la normativa imperiale, una singolare contaminazione fra l'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria romana e la configurazione che assumeva, nella prassi, l'*instrumentum emptionale* come compravendita traslativa (1705): da una parte, v'è il preciso richiamo alla struttura della compravendita consensuale, com'era espressa in Gai 3, 139 (ed ancora in *I.* 3, 23 pr.), dove l'oggetto dell'accordo si identifica con il concordare delle parti sul prezzo (1706); dall'altra da tale accordo non si fa sorgere la reciproca obbligazione ad eseguire il contratto (1707), bensì la *necessitas* di *venditionem perficere*. La cancelleria imperiale non riesce a sfuggire alla suggestione esercitata dalla prassi, in cui la *venditio* si identifica con la compravendita traslativa, di cui il documento scritto è elemento essenziale: non essendo terminato l'*iter* documentale (1708), non si è ancora pervenuti ad avere un

(1700) Questa delimitazione della portata della formalizzazione giuridica della funzione socio-economica della compravendita corrisponde senza dubbio al modo di pensare corrente nella cultura giuridica greca ed ellenistica; e, d'altronde, l'imperatore operava in un contesto socio-economico e culturale che, pur con profonde ed innegabili modificazioni, si trovava in un rapporto di continuità storica con quella cultura. È, dunque, vano contestare l'influenza — diretta e indiretta — del modo di pensare greco: ad esempio, riferendosi, con il THOMSON, *'Arra' in Sale in Justinian's Law*, in *The Irish Jurist*, 1970, 179 ss., ad una pregressa prassi romana, che resta indimostrata, od ipotizzando, con il VOCI, *op. ult. cit.*, 137 nt. 11, la soluzione di una *quaestio voluntatis* relativa alla conclusione di un contratto vincolante (cosa per cui non v'è alcuna dimostrazione). Non bisogna, però, dimenticare che il rifiuto della consensualità e dell'obbligatorietà sono un tratto che ben s'adatta, anche all'infuori dell'àmbito territoriale in cui poteva influire la cultura greca, alle mutate condizioni socio-economiche e culturali del mondo antico, e che non può destar, quindi, meraviglia il trovar ampiamente consonanti, sotto questo profilo, la *pars Occidentis* e la *pars Orientis* dell'impero.

(1701) Questo particolare mostra come il problema fosse particolarmente sentito in materia di compravendita, il che è confermato dalla circostanza che il divieto di pretender diritti in base ad una documentazione non ancora portata a compimento viene, alla fine del *principium*, particolarmente ribadito per l'*emptio venditio*: quale potesse essere la prassi pregressa intorno ai diritti delle parti nella fase di redazione del documento rispetto agli altri contratti disciplinati in C. 4, 21, 17 non risulta, a differenza di quanto accade per la compravendita.

(1702) In relazione alle varie fasi in cui si divide la redazione dello stesso.

(1703) Ancora nel *principium* si riafferma che non si potranno vantare diritti, ancorché la *scheda* fosse munita delle *litterae* di una o di entrambe le parti.

(1704) Generico è, al proposito, il modo di esprimersi del § 1, dove l'imperatore fa salvi, per gli *emptionalia instrumenta*, i *prisca iura*, senza nulla precisare ulteriormente.

(1705) Senza prendere qui posizione sull'ulteriore problema di quali fossero gli elementi che dovessero affiancarsi alla redazione del documento, perché lo stesso potesse sortire i suoi effetti traslativi (ad esempio, sicuramente, il pagamento del prezzo, forse la *traditio corporalis*).

(1706) In base all'ovvio rilievo che non può esservi prezzo se non di una determinata cosa, onde l'accordo sul prezzo presuppone quello sulla cosa, mentre non è, evidentemente, vero il viceversa.

(1707) V., in contrasto, la terminologia di *adimplere contractum* usata in *I.* 3, 23 pr. a proposito dell'esecuzione del contratto arrale, reinterpretato come vendita arrale, senza che ciò comporti — nella prospettazione dei compilatori delle *Institutiones* — una modificazione nel regime della *datio arrharum* coordinata ad una futura *venditio cum scriptura* (cfr. *infra*, in questo paragrafo, lett. *i*).

(1708) Ma sulla conclusione del procedimento che portava ad individuare una compravendita definitivamente formatasi poteva, altresì, incidere il mancato pagamento del prezzo: con ogni probabilità, una delle cause più frequenti a cagion delle quali l'*iter* documentale si arrestava alla *scheda* od al *mundus* non anche completato doveva, con tutta

Senato della Repubblica - Archivio Storico

contratto di compravendita, bisogna ancora *venditionem perficere* (1709). E la norma transitoria del § 1 fa salvi, sempre nella compravendita, i *prisca iura* che fossero stati eventualmente in uso nella prassi in ordine alle transazioni di cui era già stata iniziata la redazione del documento scritto al momento dell'emanazione della costituzione.

f) La situazione precedente a C. 4, 21, 17, quale si delinea proprio nella costituzione medesima, appare abbastanza diversa rispetto a quanto si è osservato sulla legislazione in epoca pregiustinianea, la quale appare conoscere soltanto la compravendita traslativa (1710). Non si riesce, in effetti, a stabilire con certezza quale fosse la portata della prassi attestata nella costituzione giustinianea. È difficile stabilire su che cosa si fondassero i *prisca iura* di cui si parla nel § 1: dal modo in cui vengono accantonati da Giustiniano si potrebbe anche inferire che si trattasse di una prassi limitata a qualche regione, o soprattutto a qualche istanza giurisdizionale (1711); né dalle notizie relative a questi *iura* si riesce a ricavare qualcosa in merito alle sorti dell'*obligatio consensu contracta* in una cornice più ampia (1712). Nell'àmbito delle vendite *cum scriptura*, la cancelleria imperiale taglia al proposito di netto, a favore della "purezza" della concezione ellenistica della vendita, la quale, dopo C. 4, 21, 17, non appare più "inquinata" da residui della disciplina classica (1713).

Altro problema è di determinare gli eventuali rapporti del regime della compravendita — traslativa — per iscritto con l'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria del periodo classico, in un contesto in cui eventualmente questa figura in qualche modo si perpetuasse. Che fra la vendita documentale e traslativa e taluni aspetti dell'*obligatio consensu contracta* classica si potesse creare una sinergia, è sicuramente mostrato dai *prisca iura*, lasciati sopravvivere da Giustiniano solo in via transitoria. Non può, del resto, dubitarsi che, nelle scuole, continuasse — nel 528 d.C. quando già si era iniziato il processo che avrebbe portato al *Corpus iuris civilis* — la conoscenza almeno "teorica" dell'*emptio venditio* del diritto classico. Se, dunque, può porsi legittimamente il problema se e come la cancelleria imperiale risolvesse il rapporto fra la *venditio cum scriptura*, che veniva ad esser regolata in C. 4, 21, 17, e l'*obligatio consensu contracta*, è però difficile dare una risposta: la soluzione più plausibile va nel senso che i redattori della const. 17 non si ponessero questioni di tal genere, essendo il loro orizzonte sostanzialmente limitato alla soluzione dei problemi in tema di compravendita scritta e traslativa.

g) La cancelleria imperiale tornò su problemi relativi alla configurazione in generale della compravendita il 1° agosto del 530, con C. 4, 38, 15, che regolava la questione della determinazione del prezzo ad opera di un terzo. Non interessano qui i profili attinenti all'arbitraggio (1714), bensì di vedere come i redattori della costituzione configurassero, sul piano strutturale ed effettuale, la compravendita nella quale l'arbitraggio stesso aveva luogo. Nella redazione in cui ci è pervenuta si tiene presente la distinzione fra *venditio in scriptis* e *sine scriptis* avvenuta due anni prima, con C. 4, 21, 17, ma non è sicuro che tale ricordo risalga alla recensione del 530 d.C. (1715).

---

probabilità, trovarsi nella circostanza che il compratore non avesse terminato di pagare il prezzo.

(1709) Ciò s'armonizza perfettamente con la circostanza che, per la prassi precedente, la conclusione coattiva del contratto è prospettata soltanto per il venditore («... *adeo ut nec illud in huiusmodi*» — e cioè *cum scriptura* — «*venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas imponitur venditori vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere*»): se il compratore non vuole più concludere la compravendita, il venditore è comunque garentito, perché conserva la proprietà della cosa; era il compratore a dover esser protetto, soprattutto se aveva anticipato una parte del prezzo.

(1710) Cfr. *supra*, § 28 lett. *b-c*. I documenti della pratica, sono, come si è visto (*supra*, § 28 lett. *d*), sempre strutturati come compravendite traslative: ciò non esclude però, almeno in astratto, che da essi si considerasse sorgere, nella prassi, un vincolo sanzionato con un'azione all'*id quod interest*, a partire dall'inizio della redazione dell'atto scritto.

(1711) E, tenuto conto della rilevanza in essa attestata delle norme sul carattere obbligatorio dell'accordo di compravendita, non sarebbe senza fondamento pensare alle consuetudini giudiziarie dei grandi tribunali, quelli in cui maggiormente si poteva contare sulla presenza di giudici acculturati nelle scuole di diritto e quindi più disposti ad accettare, in limiti non facilmente precisabili, l'influsso del regime dell'*obligatio consensu contracta* classica sulla diversa prassi delle province orientali.

(1712) Si potrebbe, infatti, esser portati a ritenere che l'esclusione degli effetti dell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria fosse limitata al caso in cui le parti avessero voluto procedere ad un'*emptio in scriptis* (con efficacia reale); ma è, in sé, egualmente plausibile la congettura che — affermatasi in generale l'irrilevanza di una compravendita consensuale ed obbligatoria — si riconoscesse invece l'azione in adempimento sulla base dell'accordo sul prezzo, quando la fattispecie della compravendita traslativa aveva cominciato a trovare definitiva attuazione.

(1713) Anche per quanto riguarda la possibilità di creare un vincolo obbligatorio in relazione al futuro perfezionamento dello scambio fra la cosa ed il prezzo, nella const. 17 si trova recepito, come *contractus dationis arrarum*, il contratto arrale greco, il che conferma la coerenza del disegno prefissosi dalla cancelleria stessa.

(1714) Disputatissimi a partire dalla prima giurisprudenza imperiale: su ciò cfr. *supra*, § 13 lett. *d*.

(1715) In effetti, è difficile dire se l'ultima parte della

Senato della Repubblica - Archivio Storico

307

In linea generale (1716), nella costituzione la compravendita è ritenuta esistente, ma sottoposta ad una sorta di condizione (e quindi sprovvista di effetti), prima dell'arbitraggio: gli effetti della pronuncia dell'arbitratore non sono indicati dalla cancelleria imperiale, la quale precisa che, successivamente, si pagherà il prezzo fissato dall'arbitratore e si otterrà, così, l'efficacia del contratto (*venditionem ad effectum pervenire*). La terminologia adoperata mostra come la cancelleria stessa si muovesse, senz'altro, nell'ottica della compravendita traslativa (1717), ma nulla si dice sull'obbligo del venditore di ricevere il prezzo e del compratore di pagarlo: siccome il riconoscimento dell'arbitraggio, pur nei limiti posti nella const. 15, esclude che lo stesso non avesse giuridica rilevanza, ciò sta a significare che, per Giustiniano, si era così usciti dalla fase meramente precontrattuale, e che almeno il venditore era tenuto, qualsiasi ne fosse il sistema sanzionatorio (1718), a ricevere il prezzo, così permettendo l'efficacia traslativa della fattispecie (1719). Indubbiamente, la problematica romana sull'arbitraggio porta, qui, ad innovare su quello che potrebbe astrattamente apparire il regime tipico di una compravendita traslativa (si pensi a quella greca), regime che si è detto tendeva a identificare gli effetti del contratto (1720) con il trasferimento della proprietà contestuale al pagamento del prezzo (ed alle eventuali forme di pubblicità richieste).

b) Mentre, in C. 4, 21, 17 (1721), la cancelleria imperiale aveva evitato il problema del raccordo della regolamentazione della *venditio cum scriptura* con il regime classico dell'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria (1722), i redattori di *I.* 3, 23 pr. l'avrebbero potuto fare soltanto a prezzo di sconvolgere il sistema delle *obligationes consensu contractae* classiche, com'era esposto nel manuale gaiano che essi avevano posto a base delle *Institutiones* imperiali (1723). Ne è venuta fuori, nel ricordato *I.* 3, 23 pr., una sostanziale giustapposizione fra i due sistemi che rende difficile — non che l'interpretazione armonizzante del passo in sé considerato ed in rapporto al restante materiale normativo contenuto nel *Corpus iuris civilis* (1724) — accertare se e quali intenzioni avessero avute, al di là del signi-

---

const. 15 risalga effettivamente alla recensione del 530 d.C. o non sia stata introdotta al momento nell'inserzione della costituzione nel *Codex repetitae praelectionis*: la costruzione del discorso sembrerebbe giocare a favore di quest'ultima ipotesi, ma non si può escludere un ripensamento da parte della cancelleria al momento della prima redazione del provvedimento normativo, anche perché si deve tener conto che l'innovazione di C. 4, 21, 17 era relativamente recente.

(1716) Per quanto attiene, poi, alla contrapposizione fra *venditio in scriptis* e *sine scriptis*, la parte finale della const. 15 estende la disciplina precedente ad entrambi i tipi di contratto, prescrivendo soltanto che, nella prima, il patto d'arbitraggio avrà efficacia soltanto dopo la *completio* e l'*absolutio*.

(1717) La vendita raggiunge la sua efficacia, quando è stato pagato il prezzo; ma, nella visuale recepita ufficialmente in *I.* 2, 1, 41, il pagamento del prezzo ha come effetto il trasferimento della proprietà della cosa venduta. Su questo punto cfr. già TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 330 nt. 21, con impostazione in parte diversa da quella qui seguita.

(1718) V'è qui una significativa differenza con *I.* 3, 23, 1 (su cui cfr. *infra*, nt. 1734).

(1719) Più difficile dire se, nell'ottica della costituzione in sé considerata (diverso il discorso per il corrispondente passo istituzionale, *I.* 3, 23, 1), il venditore potesse avere azione per ottenere il pagamento del prezzo. Al proposito deve tenersi presente come — in C. 4, 21, 17, pr.-1 — i *prisca iura*, nel senso dell'azione in adempimento fossero previsti soltanto a favore del compratore (cfr. *supra*, in questo paragrafo, lett. *e*).

(1720) A parte i problemi concernenti la garenzia per l'evizione (cfr. PRINGSHEIM, *The Greek Law*, cit., 429 ss.) e per i vizi della cosa venduta (cfr. ID., *op. ult. cit.*, 472 ss., nonché TRIANTAPHYLLOPOULOS, *Les vices cachés de la chose vendue d'après les droits grecs à l'exception des papyrus*, in *Studi in onore di E. Volterra*, cit., V, 697 ss.).

(1721) Ma, da un diverso punto di vista, anche in C. 4, 38, 15.

(1722) Al di fuori del passo istituzionale soltanto raramente si trova il ricordo delle modificazioni introdotte nel regime della compravendita con C. 4, 21, 17: un caso è quello di C. 4, 38, 15 già trattato (*supra*, in questo paragrafo, lett. *g*), in cui, come si è detto, la considerazione delle due forme di vendita risale, forse, alla costituzione originaria. Due volte assistiamo sicuramente ad un'interpolazione per restringere il regime classico alla vendita *sine scriptis*: il primo caso è rappresentato da Ulp. 1 *ad Sab.* D. 18, 1, 2, 1, dove ciò avviene allo scopo di limitare la portata del carattere consensuale della vendita a quelle *sine scriptis*; il secondo da Gord., C. 4, 48, 4 (del 239 d.C.), in materia di *periculum emptoris*. Meno sicuro il caso di Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 26, 8, 9, 6 (v. *supra*, § 3 lett. *a*), dove il ricordo della documentazione scritta del contratto è sicuramente interpolato, ma in cui il riferimento preciso alla contrapposizione fra *venditio cum* e *sine scriptura* è meno immediato. La precisazione *sine scriptis* in Alex. Sev., C. 4, 56, 2 (del 223 d.C.), non riguarda l'alternativa in parola ed è, con tutta verisimiglianza, dell'originale, come si enuclea dal contesto. Quanto può colpire è la bassissima percentuale di casi in cui la precisazione viene fatta.

(1723) In una versione che sostanzialmente coincideva con la *recensio* del manoscritto veronese: oltre che con le notizie sulla legislazione giustinianea contenuta in C. 4, 21, 17 e C. 4, 38, 15 la trattazione, molto limitata, di Gai 3, 139-141 viene integrata — in *I.* 3, 23 — con due paragrafi sul *periculum rei venditae* (§ 3-3*a*), ed uno sulla vendita delle *res extra commercium*, il § 5 (su cui, rispettivamente, cfr. *supra*, § 7 lett. *b*; § 27 lett. *m*).

(1724) E soprattutto con C. 4, 21, 17, 2, nonché i passi classici sul regime dell'arra, contenuti nel Digesto e nel Codice (su cui cfr. *supra*, § 3 lett. *c*).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ficato oggettivo dei testi in questione, i compilatori nel redigere il paragrafo in esame (1725).

Ai compilatori si poneva, anzitutto, il problema dello strumentario concettuale da adoperare in siffatta operazione: con una scelta che era probabilmente l'unica possibile nella tendenza della scuola (1726) a non innovare sugli schemi ricevuti dal passato (1727), operazione alla quale può darsi mancassero del resto — oltre che la vocazione — le forze, i commissari giustinianei cercarono di inquadrare le figure introdotte con C. 4, 21, 17 nello schema della *venditio* classica.

Il modo operativo prescelto fu di giustapporre — nell'àmbito dell'impiego della terminologia unitaria della *venditio* — i due regimi: quello classico dell'*obligatio consensu contracta* (su cui non influiscono le modalità del negozio solutorio) e dell'*arrha* che è *argumentum emptionis et venditionis*, esposto nella prima — e concisa — parte di *I.* 3, 23 pr., limitata alle *emptiones et venditiones, quae sine scriptura consistunt* (1728); quello della vendita *cum scriptura* traslativa (1729), cui si coordina — come negozio destinato ad assicurare, nel futuro, lo scambio fra la cosa ed il prezzo che, per qualsiasi motivo, non possa immediatamente avvenire — il contratto arrale, d'origine greca. Alla giustapposizione sostanziale si aggiunge, come si è detto, l'uniformazione terminologica, che avviene utilizzando, per tutte le figure che rilevano nel contesto, la categoria della *venditio*, ciò che ha indubbiamente accentuato la tendenza a visuali armonizzanti.

i) Con *venditio*, dunque, si vengono a designare — in *I.* 3, 23 pr. — tre cose diverse (1730), le quali hanno in comune il dato che, in tutte, era integrato il requisito minimo dell'*obligatio consensu contracta*, il *de pretio convenire* (1731): l'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria del diritto classico; la vendita documentale e traslativa (come disciplinata da C. 4, 21, 17, qui sostanzialmente ripreso); il contratto arrale (1732); figure tutte codeste che avevano differenze di strutture e

(1725) Sul difficile problema della valutazione del passo istituzionale, seguiamo — con qualche ulteriore puntuazione — l'atteggiamento che da tempo siamo venuti maturando in materia (v. le opere citate *supra*, nt. 1691).

(1726) Si tenga presente l'influenza che può avere avuto la destinazione prevalentemente scolastica delle *Institutiones* sulle scelte effettuate, sia per quanto riguarda la necessità dell'inserimento delle innovazioni in una griglia concettuale e sistematica (il che non appariva, né era sentito, indispensabile in una sede diversa, com'è quella normativa di C. 4, 21, 17 ed anche di C. 4, 38, 15), sia nell'opzione conservatrice rispetto al tipo di griglia prescelto.

(1727) Tendenza che ha riscontro anche altrove: si pensi all'espediente seguito in *I.* 3, 21 (su cui cfr., con letteratura, KASER, *op. ult. cit.*, II, 383), per conservare la categoria delle *obligationes litteris contractae* e, con esse, la quadripartizione gaiana dei *genera contractuum*.

(1728) Per cui l'imperatore aggiunge che tale è il regime, poiché non vi sono state innovazioni in materia («*nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est*»). Giustiniano s'è voluto, forse volontariamente, mantenere sul generico, meglio sull'ambiguo: se si guarda, come può sembrare spontaneo, al complessivo regime della compravendita classica, questo è stato immutato nei limiti in cui le si è posta accanto la *venditio cum scriptura*, che influisce sulla portata dell'*obligatio consensu contracta*, almeno perché questa non è più ammissibile, quando le parti abbiano previsto la redazione di un *instrumentum emptionis* (che nella previsione di C. 4, 21, 17, 2, ma anche di *I.* 3, 23 pr., seconda parte, ha efficacia traslativa); ma, nel contesto, l'affermazione stessa può, anzi forse deve, intendersi nel senso che Giustiniano stabilisse che, al di fuori dell'intervento dell'*instrumentum emptionis*, l'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria classica, col regime dell'arra confirmatoria, continuasse a mantenersi immutata (e l'affermazione nel contesto si riferisce immediatamente proprio al regime dell'arra): ed in ciò l'imperatore non viene a contraddirsi formalmente, almeno all'interno del passo istituzionale.

(1729) I tentativi di configurare la *venditio cum scriptura* del passo istituzionale come negozio ad effetti obbligatori si rincorrono l'un l'altro da sempre: sull'ultimo, non particolarmente fortunato, del GALLO, *op. ult. cit.*, 27 ss., cfr. le nostre osservazioni (TALAMANCA, *L'unità*, cit., *passim*). Questo modo di vedere ha radici profonde nel passato dei nostri studi: su di esso, infatti, influisce la tendenza — assai difficile da perdere — all'interpretazione complessiva, di tipo giuspositivistico, per quanto riguarda il cosiddetto diritto giustinianeo, ciò che fa attribuire un'importanza indebita, nella valutazione di *I.* 3, 23 pr. in sé considerato, al materiale contenuto nel Digesto, nel quale è riprodotta, incontrastata, la disciplina classica dell'*obligatio consensu contracta*. Come si è già accennato (v. *supra*, nt. 1728), nel contesto rappresentato dalla seconda parte del passo istituzionale in sé considerata, la *venditio cum scriptura*, la cui conclusione viene assicurata dalla *datio arrharum*, non può essere che un negozio traslativo.

(1730) A questo riguardo, bisogna, d'altro lato, evitare di cadere nell'equivoco — in cui in parte più o meno piccola ricadeva anche chi scrive: cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.* — di ipostatizzare, nei confronti del nostro problema, espressioni come «unità» e «pluralità» rispetto all'uso del termine «*venditio*» in *I.* 3, 23 pr. (con riguardo ovviamente alle figure ivi ricomprese): l'unità o la distinzione variano a seconda del livello espressivo considerato. Nel passo delle Istituzioni, infatti, non v'è dubbio che la terminologia della *venditio* sia unitaria, perché si riferisce tutta a negozi che attengono allo scambio della cosa contro il prezzo; se, però, si pone attenzione agli effetti ed alla struttura delle figure così indicate, ci si accorge che le differenze sono tante da render mistificante l'affermazione dell'unità.

(1731) Il che — nella *venditio cum scriptura* — si verificava in via di massima prima dell'inizio della complessa attività documentatoria.

(1732) Si direbbe, fra l'altro, che — nei limiti in cui all'unità terminologica si debba riportare un certo contenuto sostanziale, sul piano della struttura o degli effetti — la scelta dei compilatori fosse obbligata in base alla precedente definizione dell'arra come *argumentum emptionis et venditionis contractae*: la dazione di un'arra implicava che esistesse una compravendita, anche se questa aveva degli effetti diversi dall'*obligatio consensu contracta*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

soprattutto di effetti (1733). Al livello delle intenzioni dei redattori delle *Institutiones* si pone il problema del reciproco àmbito di applicazione di tali figure e della loro compatibilità, proprio in funzione del fatto che in ognuna di esse erano integrati i presupposti dell'*obligatio consensu contracta*.

Un punto è sicuro: i redattori del manuale imperiale contavano sulla esistenza dell'*emptio venditio* consensuale e obbligatoria, come risulta — oltre che dall'esplicita dichiarazione dell'imperatore — dalla disciplina contenuta nel § 1 e nei § 3-3*a* (1734). Si può, con ogni probabilità, ritenere che essi escludessero il rilievo all'*obligatio consensu contracta* (1735), quando le parti avessero scelto la diversa alternativa della *venditio cum scriptura*, la quale, a nostro avviso, non presentava soltanto una diversa struttura, ma aveva altresì effetti differenti (traslativi e non obbligatori). Le complicazioni si hanno, in effetti, per la *datio arrharum*, reinterpretata come "vendita arrale", nei rapporti con la vendita consensuale della prima parte di *I.* 3, 23 pr.: ove tale *datio* fosse avvenuta in relazione ad un futuro *instrumentum emptionis* (1736) sembra difficile sostenere, dinanzi al preciso tenore del passo istituzionale, che si dessero altri effetti che quelli scaturenti dalle penalità arrali (1737).

j) È, invece, problematico se e che cosa pensassero i redattori del passo istituzionale nel caso in cui le parti dessero un'arra, dopo essersi accordate sulla cosa e sul prezzo, ma senza nulla specificare sulla natura del negozio solutorio di questo accordo (1738): è difficile, però, pensare per questo caso che i compilatori potessero ritenere applicabile, sulla base della redazione di *I.* 3, 23 pr. da essi approntata il regime della "vendita arrale" (1739), ché altrimenti si svuoterebbe l'af-

(1733) Nella vendita *cum scriptura* era, ovviamente, necessaria la documentazione per iscritto; la *datio arrharum* si distingueva, invece, strutturalmente dall'*emptio venditio* consensuale sotto un diverso profilo, quello per cui l'*arrha* diveniva elemento essenziale, e non più accidentale, della fattispecie. Dal punto di vista, poi, effettuale, sono evidenti le differenze fra l'*obligatio consensu contracta* e la vendita *in scriptis*, che ha effetti reali; ma, pur avendo entrambe effetti obbligatori, la vendita classica e la "vendita arrale" giustinianea differiscono essenzialmente, perché nella prima v'è una responsabilità per l'inadempimento, mentre nella seconda si danno soltanto le penalità arrali.

(1734) Nel § 1, in cui si riproduce la normativa di C. 4, 38, 15 sull'arbitramento, l'impostazione della const. 15 viene profondamente modificata, in quanto si parla, oltre che del pagamento del prezzo, della *traditio* della *res aestimata*, e si fa esplicito accenno alla possibilità di esperire *hinc inde*, sulla base del prezzo stabilito dall'arbitratore, le azioni contrattuali; indubbiamente su ciò ha influito il contesto in cui si riportavano le notizie sulle innovazioni giustinianee (e che era offerto, come materiale d'origine, da Gai 3, 140), ma è altamente significativo che, mutato il contesto stesso, non si parli più di vendita *cum scriptura*: i commissari giustinianei hanno, sembra, voluto evitare possibilità di equivoci. Nei § 3 e 3*a* si discute, invece, di *periculum*, con materiale ancora una volta tratto con molta probabilità da Gaio (cfr. *supra*, nt. 1508): v'è all'inizio una breve annotazione, sicuramente inserita dai compilatori, che ricorda come la "consensualità" dipenda dal fatto che «*sine scriptura res agitur*», alla quale non si può, però, riportare altro significato che la consapevolezza nei compilatori della diversità tra le due figure.

(1735) Nel senso che le parti fossero tenute, in base al solo consenso, ad eseguire le reciproche prestazioni, esponendosi altrimenti all'azione per l'inadempimento nei limiti dell'*id quod interest*: nel silenzio delle Istituzioni ed in mancanza di costituzioni giustinianee, non abbiamo ragioni che possano positivamente farci concludere che, dopo il completamento dell'*iter* documentale della *venditio* — traslativa — *cum scriptura*, le azioni contrattuali fossero escluse per far valere la responsabilità per inesatto adempimento, per l'evizione e per i vizi della cosa venduta, per l'adempimento dei *pacta adiecta*, ivi comprese le clausole risolutive, nonché per la responsabilità per dolo o per colpa *in contrahendo*.

(1736) Saremmo, adesso, molto più prudenti nel generalizzare la portata sia di C. 4, 21, 17, 2 che di *I.* 3, 23 pr. a qualsiasi dazione di arra (così TALAMANCA, *L'arra*, cit., 86 ss., nonché *Osservazioni*, cit., 329 e 331 s., nel che giocava ancora un ruolo una certa impostazione sistematizzante). Il contesto a cui i due passi si riferiscono è, senza possibilità di dubbio, quello del futuro *instrumentum emptionis*.

(1737) È su questo punto che, nella letteratura recente e meno recente, si è avuto il più gran numero di tentativi d'interpretazione, i quali, nella letteratura meno recente (cfr. MASSEI, *op. cit.*, 160 ss.), cercavano fra l'altro di proporre un'armonizzazione fra il testo di C. 4, 21, 17, 2 e di *I.* 3, 23 pr., fatta su basi sistematiche e non storiche. Per una critica della letteratura più recente sull'argomento, cfr. TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 327 ss. (e, per quanto concerne l'ipotesi del GALLO, *op. ult. cit.*, TALAMANCA, *L'unità*, cit., 811 ss.). Praticamente immotivato il tentativo del MARASINGHE, *op. cit.*, 352 s. di trovare una perfetta corrispondenza fra le *Institutiones* ed il *Codex*.

(1738) È evidente che sarebbe stato difficile che i compilatori delle *Institutiones* ritenessero che fosse escluso il regime dell'*obligatio consensu contracta* (con le azioni all'adempimento nei limiti dell'*id quod interest*), nel caso — forse immaginabile solo da parte dell'interprete moderno — in cui le parti vi avessero fatto riferimento, direttamente o indirettamente (ad esempio, prevedendo come modo di adempimento la *traditio* della cosa e non la *venditio cum scriptura*). Un'altra questione che può, astrattamente, porsi è rappresentata dal regime di una "vendita arrale", in cui non si fosse prevista la natura del negozio solutorio, ma si fosse, invece, espressamente pattuito il regime arrale come conseguenza dell'inadempimento: è difficile che i compilatori delle Istituzioni avessero tenuto presente un caso del genere, e qualsiasi risposta al quesito così posto rischierebbe di apparire una soluzione armonizzante sul piano del materiale normativo contenuto nel *Corpus iuris civilis*, e quindi un "futuribile" rispetto all'effettiva storicità del diritto giustinianeo.

(1739) In ciò ci scostiamo da quanto precedentemente sostenuto (v., soprattutto, TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 336

Senato della Repubblica - Archivio Storico

fermazione — relative alla vendita *sine scriptura* — *nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est* (1740). La soluzione qui seguita s'armonizza, del resto, con la già notata circostanza che — ai § 1, 3 e 3*a* — i redattori di *I.* 3, 23 hanno inserito una serie di normazioni che si riferivano, nel contenuto e nella forma, all'*emptio venditio* consensuale ed obbligatoria (1741).

k) La vicenda diacronica della regolamentazione giustinianea della compravendita si chiude, nel 534, con il *Codex repetitae praelectionis*, pubblicato a metà del novembre del 534 d.C., circa un anno dopo le *Institutiones* e i *Digesta*, e dal quale soltanto conosciamo C. 4, 21, 17. Vi potrebbe essere, in termini moderni, un problema di successioni di leggi nel tempo (1742), ma è piuttosto dubbio che, tenuto conto del carattere — dichiaratamente e ideologicamente — unitario di tutto il materiale introdotto nella compilazione, possa profilarsi fra il *Codex repetitae praelectionis*, da una parte, e i *Digesta* e le *Institutiones*, dall'altra, una dialettica di questo genere (1743).

Se un'impostazione, dunque, in termini di successione di leggi nel tempo appare, a ben vedere, anacronistica, è sempre, però, possibile trarre dall'inserzione in C. 4, 21 della const. 17 nel suo attuale tenore elementi di valutazione per il modo in cui i compilatori del *Codex repetitae praelectionis* vedessero i rapporti fra tale costituzione ed *I.* 3, 23 pr. (1744). Al proposito, è da rilevare che, al di là dell'ipotesi di improbabili sviste (1745), l'inserzione di C. 4, 21, 17, nel suo attuale tenore, nella seconda edizione del Codice attesta — sino a prova contraria (non ancora fornita) — come non si sentisse differenza tra la regolamentazione del passo istituzionale e quella della costituzione: il che — tenuto conto della maggior chiarezza di quest'ultimo su alcuni punti fondamentali (1746) — viene a confermare l'interpretazione dianzi data di *I.* 3, 23 pr.

l) Per quanto concerne i documenti della prassi bisogna rilevare che le compravendite ravennati in buona parte cadono nel regno di Giustiniano e che possiamo usufruire, al riguardo, ancora di una certa documentazione offerta dai coevi papiri egiziani. Essi non si scostano, praticamente, dalle caratteristiche che si sono viste nei documenti della pratica del tardo antico in periodo anteriore a Giustiniano (1747): la compravendita obbligatoria non vi è mai, neppure indirettamente, testimoniata, né si hanno, del resto, attestazioni per l'impiego dell'arra. L'unico momento rilevante appare, ancora, quello in cui la proprietà passa mediante il pagamento del prezzo documentato nell'*instrumentum emptionis*.

Per quanto concerne le modalità del trasferimento della proprietà *emptionis causa*, i documenti di stile greco continuano a non far menzione dell'effettuazione di una *traditio*, mentre le compravendite ravennati continuano ad attestare, pur se in modi diversi, l'effettuazione della *traditio* (1748). La compilazione giustinianea non sembra aver apportato dei cambiamenti sostanziali (1749).

Mario Talamanca

LETTERATURA. — È citata nelle note.

s.), sulla base di una valutazione più fortemente condizionata da criteri sistematici. Adesso ci sembra prevalente, come vien detto nel testo, l'affermazione di Giustiniano sulla mancata innovazione per quanto riguarda la *venditio sine scriptis*, che ricomprende, letteralmente, anche una tale vendita accompagnata da un'arra quale *argumentum emptionis et venditionis contractae*, che va risolta totalmente nell'*obligatio consensu contracta* classica. Altra cosa è poi la risposta della prassi contemporanea — giudiziaria più che negoziale — alle disposizioni in materia complessivamente contenute nel *Corpus iuris civilis*: ma su ciò, allo stato delle nostre conoscenze, non possiamo dire che *ignorabimus*.

(1740) Cfr. anche GALLO, *op. ult. cit.*, 54 ss., seppur da un punto di vista diverso da quello qui seguito.

(1741) Questa soluzione s'avvalora, tenendo conto della portata " interpretativa " che può attribuirsi all'inserzione di C. 4, 21, 17 nel *Codex repetitae praelectionis*, su cui v. *infra*, in questo paragrafo, lett. *k*.

(1742) Per una discussione, cfr. TALAMANCA, *L'unità*, cit., 820 ss.: saremmo adesso meno propensi ad accettare una tale impostazione.

(1743) Questo vale, ovviamente, al livello delle intenzione del " legislatore ", e cioè di Giustiniano: altro problema è quello se tale dialettica possa riscontrarsi sul piano dei commenti dei maestri bizantini coevi od immediatamente successivi a Giustiniano o della prassi dei tribunali del tempo, che, com'è già stato detto più volte, ci è ignota.

(1744) Con il che, praticamente, possiamo avere notizie anche di quanto pensassero i redattori di *I.* 3, 23 pr., dato che Triboniano e Doroteo hanno preso parte ai lavori di preparazione di entrambe le opere (const. *Imperatoriam*, § 3; const. *Cordi*, § 2).

(1745) Cfr. GALLO, *op. ult. cit.*, 70, su cui v., criticamente, TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 821 s.

(1746) Soprattutto per quanto riguarda la configurazione della *venditio cum scriptura* come contratto ad effetti reali e la restrizione degli effetti della dazione di arre, effettuata nel contesto dell'*iter* documentale di una tale vendita, alle sole penalità arrali.

(1747) Su questo aspetto cfr. *supra*, § 28 lett. *d*.

(1748) Per un'analisi di questi documenti dal punto di vista dei requisiti del trasferimento della proprietà, cfr. GALLO, *Il principio*, cit., 91 ss., con le nostre osservazioni (TALAMANCA, *Recensione* a GALLO, *op. ult. cit.*, cit., 155 ss.).

(1749) Per una modificazione di carattere marginale, indotta dall'ammissione illimitata del *constitutum possessorum* da parte di Giustiniano, la quale, nei documenti ravennati, ribadisce tuttavia la rilevanza della *traditio*, si veda il passaggio dall'*epistula traditionis* al *constitutum possessorium* nei papiri in questione (cfr., con diverse valutazioni, GALLO, *op. ult. cit.*, 104 ss.; TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 156).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

b) DIRITTO INTERMEDIO.

SOMMARIO: 1. Una premessa necessaria. — 2. Caratteri dei sistemi normativi altomedievali. — 3. I temi di riferimento della vendita: obbligazioni, contratto, negozio giuridico, causa, rescissione. — 4. La disciplina della vendita nelle fonti del primo Medioevo. — 5. Analisi della Compilazione giustinianea e approccio teorico degli interpreti medievali. — 6. Concezione unitaria e atipica del contratto come convenzione.

1. *Una premessa necessaria.* — Le esperienze della compravendita successive alla tradizione romanistica sull'*emptio uenditio* e le esperienze sopravvenute diverse da quella romana aprono allo storico giurista un campo vastissimo di osservazione, del quale è appena possibile tracciare qui i confini e indicare i rilievi più marcati. Ma se l'impresa storiografica di Augusto Bechmann (1), regolata com'è ovvio dall'ottica del tardo *usus modernus*, non ha trovato chi tentasse una sintesi nuova, mutate nei metodi, negli orientamenti e nelle istanze le scienze giuridiche nazionali, ciò non è privo di buone ragioni; sicché non genera meraviglia il constatare la mancanza di opere storiografiche d'insieme successive alla sintesi di quel temprato studioso, mentre non mancano ricerche sopra singoli problemi, per altro significativi. Nell'esperienza medievale la compravendita, regolata in varie maniere nell'esperienza romana e dalle norme sopravvenute di popoli diversi, non si limita ad essere una fra le *causae obligationum* che *consensu contrahuntur*, ma sin dall'inizio si manifesta come negozio bilaterale di trasferimento. Su quest'ultimo termine, anch'esso ambiguo, molto si dovrebbe dire, e non necessariamente dall'evidente punto di vista di una sostituzione (o forse con eccessiva semplificazione di una successione?), quanto piuttosto dal punto di vista dell'innaturalità dello scambio che si viene a realizzare: la *res* con il *pretium*. Se la parola, presente in molteplici contesti nella legislazione altomedievale e nei documenti della prassi, è l'antico verbo dei Romani *uendere*, la cosa, l'attività designata non trova riscontro nelle categorie consacrate dalla Compilazione. L'impiego della categoria *emptio-uenditio* come generale figura del contratto di scambio è una vicenda che si svolge lungo più percorsi. Se da un canto quell'impiego si identifica con una generalizzazione della stessa *emptio-uenditio*, concepita e praticata come il tipo di contratto mediante il quale due soggetti scambiano una *res* ed un *pretium* — e alcuni itinerari sono stati recentissimamente ripercorsi da Harald Siems (2) —, d'altro canto esso rispecchia insieme il mutare della stessa figura di cosa, per tale intendendosi qualunque bene socialmente valorizzato: questo può essere anche un bene che oggi diremmo immateriale, e perciò un credito o qualunque altra aspettativa o qualsiasi attività umana. Vendita risulta così ogni attribuzione di una cosa, da un soggetto ad un altro, che si compia volontariamente, verso attribuzione di una cosa diversa, assunta con funzione di corrispettivo. E l'impiego del termine « attribuzione » non è segno se non del definitivo distacco della cosa da una sfera individuale o collettiva e del suo passaggio ad un'altra, autonoma e distinta, soprattutto con la stessa natura e posizione giuridiche. Non tenere presente ciò indurrebbe a ritenere la storia della compravendita una sequela interminabile di errori, di stravolgimenti delle puntuali categorie romane, fino al paradosso che si porrà ad emblema e conclusione di quella storia: quando la *locatio-conductio operarum* vorrà tradursi in *emptio-uenditio* delle energie del dipendente.

Del resto, nella tradizionale storiografia giuridica l'età intermedia ha da sempre ricevuto un trattamento particolare ed ha svolto un ruolo del tutto singolare. Da un lato, è stata considerata come un'epoca di conservazione dell'unico sistema normativo a cui venissero riconosciuti caratteri della civiltà giuridica, quello romano-latino, efficacemente riorganizzato (o forse reinventato?) da Giustiniano, imperatore di indubbia appartenenza bizantina (e di lingua greca). In tal senso si evocano esempi ed episodi attribuiti a personaggi insigni, quali, ad esempio, papa Gregorio Magno, o concernenti rilevanti istituzioni, come la Chiesa di Roma, che del diritto romano sia teodosiano sia giustinianeo ha fatto un uso costante (e forse anche un'arma?) per affermarsi e certamente per difendersi, ma soprattutto per irrobustirsi e legittimarsi nel solco della tradizione, divenendo essa stessa romana e facendo diventare i suoi presbiteri degli effettivi romani. Dall'altro lato, sono stati attribuiti soprattutto al primo periodo dell'Alto Medioevo tutti quei caratteri, per lo più negativi, che in un modo o in un altro costituiscono (e non possono essere altro che) le contraddizioni di qualsivoglia sistema giuridico, anche di quelli attuali, considerati per altro più maturi, anzi più " evoluti ", perché teoricamente pensati e di conseguenza organizzati in ordinamenti. Metaforicamente, dun-

(1) BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, München, I-IV, 1874-1908.

(2) SIEMS, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, Hannover, 1992.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Ab 29
35

CHIRON

MITTEILUNGEN
DER KOMMISSION FÜR ALTE GESCHICHTE
UND EPIGRAPHIK DES
DEUTSCHEN ARCHÄOLOGISCHEN INSTITUTS

BAND 18 · 1988

374



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN

Senato della Repubblica - Archivio Storico
513

Abbildungsnachweise

1, 2 traditionelle Tanitköpfe auf Großbronzen um 230 v.Chr.; Reproduktionen nach SNG Cop. 253 u. 257.

3, 4 ‹hannibalische› Tanitköpfe auf Großbronzen nach 220 v.Chr.; Reproduktion nach SNG Cop. 341 bzw. Originalphoto B.M. London.

5, 6 verschiedene Tanitköpfe nebeneinander auf Billon der Serie mit hufscharrendem Pferd zwischen ca. 205 und 200 v.Chr.; Reproduktionen nach SNG Cop. 391 u. 392.

7–9 ‹hannibalische› Tanitköpfe auf Elektron, Riesenbronze und Großbronze der Jahre um 200 v.Chr.; Originalphotos B.M. London bzw. Staatl. Münzslg. München (8).

10 traditioneller Tanitkopf auf Silber um 150 v.Chr.; Originalphoto B.M. London.

11 ‹hannibalischer› Tanitkopf auf römischem Denar von 42 v.Chr.; Reproduktion nach CRAWFORD (s. Anm. 49) 509/5.

Chicago 18, 1988

DENNIS KEHOE

Allocation of Risk and Investment on the Estates of Pliny the Younger

Upper-class Roman landowners in early imperial Italy increasingly derived their wealth from estates divided into tenancies.[1] Thus an important question for understanding the economic history of the early empire concerns how Roman landowners managed estates organized in this way, especially when they were scattered geographically. The general lack of evidence for ancient agriculture makes the analysis of relationships between Roman landlords and tenants difficult. Indeed, one of the most important sources for examining tenancy in Roman Italy, the Digest (especially section 19.2 on *locatio-conductio*), can provide only a partial answer to this question. The legal responses compiled in the Digest develop an idealized model of a normative farm lease, designed as a legal concept to facilitate the adjudication of cases in the real world. It is not clear, however, what the relationship is between this idealized model and the actual conditions of Italian farm tenancy, so that the Digest cannot be considered to describe either actual historical conditions or the dynamic relationships between landlords and tenants.[2]

An invaluable source of evidence for analyzing the relations between at least one Roman landowner and his tenants, however, is offered by the published

[1] For the organization of Roman estates during the early principate, see TH. MOMMSEN, Die italische Bodentheilung und die Alimentartafeln, Hermes 19, 1884, 393–416; cf. W.E. HEITLAND, Agricola, Cambridge 1921, 203–12; B.W. FRIER, Law, Technology, and Social Change: The Equipping of Italian Farm Tenancies, ZRG 96, 1979, 213–15. On the autonomous *fundus* within a larger estate, see A. STEINWENTER, Fundus cum instrumento, Wien – Leipzig 1942, especially 10 f., 24 f.; cf. more recently, P.W. DE NEEVE, Fundus as Economic Unit, RHD 52, 1984, 3–19. For definition of the term *latifundia*, see K.D. WHITE, Latifundia, BICS 14, 1967, 62–79, with A.J.L. VAN HOOFF, Some more Latifundia, Historia 31, 1982, 126–28; on their formation, cf. MOMMSEN, and F.G. DE PACHTÈRE, La table hypothécaire de Veleia, Paris 1920, 78–97. For a survey of the archaeological evidence for Roman estates, see K. GREENE, The Archaeology of the Roman Economy, Berkeley – Los Angeles 1986, 88–94, 103–09.

[2] On the normative Italian farm-lease, see FRIER, ZRG 96, 1979, 204–28, who discusses farm lease the *colonus* in the legal sources as a ‹legal type› 226 note 112, and J. KÖHN, in K.-P. JOHNE, J. KÖHN, V. WEBER, Die Kolonen in Italien und in den westlichen Provinzen des römischen Reiches, Berlin 1983, 183–244. On the legal principles of *locatio-conductio rei*, see M. KASER, Das römische Privatrecht², München 1971, 1.565–68.

Biblioteca - Archivio Storico

5M

correspondence of Pliny the Younger. Pliny discusses in several letters problems besetting his estates, in particular the chronic indebtedness of his tenants, and he moreover describes his long-term solution, the institution of sharecropping as the system of land tenure on several of his estates.[3] Pliny's letters thus not only attest the nature of some of the problems affecting Roman agriculture in general, but more significantly, because they chronicle how Pliny addressed these problems, they provide evidence for the way in which such a Roman landowner formulated economic goals and for the means that he had to achieve them.

I

Pliny provides the clearest indication of his economic goals in investing in land when he discusses in ep. 3.19 the possible purchase of an estate adjoining one that he already owned at Tifernum Tiberinum.[4] In a letter dated to ca. AD 100, Pliny sought the advice of Calvisius Rufus, an equestrian friend from Comum, whom Pliny consulted for business advice on other occasions as well.[5] Pliny was first drawn to purchase the estate by the sheer attraction of adjoining estates (3.19.2), but cautiously weighed the economic benefits of reducing his managerial costs against the risks of investing too much of his wealth in a single geographic area, thereby increasing his vulnerability to the dangers imposed by climate (3.19.2–4). Pliny could maintain a single *villa* and manage both properties through the same *procurator* (or business manager) and the same *actores* (bailiffs, 3.19.2).[6] But the focus of Pliny's considerations concerned the ability of the estate to provide him with an income. The estate was attractive as farmland, consisting of fertile grain-fields, vineyards and forest, the last of which provided an

[3] For Pliny's agricultural holdings, see especially R. Duncan-Jones, The Economy of the Roman Empire[2], Cambridge 1982, 19–24. Pliny owned estates at Tifernum Tiberinum, as well as several estates and *villae* near Comum. He also owned a seaside villa at Laurentum and several residences in Rome. Pliny's estates may have been worth HS 17,000,000 (Duncan-Jones 20); his Tuscan estates produced an annual rent of HS 400,000 in AD 98 (10.8.5). At HS 1,000 for each *iugerum* of land (see Columella 3.3.8), Pliny would have owned on the order of 17,000 *iugera* or 4,250 ha.

[4] On the identification of this property, see A. N. Sherwin-White, The Letters of Pliny, A Historical and Social Commentary, Oxford 1966, 254, and Duncan-Jones, Economy, 20.

[5] The letter cannot be dated precisely; see Sherwin-White, Commentary, 253. On Calvisius Rufus (PIR[2] C 349), see ibid. 202. Pliny also consulted Calvisius on legal problems arising from an inheritance (5.7), and on his method for granting relief to *negotiatores* who purchased his vintage (8.2).

[6] The *actores* apparently fulfilled the same function as *vilici*, since several texts seem to use these terms interchangeably: Columella 1.7.6–7, 1.8.5; Scaev. Dig. 20.1.32, 34.4.31 pr. See S. Gsell, Esclaves ruraux dans l'Afrique romaine, Mélanges Gustave Glotz, Paris 1932, 409 and notes 5–6, and N. Brockmeyer, Arbeitsorganisation und ökonomisches Denken in der Gutswirtschaft des römischen Reiches, Diss. Bochum 1968, 154; for a different interpretation, see Sherwin-White, Commentary, 254.

additional modest but steady return (3.19.5). Pliny however hesitated to purchase this otherwise attractive property because of the chronic indebtedness of the tenants cultivating it. The tenants had apparently fallen behind in their rent, and to relieve this indebtedness, the previous owner had confiscated the pledges of the tenants. Pliny's intention of re-equipping these tenants with slaves indicates that the pledges included slaves (3.19.7). The action of the previous owner unfortunately had proved short-sighted. Confiscation of the pledges relieved the tenants of their immediate debt, but made them unable to cultivate their land productively, so that their indebtedness only grew more severe. In order to make the estate productive again, Pliny faced the prospect of providing slaves for these tenants at his own expense (3.19.6–7):[7] *nam possessor prior saepius vendidit pignora, et dum reliqua colonorum minuit ad tempus, vires in posterum exhausit, quarum defectione rursus reliqua creverunt. sunt ergo instruendi, eo pluris quod frugi, mancipii; nam nec ipse usquam vinctos habeo nec ibi quisquam.* Pliny's discussion of the poor conditions on this estate reveals how as a landowner he characteristically depended for his income on the production of tenants. The estate may have included a central farm attached to the *villa*, but the bulk of the land appears to have been divided among a number of tenancies.[8] The production of these tenants was so important that their continuing problems made Pliny hesitate to purchase the estate, even though it had a convenient location for selling produce at Rome (cf. 5.16.12), and even though its price had plunged from five to three million sesterces (3.19.7). The tenants thus occupied substantial farms, since slaves were required to work them.[9] Pliny tells us little about how he equipped the farms that he leased out, but the need to re-equip the tenants on this estate with slaves indicates that they made a substantial contribution of capital. Based on the analogy of the normative Italian farm lease as formulated in the Digest, these tenants furnished the moveable capital; draft animals were probably included along with slaves in this

[7] The *servi frugi* correspond to the *servi robusti* discussed by Columella (1.6.3), who are to be contrasted with the chained slaves housed in an *ergastulum*; see as Sherwin-White, Commentary, 257.

[8] Sherwin-White, Commentary, 255 postulates the existence of a central farm, and argues that the vintage which Pliny sold to the *negotiatores* in ep. 8.2 constituted the produce from the central farm of his Tuscan estates (449). Cf. also K. D. White, Roman Farming, Ithaca 1970, 406–09, Frier, ZRG 96, 1979, 219 note 79, and P. W. de Neeve, Colonus, Amsterdam 1984, 165–67. An inscription from Pola near Histria indicates the presence of a *vilicus* and a slave *colonus* on the same estate: V. Weber, in Kolonen, no. 20. Weber no. 19, from the same location, mentions an *adiutor coloni*.

[9] T. Frank, An Economic Survey of Ancient Rome 5: Rome and Italy of the Empire, Baltimore 1940, 179 note 59 compares Pliny, ep. 7.30.3, which refers to *conductores*, and argues that Pliny envisioned leasing the whole estate in 3.19 to large-scale tenants, akin to the *conductores* on North African imperial estates. But the term *conductores* in 7.30.3 simply refers to tenants, and does not presuppose any scale of operation.

Scuola Gallo Repubblica - Archivio Storico

capital.[10] The tenants in 3.19 also pledged this moveable capital as security for the rent and the fixed capital, as was characteristic of the Italian farm lease.[11] In this system of leasing the landlord by contrast was legally obliged to provide, if the tenants could not already do so, all the fixed capital required to make the tenancy productive, including buildings, storage facilities, and wine or olive presses (cf. Ulp. Dig. 19.2.19.2).[12] Evidence from this and other letters moreover indicates that Pliny's tenants otherwise occupied their land under lease terms similar to those formulated in the Digest, leasing their farms for fixed five-year terms (9.37.2, 10.8.5),[13] and paying a cash rent (9.37.3, 10.8.5).[14]

[10] For the use of slaves by *coloni*, see Frier, ZRG 96, 1979, 217–18. The *urbanus colonus* mentioned by Columella (1.7.3; see below at note 53) farmed through the labor of his *familia*. Several legal sources also refer to slaves belonging to *coloni*: Alfenus Dig. 19.2.30.4, Proculus apud Ulp. Dig. 9.2.27.11 (= Coll. 12.7.9), Neratius apud Ulp. Dig. 9.2.27.9 (= Coll. 12.7.11), Jul. Dig. 43.33.1 *pr.*, and Labeo apud Ulp. Dig. 7.8.12.6. There is some epigraphical evidence for slaves belonging to *coloni*. ILS 7455 (CIL IX 3674, Weber, in Kolonen no. 5, Pescina, Marsia) and ILS 7455a (CIL IX 3675, Weber no. 6) indicate a *familia* belonging to a freedman, characterized as *colono fundi Tironiani*, while CIL IX 5659 (Weber no. 12, Trea, Picenum) records a dedication by *familia* of freedpersons belonging to a *colonus*. Cf. also Weber no. 17 from Aquileia, a dedication to freedmen and freedwomen by an [-O]*felleno P.f./colono*, where *colonus* however may be a cognomen. For further discussion of these inscriptions, see Weber 277–79.

[11] On the pledging of the tenant's property, cf. Cato, de agr. 146.2, 149.2, 150.2. Frier, ZRG 96, 1979, 220–21 discusses the legal principles concerning pledges in farm leases, with sources, especially Labeo Dig. 20.6.14, Gaius Dig. 20.4.11.2. The tenant characteristically contracted to pledge whatever property he brought into his tenancy (*invecta*) as security for the rent; a mid second-century legal source, Africanus Dig. 47.2.62.8 implies that crops were customarily pledged as security. Jul. Dig. 43.33.1 pr. refers to the pledging of an *ancilla*. See also W. Schuler, Zum «Pignus Tacitum», Labeo 15, 1969, 268–84, and Kehoe, in Kolonen, 202–07.

[12] On the legal norms for the contribution of capital in the Italian farm lease, see Frier, ZRG 96, 1979, 204–28, and Kehoe, in Kolonen, 199–202. Clearly a wide range of contractual arrangements might exist between landlord and tenant; see Steinwenter, Fundus cum instrumento, 29–32, and Frier 217 and note 67. Several legal texts refer to the practice whereby the tenant received his *instrumentum* from the landlord on the basis of an *aestimatio venditionis causa*: Pompon. Dig. 19.2.3, Paul. Dig. 19.2.54.2 (5 Resp.); cf. Papin. Dig. 46.1.52.2 (11 Resp.); on this form of leasing see Steinwenter 31, Frier 217 and note 66, and Kehoe 201–02. Paul. Dig. 33.7.24 (3 ad Nerat.) envisions the possibility that the tenant provided all the *instrumentum*.

[13] Sherwin-White, Commentary, 519–20, argues that Pliny leased out his Tuscan estates on four-year cycles. Pliny instituted sharecropping on his Tuscan estates in 107 (9.37; for the date see Sherwin-White 518), and had referred to arranging new leases for these same estates in 10.8.5, which Sherwin-White 571–73 dates to the summer of 99. But Pliny in 107 may have anticipated the expiration of his tenants leases in order to institute sharecropping; it is also possible that not all the leases on a given estate expired the same year. Cf. also V. A. Sirago, L'Italia agraria sotto Traiano, Louvain 1958, 107–10.

[14] Landlords might also collect the rent on a share basis; in addition to Pliny, ep. 9.37, see Gaius Dig. 19.2.25.6, Paul. Dig. 47.2.26.1; cf. Cato, de agr. 137, with Brockmeyer, Arbeitsorganisation, 83–86, and de Neeve, Colonus, 201–11; for further discussion of sharecropping in Roman sources see E. Balogh, Zur Auslegung einer Taciusstelle: De Origine et Situ Germanorum Liber, 24, in Studi in onore di U. E. Paoli, Florence 1956, 45 note 6, Frier, ZRG 96, 1979, 225 note 108, and Kaiser, RPR² 1.566 and note 31. The *pollator* who received his compensation on a share basis in Cato 136 seems to have been a temporary laborer hired to bring in the harvest rather than a share tenant: Brockmeyer 81–83, de Neeve 202–03; cf. H. Gummerus, Der römische Gutsbetrieb, Klio Beih. 5, Leipzig 1906, 31–33. Rents in Italy might also be assessed as fixed payments in kind (CJ 4.65.8, AD 231), or as fixed amounts of crops valued at a previously arranged price (Ulp. Dig. 19.2.19.3).

Pliny's caution in purchasing the otherwise attractive estate at Tifernum Tiberinum reveals an attitude similar to the one that P. Veyne has traced as underlying upper-class Roman investment in land. Veyne argues that upper-class Romans viewed investment in land as the strongest protection against any risk that might threaten their ability to maintain a standard of living befitting their class.[15] For such absentee landowners the dependability of a yearly income with a minimum of risk was an overriding concern. Thus Pliny applauds the regular income that the forest land on the estate at Tifernum Tiberinum might provide: ... *silvis, quae materiam et ex ea reditum sicut modicum ita statum praestant* (3.19.5).[16] Pliny moreover judged his own financial well-being as much by the steadiness of his income as by its size, as he describes in a letter to a woman whose father's debts he had excused (2.4.3): *sunt quidem omnino nobis modicae facultates, dignitas sumptuosa, reditu propter condicionem agellorum nescio minor an incertior* ... Finally, while describing the suitability of his villa at Laurentum for literary production, Pliny uses the metaphor of steady income from an estate as if it were a cliché (4.6.3): *si certa et fructuosa praedia concupiscis* ...

As an absentee landowner, Pliny's interest in a risk-free income from his estates made him little different from several of his correspondents, who, having neither the energy nor the expertise to manage their own financial affairs, sought Pliny's advice in matters concerning the management of their estates. A good example of this type of landowner is the literary figure Suetonius Tranquillus, on

[15] P. Veyne, Mythe et réalité de l'autarcie à Rome, REA 81, 1979, 261–80. Cf. M. Weber, Die römische Agrargeschichte, Stuttgart 1891, 231, and M. Rostovtzeff, rev. P. M. Fraser, SEHRE², Oxford 1957, 203. On the Roman concept of profit in estate-agriculture, see J. Love, The Character of the Roman Agricultural Estate in the Light of Max Weber's Economic Sociology, Chiron 16, 1986, 99–146. S. Treggiari, Sentiment and Property: Some Roman Attitudes, in A. Parel/T. Flanagan (edd.), Theories of Property, Aristotle to the Present, Waterloo, Ont. 1979, 53–83 discusses non-economic factors affecting land ownership; cf. Cic., de off. 1.151. M. I. Finley, The Ancient Economy, Berkeley – Los Angeles 1973, 95–122, denies that ancient landowners pursued a consistent strategy in investing in land; cf. M. W. Frederiksen, Theory, Evidence and the Ancient Economy, JRS 65, 1975, 168–69.

[16] For a comparable sentiment, see Cic., de leg. agr. 2.48, with A. Aymard, Les capitalistes romains et la viticulture italienne, Annales ESC 2, 1947, 257–65; Veyne, REA 81, 1979, 261–80, with additional references to the exploitation of forests (263), and A. Tchernia, Le vin de l'Italie romaine, Rome 1986, 121 f.; for Pliny, ep. 3.19.5, cf. P. Veyne, Autour d'un commentaire de Pline le Jeune, Latomus 26, 1967, 729–30.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

whose behalf Pliny wrote a letter urging one Baebius Hispanus to see that a friend selling an estate to Suetonius asks a fair price (1.24). This property included a villa providing a retreat for Suetonius to pursue his intellectual interests, but also included a productive part that would support Suetonius financially (1.24.3): *in hoc autem agello, si modo adriserit pretium, Tranquilli mei stomachum multa sollicitant, vicinitas urbis, opportunitas viae, mediocritas villae, modus ruris, qui avocet magis quam distringat.* Suetonius' involvement in the agricultural side of his estate would only consist of walking around the grounds and inspecting his «little vines and trees» (1.24.4): *... ut ... reptare per limitem unamque semitam terere omnesque viticulas suas nosse et numerare arbusculas possint*, but the presence of a productive side of the estate suggests that Suetonius required it as much for income as for a retreat.[17] Pliny also undertook to find managers for estates owned by several of his family connections. Thus he writes a letter of congratulations to a certain Verus for undertaking to manage a small estate that Pliny had given to his former nurse as a means of support (6.3). Likewise, Pliny reports to his aged grandfather-in-law Fabatus about his difficulty in finding a suitable manager for property owned by the latter in Campania (6.30); on another occasion Pliny inspected an estate owned by Fabatus at Ameria (8.20.3).[18]

Such individuals as a young man of letters, a nurse and a retired equestrian can hardly be expected to have played an active role in the management of their property, but other landowners more in a position to manage their affairs at least adopted a pose of disdaining interest for their estates. Thus Pliny on several occasions laments that the need to inspect his own estates and to pay attention to the petty troubles of his tenants distracted him from the loftier pursuits in which he engaged on his estates, namely the study of oratory and literature.[19] Likewise Pliny sympathizes with several of his correspondents who also had to waste in

[17] For aristocrats aiding their connections in the purchase of land, see R. Saller, Personal Patronage under the Early Empire, Cambridge 1982, 125. Suetonius' interests in his estate may be compared to those of the Bithynian philosopher Flavius Archippus (*PIR*² F 216), for whom the emperor Domitian ordered an estate worth HS 100,000 to be purchased as a source of income (ep. 10.58.5). For gifts of farms to support poets, cf. Horace, epist. 1.14, Martial, epigr. 12.31, with Saller 28 note 94; cf. P. White, Amicitia and the Profession of Poetry in Early Imperial Rome, JRS 68, 1978, 86–91.

[18] Pliny sought managers for these estates rather than tenants; otherwise Pliny could hardly have expressed the wish that Verus' efforts would raise the value of the nurse's estate to its previous HS 100,000 and thereby also increase the rents that the estate provided (6.3.1). For a different view, see Sirago, L'Italia agraria sotto Traiano, 105, Sherwin-White, Commentary, 358, 390, and Jones, in Kolonen, 136–37.

[19] For the theme of business affairs on estates as distractions, cf. epp. 2.15.2, 4.6.2, 5.14.8, 7.30.3, 9.15.1, 9.20.2, 9.36.6. On Pliny's attitude toward agriculture, see further Sirago, L'Italia agraria sotto Traiano, 103–05, and R. Martin, Pline le Jeune et les problèmes économiques de son temps, REA 69, 1967, 88–93. In 8.15 Pliny views a poor vintage as providing himself and Terentius Iunior more time for reading and writing; cf. 9.16.

settling their financial affairs time that might have been better devoted to intellectual pursuits.[20] This expression of distaste for the affairs of his estates was somewhat of a pose for Pliny, who as we have seen took an active interest in the management of estates belonging both to himself and to others, but behind his pose stands a more general attitude of his class. Suetonius' immediate concern may have been for a small property with an income sufficient to support his literary pursuits, but his interests in his estates were not qualitatively different from those of Pliny. Both large and more modest landowners depended on their estates for an income, and both faced difficult problems in managing them in such a way as to provide steady long-term revenues with as little as possible risk and involvement on their own part.[21]

Theoretically, of course, landowners like Pliny gained a low-risk income and lowered costs of management by leasing their estates out as self-contained farms to independent farmers who paid a fixed rent in cash. Since Pliny was chiefly interested in obtaining a cash rent, he had little direct interest in how his tenants cultivated their land, as long as they returned the capital in good working order at the end of the lease.[22] In Roman law, maintenance of capital meant that the tenant had to carry out normal agricultural duties, *opera rustica*, whose timely execution was required for the maintenance of the farm's productivity (Gaius Dig. 19.2.25.3). But a landlord leasing on a cash-rent basis had no interest that his tenant apply any particular level of inputs in order to achieve a desired yield, leaving instead such decisions to the discretion of the tenant. Under such a system of tenancy, the primary function of the bailiffs was to enforce contractual obligations; such managers became involved in the actual cultivation of

[20] Pliny consoles Caninius Rufus as *curis ex multis* for having to sacrifice to business matters time that he might have spent enjoying his villa (1.3.2); cf. 9.28.4, where Pliny anticipates that Vocconius Romanus will be *fugitivum rei familiaris*. Other letters referring to non-economic activities on estates include 1.6, 1.9, 1.22.11, 2.2.2, 2.17, 4.23.4, 5.6, 6.10, 6.14.1, 6.16.3, 7.25, 8.1, 9.7, 9.10.

[21] For Columella increasing the *patrimonium* was an overriding concern of Roman landowners (1 pref. 7; cf. 1 pref. 10, 1.3.19, 3.3.7), which suggests that Columella was primarily interested in the long-term productivity of his estates. Cf. also Plut., Cat. Mai. 21.5–8, where Cato all the time sought to minimize his risk in the various business ventures in which he engaged in order to achieve this end.

[22] In Roman law, the tenant was liable to damage through his own fault to *instrumentum* furnished by the landlord: Neratius apud Ulp. Dig. 19.2.19.2; the tenant was apparently not responsible for damage to the capital on his tenancy caused by *vis* or resulting from *vetustas*: Alf. Dig. 19.2.30.4; cf. also Gaius Dig. 19.2.25.3–4, and Cato, de agr. 144.2. The tenant was required to maintain and protect woodland in his tenancy (Alf. Dig. 19.2.29, Gaius Dig. 19.2.25.5, 47.7.9, Paul. Dig. 12.2.28.6), while a *fructuarius* was required to maintain capital (Ulp. Dig. 7.1.13). On the tenant's duties, see Kaser, *RPR*² 1.566 n. 34; Peter, ZRG, 96, 1979, 209–10; Kehoe, in Kolonen, 207–26, and I. Molnár, Verantwortung und Gefahrtragung bei *der locatio conductio* zur Zeit des Prinzipats, ANRW II 14, 1982, 620–40, especially 624–29.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

the tenant's farm only in so far as they enforced the timely completion of the *opera rustica* required to maintain the farm in good condition.[23] The short duration of the Roman farm lease moreover suggests that the landlord had greater bargaining power than his tenants. Such leases thus afforded the landlord desirable flexibility, allowing him to enforce contractual obligations by dismissing an unsatisfactory tenant.[24] In practice, however, Pliny's relationships with the tenants on whose production he relied for his income were not so simple.

The first complexity in this arrangement concerned one of the chief methods that landowners like Pliny used to reduce their risk. Desiring to keep at a minimum risk arising out of investment in farm capital, landlords regularly sought to impose on the tenant as much as possible the costs of making improvements that would keep the estate productive year after year. This concern shows up in 3.19 in Pliny's hesitancy about re-equipping the tenants with slaves. Pliny was apparently averse to bearing risk arising out of substantial investment on his own part in farm capital. Thus the risk imposed by accumulating extensive holdings in a single geographic area was less important for Pliny than that imposed by the expensive purchase of slaves required to restore the estate to productivity.[25] Pliny's concern about the investment in slaves is surprising; the drastically reduced price should have made the estate a good buy, especially since its location near the Tiber gave it access to markets that helped make the region a productive one during the early empire. Indeed, Pliny mentions in a description of the villa on his existing estate at Tifernum Tiberinum that this estate was located on the Tiber, which allowed him to transport agricultural products into the city of

[23] Requirements to perform crucial farm tasks in a timely manner are specifically provided for in Egyptian agricultural leases; see e.g. S. Omar, Das Archiv des Soterichos, Papyrologica Coloniensia 8, Opladen 1979, nos. 1–4, and pp. 36–42; for general discussion, see D. Hennig, Die Arbeitsverpflichtungen der Pächter in Landpachtverträgen aus dem Fajum, ZPE 9, 1972, 111–31. The *accessiones* mentioned by Columella (1.7.2), minor services such as the provision of wood, indicate that arrangements between Roman landlord and tenants might be diverse, but the essential contractual arrangement remains the same.

[24] Short-term contracts provide both landlord and tenant with greater flexibility; see J. M. Currie, The Economic Theory of Land Tenure, Cambridge 1981, 95–98. The threat of confiscating the tenant's capital pledged as security provided the landlord with an additional means of enforcement; see below at note 68.

[25] C. A. Yeo, The Economics of Roman and American Slavery, Finanzarchiv 13, 1952, 459, argues that Roman landlords deliberately kept their holdings geographically dispersed in order to reduce risk. But the distribution and fragmentation characteristic of Roman estates may have rather resulted from haphazard means of acquisition, such as inheritance and marriage; see Duncan-Jones, Economy, 323–24, and in Studies in Roman Property, 12. For the formation of estates at Veleia, see the discussion of de Pachtère (above, note 1); for Ligures Baebiani, see E. Champlin, Owners and Neighbours at Ligures Baebiani, Chiron 11, 1981, 245–51.

Rome (5.6.12).[26] But the estate for sale was not productive when Pliny wrote his letter, so that by purchasing it Pliny faced the possibility of having to wait for a return on his investment, or worse, the possibility that he might never realize an adequate return. Pliny mentions only the moveable capital normally provided by his tenants, but in all likelihood the poor state of these tenants also had a deleterious effect on the estate's fixed capital.

The Roman agricultural writers also provide evidence for a similarly conservative attitude investment in farm capital. For example, Pliny the Elder approves wholeheartedly Cato's «common-sense» principle that a landlord should try to make his estate productive with as little expense as possible (de agr. 1.5, NH 18.29–30).[27] More significantly, a prevailing upper-class distaste for investment in agriculture must stand behind the energy that Columella and Pliny the Elder devote to denying that agriculture in their day was in a state of decline and therefore not worth the attention of a landowner. Columella prefaces his handbook by refuting the widespread view that agriculture had declined because of the earth's failing fertility, and instead attributes the perceived decline in contemporary agriculture to the lack of interest displayed by Roman landowners (1 pref. 3f.).[28] Likewise Pliny the Elder laments the lack of interest among his contemporaries for agriculture, and presents a series of arguments to show how honored and productive agriculture was in the early days of Rome (NH 18.6f.; cf. Col. 1 pref. 13f.). Again, both these writers criticize the contemporary practice of accumulating extensive estates. Thus Columella describes estates so large that their owners could not even travel around them, but had to abandon them to be trampled by flocks and wild animals or to be worked with gangs of slaves and debt-laborers (1.3.12–13).[29] Similarly Pliny the Elder ascribes the contemporary decline of Italian agriculture to the growth of *latifundia* (NH 18.35).

Columella and Pliny the Elder were concerned with more than moralizing against what they perceived as a great social ill, the excessive concentration of

[26] On the use of the Tiber and its tributaries for transport, cf. Sherwin-White, Commentary, 323.

[27] Cato also recommends that the estate owner make as few purchases as possible of commodities needed for the estate (2.7), advice likewise approved by Pliny the Elder (NH 18.30). Cato's attitude does not mean, however, that he viewed estates as self-sufficient; see Gummerus, Der römische Gutsbetrieb, 21–23.

[28] Cf. Varro, R. R. 2 pref. 3. On the contrasting views of Varro and Columella concerning decline in Italian agriculture, see R. Martin, Recherches sur les agronomes latins et leurs conceptions économiques et sociales, Paris 1971, 257–86, 289–310.

[29] Gummerus, Der römische Gutsbetrieb, 62, 84 suggests that this passage may also refer to African estates, as does Frier, ZRG 96, 1979, 222 note 94; contra de Neeve, Colonus, 102 note 173, with discussion of other views. On debt-bondsmen, see ibid. 157–59, 179–87, and 221–24.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

land into relatively few hands.[30] No upper-class Roman landowner could oppose such concentration of ownership in principle, but Columella and Pliny did recognize the effects on agriculture of a tendency to increase wealth by extending holdings rather than by investing more heavily in existing ones.[31] Thus Columella concludes the passage quoted above by arguing that one should acquire only so much land as one's willingness and resources will allow him to cultivate (1.3.12). Pliny similarly condemns the growth of *latifundia* in connection with a discussion of an ancestral Roman principle that a landowner should limit the size of his holding in order to cultivate it more intensively: *modum agri in primis servandum antiqui putavere, quippe ita censebant, satius esse minus severe et melius arare* ... (NH 18.35). On the other hand, Pliny viewed excessively intensive cultivation as disadvantageous: *nihil minus expedire quam agrum optime colere* (NH 18.36). For Pliny the case of L. Taurius Rufus (cos. 17 BC) was instructive. This senator exhausted his own considerable resources by buying up and cultivating lands in Picenum (18.37),[32] thus Rufus illustrates the importance of moderation in agricultural investment: *bene colere necessarium est, optime damnosum* ... (18.38). The implications of this principle for Pliny are that in certain circumstances a landowner might not find it worth his while to harvest a crop or to cultivate his land diligently. Finally Pliny cites another proverb to support his view that the best kind of agriculture involved making land productive with the least expense: *quonam igitur modo utilissime colentur agri? ex oraculo scilicet: ‹malis bonis›* (18.39).[33]

The testimony of Columella and Pliny the Elder is valuable because it reveals what these two writers perceived to be a characteristic attitude of Roman landowners, that it was more advantageous to invest wealth laterally by accumulating property than by investing in improvements on existing holdings. In this context

[30] For comparable sentiments about *latifundia*, cf. Seneca, de ben. 7.10.5, ep. 89.20. On Columella's views concerning large estates, see Martin, Recherches, 343–73; on the attitudes of Pliny the Elder, see ibid. 375–85, with REA 69, 1967, 64–66, and more generally M. W. Frederiksen, Plinio il vecchio e l'agricoltura in età imperiale romana: gli aspetti tecnici ed economici, Tecnologia economia e società nel mondo romano, Como 1980, 81–97, and Jongh, in Kolonen, 103–17.

[31] On the general processes by which upper-class Roman landowners accumulated estates, see above, note 25; cf. below, note 43 on the restricted range of estates available for purchase by such landowners.

[32] On the upper-class attitudes toward the risks run by Rufus, see N. Purcell, Wine and Wealth in Ancient Italy, JRS 75, 1985, 2 f., who views the high risks involved as a major factor deterring senatorial investment in viticulture until the imperial period, and Tchernia, Le vin de l'Italie romaine, 219 f.; cf. Duncan-Jones, Economy, 324.

[33] A contrasting economic outlook underlies Trimalchio's secret for becoming rich: ‹*bene emo, bene vendo*› (Petr., Sat. 75.9). As Trimalchio's experiences with overseas commerce indicate, an individual operating under this principle had a very different attitude toward risk than an upper-class Roman landowner; Trimalchio went so far as to sell or use as security the estates that he had recently inherited in order to invest the proceeds in commerce (76.8). On this latter passage, cf. Veyne, REA 81, 1979, 276–77 and note 50.

it is possible to understand the high profitability attributed to raising livestock by Cato and other writers (cf. Varro, R. R. 1.7.10, Col. 3.3.1, 6 pref. 4–5, Cato apud Pliny, NH 18.29–30), because pasturing, involving investment primarily in land, typically becomes a more important source of revenue when depressed market prices or high costs of labor make investment in cereals and other more intensively cultivated crops unattractive.[34] The question of market conditions for agricultural products in Italy during the early empire is complex, but it is sufficient to point out that Roman landowners commonly did not view intensive agriculture as a lucrative target for investment.[35]

Columella was reacting against this negative attitude toward investment in intensive agriculture when he wrote his famous discussion of the costs of setting up a vineyard (3.3.1 f.). Taking as a notional size for his vineyard seven *iugera* (1.75 ha), the amount of land that a *vinitor*, or specialized vine-dresser, could work in a year, Columella concludes that viticulture can indeed provide the landowner with high profits, after balancing estimated revenues against the costs of purchasing the *vinitor* and the land, the cost of preparing the vines, and 6% interest for lost revenues in the first two years (3.3.8–9). Columella's figures may be criticized; for example he seems to overestimate the costs of maintaining the labor force needed to assist the *vinitor*, and he does not provide for the storage and processing of the wine.[36] But the credibility of Columella's calculations is not so important as his use of them in an argument to convince fellow landowners of the potential profits to be derived from viticulture. Thus Columella asserts that viticulture can be more profitable than raising livestock or forestry, despite the widely held belief to the contrary (3.3.1–3). Similarly Columella bases his calculations on what he describes as conservative estimates for the size of the vintage and the market price for the wine (3.3.10; cf. 3.3.14 on the price of the quick-

[34] For this principle, see B. H. Slicher van Bath, The Agrarian History of Western Europe A. D. 500–1850, trans. O. Ordish, London 1963, 127, 142, 213–16, I. Wallerstein, The Modern World System, New York 1974, 108 f., and W. Abel, Agricultural Fluctuations in Europe from the Thirteenth to the Twentieth Centuries, trans. O. Ordish, New York 1980, 70–71. For the attractions of livestock raising in Roman Italy, cf. D. W. Rathbone, The Slave Mode of Production in Italy, JRS 73, 1983, 165.

[35] On the high cost of land transport limiting commerce in bulk goods, see A. H. M. Jones, The Later Roman Empire 284–602, Oxford 1964, 2.841–42, Duncan-Jones, Economy, 368, and earlier C. A. Yeo, Land and Sea Transportation in Imperial Italy, TAPhA 77, 1946, 221–44; cf. more generally Greene, The Archaeology of the Roman Economy, 35–43. The volume of trade in cereals within the Roman empire was nevertheless high; see K. Hopkins, Models, Ships and Staples, in P. Garnsey/C. R. Whittaker (edd.), Trade and Famine in Classical Antiquity, Cambridge 1983, 84–109.

[36] On Columella's calculations, see especially Duncan-Jones, Economy, 33–39, 376–377; cf., for a more positive appraisal of Columella's methods of economic reckoning, A. Carandini, Columella's Vineyard and the Rationality of the Roman Economy, Opus 2, 1983, 177–204, as well as Love, Chiron 16, 1986, 124–29. For Columella's purpose and audience in providing these calculations, cf. further Tchernia, Le vin de l'Italie romaine, 209–21.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

519

sets), and on apparently high estimates for the price of the land, the *vinitor* and the preparation of the vineyard.[37] Behind Columella's discussion we can assume the existence of a widely held perception that it was no longer profitable for a landowner from Columella's reading public to invest capital in viticulture. This perception contrasts with the impression offered by Cato, who considered viticulture to be the most profitable form of agriculture (Cato, de agr. 1.7; cf. Varro R. R. 1.7.9).[38]

This impression that Roman landowners in the early empire were increasingly wary about investing heavily in capital-intensive and labor-intensive agriculture draws some further support from several anecdotes reported by Pliny the Elder. These anecdotes concern examples of spectacular success achieved in cultivating vines, and are of particular significance for testing attitudes toward investment, since viticulture was among the most capital-intensive forms of agriculture in early imperial Italy. The treatment of these anecdotes by Pliny the Elder suggests that it was rare for upper-class landowners to seek to increase their wealth by investing heavily in a given estate in order to obtain higher yields. Thus Pliny mentions that in his own day the art of viticulture was rarely practiced at its best, but cites his few examples in order to promote interest in this branch of agriculture (NH 14.47).

Pliny's first example concerns Acilius Sthenelus, a son of a freedman, who sold for HS 400,000 an estate in the *ager Nomentanus* near Rome. This estate consisted of sixty *iugera* (15 ha), and was cultivated exclusively with vines (14.48). Sthenelus must have invested heavily in equipping his property, for his sale price of almost HS 7,000 for each *iugerum* far exceeds Columella's assumed cost of approximately HS 4,000 for equipping a *iugerum* of vineyard.[39] Another individual of freedman origin, Vetulenus Aegialus, provides Pliny's second example; Aegialus gained notoriety from his successful cultivation of vines in Campania (14.49). But Pliny's foremost example is the grammarian Q. Remmius Palaemon, who flourished during the reigns of Claudius and Nero. Palaemon spent HS 600,000

[37] See Duncan-Jones, Economy, 48–54, 376–78.

[38] Cf. Varro, R. R. 1.8.1: *contra vineam sunt qui putent nunquis fructum deveniat*, with Aymard, Annales ESC 2, 1947, 261 f., who discusses Roman aristocratic attitudes about the unprofitability of viticulture. On Cato's audience, see Purcell, JRS 75, 1985, 3–6. The wine edict of Domitian has been seen as a response to a hypothetical crisis in Italian viticulture during the first century AD: Suet., Domit. 7.2, 14.2; Philostratus, Apoll. Tyan. 6.42, Vit. Soph. 1.520; Statius, Silv. 4.3.11–12; Eusebius, Chron. 92–93. But the wine edict seems rather at least in part to have been aimed at inhibiting drunkenness as part of a larger program of moral legislation; see Duncan-Jones, Economy, 35 note 4. B. Levick, Domitian and the Provinces, Latomus 41, 1982, 66–73, and F. Lo Cascio, Gli Alimenta, l'agricoltura italica e l'approvvigionamento di Roma, RAL 33, 1978, 342–47 argue that the purpose of the edict was to promote the cultivation of grain. On the immediate economic circumstances surrounding Domitian's policy, see Tchernia, Le vin de l'Italie romaine, 221–33. Cf. also below, note 75.

[39] Cf. Duncan-Jones, Economy, 46–47.

purchasing land in the *ager Nomentanus* ten miles from Rome and employed Acilius Sthenelus to retrench his vineyards (14.49–51). The efforts of Sthenelus resulted in legendary yields; Columella reports that each *iugerum* of Palaemon's vines (when later owned by Seneca) produced eight *culei*, much more than the single *culleus* for each *iugerum* that he assumes for his own calculations (3.3.3; cf. 3.3.10, Pliny, NH 14.52). This investment was so successful that within eight years Palaemon sold his unharvested vintage for HS 400,000 (NH 14.50), a spectacular figure, even with expenses deducted, still far in excess of the six percent return generally assumed as characteristic for agriculture in the early empire.[40] We might contrast Palaemon's success with the HS 30,000 which Varro reports a farm near Reate of two hundred *iugera* provided his interlocutor, the senator Q. Axius (R. R. 3.2.15). The culmination of Palaemon's success was to sell his vineyards to Seneca not ten years after purchasing them for four times his original investment (14.51).[41]

These anecdotes are instructive because they shed light on Roman upper-class attitudes toward investment in agriculture. Palaemon apparently risked a good deal of capital in his investments, since he bought up rundown property that had been neglected, without moreover particularly fertile soil (Pliny, NH 14.50). Palaemon's greater willingness to accept so much risk may have been linked to his social origin; like the two other success stories mentioned by the Elder Pliny, Palaemon was a freedman.[42] But more significant is the reaction that Palaemon's success provoked. No one imitated Palaemon by investing in vineyards of their own; Pliny reports that Palaemon's neighbors merely made excuses about their own inability to practice viticulture. Instead, Seneca purchased Palaemon's vineyards at a high price, both because he admired them and presumably also because he could be sure that they would provide him with an income (14.51). Seneca was able to make such a purchase because of his immense wealth, but his pur-

[40] The yield from Palaemon's vineyard works out to 169 hl/ha, while Columella's assumed yield of 21 hl/ha is comparable with average yields recorded from the eighteenth and twentieth centuries in France, Spain and Italy by Tchernia, Le vin de l'Italie romaine, 359–60. Columella (3.3.9) assumes 6% as a return on capital in his calculations of the costs of setting up a vineyard; see Duncan-Jones, Economy, 33 and note 3. On Remmius Palaemon, see further Suet., Gramm. 23, J. Andre, in the Budé edition of Pliny NH 14, Paris 1958, 94–95, and J. Christes, Sklaven und Freigelassene als Grammatiker im antiken Rom, Wiesbaden 1979, 98–102. Suetonius reports that Palaemon achieved a yearly income of HS 400,000 from his schools in Rome.

[41] This sale apparently took place in AD 62; see Christes, Sklaven und Freigelassene als Grammatiker, 101 and note 85. On Seneca's interest in agriculture, see M. Griffin, Seneca, A Philosopher in Politics, Oxford 1976, 289–91.

[42] For the social attitude of Pliny the Elder toward these freedmen, see Purcell, JRS 75, 1985, 4–5, 11, who compares Petronius, Sat. 43.4; cf. Heitland, Agricola, 283–84. S. Treggiari, Roman Freedmen in the Late Republic, Oxford, 1969, 109 discusses other freedmen who profited from heavy investment in agriculture.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

chase does not seem to have been qualitatively different from the one that Pliny the Younger contemplated making at Tifernum Tiberinum. Pliny's proposed investment of HS 3,000,000 was in fact higher than what Seneca paid for the vineyards of Palaemon, and Pliny reports that only the poor condition of the tenants made him hesitate to complete his purchase (ep. 3.19.6–7). Pliny's apparent preference for a fully equipped and productive estate, if we can judge from two cases, was characteristic of his class.[43]

Pliny's conservative attitude toward investment in agriculture had important consequences for the allocation of investment in farm capital on his estates. Under normal circumstances, a Roman landowner like Pliny sought to make the minimum investment in farm capital possible. Instead, such a landowner would promote his economic security by using any extra funds available to him to purchase additional land.[44] The major apparent exceptions to this pattern of behavior come from the imperial alimentary tables at Ligures Baebiani and Veleia (CIL IX 1455, ILS 6509; CIL XI 1147, ILS 6675). Landowners subscribing to these programs borrowed a portion of the value of their pledged property (approximately eight percent of the stated value), under the stipulation that they pay five

[43] As Steinwenter, Fundus cum instrumento, 29 and note 3 argues, Cato, de agr. 1.5 presupposes that an estate was normally purchased with its *instrumentum*; in Roman economic thinking, the rent achievable from an estate was a function of the state of its *instrumentum* (Steinwenter 35). Such a preference for purchasing a fully productive estate motivates Cato's recommendation to buy from a good farmer, advice approved by Pliny the Elder (NH 18.28), and likewise explains the flurry of land sales that Pliny the Younger expected to result from Trajan's requirement for all candidates for senatorial office to have one third of their property invested in Italy (ep. 6.19.4–6). Apparently the exchanges of land would be largely confined to a narrow circle of senatorial landowners; thus Pliny advised a senatorial correspondent to take advantage of a peculiar real estate market by selling estates in Italy and purchasing estates in the provinces (6.19.6). Cf. Finley, The Ancient Economy, 117–21. Comparable is the case of Corellia, who, though long in the market for an estate near Comum, only made a purchase when her friend Pliny made one available (7.11, 14). The evidence adduced by E. Rawson, The Ciceronian Aristocracy and its Properties, in Studies in Roman Property, 85–89, suggests that the frequent exchanges of land by the Ciceronian aristocracy likewise took place among a narrow range of owners. Landowners like Pliny also apparently raised capital for purchasing land from a confined circle of private connections; thus Pliny planned to use the resources of his mother-in-law Pompeia Celerina to acquire the estate at Tifernum Tiberinum (3.19.8). Pliny himself was a creditor (3.19.8; cf. 2.4, 3.11.2), and deriving income from loans was common for Roman aristocrats; see Martin, Recherches, 326 f.; cf. Veyne, REA 81, 1979, 279–80, and Duncan-Jones, Economy, 21.

[44] See P. Veyne, La table des Ligures Baebiani et l'institution alimentaire de Trajan, MEFR 70, 1958, 235–36. The investment choices made by Trimalchio after his retirement from maritime commerce help to illustrate this attitude (Petronius, Sat. 76.9). Trimalchio's foremost concern is to extend his estates (Sat. 48.3, 77.3); moreover, he invests available cash by acquiring additional land, such as the *horti Pompeiani* (53.4–6). On Trimalchio's emulation of the economic goals of the Roman aristocracy, see P. Veyne, Vie de Trimalcion, Annales ESC 16, 1961, 213–47. On the investment of spare cash, see id., REA 81, 1979, 272 note 33.

percent yearly interest in order to support the purchase of food for children in their communities. But in these cases the primary purpose of the loans was demographic, so that the alimentary programs provide no evidence for the investment strategies of Roman landowners. Here they borrowed new capital only under special circumstances, in this case a program promoting a social goal and one sponsored by the emperor. After all, some of the more prominent landowners at Ligures Baebiani apparently were spared the obligation of subscribing to these programs, probably because they made their own private contributions to support their communities.[45]

Although conditions in an overseas province need not have been similar to those in Italy, the difficulty that Pliny encountered as governor of Bithynia in investing surplus public funds may provide a parallel for this hypothetical aversion of Roman landowners to invest in farm capital (10.54.1). The lack of any opportunity to invest in farm real estate not only prevented the municipalities from using their surplus funds for the purchase of land, but also inhibited private individuals from accepting loans of these funds at the existing market interest rate of nine percent. In fact the market for loans was so poor that Pliny had no confidence that leftover funds could be lent out even against interest below the market rate, and Pliny therefore considered compelling town-councillors to accept loans, a practice which the emperor Trajan forbade (10.54.2, 10.55).[46]

II

The reluctance on the part of landowners like Pliny to invest in farm capital made their relationships with their tenants complex. Despite the impression offered by the Roman agricultural writers, upper-class landowners did depend for income on estates devoted to intensive agriculture. As I have suggested, such landowners regularly tried to impose the costs of investment in such agriculture on their tenants. Pliny's dependence on investment by tenants first becomes apparent from the substantial resources that his tenants brought to his estates. Pliny's discussion of the need to replace the confiscated pledges of the depressed

[45] On the loans at Veleia, see de Pachtère, La table hypothécaire de Veleia, 98–115. On the purposes of the imperial *alimenta*, see convincingly Duncan-Jones, Economy, 288–319, especially 382–83, and earlier Veyne, MEFR 69, 1957, 81–135, 70, 1958, 177–241, especially 231 f.; contra Lo Cascio, RAL 33, 1978, 311–51, who argues that the loans were designed to promote the production of food for Rome. On the non-participation of members of prominent families in the alimentary program at Ligures Baebiani, see Champlin, Chiron 11, 1981, 263.

[46] On the interest rate, 9% rather than 12% (*duodenis assibus*, 3/4% each month, 10.54.1): Duncan-Jones, Economy, 307 note 2; cf. Sherwin-White, Commentary, 635–36. Cf. ep. 7.18, where Pliny established a permanent *vectigal* on one of his estates in order to fund his alimentary program at Comum, with Duncan-Jones 300 note 3. For Pliny investment in land apparently constituted the only safe means of producing long-term revenue.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

tenants at Tifernum Tiberinum (3.19.6–7) indicates that the capital brought by these tenants to the estate included slaves. The analogy of slaves as moveable capital also implies, as suggested above (at note 10), that these tenants provided and maintained their own draft animals, although no text can be found to support this point specifically.[47] The ability to provide slaves and draft animals gives us some indication of the relative level of resources that Pliny's tenants had at their disposal, for the ownership of such capital is of fundamental importance in determining the status of a farmer in a pre-industrial agricultural community. Characteristically, only farmers with draft animals of their own are capable of becoming self-sufficient and economically independent; other farmers lacking such vital resources often have to depend on the capital of wealthier farmers in order to plow their own lands, and consequently they tend to be reduced to the status of dependent laborers.[48]

The ability of Pliny's tenants to furnish such important capital thus provides the key to understanding their economic function on Pliny's estates. Pliny sought tenants with substantial resources because only such tenants were capable of investing in improvements in the fixed farm capital vital for keeping the estate productive. The question of improvements made by the tenant was apparently one basic to the Roman estate economy, since it drew the frequent attention of the legal sources. The major point of dispute concerned the problem of compensation by the landlord for improvements in which the tenant had invested, and the jurists directed their attention toward resolving this problem. The earliest preserved response dealing with this question is that of the second-century jurist Scaevola, who ruled that tenants were entitled to compensation for improvements (this particular response concerns vineyards) increasing the value of the estate but not explicitly provided for in the lease contract (Dig. 19.2.61 pr.). Later Paul (Dig. 19.2.55.1 = Sent. 2.18.4) made a more general response entitling tenants to compensation for improvements not provided for in the lease, while according to Julian (Dig. 7.1.34.1) a tenant receiving through a legacy a usufruct over his farm

[47] See Frier, ZRG 96, 1979, 217. Ulp. Dig. 19.2.15.1 mentions the failure of the landlord to provide stables as a basis for *actio ex conducto*; this passage may refer to the leasing of meadowland, however, where the livestock necessarily belong to the tenant. Pliny, NH 33.134 f. refers to the bequests of C. Caecilius Isidorus of 8 BC, who owned 3,600 yoke of oxen as well as 4,116 slaves. The high ratio of oxen to slaves suggests that Isidorus cultivated some of his land through free labor or tenants and provided the draft animals himself. Cf. P. A. Brunt, Two Great Roman Landowners, Latomus 34, 1975, 624–29, Duncan-Jones, Economy, 325, Johne, in Kolonen, 115, and Frier 217 note 72, who views Pliny's numbers as suspect.

[48] See Slicher van Bath, The Agrarian History of Western Europe, 312 f., and M. Bloch, French Rural History, An Essay on Its Basic Characteristics, trans. J. Sondheimer, Berkeley – Los Angeles 1966, 193–96. In general on the importance of capital for peasant agriculture, see A. V. Chayanov, Peasant Farm Organization (1925), trans. R. E. F. Smith, in D. Thorner, B. Kerblay, R. E. F. Smith (edd.), The Theory of Peasant Economy, Homewood, Illinois 1966, 90–117.

could seek compensation from the heir for improvements. Moreover a response by Ulpian (Dig. 19.2.9.1) concerning compensation for improvements made by a tenant leasing a farm assigned to a *fructuarius* presupposes that tenants regularly made improvements on their farms without previously arranging with their landlords to do so.[49]

Columella's recommendations concerning the proper treatment of tenants, moreover, provide additional evidence to corroborate the hypothesis that Roman landowners characteristically relied upon their tenants to invest in improvements that would promote the long-term productivity of the estate. In a discussion of the difficulty for the landlord of balancing his need to treat tenants mildly against his interest to defend his own rights, Columella suggests that the landlord's most important concern should be to promote careful cultivation by the tenant, and that this concern took precedence over the desirability of exacting timely payments of rent from the tenant (1.7.1): *comiter agat cum colonis facilemque se praebeat, et avarius opus exigat quam pensiones, quoniam et minus id offendit et tamen in universum magis prodest. nam ubi sedulo colitur ager, plerumque compendium, numquam, nisi si caeli maior vis aut praedonis incessit, detrimentum adfert, eoque remissionem petere non audet.* By concerning himself more with the work of the tenants than with the rent,[50] the landowner accomplished the vital goal of promoting greater investment by the tenant in the estate. Thus Columella also recommendes that the landlord seek to retain tenants with a continuing commitment to their estate. Accordingly, Columella approves the opinion of the consular (L.) Volusius Saturninus,[51] who held that it was best to keep tenants on the estate generation after generation (1.7.3): *sed et ipse nostra memoria veterem consularem virumque opulentissimum (L.) Volusium adseverantem audivi felicissimum fundum esse, qui colonos indigenas haberet et tamquam in paterna possessione natos inde a cunabulis longa familiaritate retineret. ita certe mea fert opinio rem malam esse frequentem locationem fundi, peiorem tamen urbanum colonum, qui per familiam maluit agrum quam per se colere.* Columella envisions roughly the same system of tenancy as on Pliny's estates; the *coloni* were required to pay cash rents as well as

[49] See Frier, ZRG 96, 1979, 210 note 34, and Kehoe, in Kolonen, 222 f. A tenant might contract with his landlord to make improvements (Paul. Dig. 19.2.24.3). The liability of tenants making improvements for damage to neighbors' farms was also an issue: Ulp. Dig. 39.3.4.2–3, Paul. Dig. 39.3.5; see Heitland, Agricola, 366–67, and Finley, in Studies in Roman Property, 109. On the economics of compensation for unexhausted improvements, see Currie, The Economic Theory of Land Tenure, 69–80.

[50] For this interpretation of the phrase *opus exigat*, see Gummerus, Der römische Gutsbetrieb, 85, and Finley, in Studies in Roman Property, 119–21. M. Weber, Die römische Agrargeschichte, 243–50, sees it as referring to work on a central farm; cf. Heitland, Agricola, 252–57. Cf. 3.3.6, where Columella criticizes seeking the highest immediate profits without providing for the future productivity of the vineyard.

[51] On the identity of Columella's Volusius, see R. Hanslik, RE Suppl. Bd. 9, 1962, s. v. 'Volusius' no. 17.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

to perform certain minor duties such as the provision of wood (1.7.2). Similarly Columella's tenants, like those of Pliny, supplied their own slaves and presumably their own draft animals; the alternative posed by Columella distinguishes an *urbanus colonus*, a non-resident tenant, who cultivated his tenancy using his own slaves, and a tenant resident on the estate. Nothing in this passage suggests that the *urbanus colonus* was of a higher economic status than other *coloni*; rather, Columella merely recommends that the landlord promote better cultivation by finding tenants who had a more active interest in their estate. In addition, Columella's tenants occupied their farms under short-term leases, as his recommendation against frequent leasing of tenancies indicates. Columella's desire to retain his tenants as if they were farming inherited land does not indicate that he sought to bind them to his estate with perpetual leases, but only that he envisioned the possibility of regularly renewing conventional short-term leases.[32]

Columella's recommendation to keep the same tenants year after year emphasizes how the interests of the landowner depended on the effort that his tenants applied to their individual farms. Strictly speaking under a short-term lease for a fixed rent, the effort that the tenant applies to the farm is of little interest to the landlord as long as the tenant does not damage the capital, since the tenant is contractually obligated to pay the same rent no matter how he has cultivated his land. But Columella's advice that the landlord concern himself more with the tenant's performance of labor than with his timely payment of rent indicates that a landlord could not depend on his rent alone (1.7.1). Because Columella envisioned tenants as contributing to the landlord's welfare by continually investing labor and capital to improve their own farms, the landlord faced the difficulty not only of finding tenants with adequate resources, but also of giving them a long-term interest in their farms. The problem with the *urbanus colonus* did not only stem from the inferior farm management that he would afford by not being present on the estate. Worse, the *urbanus colonus*, who theoretically could cultivate a variety of tenancies owned by several different landlords, did not depend on any single farm for his livelihood, and so had no continuing interest in maintaining the productivity of any single tenancy. The interests of such a tenant would more closely correspond to those theoretically defined for a tenant leasing for a limited period of time for a cash rent; he would lease the capital from his landlord and pay his rent, but would tend to leave it up to the landlord to pay for capital improvements. Frequently finding new tenants, moreover, was very inconvenient for the landlord. The landlord would have to face not only the problem of claiming his full rent, but also of settling accounts for improvements made on

[32] Contra Brockmeyer, Arbeitsorganisation, 172–73; cf. Kohn, in Kolonen, 235–36. It is doubtful whether a private owner could effectively guarantee such leases; cf. Kaser, RPR² 1.455–56, and earlier, T. Mayer-Maly, Locatio Conductio, Wien 1956, 25–26, 70–71. On the tacit renewal of the short-term lease, see below at note 59.

the tenancy. To paraphrase Columella's authority Saserna, frequent leasing of the estate would thus result in frequent lawsuits. Accordingly Columella approves the advice of Saserna to make an effort to retain tenants: ... *propter quod operam dandam esse ut et rusticos et eosdem assidues colonos retineamus* ... (1.7.4).[33]

The evidence that I have adduced suggests how the interests of Pliny and similar upper-class Roman landowners went beyond what we might expect simply by examining the terms of farm leases. Thus a major problem facing Roman landowners involved overcoming the disincentives for investment on the part of the tenant inherent in the short-term lease. This problem can be most readily appreciated in the case of capital-intensive crops such as vines, which at least one legal source envisions a hypothetical tenant as planting without the prior knowledge of his landlord (Scaev. Dig. 19.2.61 pr.). Such crops as vines or olives not only involved great expense in planting, but also required a long time before they could produce a crop large enough to provide any return on the original investment.[34] Thus Roman landowners dependent on tenants for their income had to find some way to induce their tenants to make investments that often would pay off only after the expiration of the original lease.

Roman landlords might accomplish this purpose by taking advantage of the economic goals of their tenants. I have described the tenants of Pliny as farmers with important capital of their own, but we should also keep in mind that such tenants were in all likelihood also small-scale farmers, producing essentially to meet their own subsistence needs with a surplus left over to pay their rent and

[33] On the recommendations of the Sasernae, see J. Kolendo, Le traité d'agronomie des Saserna, Wroclaw 1973, 40–41. This impression that tenants might remain on the same estates for extended periods is confirmed by two inscriptions referring to *coloni* remaining for fifty and twenty-two years respectively on what appear to have been private estates in Italy: ILS 7455, with 7455 a (Weber, in Kolonen, nos. 3–6, discussed above, note 10), and ILS 7454 (CIL VI 9275, cf. p. 3469, Weber no. 11, Rome). CIL X 1918 (Weber no. 2, Puteoli) also apparently records a twenty-three year stay in a single tenancy, but the inscription may have sacral context, since an inscription of the same location, ILS 6329 (CIL X 1877, Weber no. 3), uses the phrase *coluit annis / XXXXV* referring to an *Augustalis*. A Ti. Statorius Geminus, described in his epitaph as a *col(ono) f(undi) Paetiani* (ILS 8555, CIL IX 888, Weber no. 1, Luceria), spent an extended period in a single tenancy, but possibly on an imperial estate, since his wife was an imperial slave. Cf. also *Iuo colonus / fundo Mariano* (ILS 7453, CIL VI 9276, Weber no. 9, Rome), who may have been a *servus quasi colonus*. On these inscriptions, see Weber 261, 267, 272. Extended tenancies such as these should not be viewed as perpetual; rather the individual tenants probably renewed their leases year after year.

[34] Olives require approximately ten years to produce a crop; see J. M. Houston, The Western Mediterranean World: an Introduction to its Regional Landscapes, London 1964, 121. For vines, see Duncan-Jones, Economy, 40 and note 2. Columella (3.3.9) suggests that vines would produce at least some revenue after two years; cf. Pliny, NH 17.173, 182. For a view that the short-term lease was a major stumbling block to progress in Roman agriculture, see Finley, in Studies in Roman Property, 109. But short-term leases do not necessarily imply insecurity for the tenant; see Currie, The Economic Theory of Land Tenure, 69–71.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

523

meet their other financial and social obligations. Such small-scale farmers might represent a wide range of wealth, but a well-known characteristic of farmers cultivating under such conditions is that they are willing to invest capital and especially labor in their farms beyond the point where a larger landowner, seeking some minimum return, will find further investment no longer worth his while.[55]

I would argue that this theoretical model can be applied to Pliny's estates. Pliny's tenants resided on the estate and depended for their livelihoods on their individual farms; the several slaves owned by each tenant at the same time formed part of the capital to be maintained and part of the labor force exploitable to attain desired targets of production. Thus such a tenant would tend to make more intensive use of his land than a large landowner, for whom costs of labor were always a factor limiting production.[56] Tenants dependent on their individual farms would moreover be less deterred from producing a surplus by the prospect of poor market prices, since their prosperity depended more on achieving an adequate harvest than on market prices.[57] Pliny the Elder recognized these characteristics of small-scale farming when he cautions landowners against expending too much effort in cultivating their land, arguing that high costs of labor make some crops not worth harvesting, and that some lands are not worth cultivating diligently (NH 18.36–38). The exception to this principle for Pliny is land cultivated by a farmer whose household depended on the land's produce for survival; in that case economic necessity would force the farmer to cultivate his land as diligently as possible: *bene colere necessarium est, optime damnosum, praeterquam subole sua* (*suo* MSS.) *colono aut pascendis alioqui colente domino, aliquas messes colligere non expedit* … (NH 18.38).[58]

[55] This analysis draws from the theories developed by A. V. Chayanov. See his (Tschajanoff) «The Socio-Economic Nature of Peasant Farm Economy» (1918), in P. A. Sorokin, *et al.* (edd.), A Systematic Source Book in Rural Sociology, Minneapolis 1931, 2.144–67; on the Theory of Non-Capitalist Economic Systems (1924), trans. C. Lane, in The Theory of Peasant Economy (above, note 48) 1–28, especially 5–8, and Peasant Farm Organization (1925), ibid. 29–269. Chayanov's theories are further refined by J. B. Miller, A Reformulation of A. V. Chayanov's Theory of the Peasant Economy, Economic Development and Cultural Change 18.2, 1970, 219–29; cf. T. B. Wiens, Uncertainty and Factor Allocation in a Peasant Farm Economy, Oxford Economic Papers n. s. 29, 1977, 48–60. For a general discussion of peasant farm economics, see also D. Grigg, The Dynamics of Agricultural Change, London 1982, 91–100.

[56] Dio of Prusa in his seventh or Euboean oration views small-scale farmers as more willing to put greater effort into their land than large-scale landowners; cf. especially 7.33–37. Viticulture (an important aspect of Pliny's estates) is compatible with the small-scale production of tenants; see Tchernia, Le vin de l'Italie romaine, 114–15.

[57] On this principle, see W. Kula, An Economic Theory of the Feudal System, trans. L. Garner, London 1977, 53–68, 82–111; cf. more generally Abel, Agricultural Fluctuations, 8–13.

[58] On the text of this passage, see de Neeve, Colonus, 55 note 106. H. le Bonniec, in the Budé edition, Paris 1972, punctuates after *damnosum*, and retains the MSS. reading *suo*. On Pliny the Elder's views concerning costs of labor, see Purcell, JRS 75, 1985, 3–4. Columella (1.7.5) views land of poor quality as the only land more profitably leased out to *coloni* than cultivated directly. Behind this view must stand the same conception of small-scale agriculture as with Pliny the Elder, namely that it will only be worth the effort of a farmer dependent on a plot of restricted size for his subsistence to invest the effort necessary to make poor land productive. For a different interpretation, cf. Frederiksen, Plinio il vecchio e l'agricoltura in età imperiale romana, 86.

This concern of landowners to promote such investment placed them in a contradictory position in relationship to their tenants. On the one hand, both landlord and tenant gained advantages from a legal principle concerning the tacit renewal of the lease. Under this principle tenants might remain in their tenancies after the expiration of the original lease, cultivating under the same terms, unless the landlord intervened directly. Landlords could extend the leases of their tenants with little expense in management, while tacit renewal of the lease provided tenants with the expectation that they might continue to profit from their investments.[59] In practice, however, the question of investments was not so easily resolved. Landlords, to judge by the recommendations of Columella, often had to make difficult choices between pressing their legal claims for the fulfillment of the lease contract and the desirability in keeping the same tenants on the estate in order to promote long-term productivity. Thus Columella's warning about pressing claims against tenants (1.7.1–2) should be considered in light of the actions of the previous owner of the estate whose purchase Pliny considered at Tifernum Tiberinum. That landlord had incapacitated his tenants by confiscating their pledges when they had defaulted on their rent (3.19.6). Likewise Columella's advice against frequently changing tenants must be viewed in consideration of the difficult prospect that Pliny faced in finding suitable tenants, *idoneos conductores*, for his Tuscan estates (7.30.3; see below). Landowners could not improve conditions on their estates simply by discharging unsatisfactory tenants.[60]

Pliny would never have had to face such difficult choices in leasing his estates had there been a ready supply of tenants with resources adequate to cultivate his farms productively, but evidence from his letters indicates that Pliny confronted a

[59] See Ulp. Dig. 19.2.13.11: the same property of the tenant remained pledged as security, as long as the pledges were not provided by a third party. The lease was moreover considered as continuing under the same terms for one year only, but could be renewed in this way indefinitely; cf. Ulp. Dig. 19.2.14. See also *CJ* 4.65.16 (AD 262), with Figgay, in Studies in Roman Property, 114–15, Kohn, in Kolonen, 238–39, and in general Kaser, *RPR*² 1.568 and note 52. For the security of tenure that can arise from such a system of leasing, see Currie, loc. cit. above, note 54.

[60] At Pliny, ep. 10.8.5, the use of the term *novos colonos* does not necessarily imply that Pliny found new tenants for his estate; the term rather refers to the tenants under their new leases. These tenants thus could include tenants already on the estate who had renewed their leases; cf. Johne, in Kolonen, 135–36. De Neeve, Colonus, 166 views the phrase as referring to a single tenant paying a rent of HS 400,000; cf. Brockmeyer, Arbeitsorganisation, 387 note 41.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

524

chronic shortage of suitable tenants. Thus Pliny complains of a shortage of *coloni* and a general agricultural slump as factors exacerbating the depressed state of the estate at Tifernum Tiberinum: ... *et hac penuria colonorum et communi temporis iniquitate* ... (3.19.7). In a subsequent letter, probably referring to his own property at Tifernum Tiberinum,[41] Pliny mentions the difficulty of finding suitable tenants as hampering his efforts to lease out his estates (7.30.3). Pliny's complaints are more than the customary grumbling of a large-scale landowner, in view of the situation that he encountered in 3.19. Pliny never contemplated dismissing the tenants who were in arrears on that estate and replacing them with new tenants; the shortage of tenants with sufficient resources made such an action impossible. Several legal responses, moreover, presuppose that landlords characteristically encountered difficulty in finding and retaining suitable tenants. For example, Paul mentions the division of a *fundus* in order to facilitate leasing it out (Dig. 31.86.1), while Scaevola discusses the hypothetical case of a part of an estate without tenants, *praediorum pars sine colonis*, which the owner has assigned to an *actor* to cultivate (Dig. 20.1.32, 5 Resp.). This latter passage moreover assumes that landowners normally preferred to lease their land out, and only resorted to direct cultivation when suitable tenants could not be found.[42]

This chronic shortage of tenants had an immediate effect on the relationships between Pliny and his tenants, in that Pliny had to accept a greater share of risk than would be indicated by the customary terms of the Italian farm lease. The classical Italian farm lease imposed the bulk of the risk in farming on the tenant, but did grant the tenant relief from the obligation to pay rent in the event of *vis maior*, an unforeseeable disaster to the crop that made the tenant's farm impossible to cultivate (Servius apud Ulp. Dig. 19.2.15.2; cf. Gaius Dig. 19.2.25.6).[43] But

[41] See Sherwin-White, Commentary, 439–40 for the date (late summer 107) and the location of this estate.

[42] On these passages, see Frier, ZRG 96, 1979, 223 and note 100. Hermogenes Dig. 19.1.49 pr. (Papin., Fr. Vat. 13) refers to the defrauding of a buyer by feigning the presence of a tenant on the estate. Several legal sources address the issue of *coloni* leaving their tenancies before the expiration of the lease: Paul. Dig. 19.2.24.2, 19.2.54.1, 19.2.55.2. A similar concern to promote small-scale cultivation as a means of producing revenue may be indicated by several land distributions on what apparently were imperial estates in Italy: at Abella and Nola under Vespasian (Lib. Col. I pp. 230, 233, 236 Lachmann), at Lanuvium under Hadrian (ibid. 235), and in the *Ager Ostiensis* under Vespasian, Trajan and Hadrian (ibid. 236); cf. D. Crawford, Imperial Estates, in Studies in Roman Property, 50. Also Nerva distributed lands valued at sixty million sesterces to poor Romans: Dio 68.2.1; cf. Pliny, *ep.* 7.31.4, Martial, *epigr.* 12.6.9–11, Callist. Dig. 47.21.3.1, and ILS 1019 (CIL VI 1548), with Duncan-Jones, Economy, 292.

[43] On legal *remissio mercedis*, see F. Serrao, Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis, in Studi G. D'Amelio, Milan 1978, 1.331–61, P. W. de Neeve, Remissio Mercedis, ZRG 100, 1983, 296–339, with bibliography, and Köhn, in Kolonen, 226–32; cf. Molnár, in ANRW II.14, 1982, 665–80.

landlords were not legally obliged to grant remissions of rent for losses resulting from the normal hazards of farming such as a poor crop caused for example by an infestation of pests or weeds (Ulp. Dig. 19.2.15.2) or by the advanced age of the vines (id. Dig. 19.2.15.5). Thus without the intervention of the landlord and the renegotiation of the lease, tenants had no legal recourse to gain relief from their obligations in the event of a poor crop. The problems of the tenant's risk in farming become all the more crucial in view of the chronic vicissitudes of Mediterranean agriculture, subject to irregular rainfall and frequent droughts.[44] Pliny indeed on several occasions refers to poor crops on his estates (8.15.1, 9.20.2, 10.8.5); in the most dramatic case, hail severely damaged the crops on his Tuscan estates (4.6.1). Such uncertainty of climate could prove catastrophic to tenants needing to produce a surplus for sale in order to pay a predetermined cash rent.[45]

The concern of Columella to avoid granting remissions except for *vis maior* (1.7.1) suggests that Roman landlords frequently were forced to go beyond their strict legal obligations by renegotiating the lease contract with their tenants during poor years.[46] Thus it comes as no surprise that Pliny regularly granted remissions of rent. Pliny appealed to Trajan for a leave of absence to visit his Tuscan estates, and reports that continued poor crops had forced him to consider remissions of rent (10.8.5, AD 98–99). The problem requiring Pliny's personal intervention in the management of his estates continued to prove severe, for Pliny reports eight or nine years later that substantial remissions of rent still had not solved the problems of his tenants (9.37.2).[47]

Market conditions gave Pliny's tenants substantial bargaining power, but they still faced continuing difficulties in cultivating their land. The most important market consideration affecting the relationship between landlords and tenants on Italian estates was the dependence of landlords on their tenants to invest labor and capital in intensive agriculture. This dependence was exacerbated from the point of view of the landowners by a general shortage of farm capital and their own unwillingness to bear the risks involved in investment, and so it gave tenants

[44] For this problem in a later period, see E. le Roy Ladurie, The Peasants of Languedoc, trans. J. Day, Urbana, 1974, 133. Italy, however, receives more rainfall than other Mediterranean countries; see Houston, The Western Mediterranean World, 415–20.

[45] Only a large-scale producer, selling a large proportion of his produce and possessing sufficient reserves to free him from dependence for survival on his annual crop, might take advantage of a poor harvest by selling at high prices. Smaller farmers market a lower proportion of their produce, so that a poor harvest would force them to choose between consuming and selling their produce; see above, note 57.

[46] On such «social remission» of rent, see Frier, ZRG 96, 1979, 221 and note 89, with references to legal texts: Jul. Dig. 2.14.56, Paul. Dig. 19.2.24.5, 34.3.16, Iav. Dig. 34.3.17.

[47] On the date of ep. 9.37 (August 107), see Sherwin-White, Commentary, 518–19. Ep. 10.8 may belong to either the summer of 98 or 99: Sherwin-White 571–73.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

considerable leverage. But competition alone could not guarantee prosperity to such tenants, so that Pliny had to pursue a delicate balance between imposing burdens on them and maintaining their ability to cultivate their tenancies. Pliny's letters concerning his Tuscan estates (3.19, 9.37) provide evidence for how the need to maintain this balance limited the ability of a Roman landowner to exploit his estates.

III

The chronic indebtedness of the tenants on these estates provided Pliny with both a means of promoting investment by his tenants as well as a major stumbling block to achieving that end. In a system of tenancy based on fixed payments, indebtedness is a regular and expected feature. We should expect that tenants regularly took on debt in order to acquire needed capital, and severe indebtedness can arise for a variety of causes. The tenant might fail to pay his rent in full because of a poor harvest; or less dramatically, the harvest or market prices might not provide him with an adequate return. Roman landlords will have readily tolerated such indebtedness on the part of their tenants; the threat of confiscating the tenant's pledges, crucial for his ability to take up a tenancy under another landowner, gave landlords an important bargaining chip. This ability was significant for the efforts of Roman landowners to promote investment by their tenants. The threat of confiscating capital could effectively keep tenants in their tenancies beyond the original period of their lease.[68] Columella, who considered the continued tenure of tenants as desirable, surely has such a concern in mind when he advises landowners against pressing their full legal claims against tenants (1.7.1–2); the benefits derived from the continued cultivation of the tenant's farm outweighed the short-term inconvience of a loss of rent. The arrears of tenants, *reliqua colonorum*, became such a basic aspect of Roman agriculture that they gained a carefully defined legal status, being transferable to a new owner when an estate was alienated, either through sale, legacy or bequest (Scaev. Dig. 33.7.20.1).[69]

Pliny's description of the estate in 3.19 indeed suggests that indebtedness was a regular part of life for his tenants. Pliny expresses no surprise that the tenants on the estate that he considered buying were in debt, only dismay at the harsh action of the previous owner in confiscating and selling the pledges (3.19.6). The adverb

[68] On the importance of indebtedness as a means for landlords to exercise greater control over their tenants, see most recently Finley, in Studies in Roman Property, 111–17, and Jones, in Kolonen, 140.

[69] Cf. Frier, ZRG 96, 1979, 221 and note 91 for additional references. The term *reliqua colonorum* is used in the Veleian alimentary table, CIL XI 1147 c. 43 l. 75.

saepius shows that the action of this landowner was neither hasty nor rash, but represented a continuing policy in his dealings with his tenants. Pliny moreover expresses no intention of evicting the tenants on this estate once he took possession, but planned only to re-equip them with slaves. These tenants thus were to remain on the estate, transferring their indebtedness to Pliny.

But this type of indebtedness also brought to the landowner disadvantages, which are revealed in Pliny's discussion of his plan to institute sharecropping (ep. 9.37). The tenants on these estates were subject to indebtedness in the same way as the tenants on the estate in ep. 3.19. In fact, if Pliny in the mean time purchased the estate in 3.19, the tenants of that letter may be included among the ones discussed in 9.37. Pliny realized the importance of maintaining the ability of his tenants to keep cultivating their land productively, and so he avoided the policy of the estate owner in 3.19. Instead of confiscating the pledges, Pliny granted remissions of rent, but the problem was so severe that indebtedness continued to grow despite Pliny's generosity: *nam priore lustro, quamquam post magnas remissiones, reliqua creverunt* (9.37.2). The dangers of tenant indebtedness manifested themselves to Pliny in the destructive manner in which his tenants cultivated their land (9.37.2): ... *inde plerisque nulla iam cura minuendi aeris alieni, quod desperant posse persolvi; rapiunt etiam consumuntque quod natum est, ut qui iam putent se non sibi parcere.*

Under the worst conditions a series of bad harvests might cause far more serious harm than to prevent the tenants from meeting their immediate financial obligations. With no prospect of paying off their debts, such tenants were incapable of accumulating or even of maintaining the capital they required to keep their tenancies productive. Tenants facing mounting indebtedness might themselves sell off such valuable capital as slaves or draft animals or even consume their own seed and livestock.

The severe indebtedness of Pliny's tenants therefore compromised their ability to fulfill what was from the point of view of a landowner their most important function in the estate economy. The vital importance of having self-sufficient tenants makes more understandable Pliny's hesitancy about equipping with slaves the depressed tenants in 3.19. Supplying these tenants with capital could only relieve the immediate crisis, but would not provide a satisfactory long-term solution to the problems that caused the severe indebtedness in the first place. By providing slaves to relieve debt, Pliny risked committing himself to a new and disadvantageous relationship with his tenants. Tenants cultivating their land under these conditions could use their ability to maintain capital as a bargaining chip; such tenants willing to sacrifice their own capital could hardly be relied upon to maintain the fixed capital of their tenancies, let alone to invest in improvements. Faced with the loss of future crops because of the disappearance of the tenants' capital, the landlord would have no choice but to replace this capital regularly at his own expense, and by implication to shoulder the costs of long-term

Senato della Repubblica - Archivio Storico

526

improvements.[70] Thus Pliny's tenants might in the long run use their own problems of indebtedness in order to impose on him a greater share of the costs of contributing capital. Pliny would now be involved more directly in the management of his estates, and he would also bear increasing risk. Using tenant indebtedness as a negotiating tool could only work to the advantage of a landowner as long as the tenants were capable of maintaining sufficient capital of their own, or as long as a ready supply of tenants with such capital made competition for land intense.

Pliny's decision to institute sharecropping as the system of land tenure on his Tuscan estates indicates his recognition that his interests were no longer adequately served by the terms of the customary cash leases. Sharecropping clearly helped to lessen the likelihood of future indebtedness, since it reduces the rent in proportion to the size of the harvest. Such a reduction of risk was a vital consideration for Pliny, in view of the unreliability of Mediterranean agriculture in general and the evidence that repeated poor harvests had exacerbated the debt problems of his tenants (see above at notes 64–65). Thus sharecropping provided Pliny with a system of tenure under which he would less often be forced to confiscate the valuable capital represented by the pledges of the tenants, a course of action which maintained his immediate revenues, but which at the same time made the future cultivation of his estates all the more difficult.

Since landowners like Pliny were characteristically risk-averse, the establishment of a system of land tenure that allowed both landlord and tenant to contract to share risk must have resulted to a significant degree from the bargaining power of the latter party.[71] Sharecropping, however, does not represent the only way for landlord and tenant to share risk. For example, a landlord might include escape clauses in the lease contract, thus agreeing to renegotiate the rent downward in the event of a poor harvest.[72] The existence of alternative methods for apportioning risk means that the institution of sharecropping on Pliny's estates did not itself represent a victory for the bargaining power of the tenants. Rather, Pliny's tenants had already won this victory, forcing Pliny repeatedly to renegotiate their lease contracts and thereby to accept a larger burden of the risk himself (9.37.2; cf. 10.8.5).

By instituting sharecropping Pliny sought to devise a system of land tenure

[70] For comparative discussion of this problem, see KULA, An Economic Theory of the Feudal System, 48 f., 64–65.

[71] Cf. the analysis of Y. HUANG, Tenancy Patterns, Productivity, and Renewals in Malaysia, Economic Development and Cultural Change 23.4, 1975, 707; for a contrasting view, see J. D. REID, Jr., Sharecropping and Agricultural Uncertainty, ibid. 24.3, 1976, 565.

[72] On the economic function of escape clauses, see S. N. S. CHEUNG, The Theory of Share Tenancy, Chicago 1969, 72–76. Contracts can be mixed as a means of distributing risk; see J. D. REID, Jr., Sharecropping in History and Theory, Agricultural History 49, 1975, 432–33, and Economic Development and Cultural Change 24.3, 1976, 562–68.

that would reduce future indebtedness on the part of his tenants, and at the same time discourage his tenants from using the threat of abusing capital as a means of forcing him to grant concessions. Thus Pliny instituted sharecropping not simply because it brought relief to his tenants, but because it provided a more acceptable means to accomplish this goal than the existing system of fixed-rent leases with frequent but irregular renegotiation. From this point of view, the regular reduction in rent produced by sharecropping protected Pliny's interests, affording him greater control over the allocation of capital on his estates. Neither sharecropping nor any other form of land tenure could protect Pliny completely against the danger of his tenants having to choose between paying rent and maintaining valuable capital, any more than they could protect his tenants against the dangers of a poor harvest. But sharecropping did reduce this likelihood, and so offered advantages to Pliny not possible under the traditional system of leasing.

We can appreciate how important it was for Pliny to maintain the productive capacity of his tenants when we consider that the adoption of sharecropping imposed heavy managerial costs that Roman landlords sought to avoid. The landlord leasing on a share basis not only has to enforce the obligation of the tenant to pay a full share of his harvest as rent (in spite of the efforts of the tenant to avoid paying rent by hiding his crop), but also has a vital interest in the size of the harvest itself.[73] Pliny clearly recognized this aspect of sharecropping, for he argues that the severity of the debt problem on his estates required a radical solution in spite of the disadvantages of greater managerial costs (9.37.3–4): *occurrendum ergo augescentibus vitiis et medendum est. medendi una ratio, si non summo dum ergo augescentibus vitiis et medendum est. medendi una ratio, si non summo sed partibus locem ac deinde ex meis aliquos operis exactores, custodes fructibus ponam. et alioqui nullum iustius genus reditus, quam quod terra caelum annus refert. at hoc magnam fidem acres oculos nunciosus manus poscit. experiundum tamen et quasi in veteri morbo quaelibet mutationis auxilia temptanda sunt.*

Pliny's intention of employing *operis exactores* indicates that from now on the task in managing his tenants would be far more complicated. He not only had to influence how they invested in improvements on their land, but also had to direct how they applied their resources to existing crops.[74] The less frequent need to renegotiate leases might have lessened the higher costs of sharecropping by reducing transaction costs, but it is clear that sharecropping involved Pliny in considerable trouble and expense.

The problems that Pliny encountered on his estates and the considerations that

[73] On the enforcement of sharecropping contracts, see CHEUNG, The Theory of Share Tenancy, 27–29, 76–79.

[74] P. W. DE NEEVE, Colon et colon partiaire, Mnemosyne ser. 4, 37, 1984, 125–42, especially 141, argues that in sharecropping the tenant becomes more economically dependent on the landlord than when the tenant leases for a fixed rent, especially for the landlord's contribution of capital. But the relative dependence of tenants on their landlords is not a function of the form of land tenure so much as of the relative bargaining power of the two parties.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

led to his ultimate solution reveal how dynamic relationships with their tenants affected the ability of Roman landowners to exploit their estates. Pliny sought to promote his economic security by making his investments in agriculture as risk-free as possible, but the chronic shortage of labor and capital stymied his efforts to achieve this goal. The bargaining power of his tenants thus forced Pliny to sacrifice one economic good in order to obtain another, and the institution of share cropping accordingly represents Pliny's effort to preserve what was most advantageous for him from the traditional system of leasing, namely the continued investment of labor and capital on the part of his tenants.

The problems that Pliny encountered on his estates may in some degree have generally affected large estates divided into tenancies, at least in such areas as Umbria and Tuscany where other upper-class landowners possessed estates occupied under similar conditions.[75] But it is not likely that other landowners quite so readily adopted Pliny's solution of instituting sharecropping.[76] The higher costs of management imposed by sharecropping suggest that it was a solution that only a landowner taking a relatively active interest in his estates might adopt. But even if Pliny's solution to the problems affecting his landed property cannot be viewed as typical, the concerns that he exhibited in addressing them help to illustrate how difficult it was for Roman landowners to adapt existing social and legal institutions to serve the most important economic goals of their class.

Department of Classical Languages
Tulane University
New Orleans, Louisiana 70118
USA

[75] For the view that Pliny confronted an agricultural depression, see most recently Johne, in Kolonen, 140 f.; cf. Finley, in Studies in Roman Property, 112. J. Paterson, Salvation from the Sea: Amphorae and Trade in the Roman West, JRS 72, 1982, 152–53, argues on the basis of amphorae evidence for a decline in Italian viticulture in the first century AD. This traditional view is called into question by Tchernia, Le vin de l'Italie romaine, 197–299, especially 260 f.; for a similar conclusion see Purcell, JRS 75, 1985, 9–13. For general discussion of the decline of the villa-economy in Italy, see D. W. Rathbone's review of the work of the Gramsci Institute in JRS 73, 1983, 160–68, especially 162–65.

[76] Sharecropping is not prominent in the legal sources, but in his discussion of *vis maior*, Gaius (Dig. 19.2.25.6) mentions sharecropping in terms indicating that it was a characteristic if not widespread form of land tenure in Italy. On the basis of Columella's discussion of leasing (1.7.1–2), Baloch, in Studi in onore di U. E. Paoli, 45 note 6, and Frier, ZRG 96, 1979, 219 note 78 argue for the predominance of cash rents in early imperial Italy. For the possibility that Pliny was inspired by the imperial policy of promoting sharecropping in Africa, see Sirago, L'Italia agraria sotto Traiano, 168 f., who compares the sharecropping system envisioned in Dio of Prusa's seventh or Euboean oration.

I wish to thank Professors Richard Hess and Bruce W. Frier for reading drafts of this paper and making helpful suggestions.

MERLE K. LANGDON

The Topography of Coastal Erechtheis

Of this Attic trittys three sizable demes need to be located: Anagyrous, Coastal or Lower Lamptrai and Upper Lamptrai. Fortunately, enough relevant archaeological and epigraphical evidence exists to help render the task easier. Using these data C.W.J. Eliot[1] confidently argued for the following equations of ancient deme to modern place-name: Anagyrous = Vari, Coastal Lamptrai = Kitsi, Upper Lamptrai = Lambrika (cf. fig. 4 for location of these and other places mentioned in this study). These associations are not of Eliot's making but had been previously suggested, but his study served to give formal demonstration to their correctness. With few doubts students of Attic topography have subsequently accepted them. Recently, however, H. Lauter[2] has raised questions about the location of Anagyrous and Coastal Lamptrai, wishing to place the latter instead of the former deme at Vari. In the present study I hope to show that the traditional placement of the coastal Erechtheid demes should be upheld. Before examining that issue we may first look at a new piece of evidence which substantiates another part of Lauter's article.

As the point of departure for his discussion Lauter published a rupestral inscription of one word: OPOC (Fig. 1: A). It is now edited as SEG XXXII 230. The inscription is located on the ridge of Kaminia which separates the territory of Halai Aixonides, the deme to its west, from that of the ancient deme at Vari, to its east. Lauter's interpretation of the inscription as a boundary marker between the two demes is quite plausible, as is his further conjecture that the boundary continued on north following the ridge of the hill. Nevertheless, with only a single inscription Lauter had to present his argument with some reserve. In December of 1983, I had the good fortune of finding a second boundary marker on Kaminia. Lauter's interpretation is thus confirmed.

The new boundary marker also reads simply:

OPOC

[1] Coastal Demes of Attika, A Study of the Policy of Kleisthenes, Phoenix Suppl. 5 (Toronto 1962) Chapters 4–5.

[2] Zwei *Horos*-Inschriften bei Vari. Zu Grenzziehung und Demenlokalisierung in Südost-Attika, AA 1982, 299–315.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

MNEMOSYNE

BIBLIOTHECA CLASSICA BATAVA

Series IV, Volumen XXXVII

COLLEGERUNT

A. D. LEEMAN — C. J. RUIJGH

H. W. PLEKET

CONSILIUM ET OPERAM PRAEBENTIBUS

G. J. D. AALDERS — J. M. BREMER — S. L. RADT
F. L. BASTET — J. H. BROUWERS — D. M. SCHENKEVELD
J. DEN BOEFT — L. F. JANSSEN — P. H. SCHRIJVERS
W. DEN BOER — J. MANSFELD — H. T. WALLINGA
A. B. BREEBAART — H. PINKSTER

BIBLIOTHECAE FASCICULOS EDENDOS CURAVIT

C. J. RUIJGH

KLASSIEK SEMINARIUM, OUDE TURFMARKT 129 1012 GC AMSTERDAM

NECNON

L. F. JANSSEN

INSTITUUT VOOR KLASSIEKE TALEN, TRANS 14, UTRECHT,
AD QUEM LIBRI IUDICANDI MITTANTUR



LUGDUNI BATAVORUM E. J. BRILL 1984

Senato della Repubblica - Archivio Storico

such behaviour. The objective of Cato's performance was, for most of the senators who supported Cato's policy, sufficient justification and the way in which Cato propagated his Italian chauvinism, appealed to them. Pliny, however, was misled by it and through him Plutarch and many ancient historians.

LEIDEN, Kasteelhof 9

Mnemosyne, Vol. XXXVII, Fasc. 1-2 (1984)

COLON ET COLON PARTIAIRE*)

À propos des Actes du Colloque sur Terre et Paysans Dépendants dans les Sociétés Antiques

PAR

P. W. DE NEEVE

1. Dans les Actes, parus à Paris en 1979, du Colloque International, tenu à Besançon, les 2 et 3 mai 1974, sur *Terre et Paysans Dépendants dans les Sociétés Antiques*, il est question des caractéristiques qu'aurait le colonat. Cette question est surtout soulevée à propos de la rentabilité du travail des esclaves et des colons. Elle est particulièrement abordée par J. Kolendo, J. Annequin et F. Favory[1]). D'autres observations ont aussi été faites par d'autres participants[2]).

En considérant les diverses opinions émises, nous pouvons nous former une idée des avantages qu'aurait le *colonus*, avantages qui pesaient surtout lourd dans la situation des domaines impériaux en Afrique[3]), mais qui, sans que cela soit dit expressément, ne leur étaient pas propres.

D'après eux, le *colonus* économisait les frais et les peines du propriétaire, car celui-ci n'avait pas besoin d'acheter d'esclaves,

*) Cet article, rédigé au printemps de l'année 1980, devait paraître dans la *Revue des Études Anciennes*, mais la parution en a été sans cesse repoussée. C'est pourquoi je suis reconnaissant du fait que la Rédaction de *Mnemosyne* ait bien voulu accepter ces pages. Je remercie également H. C. Teitler, G. M. T. Trienekens et H. T. Wallinga pour leurs observations, et H. M. van Hogendorp-Mezger pour la traduction.

1) J. Kolendo, *Le problème du développement du colonat en Afrique romaine sous le Haut-Empire*, spécialement 398-399 et 438-439. J. Annequin et F. Favory apportaient des remarques et des arguments dans les discussions qui suivirent cet exposé et celui de L. Capogrossi Colognesi sur *Le régime de la terre à l'époque républicaine*. Voir p. 368, 423-426 et 433-435.

2) Entre autres par L. Capogrossi Colognesi, p. 387; E. Smadja, p. 431 et M. Mazza, p. 462 sqq. (Les renvois ci-dessous, où il est seulement fait mention du nom de l'auteur et d'une page, se rapportent à ce recueil).

3) Kolendo, 398.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ni d'investir, puisque le *colonus* se chargeait lui-même de la main-d'œuvre et des autres moyens de production (outils, semences, bétail). Ceci était surtout important lors du défrichement des terres et de la plantation des vignes et des oliviers, comme c'était le cas en Afrique[4]). Le *colonus* devait aussi être entièrement responsable de l'organisation du travail et de l'exploitation de sa tenure; le propriétaire pouvait donc s'éviter les frais de la mise en place de tout un appareil improductif d'organisation et de surveillance. D'autre part, il était libéré des risques d'exploitation et de mauvaises récoltes, charges qui reposaient uniquement sur le *colonus*. Un avantage supplémentaire était que le *colonus* avait intérêt à atteindre une récolte maximale[5]). Le propriétaire pouvait aussi profiter gratuitement du travail auquel le *colonus* était obligé, sous forme de corvées (*operae*), sur le domaine central[6]). A tout prendre, un *colonus* était un dépendant qui assurait des revenus, peu élevés, il est vrai, mais constants, pour le propriétaire et qui lui évitait beaucoup de soucis[7]).

2. Le plus grand inconvénient des opinions résumées ci-dessus est que l'on parle de 'colonat' sans distinguer entre fermage et métayage et sans se rendre compte de la différence entre ces deux systèmes[8]).

Le fermage est le système dans lequel la redevance, la *merces*[9]), consiste en une quantité constante soit en espèces, soit en nature[10]).

4) Ceci est spécialement souligné par Kolendo, 398.

5) Il faut peut-être aussi nommer à ce sujet Capogrossi Colognesi, 387. D'après celui-ci, le colon est favorisé par une redevance en nature.

6) Nous connaissons ces *operae* des domaines africains (*CIL* VIII 25902, IV, 22-27; VIII 10570, III, 8-13; IV, 5-6). Mais d'après Mazza, 458, elles existaient aussi en Italie. Voir *infra* (§ 5) à ce sujet.

7) Certaines de ces idées, selon lesquelles le colon portait tous les risques et le bail assurait des revenus bas, mais constants, remontent déjà à M. Weber, *Die römische Agrargeschichte* (Stuttgart 1891), 233-234. Weber estime, par ailleurs, que le fermier ne jouissait pas d'une grande liberté dans la direction de l'exploitation.

8) Il est peut-être bon de signaler que dans le colonat romain, il s'agit de bail (en terme de droit romain, de *locatio conductio*, voir M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I (München 1971²), 562-568), dans lequel on trouve aussi bien le fermage que le métayage.

9) Kaser, *op. cit.*, 566.

10) P. George, *Précis de Géographie rurale* (Paris 1963), 122; J. M. G. Kleinpenning, *Geografie van de Landbouw* (Utrecht 1968), 264. Il nous est impossible, dans le cadre de cet article, d'entrer dans le détail des sources nommées ci-dessous.

D'après les sources se rapportant à l'Antiquité Romaine, ce système prédomine, tant chez les juristes que chez les agronomes. La redevance en espèces est la plus courante[11]). Mais la redevance en nature de quantité constante est aussi transmise[12]).

Pour le métayage, en revanche, la redevance se calcule en *pourcentage* de la récolte, là aussi soit en espèces, soit en nature[13]). Dans ce système, la valeur de la redevance varie en fonction de la récolte, bonne ou mauvaise. Pendant l'Antiquité Romaine, seule la redevance d'un pourcentage en nature est connue. Ce système est nommé dans nos sources juridiques, notamment par le juriste Gaius (*D.* 19, 2, 25, 6), mais aussi par Pline le Jeune (*Ep.* 9, 37, 3)[14]), Tacite (*Germ.* 25) et peut-être par Martial (7, 31, 9-12; 13, 121) — bien que chez ce dernier il puisse aussi s'agir de la redevance d'une quantité constante en nature. Dans les grandes inscriptions africaines, il s'agit également de métayage[15]). Et enfin il s'agit de métayage — ou de ce qui en découle dans la pratique — dans certains cas de bail de l'*ager publicus populi Romani* (Appien, *BC.* 1, 7, 27) ou de l'*ager vectigalis* d'un *municipium* (Hygin, 205 L.; Dion Chrysost. *Orat.* 7, 35-37). Dans la *decuma* en Sicile et en Asie mineure (Cic. 2 *Verr.* 3, 12 sqq.; Appien, *BC.* 5, 4, 18), il s'agit aussi pratiquement de métayage, bien que la *decuma* ait formellement la fonction de tribut[16]). Cette *decuma* et le bail de l'*ager publicus* sont les seuls exemples indubitables de métayage pendant la République[17]). Néanmoins Capogrossi Colognesi (p. 331) estime

11) Par exemple, Iav. *D.* 19, 2, 21 et 51 pr.; Pomp. *D.* 19, 2, 32; Scaev. *D.* 19, 2, 61 pr.; Paul. *D.* 17, 1, 1, 4; 22, 1; 17, 4; Ulp. *D.* 41, 2, 10, 2, *et al.*; Colum. *RR.* 1, 7, 2.

12) Ulp. *D.* 19, 2, 19, 3; *CJ.* 4, 65, 8 et 21; Hygin, 205 L.

13) Kleinpenning, *op. cit.*, 268.

14) D'après R. Martin, *Pline le Jeune et les problèmes économiques de son temps*, REA 69 (1967), 82-83, il ne s'agit pas ici de 'colonat partiaire'. Je me demande alors quelles devraient être les caractéristiques du 'colonat partiaire'. Mais il n'y a pas de doute, Pline parle de métayage, qui selon la Loi française du 18 juillet 1889 (citée ci-dessous), est qualifié de "colonat à bail partiaire".

15) Cf. aussi Kolendo, 400.

16) Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht* (Leipzig 1876-1888³), II, 431.

17) Dans les contrats partiaires de Caton, *Agr.* 16, 136 et 137, il ne s'agit pas de fermage, mais de l'entreprise de travaux (voir U. von Lübtow, *Catos Leges Venditionis et Locationis dictae*, Eos 48 (1956), 351-358). On présume une redevance en nature dans Cic. *Fam.* 16, 18, 2, là où il est fait mention de *itaque abutor commis* (cf. E. Rawson, *The Ciceronian Aristocracy and its Properties*, dans M. I. Finley, *ed.*, *Studies in Roman Property* (Cambridge 1976), 96). Mais le passage reste très obscur.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

que le colonat partiaire a déjà été introduit, dans le bail privé, avant le Haut-Empire. Cela n'est peut-être pas faux; on remarque, en effet, qu'il est curieux que Pline le Jeune et Tacite parlent du métayage sans donner de précisions, ce qui implique que ce système était déjà connu depuis longtemps. Par contre on s'attendrait à trouver en premier lieu chez Columelle une mention de métayage, alors qu'il ne semble connaître que le fermage, et celui-ci seulement joint à une redevance en espèces.

Le montant de la redevance peut varier aussi bien pour le fermage que pour le métayage et est fixé lors du passage du bail. Nous n'avons guère de données concrètes sur le montant de la redevance du fermage pendant l'Antiquité Romaine. Il est vrai que Pline le Jeune parle d'une redevance de plus de 400.000 *HS* (*Ep.* 10, 8, 5). Mais ce chiffre ne peut être pris comme base d'une généralisation quelconque, comme on le verra ci-dessous (§ 4). Quant au métayage, il faut signaler qu'aux temps modernes, le partage se fait environ à parts égales — le métayage au sens étymologique du mot — en Europe Occidentale[18]). Pour l'Antiquité Romaine, nous ne trouvons pas de mention d'un tel partage dans nos sources[19]). Nous trouvons des redevances de 1/5 et de 1/7 chez Hygin, 1/5 des fruits et 1/10 du blé chez Appien et 1/10 du vin, de l'huile et des menus grains en Sicile (Cic. 2 *Verr.* 3, 18); dans les inscriptions africaines, le tiers est le partage le plus usité et même qualifié de 'tiers courant' (... *quae dari solent partes tertias* ..., *CIL* VIII 26416, III, 4-5), mais nous y trouvons aussi 1/4 et 1/5[20]).

3. Dans ces deux systèmes de bail, il n'est pas seulement question de différences purement juridiques. Il existe entre eux une différence fondamentale sur le plan économique. Je veux prendre un passage du géographe P. George comme point de départ[21]):

18) George, *op. cit.*, 123.

19) *Contra* J. Crook, *Law and Life of Rome* (London 1967), 156-157, qui interprète probablement Gai. *D.* 19, 2, 25, 6 dans ce sens, mais à tort.

20) *CIL* VIII 25902, I, 27-28; II, 5.

21) *Op. cit.*, 121. Le passage ci-dessous est basé sur George, *op. cit.*, 121-124; Kleinpenning, *op. cit.*, 264-272; K. Brandt, *Die Lehre von der landwirtschaftlichen Pacht*, dans F. Aereboe, *ed.*, *Wirtschaftslehre des Landbaues* [= F. Aereboe, J. Hansen, Th. Roemer, *edd.*, *Handbuch der Landwirtschaft*, Band I] (Berlin 1930), 529-530; 546-565; W. B. Morgan/R. J. C. Munton, *Agricultural Geography* (London 1971), 56.

"Selon les coutumes de l'Europe occidentale et de la France, en particulier, le fermier procède à tous les investissements nécessaires à l'exploitation, tandis que le métayer n'y participe que pour une part à débattre avec le propriétaire qui prend à charge le reste de la mise de fonds initiale et des dépenses annuelles d'exploitation. Il en résulte que, tandis que le fermier emploie la terre comme il lui convient, à charge de ne pas altérer la valeur de la propriété, les initiatives du métayer sont soumises à l'accord du propriétaire, également intéressé au rendement proportionnel."

Dans le fermage, il existe plus de variations qu'il ne le paraît dans ce passage. Il est notamment possible que le bailleur livre une partie de l'inventaire, selon des règles déterminées. Mais un tel apport laisse une grande autonomie au fermier pour l'organisation de son travail et il reste extrêmement indépendant de son bailleur. Ce dernier doit seulement contrôler le maintien de la fertilité de la terre et s'assurer que le fermier s'en tient aux conditions du bail. Dans le métayage, par contre, la dépendance du preneur est inhérente au système. Le métayer reste, même dans l'exercice de son métier, sous le contrôle direct du bailleur: même dans la Loi française du 18 juillet 1889 sur le bail à colonat partiaire (Code rural, titre IV)[22]), il fut fixé que (art. 5) "le bailleur a la surveillance des travaux et la direction générale de l'exploitation, soit pour le mode de culture, soit pour l'achat et la vente des bestiaux ...". Cette sujétion va de soi et George en a déjà donné l'explication: il est intéressant, pour le bailleur, d'obtenir des récoltes maximales en rapport avec ses investissements. En raison de la plus grande ingérence du bailleur dans le métayage, ce système est aussi appelé 'l'exploitation semi-directe', en opposition avec 'l'exploitation indirecte' qu'est le fermage[23]). Dans certaines circonstances, le métayer peut même être considéré comme une sorte de salarié, à la seule différence que le métayer partage directement le risque avec le bailleur. Dans le métayage, il est donc question de partage du risque, ce qui est une nouvelle différence avec le fermage: en contrepartie de la liberté d'exploitation, le fermier porte le risque entier (éventuellement légèrement diminué par un soi-disant droit

22) Cité par J. P. Moltzer, *Landbouw en Kapitaalbelegging* (Haarlem 1892), 245-248.

23) Expressions de Kleinpenning, *op. cit.*, 272.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

de rémission, c'est-à-dire le droit qu'a le fermier de recouvrer une partie de la redevance, en cas de très mauvaise récolte). L'avantage du métayage est que même des paysans sans capital de départ peuvent louer un morceau de terre, tandis que le fermage exige toujours un certain capital mobile, parfois même important, en particulier si la culture exige une mise de fonds importante. Les petites exploitations nécessitent moins de capital mobile, mais la redevance en est relativement plus élevée, en raison du grand nombre de fermiers postulants (cela aboutit à une demande plus élevée). Vis-à-vis de cet avantage-ci, les chances de profit du métayer sont en revanche assez petites. Premièrement, la redevance est, en général, considérablement plus élevée que celle du fermage. K. Brandt[24]) cite, pour le début de notre siècle, au sujet du fermage en Allemagne, des normes de redevance qui montent jusqu'à 1/10 ou 1/15 du chiffre d'affaires (et, par rapport au produit brut, ces pourcentages sont beaucoup plus bas), alors que, dans les pays où le métayage était le plus répandu, on trouve des proportions de 1/2 à 1/5 des produits bruts. A ceci s'ajoute que dans le métayage, le bailleur profite de tous les efforts du métayer pour obtenir un meilleur rendement, alors que dans le fermage, tout surplus est à l'avantage du fermier. En conséquence, contrairement au fermier, le métayer manque d'incitation à faire plus d'efforts et ceci le conduit à une exploitation moins intensive de la terre[25]).

On peut donc dire, en généralisant, que le métayer a une position moins élevée que le fermier. Mais pour le reste, il peut exister des différences considérables dans les deux catégories, dues à des facteurs divers. Dans le fermage, le capital est un élément essentiel, dans le métayage, la question d'apport du preneur et du bailleur, au début du bail, est très importante. Il est de règle que le bailleur livre une partie des moyens de production, tels que les semences, les outils, et, dans les temps modernes, les machines, l'engrais ou les produits chimiques. Il peut même arriver que le bailleur fournisse la totalité des moyens de production, tandis que le métayer ne livre que son travail; en ce cas, ce dernier n'est guère plus qu'un

24) *Op. cit.*, 529.

25) Kleinpenning, *op. cit.*, 271-272; B. H. Slicher van Bath, *The Agrarian History of Western Europe, A.D. 500-1850* (London 1963), 149.

salarié qui participe à la récolte. En général, le métayer livre également une partie des moyens d'exploitation. L'apport du bailleur et du preneur est très important: c'est d'après cet apport qu'est fixé le montant de la redevance et par là qu'est déterminée la situation économique du métayer.

En dehors de la nature et du montant de la redevance, beaucoup d'autres variables déterminent la position du preneur. Les conditions du bail, dont font aussi partie la nature et le montant de la redevance, sont importantes dans leur totalité. Une des conditions essentielles est la durée du bail. En général, on peut poser que, plus sa durée est longue, plus le preneur sera disposé à faire des efforts pour mieux mettre en valeur son entreprise, et plus il sera disposé à y investir, en espérant que les résultats profiteront à sa descendance. A ce sujet, l'emphytéose est la plus avantageuse, bien qu'en ce cas, le bailleur exerce généralement moins de contrôle et se borne à percevoir la redevance. Une courte durée de bail, sans certitude de renouvellement après l'expiration, poussera en revanche plus facilement à la culture à outrance et à l'appauvrissement du sol.

4. Bien que cette théorie soit surtout basée sur le bail, ainsi qu'il s'est développé depuis le Moyen-Age, elle est aussi valable pour l'Antiquité Romaine. Bien que le bail romain diffère en un point essentiel, sur lequel je reviendrai plus tard, de l'image esquissée, on peut soutenir cette théorie en s'appuyant uniquement sur certains principes de base: il s'agit de principes si élémentaires qu'ils ont dû être en vigueur pendant l'Antiquité Romaine. Mais on peut aussi illustrer cette théorie en se rapportant aux sources.

C'est Pline le Jeune (*Ep.* 9, 37) qui donne la meilleure illustration de la mauvaise position économique et de la dépendance du métayer: malgré de grosses *remissiones*, les fermiers de Pline ont vu s'accroître considérablement leurs dettes (*reliqua*). Ils n'ont plus l'espoir de jamais pouvoir s'en acquitter et se livrent à l'exploitation à outrance parce que leurs efforts ne pourront leur profiter: *rapiant consumantque quod natum est, ut qui iam putent se non sibi parcere.* Pline ne voit qu'une seule solution: passer au métayage — contre quel pourcentage de récolte, cela n'est pas connu — et désigne ensuite quelques-uns de ses esclaves pour assurer un bon travail et surveiller les résultats (*operis exactores custodes fructibus*). Il apparaît

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ainsi que c'est une fiction de croire que le colonat partiaire éviterait au propriétaire les frais d'un appareil de surveillance de la production[26]).

Il n'est pas dit explicitement que Pline se commette, financièrement, dans les entreprises de ses métayers. Mais, vu leur mauvaise position financière, il ne peut en être autrement. Il a dû, en tout cas, prendre les dettes de ses *coloni* pour son propre compte, et a probablement dû fournir les semences: même si les *coloni* étaient des viticulteurs, ce qui n'est pas certain et même pas vraisemblable (voir *infra*), ils devaient cultiver du blé, fût-ce même uniquement pour l'autoconsommation.

La participation financière du bailleur est, en tout cas, parfaitement évidente dans les inscriptions africaines. Les *coloni* qui plantent de jeunes figuiers ou des ceps de vigne, ont le droit d'en garder le fruit pour eux-mêmes pendant cinq années; pour les oléastres, la règle est implicitement la même. Dans la culture d'arbres fruitiers, le terme est de sept ans; dans l'oléiculture, la récolte totale reste, pendant dix années, la propriété des *coloni*. Ensuite, ils doivent verser 1/3 de la récolte[27]). La raison de cette exemption temporaire de la redevance réside, naturellement, dans le fait que les jeunes plants ne portent que peu ou pas de fruits, et que la récolte des *coloni*, pendant cette période, est maigre. Mais cela implique aussi que le bailleur ne touchera rien pendant ce laps de temps et qu'il porte donc une partie importante des frais d'investissement[28]). La conception selon laquelle les *coloni* en Afrique offraient de gros avantages parce qu'ils épargnaient au propriétaire les frais d'investissement pendant le défrichement et la plantation de vigne et d'oliveraie, est donc fausse. Comment pourrait-il en être autrement? L'arboriculture ou la culture arbustive, mais surtout la viticulture, nécessitent de lourdes mises de fonds[29]). Comment les *homines rustici tenues manum nostrarum operis victum tolerantes* (*CIL* VIII 10570, III, 20) pourraient-ils être capables de s'occuper de telles cultures pour leur propre compte[30])?

De plus, les sources confirment que le métayage implique un partage des risques. La définition que donne le juriste Gaius dans le Digeste (19, 2, 25, 6): ... *partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur*, est très claire. Il partage donc les pertes — mais aussi les profits. Il doit résulter de ceci que le métayer romain sera moins poussé à faire des efforts; en ce qui le concerne, on ne peut maintenir qu'il eût intérêt à produire une récolte maximale, ni que le colon eût avantage à ce que la redevance soit en nature.

Enfin, on ne peut soutenir que dans ce système, qui découle du métayage et dans lequel la redevance se compose d'un pourcentage de la récolte, le bailleur reçoive des revenus bas, mais constants: ses revenus varient en fonction de la récolte.

La théorie du métayage se voit donc confirmé par les sources et trouve aussi sa validité dans l'Antiquité Romaine. Il existe, cependant, une exception: cette théorie ne peut être appliquée s'il s'agit de métayage dans un bail public (d'État ou de *municipium*). L'entremise des autorités rend la situation foncièrement différente. Tout d'abord, il est, dans de tels baux, question de fait, sinon formellement, d'emphytéose[31]). Ainsi qu'il l'a déjà été dit, le propriétaire de la terre s'intéresse généralement moins au succès ou aux échecs de l'exploitant et se borne principalement à toucher la redevance. Cela doit être particulièrement vrai pour l'État ou la commune. Dans ces cas, en outre, la redevance est vraiment basse: chez Hygin, 1/5 et 1/7, chez Appien, 1/5 et 1/10, et en Sicile, 1/10. Chez Dion Chrysost. 7, 36-37, où aucun pourcentage n'est spécifié, il est question d'une μοῖρα ὀλίγη. Ces pourcentages se rapprochent des redevances que donne K. Brandt pour le fermage (*supra*, § 3); ils

26) E. Smadja, 431, l'a déjà fait remarquer, dans la discussion qui a suivi la conférence de Kolendo, sans influencer pour autant la réaction de ce dernier.

27) *CIL* VIII 25902, II, 17-III, 12; 25943, III, 9-13; 26416 , III, 7-11.

28) Pour la participation aux frais d'investissement, à cause de l'absence de revenus pendant les années improductives du vignoble, voir Colum. *RR.* 3, 3, 8.

29) Varron, *RR.* 1, 8, 1; cf. aussi Colum. *RR.* 3, 3, 4-6; 4, 3, 3; R. Duncan-Jones, *The Economy of the Roman Empire* (Cambridge 1974), 34 et 39.

30) On pourrait soutenir que cette expression est une phrase de politesse; mais je ne le crois pas: la réalité que traduisent ces mots se retrouve dans l'accord suivant lequel les *conductores* portent une partie des frais d'exploitation.

31) Cf. Paul. *D.* 6, 3, 1 pr.; M. Kaser, *Die Typen der Bodenrechte in der späten römischen Republik*, ZRG 62 (1942), 36-37.

32) Cf. F. Millar, *The Emperor in the Roman World* (London 1977), 177 sqq.; cf. pour la position du *Princeps* aussi Mommsen, *op. cit.*, II, 749.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

métayage, puisqu'une meilleure récolte ne lui rapporte rien de plus.

L'apport d'une partie ou de la totalité de l'*instrumentum* par le bailleur peut impliquer que le fermier avait besoin de moins de capital initial. Dans ce cas-ci, en revanche, la redevance était rélativement élevée et de tels fermiers faisaient, depuis le début, face à de lourdes charges financières. Cela pourrait expliquer les difficultés auxquelles étaient constamment confrontés les fermiers de Pline le Jeune[42]) — bien que nous ne sachions pas si Pline a livré de l'*instrumentum*. Malgré cela, la correspondance de Pline confirme parfaitement que le bailleur ne s'occupait pas de l'organisation de l'entreprise en cas de fermage. Pline se rend régulièrement sur ses domaines, mais seulement pour signer des contrats, écouter les doléances et, sans aucun doute, pour exercer la surveillance générale, ainsi qu'il est de mise pour un bon bailleur[43]). Ce n'est que lorsque la situation des fermiers est devenue telle que Pline doit avoir recours au métayage, qu'on en vient à l'ingérence dans l'entreprise.

L'apport de l'*instrumentum* par le bailleur n'est, par définition, pas une preuve de l'indigence du fermier. Le juriste Ulpien illustre ceci dans *D.* 19, 2, 19, 2 lorsqu'il dit que, à moins qu'il n'en soit conclu autrement, le bailleur se charge des *dolia ... et praelum et trapetum instructa funibus*, ainsi que de *aenum, in quo olea calda aqua lavatur, ut cetera vasa olearia ... sicuti dolia vinaria*. Le *colonus* se charge lui-même du petit *instrumentum*. Le fait que le *colonus* puisse seulement louer ces pièces onéreuses, est pour A. Steinwenter une preuve que le capital mobile du *colonus* était insuffisant[44]). Mais, en dehors du fait que le passage indique seulement qu'il est normal que le bailleur *livre* (*soleat praestare*) ces pièces, et que rien n'est dit sur la réglementation de cet apport (soit que l'*instrumentum* soit compris dans la redevance, soit qu'il en soit fait mention spécifiquement), cette disposition a une raison d'être très pratique: les presses sont si

42) Plin. *Ep.* 5, 14, 8; 7, 30; 9, 15; 9, 36; 9, 37; 10, 8 (*continuae sterilitates cogunt me de remissionibus cogitare*). Voir aussi Martin, *op. cit.*, 85.

43) Brandt, *op. cit.*, 546-548; 553.

44) Steinwenter, *op. cit.*, 31. Th. Mayer-Maly suit son exemple, *Locatio Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht* (Wien 1956), 121. On trouve déjà un tel raisonnement chez H. Gummerus, *Der römische Gutsbetrieb* (Leipzig 1906), 48.

lourdes qu'il serait insensé de s'attendre à ce que le *colonus* les apporte lui-même. Il en va sensiblement de même pour les *dolia*, enfouis dans la terre[45]). Cela veut donc dire que, bien que, formellement et juridiquement, ces éléments ne puissent que faire partie de l'*instrumentum*, ils appartiennent pratiquement aux biens immobiliers, et il est normal que ces biens soient inclus dans le bail, au même titre qu'une *villa* mise à la disposition du preneur[46]).

Pour tout fermier ne possédant qu'un capital insignifiant, il est, en définitive, absolument exclu de cultiver un vignoble ou une oliveraie: en raison de la lourde mise de fonds que nécessitaient ces cultures, le fermage correspondant était élevé. Ceci est évident si l'on se réfère à Scaevola, *D.* 19, 2, 61 pr.: le fait qu'un *colonus* ait planté des ceps, donnait lieu à une hausse de la redevance de dix *aurei* par an, — hausse importante que le *colonus* ne pouvait payer, avec en plus la conséquence qu'il était destitué de ses terres.

Une lettre de Pline le Jeune mentionne aussi le capital exigé pour la viticulture (*Ep.* 10, 8). Là, des *agri*, cultivés en vignoble, doivent être, à nouveau, cédés en bail. La redevance s'élève à plus de 400.000 *HS*, c'est-à-dire plus que le cens équestre[47])! Même si cette somme est due pour l'ensemble de cinq années de bail — ce qui n'est pas à exclure à priori[48]) —, cela représente une somme énorme.

Il en découle qu'il n'était pas facile de céder en bail, soit à un seul preneur, soit en les morcelant, des exploitations où prévalaient la culture de la vigne ou de l'olivier[49]). La première solution exige toujours un gros capital mobile et il est vraisemblable que, de tout

45) Ulp. *D.* 19, 1, 17 pr.; 33, 7, 8 pr.; K. D. White, *Roman Farming* (London 1970), 427.

46) Alf. *D.* 19, 2, 30, 4; Ulp./Lab. *D.* 19, 2, 11, 4. Voir aussi la définition de *fundus* comme *ager cum aedificio* chez Florent. *D.* 50, 16, 211.

47) Je ne vois pas la nécessité d'admettre comme Crook, *op. cit.*, 314-315, n. 94, que "'novus colonus may be singular to imply plural'".

48) Strictement parlant, nous devons faire la distinction entre *merces*, la redevance pour la totalité du bail, et les *pensiones*, les termes de payement de la *merces* (cf. le *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* (Berlin 1903-...), IV, 600-602, s.v. *pensio*). Le langage n'est d'ailleurs pas toujours exact.

49) Le fait que le fermier devait être capable de payer des travailleurs (que ceux-ci soient des esclaves ou des salariés n'importe pas), alors qu'il n'avait pas encore pu percevoir les revenus de la récolte, implique qu'il devait jouir d'un certain capital.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

temps, le nombre de fermiers en puissance était relativement restreint[50]). La deuxième solution semble impossible, car une exploitation agricole axée sur la production de la vigne ou de l'olivier, prospère au maximum, si sa structure est caractérisée par une assez grande étendue, un caractère 'industriel' (avec des machines qui transforment la récolte en produit terminal) et une forte centralisation, tant pour l'achat et l'emploi des machines que pour la direction de la main-d'œuvre; en d'autres mots, des exploitations que nous pouvons qualifier de plantations[51]). Le petit fermier se situe mal dans un tel système centralisé, à cause de son mode d'exploitation indépendant qui va à l'encontre de la centralisation.

P. A. Brunt a suggéré[52]) que, dans la viticulture, le fermage d'exploitations morcelées est concevable si la plantation a déjà été réalisée et si les grandes mises de fonds ont déjà été effectuées, ou si le bailleur livre une partie de l'*instrumentum*. Cette solution ne semble pourtant pas bien résoudre le problème, car, dans les deux cas, elle donne lieu à une redevance élevée, vu les investissements déjà réalisés. On conçoit mieux que le bailleur conservait une partie des mises de fonds, telle que les presses, en propre gestion, et que le preneur avait l'obligation d'y faire presser sa récolte. Plus tard, des parallèles existeront pour de tels arrangements[53]), mais la pratique n'en peut être déduite, ni de la correspondance de Pline, ni des sources romaines en général. A moins que Columelle, *RR.* 1, 6, 21, nous n'en donne une indication lorsqu'il conseille de placer autour de la *villa* un four et un moulin à blé correspondant au nombre des futurs *coloni*. Personnellement, je ne le crois pas, surtout parce que tout semble indiquer qu'ici les *coloni*, dont il est question, sont tout simplement 'la main-d'œuvre', et non les fermiers[54]).

En général, on ne peut déduire de la correspondance de Pline le Jeune que des petits fermiers se soient occupés de la culture de la vigne: sauf le riche *colonus* de *Ep.* 10, 8, "there is no evidence that the bulk of Pliny's tenants were concerned with viticulture, which occupied only a limited part of his Tuscan estate"[55]). Dans les autres lettres où il est question de la vente de la récolte du vin (*Ep.* 8, 2; 9, 20), il s'agit, comme l'a très justement vu A. N. Sherwin-White[56]), de produits du domaine, qui a été directement exploité[57]) par des esclaves[58]).

5. Quelques mots, enfin, sur les corvées, ou *operae*, que nous connaissons dans les domaines africains, mais qui, selon certains, généralement adeptes de Max Weber, auraient aussi existé en Italie[59]).

En général, cette opinion tient trop peu compte du fait que les corvées ont toujours été liées, plus tard, à la seigneurie, à laquelle était ordinairement jointe une juridiction de première instance[60]). Il est remarquable de voir qu'il en est aussi question dans les domaines africains, bien que la juridiction en réside chez les procurateurs impériaux, et non chez les *conductores* qui profitent de ces *operae*[61]). Cependant, il n'est pas à priori tout à fait impossible que,

50) Cf. aussi M. I. Finley, *The Ancient Economy* (London 1973), 114.

51) Voir P. W. de Neeve, *Colonus. Private Farm-tenancy in Roman Italy during the Republic and the early Principate* (Amsterdam 1984), 75-78.

52) *Italian Manpower, 225 B.C.-A.D. 14* (Oxford 1971), 709.

53) Cf. De Neeve, *op. cit.*, 88.

54) Cf. aussi De Neeve, *op. cit.*, 58-59, n. 124.

55) Sherwin-White, *op. cit.*, 259.

56) Sherwin-White, *op. cit.*, 449 et 500.

57) Que "lorsque Pline le Jeune évoque ses problèmes de *producteur*, c'est toujours en viticulteur qu'il parle" (Martin, *op. cit.*, 74) ne joue aucun rôle quant à la surface occupée par le vignoble sur la totalité de la superficie: car 1°, le vin était le seul produit spécifiquement destiné à la vente, les autres produits étant complémentaires et visant primordialement à l'autoconsommation (cf. aussi Martin, *op. cit.*, 75); 2°, ce que les *coloni* cultivaient, importait peu pour Pline. Il touchait la redevance, les fermiers gardaient les produits. On ne peut donc s'attendre à une spécification des annotations. Incontrôlable et improbable est donc aussi l'opinion de, par exemple, W. E. Heitland, *Agricola* (Cambridge 1921), 320, que "most of his (sc. Pliny's) lands seem to have been under vines".

58) Annequin, 433, suggère (ainsi que Clausing l'a déjà fait avant lui, *op. cit.*, 268) que Pline le Jeune n'a pas employé d'esclaves. Mais l'accent réside dans la phrase où il est question de *sinctus* (*Ep.* 3, 19, 7); Pline n'avait pas d'esclaves *enchaînés*, qui étaient meilleur marché que des esclaves non-enchaînés, mais cela n'implique pas qu'il n'employât pas d'esclaves.

59) Weber, *op. cit.*, 245; cf. aussi Mazza, 458 avec n. 102.

60) Brandt, *op. cit.*, 526; Slicher van Bath, *op. cit.*, 35-36; 156.

61) Th. Mommsen, *Das Decret des Commodus für den Saltus Burunitanus*, Ges. Schr., III (Berlin 1907), 166-167; 171-172; M. Rostowzew, *Studien zur Geschichte des römischen Kolonates* (Berlin/Leipzig 1910), 371; A. Schulten, *Die römischen Grundherrschaften* (Weimar 1896), 98. Voir aussi pour l'autorité des procurateurs, N. D. Fustel de Coulanges, *Le Colonat Romain*, dans *Recherches sur quelques problèmes d'histoire* (Paris 1885), 30-31, avec renvoi à Callist. *D.* 1, 19, 3, 1 et *SHA Gord.* 7, 2. Weber, *op. cit.*, 244 et 254, fait aussi la liaison entre les *operae* et 'Erbunterthänigkeit', et souligne leur caractère de droit public. Il pense cependant qu'ils sont dus "dem conductor qua Obrigkeit".

Senato della Repubblica - Archivio Storico

536

dans un contexte uniquement privé, contrairement aux périodes postérieures, des corvées aient été exigées. On pourrait admettre que les *operae* existaient déjà dans une *Lex Manciana* privée, à l'origine, dans laquelle il ne peut être question de quelque forme de juridiction du propriétaire ou du teneur. Mais c'est un problème qui nécessite une plus ample discussion, et l'existence d'*operae*, dans le bail privé en général, ne doit pas être admise d'office. D'ailleurs, le fait que le fermier, du moins, est en principe un entrepreneur autonome, indépendant de son bailleur, s'accorde mal avec les corvées.

A tout ceci s'ajoute que l'opinion de Weber et de ses adeptes, découle d'une mauvaise interprétation du mot *opus* chez Columelle, *R.R.* 1, 7, 1[62]). Ainsi que je l'ai exposé en détail autre part, tout le passage contenant ce mot doit être vu contre l'arrière-plan du droit de rémission, que les Romains connaissaient sous le nom de *remissio mercedis*[63]). Cela veut dire que le fermier, et non le métayer (Gai. *D.* 19, 2, 25, 6), peut obtenir une diminution proportionelle de la redevance[64]), s'il y a une mauvaise récolte par cas fortuit, ce que le juriste Gaius définit par θεοῦ βία, et que les Anglais nomment 'Act of God'. Une mauvaise mise en valeur des terres ne pouvait donner lieu à une rémission[65]). C'est pourquoi Columelle insiste sur *opus*, le travail de la terre, parce que cela évite des difficultés. "Car si la terre est cultivée assidûment (*sedulo*), cela procure en principe du profit, et jamais une perte, à moins qu'un temps particulièrement mauvais ou des voleurs" — exemples typiques de 'Acts of God' — "n'aient ravagé la terre; c'est pourquoi (*sc.* ces circonstances ne s'étant pas présentées, il n'y a pas de mauvaise récolte, puisque la terre a été bien travaillée) le *colonus* n'ose pas demander de rémission".

Du reste, Columelle confirme aussi dans ce passage l'autonomie du fermier: la relation avec la *remissio mercedis* prouve que les profits

62) Voir pour une réfutation de la signification de *opus* comme *operae* aussi Finley, *op. cit.* (n. 39), 119-121, quoiqu'il n'en donne pas une bonne interpétation.

63) Ulp./Serv. *D.* 19, 2, 15, 2; Gai. *D.* 19, 2, 25, 6; Ulp./Pap. *D.* 19, 2, 15, 4; Ulp. *D.* 19, 2, 15, 3 et 5; 50, 8, 3, 2; *Cf.* 4, 65, 8. Voir mon article *Remissio Mercedis*, ZRG 100 (1983), 296-339, spécialement 311-313.

64) Ulp. *D.* 19, 2, 15, 7.

65) Cf. aussi Ulp. *D.* 19, 2, 15, 3.

et pertes (*compendium* et *detrimentum*) étaient pour le compte du *colonus* et non du *dominus*. L'insistance sur l'*opus* n'est rien de plus que la surveillance générale que tout bon bailleur doit exercer sur l'état de ses terres affermées; ce n'est pas une ingérence dans l'exploitation. Comment pourrait-il en être autrement puisque Columelle, dans ce même chapitre (*RR.* 1, 7, 6-7), donne comme opinion qu'un bail ne doit être conclu que si le *dominus* n'est pas à même de visiter régulièrement ses *fundi*?

6. En conclusion, il apparaît que le bail privé romain correspond entièrement à la théorie moderne: nous devons établir une distinction entre le fermier et le métayer. Le fermier est, en principe, un entrepreneur autonome. Dans ce cas, le bailleur est exempt des frais d'exploitation et de l'ingérence dans l'entreprise, il ne court aucun risque et a des revenus fixes, bien que, peut-être, moins élevés que dans l'exploitation directe par des esclaves[66]). De l'autonomie du fermier découle, cependant, qu'on ne peut le considérer comme un membre du personnel ou comme un employé[67]): fermage et esclavage sont deux systèmes d'exploitation fondamentalement différents. Dans le fermage, on peut à peine parler de dépendants, ou seulement dans un sens très limité, c'est-à-dire que les fermiers, dans une société agraire, sont, en général, immobiles et très liés et subordonnés à leurs terres.

Le métayer, par contre, est plutôt un dépendant, à cause de l'ingérence du bailleur dans la direction de l'exploitation, une ingérence qui implique que le bailleur n'est certainement pas sans soucis. Il ne l'est déjà pas parce qu'il est financièrement intéressé dans l'exploitation et qu'il porte une partie des risques. Cela signifie aussi que ses revenus varient en fonction de la récolte. Par contre, du moins en Afrique, le bailleur peut profiter du travail du métayer, sous forme de corvées. Mais qu'il en soit ainsi dans d'autres parties de l'Empire, n'est pas certain à priori.

66) Il n'est pas tout à fait clair s'il en est véritablement ainsi. Un facteur qui y joue un rôle est le coût des esclaves (par exemple le prix d'achat ou la nourriture, et l'entretien). Le problème est d'ailleurs sans importance pour notre propos.

67) *Contra* M. W. Frederiksen, *Theory, Evidence and the Ancient Economy*, JRS 65 (1975), 169.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Tout ceci donne à réfléchir sur le problème de la rentabilité des *coloni* par opposition aux esclaves. Je n'ai pas l'intention d'approfondir ce sujet; j'ai seulement voulu apporter des données qui faciliteraient une discussion convenable du problème.

GELDERMALSEN, Willem de Zwijgerweg 109

MISCELLANEA

PINDAR, *NEMEAN* XI 48, ONCE MORE

In order to refute my objections to his interpretation of *Nem.* XI 48, made above (Mnemosyne 36 (1983), 153), W. J. Verdenius argues (pp. 153 f.) that there is nothing "quaint" in the omission of εἶναι, because ellipse of this kind is extremely common. I can agree: in my suggested translation of the line this ellipse is presupposed, and my note on Plato, *Phlb.* 227 c 4, referred to by V., deals with this phenomenon. But is it "extremely common in all kinds of construction"? Not, in my opinion, in the combination of the verb with a partitive genitive (cp. LSJ εἰμί C II c; K.-G. I 372 f., Schw.-Debr. II 122 f.) Quaint it remains.—The "Pindaric *topos*", formulated by V., would not be a truism (though Pindar does not always shun truisms). But the subsumption of "passions whose violence exceeds the measure" under "unrealizable desires" would be a very flat one.

WOLPHEZE, Duitsekampweg 28c G. J. DE VRIES

PLATONIC DIALOGUES PERFORMED?

The combination of sound knowledge in matters of semantics, lexicology and syntax with stylistic sensitivity makes Professor Holger Thesleff's contributions to Platonic scholarship highly valuable. The author of the present lines has often testified to his appreciation of them. Now he will try to make two points against Thesleff's recently published *Studies in Platonic chronology* (Comment. Hum. Litt. 70, 1982); not to give a full review, in which far more would have to be said. There is no need to state that disagreement does not impair his appreciation; an occasional friendly scrap can enliven scholastic life.

1) A. Diès[1]) has sketched the reception of a distinguished visiting scholar in the Academy. He was offered "le régal que nos universités du Moyen Age offraient au leur: une joute dialectique". Some months later Plato will perhaps transpose this 'happening' into a literary scene in which Socrates occupies the centre, into a 'Platonic dialogue'. Thus "le dialogue écrit restera, pour la forme comme pour le fond, l'écho direct du dialogue joué". Diès' notion 'transposition' makes his position preferable to the one taken by Ryle for whom the early dialogues are "case-books of recent Moots", "dramatized Hansards of combinations", "dramatized minutes of his tutorial Moots", "dramatized partly to help students to remember

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Rosafio

DE AGRICULTURA

IN MEMORIAM PIETER WILLEM DE NEEVE

(1945-1990)

J.C. GIEBEN, PUBLISHER

AMSTERDAM 1993

Senato della Repubblica - Archivio Storico

EDIDERUNT ET CURAVERUNT:

HELEEN SANCISI-WEERDENBURG

R.J. VAN DER SPEK

H.C TEITLER

H.T. WALLINGA

DUTCH MONOGRAPHS ON ANCIENT HISTORY
AND ARCHAEOLOGY

EDITORS

F.J.A.M. MEIJER - H.W. PLEKET

VOLUME X

CIP-DATA KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

De agricultura

De agricultura : in memoriam Pieter Willem de Neeve / ed. by
H. Sancisi-Weerdenburg, R.J. van der Spek, H.C. Teitler, H.T. Wallinga. -
Amsterdam : Gieben.
- (Dutch monographs on ancient history and archaeology,
ISSN 0924-3550 ; vol. 10)
ISBN 90 5063 070 7 bound.
Subject headings: agriculture ; history ; Classical Antiquity.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

540

THE EMERGENCY OF TENANCY AND THE *PRECARIUM*[1]

PASQUALE ROSAFIO

1 AN ORIGINAL THEORY ON THE GROWTH OF TENANCY

In the most recent studies on Roman agriculture the problem of tenancy has been separated from that of the colonate and investigated as an independent phenomenon.[2] An original and fruitful approach to this problem was offered by De Neeve. He overcame the traditional barrier between Roman historians and historians of Roman law. His remarkable knowledge of the literary and epigraphic sources was matched by that of the juridical sources. From the assimilation of these two different kinds of evidence he came to the conclusion that tenancy emerged as a significant phenomenon at the end of the second century BC. What was apparently only a traditional study of the terminology concerning tenancy and tenants, in fact corrected a superficial assimilation of the word *colonus* to the figure of the tenant, which had been taken for granted in almost all previous studies. His solid philological background allowed him to elaborate his theory of the growth of tenancy.

De Neeve showed that Cato in his work did not mention tenancy or share-cropping, whereas the opposite has often been maintained (De Neeve 1984: 201-211). In fact, the only passage of Cato (*Agr.* 137), which could imply the existence of a tenant, refers to a peasant who did not rent a piece

[1] My grateful thanks to Dick Whittaker, Peter Garnsey, Elio Lo Cascio for their friendly and assiduous encouragement in supervising and commenting on my PhD thesis from which this paper is taken. English in the final version has been corrected by Peter Spring.

[2] Capogrossi 1986: 329 has pointed out that traditional studies have regularly confused these two problems which should be treated separately from each other. He argues that tenancy and colonate were two distinct phenomena which developed in a parallel, but independent way: the former on the institutional level, the latter on the social and economic level. Capogrossi has observed that only in a series of recent studies beginning with an article by Finley 1976 and culminating in De Neeve 1984 this new approach has been adopted.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

of land, but carried out specialized work (*curatio vineae*). De Neeve observed that the word *colonus* appears for the first time in Cicero with the undisputable meaning of 'tenant' (De Neeve 1984: 39-40). Before Cicero there are only two authors who refer to tenancy, Terence and Saserna. But in the former the presence of tenancy could reflect the reality of his Hellenistic model (De Neeve 1984: 73-74), while the latter, whose words are quoted by Columella, was probably discussing Cisalpine Gaul, where agricultural production was isolated from important markets and where the phenomenon was therefore connected with local consumption (De Neeve 1984: 40-42). Moreover, we do not know whether Columella was referring to Saserna father or son. If the latter, the attestation of tenancy would chronologically fit with the period of the growth of tenancy proposed by De Neeve. In any case, De Neeve's analysis aims to prove not that tenancy did not exist at all before the second half of the second century BC, which would be an argument *ex silentio*, but that tenancy was an insignificant phenomenon before that period.

De Neeve's arguments are not a mere philological dispute. Dating the emergence of tenancy to the end of the second century BC has important consequences from a social and economic point of view. The spread of tenancy in this period in Italy was connected with the transformation of the *ager publicus* into *ager privatus*, which – as I shall try to show in this paper – led to the transformation of many citizens from clients into smallholders, tenants, soldiers and urban residents. In other words, the structure of Roman society became more differentiated and the economy assumed a more developed character.

Let us analyse de Neeve's arguments more closely (De Neeve 1984: esp. 119-174). He argues that tenancy was not suitable for plantation agriculture, which required a major capital investment. On the contrary, he sees the importance of the latter form of economic exploitation in connection with the wide availability of slaves in the second century BC. In addition, he points out that possessing a plantation was a status symbol, since it enabled its owner to maintain a certain style of living. On the other hand, De Neeve admits that tenants could have been employed on smallholdings, which were not suitable for plantation agriculture. But he assumes that landowners did not find such holdings convenient, since grain prices were low in the second century BC. According to De Neeve, *clientela* probably continued to play an important role. But he points out that the position of clients was clearly distinct from that of tenants. In fact, the former were independent farmers, who presumably did not pay any rent. De Neeve further buttressed his theory on the growth of tenancy with linguistic and juridical arguments. In his view, terms like *merces*, *locare*, *conducere*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

referred in the earlier period to *locatio operis* ('contracting of work') or *locatio operarum* ('wage labour'), but not to tenancy.[3] Moreover, the word *colonus* was not yet used in the sense of 'tenant' alongside that of 'farmer.'[4] In addition, the juridical sources show that the basic principles concerning the contract of rural tenancy were established by the turn of the second century BC. De Neeve singles out for special attention the Salvian interdict, which introduced the rule of pledging the tenant's property as a guarantee for the payment of rent. In his opinion the Salvian interdict was both cause and effect of the growth of tenancy.

De Neeve notes that there is no satisfactory explanation for this increase in tenancy. He stresses the fact that scholars have generally studied tenancy in a period when it was already widespread – in connection with the decline of slavery – neglecting its earlier development. He then gives his own explanation, though this is not totally convincing. From a parallel with other historical periods, he observes that there is a connection between the price of land, rents and the price of grain. Thus the increase in the grain price, which is often due to an increase in population, stimulates the purchase of land and the leasing of it at higher rents. He then argues that in the last century of the Republic grain prices in Italy rose following the influx of immigrants to the city of Rome, attracted by the State's provision of subsidized and later free grain. In fact, much of the grain imported into the city of Rome had the status of tax-grain and rent-grain, and so bypassed the market. Moreover, as De Neeve himself remarked, following Rickman (1980: 160; cf. De Neeve 1984: 129 n.47), wheat prices would have fallen as a result of the distribution of state grain at a fixed, low price. In addition, as Garnsey (1987: 83-88) has observed, Rome was commonly supplied with more wheat than was needed, while during periods of shortage the opposite occurred. Therefore, it would be more prudent to speak in terms of a continuous fluctuation than a steady rise in grain prices.[5]

De Neeve is more convincing when he links a growth of tenancy with land allocations in the first century BC, which benefitted around 250,000 people

[3] Amirante 1959 came to the same conclusion.

[4] Brosz 1959 made an interesting analysis of the semantic evolution of the word *colonus*, in which he showed that the term's change of meaning coincided with the major transformations of Roman society.

[5] In fact, it is theoretically possible to have a price curve that is moving upwards while fluctuating, but in the case of Rome we do not have enough data to prove such a phenomenon.

Senato della Repubblica Archivio Storico 543

between 81 and 25 BC (Brunt 1971: 342-344).[6] The result of land allocations was the creation of a number of new smallholders, who did not have any farming experience. Sometimes the recipients were higher-ranking veterans, who were not interested in the cultivation of their land[7] and rented it to the previous owners (Hor. *Sat.* II 2.115; cf. De Neeve 1984: 135). More commonly, assigned land was put up for sale for a variety of reasons, and was bought up by rich landowners, who, not being able to integrate single, scattered properties into medium-sized slave estates, found it convenient to rent them out to individual tenants.

De Neeve correctly emphasizes the transformation of most of the *ager publicus* into *ager privatus* after 111 BC. However, he does not stress an element which strongly supports his theory of a growth of tenancy from the end of the second century BC. As Fustel de Coulanges pointed out, before the third century BC aristocrats with *possessio* of *ager publicus* did not theoretically have the possibility of renting it out, since they could not negotiate a legal contract of *locatio/conductio* on this kind of land (Fustel de Coulanges 1890: 89). In any case, the *leges de modo agrorum* did not allow any citizen to hold more land than he could cultivate. Although the rich regularly ignored these laws, they could not set up a contract of tenancy on illegally held lands. In this respect, the villa system was the only possible form of exploitation from which the rich could derive a revenue. But, on the other hand, can we really imagine that in Italy in the second century BC the labour-force employed in agriculture consisted only of slaves?

2 THE SURVIVAL OF INDEPENDENT FARMERS AFTER THE HANNIBALIC WAR

Where did the tenants come from? How were the *ager publicus*, and the properties of the wealthy in general, worked? Some tenants were doubtless former peasant proprietors who had lost ownership of their land. This would be accepted by virtually everyone who has investigated the social and economic developments that followed the Second Punic War and the expulsion of Hannibal from Italy. A brief summary of these developments is necessary at this point.

[6] According to Skydsgaard 1969: 36, 750,000 smallholdings arose between the Gracchi and Augustus; cf. also Keppie 1983: IX: "Between 47 and 14 B.C., at least 130,000 time-served veterans of the Roman army received land grants in Italy at the hands of Caesar, the Triumvirs or Augustus."

[7] In Gabba's opinion (1976: 47), soldiers often refused to return to their rural work.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

In defeating Hannibal and his allies, the Romans won substantial booty but also made large territorial gains. These were used to found new colonies on conquered soil. The political rather than economic aim of these colonies was stressed by Rostovtzeff who pointed out that most of them were founded in areas most vulnerable to attack, that is in northern Italy. By contrast, the South, which was less exposed to invasion, largely missed out on colonial settlement in the post-Hannibalic War period, with the exception of Campania (Rostovtzeff 1957: 15).

The North-South division was also stressed by Toynbee, who argued that the Punic wars dramatically transformed the economy of Italy. In particular new forms of pastoralism and agriculture developed which were oriented towards the market rather than subsistence production. But these changes were restricted to certain regions of Italy – the South in the case of pastoralism, the central regions around Rome in the case of agriculture. Campania, however, remained in the hands of independent small proprietors. The situation was different in northern Italy, where colonies of smallholders were established in the territories of the Gauls and the Ligurians. In these areas subsistence agriculture persisted. The net effects of these developments, according to Toynbee, were as follows: a decline of the free peasantry; an expansion of the land available for purchase at a low price; investment of capital in plantation agriculture and in specialized transhumant pastoralism; the introduction of slaves as the workforce of the new plantations, an enlargement of markets following the new conquests and the influx of displaced peasants into expanding cities (Toynbee 1965: esp. II 155-189).

Toynbee's theory needs drastic revision, especially his belief in dramatic change. His reconstruction is essentially based on the literary sources,[8] which are impressionistic and tendentious[9] and need to be evaluated in the light of other evidence, particularly archaeological. More recently, scholars have argued for gradual rather than sudden transformation of the Italian economy. Transhumant pastoralism can be plausibly traced back to an earlier period (Gabba-Pasquinucci 1979; Gabba 1988: 135), and its scale in the second century BC has been questioned (Garnsey 1988). Nor did the 'slave villa' originate in the post-Hannibalic War period, as the archaeological evidence seems to show (Frederiksen 1971; Torelli 1981).

[8] These sources are conveniently collected and commented by Scalais 1930.
[9] Many doubts on the reliability of the literary sources were raised by Frederiksen 1971. Cf. also Capogrossi 1979: 331, who has emphasized the influence of the conservative propaganda on the idea of the complete disappearence of small independent farmers.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Further, the decline of the peasant proprietor was not dramatic even within the geographical limits set by Toynbee, that is to say in central-southern Italy. In discussing literary sources Kuzishin reached the conclusion that southern Italy was populated not just by shepherds, but also by many Roman citizens, who were smallholders (Kuzishin 1982: 51). Moreover, the presence of smallholders can also be proved for central Italy. In fact, Cato points to the employment on slave estates of temporary seasonal labour, drawn in all probability from free smallholders who lived nearby.[10] It seems, therefore, that the agricultural workforce was more diversified than is envisaged in the theory of the abrupt replacement of free peasants with slaves. Free smallholders, who also served in the capacity of day labourers, survived alongside the slaves.[11] Finally, in all areas of colonial settlement in the second century BC, and therefore principally in the North, the main beneficiaries of land were, precisely, peasant proprietors. The survival of many or most of these smallholders was made possible by the accessibility of unassigned common lands.[12]

With these modifications, especially that of a less dramatic decline of peasant proprietors, we can agree with De Neeve's hypothesis that displaced peasant proprietors are likely to have made up a part of the class of tenant farmers, when this emerged.

3 CLIENTS AND *PRECARIUM*

But there is also another, sometimes neglected, category of agricultural workers which is likely to have supplied tenant farmers, that is clients.[13] It is not necessary to discuss at length patron/client relations, which have been the subject of various studies (most recently, Brunt 1988: 392-442). The

[10] Garnsey 1980: 35: "The rural free at all times outnumbered rural slaves;" p. 43: "The free peasantry was never eradicated in the Roman world." Rathbone 1981: 15, after analysing the economy of the Catonian villa, comes to this conclusion: "...it is safe to assume that a slave-staffed villa cultivating vines and/or olives as cash crops depended on the seasonal hiring of free peasant labour to make these crops economically viable." But this observation can be traced back to Weber 1891: 236; cf. Capogrossi 1990: 56.

[11] The survival of independent *rustici* has also been maintained by Evans 1980. Cf. also the balanced picture given by Rich 1983: 297: "In the Gracchan period there will have been few, if any, districts of Italy from which subsistence farmers had altogether disappeared and many in which they continued to flourish. However, it would be excessively sceptical to doubt that by the time of Gracchi a good many peasants had given up their holdings."

[12] Gabba 1977: 279 sees a progressive decline of the independent farms, from the time the common lands were expropriated by the rich.

[13] According to traditional studies the etymology of *clients* is to be connected with *colere* and *colonus*, but more recent scholars believe that the word is cognate with *cluere* = to obey; cf. Richard 1978: 159.

Senato della Repubblica - Archivio Storico 546

essential point is that the relationship was based on *fides*, as is stated in the Twelve Tables. It is significant that the same source illustrates the operation of patronage by reference to the law. The patron was required to defend his clients in court, and neither side could proceed at law against the other. The obligations of clients to patrons are not spelled out.

Nevertheless, it is important at this point to stress the distinction, proposed by Von Premerstein, between 'old' and 'new' clientage, the second being characterized by the stronger presence of a new social component, that of freedmen (Von Premerstein 1901; cf. Ferenczy 1979). But Brunt has undermined the idea that clients were important throughout Roman history. His main argument is based on the fact that they are scarcely mentioned in the sources. "Clientship," he says, "appears infinitely more often in modern than in ancient writings" (Brunt 1988: 391). On the other hand, the annalists say that clients supported their patrons in the elections. This implies that clients played a significant political role. If this is true, how can we explain the silence of the sources? In my opinion, a solution can be found in Dionysius of Halicarnassus, who says that the social harmony in Rome from Romulus to Gaius Gracchus was preserved thanks to clientship (*Ant.Rom.* II 11). From the silence of our sources we can conclude that the relationship between clients and patrons was not disturbed by any spectacular historical event. Conversely, it also means that it was the continuous struggle between plebeians and patricians, from the first secession onwards, not that between clients and patrons, which interested our sources as the cause of historical change.

According to De Martino, *clientela* was important enough in archaic Rome to leave almost no room for slavery (De Martino 1974). In his opinion slavery started to play an economic role only in the fourth century BC, whereas clientage was already important at the beginning of the Republic as the episode of the Fabii at the Cremera shows (De Martino 1974: 147; Torelli 1979: 285). Another much quoted episode is that of the migration of the Sabine Atta Clausus to Rome. The Romans gave him land for his family and his clients, but the ancient authors, who reported the episode, tell us nothing about the nature of the clientage relationship.[14]

The only passage from which we can draw more detailed information is by Festus (p. 289 L), who says: *Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes adtribuerant tenuioribus ac si liberis propris* ('Senators have been called "fathers" because they had allocated parts of their land to poorer people as though they were their own children').

[14] See the comment on these sources in Capogrossi 1981: 16-18; 39-44, nn.35-41; cf. also the comments by Ampolo 1970-1971: 37-43.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

According to the most common interpretation of this passage, *tenuiores* were the clients who received plots of *ager publicus* in 'precarious' possession. 'Precarious,' or revocable, grants historically preceded tenancy as a pre-legal means of attaching free peasants to the lands of the rich owners and it is assumed that this is what Festus meant when talking of giving land as though to children of the family. That is to say, land was granted on petition for temporary use only, as Ulpian's definition of *precarium* makes clear: *Dig.* XLIII 26.1.pr. (*Ulpianus libro primo institutionum*): *precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur.*

But the connection between *precarium* and clientage, which seems to be implied in this text, has been rejected by Brunt. He thinks it is inconceivable that patrons should have farmed out their lands, on which their economic and political power was based, by an act of liberality where no payment is implied (Brunt 1988: 411). Until the end of the third century BC, however, the Roman economy was rather primitive. Although the change was not as dramatic as Toynbee assumed, nevertheless the post-Hannibalic period was characterized by an increase in production which was strictly correlated with the expansion of the market (Lo Cascio 1991: 331-336). Therefore, in the previous period the political power of the patrons was presumably more important than their economic power. We should assume that they derived their main income from their private properties, which could be exploited through unfree labour (especially through *nexi*). In addition, by granting plots of *ager publicus* to their clients, they could increase their political power. In this case, precarious possessions represented the best system of keeping the *ager publicus* under control, since the patrons could revoke them whenever the clients failed to guarantee their support.

This does not seem the right moment to rehearse the complex views of Zamorani – not discussed by Brunt. But, in short, Zamorani basically agrees with the thesis that *precarium* was created within the patron/client relationship.[15] One of the main points of his book is to show that *precarium* began as a simple, early mechanism for grants of land. Subsequently,

[15] In juridical terms, Zamorani 1969 has explained that, since *precarium* like any *vi aut clam* possession was a *vitiosa* possession, it must have existed before the praetor mentioned it in the *exceptio vitiosae possessionis*. According to Zamorani, the *possessio* was introduced when the use of *precarium* was extended to non-clients.

Senato della Repubblica - Archivio Storico 548

a corpus of legal opinion on this institution developed, but this is not strictly relevant to the point being made here concerning its origins.[16]

4 THE SURVIVAL AND TRANSFORMATION OF CLIENTS IN THE LATE REPUBLIC

As Capogrossi has underlined, Roman aristocrats had traditionally favoured extending their control of *ager publicus*, whereas plebeians were more interested in grants of *ager privatus*, as a means of securing economic independence (Capogrossi 1981: 7-9). There was, of course a risk in investing capital in land which could at any time be expropriated by the state[17] – and several attempts to reclaim *ager publicus* in Campania from private hands in the first decades of the second century BC are recorded by Livy (XLII 1). Yet, as is obvious from the sources for the Gracchi, the rich continued to hold large quantities of *ager publicus*. How was this land worked? Plutarch talks rhetorically of the gangs of slaves filling Italy: "Of the territory which the Romans won in war from their neighbours, a part they sold, and a part they made common land, and assigned it for occupation to the poor and indigent among the citizens, on payment of a small rent into the public treasury. And when the rich began to offer larger rents and drove out the poor, a law was enacted forbidding the holding by one person of more than five hundred acres of land. For a short time this enactment gave a check to the rapacity of the rich, and was of assistance to the poor, who remained in their places on the land which each had held from the outset. But later on the neighbouring rich men, by means of fictitious personages, transferred these rentals to themselves, and finally held most of the land openly in their own names. Then the poor, who had been ejected from their land, no longer showed themselves eager for military service, and neglected the bringing up of children, so that soon all Italy was conscious of a dearth of freemen, and was filled with gangs of foreign slaves, by whose aid the rich cultivated their estates, from which

[16] It should be pointed out that *precarium* was a double-faced institution. It could not only benefit a landless citizen, who received some land from his patron, but also gave an indebted smallholder the opportunity to ask for the protection of a patron in exchange for the possession of his land. Cf. Fustel 1890: 84-85, who mentioned the case of the indebted centurion who gave up his land (Livy II 23) and some legal texts. On the process leading to legal execution for indebtedness see Peppe 1981: 90.

[17] In any case, on *ager publicus* the rich probably did not have farms larger than the Catonian model. In fact, Appian (*BCiv.* I 8) seems to suggest that the application of the *lex de modo agrorum*, which restricted the ownership of *ager publicus* to five hundred *iugera*, did not affect the villas of the rich. If this interpretation is correct, the question of how the exceeding amount of *ager publicus* was exploited remains open.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

they had driven away the free citizens" (*Ti.Gracch.* 8.1; trans. B. Perrin, Loeb).

From this description of Plutarch it seems as though there was no room for free citizens in agriculture, but only for slaves. However, as we have seen, scholars believe that this picture was too pessimistic, since the existence of a number of smallholders can be proved. Is it possible to assume that also clients survived in the countryside?

According to Bernstein, clientage was still important in the second century BC, since the tribal assembly played an effective political role. Bernstein has also pointed out that the role of rural clients was particularly relevant since they filled thirty-one out of the thirty-five tribes.[18] Clients occasionally could also be employed as soldiers. A much quoted passage is that by Appian who says that in 134, just one year before the Gracchan reform, Scipio Aemilianus formed a private army that included some of his clients: "Thus Scipio was made consul a second time and hastened to Numantia. He did not take any army from the active-service-list, because many wars were being waged at the time, and because there were plenty of soldiers in Spain; but with the Senate's consent he took a certain number of volunteers sent to him by cities and kings on the score of private friendship. To these were added 500 of his clients and friends,[19] whom he joined in one body and called it the troop of friends" (*Hisp.* XIV 84; trans. H. White, Loeb).

The problem here is that we do not know if these clients were from the land or from the city, but it cannot be excluded that at least some of the clients were agricultural workers on Scipio's properties.

Further evidence comes from some authors who say that Cato the Elder at the age of 80 married the young daughter of his client Salonius (Plin. *NH* VII 61; Plut. *Cato Mai.* 24). In conveying the same information, however, Seneca the Elder calls Salonius Cato's *colonus*, not Cato's client (Sen. *Con.Ex.* VII 6.17). Seneca's confusion could be significant. In fact, he could have translated the concept of client, more common in Cato's time, into that of *colonus*, more common in his own time.

Despite this admittedly scanty evidence, it seems possible to suggest that *clientela* played a significant role in the countryside in the second century

[18] Bernstein 1978: 91-93, who however thinks that these clients were employed as tenants. De Neeve 1984: 115, has criticized Bernstein by rightly remarking that *clientela* and tenancy were incompatible. De Neeve suspected that "it is not *a priori* precluded that account must be taken of a gradual transition from *clientela* to tenancy."

[19] These *philoi* recall the friends of the Hellenistic kings: cf. Rostovtzeff 1941: 137.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

BC. With convincing arguments Fustel de Coulanges maintained that in this period clients were still exploited under the system of *precarium*.[20] In fact, he pointed out that the rich hardly had enough slaves to fill the large extensions of *ager publicus* which they owned. As we have seen, they could not employ free tenants on this land. Therefore, it is likely that *precarium* was still a valid alternative. If this is true, the survival of precarious *possessiones* of clients beside the more profitable slave villas represented an aspect of stagnation in the transformation of Roman agriculture.[21] But this process accelerated after 133 BC. Probably a considerable number of rural clients benefitted from the Gracchan allocations. As Tibiletti showed, the aim of the Gracchan reform was to convert some of the *ager publicus*, which was in the hands of a few rich, into grants of *ager privatus* to landless citizens (Tibiletti 1948-49 and 1950).[22] More recently Richardson has suggested that the *lex agraria* of 111 BC, which transformed most of the remaining *ager publicus* into *ager privatus*, was a direct consequence of the Gracchan reform (Richardson 1980: 6). After 111 BC, the rich found it convenient to extend their holdings in *ager privatus* as a profitable form of investment. They established not only 'slave estates' but also tenancies. The latter form of exploitation was a new way of extracting surplus in money from their land.

At this point, we can again support De Neeve's reconstruction (De Neeve 1984: 147). He links the effects of the *lex agraria* of 111 BC, with the Salvian interdict, which both imply a growth of tenancy in the preceding period and stimulated a further expansion of the institution. In the process, *clientela* gave ground. The trend was gradual. The opening up of military service to *proletarii* after Marius had shown the inevitable effect of such recruitment

[20] According to Fustel 1890, *precarium* was an extra-legal practice (cf. *Dig.* XLIII 26.14 *quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset*). Since Terentius, the earliest author who mentioned it, the precarious ownership often appears in the following formula: *vi vel clam vel precario possidere* (Ter. *Eun.* 319: *vel vi vel clam vel precario fac tradas*). Fustel underlined that, although *precarium* was not recognized as a legal institution by Roman law, it was a widespread practice. This is the reason why the Digest contains a title including the fragments of the jurists whose *responsa* on such a controversial matter were required.

[21] As summarized by Fustel 1890, the features of *precarium* are typical of a primitive economy: it was an extra-legal practice; it was an informal agreement based on the client's *prex*; despite its gratuity, the client could be bound to any sort of obligation by his patron; and it implied a form of submission of the client to his patron.

[22] Some of these new holders presumably sold their land a few years after the Gracchan reform, when the prohibition on alienation was annulled. Probably one of the reasons why they gave up their land was that they did not have the necessary capital to exploit it. Cf. Hopkins 1978: 63.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

was to encourage clients to abandon the countryside. Those who remained, and their sons, were gradually transformed into tenants.

However, clients probably never completely disappeared from the countryside. Some literary sources suggest that they still existed in the first century BC. Velleius Paterculus says that in 83 BC Pompeius, like Scipio in 134 BC, formed an army with the clients who lived on his father's estate (Vell. Pat. II 29.1).[23] On the other hand, an interesting phenomenon is attested in the first century BC. We know that some *coloni* were recruited into private armies by Catiline and Domitius Ahenobarbus (Sall. *Cat.* LIX 3; Caes. *BCiv.* I 34.2-3, 56.3). We might (perhaps) infer that these tenants were originally clients who fulfilled their obligation of serving as soldiers as in the case of Scipio's clients. Obviously this could not have been part of the terms of a *locatio/conductio* contract, but landlords may have asked (or demanded) that their tenants fulfil these tasks on top of the regular contract.[24]

We have some more literary sources about clients in the first century AD. Juvenal castigates a rich but stingy owner who failed to give a piece of land to his client (Juv. IX 54-59). Horace mentions a rich man who drove away one of his clients, whose family had lived on his properties for generations (Hor. *Carm.* II 18.23-28). Finally, in an epigram of Martial we find a connection between *clientela* and debt bondage (Mart. IX 7.10). The poet teases a fellow who does not make any effort to prevent his client from being transformed into an *addictus*, a bonded debtor.

Clientela, as a dependent landed relationship, therefore, can be supposed never to have disappeared completely but to have survived only in small enclaves. But the connection client/*precarium*, which presumably was still operative in the second century BC, became rarer after the transformation of *ager publicus* into *ager privatus*. At the beginning of the third century AD, according to Ulpian, smallholders, who had pledged their land, frequently asked their creditors permission to cultivate it as *precarium*:[25] *Dig.* XLIII 26. 6.4 (*Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum*): *cotidie enim precario rogantur creditores ab his qui pignori dederunt.*

[23] But now Brunt 1988: 436-437 has expressed doubts about whether these were really clients.

[24] According to de Neeve 1984: 175-192, in this context the term *colonus* has not the specific meaning of 'tenant,' but the more general one of 'peasant.' In his opinion, these *coloni* could actually be clients. See *contra* Capogrossi 1986: 339-341.

[25] This practice is mentioned by other jurists; cf. Fustel 1890: 100 n.5.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

5 Conclusions

In early Rome *clientela* was the main form of exploitation of *ager publicus* held in *possessio* by aristocrats. Most probably clients were employed under the system of *precarium*, which gave the patron the possibility of withdrawing the concession at any time. After the First and even more after the Second Punic War, a trend started towards a partial expulsion of both clients and smallholders from the countryside and their replacement by slaves. The Gracchan land reforms were an attempt to check this movement by settling dispossessed peasants on public lands. A second important transformation occurred between the end of the second and the beginning of the first century BC, when tenancy started to spread in the countryside, where the presence of clients was presumably still significant. This process was concurrent with the transformation of *ager publicus* into *ager privatus*. A third step was the opening up of the army to *proletarii*, beginning with Marius, and the formation of professional armies. *Clientes*, together with displaced peasant proprietors, insofar as they were not sucked into the enormous mass of manpower that was the city of Rome, made a definite contribution to the first-century armies and to the growing body of tenant farmers who served the propertied class from the late second century BC on.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Rosa

ISTITUTO UNIVERSITARIO ORIENTALE

ANNALI

DIPARTIMENTO DI STUDI DEL MONDO CLASSICO
E DEL MEDITERRANEO ANTICO

SEZIONE DI

ARCHEOLOGIA E STORIA ANTICA

XIII

[ESTRATTO]

Napoli 1991

Senato della Repubblica - Archivio Storico

554

DALLA LOCAZIONE AL COLONATO: PER UN TENTATIVO DI RICOSTRUZIONE

PASQUALE ROSAFIO

1. *Premessa*

Nel 1976 Finley apriva la strada ad un nuovo modo di concepire il problema della locazione agraria nella storia economica e sociale del mondo romano [1]. In primo luogo, egli distingueva il problema della locazione sulle terre pubbliche da quello della locazione sulle terre private [2]. L'importanza di tale distinzione va sottolineata nel momento in cui si intende affrontare un tema complesso come questo [3].

In secondo luogo, Finley separava il tema della locazione da quello della schiavitù, mettendo in rilievo come la prima rappresentasse, dal punto di vista economico, una forma di sfruttamento della proprietà terriera altrettanto rilevante quanto la seconda [4]. Le opere degli storici dell'antichità volte a costruire modelli o a individuare linee di tendenze nello sviluppo dell'economia romana avevano, prima di Finley, posto al centro della loro attenzione esclusivamente la villa

[1] Finley 1976 = trad. it. *idem* 1980.

[2] Finley 1976, p. 103 = 1980, p. 123, fa l'esempio del « diritto di possesso manciano » che, a suo avviso, ha fornito un modello interpretativo dei rapporti tra gli affittuari e la loro controparte sulle terre imperiali in Nord-Africa che arbitrariamente è stato applicato agli stessi rapporti sulle terre private. Occorre, però, precisare che alcuni studiosi ritengono che il regolamento manciano riguardasse non solo le terre imperiali, ma anche quelle private: cfr., ad es., J. Kolendo, *Le colonat en Afrique sous le Haut-Empire*, Paris 1976, p. 48 (e addirittura per J. Toutain, 'L'inscription d'Henchir-Mettich', in *RD* 1897, pp. 385 ss., solo le seconde). Tuttavia, la distinzione di Finley rimane valida nel momento in cui si riconosce comunque la specificità di questo regolamento che non può trovare alcun riscontro diretto in altri contesti. Sui latifondi imperiali in Africa cfr. ora Kehoe 1988.

[3] Ciò, tuttavia, non impedisce di riconoscere validità all'ipotesi, comunemente accettata, secondo cui la *locatio-conductio* si sarebbe modellata sull'esempio della *locatio censoria*: cfr. Capogrossi 1986, p. 330 e la bibliografia citata ivi, nota 11, p. 705.

[4] Finley 1976, p. 103 = 1980, p. 123, li mette sullo stesso piano parlandone come « dei due sistemi che i grandi proprietari romani usavano per sfruttare i loro possedimenti ».

Senato della Repubblica - Archivio Storico

schiavistica nel momento in cui si occupavano dell'età del principato, mentre avevano esaminato la locazione in un contesto cronologico successivo, quello della transizione dal principato al tardo impero. La seconda osservazione di Finley ha, di fatto, portato gli studiosi a rivalutare il ruolo giocato dalla locazione accanto a quello della schiavitù nel periodo che precede la tarda antichità[5]. A questo proposito, occorre mettere in rilievo un'importante implicazione che si ricava da questa premessa di Finley e che è stata individuata da due studiosi dei rapporti agrari nel mondo romano, De Neeve e Capogrossi Colognesi.

De Neeve, nel suo importante libro sulla crescita della locazione nella tarda repubblica e il suo sviluppo fino agli inizi del principato, ha sostenuto che le varie teorie che collegano la crescita della locazione con il declino della schiavitù, verso la fine del secondo o gli inizi del terzo secolo d.C., sono errate[6]. Egli ha dimostrato, infatti, che il boom della locazione avvenne in un periodo di gran lunga precedente e coincise con una fase di crescita, e non di declino, dell'economia romana. Capogrossi, da parte sua, ha sottolineato che locazione e colonato sono due fenomeni abbastanza diversi e che va attribuito a Finley il merito di aver considerato l'evoluzione dell'una in maniera autonoma rispetto a quella dell'altro, rompendo così quella visione « teleologica » che vedeva le origini della seconda istituzione come diretta conseguenza della decadenza della prima[7]. Per questo motivo, in maniera convenzionale qui terrò distinti i termini « locazione » e « colonato » per far riferimento, con il primo, al periodo della repubblica e del principato e, con il secondo, a quello del tardo impero. In maniera analoga saranno usati i termini « affittuario » e « colono ».

Veniamo ora ad esaminare i risultati raggiunti da Finley nel suo studio sulla locazione. Innanzi tutto, Finley giungeva ad una valutazione, per così dire, pessimistica della condizione giuridica e sociale degli affittuari durante il periodo del principato. Egli riteneva che le leggi nei confronti degli affittuari erano « draconiane », riprendendo una espressione di Weber[8]. Questa osservazione, come mi propongo di dimostrare attraverso una rilettura dei frammenti del Digesto relativi ai diritti e alle obbligazioni degli affittuari, non è del tutto esatta. Certamente agli affittuari più poveri era difficile l'accesso agli organi giurisdizionali per

[5] Cfr. ultimamente L. Foxhall, 'The Dependent Tenant: Land Leasing and Labour in Italy and Greece', in *JRS* 80, 1990, p. 97: « ... tenants were a vital source of agricultural labour in the Roman world in all periods ». Ma dell'importanza del ruolo degli affittuari era già consapevole Weber 1891, p. 233 = 1967, p. 157: « ... l'affitto in lotti dava la possibilità di riscuotere una rendita fondiaria fissa, e questo nell'età repubblicana e all'inizio di quella imperiale doveva giocare un ruolo importantissimo... »; cfr. Capogrossi 1990, p. 60.

[6] De Neeve 1984.

[7] Capogrossi 1986, p. 329. Cfr. quanto dice Garnsey, cit. a nota 84.

[8] Finley 1976, p. 114 = 1980, p. 137. Cfr. Weber 1891, p. 232 = 1967, p. 156: « Tutto ciò che di più draconiano è possibile, secondo le moderne legislazioni, raggiungere in materia di contratti d'affitto... nel diritto romano fu elevato a principio »; cfr. Capogrossi 1990, p. 64, nota 51, che, come Finley, sembra condividere questa opinione.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

rivendicare i propri diritti. Tuttavia, nei frammenti del Digesto ci sono anche esempi che dimostrano chiaramente come i giuristi applicassero le norme della locazione anche a favore degli affittuari di più umili condizioni e, in ogni caso, va sottolineato che anche questi affittuari, finché venne riconosciuta loro la libertà di movimento, avevano la facoltà di abbandonare la terra se i proprietari non rispettavano le regole del contratto.

Come è noto, poi, la gamma delle condizioni economiche e sociali degli affittuari riflesse nel Digesto erano molto varie e potevano comprendere anche persone agiate, le quali, piuttosto che essere coinvolte personalmente nella coltivazione dei campi, svolgevano la funzione di veri e propri imprenditori e potevano avere al loro servizio anche un'intera squadra di schiavi. Ce ne dà una breve descrizione Columella, quando parla dell'« *urbanum colonum, qui per familiam mavult agrum quam per se colere* » per porlo in contrasto con i *coloni indigenae* o, almeno, gli *assidui cultores*, ai quali conveniva, a suo avviso, che il proprietario affidasse il campo quando non poteva coltivarlo personalmente o tramite propri schiavi sotto il suo diretto controllo [9]. In pratica qui Columella, assumendo un atteggiamento comune agli agronomi che lo avevano preceduto [10] e anche a quelli che lo avrebbero seguito [11], condannava l'assenteismo dei proprietari. Si tratta di una condanna che va probabilmente collegata con le aspre critiche da lui stesso rivolte a quei grandi proprietari i cui poderi assumevano dimensioni enormi [12].

Le problematiche, anche se qui non esplicitamente dichiarate e con connotazioni storiche ovviamente mutate, non dovevano essere diverse da quelle dell'età graccana [13]. Intendo dire che Columella, come poco più tardi Plinio il vecchio [14], era probabilmente preoccupato delle gravi ripercussioni provocate sulla economia agraria dalla concentrazione fondiaria. Almeno dal punto di vista ideale, per gli scrittori più tradizionalisti, il modello doveva restare sempre quello del cittadino dell'epoca catoniana che possedeva una proprietà che egli fosse in grado di far fruttare nel migliore dei modi con il proprio diretto intervento o, almeno, sotto la propria diretta sorveglianza.

[9] Col. 1.7.3. Cfr. il commento di Capogrossi 1986, pp. 331 ss.

[10] Cfr. le citazioni in Kehoe 1988, p. 118, nota 2.

[11] Pall. 1.6.1. Cfr. A. Cossarini, 'Palladio Rutilio Tauro Emiliano: residui della ideologia della terra', in *AttiVen* 136, 1977-78, p. 180.

[12] Col. 1.3.12.

[13] La bibliografia su questo argomento è vastissima, ma resta ancora fondamentale G. Tibiletti, 'Lo sviluppo del latifondo in Italia dall'epoca graccana al principio dell'impero', in 'Relazioni del V Congresso di Scienze Storiche', II, Roma 1955, pp. 237-292. Un elemento di differenza tra l'età graccana e quella di Columella e Plinio il vecchio molto importante da sottolineare è che nella prima il latifondo si sviluppava sull'*ager publicus*, mentre nella seconda esso era in proprietà privata. Tale differenza non poteva rimanere priva di conseguenze sul modo di gestione della terra e su quello di sfruttamento della manodopera.

[14] Plin. 18.7.35.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Ma i tempi erano ormai completamente cambiati. Come appare dai risultati incontrovertibili dell'indagine di Kuziscin, nel primo secolo d.C. la concentrazione della proprietà terriera era ormai in una fase di pieno sviluppo [15]. È naturale quindi che per i grandi proprietari si ponesse il problema di come ricavare maggiori profitti dalle loro terre. L'affitto rappresentava sicuramente un investimento redditizio [16]. È quindi giusto sottolineare, come ha fatto Capogrossi, il carattere « progressivo » del ruolo degli affittuari, la cui gestione rappresentava una forma di attività economica più avanzata rispetto a quella dei piccoli proprietari contadini di età preannibalica [17]. In termini economici, questo discorso significa che lo sfruttamento della proprietà attraverso la locazione (così era avvenuto già in precedenza con quello attraverso le ville schiavistiche) provocava un incentivo alla produzione di un *surplus*, a differenza di quanto avveniva con l'economia di pura sussistenza dei piccoli proprietari contadini [18]. A ciò si può aggiungere che, nel caso dei grandi affittuari, i margini di *surplus* ricavati dalla loro gestione dovevano essere considerevolmente elevati, in quanto dovevano procurare una rendita non solo per il proprietario, ma anche per lo stesso grande affittuario che svolgeva la funzione di intermediario. Tuttavia, non bisogna trascurare i contraccolpi sul lungo periodo derivanti da uno sfruttamento così intensivo degli affittuari-agricoltori. Vedremo che nel corso del principato si può individuare una tendenza ad un progressivo peggioramento della condizione dei piccoli affittuari, cui non dové certamente essere estranea, da un lato, la volontà dei proprietari di incrementare i loro margini di profitto e, dall'altra, una diminuita incisività da parte dell'autorità imperiale nel proteggere i diritti degli affittuari.

Quest'ultima osservazione mi porta direttamente alla seconda conclusione raggiunta da Finley nel suo saggio sulla locazione. Accettando la tesi continuistica di Fustel de Coulanges sull'evoluzione del colonato, Finley riteneva che questa istituzione fosse originata dall'indebitamento dei coloni attraverso un lungo e lento processo [19].

[15] V. I. Kuziscin, *La grande proprietà agraria nell'Italia romana*, Roma 1984.

[16] I vantaggi derivanti al proprietario dall'affitto dei terreni erano già individuati da Weber 1891, p. 234 = 1967, p. 157: « ... lo scopo dell'affitto era sostanzialmente di trasferire i rischi del padrone al colono e di assicurare al padrone un importo in contanti probabilmente non troppo rilevante ma fisso »; cfr. Capogrossi 1990, pp. 63 s.

[17] Capogrossi 1986, p. 333.

[18] K. Hopkins, *Conquerors and Slaves*, Cambridge 1979, p. 25, osserva che nelle società preindustriali « peasants are typically reluctant to do more work than is sufficient to provide minimum subsistence ». *Idem* 1980, pp. 101 ss., considera le tasse che i contadini erano costretti a pagare come uno stimolo alla produzione e osserva che il canone produceva gli stessi effetti. Più di recente sugli stessi problemi cfr. le considerazioni di Kehoe 1988, pp. 108 s. e 166.

[19] Finley 1976, pp. 116 s. = 1980, pp. 139 ss.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

2. *Due teorie contrapposte sulle origini del colonato*

A questo punto mi sembra utile presentare le due opposte interpretazioni delle origini del colonato che ancora oggi vengono dibattute dagli studiosi: quella fusteliana dell'indebitamento dei coloni, appunto, e quella che si può definire, anche se in maniera convenzionale [20], come « anticontinuistica », che vede il colonato come il risultato della legislazione fiscale degli inizi del quarto secolo [21].

Nella sua classica rassegna degli studi sul colonato pubblicata nel 1925, Clausing ha dedicato alla seconda teoria un lungo capitolo definendola « theory of administrative pressure » [22]. Il primo ad esporre in maniera sistematica questa teoria fu Revillout, autore di un pregevole studio sul colonato pubblicato subito dopo la metà del secolo scorso [23], che purtroppo è stato quasi completamente dimenticato dopo Clausing.

Revillout [24] distingueva gli affittuari in due categorie: da una parte, quelli che coltivavano i fondi imperiali e, dall'altra, quelli che lavoravano sulle proprietà dei privati. Durante il principato, egli osservava, entrambe le categorie godevano della libertà di lasciare la terra allo scadere del loro contratto di affitto e, anzi, la legislazione interveniva per proteggere gli affittuari che venivano trattenuti contro la loro volontà.

Tuttavia, diceva Revillout, a differenza degli affittuari imperiali che godevano del privilegio dell'esenzione dai *munera* municipali, gli affittuari dei privati erano vessati, al di là dell'obbligo di versare il canone, dal pagamento delle tasse e dalla prestazione di ogni genere di servizi che prendevano il nome di *obsequia*. Caduti in povertà e oppressi dai debiti, questi affittuari erano costretti ad abbandonare la terra per cercare rifugio nelle città o a formare bande di briganti. L'abbandono dei campi e la conseguente rovina dell'agricoltura furono aggravate dalle invasioni barbariche e dal lungo periodo dell'anarchia militare nella seconda metà del terzo secolo. L'equilibrio finanziario dell'impero, organizzato sulla

[20] Cfr. le note 23, 25 e 27.

[21] Sulle varie teorie intorno alle origini del colonato cfr. la recente e puntuale messa a punto di Marcone 1988.

[22] Clausing 1925, cap. 4. Tra queste varie teorie è da segnalare quella di B. Heisterbergk, *Die Entstehung des Colonats*, Leipzig 1876, pp. 139 ss., che ha tentato di collegare la nascita del colonato con l'editto di Caracalla del 212. Un simile tentativo è ora ripreso da P. Panitschek, 'Der Spätantike Kolonat: Ein Substitut für die "Halbfreiheit" peregriner Rechtssetzungen?', in *ZSav* 107, 1990, pp. 137-154.

[23] Tuttavia, occorre precisare che se, da un lato, Revillout considera il colonato, a differenza di Fustel, come un'istituzione nuova, introdotta agli inizi del quarto secolo per la prima volta, dall'altro lato, egli vede una continuità nelle cause, di natura fiscale, che portarono alla nascita di questa istituzione, in quanto esse sarebbero state già presenti nel terzo secolo e si sarebbero progressivamente accentuate fino a spingere Costantino a introdurre il vincolo dei coloni alla terra.

[24] Revillout 1857.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

base delle strutture municipali incaricate di garantire le entrate dello stato, si ruppe a causa dell'incapacità dei curiali di fronteggiare la crescente pressione fiscale. Per porre rimedio alla crisi finanziaria, in un primo momento gli imperatori resero i curiali responsabili delle tasse non raccolte e li legarono ereditariamente alle loro funzioni attraverso il principio dell'*origo*. Successivamente, per evitare la rovina dei curiali e la dissoluzione delle strutture municipali, Costantino, usando lo stesso principio dell'*origo* [25], vincolò al suolo anche gli affittuari, in quanto questo era l'unico modo per assicurare la produzione e la riscossione delle tasse. In conclusione, secondo Revillout, fu una misura legislativa, dettata dalle esigenze finanziarie dello stato, quella che creò il colonato perpetuo.

In tempi più recenti, la teoria delle origini fiscali del colonato è stata ripresa da Jones [26], secondo il quale, però, la nascita di questa istituzione, piuttosto che a Costantino, andrebbe attribuita alla riorganizzazione del sistema fiscale operata da Diocleziano [27]. Bisogna, tuttavia, osservare come Jones, che ha compiuto importanti studi sul sistema fiscale tardoantico, non abbia tentato di individuare gli aspetti tecnici del meccanismo della *iugatio-capitatio* che portarono alla formazione del colonato [28].

Come si è detto, la tesi opposta a quella delle origini fiscali del colonato è quella « continuistica » di Fustel [29], esposta in uno studio che dopo oltre un secolo dalla sua pubblicazione si può ancora definire con le parole di Clausing

[25] Perciò Revillout vede nel principio dell'*origo*, da lui considerato come lo strumento giuridico attraverso cui i coloni furono legati alla terra, un elemento già utilizzato dagli imperatori nel terzo secolo per immobilizzare altre categorie sociali e, successivamente, esteso ai coloni da Costantino. Su questi problemi cfr. i lavori più recenti di A.H.M. Jones, 'The Cast System in the Later Roman Empire', in *Eirene* 18, 1970, pp. 79 ss. = 1974, pp. 396 ss. e L. Cracco Ruggini, 'Le associazioni professionali nel mondo romano-bizantino', in 'Sett. Spoleto' 18, 1971, pp. 134 ss.

[26] Jones 1958, pp. 1 ss. = 1974, pp. 293 ss. Gli studi più recenti tendono comunemente ad accettare l'interpretazione fiscale delle origini del colonato: cfr. Mircovic 1986, pp. 53 s.

[27] Jones 1958, seguendo un criterio cronologico già adottato da Revillout, ha individuato le varie modifiche apportate dagli imperatori dopo Diocleziano allo statuto giuridico dei coloni. Tale criterio è molto utile per evitare quelle confusioni, presenti in molti lavori sul colonato, causate dall'accostamento di provvedimenti legislativi sui coloni distanti tra loro anche due secoli.

[28] Cfr. A.H.M. Jones, '*Capitatio* and *Iugatio*', in *JRS* 44, 1954, pp. 88 ss. = 1974, pp. 280 ss.

[29] Può sembrare strano che in Fustel, nonostante egli assuma una posizione estremamente coerente nel sostenere i suoi modelli interpretativi, non si trovi mai traccia del dibattito ideologico che era molto vivo tra gli storici del suo periodo. Tuttavia, che di tale dibattito egli fosse consapevole lo dimostra, a mio avviso, la posizione di irritato distacco con cui si poneva di fronte alla scienza della sociologia che nasceva proprio in quegli anni: « On a inventé depuis quelques années le mot « sociologie ». Le mot « histoire » avait le même sens et disait la même chose, du moins pour ceux qui l'entendaient bien. L'histoire est la science des faits sociaux, c'est-à-dire la sociologie même »: N.D. Fustel de Coulanges, *L'alleu et le domaine rural pendant l'époque mérovingienne*, Paris 1889, pp. IV s.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

« the most readable and comprehensive treatise on the colonate »[30]. Il suo lavoro rimane ancora oggi una pietra miliare nella storiografia del colonato, un punto di riferimento con il quale tutti coloro che intendono affrontare questo argomento non possono evitare di confrontarsi. Fustel partiva dal presupposto che le istituzioni sociali non nascono da un giorno all'altro per la semplice volontà di un imperatore, ma sono il frutto di un lungo processo evolutivo[31]. Egli considerava l'evoluzione attraverso la quale l'affittuario libero fu trasformato in colono legato alla terra come una delle tante rivoluzioni insensibili e oscure di cui è piena la storia delle società umane. Si tratta, come ha recentemente sottolineato Marcone, di una ipotesi « di lunga durata », che traccia la storia del colonato dalla fine della repubblica sino alle soglie del medioevo[32].

Collegando alcuni passi degli agronomi classici e di Plinio il giovane con i frammenti dei giuristi conservati nel Digesto, Fustel individuava le radici del colonato già nella tarda repubblica[33]. Egli assegnava una particolare importanza ad un passo del giurista Scevola, nel quale si parlava di affittuari che, una volta scaduto il contratto di affitto, avevano lasciato il campo dopo aver interposto una cauzione a garanzia del pagamento degli arretrati[34]. Dal che lo studioso deduceva che quegli affittuari, che erano troppo poveri per pagare una cauzione, non erano liberi di allontanarsi dal fondo. In condizioni analoghe a quelle degli affittuari indebitati egli vedeva gli *obaerati*[35] di cui parla Varrone, quei cittadini trattenuti da un *nexus* a cui si riferisce Columella e quegli affittuari insolventi che Plinio il giovane continuava a far lavorare sulle sue proprietà dopo aver rimesso i loro debiti.

Fustel, inoltre, rivolgeva la sua attenzione ad altri fenomeni che gli studiosi a lui precedenti avevano considerato come fattori che avevano contribuito alla formazione del colonato. In primo luogo, egli si fermava a considerare quegli affittuari che lavoravano sulle grandi proprietà africane delle cui condizioni siamo

[30] Clausing 1925, p. 150.

[31] È possibile che Fustel si ispirasse alle idee di Savigny, il fondatore della scuola storica del diritto, il quale, in contrapposizione con la scuola del diritto naturale, assertrice del diritto positivo (vale a dire, basato sulla importanza dell'intervento legislativo), riteneva che « il diritto è creato prima dai costumi e dalle credenze popolari, indi dalla giurisprudenza, sempre dunque da una forza interiore, e tacitamente operosa, e non mai dall'arbitrio d'alcun legislatore »: F.K. von Savigny, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, Verona 1857, p. 106. Cfr. R. Treves, *Sociologia del diritto*, Torino 1988, pp. 18 ss. Sulla importanza di una chiave di lettura sociologica delle fonti giuridiche, ma anche sulle difficoltà di applicarla al diritto romano, cfr. Crook 1967, pp. 7 ss.

[32] Marcone 1988, p. 19.

[33] Fustel 1885, pp. 18 ss.

[34] *Ibidem*, pp. 17 ss.

[35] Si tratta di un problema molto complesso a partire dalla stessa esatta forma del nome, che i manoscritti riportavano come *obaerarii*: per un'analisi dei problemi relativi all'intero passo di Varrone, cfr. E. Lo Cascio, '*Obaerarii* (= *obaerati*): la nozione della dipendenza in Varrone', in *Index* 11, 1982, pp. 265-284.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

informati grazie alle iscrizioni che erano state scoperte proprio poco prima che Fustel scrivesse il suo saggio; in secondo luogo, sui barbari insediati come coltivatori entro i confini dell'impero; infine, sugli schiavi a cui veniva assegnato un fondo autonomo perché lo coltivassero dietro pagamento di un affitto [36].

Egli riteneva che, quando gli imperatori vennero a occuparsi del colonato, agli inizi del quarto secolo, essi si limitarono a ratificare con le leggi una istituzione che esisteva già da tempo nella pratica. Secondo Fustel, il riferimento in una costituzione del Codice giustinianeo, che parlava del colonato come di una *lex a maioribus constituta*, non andava inteso come riferimento ad un vero e proprio intervento legislativo, ma come quello che alludeva a un costume che si era andato gradualmente affermando nel tempo. In particolare, egli osservava che la famosa costituzione di Costantino del 332, che molti considerano come la prima attestazione dell'esistenza del vincolo dei coloni alla terra, non andava confusa con la *lex a maioribus constituta*, in quanto essa non introduceva il colonato per la prima volta, ma ne parlava come di un'istituzione già esistente [37].

Come si è visto, Finley condivide il pensiero di Fustel e lo sostiene con l'argomentazione che la condizione giuridica e sociale degli affittuari si era andata progressivamente deteriorando nel corso del principato [38]. Finley inserisce questo processo entro quello più ampio in seguito al quale il divario tra la condizione degli *humiliores* e quella degli *honestiores* si era via via accentuato a tal punto che nel campo del diritto penale erano perfino previste condanne diverse a seconda dello stato sociale al quale si apparteneva [39]. La limitata capacità di rivendicare i propri diritti, rileva Finley, doveva lasciare gli affittuari abbastanza indifesi quando i proprietari cercavano di impedire loro di allontanarsi dai campi. I ripetuti rescritti degli imperatori, che dovevano intervenire per reprimere questo costume, rappresentano la prova, secondo Finley, che esso era molto diffuso [40].

Il seguito di questo lavoro si propone di prendere in considerazione due punti. In primo luogo, si cercherà di verificare, attraverso l'analisi dei frammenti

[36] *Ibidem*, capp. 2-4.

[37] *Ibidem*, pp. 87 ss.

[38] Finley 1980, pp. 143 s. = 1981, pp. 195 s. Questa precisazione, che era assente sia in Finley 1976 che in M. I. Finley, *The Ancient Economy*, Berkeley-London 1973, pp. 69 s. = ed. it., Roma-Bari 1977, pp. 93 s. — dove egli riprendeva per la prima volta la teoria di Fustel — rende, in qualche modo, in termini più dinamici quella continuità che nella ricostruzione fusteliana appare in una forma più statica, in quanto qui la condizione di dipendenza dei contadini indebitati — riscontrata già in Varrone — è presentata come sostanzialmente inalterata fino alla tarda antichità e oltre.

[39] P. D. A. Garnsey, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford 1970.

[40] Cfr. *C.I.* 4.65.11 (*Imp. Philippus A. Aurelio Theodoro*, a. 244): *Invitos conductores seu heredes eorum post tempora locationis impleta non esse retinendos saepe rescriptum est.* In precedenza, Adriano aveva definito come *mos inhumanum* quello di trattenere i *conductores* di terre pubbliche contro la loro volontà. Ma cfr. E. Lo Cascio, 'A proposito del IV capitolo di *Ancient Slavery and Modern Ideology*: movimenti demografici e trasformazioni sociali tra Principato e Basso Impero', in *Opus* 1, 1982, p. 155, nota 5, che è incline a considerare questi *conductores* come « tenants-in-chief » piuttosto che semplici *coloni*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

del Digesto relativi al contratto di *locatio-conductio*, in che misura si possa davvero riconoscere un effettivo graduale peggioramento della posizione giuridica dell'affittuario. Successivamente, attraverso una rilettura delle costituzioni dei Codici Giustinianeo e Teodosiano riguardanti i coloni, si tenterà di verificare il rispettivo grado di plausibilità delle due tesi contrapposte: quella secondo la quale l'introduzione del vincolo alla terra fu dovuto al progressivo indebitamento dei coloni e quella che vede nell'introduzione del vincolo al suolo il portato di provvedimenti di natura fiscale.

3. *I frammenti del Digesto e gli affittuari*

Le valutazioni degli studiosi circa la natura dei frammenti del Digesto relativi agli affittuari sono diverse. Finley ne ha parlato in termini pessimistici sottolineando la difficoltà che l'interpretazione di questi testi presenta e lo scarso interesse che i giuristi avrebbero mostrato per i problemi concernenti la locazione agraria. Egli ha anche sostenuto che l'analisi di queste fonti, a causa della loro frammentarietà, non consente di individuare i cambiamenti verificatisi nel corso del tempo [41]. Su questo aspetto ha anche insistito Ranovic, il quale ha messo in rilievo il carattere atemporale delle sentenze dei giuristi e gli sforzi dei compilatori giustinianei per uniformare norme riguardanti epoche diverse al fine di adattarle ai propri tempi [42].

È opportuno, però, osservare che le sentenze dei giuristi e i rescritti imperiali per il fatto di portare sempre il nome dei loro autori possono permettere, in taluni casi, di determinare l'evoluzione di certi fenomeni. Purtroppo, un ostacolo concreto ad una ricostruzione di questo tipo è, in realtà, rappresentato dal fatto che la maggior parte dei frammenti appartiene ad un periodo non molto lungo, vale a dire quello compreso tra la prima metà del secondo e gli inizi del terzo secolo. Ovviamente ciò impedisce di trarre delle indicazioni di tendenza dal semplice raffronto numerico tra gruppi di frammenti appartenenti a periodi diversi. Ad esempio, non si può dedurre che un fenomeno fosse più rilevante in età severiana che in età augustea dal fatto che esso è più frequentemente attestato nei giuristi di età severiana, in quanto i frammenti di questi giuristi a noi pervenuti sono in assoluto più numerosi.

[41] Finley 1976, p. 104 = 1980, pp. 124 s.

[42] Ranovic 1952, pp. 63 ss. Il problema delle interpolazioni rappresenta, in generale, uno dei maggiori ostacoli nella utilizzazione dei frammenti del Digesto. Tuttavia, secondo Mayer-Maly 1956, p. 21, il caso dei frammenti riguardanti la *locatio-conductio* è abbastanza fortunato, in quanto essi avrebbero subìto interventi abbastanza irrilevanti da parte dei compilatori giustinianei. Rimando allo stesso Mayer-Maly per questi interventi nei frammenti che saranno citati in seguito e che non ritengo opportuno segnalare in quanto non credo che pregiudichino la linea del mio discorso.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Lo stesso Ranovic ha voluto, inoltre, intravedere nei casi trattati dalla giurisprudenza un carattere ipotetico e una loro assoluta mancanza di aderenza alla realtà dei fatti. Ma anche qui si può osservare che, al contrario, proprio perché i giuristi spesso intervenivano in quanto sollecitati a dare dei *responsa*, essi prendevano in considerazione problemi concreti cui erano tenuti a fornire una soluzione [43].

Resta, tuttavia, sempre il dubbio se queste sentenze venissero poi veramente applicate nella pratica. In alcune fonti letterarie, ad esempio nelle lettere di Plinio, abbiamo la conferma che le regole della *locatio-conductio* venivano fatte applicare ad entrambe le parti [44]. Ovviamente è lecito il sospetto, già avanzato sopra, che fossero gli affittuari che godevano di una migliore posizione economica e sociale quelli che usufruivano maggiormente dei benefici della legge. Ma non mancano, è bene ripetere, dei frammenti da cui risulta che anche degli affittuari che coltivavano direttamente la terra e che non disponevano di grandi mezzi finanziari venivano giuridicamente protetti [45].

Un atteggiamento più ottimistico nei confronti dei frammenti giurisprudenziali di quello di Finley e di Ranovic è stato, invece, assunto da altri studiosi, come Heitland e De Neeve, sebbene anche questi abbiano prudentemente riconosciuto le difficoltà che la lettura di queste fonti comporta. Heitland ha, ad esempio, notato che, nonostante il materiale riguardante la locazione sia disseminato in luoghi diversi della raccolta, esiste tuttavia il vantaggio di avere un titolo (D. 19.2: *Locati conducti*) interamente dedicato a questo argomento [46]. Da parte sua, De Neeve, condividendo il giudizio positivo di Crook [47] sul valore delle fonti giuridiche in quanto strumento di conoscenza della società, nel porle a confronto con le fonti letterarie osserva che entrambe riflettono un punto di vista parziale, vale a dire quello delle classi più elevate, ma aggiunge che, a differenza delle seconde, le prime hanno il vantaggio di essere esenti da preoccupazioni propagandistiche [48].

[43] Cfr. R. J. Buck, *Agriculture and Agricultural Practice in Roman Law*, Wiesbaden 1983, p. 7: « It is well to remember that the Corpus deals with reality in agricultural conditions, what is, not what someone thinks should be; it gives us description, not prescription; it deals with facts, not ideals or rhetorical tropes ».

[44] Cfr. quanto dico nella sezione 5 a proposito di *remissio mercedis* e *invecta et illata* e cfr., ad es., Pl. *Ep.* 9.37.2 e 3.19.6.

[45] Cfr., ad es., D. 19.2.54.1 (*Paulus libro quinto responsorum*): *Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis Seius conductor de fundo invitus repelleretur et, si pulsatus esset, poenam decem praestet Titius locator Seio conductori.* Questo frammento è anche molto importante in quanto prova che ancora agli inizi del terzo secolo non tutti i proprietari erano interessati a trattenere gli affittuari sul fondo, in contrasto con la tendenza sottolineata da Finley; cfr. anche D. 19.2.24.2 e 4, citati più avanti nella sezione 4.

[46] Heitland 1921, pp. 361 ss.

[47] Crook 1967, p. 7: « ... law is certainly some reflection of society »,

[48] De Neeve 1984, pp. 26 s.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Vediamo ora quali erano, nel periodo del principato, le varie possibilità che un proprietario aveva di sfruttare la terra. A seconda della quantità di terra che possedeva, egli poteva:

1. o coltivarla personalmente
2. o gestirla direttamente per mezzo di suoi agenti
3. o affittarla.

Nel secondo caso, poteva affidarla ad un *vilicus* e ad una squadra di schiavi:

2a. o sotto il suo diretto controllo
2b. o sotto il controllo di un *procurator*.

Nel terzo caso poteva affittarla:

3a. o ad un affittuario che la coltivava personalmente (con l'aiuto della propria famiglia e, in alcuni casi, di qualche schiavo)
3b. o ad un ricco affittuario che l'affidava a un gruppo di schiavi sotto la direzione di un *vilicus*.

Ovviamente, oggetto della mia indagine saranno le opzioni 3a e 3b [49]. Va ammesso che non sempre è facile distinguere, all'interno di queste due opzioni, le varie condizioni economiche e sociali cui gli affittuari appartenevano. A tale scopo non aiuta l'esistenza di due termini con cui nel Digesto venivano definiti gli affittuari, *colonus* e *conductor* [50]. L'unica distinzione che si può fare tra queste due parole mi sembra quella proposta da Heitland, secondo il quale, mentre tutti i *coloni* potevano essere considerati coltivatori, non tutti i *conductores* lo erano [51].

L'analisi che ora seguirà non ha lo scopo di essere esaustiva, di considerare cioè tutti i frammenti del Digesto in cui vengono menzionati gli affittuari, né quello di affrontare tutti i problemi esegetici che tali testi presentano. Cercherò invece, in primo luogo, di evidenziare, attraverso le regole più significative della *locatio-conductio*, quale era la posizione giuridica degli affittuari nei confronti dei proprietari. Mi soffermerò, poi, su tre particolari aspetti della *locatio-conductio*, vale a dire la *remissio mercedis*, gli *invecta et illata* e i *reliqua colonorum*,

[49] La grande varietà di condizione degli affittuari sulla base dei testi letterari è stata sottolineata anche da P.D.A. Garnsey - R.P. Saller, *The Roman Empire: Economy, Society and Culture*, London 1987, p. 72. Cfr. inoltre Garnsey 1980, p. 38, il quale ha ricordato che anche dei piccoli proprietari potevano diventare affittuari.

[50] Cfr. Finley 1980, p. 125. Sui problemi relativi alla sfera semantica ricoperta dalla parola *colonus* mi sembra molto utile R. Brosz, 'Les changements semantiques du mot *colonus* dans les sources du droit romain', in *Annal. Univ. Budapestin., sectio iuridica* I, 1959, pp. 39-55.

[51] Heitland 1921, p. 364.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

perché mi sembra che sia possibile, attraverso l'analisi interna dei frammenti, individuare un progressivo inasprimento di queste regole a sfavore degli affittuari.

4. *Rapporti giuridici tra proprietari e affittuari: « actio ex locato » e « actio ex conducto »*

Tra il padrone del fondo e il suo affittuario c'era una comunità di interessi, dal momento che entrambi erano partecipi degli utili che derivavano dalla coltivazione. Ciò risulta evidente da un frammento di Paolo, dove si dice che sia il padrone che l'affittuario potevano perseguire legalmente chi rubava il raccolto [52]:

> *Frugibus ex fundis subreptis tam colonus quam dominus furti agere possunt, quia utriusque interest rem persequi* (D. 47.2.83.1: *Paulus libro secundo sententiarum*).

Analogamente, il ruolo del padrone e quello dell'affittuario appaiono interscambiabili nel caso in cui dovessero reclamare i propri diritti contro un terzo che avesse danneggiato il raccolto:

> *Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares, non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet* (D. 9.2.27.14: *Ulpianus libro octavo decimo ad edictum*).

Interessante poi mi sembra un frammento di Labeone, in cui si dice che il proprietario doveva intervenire a difendere il proprio affittuario qualora qualcuno tentasse di scacciarlo dal fondo:

> *Si colonus tuus vi deiectus est, ages unde vi interdicto* (D. 43.16.20: *Labeo libro tertio pithanon a Paulo epitomatorum*).

Il locatore e il locatario erano posti di fronte alla legge su di un piede di parità. Il contratto di locazione aveva luogo sulla base del consenso da ambo le parti e comportava delle obbligazioni che le due parti dovevano rispettare.. Se l'affittuario veniva meno agli obblighi assunti, il proprietario era autorizzato a ricorrere in giudizio contro di lui (*actio ex locato*) e viceversa (*actio ex conducto*).

I principali obblighi ai quali l'affittuario doveva sottostare sono illustrati da Gaio. Essi consistevano nel garantire una appropriata coltivazione del campo, per cui l'affittuario doveva attendere ai lavori richiesti nei vari periodi dell'anno, per evitare che il campo subisse danneggiamenti. Nello stesso tempo, egli doveva preoccuparsi che la villa si conservasse in buono stato:

[52] Köhn respinge l'idea che qui si possa trattare di colonia parziaria: in Johne-Köhn-Weber 1983, p. 198.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet. Et ante omnia colonus curare debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cultura deteriorem fundum faceret. Praeterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat (D. 19.2.25.3: *Gaius libro decimo ad edictum provinciale*).

Il padrone poteva perseguire per legge l'affittuario, se questi abbandonava la coltivazione del fondo prima del termine stabilito:

Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere (D. 19.2.24.2: *Paulus libro trigesimo quarto ad edictum*).

Ugualmente il padrone poteva denunciare l'affittuario se questi non rispettava gli impegni presi o non eseguiva alcuni lavori:

Sed et de his, quae praesenti die praestare debuerunt, velut opus aliquod efficerent, propagationes facerent, agere similiter potest (*ibidem* 3).

Se l'affittuario rubava, inoltre, non era perseguibile solo per furto, ma anche *ex locato*:

Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum condictione et furti, quin etiam ex locato (D. 44.7.34.2: *Paulus libro singulari de concurrentibus actionibus*).

Lo stesso avveniva se egli tagliava degli alberi [53]. L'affittuario era ritenuto responsabile degli alberi che il vicino avesse tagliato per inimicizia:

Culpae autem ipsius et illud adnumeratur, si propter inimicitias eius vicinus arbores exciderit (D. 19.2.25.4: *Gaius libro decimo ad edictum provinciale*).

Di norma, egli era ritenuto responsabile del comportamento dei suoi schiavi. Ad esempio, secondo Proculo, egli era chiamato in giudizio se i suoi schiavi provocavano l'incendio della villa:

Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri (D. 9.2.27.11: *Ulpianus libro octavo decimo ed adictum*).

Da parte sua, l'affittuario era autorizzato a denunciare il proprietario per tutelare i propri diritti. Innanzi tutto, ciò avveniva se non gli veniva permesso di usufruire della conduzione per tutto il tempo stabilito nel contratto:

Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget (D. 19.2.24.4: *Paulus libro trigesimo quarto ad edictum*).

[53] D. 47.7.9 (*Gaius libro tertio decimo ad edictum provinciale*): *Si colonus sit, qui ceciderit arbores, etiam ex locato cum eo agi potest.*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

L'affittuario poteva ancora perseguire il padrone, se questi non voleva o non poteva concedergli il lotto affittato o parte di esso, oppure se la villa o la stalla o l'ovile non erano stati consegnati in buono stato:

> *Ex conducto actio conductori datur. Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur* (D. 19.2.15.pr-1: *Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*).

Il proprietario poteva essere denunciato dall'affittuario, se nel vendere il fondo non si assicurava che l'acquirente fosse disposto ad accettare il contratto di locazione negli stessi termini già fissati:

> *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliquia ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto* (D. 19.2.25.1: *Gaius libro decimo ad edictum provinciale*).

Anche l'erede del locatore poteva essere chiamato in giudizio dall'affittuario, se si rifiutava di rispettare gli accordi presi:

> *Quod si colonus vellet colere et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere* (D. 19.2.32: *Iulianus libro quarto ex Minicio*).

L'affittuario poteva anche denunciare gli eredi del proprietario, se essi non gli permettevano di godere dell'usufrutto che il padrone stesso gli aveva concesso in legato. In tal caso, secondo Giuliano, l'affittuario non era tenuto a pagare il canone e doveva essere rimborsato delle spese che aveva sostenuto nella coltivazione:

> *Si colono tuo usum fructum fundi legaveris, usum fructum vindicabit et cum herede tuo aget ex conducto et consequetur, ut neque mercedes praestet et impensas, quas in culturam fecerat, recipiat* (D. 7.1.34.1: *Iulianus libro trigensimo quinto digestorum*).

Ugualmente, rientrava tra i diritti dell'affittuario quello di farsi riconoscere i miglioramenti apportati o gli edifici costruiti:

> *In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea quae impendit ex conducto cum domino fundi experiri potest* (D. 19.2.55.1: *Paulus libro secundo sententiarum*).

Troviamo un esempio pratico di questa regola in un frammento di Scevola, dove si parla di un affittuario che, dopo aver impiantato di sua iniziativa una

Senato della Repubblica - Archivio Storico

vigna, era stato scacciato. Il giurista dava all'affittuario la facoltà di richiedere di essere pagato per il suo lavoro oppure di poterne scontare il prezzo sul pagamento del canone. Al padrone, infatti, dalla vigna derivava il vantaggio di poter affittare ad un prezzo più alto:

> *Colonus, cum lege locationis non esset comprehensum, ut vineas poneret, nihilo minus in fundo vineas instituit et propter earum fructum denis amplius aureis annuis ager locari coeperat. Quaesitum est, si dominus istum colonum fundi eiectum pensionum debitarum nomine conveniat, an sumptus utiliter factos in vineis instituendis reputare possit opposita doli mali exceptione. Respondit vel expensas consecuturum vel nihil amplius praestaturum* (D. 19.2.61.pr: *Scaevola libro septimo digestorum*).

5. « *Remissio mercedis* » e « *invecta et illata* »

Tra i basilari diritti di cui godeva l'affittuario vi era quello di poter usufruire di una riduzione del canone in particolari casi. Questa agevolazione, *remissio mercedis*[54], viene correttamente identificata da Thomas[55] con quella di cui abbiamo testimonianza già in età tardorepubblicana, in contrasto con l'opinione di Mayer-Maly che riteneva che essa fosse stata introdotta dagli imperatori severiani allo scopo di fronteggiare la crisi dell'agricoltura italica[56]. Seguendo l'impostazione già seguita da Sitzia, mi propongo qui di dimostrare che nel corso del principato il principio della *remissio mercedis* fu gradualmente modificato a svantaggio degli affittuari[57].

Servio, giurista del primo secolo a.C. la cui opinione ci viene riportata da Ulpiano, indicava i principali casi in cui un proprietario era tenuto ad accordare una riduzione del canone[58]. Questo avveniva quando il raccolto era danneggiato da calamità naturali o da altri eventi indipendenti dalla volonta dell'affittuario. Servio indicava gli esempi degli straripamenti di fiumi, delle invasioni di cornacchie e storni, delle incursioni di nemici[59], e ancora di gelate, di siccità, di ter-

[54] La *remissio mercedis* era applicata anche nell'ambito della locazione urbana e, fuori dalla sfera della *locatio-conductio rei*, alla *locatio vectigalium*; cfr. De Neeve 1983, pp. 304 s., pp. 313 ss. e p. 320.

[55] J.A.C. Thomas, 'Remissio Mercedis', in *Studi in memoria di G. Donatuti* III, Milano 1973, pp. 1271-1277, il quale sostiene che il principio serviano non subì in seguito modificazioni.

[56] Mayer-Maly 1956, pp. 143, seguito da M. Kaser, 'Periculum locatoris', in *ZSav* 74, 1957, pp. 173 s. e H. Ankum, 'Remissio Mercedis', in *RIDA* 3, 19, 1972, p. 219 ss.

[57] Sitzia 1978. Dello stesso parere è C. Alzon, 'Les risques dans la *locatio conductio*', in *Labeo* 12, 1966, p. 319.

[58] Un testo papiraceo, PSI XIV 1449, edito da Arangio-Ruiz, ripete in modo molto simile la prima parte di questo frammento, fornendoci una prova della sua genuinità; cfr. Sitzia 1978, pp. 331 s.

[59] Da queste va distinto il passaggio di un esercito non nemico (*exercitus praeteriens*),

Senato della Repubblica - Archivio Storico

remoti. Non veniva concessa, invece, alcuna *remissio* se il danno era dovuto non a cause straordinarie, ma alla negligenza dell'affittuario, ad esempio se il vino andava a male o il raccolto era danneggiato dai vermi o dalle erbacce [60]:

> *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Set et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit* (D. 19.2.15.2: *Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*).

Abbiamo un interessante riscontro di questo fenomeno in un passo di Columella [61], da dove risulta che l'affittuario era autorizzato a chiedere la *remissio*, quando subiva danni a causa delle avversità metereologiche e delle incursioni dei predoni [62]:

> *Comiter agat cum colonis facilemque se praebeat, et avarius opus exigat quam pensiones, quoniam et minus id offendit et tamen in universum magis prodest. Nam ubi sedulo colitur ager, plerumque compendium, numquam, nisi si caeli maior vis aut praedonis incessit, detrimentum adfert, eoque remissionem colonus petere non audet* (R. R. 1.7.1).

Questo passo è molto importante e vale la pena analizzarlo da vicino. Columella ammoniva ad essere più esigenti rispetto al lavoro [63] che l'affittuario svolgeva piuttosto che al pagamento del canone, perché — egli spiegava — l'affittuario non avrebbe osato chiedere la *remissio* a causa dei danni provocati dalla propria pigrizia. Il senso di queste parole sta, a mio avviso, nel voler raccomandare di non esigere a tutti costi un canone troppo elevato quanto piuttosto di assicurarsi che il lavoro dell'affittuario si svolgesse con cura, perché solo

i danni provocati dal quale ricadevano sull'affittuario. Per questa interpretazione cfr. Sitzia 1978, pp. 338 s., seguito da Johne-Köhn-Weber 1983, p. 227, nota 3.

[60] Per un riscontro di questi aspetti nelle pratiche descritte dagli agronomi cfr. le acute osservazioni di Sitzia 1978, pp. 335 ss., note 11-13.

[61] Su questo collegamento cfr. Masi 1978.

[62] Abbastanza netta l'analogia terminologica e concettuale tra la *caeli maior vis aut praedonum* di Columella e la serviana *omnis vis, cui resisti non potest*.

[63] L'interpretazione di Weber 1891, pp. 244 ss. = 1967, p. 164, che vedeva nel termine *opus* il significato di corvées (*operae*) è stata convincentemente contestata da Finley 1976, pp. 119 ss. = 1980, pp. 143 ss. Cfr. De Neeve 1983, pp. 311 s., nota 54.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

in questo modo egli avrebbe potuto ricavare un raccolto tale da permettergli il pagamento del canone [64].

Come ha precisato Hopkins, facendo un discorso più generale, tasse e affitto rappresentano uno stimolo a produrre di più purché siano mantenuti bassi [65]. Se si accetta questa interpretazione, allora andrebbero rimesse in discussione le conclusioni di Capogrossi, il quale ha sostenuto che i proprietari di norma miravano a massimizzare i profitti alzando quanto più possibile il canone [66]. Le *remissiones* rappresenterebbero, in questo caso, una manifestazione di una costante incapacità degli affittuari di assolvere al pagamento del canone nelle annate cattive o, anche, mediocri, mentre solo quando il raccolto era buono essi avrebbero potuto ricavare abbastanza per fronteggiare le elevate richieste dei proprietari. Tuttavia, dall'analisi interna di alcuni frammenti ho l'impressione che si possa ricavare una diversa dinamica del funzionamento delle *remissiones*. Da tali frammenti risulta, infatti, che nel computare le entrate delle annate cattive e di quelle buone i giuristi sembravano dare per scontato che i margini di profitto ricavati dagli affittuari nelle annate positive andavano al di là del semplice pagamento del canone. Tali margini dovevano essere, anzi, abbastanza ampi da permettere agli affittuari di restituire ai loro proprietari l'equivalente delle *remissiones* di cui avevano beneficiato nelle annate negative. Ma esaminiamo con ordine l'insieme di questi frammenti, dai quali credo si possa ricavare anche che vi fu una progressiva tendenza a limitare il diritto degli affittuari alle *remissiones*, il che dimostrerebbe, oltretutto, che il livello di sfruttamento degli affittuari non rimase costante nel corso del tempo.

Mi sembra che si possa dire che una prima lieve limitazione [67] al diritto dell'affittuario alla *remissio mercedis* sia riconoscibile in Gaio, il quale affermava che, se per cause di forza maggiore il raccolto veniva danneggiato, le conseguenze non dovevano ricadere sull'affittuario qualora i danni subiti fossero stati gravi, mentre questi doveva sopportarle equanimemente quando le perdite fossero state limitate [68]:

[64] Condivido, quindi, la conclusione di Sitzia 1978, p. 353, n. 73: « ... il *dominus* deve esigere *avarius opus quam mercedes* proprio perché una buona coltivazione limita notevolmente le ipotesi in cui la mercede non è dovuta ».

[65] Hopkins 1980, pp. 116 ss., fa questo discorso riferendosi alle tasse, ma, come si è visto (nota 18) esso si può estendere anche al canone.

[66] Capogrossi 1986, pp. 335 ss.

[67] Sitzia 1978, p. 342, preferisce parlare qui piuttosto di una « precisazione ». Cfr. Johne-Köhn-Weber 1983, p. 228.

[68] Köhn a proposito del principio qui espresso da Gaio (*si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus*), parla di un « soziales Beurteilungskriterium » che veniva applicato perché era nell'interesse dello stato proteggere la sopravvivenza economica dell'affittuario. Da cui egli ricava più in generale un « rechtspolitischen Zweck des Zinserlasses » (Johne-Köhn-Weber 1983, p. 228).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

> *Vis maior, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur* (D. 19.2.25.6: *Gaius libro decimo ad edictum provinciale*).

Una più forte restrizione all'applicazione di questo diritto fu apportata, in età severiana da Papiniano [69], il quale stabilì che il proprietario era autorizzato a rifarsi sulle remissioni concesse all'affittuario, se il raccolto degli anni successivi fosse stato abbondante [70]:

> *Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit ubertas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam* (D. 19.2.15.4: *Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*).

Troviamo applicato lo stesso principio in un rescritto dell'imperatore Severo Alessandro, dove però c'è un'ulteriore limitazione per l'affittuario. Vi si dice, infatti, che il proprietario non era obbligato a concedere la *remissio*, qualora il danno dell'affittuario fosse stato compensato dal raccolto abbondante degli anni precedenti. Dunque, da questo momento in poi non solo un buon raccolto degli anni successivi, ma anche uno degli anni precedenti veniva calcolato nella concessione di una *remissio*:

> *Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua labe tempestatis vel alio caeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent, et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequetur* (*C. I.* 4.65.8: *Imp. Alexander A. Sabiniano Hygino*, a. 231).

È interessante osservare che, più tardi, in un rescritto di Diocleziano si dice che se alcuni proprietari avessero concesso delle remissioni fuori dalle regole previste dal contratto o contro l'uso della regione [71], gli altri proprietari non erano tenuti a seguirli:

[69] Principalmente su questo testo Sitzia 1978 pp. 344 ss., basa le sue argomentazioni contro Thomas (cfr. nota 55) per dimostrare che l'applicazione del criterio serviano subì un'evoluzione. In particolare a p. 350 egli sostiene: « La decisione di Papiniano... appare ispirata ad un certo favore verso i proprietarì ».

[70] Non mi sembra si possa affermare che questo principio si trovi applicato già in Plinio il giovane (10.8.5: *praeterea continuae sterilitates cogunt me de remissionibus cogitare, quarum rationem nisi praesens inire non possum*), come sostengono Masi 1978, pp. 281 ss. e De Neeve 1983, p. 323.

[71] Da sottolineare negli ultimi due rescritti citati, così come in un terzo sempre di Diocleziano (*C. I* 4.65.18: *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Annio Ursino*, a. 290), il riferimento a costumi regionali (*mos regionis, consuetudo regionis*). Si potrebbe trattare di un segno

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Circa locationes atque conductiones maxime fides contractus servanda est, si nihil specialiter exprimatur contra consuetudinem regionis. Quod si alii remiserunt contra legem contractus atque regionis consuetudinem pensiones, hoc aliis praeiudicium non possit adferre (*C. I.* 4.65.19: *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Iulio Valentino*, a. 293).

Lo stesso tipo di evoluzione, nel senso di una restrizione della legislazione a svantaggio degli affittuari, è possibile riscontrare a proposito delle regole relative agli *invecta et illata*[72], la proprietà personale che l'affittuario portava sul fondo affittato e che potevano essere pignorati dal proprietario nel caso di mancato pagamento del canone. Questo principio è espresso nell'*interdictum Salvianum* che viene sinteticamente enunciato da Gaio:

Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset (*Instit.* 4.147).

Altre regole dell'*interdictum Salvianum* ci sono riferite da Giuliano, che operava intorno alla metà del secondo secolo d.C., in un frammento conservato nel Digesto. Nel primo paragrafo si considera il caso di un affittuario che portava i suoi oggetti su un fondo appartenente a due proprietari. Questi ultimi avevano il diritto solidalmente a reclamare gli oggetti come pegno e potevano individualmente far valere i loro diritti contro un estraneo:

Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur (D. 43.33.1.1: *Iulianus libro quadragensimo nono digestorum*).

Nel paragrafo successivo viene considerato il caso opposto, quello cioè in cui l'affittuario lasciava come pegno qualcosa di cui divideva la proprietà con un altro. In questo caso l'affittuario poteva essere perseguito solo per metà del pegno:

Idem servari conveniet et si colonus rem, quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur (*ibidem* 2).

delle difficoltà di applicare le regole della *remissio* a certe province dove restavano forti le tradizioni locali; di qui il ricorso all'intervento imperiale. Ma su quest'ultimo punto cfr. la diversa spiegazione di De Neeve 1983, p. 336: « The main explanation why after a certain date we hear relatively often of imperial decisions concerning *remissio mercedis* is that people could more easily approach the emperor than institute a formulary action ».

[72] Secondo Köhn, l'esistenza di *invecta et illata* è già testimoniata in Catone (dove si farebbe riferimento ad un « Pächter, der nur kurzzeitig, zum Einbringen der Ernte, auf dem Grundstück tätig wurde »): Johne-Köhn-Weber 1983, p. 204. Lo esclude, invece, De Neeve 1984, pp. 48 ss.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Al principio dello stesso frammento si analizza un altro caso significativo. Se un affittuario impegnava una schiava e poi la vendeva, perché l'acquirente potesse impadronirsi della prole nata dopo l'acquisto, era necessario un apposito *interdictum*:

> *Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendiderit, quod apud emptorem ex ea natum est, eius adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet* (*ibidem* pr.).

Un'alternativa agli *invecta* dati come garanzia per il pagamento del pegno poteva essere rappresentato dalla presenza di un fideiussore. Labeone, infatti, dice che se un affittuario trovava un fideiussore, i suoi oggetti cessavano di essere considerati come pegno:

> *Cum colono tibi convenit, ut invecta importata pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset: deinde mercedis nomine fideiussorem a colono accepisti. Satisfactum tibi videri existimo et ideo illata pignori esse desisse* (D. 20.6.14: *Labeo libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*).

Da Pomponio, giurista della seconda metà del secondo secolo d.C., sappiamo che anche i prodotti del fondo affittato venivano considerati come pegno, anche se non venivano esplicitamente nominati nel contratto:

> *In praediis rusticis fructus qui ubi nascuntur tacite intelleguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit* (D. 20.2.7.pr.: *Pomponius libro tertio decimo ex variis lectionibus*).

Questo principio viene poi chiaramente confermato in un frammento di Africano, contemporaneo di Pomponio:

> *Locavi tibi fundum, et* (*ut adsolet*) *convenit, uti fructus ob mercedem pignori mihi essent* (D. 47.2.62.8: *Africanus libro octavo quaestionum*).

Sulla base di questo frammento Frier ha ipotizzato che in questo periodo i prodotti del fondo erano diventati una forma abituale di pegno in seguito all'avanzato processo di indebitamento degli affittuari [73]. Forse è un po' azzardato ricavare da un solo frammento una conclusione così generale. Tuttavia, mi sembra che anche per gli *invecta et illata* venga confermata la tendenza ad un inasprimento della legislazione nei confronti degli affittuari.

[73] Frier 1979, p. 220, nota 85.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

6. « *Reliqua colonorum* »

Collegato al problema degli *invecta et illata*, e di conseguenza a quello dell'indebitamento degli affittuari, è il problema dei *reliqua colonorum*. Come Capogrossi ha rilevato, mentre ampio spazio è stato dedicato dagli studiosi alla questione della *remissio mercedis*, uno scarso interesse è stato mostrato per il problema dei *reliqua colonorum*[74]. La breve analisi che segue dei frammenti concernenti i *reliqua colonorum* ovviamente non pretende di colmare questa lacuna, ma di offrire un qualche contributo al chiarimento di questo importante problema.

I *reliqua colonorum* vengono nominati per la prima volta da Giavoleno, giurista della seconda metà del primo secolo d.C. In un frammento di Paolo viene presentato il caso di un proprietario che aveva lasciato in legato tutto ciò che l'affittuario gli doveva fino al termine del contratto quinquennale. Paolo riferiva che, secondo i giuristi Nerva e Atilicino operanti nella prima metà del primo secolo d.C., l'affittuario era tenuto ad agire *ex conducto* contro l'erede se questi gli avesse impedito di usufruire del legato. Nel frammento successivo viene appunto aggiunta l'opinione di Giavoleno, secondo il quale anche i *reliqua* dovevano far parte del legato:

> *Ei cui fundum in quinquennium locaveram legavi, quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitve, ut sineret heres sibi habere. Nerva Atilicinus, si heres prohiberet eum frui, ex conducto, si iure locationis quid retineret, ex testamento fore obligatum aiunt, quia nihil interesset, peteretur an retineret: totam enim locationem legatam videri* (D. 34.3.16: *Paulus libro nono ad Platium*), *reliqua quoque: in iudicio locationis venire* (D. 34.3.17: *Iavolenus libro secundo Labeonis posteriorum*).

I rimanenti frammenti riguardano un periodo successivo e anche nel caso appena esposto sembrerebbe che Giavoleno avesse introdotto una clausola per precisare che nel legato erano inclusi i *reliqua*, problema forse non ancora del tutto familiare a Nerva e Atilicino, giuristi a lui precedenti di qualche decennio. A dire il vero, le opinioni sull'interpretazione stessa da dare all'espressione *reliqua colonorum* sono discordanti: secondo alcuni studiosi essa va intesa come « debiti arretrati »[75], secondo altri come « debiti correnti », vale a dire il pagamento del canone dell'anno ancora in corso[76]. Chiaramente, se si accettasse la seconda interpretazione, verrebbe preclusa ogni possibilità di individuare nei

[74] Capogrossi 1986, p. 338.

[75] Cfr. *ibidem*, pp. 707 s., nota 31.

[76] Ranovic 1952, pp. 83 s.; P.A. Brunt, 'Die Beziehungen zwischen dem Heer und dem Land in Zeitalter des römischen Revolution', in H. Schneider (a cura di), *Zur sozial und Wirtschaftsgeschichte der spätantiken römischen Republik*, Darmstadt 1976, p. 132, nota 31, seguito da P. Veyne, 'Le dossier des esclaves-colons romains', in *RHist* 265, 1981, p. 7, nota 13 e p. 19, nota 70.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

frammenti una traccia del progressivo indebitamento degli affittuari. Tuttavia, dall'analisi puntuale di questi frammenti credo che la prima interpretazione risulti come l'unica possibile.

Cominciamo con un frammento in cui si dice che il *curator* di un fanciullo aveva dato un fondo in affitto ad un tale che aveva contratto dei *reliqua*. Una volta cresciuto, il proprietario decise di trasformare il suo affittuario in *procurator* liberando sia lui dal debito che il *curator* dalla responsabilità per il debito stesso. I *reliqua* dell'affittuario sono qui esplicitamente definiti come *debitum*:

> *Lucius Titius curator Gaii Seii tempore curae fundum Cornelianum locavit Sempronio, qui Sempronius reliqua traxit: pupillus aetate probata eundem quondam colonum Sempronium fecit procuratorem: quaero an ex eo, quod ille ut procurator egit, omne debitum adulescens agnovisse videatur eoque nomine curatorem suum liberasset. Paulus respondit non ex eo, quod adultus eum, qui praedia eius coluit, procuratorem habere voluit, debitum, quod ex conductione reliquatus est, adgnovisse eum videri* (D. 26.7.46.pr.: *Paulus libro nono responsorum*).

Questa interpretazione di *reliqua colonorum* mi sembra venga confermata in quei frammenti in cui si parla di legati di fondi. Da un frammento di Pomponio risulta che nel legato di un fondo potevano essere inclusi il *praetorium* e l'*instrumentum*, ma non i *reliqua colonorum*:

> *Ex his verbis: « Lucio Titio praedia mea illa cum praetorio, sicut a me in diem mortis meae possessa sunt, do » instrumentum rusticum et omnia, quae ibi fuerunt, quo dominus fuisset instructior, deberi convenit: colonorum reliqua non debentur* (D. 32.91.1: *Papinianus libro septimo responsorum*).

Se qui *reliqua* avessero il significato di « debiti correnti », la loro esclusione dal legato non avrebbe senso, perché è chiaro che alla fine dell'anno gli affittuari avrebbero dovuto pagare il canone al nuovo proprietario, cioè il beneficiario del legato. Il testo ha un senso, quindi, solo se per *reliqua* si intende « debiti arretrati ». È possibile comprendere il motivo dell'esclusione dei *reliqua* dal legato dal seguente frammento:

> *« Peto, ut fundum meum Campanianum Genesiae alumnae meae adscribatis ducentorum aureorum ita uti est ». Quaeritur, an fundo et reliqua colonorum et mancipia, si qua mortis tempore in eo fuerint, debeantur. Respondit reliqua quidem colonorum non legata: cetera vero videri illis verbis « ita uti est » data* (D. 32.78.3: *Paulus libro secundo ad Vitellium*).

Mi sembra chiaro che con « *ita uti est* » si debba intendere « così come il fondo si trova a partire da questo momento », cioè dalla morte del testatore. Quindi, non si volevano escludere i proventi futuri, ma i debiti passati, i quali, appartenendo ad un periodo in cui il beneficiario del legato non era ancora proprietario, venivano esclusi dal legato stesso. La prova *e contrario* di questo principio si trova in un altro frammento:

Senato della Repubblica - Archivio Storico

> *Heredis instituti fidei commisit filio suo annua decem praestare aut ea praedia emere et adsignare, ut usum fructum haberet, reditum efficentia annua decem: filius fundos sibi ab herede secundum matris voluntatem traditos locavit: et quaesitum est, defuncto eo reliqua colonorum utrumne ad heredem filii fructuarii an vero ad heredem Seiae testatricis pertineant. Respondit nihil proponi, cur ad heredem Seiae pertineant* (D. 33.2.32.7: *Scaevola libro quinto decimo digestorum*).

Qui viene preso in considerazione il caso di terre destinate da una donna in eredità ad una persona, ma con il diritto di usufrutto riservato al figlio, il quale le aveva date in affitto. Alla morte di questi, le terre passarono nelle mani del legittimo erede. Si pose allora la questione se i *reliqua colonorum* spettassero all'erede del figlio, che aveva goduto dell'usufrutto, o all'erede della donna. Il giurista rispose che non vedeva alcun motivo per cui i *reliqua* dovessero andare all'erede della donna. In quanto tali *reliqua* appartenevano al periodo in cui il figlio della donna aveva beneficiato dell'usufrutto, essi andavano assegnati all'erede del figlio stesso.

Se il testatore voleva includere i *reliqua* nel legato di un fondo, allora doveva specificarlo:

> *Praedia maritima cum servis qui ibi erunt et omni instrumento et fructibus qui ibi erunt et reliquis colonorum nutritori suo legavit* (D. 33.7.27.pr.: *Scaevola libro sexto digestorum*).

Bisogna ora chiedersi se è possibile condividere la conclusione di Frier, secondo il quale: « By the second century tenant indebtedness had become so common that it was legally recognized as a distinct economic asset, the *reliqua colonorum* »[77]. Come si è visto è rischioso ricavare una linea di tendenza dal semplice fatto che il numero delle testimonianze contenute nel Digesto riguardanti un determinato fenomeno diventano più numerose da un certo periodo in poi. Tuttavia, il caso dei *reliqua colonorum* mi sembra un po' diverso. Infatti, non si tratta tanto di sottolineare che a partire dalla seconda metà del secondo secolo i riferimenti a questo fenomeno aumentano — fatto di per sé non determinante —, quanto di osservare che diventa costante la tendenza a legare (o a escludere dal legato) insieme al fondo anche i *reliqua colonorum*. In altre parole, non si nota soltanto che il numero dei frammenti in cui vengono menzionati i *reliqua* aumenta in assoluto, ma anche che esso aumenta in proporzione ai legati di età precedente, quando evidentemente il problema di comprendere i *reliqua* insieme al fondo non si poneva.

C'è poi un altro indizio che fa pensare che il fenomeno dei *reliqua colonorum* fosse divenuto gradualmente sempre più rilevante. Si tratta di un frammento di Papiniano riguardante l'affitto di terre pubbliche:

[77] Frier 1979, p. 221.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Praedium publicum in quinque annos idonea cautione non exacta curator rei publicae locavit. Ceteris annis colonus si reliqua traxerit et de fructibus praedii mercedesque servari non potuerint, successor qui locavit tenebitur Idem in vectigalibus non ita pridem constitutum est, scilicet ut sui temporis singuli periculum praestarent (D. 50.8.5: *Papinianus libro primo responsorum*).

Qui si dice che il *curator* che si fosse preso l'incarico di affidare un *praedium publicum* ad un'affittuario senza richiedere una opportuna *cautio*, era considerato responsabile del pagamento dei *reliqua* contratti dal colono stesso. Il testo aggiunge esplicitamente che questa era una norma di recente istituzione, perché in precedenza era valso il principio per cui ognuno era considerato responsabile personalmente del rischio di indebitarsi. L'introduzione di questa misura potrebbe essere stata dettata proprio da una crescita del fenomeno di indebitamento degli affittuari. Lo stato sarebbe intervenuto, allora, per tutelare gli interessi delle città con un'adeguata misura legislativa.

Concludendo questa analisi, mi sembra che dai frammenti del Digesto sia possibile riscontrare tra la fine del primo secolo d.C. e gli inizi del terzo secolo d.C. un inasprimento della legislazione nei confronti degli affittuari e un progressivo deterioramento della loro condizione economica. I due fenomeni erano certamente interdipendenti.

Resta ora da esaminare un frammento sui *reliqua colonorum* che assunse un posto centrale nella teoria continuistica di Fustel:

Praedia ut instructa sunt cum dotibus et reliquis colonorum et vilicorum et mancipiis et pecore omni legavit et peculiis et cum actore; quaesitum est an reliqua colonorum qui, finita conductione, interposita cautione, de colonia discesserant, ex verbis suprascriptis legato cedant (D. 33.7.20.3: *Scaevola libro tertio responsorum*).

Il frammento di Scevola, giurista della seconda metà del secondo secolo d.C., si pone il problema di quegli affittuari che, avendo contratto dei *reliqua*, alla fine del contratto lasciavano il fondo dietro versamento di una cauzione. Da queste parole Fustel deduceva che a quegli affittuari che non erano in grado di versare una cauzione [78] non veniva permesso di allontanarsi dal fondo. Questa sarebbe la prova, secondo Fustel, che la mobilità degli affittuari venne di fatto ristretta prima ancora che fosse introdotto il vincolo legale dei coloni alla terra [79]. In

[78] Contro Fustel, Clausing 1925, p. 162, riteneva che la parola *cautio* non significa « security in the sense of bail but a written acknowledgment of the debt », offrendo a sostegno della sua interpretazione due frammenti del Digesto citati da E. Cuq, 'Le colonat partiaire dans l'Afrique romaine d'après l'inscription d'Henchir Mettich', in *Mémoires à l'académie des inscriptions et belles-lettres*, vol. XI, pt. 1, 1897, p. 121. Ma, come De Martino 1979, p. 284, nota 123, ha ricordato, questi significati sono entrambi attestati nel *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, dove il frammento di Scevola viene registrato sotto il significato che gli attribuiva Fustel.

[79] Fustel 1885, p. 18: « Nous avons sous les yeux des hommes qui sont, en droit, des

Senato della Repubblica - Archivio Storico

realtà, Fustel sembra ricavare più di quello che il testo dice. Scevola esaminava il solito problema di un legato, dove erano inclusi i *reliqua*, nel caso in cui il pagamento di questi *reliqua* fosse stato sostituito dal versamento di una cauzione. Nel caso contrario, l'affittuario avrebbe seguito la sorte di qualsiasi persona indebitata.

Si può pensare che essi divenissero *addicti*, ma questo istituto risulta ancora abbastanza oscuro per gli studiosi [80] e non si conoscono i meccanismi attraverso cui un creditore interveniva per rifarsi sul suo debitore. Ma non sempre i proprietari trattenevano i loro affittuari indebitati. Il problema non sempre si poneva, ad esempio, per Plinio, il quale anzi sembrava alla costante ricerca di *idonei cultores* con cui sostituire gli affittuari che non dimostravano di saper ottemperare agli obblighi assunti [81]. Per di più, ancora in età severiana troviamo frammenti del Digesto dove si poneva il caso di proprietari che tentavano, anche contro la legge, di scacciare i loro affittuari [82]. Il che dimostra che la situazione descritta dai rescritti in cui si interveniva contro quei proprietari che, invece, trattenevano con la forza i loro affittuari, non era univoca. Vale a dire che se è vero che da una parte abbiamo un rescritto di questo genere di Filippo l'Arabo, il quale a sua volta faceva riferimento a rescritti di imperatori precedenti [83], dall'altra, esisteva ancora la tendenza opposta. Il fenomeno, quindi, è abbastanza diverso da quello che ci viene presentato nelle costituzioni imperiali di quarto e quinto secolo, dove l'interesse dei proprietari a richiamare i coloni fuggitivi appare uniforme. Ancora più grave è il fatto che non abbiamo alcuna idea quantitativa riguardo al numero degli affittuari che prima degli inizi del quarto secolo erano indebitati e che erano costretti dai loro proprietari a rimanere sul fondo. A ciò si aggiunge il vuoto di circa un secolo esistente nella documentazione giuridica che ci vieta di poter seguire, seppure frammentariamente, la sorte degli affittuari [84]. Un fatto però è certo, e cioè che, quando le fonti giuridiche sui coloni

fermiers libres, des fermiers par contrat temporaire, et qui, en fait, se trouvent dans l'impossibilité de quitter le domaine du propriétaire. Leur contrat primitif le leur permettait; mais leur arriéré les en empêche. Ils ne sont pas encore liés au sol par la loi; mais ils le sont par leur dette. La terre les retiens, non pas encore à titre de colons, mais à titre de débiteurs ».

[80] Il problema della servitù per debiti nel principato è molto controverso. Secondo E. M. Staerman - M. K. Trofimova, *La schiavitù nell'Italia imperiale. I-III secolo*, Roma 1975, pp. 20 ss., e G. E. M. de St. Croix, *The Class Struggle in the Ancient Greek World from the Archaic Age to the Arab Conquest*, London 1980, pp. 165 ss., esso era molto rilevante, mentre di parere opposto è De Martino 1979, pp. 269 ss. Sul fenomeno in generale cfr. L. Peppe, *Studi sull'esecuzione personale. I. Debiti e debitori nei primi secoli della Repubblica romana*, Milano 1981.

[81] Plin. 7.30.3.

[82] Cfr. nota 45.

[83] Cfr. nota 40.

[84] Il problema è stato già posto in chiari termini da Garnsey 1980, p. 39: « Whatever is decided about the condition of tenants in the early Empire — and any conclusion to be accurate would have to reflect the diverse situations of tenant-farmers, regional variations and

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ricompaiono, nessuna di essa fa riferimento ad un loro eventuale indebitamento. Il problema della fuga dei coloni e, conseguentemente, quello dell'introduzione del loro vincolo alla terra viene, invece, costantemente collegato a problemi fiscali. È il caso, pertanto, di esaminare ora le obbligazioni fiscali che ricadevano sulle spalle degli affittuari.

7. *Affittuari e tasse*

Il sistema fiscale romano cominciò a subire delle trasformazioni nel corso del terzo secolo [85]. Ancora agli inizi di questo secolo le imposte fondiarie, come risulta da un frammento di Ulpiano che sarà citato tra breve, erano valutate in denaro ed è, pertanto, verosimile che fossero anche pagate in denaro [86]. Purtroppo le fonti sono molto avare di informazioni su questo problema che è molto dibattuto dagli studiosi. Importante è un passo di Igino che, per quanto si riferisca agli *agri vectigales* [87], potrebbe essere generalizzato senza grossi rischi agli altri aspetti della tassazione fondiaria [88]. La tradizione manoscritta, però, riporta due versioni contrastanti del passo. La prima è la seguente:

> *In quibusdam provinciis fructus partem praestant certam, alii quintas, alii septimas, alii pecuniam et hoc per soli aestimationem* (Hyg., *de lim. const.* 205 La = 168 s. Th.).

Ma invece di « *alii pecuniam* » è attestata anche la variante « *nunc multi pecuniam* » [89]. Se si accetta la seconda variante, si dovrebbe dedurre che la tassazione, che originariamente era in molte province riscossa in natura — probabilmente perché così suggeriva il costume locale —, fu successivamente trasformata in tassazione in denaro sotto l'impulso del governo centrale. La testimonianza di Ulpiano sembrerebbe consigliare che quest'ultima lettura sia da preferire.

temporal differences — there remains a clear contrast between the free tenant of the late Republic and early Empire, who entered a contractual relation with a landlord for a short term then was legally entitled to go elsewhere and the self-like tenant of the late empire, bound to the soil as were his heirs. In my view, the solution of the notorious problems of the rise of the colonate lies in the peculiar conditions of the late third and fourth centuries, in particular the increasingly oppressive tax burden, and any attempt to trace a continuous trend from Principate to late Empire across the great divide of the third century is doomed to failure ».

[85] La più recente trattazione sulle imposte nell'impero romano è quella di Neesen 1980; cfr. P.A. Brunt, 'The Revenues of Rome', in *JRS*, 1981, pp. 161-172. Cfr. anche Lo Cascio 1986.

[86] D. 50.15.4.pr.; cfr. il testo alla p. seguente.

[87] Cfr. Lo Cascio 1986, p. 48.

[88] In questo senso Duncan-Jones 1990, p. 188.

[89] Su questa variante richiama l'attenzione Neesen 1980, p. 45.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Nel terzo secolo divenne, però, sempre più frequente il ricorso a *indictiones* [90], una forma di requisizioni in natura che, come si dice in un rescritto dell'imperatore Decio, si basava non sulle persone, ma sulle proprietà [91].

Per quanto riguarda la proprietà fondiaria siamo informati da un importante frammento di Ulpiano. Le operazioni censuali prescrivevano che un proprietario terriero dichiarasse il nome del suo fondo, la città dove esso era registrato, il *pagus* dove era situato e due suoi confinanti. Quindi doveva denunciare quanti *iugera* di terra arata vi erano, il numero delle viti di cui si componeva la vigna, il numero degli alberi di ulivo e quanti *iugera* di terra occupavano, l'estensione del prato e del pascolo. Infine doveva dare una stima del valore della proprietà. Dall'espressione « *intra decem annos* », ripetuta due volte, si dovrebbe ricavare poi che le operazioni del censo avevano luogo ogni dieci anni [92]:

> *Forma censuali cavetur, ut agri sic in censum referantur. Nomen fundi cuiusque: et in qua civitate et in quo pago sit: et quos duos vicinos proximos habeat. Et arvum, quod in decem annos proximos satum erit, quot iugerum sit: vinea quot vites habeat: olivae quot iugerum et quot arbores habeant: pratum quos intra decem annos proximos sectum erit, quot iugerum: pascua quot iugerum esse videantur: item silvae ceduae. Omnia ipse qui defert aestimet* (D. 50.15 4.pr.: *Ulpianus libro tertio de censibus*).

Il proprietario doveva dichiarare, inoltre, gli schiavi che lavoravano sul fondo, il loro luogo d'origine, l'età, i compiti e mestieri:

> *In servis deferendis observandum est, ut et nationes eorum et aetates et officia et artificia specialiter deferantur* (*ibidem* 5).

Agli affittuari era poi dedicato un altro breve paragrafo, la cui interpretazione però ha costituito un problema:

> *Si quis inquilinum vel colonum non fuerit professus, vinculis censualibus tenetur* (*ibidem* 8).

Secondo Esmein con le parole « *vinculis censualibus* » dovremmo intendere che i proprietari che non dichiaravano i loro affittuari erano obbligati a pagare le tasse per loro. Il che significherebbe che nel caso contrario, vale a dire nel caso comune, gli affittuari erano tenuti a pagare la tassa per il fondo che colti-

[90] Per i due diversi significati di «*indictiones*» cfr. Berger 1953, p. 449; prima del quarto secolo « an imperial enactment ordaining an extraordinary requisition of corn from the owners of provincial land »; dopo il quarto secolo « a regular annual impost ».

[91] *C. I.* 10.16.3: *Indictiones non personis, sed rebus indici solent: et ideo, ne ultra modum earundem possessionum quas possides conveniaris, praeses provinciae prospiciet* (*Imp. Decius A. Citicio*, a. 249). Cfr. Grelle 1963, p. 103.

[92] Cfr. Neesen 1980, p. 51, e E. Lo Cascio, 'Le tecniche dell'amministrazione', in *Storia di Roma* II, 2, 1991, pp. 119-191.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

vavano [93]. Da parte sua, invece, Neesen ritiene che l'espressione significhi « carcerazione per motivi fiscali » [94]. Appare, però, molto improbabile che un proprietario evasore fiscale venisse imprigionato per il solo fatto di non aver dichiarato il proprio affittuario. D'altronde quella di Esmein è l'interpretazione comunemente accettata e, per quanto si basi solo su un'ipotesi, mi sembra che non vi siano valide alternative. Dal frammento di Ulpiano risulterebbe, quindi, che era nell'interesse dei proprietari dichiarare i propri affittuari. Mi sembra abbastanza evidente, infine, che qui si faceva riferimento soltanto al *tributum soli*, in quanto sarebbe assurdo pensare che un proprietario potesse pagare il *tributum capitis* per un affittuario non registrato.

Nel tardo impero una registrazione della proprietà fondiaria che presenta analogia con la *forma censualis* di Ulpiano è prevista da una legge di Valentiniano, Valente e Graziano [95]. Nella *plena descriptio*, relativa ai *bona proscriptorum* incamerati dalla *res privata*, doveva essere indicata la quantità di terra, che cosa vi era coltivato, quante erano le viti e gli ulivi, l'estensione di terra arata, di pascolo, di boschi, la posizione del luogo, gli edifici e oggetti di valore, il numero degli schiavi, sia quelli urbani che quelli rustici e le loro funzioni, il numero dei *casarii* [96] e dei *coloni*, quello dei buoi e dei vomeri, gli armenti e le greggi, la quantità di oro e di argento, delle vesti e dei monili, con l'indicazione del tipo e del peso e, infine, ciò che era conservato nei magazzini:

> *Et plena descriptio comprehendat, quod spatium et quod sit ruris ingenium, quid aut cultum sit aut colatur, quid in vineis olivis aratoriis pascuis silvis fuerit inventum, quae etiam gratia et quae amoenitas sit locorum, quis aedificiis ac possessionibus ornatus, quotve mancipia in praediis occupatis vel urbana vel rustica vel quarum artium generibus inbuta teneantur, quot sint casarii vel coloni, quot boum exercitiis terrarum atque vomeribus inservientium, quot pecorum et armentorum greges et in qua diversitate numerati*

[93] A. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit romain*, Paris 1886, pp. 226-28; questa era l'interpretazione già di Fustel 1885, p. 74. Esmein cita anche un passo di Cicerone, che dice che un affittuario in Sicilia fu costretto a fuggire perché non era in grado di pagare le tasse fondiarie: *Verr.* 3.22: *Xenonis Menoeni, nobilissimi hominis, uxoris fundus erat colono locatus; colonus quod decumanorum iniurias ferre non poterat ex agro profugerat*: su questo testo cfr. ora Mircovic 1986, p. 57. Secondo Esmein, la regola generale probabilmente è da ravvisarsi in un frammento di Paolo, il quale dice che i tributi dovrebbero essere pagati da coloro che percepiscono i frutti della terra: *Neque stipendium neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest; onus enim fructum haec impendia sunt* (D. 25.1.13: *Paulus libro septimo brevium*). Cfr. D. 47.2.62(61).8: (*Africanus libro octavo quaestionum*): *Etenim fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructos facere*).

[94] Neesen 1980, pp. 227-28. Dello stesso parere è Mircovic 1986, p. 56.

[95] In verità, questa legge ha stranamente destato scarso o nessun interesse presso molti studiosi che hanno compiuto ricerche specifiche sulla tassazione tardoimperiale, come ad es. Déléage 1945, Cérati 1968, Goffart 1974.

[96] I *casarii* erano probabilmente « tenant-cottagers », come sono definiti da Whittaker 1987, p. 100.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

sint, quantum auri et argenti, vestium ac monilium vel in specie vel in pondere et in quibus speciebus, quidve in enthecis sit repertum (C. *Th.* 9.42.7.1= =C. *I.* 9.49.7.1: *Imppp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp.*, a. 369).

Come si vede, la *descriptio plena* richiesta da Valentiniano e Valente è ancor più dettagliata della *forma censualis* descritta da Ulpiano. Ma c'è una ben più importante differenza che tocca il nostro problema. Mentre in Ulpiano, come abbiamo visto, la denuncia degli affittuari non era obbligatoria, qui invece la loro registrazione, insieme ai *casarii* e subito dopo quella degli schiavi, viene data per scontata [97]. Dobbiamo attribuire un particolare significato a questo inserimento anche dei coloni in una *descriptio* di beni confiscati e considerarla indicativa, anche per questo aspetto, dei procedimenti adottati nelle rilevazioni a fini fiscali?

Le operazioni censuali che seguirono a questa riforma e che ebbero luogo sotto Galerio vengono descritte come un evento luttuoso da Lattanzio. Questo scrittore le definisce come una pubblica calamità e dice che si svolsero capillarmente in tutte le province e le città dove i funzionari del censo suscitavano ostili tumulti e introducevano una forma di orrenda sudditanza:

At vero illud publicae calamitates et communis luctus omnium fuit, census in provincias et civitates semel missus. Censitoribus ubique diffusis et omnia exagitantibus hostilis tumultus et captivitatis horrendae species erant (*de mort. persec.* 23.1).

Lattanzio dice in seguito che nelle liste del censo veniva registrata la quantità di terra, il numero delle viti e degli ulivi, gli animali di ogni genere, e quindi le persone sia quelle provenienti dalle città che quelle provenienti dalle campagne e infine gli schiavi:

Agri glebatim metiebantur, vites et arbores numerabantur, animalia omnis generis scribebantur, hominum capita notabantur, in civitatibus urbanae ac rusticae plebes adunatae, fora omnia gregibus familiarum referta, unusquisque cum liberis, cum servis aderant (*ibidem* 2).

Benché Lattanzio qui non nomini esplicitamente gli affittuari credo che sia abbastanza ovvio che anche questi venissero compresi tra gli *hominum capita*. Non mi sembra perciò azzardato concludere che la differenza tra la *forma censualis* di Ulpiano e la *plena descriptio* del 369 riguardo alla registrazione degli affittuari sia stata introdotta in seguito alla riforma di Diocleziano. In base a

[97] Cfr. quanto dice Fustel 1885, pp. 75-76, sulla differenza tra la *forma censualis* ulpianea e le operazioni censuali descritte da Lattanzio: « La différence capitale est que ce n'est plus le propriétaire qui donne les noms de tous ses cultivateurs; on fait comparaître les cultivateurs eux-mêmes et on les taxe nommément »,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

questa stessa riforma, poi, sappiamo che l'imposta fondiaria (*iugatio*) era pagata dal proprietario, mentre all'affittuario spettava il pagamento della *capitatio* [98]. Il fatto poi che gli affittuari venissero registrati indistintamente con la proprietà e assieme agli schiavi può costituire il segnale di un deterioramento della loro posizione giuridico-sociale dal momento che non veniva più riconosciuta loro la capacità di essere considerati dei soggetti fiscali indipendenti come ai tempi di Ulpiano. Per questo motivo, da Diocleziano in poi li definirò convenzionalmente « coloni » per distinguerli dagli affittuari dell'epoca precedente. C'è un altro importante motivo, tuttavia, che mi induce a considerare gli affittuari prediocleziani giuridicamente diversi dai coloni post-diocleziani. Dopo Diocleziano, infatti, il contratto di *locatio-conductio* scomparve dalle fonti giuridiche. Sotto il titolo *Locati conducti* del Codice Giustinianeo (4.65) c'è una lacuna tra una legge di Diocleziano del 305 e una legge di Teodosio II nel 439 [99]. Da questo momento in poi la *locatio-conductio* riapparve solo nella parte orientale dell'impero. Ne dovremmo concludere, quindi che dopo Diocleziano i rapporti tra coloni e proprietari vennero regolati su basi giuridiche nuove che sfoceranno nella formazione del colonato tardoantico. Nelle pagine seguenti cercherò di delineare questo processo.

8. *Responsabilità per le tasse non pagate*

Il nuovo sistema di dichiarazione della proprietà fondiaria, che obbligava i proprietari a denunciare i loro coloni, comportò anche una modifica del metodo di riscossione delle imposte. Già in epoca severiana, quando visse il giurista Erennio Modestino, le principali autorità della città furono rese responsabili delle tasse non riscosse. La decisione di Modestino ci viene riportata da Arcadio Carisio [100]:

> *Mixta munera decaprotiae et icosaprotiae, ut Herennius Modestinus ... decrevit: nam decaproti et icosaproti tributa exigentes et corporale ministerium gerunt et pro omnibus defectorum fiscalia detrimenta resarciunt* (D. 50.4.18.26: *Archadius Charisius libro singulari de muneribus civilibus*).

[98] Il problema della tassazione tardoantica è, in realtà, molto complesso e le soluzioni proposte dagli studiosi sono assai disparate. La migliore trattazione mi sembra ancora quella di Déléage 1945, mentre la spiegazione più convincente del meccanismo della *iugatio-capitatio* quella di Mazzarino 1951; cfr. *idem*, *L'impero romano*, Roma-Bari 1973, pp. 588 ss.

[99] Cfr. Revillout 1857, p. 224: « Ce long intervalle correspond précisément à toutes la période comprise par les constitutions du Code Théodosien, dans lequel la *locatio conductio* n'a pas de titre particulier ». Cfr. anche E. Levy, ' Von römischen *Precarium* zur germanischen Landleihe ', in *ZSav* 66, 1948, pp. 17 ss.

[100] Cfr. Grelle 1963, p. 62, nota 42, che precisa che si debba trattare di un provvedimento posteriore a Settimio Severo.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

È possibile che con questo provvedimento vada collegato un frammento di Ulpiano con cui si ordina ai governatori delle province di richiamare nelle proprie sedi quei decurioni che si erano trasferiti allo scopo di costringerli ad adempiere ai doveri connessi con le proprie funzioni [101]. Se questo collegamento fosse corretto, avremmo qui un'anticipazione di un fenomeno tipico del quarto secolo quando i curiali abbandonavano le proprie cariche perché oppressi dai *munera* cui erano sottoposti.

In ogni caso, un'importante legge di Costantino ricorda che ogni decurione era responsabile per la raccolta delle tasse relative ad una precisa parte di territorio (*portio*) dove egli stesso avesse delle proprietà oppure vi fossero dei coloni o altri contribuenti [102]. L'imperatore interveniva per impedire che ad alcun decurione venissero indebitamente attribuite le responsabilità di un altro decurione o di un territorio che non gli spettava:

> *Unusquisque decurio pro ea portione conveniatur, in qua vel ipse vel colonus vel tributarius eius convenitur et colligit; neque omnino pro alio decurione vel territorio conveniatur. Id enim prohibitum esse manifestum est et observandum deinceps, quo iuxta hanc nostram provisionem nullus pro alio patiatur iniuriam* (*CTh.* 11.7.2: *Imp. Constantinus A. ad Pacatianum vicarium Britanniarum*).

Successivamente lo stesso imperatore emise la famosa costituzione del 332, dalla quale risulta che, prima ancora che un decurione, il proprietario che accoglieva un colono fuggitivo era responsabile per le tasse che tale colono evitava

[101] D. 50.2.1: *Decuriones, quos sedibus civitatis, ad quam pertinent, relictis in alia loca transmigrasse probabitur, praeses provinciae in patrium solum revocare et muneribus congruentibus fungi curet* (*Ulpianus libro secundo opinionum*). Cfr. M. Rostovzev, *Storia economica e sociale dell'impero romano*, Firenze 1933, p. 470, nota 18. Non sono d'accordo con F. Jacques, *Le privilège de la liberté: politique impériale et autonomie municipale dans les cités de l'Occident romain* (161-244), Paris 1984, p. 350, che ha sminuito l'importanza delle obbligazioni fiscali dei decurioni testimoniate da questo frammento: « ... nous sommes d'avis de dédramatiser l'affaire. Il s'agit de *munera*, donc d'abord d'une forme d'evasion fiscale, donc d'une fraude ». Non c'è nulla nel testo da cui si possa ricavare che i decurioni non abbandonassero le loro proprietà. D'altra parte, Jacques non cita mai nel suo libro D. 50.4.18.26. Sulla posizione dei decurioni cfr. P.D.A. Garnsey, 'Aspects of the Decline of the Urban Aristocracy in the Empire', in *ANRW* 2.1, 1974, pp. 229-252, e, più recentemente, Duncan-Jones 1990, pp. 159 ss.

[102] Seguo l'interpretazione di Cérati 1968, p. 30. Diversamente pensava Pallasse 1950, p. 37, secondo il quale *tributarius* qui indica un contadino che, come il colono, lavorava alle dipendenze del decurione. Così interpretano ora anche Mircovic 1986, p. 68, nota 11 e H.-J. Horstkotte, *Die Steurhaftung im spätrömischen Zwangsstat*, Frankfurt 1988, p. 64. Ma se così fosse, non vedo perché l'imperatore si sarebbe dovuto rivolgere ai decurioni e non semplicemente ai proprietari. Ritengo, pertanto, che nel testo *eius* di *tributarius* si riferisca a *portio* e non a *decurio*. Sui *tributarii* cfr. C.R. Whittaker, 'Labour Supply in the Later Roman Empire', in *Opus* 1, 1982, pp. 171-179.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

di pagare [103]. Questa legge è stata indicata, da alcuni studiosi, come quella che introdusse per la prima volta il vincolo dei coloni alla terra o, ancor più comunemente, come quella che presupponeva già l'esistenza di tale vincolo. Goffart, invece, ha recentemente respinto entrambe le interpretazioni, sostenendo che nella legge non c'è alcun riferimento al vincolo dei coloni [104]. A mio avviso l'opinione di Goffart va condivisa. La legge, infatti, dice che colui che nascondeva il colono di un altro proprietario [105] avrebbe dovuto non solo restituirlo alla sua *origo*, ma anche versare la *capitatio* non pagata durante la sua assenza. La legge, quindi, imponeva ai coloni di tornare alla propria *origo*, in quanto essi erano debitori della *capitatio* allo stato, ma non dimostra che gli stessi coloni non erano liberi di spostarsi qualora non fossero sottoposti a tale obbligazione. In altri termini, la legge non può essere addotta come prova del fatto che i coloni erano legati alla terra. Se ciò è vero, si può ricavare anche che l'imperatore interveniva non per andare incontro alle esigenze dei proprietari privati, quanto piuttosto per difendere gli interessi dello stato. D'altro canto, però, si può certamente sostenere che questa legge rappresentava indirettamente una prima limitazione alla piena libertà di movimento dei coloni. La legge, inoltre, invitava i proprietari dei coloni che avessero progettato la fuga a tenerli incatenati per costringerli a svolgere quelle funzioni che spettavano ad uomini liberi con una punizione analoga a quella riservata agli schiavi. Pertanto, qui si riscontra anche un peggioramento della condizione giuridica dei coloni:

> *Apud quemcumque colonus iuris alieni fuerit inventus, is non solum eundem origini suae restituat, verum super eodem capitationem temporis agnoscat. Ipsos etiam colonos, qui fugam meditantur, in servilem condicionem ferro ligari conveniet, ut officia, quae liberis congruunt, merito servilis condemnationis compellantur inplere* (*CTh.* 5.17.1: *Imp. Constantinus ad provinciales*, a. 332).

[103] A. Puglisi, 'Servi, coloni, veterani e la terra in alcuni testi di Costantino', in *Labeo* 23, 1977, p. 314, ritiene che la responsabilità della *iugatio* non pagata ricadesse sugli altri membri della comunità contadina di cui faceva parte il colono fuggitivo. Ma egli generalizza un'informazione proveniente dall'Egitto e riguardante i contadini proprietari e non i coloni.

[104] Questa è la conclusione degli studi più recenti sul colonato: cfr. Goffart 1974, pp. 70 ss., e Eibach 1977, pp. 51 s.: « Zur Zeit Konstantins haben wir demnach keinen konkreten Hinweis auf eine durchgängige Anwendung des origo-Prinzip in Richtung auf eine zwangsweise Bodenbindung des Pächter-Kolonen ».

[105] L'espressione *alieni iuris* non è impiegata in senso tecnico, non implica cioè una *capitis deminutio* del colono, ma si riferisce semplicemente — come in *CTh* 5.17.2, citata più avanti a nota 116 — a un colono che lavorava per un altro proprietario: cfr. Pallasse 1950, p. 30, nota 47, e Goffart 1974, pp. 71 s. Sul problema è ora tornata Mircovic 1986.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

9. *Coloni imperiali e coloni privati*

Dall'inizio del quarto secolo fino a Valentiniano e Valente, l'interesse degli imperatori si concentrò principalmente sui coloni impiegati sulle proprietà imperiali [106]. Fu per questi coloni la cui *origo* [107] sembra che fosse indipendente da ogni giurisdizione municipale, che il *ius colonatus* fu isolato per la prima volta.

Ai coloni del fisco veniva riservata una speciale attenzione già in epoca severiana. Da un passo di Callistrato sappiamo infatti, che questi coloni erano esenti da ogni *munus* nei confronti delle città affinché potessero svolgere più opportunamente le loro funzioni sulle terre del fisco [108]:

> *Coloni quoque Caesaris a muneribus municipalibus liberantur, ut idoniores praediis fiscalibus habeantur* (D. 50.6.6(5).11: *Calistratus libro primo de cognitionibus*).

Circa un secolo dopo, Costantino ordinava che i coloni delle proprietà private dell'imperatore non dovevano partecipare né degli onori né degli oneri di una città [109]:

[106] Ai coloni imperiali hanno dedicato uno specifico interesse Pallasse 1950, pp. 21 ss., e Eibach 1977, pp. 75 ss., il quale ha negato che sia possibile fare una distinzione tra i coloni del *patrimonium* e quelli della *res privata* sulla base della esistente documentazione giuridica. Sulla differenza tra *fundi patrimoniales* e *fundi rei privatae* cfr. ora R. Delmaire, *Largesses sacrées et res privata. L'aerarium impérial et son administration du IV au V siècle*, Roma 1989, pp. 669 ss.

[107] Per la definizione di *origo* cfr. D. Nörr, '*Origo*. Studien zur Orts-Stadt und Reichszugehörigkeit in der Antike', in *RHD*, 1963, p. 526: « Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gemeinschaft oder zu einem bestimmte Orte bringt man üblicherweise unter den Begriff *origo* ». È interessante mettere a confronto un frammento di Ulpiano (D. 50.1.2: *Municipem aut nativitas facit aut manumissio aut adoptio*) con un rescritto di Diocleziano (*C. I.* 10.40.7: *Cives quidem origo manumissio adlectio vel adoptio... facit*). A. Visconti, 'Note preliminari sull'*origo* nelle fonti imperiali romane', in *Studi di Storia e Diritto in onore di C. Calisse*, Milano 1940, p. 95, ha già osservato la sostituzione di *municeps*, che dal significato originario di « cittadino di un *municipium* » (cfr. Berger 1953, p. 590) passò a quello di « curialis », con *civis*. Ciò fu dovuto al fatto che il concetto di *civitas* era cambiato dopo che la *Constitutio Antoniniana* aveva fatto di Roma la *communis patria*. Altrettanto significativa è, a mio avviso, la sostituzione di *nativitas* con *origo*, che divenne così il nuovo strumento concettuale con cui si stabilì il luogo di appartenenza amministrativa.

[108] Cfr. E. Lo Cascio, 'Patrimonium, ratio privata, res privata', in *AIIS* 3, 1971-72 [1975], pp. 84 s., nota 60, il quale osserva che questo intervento di Callistrato può rappresentare il superamento di una precedente misura (D. 50.1.38.2) in base alla quale i *coloni praediorum fisci* erano invece tenuti ad adempiere ai *munera*.

[109] Un provvedimento analogo per i coloni privati fu preso solo nel 396: *C. I.* 11.48.11 (*Impp. Arcadius et Honorius AA. ad populum*): *Originarios colonos nullis privilegiis, nulla dignitate, nulla census auctoritate excusari praecipimus, sed amputatis omnibus, quae aliquotiens per gratiam sunt elicita, domino vel fundo esse reddendos.*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

> *Nullus omnino originalis colonus rei privatae nostrae ad aliquos honores vel quaelibet alia civitatis munera devocetur* (*C. I.* 11.68.1: *Imp. Constantinus A. ad Constantium pp.*).

È importante osservare che l'espressione *colonus originalis* appare qui per la prima volta [110]. È possibile che col suo provvedimento Costantino abbia voluto separare l'*origo* di questi coloni da quella di ogni municipalità e, quindi, farli dipendere dal punto di vista amministrativo direttamente dalle proprietà imperiali [111].

Un'altra legge dello stesso imperatore vietava ai coloni delle terre imperiali di essere impiegati o come amministratori o come coltivatori o di lavorare a qualsiasi altro titolo sulle proprietà dei privati:

> *Colonos nostros, qui sunt privati vel ad ratiocinia gerenda vel ad colendos agros idonei, retrahi iubemus ac tantum colendis nostris rebus addici, quin etiam in posterum observari, ne quis eorum rem privatam cuiusquam gerendam aut aliquid ministrandum suscipiat* (*C. I.* 11.68.2: *Imp. Constantinus A. Ianuario comiti Orientis*).

In una legge di Costanzo e Costante del 342 l'espressione *ius colonatus* appare per la prima volta e, per quanto possa sembrare paradossale, tale *ius* veniva rivendicato da alcuni coloni che intendevano ricavarne dei privilegi. Gli imperatori intervenivano per impedire che alcuni proprietari, prendendo in affitto della terra imperiale, pretendessero di godere dell'esenzione dalle tasse. Essi stabilirono che avrebbero goduto del privilegio dell'esenzione solo quei coloni che non possedevano più di 25 iugeri di terra in proprietà privata e che coltivavano personalmente la terra presa in affitto dall'imperatore:

> *Quoniam sublimitas tua suggessit multos declinantes obsequia machinari, ut privilegia rei privatae nostrae colonatus iure sectantes curialium nominationes declinent, sancimus, ut quicumque ultra XXV iugera privato dominio possidens ampliorem ex re privata nostra iugerationis modum cultura et sollicitudine propria gubernaverit, omni privilegiorum vel originis vel cuiuslibet excusationis alterius frustratione submota curiali consortio vindicetur* (*CTh* 12.1.33: *Impp. Constantius et Constans AA. Rufino comiti Orientis*, a. 342).

Dopo questa legge, però, furono emanate alcune leggi dagli imperatori Valentiniano e Valente in seguito alle quali la posizione dei coloni imperiali subì un notevole deterioramento. Nel 364 la loro condizione divenne ereditaria [112].

[110] Ch. Saumagne, 'Du rôle de l'*origo* et du *census* dans la formation du colonat romain', in *Byzantion* 12, 1937, pp. 508 e 515, nota 2, sostiene che da questa legge risulta che lo *ius originarium* legava già i *coloni patrimoniales* alla terra. *Contra* Pallasse 1950, p. 22, n. 20, e Eibach 1977, p. 78, nota 167: « Wirtschaftliche Interessen und nicht die Frage der Herkunft bzw. die standesmässige Bindung an den Boden spielen hier die Hauptrolle ».

[111] Cfr. Pallasse 1950, pp. 21 s.

[112] Cfr. Jones 1974, p. 294.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Valentiniano e Valente vietarono a questi coloni, ai loro figli e nipoti di impegnarsi in qualsiasi altra attività, compreso perfino il servizio militare:

> *Servi atque coloni, etiam eorum filii vel nepotes, vel quicumque de fundis ac possessionibus nostris clanculo ad officia convolaverint diversa, reddantur, etiamsi armatae habuerint sacramenta militiae* (*C. I.* 11.68.3: *Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Equitium magistrum equitum et peditum*).

Se da una parte questa legge prova che la condizione dei coloni era ancora a pieno titolo quella di uomini liberi, dal momento che erano considerati in grado di svolgere il servizio militare [113], dall'altra una diversa costituzione degli stessi imperatori modificò gravemente tale condizione. Essi, infatti, ordinarono che i figli nati da un decurione e da una inquilina [114] appartenente alle proprietà imperiali avrebbero dovuto seguire la condizione della madre:

> *Nati ex inquilinarum nostrae domus matrimonio et patre decurione non patrum suorum, verum matrum condicionem sequantur* (*C. I.* 10.32.29: *Impp. Valentinianus et Valens AA. Germaniano pp. Galliarum*, a. 365).

Questa norma era in netto contrasto con il principio giuridico secondo il quale i figli nati in seno ad un matrimonio legittimo (*iustae nuptiae*) dovevano seguire la condizione del padre [115]. Due anni più tardi, questa nuova regola fu estesa ai figli nati dall'unione di un qualsiasi *ingenuus* con una colona o una schiava delle proprietà imperiali. In questo caso l'esplicito accostamento della colona alla schiava rende ancora più evidente l'aggravamento della condizione giuridica dei coloni imperiali:

> *Ex ingenuo et colonis ancillisque nostris natos natasve origini, ex qua matres eorum sunt, facies deputari* (*C. I.* 11.68.4: *Imppp. Valentinianus et Valens et Gratianus AAA. ad Florianum comitem rerum privatarum*).

Come si è detto, quindi, gli imperatori tra Costantino e Valentiniano e Valente si occuparono essenzialmente dei coloni imperiali [116]. Ciò sembra confermato anche dal fatto che nel principale titolo del Codice Giustinianeo riguardante i coloni (11.48: *De agricolis censitis vel colonis*), ci sono tre leggi precedenti a Valentiniano e Valente e solo una di esse riguarda i coloni di proprietari privati.

113 Cfr. Whittaker 1987, p. 113.

114 Per la differenza tra coloni e inquilini cfr. l'ipotesi proposta da P. Rosafio, 'Inquilinus', in *Opus* 3, 1984, 121-131.

115 D. 1.5.19 (*Celsus libro vicensimo nono digestorum*): *Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur; vulgo quaesitus matrem sequitur.*

116 Questa speciale attenzione per i coloni imperiali è evidente ancora nel 386, quando fu emessa una legge in cui per i proprietari che nascondevano questi coloni veniva stabilita una multa più alta rispetto a quelli che nascondevano i coloni dei privati: *CTh* 5.17.2: *Quisquis colonum iuris alieni aut sollicitatione susceperit aut occultatione celaverit, pro eo, qui privatus erit, sex auri uncias, pro eo, qui patrimonialis, libram auri cogatur inferre.*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Si tratta di una legge di Costanzo che ordinava a quei proprietari che vendevano o donavano un fondo di non trattenere per sé i coloni che lavoravano sul quel fondo allo scopo di trasferirli su altre proprietà [117]:

> *Si quis praedium vendere voluerit vel donare, retinere sibi transferendos ad alia loca colonos privata pactione non possit* (*C. I.* 11.48.2.pr.: *Imp. Constantius A. ad Dulcitium consularem Aemiliae*, a. 357).

Neanche questa legge, comunque, aveva lo scopo di difendere un qualche particolare interesse dei proprietari privati, ma si trattava evidentemente di un provvedimento di natura amministrativa connesso con la costituzione di Costantino del 332. Con tale legge, infatti, si voleva impedire che i coloni, una volta trasferiti dall'*origo* dove erano stati registrati, non pagassero più la *capitatio*. In questo senso, a mio avviso, va anche intesa l'espressione *privata pactio* [118], che avrebbe escluso che i coloni venissero registrati nei nuovi luoghi in cui fossero stati trasferiti dal proprietario.

Ma credo che dalla stessa legge si possa dedurre una conclusione ancora più importante. La legge, infatti, per un verso costituisce, dopo quella del 332, un'ulteriore limitazione alla libertà di movimento dei coloni, ma per un altro dimostra che il vincolo legale alla terra non era stato ancora introdotto. In caso contrario, infatti, non ci sarebbe stato bisogno di un provvedimento che impedisse il trasferimento dei coloni da un fondo ad un altro.

Tra le poche costituzioni relative ai coloni privati precedenti a Valentiniano e Valente, e conservate sotto altri titoli del Codice Giustinianeo, la più importante è quella di Costantino che vietava ai proprietari di chiedere ai propri coloni una somma maggiore di quella fissata (*superexactio*) e dava facoltà a questi ultimi di ricorrere in tribunale per ottenere il riconoscimento di tale diritto:

> *Quisquis colonus plus a domino exigitur, quam ante consueverat et quam in anterioribus temporibus exactus est, adeat iudicem, cuius primum poterit*

[117] Successivamente, una legge di Arcadio e Onorio stabilì che, se un proprietario di due fondi aveva spostato alcuni coloni da un fondo ad un altro che ne era poco provvisto, i coloni sarebbero potuti rimanere sul nuovo fondo anche nel caso in cui questo avesse cambiato proprietario, purché il vecchio proprietario si fosse impegnato a rendere anche i figli dei coloni stessi: *C. I.* 11.48.13.1 (*Impp. Arcadius et Honorius AA. Vincentio pp. Galliarum*, a. 400): *Illud etiam servandum est, ut, si quando utriusque fundi idem dominus de possessione referta cultoribus ad eam colonos quae laborabat tenuitate transtulerit, idemque fundi ad diversorum iura dominorum qualibet sorte transierint, maneat quidem facta translatio, sed ita, ut praedii eius dominus, a quo coloni probantur fuisse transducti, translatorum agnationem restituat.* Con questa misura si può affermare che il vincolo dei coloni alla terra — che, come si ipotizzerà più avanti, fu introdotto da Valentiniano e Valente — fu trasformato in vincolo ai padroni della terra. Questa distinzione si trova formulata in P. Collinet, 'Le colonat dans l'Empire Romain', in *Rec. de la Soc. J. Bodin*, II. *Le Servage*, Bruxelles 1937, p. 88. Per quanto riguarda il principio dell'indissolubilità delle famiglie esso fu formulato da Costantino (*C. I.* 3.38.11).

[118] Cfr. Goffart 1974, p. 72.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

habere praesentiam, et facinus comprobet, ut ille, qui convincitur amplius postulare, quam accipere consueverat, hoc facere in posterum prohibeatur, prius reddito quod superexactione perpetrata noscitur extorsisse (*C. I.* 11. 50.1: *Imp. Constantinus A. ad Maximum vicarium Orientis*).

Come ha sottolineato Goffart, lo scopo di questa legge era chiaramente quello di proteggere gli introiti dei coloni e, di conseguenza, di assicurarsi che le loro capacità di contribuenti non venissero intaccate [119]. Mi sembra quindi che abbiamo qui una ulteriore conferma del fatto che la legislazione imperiale prima di Valentiniano e Valente riguardasse sostanzialmente i coloni delle proprietà imperiali e che prendesse in considerazione i coloni delle proprietà private solo quando entravano in gioco gli interessi dello stato. Valentiniano e Valente, pur conservando questo atteggiamento fondamentalmente immutato, furono costretti, però, a prendere importanti provvedimenti volti a difendere gli interessi dei proprietari privati, i quali erano sempre più gravemente danneggiati dalle frequenti fughe dei loro coloni. Nonostante la costituzione del 332, infatti, questo fenomeno non era cessato. Al contrario, esso era diventato sempre più acuto come dimostrano le numerose misure che venivano adottate allo scopo di arginarlo. Fu così che le restrizioni che, come si è visto, erano state gradualmente introdotte per limitare la libertà e i diritti dei coloni imperiali furono estese anche ai coloni che lavoravano sulle terre dei privati [120]. Esaminiamo questo processo ancora una volta sulla base delle costituzioni più significative a noi pervenute.

Come misura adottata per frenare la fuga dei coloni può essere interpretata già una legge di Costanzo II, che a prima vista sembra solo voler concedere un privilegio ai senatori [121]. Questa legge, infatti, esentava i senatori dalla responsabilità per il pagamento delle tasse dei coloni che erano fuggiti, ma solo a condizione che essi stessi non nascondessero coloni fuggitivi provenienti da proprietà altrui. Con questo provvedimento è possibile che l'imperatore abbia voluto indurre i senatori — che erano, specialmente nella parte occidentale dell'impero, proprietari di estesi latifondi — a non attirare i coloni che lavoravano sulle terre di altri:

Conpertum est pro colonis profugis ad exsolvenda vos fiscalia conveniri. Iubemus igitur si nihil ex eorundem terris senatorum quemquam possidere constiterit, ut nulla cuiquam pensitandi pro his qui aufugerint necessitas imponatur (*CTh.* 11.1.7: *Impp. Constantius et Constans AA. ad senatum*).

Il problema dei coloni fuggitivi viene poi esplicitamente menzionato in una legge di Valentiniano e Valente dove si ordina a questi coloni di tornare presso i legittimi proprietari. Si aggiunge, inoltre, che, se dopo una opportuna indagine,

[119] Goffart 1974, pp. 68 s.

[120] Così già Pallasse 1950, pp. 25 s.

[121] G. Gera - S. Giglio, *La tassazione dei senatori nel tardo impero romano*, 1984, pp. 71 ss., inseriscono la legge in questo contesto.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

un proprietario era riconosciuto responsabile di nascondere un colono altrui, egli era tenuto a versare le imposte non pagate; se, invece, nascondeva uno schiavo fuggitivo, era soggetto ai provvedimenti già previsti per un tale caso [122]. La legge stabilisce ancora che, se il presunto fuggitivo dichiarava di essere una persona di condizione plebea [123] o libera e la sua dichiarazione si fosse provata corrispondente al vero, questi non avrebbe dovuto essere importunato e gli si sarebbe dovuta concedere la libertà di tornare nel suo luogo di provenienza [124]:

> *Si quis etiam vel tributarius repperitur vel inquilinus ostenditur, ad eum protinus redeat, cuius se esse profitetur. Nihilo minus etiam eo pergat indago, ut cucta rimando cognoscat, utrum is fuerit petitionis hortator, qui iniquae retentionis invidiam aliquo necesse habuerit colorare velamine: ut, si colonus eadem occulere arte quaesiverit, indemnitatem sarciat tributorum, si servos ad eam poenam, quae dudum est legibus constituta teneatur. Quisquis autem plebeium se adserit esse vel liberum, fide rei ostensa ab omni molestia vindicetur et ea loca, ex quibus eum esse claruerit, remittatur* (*CTh.* 10.12.2-4: *Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Probum pp.*).

Da una legge molto interessante di Valentiniano, Valente e Graziano, con la quale si richiamavano ancora i coloni fuggitivi e li si obbligava a restituire le tasse, veniamo a sapere che cosa poteva accadere ad un colono dopo che egli aveva trovato un nuovo proprietario. Intanto egli poteva assumere due diversi atteggiamenti: o farsi riconoscere come colono fuggitivo e debitore di tasse non versate allo stato oppure presentarsi come una persona libera [125]. Nel primo caso, egli poteva coltivare la terra del nuovo proprietario e consegnargli i prodotti senza ricevere alcuna mercede: in questo caso il proprietario, oltre a restituirlo al legittimo proprietario, avrebbe dovuto versare le imposte dovute dal colono. Nel secondo caso, invece, si poteva stabilire un contratto tra il colono e il nuovo proprietario in base al quale il primo avrebbe ricevuto in cambio del proprio

[122] Si tratta di *C. I.* 6.1.4 (*Imp. Constantinus A. ad Valerianum*, a. 317) contro i proprietari che accoglievano gli schiavi fuggitivi *in domum vel in agrum*.

[123] La stessa distinzione tra *tributarius* e *plebeius* si troverà poi in Sidonio, *Ep.* 5.19, da dove risulta che un *tributarius* non poteva sposare una donna di condizione libera.

[124] Dal punto di vista terminologico si può osservare che la posizione del *tributarius* è distinta da quella dell'*inquilinus*, mentre la parola *colonus* sembra avere un valore più generale e abbracciare le due categorie. La stessa distinzione terminologica troviamo in *C. I.* 11.48.12.pr. (*Impp. Arcadius et Honorius AA. Florentio*): *Servos vel tributarios vel inquilinos apud dominos volumus remanere.*

[125] In *C. I.* 11.48.12.1-2 (cfr. nota precedente) si dirà poi che un proprietario doveva accertarsi prima di accogliere qualcuno che si trattasse di un *ingenuus*, altrimenti, se egli avesse accolto un colono fuggitivo che si fosse presentato come una persona libera, sarebbe stato sottoposto al pagamento di una multa: *Sed aut cognitum sibi ingenuum unusquisque suscipiet, aut eum qui se liberum esse simulaverit a se submovebit metuens his quae statuta sunt obnoxius fieri. Si quis igitur ex memoratis fugitivis apud quemlibet fuerit repertus, duodecim libras argenti fisco nostro inferat detentator, ipsi autem cuius fuit praeter eundem fugitivum alterum etiam eiusdem aestimationis inferre decernimus.*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

592

lavoro una parte del raccolto o una ricompensa fissata in denaro: in questo caso il versamento delle imposte sarebbe toccato al colono stesso:

> *Omnes profugi in alieno latebras collocantes cum emolumentis tributariis, salva tamen moderatione, revocentur, scilicet ut si, apud quos homines reperiuntur, alienos esse noverant fugitivos et profugis in lucrum suum usi sunt, hoc est sive excoluerunt agros fructibus dominis profuturos sive aliqua ab isdem sibi iniuncta novaverunt nec mercedem laboris debitam consecuti sunt, ab illis tributa quae publicis perierunt functionibus exigantur. Ceterum si occultato eo profugi, quod alieni esse videntur, quasi sui arbitrii ac liberi apud aliquem se collocaverunt aut excolentes terras partem fructuum pro solo debitam dominis praestiterunt cetera proprio peculio reservantes, vel quibuscumque operis impensis mercedem placitam consecuti sunt, ab ipsis profugis quaecumque debentur exigantur: nam manifestum est privatum iam esse contractum* (*C. I.* 11.48.8.pr-1: *Impp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp.*).

Interessante in questa legge è il riferimento ad un *privatum contractum* tra proprietario e colono, che avrebbe dovuto sostituire il contratto di *locatio-conductio*, che, come si è visto, era ormai caduto in desuetudine. Appare evidente che a tale contratto non veniva riconosciuto alcun valore legale dallo stato, che, in seguito alla riforma fiscale dioclezianea, era ormai interessato soltanto a che i coloni fossero registrati presso la loro *origo* ai fini della riscossione della *capitatio*. Dalla legge si ricava, inoltre, un'altra importante informazione. Si dice, infatti, che, se il colono veniva assunto come salariato, il nuovo proprietario gli avrebbe corrisposto una ricompensa in moneta (*merces*). Il colono avrebbe, invece, pagato il canone in natura [126], se l'accordo avesse previsto un rapporto di affitto [127].

Vediamo ora quali erano le cause delle frequenti fughe dei coloni dalle terre assegnate loro da coltivare. Recentemente una spiegazione è stata fornita da Carrié che ha giustamente posto l'accento sui risvolti fiscali di questo fenomeno: « Tout

[126] Nel 366 una legge proibiva ai proprietari di costringere i contadini a effettuare pagamenti in denaro a meno che una tale pratica non fosse richiesta dalla consuetudine del podere: *C. I.* 11.48.5 (*Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Oricum praesidem Tripolitanae*): *Domini praediorum id quod terra praestat accipiant, pecuniam non requirant, quam rustici optare non audent, nisi consuetudo praedii hoc exigat.* Cfr. Vera 1986, pp. 368 s.

[127] Noi non sappiamo quanto sia lecito generalizzare da una notizia come questa, ma essa sembra accordarsi bene con la situazione economica più generale che si era venuta a creare dopo la riforma monetaria di Costantino, che aveva basato il nuovo sistema monetario sulla moneta d'oro, che era detenuta quasi esclusivamente dalle classi più elevate. Secondo l'interpretazione di Mazzarino 1951, pp. 75 s., di un famoso passo del *de rebus bellicis* (su cui, cfr. il commento nell'ed. di A. Giardina, pp. 51 s.), le classi più umili, detentrici di moneta divisionale, vennero rovinate dalla decisione di Costantino di abbandonare al proprio destino questa moneta che era stata fino ad allora protetta dal corso forzoso imposto dallo stato. Vera 1986, pp. 367 ss., ha ora dimostrato che i coloni effettuavano i loro pagamenti in natura, che poi giungevano nelle mani dei proprietari trasformati in oro (come attesta Olimp. fr. 44) attraverso l'intervento dei grandi *conductores* o dei *procuratores* o degli *actores*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

individu quittant sa résidence officielle, le lieu où il a été enregistré, est un contribuable perdu pour le fisc. Voila pourquoi les fuites sont si nombreuses — jamais l'expression d'« evasion fiscale » n'à revêtu un sens plus littérale; pourquoi la législation répète sans relâche ses interdictions comminatoires »[128]. Si può supporre che per la stessa ragione i proprietari terrieri avessero tutto l'interesse ad attirare i coloni fuggitivi, in quanto potevano trattenere per sé la maggior parte di *surplus* estratto dai coloni una volta che questi riuscivano ad evadere il fisco. L'ultima legge esaminata dimostra, in definitiva, che erano proprio i nuovi proprietari quelli che traevano i maggiori vantaggi dal nascondere i coloni fuggitivi, mentre per questi ultimi non appare che la situazione venisse tanto migliorata. A queste considerazioni si può aggiungere una teoria più generale, vale a dire quella derivante dagli studi di Chajanov che ha mostrato come sulle proprietà di vaste dimensioni il semplice aumento della manodopera sia l'unico sistema per incrementare la produttività[129]. Se questo è vero, l'asserzione può fornire allora la chiave per spiegare come mai fu introdotto il vincolo generalizzato alla terra che colpiva indifferentemente i coloni contribuenti e quelli che non erano soggetti al pagamento della *capitatio*. La spiegazione starebbe nel fatto che gli imperatori, ad un certo punto, decisero di estendere ai proprietari privati un privilegio che inizialmente avevano riservato per sé, vale a dire quello di immobilizzare la forza-lavoro indipendentemente da ragioni fiscali. Vediamo di analizzare la fase finale di questo processo, partendo proprio da questa distinzione tra coloni tributari e coloni esenti da imposte.

10. *L'introduzione del vincolo alla terra*

L'esistenza di questa distinzione è provata, ad esempio, da una legge con cui Arcadio e Onorio estesero ai coloni privati l'ereditarietà della condizione che, come si è visto, fu introdotta in un primo momento da *C. I.* 11.68.3 per i coloni imperiali:

> *Definimus, ut inter inquilinos colonosve ... suscepti liberi vel utroque vel neutro parente censito statum paternae condicionis agnoscant* (*C. I.* 11.48. 13.pr.: *Impp. Arcadius et Honorius AA. Vincentio pp. Galliarum*).

Da qui risulta, appunto, che esistevano dei coloni che non erano *censiti* e che quindi non erano soggetti al pagamento delle imposte. Le leggi esaminate finora che richiamavano i coloni fuggitivi riguardavano soltanto i coloni che erano inseriti nei registri del censo. Per altri, come si è postulato, non esisteva

[128] J. M. Carrié, 'Un roman des origines: les généalogies du « Colonat du Bas-Empire »', in *Opus* 2, 1983, p. 219.

[129] A. V. Chajanov, *On the Theory of Peasant Economy*, ed. Thorner, Homewood Ill., 1966, p. 20.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

originariamente nessun obbligo di residenza. Ma ad un certo punto questa situazione mutò. Infatti, una legge relativa alla Palestina, emanata da Valentiniano II, Teodosio e Arcadio, dice che una *lex a maioribus constituta* aveva stabilito che chiunque avesse cominciato a coltivare (in affitto) un pezzo di terra (appartenente ad altri) e a ricavarne dei frutti sarebbe diventato colono e non avrebbe potuto più lasciare la terra [130]. La legge precisa che il vincolo è operante *quodam aeternitatis iure*: si potrebbe collegare, a questo punto, l'espressione con quella di *ius colonatus*, che era stata adoperata a indicare il fondamento giuridico del vincolo già introdotto per i coloni imperiali e che non faceva nessuno specifico riferimento ad obbligazioni di natura fiscale:

> *Cum per alias provincias, quae subiacent nostrae serenitatis imperio, lex a maioribus constituta colonos quodam aeternitatis iure detineat, ita ut illis non liceat ex his locis quorum fructu relevantur abscedere nec ea deserere quae semel colenda susceperunt, neque id Palestinae provinciae possessoribus suffragetur, sancimus, ut etiam per Palestinas nullus omnino colonorum suo iure velut vagus ac liber exsultet, sed exemplo aliarum provinciarum ita domino fundi teneatur, ut sine poena suscipientis non possit abscedere: addito eo, ut possessionis domino revocandi eius plena tribuatur auctoritas* (*C. I.* 11.51: *Imppp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA. Cynegio pp.*).

Da parte degli studiosi si è sempre ritenuto che la *lex a maioribus constituta* cui si fa qui riferimento è andata perduta, ma credo che sarebbe stato abbastanza strano se i compilatori del Codice Giustinianeo avessero omesso una legge di tale portata. A mio avviso, il mistero si chiarisce se a *maiores* non si dà il senso generico di « antenati », ma quello più particolare di « predecessori » [131]. In tal caso, si può avanzare l'ipotesi che la *lex a maioribus constituta* sia una legge del 366 indirizzata al prefetto del pretorio delle Gallie con cui Valentiniano e Valente (predecessori, appunto, di Valentiniano II, Teodosio e Arcadio) ordinarono ai governatori delle province di richiamare alle loro sedi tutti i coloni indipendentemente dal sesso, dalla funzione e dalla condizione sia che essi vi fossero *censiti* o che vi fossero solo nati e cresciuti:

> *Omnes omnino fugitivos [adscripticios] colonos vel inquilinos sine ullo sexus muneris condicionisque discrimine ad antiquos penates, ubi censiti*

[130] Contro Eibach, che negava che questo provvedimento fosse stato adottato per favorire i proprietari, cfr. quanto dice E. Lo Cascio nella sua recensione in *Athenaeum* 54, 1979, p. 495: « ... che in effetti il legame alla terra sia concepito come un beneficio per il proprietario e che il legislatore si preoccupi di estendere ai *domini* della Palestina simile beneficio lo mostra l'uso di *suffragari* a indicare il genere di conseguenze che ha per il proprietario il vincolo posto ai coloni ».

[131] Cfr. C. Tomulescu, 'Über die *lex a maioribus constituta*', in *RIDA* 14, 1967, pp. 435 s., il quale, sebbene ritenga che qui *maiores* significhi « Vorgängern » (come in *CTh.* 7.32.11) piuttosto che « Ahnen »; ricava tuttavia la conclusione che la *lex a maioribus constituta* sarebbe stata promulgata tra il 244 e il 332.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

atque educati natique sunt, provinciis praesidentes redire compellant (*C. I.* 11.48.6: *Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Germanianum pp. Galliarum*, a. 366) [132].

Ulteriori informazioni su questa *lex* possiamo ricavare da due costituzioni relative a due diverse regioni dell'impero. Nel 371 una legge di Valentiniano, Valente e Graziano stabilì che tutti i coloni dell'Illirico e delle regioni circostanti erano legati alla terra non a causa dei loro obblighi fiscali, ma per il fatto stesso di essere coloni. I coloni fuggitivi sarebbero stati richiamati e messi in catene, in modo analogo a come aveva stabilito Costantino nel 332 per i coloni debitori della *capitatio*. La legge non dice che questa tassa era stata abolita nella regione, ma è possibile che ciò fosse avvenuto in quanto a coloro che avessero accolto dei coloni fuggitivi non veniva imposto di versare la *capitatio* allo stato, ma di pagare una multa fissata dal giudice in base al danno provocato dall'abbondono della coltivazione, in modo che permanesse — precisa la legge — una punizione per coloro che avessero dato rifugio ad uno sconosciuto:

Colonos inquilinosque per Illyricum vicinasque regiones abeundi rure, in quo eos originis agnationisque merito certum est immorari, licentiam habere non posse censemus. Inserviant terris non tributario nexu, sed nomine et titulo colonorum, ita ut, si abscesserint ad aliumve transierint, revocati vinculis poenisque subdantur, maneatque eos poena, qui alienum et incognitum recipiendum esse duxerint, tam in redhibitione operarum et damni, quod locis quae deseruerant factum est, quam multae, cuius modum in auctoritate iudicis collocamus (*C. I.* 11.53.pr.-1: *Imppp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp.*).

Successivamente, una legge di Teodosio, Onorio e Arcadio, con la quale veniva abolita la *capitatio humana* in Tracia, dice che i coloni non potevano più lasciare la terra non in virtù di un vincolo tributario (*nexus tributariae sortis*), ma a causa di un *ius originarium*:

Per universam diocesim Thraciarum sublato in perpetuum humanae capitationis censu iugatio tantum terrena solvatur. Et ne forte colonis tributariae sortis nexibus absolutis vagandi et quo libuerit recedendi facultas permissa videatur, ipsi quidem originario iure teneantur, servi tamen terrae ipsius cui nati sunt aestimentur, nec recedendi quo velint aut permutandi loca habeant facultatem (*C. I.* 11.52.1.pr.-1: *Imppp. Theodosius Arcadius et Honorius AAA. Rufino pp.*).

Questo *ius originarium*, quindi, così come il *ius aeternitatis* di *C. I.* 11.51, richiama il *ius colonatus* che abbiamo visto stabilito inizialmente per i coloni delle proprietà imperiali i quali erano stati per primi legati alla terra ed erano stati

[132] La parola *adscripticius* è comunemente considerata interpolata. Secondo A. H. M. Jones, *The Later Roman Empire 284-602. A Social Economic Administrative Survey*, Oxford 1964, II, p. 259, nota 68, essa compare per la prima volta in una legge di Zenone (*C. I.* 1.12.6.9).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

596

definiti *coloni originales*. In questa legge, inoltre, mi sembra che si dica abbastanza esplicitamente che i coloni esenti dal pagamento della *capitatio* non erano obbligati a rimanere sul fondo prima dell'adozione di questo provvedimento.

11. *Conclusioni*

La continuità che Fustel tentava di stabilire tra gli affittuari dell'età classica e i coloni del tardo impero non trova riscontro nelle fonti. Nel principato gli affittuari avevano dei precisi diritti che erano previsti dal contratto di *locatio-conductio* le cui regole sono a noi abbastanza note grazie ai numerosi frammenti conservati nel Digesto. Abbiamo la prova che tali regole non esistevano solo in teoria, ma che venivano applicate nella pratica anche a vantaggio delle categorie di affittuari più umili. Sebbene sia possibile rintracciare un progressivo deterioramento sia della posizione giuridica che della condizione economico-sociale degli affittuari nel corso del principato e, in particolare, sia possibile verificare che un numero sempre crescente di essi si indebitava, il processo attraverso cui fu introdotto il vincolo dei coloni tardoimperiali alla terra non si può far risalire direttamente a questa ragione. Nelle fonti giuridiche tardoantiche non c'è mai alcun collegamento tra l'indebitamento dei coloni e il loro legame alla terra. Tuttavia, non si può neanche accettare la tesi sostenuta da alcuni studiosi secondo la quale il colonato deve essere considerato esclusivamente come un diretto risultato della riforma fiscale dioclezianea o della politica di Costantino. Il processo fu più lungo e trova le sue radici nel vincolo introdotto in un primo momento dagli imperatori solo per i coloni che lavoravano sulle terre imperiali. Fu per i coloni imperiali, infatti, che il *ius colonatus* appare isolato per la prima volta in una legge di Costanzo II. Una legislazione particolare per i coloni imperiali era stata già avviata in età severiana, quando questi coloni vennero esentati dagli obblighi municipali. Fu con questa premessa che gli imperatori crearono un *ius originarium* in base al quale ai coloni imperiali fu prima impedita la libertà di movimento e furono, in seguito, progressivamente limitati i diritti, finché la loro condizione addirittura non risultò più assimilabile a quella di uomini liberi. Tale *ius colonatus* fu, infine, esteso da Valentiniano a Valente ai coloni privati, in quanto erano sistematicamente fallite le precedenti misure con cui si era tentato di impedire che tali coloni fuggissero, con il fine di evadere il pagamento delle imposte, dal luogo in cui erano registrati. Fu in questo momento che il colonato divenne una istituzione ufficialmente riconosciuta e generalizzata che colpiva indifferentemente sia i coloni imperiali che quelli privati e, tra questi ultimi, sia quelli che erano iscritti nelle liste del censo sia quelli che non lo erano.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Abbreviazioni supplementari:

Berger 1953 = A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.

Capogrossi Colognesi 1986 = L. Capogrossi Colognesi, *Grandi proprietari, contadini e coloni nell'Italia romana (I-III d.C.)*, in Giardina 1986, pp. 325-365.

Capogrossi Colognesi 1990 = L. Capogrossi Colognesi, 'Economie antiche e capitalismo moderno', in A. Giardina (a cura di), *Società Romana e Impero Tardoantico*, Roma-Bari 1990.

Cérati 1968 = A. Cérati, *Caractère annonaire et assiette de l'impôt foncier au Bas Empire*, Aix-en-Provence 1968.

Clausing 1925 = R. Clausing, *The Roman Colonate*, New York 1925.

Crook 1967 = J. A. Crook, *Law and Life of Rome*, London 1967.

Déléage 1945 = A. Déléage, *La capitation du Bas Empire*, Mâcon 1945.

De Martino 1979 = F. De Martino, *Storia economica di Roma antica*, Firenze 1979.

De Neeve 1983 = P. W. De Neeve, 'Remissio mercedis', in *ZSav* 100, 1983, pp. 296-339.

De Neeve 1984 = P. W. De Neeve, *Colonus. Private Farm-Tenancy in Roman Italy during the Republic and the early Principate*, Amsterdam 1984.

Duncan-Jones 1990 = R. Duncan-Jones, *Structure and Scale in the Roman Economy*, Cambridge 1990.

Eibach 1977 = D. Eibach, *Untersuchungen zum spätantiken Kolonat in der kaiserlichen Gesetzgebung*, Diss. Köln 1977.

Finley 1976 = M. I. Finley, 'Private Farm Tenancy in Italy before Diocletian', in *idem* (a cura di), *Studies in Roman Property*, Cambridge 1976, pp. 103-121 (= ed. ital. Roma-Bari 1980).

Finley 1980 = M. I. Finley, *Ancient Slavery and Modern Ideology*, London 1980 (= ed. ital. Roma-Bari 1981).

Frier 1979 = B. W. Frier, 'Law, Technology and Social Change: The Equipping of Italian Farm Tenancies', in *ZSav* 96, pp. 204-228.

Fustel de Coulanges 1885 = N. D. Fustel de Coulanges, *Le colonat romain*, Paris 1885.

Garnsey 1980 = P. D. A. Garnsey, 'Non-Slave Labour in the Roman World', in *idem* (a cura di), *Non-Slave Labour in the Graeco-Roman World* (Cambridge Philological Society, Suppl. 6) Cambridge 1980, pp. 34-47.

Giardina 1986 = A. Giardina (a cura di), *Società Romana e Impero Tardoantico*, I, Roma-Bari 1986.

Goffart 1974 = W. Goffart, *Capud and Colonates: toward a History of Late Roman Taxation*, Toronto 1974.

Grelle 1963 = F. Grelle, *Stipendium vel tributum*, Napoli 1963.

Heitland 1921 = W. E. Heitland, *Agricola. A Study of Agriculture and Rustic Life in the Greco-Roman World from the Point of View of Labour*, Cambridge 1921.

Hopkins 1980 = K. Hopkins, 'Taxes and Trade in the Roman Empire (200 - AD 400)', in *JRS* 70, 1980, pp. 101-125.

Johne-Köhn-Weber 1983 = K. P. Johne - J. Köhn - V. Weber, *Die Kolonen in Italien und den Westlichen Provinzen des Römischen Reiches*, Berlin 1983.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Jones 1958 = A. H. M. Jones, 'The Romen Colonate', in *Past and Present* 13, 1974, pp. 1-13 (= Jones 1974, pp. 293-307).

Jones 1974 = A.H.M. Jones, in P. A. Brunt (a cura di), *The Roman Economy*, Oxford 1974.

Kehoe 1988 = D. P. Kehoe, *The Economics of Agriculture on Roman Imperial Estates in North Africa*, Göttingen 1988.

Lo Cascio 1986 = E. Lo Cascio, 'La struttura fiscale dell'impero romano', in *L'impero romano e le strutture economiche e sociali delle province*, Como 1986, pp. 29-59.

Marcone 1988 = A. Marcone, *Il colonato tardoantico nella storiografia moderna (da Fustel de Coulanges ai nostri giorni)*, Como 1988.

Masi 1978 = A. Masi, 'Il problema della remissione della locazione di fondi rustici alla luce di una testimonianza di Columella', in *Studi in memoria di G. D'Amelio* I, Milano 1978, pp. 273-283.

Mayer-Maly 1956 = Th. Mayer-Maly, *Locatio Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien 1956.

Mazzarino 1951 = S. Mazzarino, *Aspetti sociali del quarto secolo. Ricerche di storia tardo-romana*, Roma 1951.

Mircovic 1986 = M. Mircovic, '*Colonus iuris alieni* and the Taxation', in *Opus* 5, 1986, pp. 53-73.

Neesen 1980 = L. Neesen, *Untersuchungen zu den direkten Staatsabgaben des römischen Kaiserzeit* (27 v. Chr. - 284 n. Chr.), Bonn 1990.

Pallasse 1950 = M. Pallasse, *Orient et Occident à propos du colonat romain au Bas-Empire*, Algier 1950.

Ranovic 1951-1952 = A. Ranovic, 'Il colonato nella legislazione romana dei secoli II-V', in *Rassegna Sovietica* 12, 1951-1952, pp. 62-86; 13, pp. 42-55.

Revillout 1856-1857 = C. Revillout, 'Etude sur l'histoire du colonat chez les Romains', in *Revue historique de droit français et étranger*, 2, 1856-1857, pp. 417-460; 3, pp. 206-268; 343-368.

Sitzia 1978 = F. Sitzia, 'Considerazioni in tema di « periculum locatoris », e di « remissio mercedis »', in *Studi in memoria di G. D'Amelio* I, 1978, pp. 331-361.

Vera 1986 = D. Vera, 'Forme e funzioni della rendita fondiaria nella tarda antichità', in Giardina 1986, pp. 367-447.

Weber 1891 = M. Weber, *Die Römische Geschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht*, Stuttgart 1891 (ed. ital. Milano 1967).

Whittaker 1987 = C. R. Whittaker, 'Circe's Pigs: from Slavery to Serfdom in the Later Roman World', in M. I. Finley (a cura di), *Classical Slavery*, London 1987, pp. 89-122.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

5pp

ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN VON
TH. MAYER-MALY, D. NÖRR,
A. LAUFS, W. OGRIS,
M. HECKEL, P. MIKAT, K. W. NÖRR

SECHSUNDNEUNZIGSTER BAND
CIX. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG

BIBLIOTECA

WEIMAR 1979
VERLAG HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER

Senato della Repubblica - Archivio Storico

2 SS 96, 1979

IX.

Law, Technology, and Social Change: The Equipping of Italian Farm Tenancies

Von

Bruce W. Frier

Our principal text comes from Ulpian, 32 ad Edictum (D. 19. 2. 19. 2), during a discussion of *locatio conductio*:

Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit, quae soleat instrumenti nomine conductori praestare, quaeque si non praestet, ex locato tenetur. et est epistula Neratii ad Aristonem dolia utique colono esse praestanda et prelum et trapetum instructa funibus, si minus, dominum instruere ea debere: sed et prelum vitiatum dominum reficere debere. quod si culpa coloni quid eorum corruptum sit, ex locato eum teneri. fiscos autem, quibus ad premendam oleam utimur, colonum sibi parare debere Neratius scripsit; quod si regulis olea prematur, et prelum et suculam et regulas et tympanum et cocleas quibus relevatur prelum dominum parare oportere. item aenum, in quo olea calda aqua lavatur, ut cetera vasa olearia dominum praestare oportere, sicuti dolia vinaria, quae ad praesentem usum colonum picare oportebit. haec omnia sic sunt accipienda, nisi si quid aliud specialiter actum sit.

This extraordinary text, which has received very slight attention from Romanists, survives to us virtually unaltered by postclassical interpolation. The last sentence, with its provision reversing the text's main rule where the parties expressly so provide, was added by the Byzantine compilers following a well-known pattern[1]); however, its substance undoubtedly duplicates classical law, since the jurists normally recognize the parties' ability to vary, through mutual agreement, their usual contractual duties[2]). Against the remainder of the text only minor objections have been raised[3]).

[1]) So already F. Eisele, SZ 10 (1889) 311; cf. Index Int.

[2]) See recently R. Knütel, Contrarius Consensus (1968) 61—70, with bibliography.

[3]) Cf. below, notes 5, 12. In the first sentence, *ex locato* is written for *ex conducto*, a common kind of error (e.g. D. 19. 2. 9. 3, 15. 9, 30 pr., 55. 2).

1. The Form of the Text

The text begins from Ulpian's query: what equipment[4]) does the farm's owner customarily furnish to his tenant? Ulpian then construes the landlord's customary duty as standing in close historical relation to what emerged as his implied legal duty[5]). (But, as we shall see, there is some evidence that by Ulpian's day a gap was widening between a landlord's customary and legal duties with regard to equipment[6]).) The *et* at the beginning of the second sentence serves to introduce a lengthy example of the sort of equipment which the landlord was legally obliged to provide.

In the remainder of the classical text, Ulpian paraphrases a letter from the jurist L. Neratius Priscus[7]) to his colleague Titius Aristo, sent perhaps around the start of the second century A.D. The letter details the balance of responsibility between the parties to a farm lease. Ulpian probably found the letter in a collection of Neratius' correspondence (Epistulae) known to us from two other citations; both are from Book IV and both, oddly enough, also concern the

[4]) *Instrumentum*. As applied to farming, the word has two legal senses: 1) the *instrumentum rusticum*, excluding slaves and livestock (cf. esp. Alfen. D. 33. 7. 12. 2); 2) a wider and more usual sense, embracing all movable means of production. Both concepts exclude (e.g.) seed, manure, and breeding animals. Cf. A. Steinwenter, Fundus cum Instrumento (1942) 26—29. The narrower concept corresponded to actual agricultural usage (thought Steinwenter), and it also corresponded to what a landlord was obliged to supply his tenant (cf. Steinwenter, 30—32). On Steinwenter's arguments in general, see M. Horvat, in Antologia Giuridica I (1968) 213—222.

[5]) On the relationship between custom and law, see also below note 75. In the first sentence of our text, E. Fraenkel, Hermes 60 (1925) 423—424, evidently disturbed by the odd sequence of moods, omitted the *-que* and inserted a colon after *praestare*; T. Mayer-Maly, Locatio Conductio (1956) 121—122, essentially accepted: Fraenkel's view but unconvincingly tried to pare the sentence still further. While there is little choice but to accept Fraenkel's colon, this change in punctuation does not doom the *-que*, which indicates the logical relation between the landlord's customary and legal duties. My interpretation conforms to the scholion on the Basilica (20. 1. 19), Scheltema, BS 3. 1184 no. 3, which plainly read the *-que*.

[6]) Cf. below at notes 103—105.

[7]) Suffect consul in A.D. 97 (not 87!), see now G. Camodeca, Atti Acc. Napoli 87 (1976) 19—38, with bibliography. (Now inscriptions are still appearing, however, and one at least is still unpublished; cf. also M. Gaggiotti, Athenaeum 56, 1978, 150—151). On Neratius as a jurist, see V. Scarano Ussani, Labeo 23 (1977) 146—198, with a critique of recent bibliography.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

601

equipping of property[8]). However, other citations show that Aristo also wrote letters of legal opinion not only to Neratius, but also to Celsus[9]); and it might be that our letter was published in a collection of Aristo's correspondance. In any event, Neratius' letter, at least as paraphrased, sets down law through the use of a gerundive and several verbs of obligation; and Ulpian obviously considered the letter a valid *responsum*[10]). There is no reason to doubt that Aristo requested this information because Neratius was considered an expert in such technicalities.

In the following translation, critical markings indicate probable differences between the classical text and the version of it in the Digest: "If someone leases out a farm, we ought to examine what he normally furnishes to the lessee under the heading 'equipment'; for if he should not furnish this equipment, he is liable on the [lease] ⟨hire⟩. Now there is a letter from Neratius to Aristo, to the effect that 'the tenant must in any case be furnished with storage jars *(dolia)* and a press *(praelum)* and trapete *(trapetum)* both equipped with ropes *(funes)*, and if not, the owner ought to provide them. He ought also to repair a broken press *(praelum)*. But if any of these things are destroyed through the tenant's fault, then he is liable on the lease. Moreover,' Neratius wrote, 'the tenant ought to provide for himself the frails *(fisci)* used for pressing olives[11]). But if the olives are pressed by slats *(regulae)*, the owner ought to provide the beam *(praelum)*, the winch *(sucula)*, the slats *(regulae)*, the press-lid *(tympanum)*, and the screws *(cocleae)* used to lift the beam *(praelum)*. The owner should also furnish the cauldron *(aenum)* in which olives are washed in hot water, and likewise the other oil vessels *(vasa olearia)*; analogously

[8]) Ulp. D. 33. 7. 12. 35, 43 (the latter addressed to his brother Marcellus, cos. suff. 93).

[9]) To Neratius: Paul. D. 20. 3. 3; Pomp. D. 40. 4. 46 (?). To Celsus: Ulp. D. 2. 14. 7. 2, 40. 7. 29. 1. It is interesting to note that even in personal correspondence the jurists do not seem to deviate from their usual declaratory style.

[10]) Contrast T. Mayer-Maly, (cited n. 5) 122 and note 61: Neratius gives only "eine Rechtsbelehrung unter Freunden", which Ulpian introduces "zur Erläuterung seiner Entscheidung". It seems doubtful that the jurists recognized any clear distinction between "a *responsum* in a technical sense" and a jurist's simple declaration about law.

[11]) *Oleo* (singular) is "the olive crop", cf. Cato, Agr. 144. 1 (and often elsewhere): a usage not mentioned in modern dictionaries.

the storage jars for wine *(dolia vinaria)*, which the tenant ought to pitch for his immediate use'. [All these things should thus be undertaken except if something else was specifically arranged.]"

2. The Equipment

The bulk of Neratius' letter concerned the landlord's contractual duties for a farm specializing in the production of olive oil[12]). In the last sentence, however, Neratius suggests that the landlord of a vineyard would have similar duties under the contract. No doubt we can presume the existence of roughly analogous rules for other types of farms.

Neratius' letter describes in some detail the oil-extracting equipment which the landlord was obliged to supply his tenant[13]). While this passage is incomprehensible without reference to Drachmann's fundamental monograph[14]). Drachmann himself took only glancing notice of our passage and hence did not observe that Neratius' olive press was of different form from any described in his book.

The extraction of olive oil is basically a two-step procedure[15]), in which olives are first crushed, and the resulting pulp (the *sampsa*) is then pressed for its oil. The main part of Neratius' letter is devoted

[12]) G. Beseler, SZ 66 (1948) 68, took the farm as a vineyard (?); against, T. Mayer-Maly, (cited n. 5) 122 n. 58.

[13]) E. M. Schtajerman, Die Krise der Sklavenhaltungsordnung (trans. W. Seyfarth, 1964) 192—193, combined this text with those on *colonatus* (cf. below note 68), which she misunderstood, and drew the false inference that *coloni* had to pay for this equipment; her error was corrected by F. Kiechle, Sklavenarbeit und technischer Fortschritt (1969) 33 n. 50. In general, Schtajerman's treatment of tenant farming is characterized by wishful thinking and should be approached with caution; similarly, *codex* and M. K. Trofimova, La Schiavitù nell' Italia imperiale (trans. M. Mazza, 1975) 57—61, with many errors of law.

[14]) A. G. Drachmann, Ancient Oil Mills and Presses (1932); see also J. Hörle, RE s.v. "torcular" (1937) 1727—1748; and now F. Kiechle, (cited n. 13) 24—37, with further bibliography.

[15]) The best description is in K. D. White, Farm Equipment of the Roman World (1975) 225—233; cf. also R. J. Forbes, Studies in Ancient Technology vol. III (1955) 101—104, less satisfactory. Most ancient accounts presume knowledge of the basic procedure, and hence are quite confusing for modern readers.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

602

to the press *(praelum)*. Set out schematically, the equipment he requires is the following:

I. Equipment for crushing the olives: the trapeto *(trapetum)*, which must be furnished with ropes *(funes)*. Neratius' *trapetum* is no doubt similar to the grinding mill in use within Italy since Cato's day[16]). While such a mill did not require ropes for its normal operation, ropes were occasionally used to adjust it (Cato, Agr. 22.1), and no doubt tackle was employed for maneuvering it about.

II. Equipment for pressing out oil: the press *(praelum)* itself. It consists of two pairs of slotted vertical beams (which Pliny calls *arbores* and *stipites*), between which was placed the press-bed *(area)*[17]). These parts of the press were fixed to the soil and hence belonged automatically to the owner of the soil[18]); Neratius simply presumes their existence. All other equipment was not fixed to the soil, and it is this equipment which Neratius specifies:

— The beam *(praelum)*, a massive lever carried horizontally between the vertical posts[19]); this lever was maneuvered up and down to accomplish the pressing.

— Devices for raising and lowering the *praelum*. Neratius' press uses a winch *(sucula)* equipped with ropes *(funes)*, which pulls down the *praelum* onto the olive pulp[20]); and also screws *(cochleae)* which, as Neratius states, are used for raising up the unwieldy *praelum*[21]).

— Devices for containing the olive pulp on the *area*. The pulp is placed atop the press bed. One means to prevent it from spreading laterally when it is crushed is to enclose the pulp in flexible frails *(fisci)*, which were "purses" woven from rushes so that oil could escape through the fissures[22]); these were purely ephemeral[23]), and Neratius states that, if the tenant used *fisci*, he had to provide them

[16]) A. G. Drachmann, (cited n. 14) 7—46, with illustrations at pp. 137—145.

[17]) A. G. Drachmann, (cited n. 14) 50—51; a labelled illustration at p. 145, fig. 12. The Pliny text is NH 18. 317.

[18]) By the principle *superficies cedit solo*, cf. J. P. Meincke, SZ 88 (1971) 153—156. The landlord may be presumed to have supplied this permanently emplaced equipment.

[19]) Cf. A. G. Drachmann, (cited n. 14) 50—51.

[20]) Ibid. 50.

[21]) Ibid. 52—53, with a discussion of improvements in the following pages.

[22]) K. D. White, (cited n. 15) 88—91; for its use, A. G. Drachmann, (cited n. 14) 60—61.

[23]) Columella specifies that they must be made anew for each pressing: 12. 52. 10.

himself. On the other hand, by Neratius' day the pulp was often heaped in a curious kind of bottomless box with sides made from loosely interlocking slats *(regulae)* which were progressively removed as the press descended[24]); these more permanent pieces of woodwork were to be supplied by the landlord. Atop the pulp, between it and the *praelum*, was placed a press-lid *(tympanum)*[25]), which the landlord also had to furnish.

— Containers for olives and olive oil. Neratius specifies a cauldron *(aenum)* for bathing the olives in hot water[26]), plus assorted oil vessels *(vasa olearia)*[27]) and storage jars *(dolia)*[28]).

The ancient olive press was identical to, and indeed interchangeable with, the wine press[29]). Therefore Neratius could describe the equipment for vineyards by simply adding a reference to storage jars for wine *(dolia vinaria)*.

The list in Neratius is not exhaustive; he omits many incidental items that were required to operate the press[30]). But his fundamental criterion for deciding whether the landlord or the tenant must supply pieces of equipment is clear: the landlord supplied all the durable equipment which the tenant did not already have; while the tenant both supplied the ephemeral equipment (e.g. the *fisci*) and readied all the equipment for its immediate use (e.g. by pitching the wine containers[31]). Therefore Neratius is indicating that the landlord must in principle furnish his tenant with a farm that is in good operating order, ready to produce its crop[32]); all else is to be provided by the

[24]) The procedure is described by A. G. Drachmann, (cited n. 14) 60—63, who reassembled it from Pliny (NH 15. 5) and Hero (3. 15—17).

[25]) A. G. Drachmann, (cited n. 14) 56—57.

[26]) A softening process preparatory to grinding: cf. below at notes 37—39. For a description of the *aenum*, K. D. White, (cited n. 15) 117—119.

[27]) For a description, K. D. White, (cited n. 15) 202—204.

[28]) Ibid. 144—147.

[29]) A. G. Drachmann, (cited n. 14) 50.

[30]) As can be seen by comparing his list with the inventory in Cato, Agr. 10, 12—13. Neratius also does not refer to the equipment used for tending and harvesting olive trees.

[31]) Cf. Colum. 12. 18. 5, and K. D. White, (cited n. 15) 145—146. By contrast, storage jars for oil had to be proofed with *amurca* (Cato, Agr. 69. 1).

[32]) Cf. Ulp. D. 33. 7. 12 pr.: *instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum sine quibus exerceri aequirit possessio*. The landlord supplied what modern accountants call the "noncurrent assets". Slaves and livestock are considered below.

Senato della Repubblica - Archivio Storico 603

tenant, including (e.g.) the seed in the case of cereal cultivation[33]) or new cuttings to replace exhausted vines in the case of viticulture[34]). The landlord was obliged to replace his equipment if it became defective; on the other hand, the tenant was liable for damage done to the landlord's equipment through his fault *(culpa)*[35]). Within this framework, it seems apparent that the landlord bore the loss if his equipment deteriorated through normal wear and tear during the term of lease[36]).

The equipment described by Neratius deserves close scrutiny, for we can measure almost exactly his technological knowledge thanks to the coincidence of our having several other first century descriptions of trapetes and presses in Columella, Pliny the Elder, and Hero of Alexandria. Four points stand out:

First, Neratius specifies the use of a bronze cauldron for washing the olives. A version of this process is precisely described by Pliny (NH 15. 23), who calls it an invention later in date than Cato: in a stage preparatory to crushing, the olives are first washed in boiling water *(ferventi aqua)*[37]) and then gently pressed in the *praelum* in order to remove the bitter contaminating liquid called *amurca*. Columella knows both steps of this process[38]): first, if this is required, the olives are washed in moderately hot (but not boiling) water in order to clean off mud (12. 52. 21)[39]); second, they are subjected to gentle pressure from the *praelum* (12. 52. 10). Columella does not relate these two steps and plainly regards the first as exceptional. But Neratius would seem to consider the washing process as normal; therefore, despite his failure to specify boiling water, he probably refers to Pliny's method.

Second, Neratius sticks to the *trapetum* for crushing olives. Columella (12. 52. 6—7) describes the olive-mill *(mola olearia)* as more practical, but concedes the existence of considerable variation by region and custom. It appears that the olive-mill only slowly replaced the cruder *trapetum* in general use[40]).

Third, Neratius' press is different from any press known elsewhere. The technological history of the ancient olive press is marked by a gradual shift away from the lever and toward the screw. The first step in this development was the introduction of screws to raise and lower the *praelum*. Pliny the Elder places their introduction in Greece about a century before his time (NH 18. 317), thus ca. 30 B.C.[41]). Belying what is sometimes claimed about ancient technology[42]), their development was extremely swift. Pliny describes two forms of lever-and-screw press, the second and more advanced of which incorporated chests of stones that were lifted up by the screw so as to exert more pressure on the *praelum;* Pliny says that this second form was generally praised in his own time. The next step was the pure screw press, which dispensed with the lever altogether and used the direct force of the screw; Pliny dates its development 22 years before his time, thus about A.D. 50. Hero of Alexandria, whose *floruit* is believed to be ca. A.D. 90 or 100[43]), describes the second of Pliny's lever-and-screw presses, plus two different screw presses[44]).

---

[33]) Servius in Ulp. D. 19. 2. 15. 2, cf. 7 (interpolated).

[34]) At a later date the tenant could obtain recompense for these improvements, which accrued to the landlord: Scaev. D. 19. 2. 61 pr.; cf. Jul. D. 7. 1. 34. 1; Paul. D. 19. 2. 55. 1 (= Sent. 2. 18. 4). If the tenant failed to keep up the vines, he had no claim for remission in the event of resulting low yields: Ulp. D. 19. 2. 15. 5 (citing a rescript).

[35]) On the passage, see now B. W. Frier, SZ 95 (1978) 234. Also, the tenant must not steal these things: Paul. D. 44. 7. 34. 2; 17. 2. 46.

[36]) It is usually presumed that Roman tenants were not liable for *vetustas:* M. Kaser, RPR[2] vol. I (1971) 566 n. 34; the only source is a lease clause: Alf. D. 19. 2. 30. 4, cf. Cato, Agr. 144. 2.

[37]) A similar procedure in the *Geoponica*, 9. 17. 5.

[38]) Contra: K. D. White, (cited n. 15) 226, who seems to misconstrue the Pliny passage.

[39]) The large *alveum* in Cato's oilyard (Agr. 10. 2) was presumably used to wash dirt off olives (cf. 58. 1). Cato removed the *amurca* only after pressing (55—57).

[40]) On the *mola olearia*, see A. G. Drachmann, (cited n. 14) 41—44. A *mola olearia* (= *olearia*) is included in the *instrumentum* of a farm by Pomp. D. 33. 7. 21, and Paul. Sent. 3. 6. 36 (cf. 64).

[41]) Since this type of press is mentioned already by Vitruvius (6. 6. 3), it is in fact likely to be somewhat older; on the question, see F. Kiechle, (cited n. 13) 26—27. Pliny's presses are reconstructed by A. G. Drachmann, (cited n. 14) 50—60.

[42]) But see, for instance, M. I. Finley, Economic History Review 18 (1965) and especially F. Kiechle, (cited n. 13) 169—177. The problem is not so much in the development as in the diffusion of technology.

[43]) See most recently D. Sakalis, Die Datierung Herons von Alexandria (Diss. Cologne 1972) 158—160; E. Krafft, Antike und Abendland 19 (1973) 1—19.

[44]) Hero's presses (3. 15ff.) are reassembled by A. G. Drachmann, (cited n. 14) 63—85.

Senato della Repubblica - Archivio Storico 604

Neratius' lever press is an early variant of the first Plinian lever-and-screw press. In this variant, the screw is utilized to lift the *praelum*, while the *praelum* is still pulled down by a winch just as it had been in Cato's day (Agr. 12). Obviously, Pliny's second form of lever-and-screw press is unknown to Neratius, as are the various forms of direct screw press. Since at least the second form of lever-and-screw press was clearly superior to Neratius' press, Neratius' equipment was in this respect outmoded in his own time.

Fourth, Neratius mentions two methods for holding the olive pulp atop the *ara:* either *fisci* or *regulae*. These two methods are described, as alternatives, by Columella (12. 52. 10). Columella recognizes regional differences in their use, but he seems to prefer the *regulae*, his point being that *fisci* ought not to be reused. Pliny the Elder (HN 15. 5) also mentions two methods: the pulp is enclosed either in "baskets" (*sportae*[45]) or in regulae, which he describes as a recent invention. Hero describes *regulae* under the Greek name *galedgra* ("weasel-cage"). So both practices were well-known by the late first century; Neratius apparently allows the lessor and lessee to settle on a method between themselves.

Neratius' oil-pressing equipment is therefore in some respect old-fashioned, at any rate not up to the standards of contemporary technology; but in other respects quite modern[46]. It has been suggested that Neratius obtained his description of the oil-press from an agricultural handbook[47]. However, that is hardly likely, since no contemporary agronomist would be apt to describe such an odd mixture of out-dated and modern equipment; nor is there any obvious reason why Neratius would consult an agronomist earlier than Columella.

It is rather more likely that Neratius drew on his own experience of contemporary Italian agriculture. The Neratii came from Saepinum, an upcountry Samnite town with which they maintained close ties

[45]) Cf. K. D. White, (cited n. 15) 68–70, who does not cite this passage. *Sportae* were often used for straining (e.g. Plin. NH 18. 77), and Pliny may simply use *sporta* as a synonym for *fiscus*. On *regulae*, see above at note 24.

[46]) This raises a legal problem: was Neratius in effect obliging a landlord to supply his tenant with outmoded equipment? Could a tenant demand more up-to-date equipment? A thorny issue, unless resort was had to equity.

[47]) A. Steinwenter, (cited n. 4) 34; cited with approval by T. Mayer-Maly, (cited n. 5) 122.

even at the height of their power in Rome[48]). Like most other Senatorial families of the Italian aristocracy, they had extensive lands of their own, and they must have been more than slightly familiar with agricultural practice. Neratius' description of the olive press has rather the look of an actual operating inventory, much shorter than, but otherwise generically similar to, the inventory in Cato (Agr. 12–13). The press described by Neratius should be taken to exemplify a tendency often observed in Roman agriculture, namely the extremely uneven, sometimes much delayed, spread of new technology[49]).

3. The Law and Its Social Background

To this point I have discussed Neratius' letter primarily in terms of the relationship between Roman law, technology, and contemporary agricultural practice. In the next few pages I will examine the letter on a different level, for what it and other legal sources say concerning the economic nature of tenant farming in early imperial Italy. It is an odd fact that, in the vast scholarship on Roman agriculture, this subject has been rather neglected, no doubt to the detriment of accurate analysis. Further, as we shall see, some evidence suggests that the economic nature of tenant farming was undergoing significant modification during Neratius' lifetime.

We may begin by describing, very briefly, the system of agricultural production which predominated in early imperial Italy[50]). The

[48]) See P. Groag, RE s.v. "Neratius" (1935) 2539–2541. While Saepinum was mainly a sheep-raising area (cf. e.g. CIL 9. 2438), the estates of the Neratii are referred to in CIL 9. 2454–2485; cf. 9. 1455 (Ligures Baebiani), with P. Veyne, Mél. École Franç. Rome 70 (1958) 213–214.

[49]) Cf. esp. K. D. White, (cited n. 15) 218–222; J. Percival, (cited below, n. 50) 109–111. As to presses, archeology has tended to confirm the very slow adoption of the screw press in Italy; cf. F. Kiechle, (cited n. 13) 32–37, esp. 32–33 (where, however, the description of the press in D. 19. 2. 19. 2 is falsely interpreted). A *praelum* is still included in the *instrumentum* of an oil-producing *fundus* by Pomp. D. 33. 7. 21. The slow spread of technology can be ascribed to the influence of slave labor, poor communications, conservative agricultural techniques, poor management practices, lack of required capital for investment, or to any combination of these. See the interesting article by C. Parain, in Sozialökonomische Verhältnisse (ed. R. Günther and G. Schrot, 1961) 228–237.

[50]) In constructing this model, I have relied especially on the following authors: T. Mommsen, Hermes 19 (1884) 393–416; W. Heitland, Agricola (1921) 203–212; K. D. White, Bull. Inst. Class. Stud. 14 (1967) 62–79, on

Senato della Repubblica - Archivio Storico

fundamental unit of production was the labor-intensive *fundus*. The *fundus* comprised a plot of land (the *ager*) to which was attached, as an integral part of it, a *villa* and other farm buildings[51]); the area of the *fundus* was more or less the amount of land that could be conveniently cultivated, out of the villa, by a single operator-manager plus a complement of permanently assigned slaves (assisted now and again by hirelings)[52]). The *fundus* was a mixed farm but with a marked emphasis on a major cash crop — in Italy, normally cereals, legumes, wine, or olive oil; it was thus a quasi-autonomous unit of production for surplus, in the Catonian tradition[53]). Landowners frequently assembled such *fundi*, like building blocks, into larger (and often dis-

latifundia; idem, (cited n. 15) 214–222; J. Percival, The Roman Villa (1976). Recent archeological evidence has tended to confirm literary sources; cf. e.g. A. Kahane et al., Papers Brit. Sch. Rome 23 (1968) 153–157, on the *ager Veientanus*; T. Potter, Archeologia Medievale 2 (1975) 217–220, on the *ager Faliscus* (the "piccole ville" on p. 218 may be tenant farms); F. E. Brown, Cosa: The Making of a Roman Town (forthcoming in 1979), on the *ager Cosanus*. Even Marxist historians concede that the view of E. M. Schtajerman, (cited n. 13), as to the economic conflict between *fundi* and *latifundia* (e.g. pp. 93–94), is forced and unconvincing; cf. P. Anderson, Passages from Antiquity to Feudalism (1974) 61 n. 9 and 85 n. 48.

[51]) So a *fundus* is defined in legal sources: Flor. D. 50. 16. 211; Ulp. D. 50. 16. 60 pr; cf. Pomp. D. 33. 7. 15. 2; Ulp. D. 7. 4. 8; et al. Ulp. D. 19. 2. 15. 1 (on which see note 63 below) shows that this type of *fundus* is intended in the sources on farm lease; compare, e.g., Alf. D. 19. 2. 30. 4; Gaius D. 19. 2. 25. 3; Ulp. D. 9. 2. 27. 9, 11. I know of no evidence (none!) that early imperial tenancies were smaller than the normal *fundus*, though variance was no doubt great; contrast CIL 6. 33840 (a *colonus* paying HS 25,000 per year) with CIL 9. 5659 (a *colonus pauper*).

[52]) On the *fundus* as a unit of economic production, see esp. A. Steinwenter, (cited n. 4) 10–22. It is not easy to measure size, but I think it likely that most such *fundi* were between 50 and 250 *iugera* (12. 6 and 63 hectares) in area. The best discussion is K. D. White, Roman Farming (1970) 280–284; see also R. Duncan-Jones, in Studies in Roman Property (ed. M. I. Finley, 1976) 12–24, and also idem, Economy of the Roman Empire (1974) 323–325, on the size of total estates.

[53]) In reality, the Catonian "autarky" (e.g., *Agr.* 2.7) is very deceptive; K. D. White, (cited n. 52) 394–395. The Italian *fundus* developed in symbiotic relationship with the city; J. Percival, (cited n. 50) 157, cf. 152ff. On Columella in relation to the Catonian tradition, see R. Martin, Recherches sur les Agronomes Latins (1971) 343–373, with bibliography; add esp. R. Günther, in Festschrift für Franz Altheim vol. I (1969) 505–511. Columella describes the operation of a "home-villa".

continuous) estates that were sometimes called *latifundia*[54]). Such estates were regularly directed from a home-*villa* of rather larger size, which combined a working farm with pleasure facilities for an absentee owner; occasional sources call this villa the *praetorium*[55]), a significant name. About this home-villa clustered the other, dependent *fundi*[56]). The *fundus* was by no means the only form of Italian agricultural organization in the early Empire[57]); but it was the predominant form and the one to which the jurists normally referred.

There is little doubt that the central problem throughout Italian agriculture was the problem of management; despite its orientation toward profit, the system was plagued by absentee ownership and, above all, by its fundamental non-rationality[58]). Our interest centers on the dependent *fundi*, for there is considerable evidence that these *fundi* were increasingly operated, during the late Republic and early Empire, by tenant farmers[59]). Where did the tenants come from? It has often been suggested that they were mainly the former owners

[54]) Fundamental are the articles by Mommsen and White cited in note 50; and also F. G. de Pachtere, La Table Hypothécaire de Veleia (1920).

[55]) *Praetorium*: Juven. 1. 75; Suet. Aug. 72. 3, Calig. 37. 2; and of legal sources see esp. Ulp. D. 7. 8. 12 pr., 50. 16. 198; also D. 8. 3. 2 pr. (Neratius), 31. 34. 3, 32. 91. 1, 47. 10. 13. 7. As to the "ideology" of the country *villa*, see N. Brockmeyer, Ancient Society 6 (1975) 211–228.

[56]) This system is first attested for Horace's farm, where the five outlying *fundi* were run by *coloni*; cf. W. Heitland, (cited n. 50) 215–217; the system was doubtless much older.

[57]) Other major forms: e.g., pasturing, cf. K. D. White, (cited n. 52) 199–206; and especially subsistence farming on a petty scale: K. D. White, 335–347; V. I. Kuzišćin, Vestnik Drevnej Istorii no. 123 (1973) 35–54 (with Engl. summ.); J. M. Frayn, Greece and Rome 21 (1974) 11–18; R. MacMullen, in ANRW II. 1 (1974) 253–261; and cf. M. Frederiksen, JRS 65 (1975) 169. There is a good description of a peasant farmhouse in G. D. B. Jones, Papers Brit. Sch. Rome 31 (1963) 147–158.

[58]) On absentee ownership, see R. Duncan-Jones, Economy (cited n. 52) 323–324, about Plin. NH 18. 35 (*latifundia perdidere Italiam*). It is hard to tell whether the failure to develop rational accounting is the cause or the result of poor management theories: G. Mickwitz, Engl. Hist. Rev. 208 (1937) 577–589; G. E. M. de Ste. Croix, in Studies in the History of Accounting (ed. A. C. Littleton and B. S. Yamey, 1956) 14–74.

[59]) Cf. P. A. Brunt, JRS 52 (1962) 71 nn. 31–33, for Republican references to tenant farmers; on Republican legal sources, N. Brockmeyer, Historia 20 (1971) 732–742 (in part uncritical). For a description of early imperial tenancy, cf. W. E. Heitland, (cited n. 50) 361–378.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

of *fundi* which had been absorbed into larger estates[59]). That may be. However, inscriptions suggest a different source of tenants: freedmen[61]), who perhaps in the usual case had previously managed their *fundi* through a *peculium*[62]), so that the transition from servile to free status was virtually a continuum. Either of these groups corresponds well with Columella's recommendation (1. 7. 3) that the best tenants are those indigenous to their farms.

Classical jurists describe the normal balance of contributions between the two parties, a balance no doubt originally customary. The landlord initially provided his tenant with the *fundus* and with all its requisite buildings in good repair[63]); while the duty to maintain them in repair fell on the tenant[64]). Very similar rules governed the provision of moveable equipment. Such equipment could be divided into two categories[65]): inanimate equipment (such as farm implements) and what we may call "animate equipment" (chiefly livestock and slaves). As to inanimate equipment, in the absence of an express agreement the landlord was apparently obliged to supply, and the tenant to protect from harm, all the durable equipment used in production; D. 19. 2. 19. 2 is the sole text setting forth clear legal standards for

[59]) E.g., M. I. Finly, in Studies (cited n. 52) 113—113; H. Bellen, Historia 25 (1976) 229—230. The sole clear example is Hor. Sat. 2. 2. 114—113, cf. N. Brockmeyer, Arbeitsorganisation und ökonomisches Denken in der Gutswirtschaft des römischen Reiches (Diss. Bochum, 1968) 185, 190.

[61]) Inscriptions: e.g., CIL 6. 9273, 9274, 9276, 16005, 33840; 9. 888, 3674, 5659; 10. 1877, 1918; 11. 600. If the "client" whose daughter Cato married (Plut. Cato Mai. 24. 3—6) was in fact his colonus, as the Elder Seneca claims (Contr. 7. 6. 17), this usage may be as old as the second century B.C.

[62]) The earliest reference is in Alfenus (D. 15. 3. 16; cf. Paul. D. 18. 1. 40. 5), then in Labeo and Pegasus (Ulp. D. 33. 7. 12. 3); thereafter in Scaevola: D. 33. 7. 20. 1, 33. 8. 23. 3; cf. Paul. D. 33. 7. 18. 4; etc. Compare W. E. Heitland, (cited n. 50) 368—369.

[63]) Ulp. D. 19. 2. 15. 1. The classicity of this text is apparently confirmed by a fourth-century papyrus (PSI 14, 1927, no. 1449), published by V. Arangio-Ruiz, Archivio Giuridico 153 (1957) 140—158, esp. 145; but cf. F. Wieacker, Textstufen klassischer Juristen (1960) 256—257.

[64]) Gaius D. 19. 2. 25. 2; Paul. Sent. 2. 18. 2 (though both texts are often considered postclassical). The duty was in any event narrowly construed; the tenant was not liable for damage to the villa absent his *culpa*.

[65]) Compare Varro, RR 1. 17. 1, the famous division of *instrumentum* into *mutum*, *semivocale*, and *vocale*. Cf. A. Steinwenter, (cited n. 4) 26—29.

farm lease[66]). It was no doubt always allowable (as the interpolated final sentence of D. 19. 2. 19. 2 states) to vary this arrangement by mutual agreement[67]). One variation deserves special notice: the tenant took equipment "on approval" (*aestimatum*), by which was meant that he had either to return it in good condition (he was liable for virtually all damage to it) or to pay its previously agreed-upon worth. Two texts describe this arrangement, and both pertain to farm lease[68]).

The situation as to slaves and livestock is decidedly less clear at law. No source indicates who supplied the livestock[69]), except in the case where herds of animals were raised for direct profit; they must invariably have belonged to the tenant of pastureland[70]), else he would be little more than a herdsman. But otherwise, domesticated animals, especially oxen, played a very prominent role in Italian agriculture[71]), and the question of their ownership is therefore an important one. I shall assume that their case roughly paralleled that of slaves[72]).

As to slaves, we have a considerable amount of evidence that in the first century A.D. they were normally supplied by tenants. This

[66]) Should these principles be extended to other forms of commercial lease, such as lease of a shop? Probably not.

[67]) Note that in D. 19. 2. 19. 2 the landlord is obliged to supply the equipment described only if the tenant does not already have it himself. See also note 2 above. For instance, the *colonus* could even supply all the equipment: Paul (3 ad Nerat.) D. 33. 7. 24. (This much misunderstood text does not mean that ownership of the tenant's equipment acceded to the landlord; it was perfectly possible to legate what one did not own, e.g. *per damnationem*: Gaius 2. 202.)

[68]) Pomp. (9 ad Sab.) D. 19. 2. 3 (citing Proculus); Paul. (5 Resp.) D. 19. 2. 54. 2; cf. Papin. (11 Resp.) D. 46. 1. 22. 2. For literature, cf. M. Kaser, RPR² I (1971) 581—582.

[69]) Or perhaps only a negative indication: the farm landlord was required to supply the *villa*, stable, and pens (Ulp. D. 19. 2. 15. 1), but the text says nothing as to the animals themselves.

[70]) So in Ulp. D. 19. 2. 19. 1 (lease of a pasture containing poisonous weeds); compare Cato, Agr. 149. 2; Ulp. D. 19. 2. 15. 1.

[71]) On oxen, see K. D. White, (cited n. 52) 280—284; elsewhere in this chapter White discusses horses, donkeys, and mules.

[72]) R. Duncan-Jones, Economy (cited n. 52) 325, in discussing the bequests of C. Caecilius Isidorus in 8 B.C. (Plin. NH 33. 135), reasons that the landlord may have provided oxen to his *coloni*; but Pliny's numbers seem suspect.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

evidence takes a number of forms: four references in the jurists[72]; three in (admittedly dateless) early imperial inscriptions[74]; and a passage in Columella (1. 7. 3), which refers to an undesirable *urbanus colonus* who runs his farm *per fasciliam*. While this evidence may not be sufficient to determine a pattern, it assumes considerable force when combined with that we know of custom; in Cato's various agricultural contracts (only one of which, to be sure, is what was later called a farm lease) the inanimate equipment is normally supplied by the farm's owner, while the labor force is invariably supplied by the other party[75]. It would thus be in accord with custom that the jurists never implied the landlord's duty to supply tenants with slaves; and there is no evidence that they did do so.

This material permits two inferences to be drawn. First, *coloni* of the early Empire were normally not of extremely low economic status, since they could be expected to provide their own slaves. No doubt they were the inferiors of their landlords[76]; but that fact is not in itself decisive. For instance, if tenants were often freedman, surely they might have shared the general prosperity of that class in first-century A.D. Italy. In any event, the relative independence of the early imperial tenant farmer, at least as it is reflected in legal sources, has often been remarked by historians[77]). Second, the division of duties to equip between landlord and tenant reflects an interesting view of the contract. The landlord supplied a farm in good operating order, as the means of production; the tenant supplied the labor required to operate the farm, both literally (his own body and those of his slaves) and figuratively (his organization and implementation of the actual process of farming). To this extent, the tenant was (in a non-legal sense) a kind of partner to his landlord. The landlord's economic interest in the operation was defined by a fixed rent he anticipated receiving; the tenant's, by whatever surplus he could win over this figure[78]).

But all of this may have been changing in Neratius' time, as contemporary evidence tends to suggest. The crucial document is a letter from Pliny the Younger to a friend in Comum (Ep. 3. 19)[79]). Pliny planned to purchase an estate adjacent to his own property at Tifernum Tiberinum; but the previous owner had let the property run down, and its rents were now so reduced that it was worth only 60 % of its former purchase price (3. 19. 7).

Pliny precisely describes the pathology of this declining estate (3. 19. 6–7):

> Sed haec felicitas terrae imbecillis colonis fatigatur. Nam possessor prior saepius vendidit pignora, et dum reliqua colonorum minuit ad tempus, vires in posterum exhausit, quarum defectione rursus reliqua creverunt. (7) Sunt ergo instruendi, eo pluris quod frugi, mancipiis; nam nec ipse usquam vinctos habeo nec ibi quisquam ...

---

[72]) Alfen. D. 19. 2. 30. 4; Proc. in Ulp. D. 9. 2. 27. 11 (= Coll. 12. 7. 9); Nerat. in Ulp. D. 9. 2. 27. 9 (= Coll. 12. 7. 11); Jul. D. 43. 33. 1 pr. Compare Labeo D. 7. 8. 12. 6 (a *colonus* employs his *servus usuarius*).

[74]) Note CIL 9. 3674, 3675, 5659 (gravestones mentioning the slaves of *coloni*).

[75]) Inanimate equipment: Cato, Agr. 144. 2, 146. 3; but cf. 145. 1. Labor: 144. 3, 145. 1, 146. 3, 149. 2, 150. 2.

[76]) But this judgement is not so easy as it seems, at least for the early Principate: the first century A.D. may well have been as favorable to Italian tenant farmers as the fifteenth century was to those of Languedoc, and for similar reasons: E. Le Roy Ladurie, The Peasants of Languedoc (trans. J. Day, 1974). 36–39. Contrast the positive evidence of Seneca (Ben. 6.4.4; 7. 5. 2–3) with the negative comments of Martial, cf. W. Heitland, (cited n. 50) 307ff. In any event, the unremitting negativism of modern scholars deserves critical scrutiny; cf. M. I. Finley, in Studies (cited n. 52) 114–115, on the practical limits of a landlord's power.

[77]) W. E. Heitland, (cited n. 50) 362–363, 366–367; R. Clausing, The Roman Colonate (1925) 264–265; so even N. Brockmeyer, (cited n. 60) 276. If we stick only to legal sources, it does not seem to me possible to deduce the social inferiority of the tenant; nor is the law of farm lease especially "draconian" except by modern standards, contra: e.g., M. Weber, Die römische Agrargeschichte (1891) 232. The discussion of tenant farming in W. Held, Altertum 17 (1971) 174–178, and Klio 53 (1971) 244–279, is marred by poor citation of sources and knowledge of law.

[78]) This point becomes especially clear in legal sources allowing cancellation of a rent remission for a lean year which is followed by years of plenty: Ulp. D. 19. 2. 15. 4 (citing Papin.); C. 4. 65. 8 (A.D. 231). Early imperial tenants paid a cash rent with some "supplements" in kind: Colum. 1. 7. 1–2 (who obviously knew no other system), with M. I. Finley, in Studies (cited n. 52) 119–121.

[79]) I have largely followed the interpretation of A. N. Sherwin-White, The Letters of Pliny (1966), who however is rather imprecise on the legal problems. This letter dates to a little after A.D. 100. Pliny's estates, presumably like those of his neighbor, involved a large home farm with the remainder leased out to *coloni*; cf. K. D. White, (cited n. 52) 406–409. (The contrasting views of E. M. Schtajerman, cited n. 13, 43, are disproven by a text on which she relies: Ep. 7. 30. 3.) Prof. Mario Torelli informs me that Pliny's Tifernum villa has now been discovered, though not yet excavated.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

The previous owner had the policy of seizing and selling his tenants' pledges when their rent was in arrears. This policy did temporarily reduce tenant indebtedness, but had the long-term effect of exhausting the farms' resources, so that the arrears grew once more. Pliny would have to resupply the tenants[80]) with slaves, who will be more costly because it is the usage both of Pliny and the neighborhood not to employ chain gangs.

The decline of this estate began with a clause normally inserted into farm leases[81]), whereby the tenant agreed that whatever of his own property he brought into the farm (his *inserta*) would be a pledge to his landlord for the rent. This type of pledge was so common that by the late Republic its operation was controlled through a special interdict[82]). Included under the pledge would be not only the tenant's personal property in general, but also his slaves[83]). It should be noted that, unlike with urban lease, the jurists never implied this pledge into farm leases where the parties had not themselves expressly provided for it[84]); on the other hand, at least from the midsecond century A.D. the jurists did imply a tacit pledge of the farm's crops[85]).

[80]) The text was correctly so interpreted by E. Allain, Pline le Jeune et ses Héritiers vol. I (1901) 84–89, who is apparently followed by Sherwin-White, ad loc.

[81]) Pliny's proposed remedy to the problem makes it clear that the pledge was of *inserta*, including slaves. This is a very old form of agricultural pledge: Cato, Agr. 146. 3, 149. 2, 150. 2; cf. U. von Lübtow, in Symbolae R. Taubenschlag Dedicatae vol. III (1957) 309–342; and M. Kaser, TR 44 (1976) 237–239, with further literature. As to farm lease, see, of legal sources, Labeo D 20. 6. 14; Gaius D. 20. 4. 11. 2; and passing references in (e.g.) Ulp. D. 19. 2. 13. 11, 20. 1. 21 pr.; C. 4. 65. 3 (A.D. 223); cf. notes 83–84 below.

[82]) The *interdictum Salvianum*, cf. Gaius 4. 147; for attempts to reconstruct it, see O. Lenel, EP[3] 490–492; E. Kreller, SZ 64 (1944) 324. The interdict was accorded to landlords pursuing the pledged *inserta* of *coloni*; its complex history is interwoven with the *actio Serviana*, cf. recently M. Kaser, (cited n. 81) 239–244, with bibliography.

[83]) Cf. Jul. (49 Dig.) D. 43. 33. 1 pr. A tenant's slave was probably given as the example of pledged property in the formula for the Salvian interdict.

[84]) Nerat. D. 20. 2. 4 pr.; cf. Gaius 4. 147. Contrast urban lease: Nerat. D. 20. 2. 4 pr.–1; Ulp. D. 20. 2. 6; Paul. D. 2. 14. 4 pr.

[85]) Pomp. D. 20. 2. 7 pr.; C. 8. 14. 3 (A.D. 223); cf. Papin. D. 19. 2. 24. 1; Paul. D. 19. 2. 53. On such tacit pledges, see now W. Schuller, Labeo 15 (1969) 268–284, replacing all earlier discussion. Africanus (D. 47. 2. 62. 5) indicates that this type of pledge was customary by his day; perhaps the pauperization of tenants had made the earlier form of pledge meaningless.

It will soon be apparent why the jurists may have avoided the first (and more familiar) form of pledge in favor of the pledge of crops.

The second contributing factor was tenant indebtedness. Now a measure of indebtedness is characteristic of tenant farming wherever it occurs[86]); therefore it would be frivolous to suggest that indebtedness indicates, in and of itself, tenant farming's lack of success among the Romans[87]). Tenant indebtedness normally results from one of three causes: either from a catastrophe overwhelming the process of farming (here, however, the tenant was legally protected by automatic remission of rent[88])); or from poor husbandry by tenants; or from market factors such as a sudden depression of prices. When debt arose from the latter two causes, the Roman tenant was largely dependent on his landlord's mercy[89]). Indebtedness once acquired tends to be extremely difficult to escape; in Rome the problem was complicated by the rapid accrual of interest on overdue rent[90]). By the second century tenant indebtedness had become so common that it was legally recognized as a distinct economic asset, the *reliqua colonorum*[91]).

[86]) Compare, e.g., the Medici estates in the eighteenth century: F. McArdle, Altopascio (1978) 109–121; colonial America: S. B. Kim, Landlord and Tenant in Colonial New York (1978) 214ff. Is there any counterexample before the introduction of modern agricultural techniques?

[87]) So, rightly, M. I. Finley, in Studies (cited n. 52) 116, against W. E. Heitland, (cited n. 50) 365, and N. Brockmeyer, (cited n. 59) 740 (even stronger). Similar unwarranted inferences permeate Brockmeyer's dissertation (cited n. 60), e.g. 193–194.

[88]) There are definite limits on this remedy, however. See recently H. Ankum, RIDA[3] 19 (1972) 219–238; A. Thomas, in Studi G. Donatuti vol. III (1973) 1271–1277; J. M. Y. Chorus, Handelen in Strijd met de Wet (1976) 149–156.

[89]) It was often forthcoming. For farm lease, see D. 2. 14. 56, 19. 2. 24. 5, 34. 3. 16–17; also, e.g., Colum. 1. 7. 1; Plin. Ep. 9. 37. 2, 10. 8. 5.

[90]) Cf. D. 19. 2. 54 pr., 22. 1. 17. 4 (partially interpolated); C. 4. 65. 17 (A.D. 290); G. Cervenca, Contributo allo studio delle "usurae" (1969) 54–55, with bibliography.

[91]) The phrase turns up mainly in relation to the law of succession: first in Labeo (D. 34. 3. 17, which Lenel joins to D. 33. 2. 30; only contract is involved here), thereafter not until Scaevola (and then often). The phrase is also found (e.g.) in Plin. Ep. 3. 19. 6, 9. 37. 2; CIL II. 1147 c. 43 (the Veleia Tablet). *Reliqua* means "overdue rent, arrears"; the impression given by M. I. Finley, in Studies (cited n. 52) 111–112 (and at 189 n. 27), is false. Interest was charged on *reliqua*: Scaev. D. 50. 1. 24 (and so also on the Veleia Tablet).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

If, when the tenant became indebted, the landlord insisted on his rights[82]), the inevitable result was foreclosure on the tenant's pledges, including especially his slaves. Such foreclosures had obviously occurred on the estate of Pliny's neighbor[83]). For tenant farmers, the seizure of their slaves would imply pauperization; they would no longer possess the labor force required to attain maximum productivity, hence they would be able to pay less in rent and their arrears would mount once more[84]). This is what had happened in the case of Pliny's neighbor. We do not know how frequent this kind of outcome was. In seizing pledges, the landlord had to weigh competing considerations of self-interest: on the one hand, the dire consequence of pauperizing his tenants and thereby reducing their future productivity; on the other hand, a sense that his laxity now would only lead to tenant irresponsibility and to demands for laxity in the future[85]), plus the annoyance of accepting the reduced income which laxity implied. In this situation no doubt many landlords finally ran out of patience and began to exercize what was their only obvious lever to manipulate the situation, namely the seizure of pledges; in effect they chose their immediate advantage over an uncertain future advantage[86]). A legal

---

[81]) Columella already advised him not to do so (1. 7. 1–2); so the problem was recognized very early. There can be little doubt that Roman landowners tolerated considerable tenant indebtedness: so, Cicero, Off. 3. 88; and cf. notes 87, 89. The real question is how long they were prepared to tolerate it.

[82]) Since Pliny mentions no other equipment which he had to furnish tenants, the other farm equipment was undoubtedly supplied by the landlord already, in conformance with law.

[83]) But this did not necessarily lead to execution against their persons, which was extremely rare in early imperial Italy; cf. Gaius D. 4. 3. 6, and M. Kaser, RZ (1966) 300. Contra: M. I. Finley, in Studies (cited n. 52) 116, who attempts (wrongly, in my view) to revive the theory of N. D. Fustel de Coulanges on the relation between addiction and the colonate. (Colum. 1. 3. 12 apparently refers to Africa, not to Italy.)

[84]) The psychological situation emerges clearly in Plin. Ep. 9. 37; compare Colum. 1. 7. 1–2. Pliny's exasperation with his tenants mounts with the passage of time.

[85]) The underlying ethos of Roman landowners is revealed clearly by Pliny's embarrassment about granting a remission (to those purchasing his grapes on the vine); it could be attributed to unbusinesslike *facilitas* (8. 2. 8). (But Columella had recommended such affability toward tenants: 1. 7. 1!) On the acquisitive attitude of landlords, see esp. R. MacMullen, Roman Social Relations (1974) 32ff.

text from Julian shows the process at work in the early second century[87]).

There can be little doubt that the prolonged agricultural recession at the start of the second century A.D.[88]) tested to the utmost the endurance and flexibility of Italian tenant farming. In at least some cases (to put it no more strongly than that) the result was the pauperization of tenant farmers. What can be made out of the efforts, both social and legal, to recover from this recession and preserve the mid-sized tenant *fundus*?

The immediate and inevitable consequence of the "crisis" was a reduction in the number of tenant farmers capable of undertaking the traditional type of farm lease; or, as Pliny preferred to put it, a "dearth" of "suitable tenants" (Ep. 3. 19. 7, 7. 30. 3)[89]). This scarcity is reflected in an occasional second-century legal text as well[90]). No doubt (there is an abundance of legal evidence[91])) landlords attempted to continue finding "suitable tenants" among their freedmen. But we can doubt that their efforts were entirely successful. The difficulties

---

[87]) Jul. (49 Dig.) D. 43. 33. 1 pr.: the landlord is seeking the child of his tenant's *ancilla*, who had been sold before foreclosure. These are scarcely "elegant distinctions" without "much application in practice"; contra: M. I. Finley, in Studies (cited n. 52) 111, who is somewhat cavalier about the law.

[88]) Plin. Ep. 3. 19. 7: *communi temporis iniquitate* (with Sherwin-White); the study by V. Sirago, L'Italia agraria sotto Traiano (1958), is interesting but at times misleading. On Pliny's troubles, see also W. E. Heitland, (cited n. 50) 317–325; T. B. Ford, Helikon 5 (1965) 381–389; R. Martin, Revue Ét. Anc. 69 (1967) 62–97; N. Brockmeyer, (cited n. 60) 192–198; N. L. Barbu, Altertum 17 (1971) 224–229. I leave to one side the question (which the cited authors do not directly address) whether events of this era constitute a recession or rather an agrarian cycle; on such cycles, see E. LeRoy Ladurie, (cited n. 76).

[89]) M. I. Finley, in Studies (cited n. 52) 114–115, may be right in asserting that this was not necessarily a new problem; but inference from Columella is hardly legitimate (cf. note 53).

[90]) Scaev. (5 Resp.) D. 20. 1. 32, a particularly clear and very interesting case; cf. Paul. D. 31. 88. 1 (below, note 106); and note the fraud described in Papin. Fr. Vat. 13 (= Hermog. D. 19. 1. 49). Pliny complains that colons tended to wander, Ep. 9. 37. 2; compare Paul. D. 19. 2. 24. 2, 4; 55. 2.

[91]) See the sources cited in note 62 above. Prof. Torelli points out to me that reliance on freedmen declined markedly in the second century.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

are clearly reflected, I think, in the second-century tendency to abandon marginal land in Italy[102]).

Many landlords may have fought back in the way that Pliny did, by equipping their tenants also with slaves. Pliny seems to consider this the obligatory solution, and it turns up also not only in a number of third-century legal texts but also (as it appears) on the Velela Tablet[103]). For a number of reasons, however, this was not a very satisfactory arrangement. Slaves were valuable property, and landlords were naturally reluctant to assign them to the care and direction of other free men; one legal text shows slaves provided on *aestimatum* so that the tenant was liable for virtually all damage to them[104]). Not only were slaves valuable, they were also apparently becoming more valuable due to scarcity[105]); which meant that the landlord's contribution to capital outlay would increase still more. While Pliny was willing to supply his *coloni* with slaves, he was also plainly intimidated by their high cost.

These considerations help to explain why second-century jurists did

[102]) Cf. Herodian 2. 4. 6 (of Pertinax), with C. R. Whittaker, in Studies (cited n. 52) 140–143 (with bibliography); Whittaker's attempt to interpret away this passage may be more clever than wise. Columella had preferred to lease out marginal land (1. 7. 4). Evidence for Italian underproduction in oil and wine begins to surface in the second century: V. Sirago, (cited n. 98) 266–268. Italian underproduction was probably not caused by competition with "cheaper" wine and oil from Spain and Gaul (contra: Sirago, pp. 258ff., with sources), since these provinces used a system of production identical to Italy's (evidence in J. Percival, cited n. 50) but faced the additional burden of the land tax; rather, such successful competition signifies Italian underproduction.

[103]) Paul. D. 19. 2. 54. 2 (see below); Ulp. D. 7. 8. 10. 4 (7); CIL 11. 1147 c. 43 (with E. Bormann, p. 222). See Sherwin-White on Plin. Ep. 3. 19. 7 as to the theory of J. Ceska, Listy Fil. 4 (1956) 24–31 (Germ. summ.), that Pliny's response was unusual.

[104]) Paul. D. 19. 2. 54. 2; and above, note 68. B. Kübler, in Festschrift J. Vahlen (1900) 564–566, detected this arrangement also on the Velela Tablet.

[105]) A controversial matter, mainly because it is hard to obtain comparable prices. It suffices to refer to M. I. Finley, The Ancient Economy (1973) 84–94; for data on Italian prices, see R. Duncan-Jones, Economy (cited n. 52) 348–351. A skilled vine-dresser cost HS 6–8,000 in the reign of Nero (Colum. 3. 3. 8), and a vineyard of 100 *iugera* required a staff of 16: Cato, Agr. 11. 1, with R. Duncan-Jones, 327–328. On the incorporation of free workers within *familiae*, see P. M. de Robertis, SD 24 (1958) 269–278; but beyond doubt slaves continued to provide the muscle of intensive agriculture in Italy: R. Günther, (cited n. 33) 511.

not take the seemingly obvious step, and require the landlord to supply his tenants with slaves where they had no slaves of their own. A few legal texts suggest that landlords were in fact suffering from the lack of sufficient capital[106]), no doubt in part as a consequence of the prolonged agricultural recession. Although isolated texts may not establish a pattern, it is worth setting them in juxtaposition with other contemporary phenomena, such as the Trajanic attempts to infuse new outside capital into Italian agriculture[107]), or the (apparently widespread) tendency to abandon tenant farming altogether in favor of sharecropping (a system less demanding of tenants, but also less productive)[108]). If in some cases neither landlords nor tenants were able to supply sufficient slaves to operate mid-sized *fundi* profitably, then tenant farming on this scale would have had to be abandoned altogether.

The developments discussed above were therefore ominous for the future of the mid-sized tenant *fundus*, and in turn for the whole system of Italian agricultural production to the extent that tenant farming was an integral part of such a larger scheme. However that may be, all I mean to emphasize at present is the peculiar threat which tenant indebtedness posed to the labor-power component of Italian tenant farming. This threat arose from the commonness of the tenant's pledge of *invecta*. The risk and reality of foreclosures on this pledge made it difficult for tenant farming to weather and recover from

[106]) Paul. (not Ulp.) D. 13. 7. 25: a large estate which its owner cannot cultivate; Paul. D. 31. 86. 1: a *fundus* split up to make finding of tenants easier. (If the thrust of this article is correct, it is likely that tenancies tended to become smaller, and that the number of tenants thus tended to increase.)

[107]) Plin. Ep. 6. 19, with Sherwin-White (Senators to invest a third of their wealth in Italy); renewed by Marcus Aurelius (SHA, *Marcus* 11. 8: a fourth). On the purpose of the alimentary programs, see R. Duncan-Jones, Economy (cited n. 52) 294–300 (with bibliography); it may be, as Duncan-Jones thinks (p. 296), that they were not intended to aid landowners, but they certainly reveal that Italian agriculture had no trouble absorbing capital.

[108]) First source for Italy: Plin. Ep. 9. 37. 3, already familiar with the pros and cons (this form of lease was by then widely used outside Italy); sharecropping was then given legal recognition, cf. Gaius D. 19. 2. 25. 6, with M. Kaser, RPR[2] vol. I (1971) 566 n. 31. E. Balogh, in Studi in onore di U. E. Paoli (1956) 41–58 (esp. 45 n. 6), notes other possible Italian sources. But monetary rent persisted in Italy: e.g., Gaius D. 19. 2. 25. 6; Scaev. D. 19. 2. 61 pr.; Papin. D. 32. 91 pr.; Paul. D. 47. 2. 26. 1; Ulp. D. 5. 3. 29. So also rent in fixed quantities of kind, e.g. C. 4. 65. 8 (A.D. 231); or rent partly in money, partly in a fixed quantity of kind: Ulp. D. 19. 2. 19. 3.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

611

lengthy agricultural recessions. While I do not believe that we entirely understand the reasons for the decline of Roman agriculture in Italy and elsewhere[109]), nonetheless it does seem to me that the problem isolated and discussed in this paper can be fairly regarded as the catalyst for many of the difficulties which second-century agriculture confronted.

In all of this, private law played an ambiguous role. Early classical lease law was solidly founded in prevailing agricultural practice[110]). The law conformed to and reinforced a pre-existing contractual pattern between landlords and tenant farmers, not only as to the general division of responsibility for supplying equipment, but also as to details: Neratius' "outmoded" olive press, described from practice not theory. The jurists raised commercial practice into law and protected it as law. They were strongly sympathetic to traditional patterns of production, and to the social establishment which these patterns served to support[111]).

By contrast, the jurists seem ill-prepared to cope with the sort of massive social and economic change that was threatening, even as Neratius wrote, to sweep traditional agriculture into history. The traditional legal type[112]) of the *colonus* was based, so I suggested above,

[109]) In any case, I am unimpressed by the overambitious syntheses in (e.g.) E. M. Schtajerman, (cited n. 13), and M. Mazza, Lotte sociali e restaurazione autoritaria nel 3. secolo d. C. (1970), esp. 181ff. There is need for "theories of the middle range".

[110]) On this matter, it is long since time to reject the exaggerated views of F. Schulz, Principles of Roman Law (1936) 24—25 (e.g., "No economic considerations enter into the law."); nor was I convinced by A. Watson, Society and Legal Change (1976).

[111]) On the role of Roman law in maintaining the social order, see D. Nörr, SZ 88 (1971) 413—417 (reviewing P. Garnsey, Social Status and Legal Privilege, 1970).

[112]) Among modern economic historians this notion causes unending confusion. There is a kind of legal type (the *colonus* is a good example, the *fundus* another) which is adopted by a legal system as a convenient method for simplifying empirical reality; it is not necessarily intended as an accurate description of reality, but rather serves to mediate between the conceptual framework and the empirical context of the legal system. See K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3d ed. 1975) 443—457, with bibliography. The conceptual framework of Roman law was oriented along "free market" lines: e.g., T. Honoré, Tribonian (1978) 35. With legal types, as with legal concepts generally, the important thing is not social accuracy but social adequacy; cf. N. Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (1974) 49—54.

on the assumption that he was something like a "partner" (albeit a "junior partner") of his landlord. This type was exactly reflected in Neratius' rules on equipment: the landlord supplied the farm in good working order, while the tenant supplied the expertise and the labor (both his own and that of his slaves). Although this legal type may never have been especially accurate as a depiction of social reality[113]), in the second century it probably became increasingly strained, if in fact (as seems likely) fewer and fewer tenants were able to supply other than their own labor. The result was a further reduction in the status of the tenant farmer; he became less like a "partner" and more like an "employee"[114]). In time the jurists reflected this development in their decisions: the tenant was now required by a variety of sanctions to work for his landlord "in due season"[115]), and (like a procurator) his expenses for improvements to the farm were recoverable from the landlord[116]).

But that is not the end of the story. It is likely that, wherever such a decline occurred in the status of tenant farmers, it was accompanied by a simultaneous decline in the influence of Roman private law over lease relations. The reason is that the leverage of Roman private law within Roman society substantially diminished when one or both parties to a typical suit were economically weak[117]). The jurists are

[113]) Cf., e.g., R. Clausing, (cited n. 77) 265. This view is also commonplace among Romanists, e.g. F. Schulz, Classical Roman Law (1951) 545; who judge, however, by frankly ahistorical standards. See, against this view, note 76 above.

[114]) On the *colonus* as an employee, see before all A. Pernice, SZ 19 (1898) 90—91.

[115]) Cf. B. W. Frier, (cited n. 35) 240—241, with bibliography.

[116]) See the sources cited in note 34 above. Perhaps even more significant is the late classical development of a hybrid form combining lease with possessionless *precarium*, cf. M. Kaser, SZ 89 (1972) 103—111 (with bibliography); Ulp. D. 43. 24. 11. 12 attests this form for farm lease.

[117]) I have tried to explain the reasons for this fact in my book on urban lease, Landlords and Tenants in Imperial Rome (forthcoming in 1980) Chapter III. The decline of private law's influence over tenant farming was inevitably accompanied by the rise of local custom: R. MacMullen, Roman Government's Response to Crisis (1976) 96 and 295 n. 96. The social evolution that followed led gradually (by a process still, I think, not clearly understood) to the bound colonate of the fourth century — in the Codes, a new legal type! See the good recent discussion by R. MacMullen, 172—181, with bibliography. But the earlier form of tenant farming did not entirely disappear in the late Empire: A. H. M. Jones, The Later Roman Empire vol. II (1964) 802—803.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

C12

scarcely likely to have approved this kind of development. Indeed, their refusal to imply into farm leases a tacit pledge of *invecta* shows clearly enough that they understood what was happening, and that they disapproved. But disapproval alone cannot be considered a sufficient response; far more was required if law was to take hold of the situation and avert the undesired outcome.

The final verdict on the jurists, therefore, is a mixed one. What emerge above all else are the capacities and limitations, whether self-imposed or otherwise, of Roman juristic law as an instrument for social control. The jurists appear in this view not as the sovereign masters of their own system, but rather as protagonists in a "struggle for law"[118]) which, at times, they did not win. Behind the dignified phrases of texts such as D. 19. 2. 19. 2, there lurk the insecurities of men alive in unstable times, with premonitions of a dark and undesirable future; Neratius' letter is as important for what it omits to say as for what it says. These are problems which Romanists have largely eschewed, and exploration of them is only beginning.

[118]) To borrow the title (if not the idea) of Rudolf von Ihering's Der Kampf ums Recht (1872).

X.

Das Beweisproblem beim Urkundendiebstahl

Die These der quidam und die Klassiker

Von

Georg Klingenberg

I.

1. Wird eine Urkunde gestohlen oder vernichtet, so erhebt sich die Frage, ob einer Verurteilung wegen *furtum* bzw. *damnum iniuria datum* lediglich der Wert des Urkundenmaterials *(pretium ipsarum tabularum)* zugrunde gelegt oder ob darüber hinaus auch der Inhalt und der Beweiswert der Urkunde Berücksichtigung finden soll. Eine grundsätzliche Beschränkung der Klassiker auf den reinen Materialwert, wie sie von Beseler angenommen wurde[1]), wird in der heutigen Romanistik nicht vertreten; man ist sich aufgrund der vorliegenden Quellenbelege vielmehr darin einig, daß die Klagsformeln der *actio furti („quanti ea res fuit, cum furtum factum est")* und der *actio legis Aquiliae („quanti ea res [erit] ⟨fuit⟩ in diebus triginta proximis")*[2]) in den hier aufgezeigten Fällen einem Hinausgehen über den reinen Sachwert des Urkundenmaterials nicht im Wege standen[3]). Uneinigkeit besteht lediglich darüber, woran sich in klassischer Zeit die über den Materialwert hinausgehende Kondemnationsgrundlage zu orientieren

[1]) SZ 56 (1936) 32.

[2]) Gegen die bisher herrschende Lehre, die statt [erit] ⟨fuit⟩ bzw. ⟨fuerit⟩ las und damit die Berechnungsfrist auf die 30 Tage vor der Tat bezog, Daube, Law Quarterly Review 52 (1936) 256ff.; Studi Solazzi (1948) 145ff.; Roman Law, Linguistic Social and Philosophical Aspects (1969) 66ff.; Zustimmung nun auch bei Kaser RPR I² 161[42] und Hausmaninger, Das Schadenersatzrecht der Lex Aquilia (1976) 29; andere noch Kaser, Quanti ea res est (1935) 176f.; Gerke, SDHI 23 (1957) 79; Medicus, Id quod interest. Studien zum Römischen Recht des Schadensersatzes (1962) 238f.

[3]) Kaser, Quanti 142ff.; Medicus, Id quod interest 233ff.; Wieacker, Syntoleia Arangio-Ruiz I (1964) 562; Simon, SZ 83 (1966) 199; Thomas, RIDA³ 15 (1968) 433; v. Lübtow, Untersuchungen zur Lex Aquilia (1971) 130.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Büngc

ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG FÜR RECHTSGESCHICHTE

MAJ

HERAUSGEGEBEN VON

TH. MAYER-MALY, D. NORR, W. WALDSTEIN,
A. LAUFS, W. OGRIS,
M. HECKEL, P. MIKAT, K. W. NÖRR

HUNDERTSIEBENTER BAND

CXX. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG

UNIVERSITÀ DI NAPOLI
BIBLIOTECA
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

1990

HERMANN BÖHLAUS NACHF. WIEN—KÖLN

Senato della Repubblica - Archivio Storico

614

III.

Der mercennarius und die Lohnarbeit

Von

Alfons Bürge

1. Einleitung*)

Wenn in den letzten Jahren die freie Lohnarbeit in Rom untersucht wurde, rückte stets der Ausdruck *mercennarius* als Terminus für den Lohnarbeiter ins Blickfeld[1]). Meist blieb aber unklar, worin denn die Eigenart des *mercennarius* bestand. Kaum Beachtung wurde dem Problem geschenkt, ob und wie sich der *mercennarius* von anderen Lohnarbeitern unterschied. Angesichts der feinen Nuancierungen in den römischen Berufsbezeichnungen müßten wir doch eigentlich signifikante Differenzierungen vermuten. Da die juristischen Belege einen schönen Teil des einschlägigen Quellenmaterials ausmachen, ist es sinnvoll, sie im Kontext mit den literarischen Zeugnissen noch einmal durchzugehen. Besonderen Reiz hat dabei die Frage, ob uns die römischen Juristen nicht doch mehr Informationen liefern, als bislang angenommen wurde. Soziale und rechtliche Konturen könnten sich so

*) Der Beitrag basiert auf einem Referat, das ich 1988 in Salzburg im Rahmen der 22. Tagung der SIHDA gehalten habe. Für Ratschläge und Hinweise danke ich besonders den Herren Proff. G. Thür und Dr. H. Siems (vgl. Fn. 171 ff.). Prof. D. Nörr hat freundlicherweise die Ausarbeitung des Manuskripts kritisch begleitet; für seine Fragen und Einwände bin ich ihm nicht zuletzt dort sehr dankbar, wo unsere Ansichten sich nicht treffen. Wie stets fühle ich mich dem Thesaurus linguae Latinae und seinen Mitarbeitern sehr verpflichtet (vgl. auch Fn. 168).

[1]) Vgl. etwa Brunt, JRS 70 (1960) 81—100 und P. Garnsey (Hg.), Non-Slave Labour in the Greco-Roman World (1980), mit den Beiträgen von Garnsey 34—47; Treggiari 48—64; Skydsgaard 65—72. Hingewiesen sei hier noch auf die Arbeit von St. Mrozek, Lohnarbeit im klassischen Altertum. Ein Beitrag zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, Bonn 1989, die mir leider erst nach Abschluß der Redaktion dieses Beitrages vorlag.

erschließen lassen, so daß auch der Status des *mercennarius* faßbar würde.

Bei unserem Vorgehen beschränken wir uns bewußt auf jene Quellen, die präzise vom *mercennarius* sprechen, und ergänzen also unsere Studie nicht mit solchen Stellen, die ganz allgemein von der sogenannten *locatio conductio operarum* handeln. Sonst laufen wir nämlich Gefahr, allenfalls bestehende semantische Differenzierungen zu ignorieren. Auch ein synonymer Wortgebrauch muß zuerst einmal bewiesen werden! Gingen wir anders vor, würden wir zu früh auf das unerwünschte Abstraktionsniveau des kleinsten gemeinsamen Nenners gelangen, das die wirklichen Strukturen zu überdecken droht. Damit würde gerade der Rechtshistoriker riskieren, Unterschiede auf begrifflicher Ebene, welche Auswirkungen auf die dogmatische Erfassung hatten, zu übersehen. Unter dem Zwang, einer juristischen Logik zu gehorchen, käme er dann leicht zu Ergebnissen, die historisch schlicht und einfach falsch sind.

2. Probleme der Zuständigkeit: Der mercennarius als lohnabhängiger Sklave

An einer Stelle in Senecas Schrift *de beneficiis* ist der *mercennarius* eindeutig ein Sklave. Da im Kontext noch andere parallele Mietsachverhalte aufgeführt werden, läßt sich leicht entnehmen, daß es sich hier um eine eigentliche Dienstmiete oder um einen Dienstvertrag handelt. Durchgängig wird nämlich die doppelte Zuständigkeit an der Sache thematisiert, wobei stets das Gebrauchsrecht des Mieters abgegrenzt wird vom Recht des Eigentümers an der Sache:

benef. 7, 5, 2 f. nec mihi res est aliquid ei, cuius est totum, posse donari. conduxi domum a te; in hac aliquid tuum est, aliquid meum: res tua est, usus rei tuae meus est. itaque nec fructus tanges colono tuo prohibente, quamvis in tua possessione nascantur ... nec conductum meum, quamquam sis dominus, intrabis nec servum tuum, mercennarium meum, abduces. et, cum a te raedam conduxero, beneficium accipies, si tibi in vehiculo tuo sedere permisero. video ergo posse fieri, ut aliquis accipiendo, quod suum est, munus accipiat.

Der *mercennarius* ist hier also ein Sklave, der einem anderen vermietet oder verdungen worden ist. Besonders sei darauf hingewiesen, daß Seneca die übliche Ausdrucksweise verdeutlicht. Wenn sonst vom eigenen Sklaven die Rede ist, genügt meist die Bezeichnung *servus* ohne Possessivpronomen. In dieser komplizierten Situation ist eine solche Präzisierung jedoch erforderlich.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

615

Der Sachverhalt, auf den sich Seneca bezieht, findet sich auch an einer Stelle bei Ulpian:

Ulp. (70[2]) ed.) D. 43, 24, 5, 11 si quid servus meus fecit, non ob id mecum actio est, sed si id meo nomine aut suo fecit: nam si tuum servum mercennarium habuero, quidquid ab eo factum fuerit meo nomine, ob id non tecum, sed mecum, cuius iussu aut nomine id opus a servo tuo factum fuerit, agendum erit hoc interdicto.

Ulpian behandelt hier im Rahmen der Kommentierung des *interdictum quod vi aut clam* das Problem, wem das Handeln eines Sklaven zuzurechnen ist, der im Dienste eines anderen steht. Das Substantiv *mercennarius* kann dabei offenbar die Arbeitnehmereigenschaft präzise ausdrücken[3]. Der Jurist kommt zum Schluß, daß es der Arbeitgeber ist, der die Handlungen des Sklaven zu verantworten hat, soweit sie nur nach seinen Weisungen oder in seinem Namen erfolgt sind. Dabei stellt er nicht darauf ab, wer zur *familia* gehört, sondern wer auf Weisung oder im Namen des *dominus* tätig geworden ist. Die von Ulpian erörterte Sachfrage findet ihr Gegenstück in einer Cicero-Rede.

In der Rede pro Caecina kommt Cicero auf das *interdictum de vi armata* zu sprechen, um das der Streit geht. Dabei muß er die Frage erörtern, wer alles unter den Begriff, der im Interdikt genannten familia fällt[4]. Wären das, wie es einem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechen würde, nur die eigenen Sklaven, so wäre das Interdikt nach Meinung Ciceros weitgehend wirkungslos. Um den Wertungswiderspruch deutlich zu machen, zu dem eine solche Lösung in seinen Augen führen müßte, stellt der Redner deshalb den eigenen Sklaven die fremden gegenüber:

Caec. 63 non enim maior est iniuria si tua familia quam si tuus vilicus, non si tui servi quam si alieni ac mercennarii, non si tuus procurator quam si vicinus aut libertus tuus ...

Da *alienus* als Adjektiv mit dem Possessivpronomen *tui* korreliert, können wir schließen, daß Cicero hier wie noch oft *ac* nicht in der bereits abgeschwächten, rein kopulativen Bedeutung braucht, sondern damit anknüpfend-versichernd *alienus* noch präziser faßt[5]. Cicero erreicht

[2]) 71 ad edictum, vgl. Lenel, Paling., Bd. 2, 835.

[3]) Vg. H. Kaufmann, Die altrömische Miete (1964), 147f.

[4]) Zu diesem Prozeß und speziell zum Interdikt vgl. Frier, TrAPhA 113 (1983) 221–241, 231ff.; ds., The Rise of the Roman Jurists (1985), bes. 171ff.; die spätere Fassung des Interdikts bei Lenel, EP 467.

[5]) Vgl. J. B. Hofmann/A. Szantyr, Lateinische Syntax und Stilistik (1965), 478; Thes. l. L. Bd. 2, 1050 (s. v. *atque*).

seine Lösung über den Begriff der *familia*, der nach ihm nicht nur auf die eigenen Sklaven, sondern auch auf fremde, gemietete zielt. Wenn es sich so verhält, müssen wir auch zuvor in Caec. 58, wo Cicero die gleiche Wendung zum ersten Mal braucht, damit rechnen, daß der gleiche Gegensatz zwischen den eigenen und den fremden, gemieteten Sklaven ausgedrückt wird[6]):

etiam, ut longius a verbo recedamus, ab aequitate ne tantulum quidem, si tuus servus nullus fuerit et omnes alieni ac mercennarii, tamen ei ipsi tuae familiae genere et nomine continebuntur.

Inhaltlich trifft demnach Cicero genau das, was Ulpian in der zuvor zitierten Stelle meint, wo es um das weniger spektakuläre *interdictum quod vi aut clam* geht.

Es fällt jedoch auf, daß Cicero in einer anderen Rede, die im gleichen Problemkreis spielt, sich etwas anders ausdrückt. In pro Tullio nämlich, wo das *iudicium de vi coactis armatisque* auszulegen ist[7]), spricht er ausdrücklich von Sklaven und Freien, die außerhalb der *familia* standen und hinzugezogen oder gemietet wurden, um die von der Sanktion bedrohten Gewalttaten zu begehen:

27 si ita iudicium daretur ut id concluderetur quod a familia factum esset, si quae familia ipsa in caede interesse noluisset et homines aut servos aut liberos coegisset aut conduxisset, totum hoc iudicium et praetoris severitas dissolveretur.

Den Terminus *mercennarius* verwendet Cicero hier aber nicht. Etwa deswegen nicht, weil er nicht auf die freien gemieteten Helfer paßte? Können wir daher im Umkehrschluß folgern, daß Ulpian in (69 ed.) D. 43, 16, 1, 20, wo er wiederum — diesmal bei der Kommentierung des auf den Alltag zugeschnittenen *interdictum unde vi* — beim selben Subsumptionsproblem nur ein lakonisches *mercennarius* ohne eine nähere Bezeichnung der rechtlichen Beziehung zum Beklagten bietet, einen gemieteten Sklaven im Auge hat?

Freilich müssen wir die genannte Stelle im Kontext betrachten. Zunächst ist nämlich von denjenigen die Rede, die *loco servorum* stehen.

[6]) Anders De Robertis, Lavoro e lavoratori nel mondo romano (1963), 104f., Fn. 11, der aber die syntaktischen und stilistischen Besonderheiten für die Wortbedeutung und -stellung nicht beachtet.

[7]) Es handelt sich wahrscheinlich um den Vorläufer der *actio vi bonorum raptorum*, vgl. dazu Frier 1983, 235ff.; 1985, 52ff. (beide zit. Fn. 4); Kaser, RP I, 626f.; II, 435f.; Lenel, EP 391ff.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Haben sie die inkriminierten Handlungen begangen, so kann gegen den Eigentümer der *familia* mit dem *interdictum* vorgegangen werden. Anders verhält es sich jedoch beim *filius familias* und den *mercennarii*. Hier muß der Prätor mit dem *interdictum utile* helfen:

Ulp. (69 ed.) D. 43, 16, 1, 18 familiae appellatione et eos, quos loco servorum habemus, contineri oportere dicendum est. ... 20 si filius familias vel mercennarius vi deiecerit, utile interdictum competit.

In jedem Fall also treten hier Komplikationen auf, die sich einer einfachen Subsumption des *mercennarius* unter die Formel des Interdikts widersetzen. Ist es die vorher beobachtete doppelte Zuständigkeit am *mercennarius*, die die Schwierigkeiten verursacht hat? Einer Lösung kommen wir näher, wenn wir uns zunächst überlegen, wer denn in § 18 jene Personen sind, *quos loco servorum habemus*[8]).

Da Gaius den Ausdruck *loco servorum* öfters verwendet, wird uns die Antwort auf die letzte Frage wesentlich erleichtert. In Gai. 1, 123 begegnen wir ihm im Zusammenhang mit der durch den *pater familias* vollzogenen *mancipatio* der Tochter an den Ehemann. Anders als mit der *coemptio* kommt so die Tochter nicht in die *manus*, sondern in das sklavenähnliche *mancipium*. Obwohl sie frei bleibt, nähert sich ihre Stellung vermögensrechtlich der einer Sklavin an. Nach Gai. 3, 114 kann der nur einmal manzipierte Haussohn als *adstipulator* seines Gewalthabers nicht für diesen erwerben, weil er *in mancipio* und damit, wie Gaius sagt, *servi loco* ist. Schließlich stoßen wir in Gai. 1, 138 nochmals auf die Wendung *servorum loco*. Es geht um diejenigen *qui in causa mancipii sunt*, also um die manzipierten Haussöhne, die weder remanzipiert noch freigelassen worden sind. Sprachlich bestehen jedoch einige Schwierigkeiten, vor allem wird nicht ganz klar, ob hier *in causa mancipii* als synonym zu *servorum loco* verstanden werden muß[9]). Immerhin läßt sich daran denken, daß der Ausdruck auch hier das gleiche Spannungsverhältnis zwischen der Stellung als Freier und der (vermögens-)rechtlichen Gleichordnung mit dem Sklaven bezeichnet.

[8]) Die zu D. 43, 16, 1, 20 einschlägige Untersuchung von De Robertis, Labeo 6 (1960) 319—333 leidet darunter, daß *loco servorum esse* nur aufgrund unseres modernen Sprachverständnisses gedeutet und die Möglichkeit eines determinierten, technischen Wortgebrauchs in den römischen Rechtsquellen überhaupt nicht ins Auge gefaßt wird.

[9]) Vgl. zur Problematik Pugliese, In mancipio esse, in: Satura Feenstra (1985), bes. 44f.

Die Betreffenden sind so gesehen nicht *mancipio*, sondern nur in der Lage eines *mancipium*, eben *in causa mancipii*[10]).

Daß Ulpian in D. 43, 16, 1, 18 tatsächlich dieses Spannungsverhältnis zwischen der faktischen, vermögensrechtlichen Stellung als Sklave und der tatsächlichen Lage als Freier vor Augen hatte, wird deutlicher, wenn wir einen Blick auf andere Rechtsbehelfe werfen, wo es um die Einordnung eines fremden Sklaven in die *familia servorum* geht. Stets tauchen nämlich die gleichen Schwierigkeiten auf. Da nun, wie Ulpian (46 ed.) D. 50, 16, 195, 3 erläutert, als er im Zusammenhang mit dem Ehrrecht auf den Begriff der *familia* zu sprechen kommt, der genaue Umfang der *familia servorum* nicht von vornherein feststeht[11]), können wir für unsere Zwecke die entsprechenden Kommentierungen, auf die er verweist, kurz durchsehen.

Bei der Behandlung der *actio redhibitoria* vertritt Ulpian die Ansicht, daß auch Freie zu denen gezählt werden können *qui in servitio sunt*. Doch macht er unmißverständlich klar, daß er damit die *homines liberi bona fide servientes* meint. In Bezug auf die fremden Sklaven fügt er hinzu, daß es auf das Kriterium der tatsächlichen Gewalt ankomme *(accipe eos quoque qui in potestate eius sunt)*[12]). Deutlicher spricht er dies in (56 ed.) D. 47, 8, 2, 12/14 bei der Kommentierung der *actio*

[10]) Vgl. David/Nelson, Kommentar (1954) zu Gai. 1, 132, 19/20; als sprachliche Parallele etwa Ulp. (4 Sab.) D. 40, 7, 2, 4 *Quocumque gradu pupillo servus cum libertate substitutus sit, necessarii casum optinet: ... Celsus quoque putat ... cum libertate substitutum statuliberi casum optinere;* Gell. 4, 2, 12 *Eum vero, cui dens deesset, Servius redhiberi posse respondit, Labeo in causa esse redhibendi negavit ...;* Gai. 2, 137 u. a.

[11]) *Servitutium quoque solemus appellare familias, ut in edicto praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum, sed ibi non omnes servi, sed corpus quoddam servorum demonstratur huius rei causa paratum, hoc est vectigalis causa, alia autem parte edicti omnes servi continentur: ut de hominibus coactis si vi bonorum raptorum, item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera aut familiae eius, et interdicto unde vi familiae appellatio omnes servos comprehendit, sed et filii continentur.*

[12]) Ulp. (1 ed. aed.) D. 21, 1, 25, 2 *Familiae appellatione omnes qui in servitio sunt continentur, etiam liberi homines, qui ei bona fide serviunt, vel alieni: accipe eos quoque qui in potestate eius sunt.* Zum ansprechenden Versuch von G. L. Falchi, Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni noxali, Milano 1978, die *potestas* über den Sklaven sei für die Passivlegitimation im Rahmen der Noxalklagen entscheidend gewesen [vgl. Benöhr, SZ 97 (1980) 273—287], ist zu sagen, daß die römischen Juristen eher auf der tatsächlichen Ebene die faktische Gewalt vor Augen hatten, jedoch dogmatisch über solche — im Edikt angelegten — Zuordnung vorgingen, wie wir sie hier zur *familia* finden.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

617

vi bonorum raptorum aus. Sowohl für die Freien wie für die fremden Sklaven kommt es nämlich wesentlich darauf an, daß sie *bona fide* als Sklaven in der betreffenden *familia* dienen[13]). Andere werden nur erfaßt, wenn der Beklagte sie — wie es Cicero schon in pro Tullio vertreten hat — zu einer Bande zusammengeschmiedet hat.

Wenn wir zu den gegen die Übergriffe der *publicani* eingerichteten Edikten übergehen, müssen wir noch stärker differenzieren. Beim Edikt *si familia publicanorum furtum fecisse dicetur* wird neben dem *homo liber bona fide serviens* der gutgläubig besessene fremde Sklave ebenfalls miteinbezogen, ausgeschlossen werden hingegen andere, von denen man weiß, daß sie fremde sind (Ulp. [38 ed.] D. 39, 4, 12, 2)[14]). Man ist also weit davon entfernt, irgendwelche fremde Arbeitnehmer darunter zu subsumieren. Etwas weiter könnte das Edikt *quod publicanus vi ademerit* gehen, das die Kompilatoren mit dem eben besprochenen wegen der funktionellen Ähnlichkeit verschmolzen haben[15]). Ulp. (55 ed.) D. 39, 4, 1, 5 kommt zunächst wieder auf den *homo liber bona fide serviens* zu sprechen, bevor er die *servi alieni, qui publicanis in eo vectigali ministrant* nennt. Die Einschränkung der *noxae deditio*, die mit der Klage gegen den Publikanen verbunden ist[16]), läßt uns daran denken, daß der *publicanus* auch für fremde Sklaven haftete, die er in Dienst genommen hatte. Die Begründung nämlich, die Ulpian dafür bringt, bietet er in seinem Ediktskommentar bereits früher, und zwar an einer Stelle, wo er im Rahmen der *actio in factum adversus nautas*

---

[13]) 14 *Haec actio etiam familiae nomine competit, non imposita necessitate ostendendi, qui sunt ex familia homines qui rapuerunt vel etiam damnum dederunt. familiae autem appellatio servos continet, hoc est eos, qui in ministerio sunt, etiamsi liberi esse proponantur vel alieni bona fide nobis servientes.*

[14]) Vgl. Lenel, EP 335ff.; gegen den von Pernice, Labeo 2,1 375 Fn.; 479 Fn. 1 aufgrund von schematischen, nicht näher überprüften, fälschlich Justinian zugeschriebenen Itp.-Kriterien geäußerten Verdacht gegen den Einbezug der *mala fide servientes* treffend bereits W. Kalb, Die Jagd nach Interpolationen in den Digesten (1897), 20f. Stammt aus einem solchen Zusammenhang die in einem Leidener Glossar aus dem 9. Jh. überlieferte Wendung *familiaris involvitur — actibus domesticis obligatur* (CGIL, ed. C. Goetz, Bd. 5, 634 29)? *familiares* angewendet auf Sklaven belegt für eine frühere Zeit Sen. epist. 47, 14 *servos, quod etiam in mimis adhuc durat, familiares* (sc. *maiores nostri appellaverunt*); für seine Zeit braucht es Colum. 1, 6, 3; 3, 20, 4; später dann Amm. 14, 6, 16; 14, 7, 7; 15, 5, 28; 28, 2, 13.

[15]) Vgl. zum Edikt G. Klingenberg, Commissum, Graz 1977, 131ff.

[16]) Ulp. D. 39, 4, 1, 6, vgl. Klingenberg aaO. 132.

denselben Wertungswiderspruch zwischen der vollen Haftung für fremde Sklaven und der durch die *noxae deditio* beschränkten für eigene Leute zu erklären hat. Der Verantwortliche ist eben gehalten, bei der Auswahl der fremden — die hier eindeutig als Arbeitnehmer auftreten — besonders umsichtig zu sein[17]). Würden wir hier den Kreis auf alle Fremden erweitern und auch die freien Arbeitnehmer dazurechnen, würde sich die Erwähnung des *homo liber bona fide serviens* erübrigen[18]).

Was können wir aus diesen Überlegungen für den *mercennarius* in D. 43, 16, 1, 20 folgern? Da fremde Freie auch in den strengeren Rechtsbehelfen nicht aufgrund des Kriteriums der Zugehörigkeit zur *familia servorum* einbezogen werden, müssen wir hier ebenfalls wieder an Leute denken, die im Status eines Sklaven sind[19]). Da aber das Interdikt nur analog gewährt wird und die gutgläubig besessenen oder dienenden im Regelfall zur *familia* gerechnet werden, wird man auch da unter dem *mercennarius* einen Sklaven verstehen dürfen, der nicht dem Beklagten gehört, sondern bloß in Dienst genommen wurde.

Unserer Deutung könnte freilich entgegenstehen, daß an einer Stelle, die vom Umfang eines Wohnrechts handelt, von Personen die Rede ist, die *loco servorum* stehen. Allerdings unterscheidet sich der Wortgebrauch in einem Punkt grundlegend von den bis jetzt besprochenen

---

[17]) Ulp. (18 ed.) D. 4, 9, 7, 4; (38 ed.) D. 47, 5, 1, 5. Daß es hier nicht um eine *culpa in eligendo* ging, sondern lediglich um den Versuch der Erklärung der Rechtsfolgen, stellte bereits fest Seidl, FS Müller-Erzbach (1954), 113f. Anders A. Földi, Sulla responsabilità per fatto altrui in diritto romano, Publ. Univ. rer. polyt. Miskolciensis, ser. jur. et pol. III/a 4 (1988), 177f.

[18]) Zudem müßte man als höchst bemerkenswerte Ausnahme die Möglichkeit der *noxae deditio* von gewaltunabhängigen Freien postulieren, so tatsächlich De Visscher, Le régime romain de la noxalité, Bruxelles 1947, 325ff.; dagegen mit guten Argumenten Martini, Mercennarius, Milano 1958, 70 Fn. 1. Nur auf die Sklaven eingegrenzt hat den Kreis hingegen bereits sch. 27 Bas. 60, 17, 7.

[19]) Als Beispiel solcher *liberi* seien noch aufgeführt die ausgesetzten freigeborenen Kinder, die nicht Sklaven des Pflegevaters werden, jedoch wie ein Hauskind oder ein Sklave nur durch *manumissio* gewaltfrei werden, vgl. Kaser, RP I, 65; Watson, The Law of Persons in the Later Roman Republic (1967), 171. So wären also die bei Suet. gramm. 21 bzw. 7 genannten Grammatiker C. Melissus und M. Antonius Gnipho zwar *liberi* gewesen, aber rechtlich — in den uns hier interessierenden Fällen — *servorum loco* gehalten worden. Ähnlich zum Problem, wer *servorum loco* behandelt wurde Brunt, JRS 70 (1980) 99f.; vgl. auch bereits Nörr, SZ 82 (1965) 91ff.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Stellen, da eine Spezifikation beigefügt wird, die auf einen anderen Sinn führt:

Ulp. (17 Sab.) D. 7, 8, 4 pr. ... Proculus autem de inquilino notat non belle inquilinum dici, qui cum eo habitet, secundum haec et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum: quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiunculis contentus sit? sed et cum his, quos loco servorum in operis habet, habitabit, licet liberi sint vel servi alieni.

Es geht hier nämlich um ein Arbeitsverhältnis, entweder auf der Grundlage eines Dienstvertrages oder als Leistung von *operae* durch *liberti*, was durch den Zusatz *in operis habere* deutlich gemacht wird. Es sind also nicht jene Personen gemeint, die sich wie die bei Gaius bezeichneten im Spannungsverhältnis zwischen der (vermögens-)rechtlichen Behandlung als Sklave und dem Status als Freie befinden, sondern solche, die an Stelle von Sklaven typische Sklavenarbeit leisten. Wie aus dem Ganzen hervorgeht, wird bei der Bemessung des Wohnrechts ja der Kreis ohnehin weiter gezogen, so daß weder der *homo liber bona fide serviens* noch der im gutgläubigen Besitz stehende Sklave ein Problem sein können, wohl aber der Arbeitnehmer. Da nicht nur der unfreie Arbeitnehmer, sondern auch der freie genannt werden, dürfte sich teilweise wenigstens aus den gleichen Gründen wie in Cic. Tull. 27 erklären, daß der Terminus *mercennarius* nicht fällt, da sich dieser nur auf den Sklaven beziehen würde.

Unsere Erklärung setzt freilich voraus, daß sich *mercennarius* in dieser Bedeutung zu jener Zeit von selber verstand und im wesentlichen auf den Sklaven beschränkt blieb. Auf einen solchen Sprachgebrauch deutet eine andere Stelle bei Seneca, wo ebenfalls ein *mercennarius* als Sklave auftaucht. Es handelt sich um die bekannte Erzählung von Atilius Regulus, der, als er im ersten Punischen Krieg in Africa weilte, von seinem Kommando entbunden werden wollte, weil der *mercennarius* das Landgut in Stich gelassen hatte:

Sen. dial. 12, 12, 5 Atilius Regulus, cum Poenos in Africa funderet, ad senatum scripsit mercennarium suum discessisse et ab eo desertum esse rus, quod senatui publice curari dum abesset Regulus placuit: fultne tanti servum non habere ut colonus eius populus Romanus esset?

Hier behandelt Seneca den *mercennarius* ganz eindeutig als Sklaven, und da auch in den Parallelüberlieferungen nie davon die Rede ist, daß dieser geflohen war, dürfen wir wiederum an ein Dienstverhältnis denken[20]). Wir können dabei dahingestellt lassen, ob dies schon zur

[20]) Als *mercennarius* auch bei Liv. Epit. 18; Plin. nat. 18, 8, 39 spricht von

Zeit des Regulus der Fall gewesen war, für uns ist nur entscheidend, daß Senecas Zeitgenossen eine solche Darstellung der landwirtschaftlichen Organisationsform, die keineswegs auf kleinbäuerliche Verhältnisse weist[21]), plausibel erschien. Es sei lediglich noch darauf hingewiesen, daß Seneca den unfreien *colonus* voraussetzt[22]). Seneca aber spricht noch an einer weiteren Stelle vom *mercennarius*. Da sie aber meistens als Beleg dafür verwendet wird, daß es sich beim *mercennarius* um einen freien Arbeitnehmer handelt, müssen wir sie jetzt eingehend besprechen und dabei das wirtschaftliche Umfeld im Auge behalten.

3. Der mercennarius in der römischen Wirtschaft

a) Der mercennarius als servus perpetuus: Seneca benef. 3, 22, 1:

Wir haben festgestellt, daß Seneca zweimal als *mercennarius* eindeutig einen Sklaven bezeichnet. Es erstaunt daher einigermaßen, daß aus der dritten Stelle, wo sich Seneca zum Status des *mercennarius* nicht explizit äußert, die Bedeutung ‚freier Lohnarbeiter' herausdestilliert wird. Man müßte doch erwarten, daß der semantische Gehalt und die Konnotationen, die sich für einen Römer dieser Zeit selbstverständlich ergaben, wenn er den Ausdruck *mercennarius* hörte, umgekehrt vom gesicherten Wortgebrauch aus erschlossen würden. Wir wollen versuchen, die besagte Stelle einmal unter diesem Blickwinkel zu prüfen:

Sen. benef. 3, 22, 1 Servus, ut placet Chrysippo, perpetuus mercennarius est. Quemadmodum ille beneficium dat, ubi plus praestat quam quod operas locavit, sic servus ubi benevolentia erga dominum fortunae suae modum transit et altius aliquid animo, quod etiam felicius natis decori esset, et spem domini antecessit, beneficium est intra domum inventum.

In unserer — noch näher zu erläuternder — Übersetzung lautet der Text:

Sklave durch und durch ist — wie Chrysipp meint — der gegen Lohn arbeitende Sklave (mercennarius). Wie dieser eine Wohltat erweist, wenn er (seinem Herrn)

vilicus, während bei Val. Max. 4, 4, 6 der *mercennarius* nach dem Tod des *vilicus* sich „verabschiedet" hatte.

[21]) Wenn man den *mercennarius* so deutet, wie wir es hier vorschlagen, kann man auch an ein größeres Landgut denken. Der römische Oberbefehlshaber Regulus wäre damit nicht mehr der arme Kleinbauer, an dem zu Recht Anstoß genommen hat Hampl, Römische Politik in republikanischer Zeit und das Problem des „Sittenverfalls", HZ 188 (1959) 497—525, 512f., jetzt in: R. Klein (Hg.), Das Staatsdenken der Römer (1966, R. 1980), 161f. (= WdF Bd. 46).

[22]) Auf diesen Umstand geht de Neeve, Colonus (1984), 43f. bei der Behandlung der Stellen nicht ein.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

mehr leistet (nach Hause bringt) als den Betrag, worum er seine Dienste verdungen hat, so auch der (Haus-)Sklave, wenn sein Wohlwollen gegenüber dem Herrn das Maß seiner Verhältnisse übersteigt und er etwas äußerst Kühnes, das auch Leuten von höherer Abkunft Ehre machen würde, gewagt und (so) die Hoffnungen seines Herrn übertroffen hat; dann haben wir eine Wohltat innerhalb des Hauses.

Die gängige Auffassung, die den Text ganz anders übersetzen würde, versteht im ersten Satz die Aussage Chrysipps im Sinne einer Gleichstellung von Sklave und Lohnarbeiter auf ewige Dauer; demzufolge wird für *mercennarius* die Bedeutung ‚freier Lohnarbeiter' erschlossen[33]). Dabei werden allerdings meistens einige Schwierigkeiten nicht bedacht, die den Kontext sowie die Sprachform und -gestalt betreffen.

Wer hier *mercennarius* als ‚freien Lohnarbeiter' interpretiert, muß jedoch für den von Seneca entwickelten Gedankengang eine jähe Zäsur postulieren. Der Philosoph spricht nämlich unmittelbar vor unserem Zitat von Sklaven und erörtert, ob diese ihrem *dominus* Wohltaten erweisen können; anschließend führt er denselben Gedankengang weiter. Nicht zuletzt deshalb kommt der Vergleich mit dem freien Lohnarbeiter so unvermittelt, weil der freie Lohnarbeiter — eben weil er frei ist — seinem Arbeitgeber in jedem Fall, nicht nur mit der Leistung unbezahlter Überstunden, Wohltaten erweisen kann. Einiges gewichtiger ist der Einwand, daß die übliche Deutung mit einer folgenreichen Konjektur erkauft wird. Anders als in der hier wiedergegebenen Fassung, wie sie sämtliche Handschriften bieten, finden wir daher in den gedruckten Textausgaben meist: *quam ⟨in⟩ id quod operas locavit*. Damit soll ausgedrückt werden, daß die Wohltat des freien Lohnarbeiters gegenüber dem Arbeitgeber darin besteht, mehr zu leisten als das, wozu er sich im Arbeitsvertrag verpflichtet hat. Für diese Konjektur spricht freilich einzig das Vorurteil, beim *mercennarius* handle es sich um einen freien Arbeitnehmer. Der Texteingriff hat sich dennoch soweit durchgesetzt, daß ihn nicht wenige Autoren beim Zitieren nicht einmal mehr markieren[34]).

Noch weit nachlässiger als mit der handschriftlichen Tradition geht die gängige Lesart mit den fundamentalen Regeln der lateinischen

[33]) Vgl. Martini (zit. Fn. 18) 59; ds., Iura 10 (1959) 126; A. Mantello, ‚Beneficium' servile — ‚debitum' naturale (1979), 152f. Fn. 223; Macqueron, RH 37 (1959) 609f.; Nörr, SZ 82 (1965) 93; so auch Pohlenz, Die Stoa (1959, 2. Aufl.), Bd. 1, 136 und Klees, Herren und Sklaven (1975), 118f.

[34]) Vgl. etwa Martini (zit. Fn. 18) 59; Mantello aaO. 152.

Syntax und Stilistik um. Wenn man nämlich nach der Parenthese *ut placet Chrysippo* einen Einschnitt annimmt, folgt man wohl einer in den modernen europäischen Sprachen zu beobachtenden Gewohnheit, verstößt jedoch in fataler Weise gegen die römische Übung. Was — zum Leidwesen unzähliger Schülergenerationen — bei der Übersetzung oft Mühe macht, ist doch die Neigung des lateinischen Satzes, zusammengehörige Elemente zu trennen und zwar nicht zuletzt mit Hilfe von Parenthesen[35]). Diese Tendenz wird natürlich begünstigt durch den Morphemreichtum des Lateins, der mit seinen Redundanzen dem Hörer und Leser ein beträchtliches Mehr an Informationen vermittelt, die im Deutschen und Französischen fehlen, wenn wir die normale Satzstellung nicht einhalten.

Trotzdem herrscht im Latein keineswegs eine Beliebigkeit in der Wortstellung, vielmehr werden die Redundanzen ausgenützt, unter anderem in der Weise, daß der Satz mit Vorliebe dort unterbrochen wird, wo er am dichtesten ist. Deshalb fügt gerade ein gepflegter Stil Parenthesen gerne zwischen Substantiv und dazugehörigen Attribut ein. Evident ist dies nicht nur bei *inquit*[36]), sondern auch bei anderen Wendungen[37]). Sprachpsychologisch gesehen wird damit eine Spannung und eine Erwartungshaltung geschaffen[38]), die dann aufgefangen wird durch das Bestreben, den mit dem Einschub geöffneten Ausdruck zu schließen. Bei der gängigen Zuordnung von *perpetuus* zu *mercennarius* beobachten wir zudem noch eine weitere Unkorrektheit. Wie in den romanischen Sprachen noch heute, finden sich im Latein objektiv-bestimmende, intellektuell-sachliche Adjektive habituell nachgestellt. Daran hätte sich also Seneca im vorliegenden Text nicht gehalten[39]).

[35]) Vgl. dazu J. Marouzeau, Traité de stylistique latine, Paris 1946 (2. Aufl.), 239ff.; 332ff.

[36]) Vgl. das Material in Thes. l. L. 7, 1788 62; 1789 68ff.; eindrücklich etwa Cic. de orat. 1, 113 „*Perge vero*", *inquit*, „*Crasse*", *Maecius*, ...".

[37]) Vgl. J. Marouzeau, L'ordre des mots en latin, Paris 1953, 100f. Selbst die *tria nomina* können so getrennt werden, wie dies bereits die Scipionenschrift beweist (CIL I, 10). Zur Begründung vgl. Rhet. Her. 4, 18; 44.

[38]) Vgl. Marouzeau (zit. Fn. 25) 332ff. Sehr schön kommt dies zum Ausdruck bei einem Vergleich, wie in schlichter, altertümlicher Manier Claudius Quadrigarius eine Szene erzählt (bei Gell. 9, 13, 4ff.) und Livius 7, 9, 6ff. die gleiche Episode kunstvoll stilisiert wiedergibt. Für Einzelheiten und zum Ganzen vgl. Marouzeau, L'ordre des mots dans la phrase latine, t. 3: Les articulations de l'énoncé, Paris 1949, 160ff.

[39]) Vgl. Hofmann/Szantyr (zit. Fn. 5) 406. Nur bei Betonung treten qualifizierende, affektivische Adjektive voran. Wie Quint. inst. 9, 4, 24 schreibt,

Senato della Repubblica - Archivio Storico 620

Mag der Romanist heute auch versucht sein, trotz alledem der unkorrekten Wortstellung den Vorzug vor dem eleganten, leichten Hyperbaton zu geben, soll er sich dennoch der Mühe, die Verbindung zum griechischen Original des Chrysipp zu suchen, nicht entschlagen. Mit der bisher üblichen Deutung der Seneca-Stelle kommt er dabei jedoch in beträchtliche Schwierigkeiten. Wir landen da nämlich bei dem — von Philosophen unterschiedlichster Observanz geäußerten — Gemeinplatz, daß es im wesentlichen eine Frage der geistigen Einstellung sei, ob jemand frei oder ein Sklave ist. In der umfangreichen Sammlung der Fragmente Chrysipps fehlt zudem dafür ein direkter griechischer Beleg[30]). Hatte es Seneca aber nötig, sich für eine solche Trivialität ausdrücklich auf Chrysipp zu berufen[31])? Müßten wir nicht eine viel eigenständigere und merkwürdigere Aussage erwarten, die für Seneca zwar den Reiz des Besonderen hatte, den gebildeten Zeitgenossen jedoch bekannt war!

Eine solche Entsprechung finden wir tatsächlich in den griechischen Originalstellen aus Chrysipps Werken, wenn wir nur die Regeln der Syntax und Stilistik hochhalten, auf die Konjektur *is* verzichten und *perpetuus* zu *servus* ziehen. Damit kommen wir zum Sinn, den wir mit unserer Übersetzung zu treffen versucht haben: Sklave durch und durch[32]) ist, wie Chrysipp meint, der *mercennarius*. *quam quod operas locavit* läßt sich grammatikalisch mit einem faktischen *quod* erklären: als was das betrifft, daß er seine Arbeitskraft verdungen hat. Seneca

gingen gewisse frühere Theoretiker sogar so weit, aus der habituellen Wortstellung eine strikte Regel zu machen, was er aber als allzu streng zurückweisen muß. Auf jeden Fall verdient Beachtung, daß Macqueron (zit. Fn. 23) 610 — offenbar aus seinem romanischen Sprachgefühl heraus — unwillkürlich von *mercennarius perpetuus* spricht.

[30]) Die Verbindung zu Chrysipp betont zwar Grimal, Seneca (1978), 126, doch bringt er dafür keine griechischen Belege bei.

[31]) So aber Elorduy, Die Sozialphilosophie der Stoa (1936), 203ff.; dagegen aber Richter, Gymnasium 65 (1958) 205, denn trotz Cic. parad. 32ff. läßt sich der Satz nicht auf die Stoa eingrenzen; zur geistigen Welt vgl. die Darstellung bei M. Hossenfelder, Die Philosophie der Antike, Bd. 3, München 1985, 34f. Dieser Gemeinplatz hat übrigens, darauf darf man auch einmal hinweisen, die Kehrseite, daß er die Sklaverei rechtfertigt. Wenn nämlich die Freiheit nur von der inneren Einstellung abhängt, ist die Tatsache, daß jemand rechtlich ein Sklave ist, lediglich eine bloße, mehr oder weniger belanglose, Äußerlichkeit.

[32]) Zu dieser Übersetzung von *perpetuus* vgl. Oxford Latin Dictionary (1968), s. v. *perpetuus* 1. d „complete, entire; *in perpetuum modum*, from top to toe, completely", dazu noch Cic. Verr. 1, 33; 55; Vitr. 5, 1, 9; 10, 2, 12 und CGIL 5, 538 46 *perpetuum — plenum integrum*.

spielt also auf den im niedrigsten Rang stehenden Sklaven an, den Sklaven katexochen, der sich verdungen hat, und zwar offenbar einem Außenstehenden, nicht seinem *dominus*. Damit wird der für Seneca hier wesentliche Gegensatz zwischen der Stellung innerhalb und derjenigen außerhalb des Hauses auch besser verständlich. Der *mercennarius* verdingt sich als Sklave offensichtlich außerhalb des Hauses, der *servus* ist jedoch innerhalb des Hauses tätig. Den großherzigen *mercennarius* erkennt man daran, daß er dem *dominus* mehr abliefert als bloß den vereinbarten Arbeitsverdienst, während der Hausklave dann eine Wohltat erweist, wenn er jenes Maß an Leistungen überschreitet, das angesichts seiner Verhältnisse üblich und zu erwarten ist.

Gehen wir von diesen Grundlagen aus, stoßen wir auf ein Chrysipp-Fragment, in welchem der gleiche Gegensatz zwischen Sklaven, die innerhalb, und solchen, die außerhalb des Hauses arbeiten (SVF 3, 353 = Ath. Deipn. 6, 267b):

διαφέειν δέ φησι Χρύσιππος δοῦλον οἰκέτου, γράφων ἐν δευτέρῳ περὶ ἐμψύχων, διὰ τὸ τοὺς ἀπελευθέρους μὲν δούλους ἔτι εἶναι, οἰκέτας δὲ τοὺς μὴ τῆς κτήσεως ἀφειμένους. „ὁ γὰρ οἰκέτης (φησί) δοῦλος ἐν κτήσει καταστεναγμένος."

Auch hier wollen wir der besseren Verständlichkeit wegen zunächst einen Übersetzungsversuch vorausschicken: „Chrysipp sagt, daß sich der Sklave vom Haussklaven unterscheide, wie er im zweiten Buch *περὶ ἐμψύχων* schreibt, da die Freigelassenen noch Sklaven seien, Hausklaven es aber nur dann seien, wenn sie nicht von der Erwerbstätigkeit freigestellt seien. ‚Der Hausklave (οἰκέτης) ist nämlich', (sagt er), ‚dann Sklave (δοῦλος) wenn er für den Erwerb eingesetzt ist.'" Athenaios also, der die Stelle überliefert, weist in seiner Paraphrase gerade auf die Differenzierung hin, mit der auch Seneca spielt, auf die Tätigkeit innerhalb und die Arbeit gegen Lohn außerhalb des Hauses. Über einige Punkte der Übersetzung müssen wir nun präzise Rechenschaft ablegen.

κτῆσις wird hier, anders als es in der Literatur meist angenommen wird, als Erwerb, nicht als Besitz verstanden[33]). Das entspricht dem im Griechischen stets lebendig gebliebenen Schema der Wortbildung: Nomina auf -σις sind nomina actionis, die Bildungen auf -μα nomina rei actae. Zwar ist es notorisch, daß in der modernen Literatur κτῆμα und κτῆσις unterschiedslos als Synonyme aufgefaßt werden[34]). Dabei würde

[33]) Als Besitz fassen κτῆσις auf z. B. Kleen (zit. Fn. 23) 122ff.; Elorduy (zit. Fn. 31) 202f. zu Diog. Laert. 7, 121 = SVF 3, 355 (zit. u. Fn. 40).

[34]) So bei Kleen (zit. Fn. 23), der mit Vorliebe von κτῆσις auch dann spricht, wenn in den zitierten Texten eindeutig κτῆμα steht, z. B. 102ff., 188.

Senato della Repubblica - Archivio Storico 621

die Beachtung der in der Wortbildung angelegten Differenzierung beispielsweise die Darstellung der Oekonomik, wie sie sich in der Politik des Aristoteles, aber auch im peripatetischen Oikonomikos findet, um einiges durchsichtiger machen können. Der Statik des Besitzes werden nämlich Investitionsgüter in ihrer Funktion, zum Erwerb zu dienen, gegenübergestellt. Zwar sind auch Investitionsgüter Besitz, doch kommt noch eine zusätzliche Qualität hinzu. Für den Erwerb nämlich ist der Besitz des Werkzeugs sicher Voraussetzung, doch muß es zuerst in Bewegung gesetzt werden[31]), und mit dem ganzen Besitz kann man — wenn man ihn zweckgerecht organisiert — auf Erwerb ausgehen[32]); erst in dieser Dynamik entwickelt sich aus dem Besitz die Erwerbskunst, ἡ κτητική. Sieht man die Zusammenhänge in der skizzierten Weise, stellt sich dann die Frage, ob der Sklave, der zunächst als bloßer Besitz erfaßt wird, auch ein Teil aktiven Erwerbs ist[33]). Da er fähig ist, selbständig zu handeln, leuchtet es ein, daß er, einmal als Werkzeug in Bewegung gesetzt, auch zum Erwerb gezählt wird. Der Gegensatz zwischen der Statik des Besitzes und der Dynamik des Erwerbs überlagert sich so in einzelnen Objekten.

Wenig gibt es zur Wendung *ἐν κτήσει* zu sagen, da mit dem Dativ die Einordnung unter die Investitionsgüter betont wird; denn wie wir wissen, bezeichnet das Griechische bei den Verben der Bewegung, wo wir im Deutschen die Richtung hervorheben, die erreichte Ruhelage[34]). οἰκέτης übersetzen wir mit Hausklave, ein Wort, das zwar dann und wann auch für freie Angehörige des οἶκος gebraucht, meist aber auf die unfreien eingeengt wird[35]); ihm steht der δοῦλος gegenüber, der nicht im Hausverband tätig ist. Der Blick auf die wirtschaftliche Einbettung der Vorstellung, die dem hier so knapp und — in bester stoischer Manier — paradox geäußerten Gedanken zugrunde liegt, zeigt auch, wie bei

[31]) Vgl. Arist. Pol. 1253 b 23, was Gigon in seiner Übersetzung nicht genügend berücksichtigt.

[32]) Vgl. ebd. 1253 b 31.

[33]) Vgl. ebd. 1256 a 2.

[34]) Genauer ausgedrückt handelt es sich um den Lokativ, dessen Formen im Singular teils mit dem Dativ zusammengefallen, teils — wie auch im Plural — durch Dativ ersetzt worden sind. Solche Dative in lokativischer Funktion werden dann zunehmend mit *ἐν* und anderen Präpositionen verdeutlicht, vgl. dazu Schwyzer, Griechische Grammatik (1966), Bd. 2, 154—156. καταπάσσω wird zwar — nach Liddell/Scott oft mit *εἰς* o. acc. verbunden, doch findet sich *ἐν* o. dat. z. B. bei Polyb. 2, 47, 11 *ἐν τοῖς ὁπερέχουσι καπέταξε*.

[35]) Vgl. Klees (zit. Fn. 23) 291.

Chrysipp das Lexem οικ- noch klar mitschwingt, wenn der *οἰκέτης* streng auf sein nicht profitorientiertes Wirken im Hausverband eingegrenzt wird. Zugleich wird damit die bei Diogenes Laertios überlieferte Parallele verständlicher, die ebenfalls mehrere Kategorien von Sklaven unterscheidet und den Zwang zum Erwerb als eine gesonderte Kategorie der Sklaverei erfaßt, die sich von jener unterscheidet, die lediglich in der Unterordnung besteht[36]).

Die Kürze der griechischen Fassung — und die Schwierigkeiten, die wir damit haben — erklären sich teilweise damit, daß Chrysipp mit den beiden Ausdrücken οἰκέτης und δοῦλος spielen kann. Wenn der Römer Seneca den gleichen Gegensatz artikulieren und die gleiche Prägnanz erzielen will, stellt er dem *servus*, bei dem er in erster Linie den beim *dominus* tätigen Sklaven heraushört, den *mercennarius* gegenüber, den Sklaven also, der sich außerhalb des Hauses bei einem anderen verdingt[41]). Da für Rom die Sklaven, die außerhalb des Hauses einem Verdienst nachgehen in der Literatur kaum je beschrieben wurden, müssen wir, bevor wir auf weitere juristische Quellen noch näher eingehen, zunächst das wirtschaftliche Erscheinungsbild zu klären suchen.

b) Der mercennarius als lohnabhängiger Sklave: Das wirtschaftliche Erscheinungsbild:

In der Literatur zur römischen Ökonomie gehen die Vertreter der verschiedensten ideologischen Traditionen und Denkschulen meist vom gleichen Modell der Sklavenarbeit aus: Der Sklave wird seinem Herrn in der wirtschaftlichen Tätigkeit so zugeordnet, daß er im gleichen Hausverband tätig ist. Da im Zentrum der Wirtschaft der eigene Werkstattbetrieb steht, muß sich, wer produzieren will, die dazu nötigen Sklaven kaufen. Für den griechischen Bereich haben wir hingegen mehr Zeugnisse, die das Bild einer wesentlich differenzierteren Organisation der abhängigen Arbeit vermitteln. Neben den im Hause selber tätigen Sklaven, die nicht zuletzt Dienstleistungen besorgten und mit Verwal-

[36]) Diog. Laert. 7, 121 = SVF 3, 86 nr. 355 *μόνον τε ἐλεύθερον* (scil. *εἶναι τὸν σοφόν*), *τοὺς δὲ φαύλους δούλους· εἶναι γὰρ τὴν ἐλευθερίαν ἕξουσίαν αὐτοπραγίας, τὴν δὲ δουλείαν στέρησιν αὐτοπραγίας· εἶναι δὲ καὶ ἄλλην δουλείαν τὴν ἐν ὑποτάξει, καὶ τρίτην τὴν ἐν κτήσει τε καὶ ὑποτάξει, ᾗ ἀντίκεινται ἡ οἰκονομία, φαύλη οὖσα καὶ αὐτή.* In kurzen Strichen zeichnet Epiktet — selber ein ehemaliger Sklave — 4, 1, 33ff. einen solchen Sklaven, der im Hause tätig war und erst mit der Freilassung dem Zwang zum Erwerb ausgesetzt wird.

[41]) Vgl. Isid. orig. 9, 4, 31 *mercennarii sunt qui serviunt accepta mercede*, wo *servire*, wie es übrigens in unseren Rechtsquellen die Regel ist, die Sklaveneigenschaft ausdrückt.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

622

tungsaufgaben aller Art betraut waren und demzufolge unproduktiv arbeiteten, haben wir jene, die außerhalb der *oikía* tätig waren[42]) — und oft auch außerhalb wohnten[43]).

Bei denjenigen, die außerhalb des Hauses einem Verdienst nachgingen, müssen wir wieder unterscheiden. Wir finden jene, die auf Rechnung ihres Eigentümers tätig waren und diesem einen Teil ihres Verdienstes, die ἀποφορά, ablieferten. Andere, die ἀφῳρισθὰ μισθοφοροῦντα, arbeiteten auf eigene Rechnung oder wurden fest verpachtet und brachten so dem Eigentümer einen fixen Pachtzins ein[44]). Beobachten läßt sich diese Form von Rentenwirtschaft besonders schön im attischen Bergbau. Nicht nur reiche Leute wie beispielsweise Nikias, der stolze 1000 Sklaven an die Betreiber von Bergwerken verpachtete, erzielten auf diese Weise ein regelmäßiges Renteneinkommen, sondern auch kleine Eigentümer weniger oder gar nur eines einzigen Sklaven[45]). Für unsere Zwecke können wir es bei diesem kurzen Streiflicht bewenden lassen. Wichtiger als die interessanten Einzelprobleme, die sich im griechischen Bereich an die skizzierten Erscheinungen anschließen, ist für uns die Frage, ob wir auch in Rom auf solche Strukturen stoßen.

Es mochte die Einrichtung des *peculium*, des Sondervermögens des Sklaven oder des Haussohnes gewesen sein, die den selbständig als Kleinunternehmer tätigen Sklaven in den Vordergrund rückte und den Blick auf den — mit oder ohne *peculium* — gegen Lohn arbeitenden Sklaven verstellte. Tatsächlich aber haben wir einige literarische Belege, die sich in das für Griechenland entworfene Modell einfügen und zudem den von Seneca gebrauchten Terminus *mercennarius* verwenden. Wir wollen sie der Reihe nach durchgehen. Wohlbekannt ist die Stelle Cic. off. 1, 41, die aber oft mißdeutet wird:

Meminerimus autem etiam adversus infimos iustitiam esse servandam. est autem infima condicio et fortuna servorum, quibus non male praecipiunt, qui ita iubent uti, ut mercennariis, operam exigendam, iusta praebenda.

42) Vgl. Klees (zit. Fn. 23) 4f.; H. Rädle, Untersuchungen zum griech. Freilassungswesen (1969), 131ff.; I. Biezuńska-Małowist, La schiavitù nell' Egitto greco-romano (1984), 209.

43) Zu den χωρὶς οἰκοῦντες vgl. E. Perotti, Actes du colloque 1972 sur l'esclavage (1974) 47—56; ds., RIL 106 (1972) 375—388; de Ste. Croix, The Class Struggle in the Ancient Greek World, London 1981, 142 mit 563 Fn. 9.

44) Vgl. Perotti, Actes du colloque 1973 sur l'esclavage (1974), 181—194.

45) Über Nikias vgl. Xen. Vect. 4, 14; dazu noch Ath. Deipn. 6, 272 d (im Dunkeln muß bleiben, wie hier De Robertis, La organizzazione e la tecnica produttiva [1946], 190f. den Sprung ins 2. Jh. n. Chr. schafft); vom Eigentümer

Cicero geht hier vom gleichen Gegensatz zwischen *servus* und *mercennarius* aus wie Seneca im Anschluß an Chrysipp und stellt den eigenen Sklaven dem gemieteten gegenüber. Der Vergleich mit dem *mercennarius* dient ihm dazu, das gerechte Verhalten gegenüber dem eigenen Sklaven zu erläutern, denn für den *mercennarius* werden die entsprechenden Grundsätze in der Vereinbarung zwischen dem Eigentümer des Sklaven und dem Arbeitgeber strukturiert, da sie dort ausformuliert werden müssen: Der Arbeitgeber darf die Arbeitsleistung fordern, muß aber andererseits das rechtlich Gehörige, Zukommende leisten. Diesen Grundsatz finden wir übrigens wieder bei Columella, wo er ohne Umweg über den *mercennarius* direkt auf die eigene *familia* angewendet wird[46]).

Ernste Zweifel an unserer These, beim *mercennarius* handle es sich um einen gegen Lohn verdingten Sklaven, könnten bei einer nächsten Stelle aufkommen. In einer leider nur bruchstückhaft überlieferten Szene aus der Vidularia des Plautus will sich nämlich der jugendliche Held Nicodemus als *mercennarius* verpflichten. Zwei Dinge aber sind dazu zu bemerken. Die Arbeitswilligkeit des Helden rührt nämlich davon, daß er sich kurz vorher ohne seine Habe aus einem Schiffbruch an Land gerettet hat und nun ans Überleben denken muß. Wie ungewöhnlich andererseits sein Angebot an den nach Arbeitskräften Ausschau haltenden Dinia ist, zeigt dessen Reaktion. Dinia glaubt nämlich zuerst, Nicodemus wolle ihm einen Sklaven verdingen:

20 NI: te ego audi(vi d)icere
operarium te velle ru(s condu)o(ere).
...
24 NI: dare possum, cpinor, sati' bonum operarium.
DI: est tibi in mercede servos quem des quispia(m)?

Die Überzeugungskünste des Jünglings, der sich wohl kaum zufällig mit dem Sklaven des Dinia vergleicht (41), drohen zunächst fehlzu-

eines einzigen solchen Sklaven berichtet Andok. 1, 38f.; zum Ganzen S. Lauffer, Die Bergwerkssklaven von Laureion (1979, 2. Aufl.), 66ff.

46) So verstehe ich auch Colum. 1, 8, 10f. *nulla est autem maior vel negligentis hominis custodia quam operis emptio, ut iusta reddantur, ut vilicus semper se repraesentet.* Mag man auch hier darüber streiten, ob *iusta reddere* nicht auch die Leistung des Zukommenden durch den Sklaven meint, so findet sich eine eindeutige Parallele zu der von Cicero festgehaltenen Vereinbarung über die Behandlung des *mercennarius* bei Philon. spec. leg. 2, 83 ... ὡς μισθωτῷ προσφέρου, τὰ μὲν δίδοὺς, τὰ δὲ καὶ λαμβάνων· vgl. auch 2, 122.

Scuola Beni Repubblica - Archivio Storico

623

schlagen, da Dinia kaum glauben kann, daß er einen mercennarius vor sich hat:

> 44 non edepol equidem credo mercennarium
> te esse.

Dennoch handeln die beiden die Vertragsbedingungen aus und scheinen sich schließlich auch einig geworden zu sein (48ff.). Doch hat der Arbeitgeber offenbar, nachdem der wahre Stand seines *mercennarius* an den Tag kam, diesen ebenso schnell von seinen Pflichten befreit (69ff.).

Eine nächste Stelle, diesmal aus Columella, ergibt nur dann einen befriedigenden Sinn, wenn wir im *mercennarius* den lohnabhängigen Sklaven sehen. Sie handelt von der Wahl eines guten *vilicus*:

> Colum. 1 praef. 12 sed sive fundum locuples mercatus est, e turba pedisequorum lecticariorumque defectissimum annis et viribus in agrum relegat, cum istud opus non solum scientiam, sed et viridem aetatem cum robore corporis ad labores sufferendos desideret: sive mediarum facultatium dominus, ex mercennariis aliquem iam recusantem cotidianum illud tributum, quia vectigali esse non possit, ignarum rei, cui praefuturus est, magistrum fieri iubet.

Der reiche Gutsbesitzer ist versucht, wie Columella kritisiert, als *vilicus* einen Haussklaven einzusetzen, der alt und schwach geworden ist. Da Columella angibt, daß sich hier der frischgebackene *vilicus* aus der Schar des Gefolges und der Sänftenträger rekrutiert, muß es sich um einen Haussklaven handeln. Der weniger vermögende Gutsbesitzer hingegen greift in einem solchen Fall auf einen *mercennarius* zurück, der in die Jahre gekommen ist. Dieser vermag nämlich das *tributum*, die der griechischen *diopogá* entsprechende tägliche Abgabe, nicht mehr zu leisten, wie sich Columella unter Übertragung eines staatsrechtlichen Terminus auf den Bereich privater Wirtschaftstätigkeit ausdrückt[47]). Zur Erklärung weist er — stets in der gleichen Terminologie — auf die mangelnde Ertragsfähigkeit des zum *vilicus* erkorenen als *mercennarius* hin, denn Einkünfte, wie sie der Eigentümer in einer typischen Rentenwirtschaft erwartet, sind von diesem keine mehr zu bekommen — *quia vectigali esse non possit*[48]). Damit kontrastieren die Kriterien zur Auswahl eines geeigneten *vilicus*, die Columella im folgenden entwickelt[49]). Da wie dort, beim reichen wie beim weniger begüterten Hofeigentümer,

[47]) Dem staatsrechtlichen *tributum* würde das griech. *diopogá* entsprechen.
[48]) Zu dieser Bedeutung vgl. Oxford Latin Dictionary (1968), s. v. *vectigal* 2.
[49]) Colum. 1, 8, 1ff.

sind es eigene Sklaven, die für die neue Aufgabe herangezogen werden, nie lohnabhängige Freie[50]).

Keine großen Erklärungen brauchen wir, um die bei Festus überlieferte Nachricht, Lucilius habe die Maultiertreiber *quartarii* genannt, weil sie einen Viertel ihrer Einnahmen behalten durften, in das Erscheinungsbild jener Sklaven einzuordnen, die sich außerhalb des Hauses verdingten:

> Festus 258 M quartarios appellabant antiqui mulionos mercennarios, quod quartam partem quaestus capiebant. Lucilius (1253): „Porro homines nequam, malus ut quartarius, cippos colligere omnes."

Ob die Regelung, die Lucilius offenbar im 2. Jh. v. Chr. vor sich hatte, noch später beobachtet wurde, wissen wir nicht. Für uns von Bedeutung ist nur der Terminus, mit dem der Lexikograph solche Maultiertreiber erfaßt. Sie sind für ihn *mercennarii*, offenbar weil sie als Sklaven gemietet wurden[51]), außerhalb des Hauses des *dominus* arbeiteten und diesem einen Teil der Einkünfte abliefern mußten[52]). Da die Exzerpte des Festus auf eine Arbeit des Verrius Flaccus, der in augusteischer Zeit gewirkt hat, zurückgehen, haben wir auch chronologisch den Kontext nicht verloren. Das gilt auch, wenn wir uns im folgenden einer heiklen Stelle aus Varro zuwenden.

c) Der mercennarius bei Varro:

Nicht geringes Kopfzerbrechen bereiten uns die berühmten Zeilen, worin Varro in seinen *Res rusticae* danach systematisiert, ob ein Landgut von Freien oder Unfreien bewirtschaftet wird:

> rust. 1, 17, 2 omnes agri coluntur hominibus servis aut liberis aut utrisque: liberis, aut cum ipsi colunt, ut plerique pauperculi cum sua progenie, aut mercennariis, cum conductitiis liberorum operis res maiores, ut vindemias ac faenisicia, administrant, iique quos obaeratos nostri vocitarunt et etiam nunc sunt in Asia atque Aegypto et in Illyrico complures. de quibus universis hoc dico, gravis loca utilius esse mercennariis colere quam servis, et in salubribus quoque locis opera rustica maiora, ut sunt in condendis fructibus vindemiae aut messis.

[50]) Die gleiche Auffassung wie hier dargestellt vertritt Beare, CQ 28 (1978) 398—401, der auch die communis opinio über diese Stelle belegt.
[51]) Als Sklaven begegnen uns solche *mulliones* z. B. CIL 6, 7409; 33884 und wohl auch 9646; innerhalb der *familia* tätig war der Sklave Ulp. D. 33, 7, 12, 9, außerhalb hingegen Ulp. D. 19, 2, 60, 7.
[52]) Es kann sich dabei auch um solche *mulliones* handeln, welche als *perpetuarii* für längere, über weite Strecken führende Reisen engagiert werden, vgl. Sen. epoc. 6, 1 und Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms (1922, 10. Aufl.), Bd. 1, 333.

Senato della Repubblica - Archivio Storico 624

Die Forschung ist freilich über die Schwierigkeiten meist schnell hinweggekommen, weil die Übersetzung klar und naheliegend schien. Nach dieser Lesart unterschied Varro zunächst, ob die Landgüter entweder durch Sklaven oder von Freien oder aber von Sklaven und Freien zusammen bestellt werden. Daran anschließend käme Varro auf die freie Arbeit zu sprechen, indem er die bei ärmeren Bauern übliche Bewirtschaftung durch die eigene, leibliche Familie dem Betrieb gegenüberstellt, der freie Lohnarbeiter engagiert. Mit *-que* nur lose verknüpft würde er darauf noch die *obaerati* erwähnen, wobei nicht deutlich wird, zu welcher Kategorie diese gehören sollen, um dann mit Erwägungen zum rationellsten Einsatz der Kräfte abschließend auf alle zu sprechen zu kommen, bevor er im folgenden nur noch von der Bewirtschaftung durch (eigene) Sklaven handeln wird.

Die allgemein gehaltene Bemerkung, daß in ungesunden Lagen und für Spitzenzeiten wie etwa die Ernte nicht Sklaven, sondern freie Lohnarbeiter einzusetzen seien[53]), die Varro mit Blick auf das Ganze beifügt, hat für die Wirtschaftsgeschichte bekanntlich weitreichende Konsequenzen, da man aus ihr leicht den Beweis für die rücksichtslose Behandlung der freien Lohnarbeiter entnimmt. War die Arbeit getan und der Lohn bezahlt, so trafen nach dieser Auffassung den Gutsherrn — beispielsweise im Krankheitsfall des *mercennarius* — keine zusätzlichen Verpflichtungen[54]).

Die im Schrifttum verbreitete Tendenz, in erster Linie über Textausschnitte zu diskutieren und darob das Gesamtwerk aus den Augen zu verlieren, läßt hier meist eine schwerwiegende Unstimmigkeit leichthin überlesen. Varro achtet nämlich stets auf eine geordnete Darstellung, und besonders stolz ist er auf seine systematischen Einteilungen. Das kommt gerade unmittelbar vor unserer Stelle besonders schön zum Ausdruck, in der berühmten Passage, wo Varro pedantisch erörtert, ob das Gutsinventar in zwei oder drei Kategorien aufzugliedern sei, bis er sich zu der in den antiken Fachwissenschaften verbreiteten Trichotomie

[53]) Statt vieler E. M. Štaerman, Die Blütezeit der Sklavenwirtschaft in der römischen Republik (1969), 81; N. Brockmeyer, Arbeitsorganisation und ökonomisches Denken in der Gutswirtschaft des römischen Reichs (1968), 125f.; R. Martin, „Familia rustica": Les esclaves latins chez les agronomes latins, in: Actes du colloque 1972 sur l'esclavage (1974), 268f.; Garnsey (zit. Fn. 1), 41.

[54]) W. E. Heitland, Agricola (1921, R. 1970), 182f.; J. Macqueron, Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine (1958, 2. Aufl.) 67; anders Martini (zit. Fn. 18) 62.

in *instrumentum vocale, semivocale* und *mutum* entscheidet[55]). Nun soll Varro schon im darauffolgenden Satz die sonst peinlich genau beobachtete Kongruenz zwischen Einteilung und Darstellung vernachlässigen[56]). Obwohl er wortwörtlich angekündigt hat, über die Bewirtschaftung mit Sklaven, Freien und beiden Kategorien gemeinsam zu sprechen, soll plötzlich nur noch von den Freien und — mit den *obaerati* — von den Sklaven die Rede sein. Damit würde er in einmaliger Weise gegen ein Prinzip verstoßen, das er sonst eisern durchhält. Das können wir nicht annehmen, ohne vorher untersucht zu haben, ob sich die angekündigte Einteilung nicht doch im Text selber, wenn auch in anderer Reihenfolge, wiederfindet[57]).

Wir wagen deshalb eine andere Interpretation, zu deren besserem Verständlichkeit wir wieder zunächst die Übersetzung der behandelten Passage geben wollen:

rust. 1, 17, 2 Alles Ackerland wird entweder durch Sklaven oder durch Freie oder durch beide zugleich bebaut: (erstens) durch Freie, wenn man es (einerseits) selber bebaut, wie die meisten ärmeren Bauern mit ihrem Nachwuchs, (zweitens) durch fremde, lohnabhängige Sklaven, wenn man mit Kräften, die von Freien gedungen werden, größere Arbeiten — so Weinlese und Heuernte — besorgt, (drittens) durch die, welche man bei uns obaerati nannte und die noch heute in Asia, Ägypten und Illyrien zahlreich sind. Zu all diesen (zu diesen drei Kategorien) bemerkte ich, daß man ungesunde Lagen besser mit lohnabhängigen Sklaven als mit (eigenen) Sklaven bebauen wie auch in gesünderen Lagen größere landwirtschaftliche Arbeiten wie Aussaat, Weinlese oder Heuernte besorgen soll.

[55]) Diese berühmte Dreierterminologie mit ihrer Erfassung des Sklaven als *instrumentum vocale*, an welcher man oft Anstoß genommen hat, läßt sich auf ein in der Antike verbreitetes — keineswegs materialistisches — Dreierschema nach akustischen Kriterien zurückführen, wie dies kürzlich nachgewiesen hat W. Hübner, Varros instrumentum vocale im Kontext der antiken Fachwissenschaften, Abh. Mainz 1984; ἔχουσι διαφορὰν τῆς οἰκονομικῆς nennt auch Crassus, Plut. Crass. 2, 7 seine Sklaven, über die er wie ein König als Staatsmann herrsche; etwas anders zur gleichen Vorstellungswelt Arist. Polit. 1255 b 6—20.

[56]) Zur konsequenten Durchführung solcher Ordnungsschemata durch Varro vgl. M. Fuhrmann, Das systematische Lehrbuch (1960), 69ff.; J. E. Skydsgaard, Varro the Scholar (1968), 33f. erklärt die offensichtliche Unstimmigkeit, daß nach der herkömmlichen Lesart die Beispiele zu den aufgezählten Kategorien fehlen, mit der Ausrichtung des Werks auf das Landgut von Varros Gattin. Diese postulierte realistische Konzeption des Buches bewahrheitet sich jedoch an anderen Stellen gerade nicht.

[57]) Zu diesem Vorgehen instruktiv Lund, Prinzipielle Bemerkungen zur höheren Textkritik, Hermes 117 (1989) 204—210; zu den Unstimmigkeiten vgl. auch die Beobachtungen in der Ausgabe von J. Heurgon (Paris 1978), Bd. 1, 139 z. St.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

625

Unser Lösungsvorschlag versucht, die von Varro angekündigte Einteilung ernst zu nehmen und ihr zu folgen. Er weicht damit von der üblichen Lesart ab, die die *mercennarii* der Bewirtschaftung durch Sklaven und Freie zugleich zuzuordnen, die Sklaven hingegen von den *obaerati* — als recht gesuchtes Exempel — repräsentiert findet[58]), und muß sich mit verschiedenen Einwänden syntaktischer Art auseinandersetzen. Diese sind freilich viel weniger gewichtig als das, was von den Anhängern der traditionellen Auffassung an Unstimmigkeiten fraglos akzeptiert wird[59]). Uns kommt entgegen, daß Varro im Gegensatz zur inhaltlichen Konzinnität die syntaktische Inkonzinnität geradezu als Stilmittel pflegt. Erst in jüngerer Zeit hat man die Eleganz einer gepflegten Umgangssprache wieder zu würdigen gelernt, die vom Autor stets mitgehört wird[60]); sie tritt bewußt in ein Spannungsverhältnis zu den pedantischen Einteilungen, zu denen Varro neigt[61]). Unter diesem stilistischen Blickwinkel können wir also die längst beobachteten und beschriebenen Unregelmäßigkeiten in der Syntax Varros — deren bedeutendster Teil die genannten Inkonzinnitäten betrifft — besser verstehen[62]).

In jedem Fall steht der Satzteil *ilique quos obaeratos nostri vocitarunt* außerhalb der Konstruktion[63]). Daß *-que* in solchen systematisierenden Aufzählungen eine disjunktive Bedeutung übernehmen kann, bereitet weiter kein Kopfzerbrechen; es entspricht dem in den *Res Rusticae* angestrebten umgangssprachlichen Stil. Solche Fälle sind nicht selten[64]). Wir beobachten sie beispielsweise bei Seneca[65]), Columella[66]), dem älteren Plinius[67]) und bei Tacitus[68]). Damit steht, wenn unsere Interpretation zutrifft, der Nebensatz *aut cum ipsi colunt* ohne korrespondierendes nachfolgendes *aut* und muß also anakoluthisch aufgefaßt werden, eine Erscheinung, die wir bei einem so gewandten Stilisten wie Cicero öfters finden[69]). Anakoluthe sind zudem gerade für Varro kennzeichnend[70]), bereits im durchgeformten Auftakt zu den *Res Rusticae* scheut er nicht davor zurück[71]); und Unregelmäßigkeiten in Satzbau und -konstruktion begegnen wir bei ihm auf Schritt und Tritt[72]). Die Übergänge von der einen zur anderen Kategorie, die Varro zuvor jeweils angekündigt hat, werden außerdem auch sonst äußerlich nicht immer deutlich[73]). Das hat in der handschriftlichen Überlieferung sogar zu fehlerhaften Zusätzen Anlaß gegeben[74]).

Um die Konzinnität zwischen *aut liberis aut utrisque* und der folgenden Erläuterung zu retten, könnte man ein Abschreibeversehen postulieren. Statt *liberis, aut cum ipsi colunt* wäre in der Vorlage eine Version *aut liberis, cum ipsi colunt* denkbar gewesen. Es ist aber nicht einmal nötig, sich auf das schwierige Terrain der Textkritik vorzuwagen, dessen Instrumentarium doch besondere Kenntnisse und große Erfahrung erfordert. Denn auch wenn wir uns die Frage stellen, was einen Kopisten zu einem solchen Verschreiber verführt haben mag, wird eine Struktur des Textes und des varronischen Stils sichtbar, die uns in der überlieferten Fassung höchstens noch verstärkt entgegentritt. Es geht nämlich wiederum um die eben geschilderte Vorliebe für nahtlos gleitende Übergänge, die sich in der tradierten Fassung mit der umgangssprachlichen Neigung zu Anakoluthen und zur Inkonzinnität verschränkt. Sie

---

[58]) Zu den *obaerati* als Sklaven vgl. Backhaus in: H. Mommsen/W. Schulze (Hg.), Vom Elend der Handarbeit (1981), 102; zur Diskussion Lo Cascio, Index 11 (1982) 265–284.

[59]) Immerhin scheint Heidrich, Der Stil des Varro (1892), 27 den Text aus stilistischen Gründen so zu gliedern, wie wir es hier vorschlagen.

[60]) Vgl. dazu Heurgon, L'effet de style de Varron dans les Res Rusticae, RPh 24 (1950) 57–71.

[61]) So E. de Saint-Denis, Syntaxe du latin parlé dans les Res Rusticae de Varron, RPh 21 (1947) 141–162, bes. 146.

[62]) Vgl. die ausführliche Dokumentation bei Heidrich (zit. Fn. 59) 34ff.

[63]) Vgl. Heidrich (zit. Fn. 59) 27.

[64]) Vgl. die ausgewählten Bsp. in Thes. l. L. 2, 1572 24ff. (s. v. *aut*).

[65]) Sen. nat. 3 praef. 5 *quanto potius deorum opera celebrare quam Philippi aut Alexandri latrocinia ceterorumque ...*

[66]) Colum. 6, 2, 11 *nam qui stimulis aut ignibus aliisque tormentis id vitium eximi melius iudicant ...*; 9, 1, 6.

[67]) Plin. nat. 18, 203 *sarmenta aut palearum acervos et exulsas herbas fruticesque ... incendito*; 15, 1, 1.

[68]) Tac. dial. 21, 6 *nisi forte quisquam aut Caesaris pro Decidio Saxnite aut Bruti pro Deiotaro rege ceterosque eiusdem lentitudinis ac teporis libros legit, ...*

[69]) Vgl. die Nachweise in Thes. l. L. 2, 1572 56ff. und Cic. fin. 4, 77, ed. Madvig mit den Bemerkungen auf S. 794.

[70]) Vgl. etwa 1, 41, 4 dazu Heidrich (zit. Fn. 59) 29f. und Laughton, Observations on the Style of Varro, CQ 10 (1960) 1–28, 21, 25f.

[71]) 1, 1, 2.

[72]) Dazu Heidrich (zit. Fn. 59) 28f.; vgl. etwa 1, 9, 2–3; 2 praef. 6; 3, 2, 4; 16, 18.

[73]) Vgl. etwa 1, 13, 3.

[74]) So in 1, 16, 2–6, wo in 6 die dritte *species* von einem Kopisten fälschlich als die vierte aufgefaßt wurde, welche jedoch erst mit einem *refert etiam* eingeleitet wird.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

616

ließen sich nämlich dann nur als Stilmittel fruchtbar machen, wenn der antike Leser den Inhalt des Textes klar heraushörte. Verband man aber mit *mercennarius* regelmäßig die Vorstellung eines lohnarbeitenden Sklaven, so war die Zuordnung zu einer der angekündigten Kategorien eindeutig. Jedenfalls ging es um Sklavenarbeit. Wenn man zudem wußte, wie lohnarbeitende Sklaven in der Landwirtschaft verdungen wurden, verstand man auch, daß Varro hier die Mischform meinte: *aut utrisque*. Die schwerfällige und umständliche Ausdrucksweise, an der die herrschende Interpretation bislang merkwürdigerweise keinen Anstoß genommen hat, bekommt so ihren Sinn und ihre Berechtigung.

Wir müssen hier aber etwas weiter ausholen und uns die Mischform näher ansehen. Man konnte dann davon sprechen, daß Sklaven und Freie zugleich oder miteinander eingesetzt werden, wenn die *mercennarii* von Freien gedungen wurden[73]). Einen Hinweis auf die wirtschaftliche Erscheinungsform liefert Varro selber, indem er das Heuen und die Getreideernte als Beispiel für den Einsatz solcher Kräfte nennt. Zweifellos sind damit Erntekolonnen gemeint, die man zu Spitzenzeiten einsetzte[74]). Solche Kolonnen soll der Urgroßvater Vespasians besessen haben[75]). Ähnliches ist von den Eltern Maximians, des Mitkaisers Diokletians, überliefert, dort in Verbindung mit dem Terminus *opera mercennaria exercere*[76]). Das heißt sicher nicht, daß die Betreffenden selber

[73]) Vgl. auch die Übersetzung des Genetivus obiectivus durch Brookmeyer (zit. Fn. 53) 124, der freilich für *mercennarius* von der Bedeutung ‚freier Lohnarbeiter' ausgeht.

[74]) Vgl. dazu Colum. 3, 21, 10; 2, 2, 12. Warum Columella an dieser Stelle von freien Arbeitskräften sprechen soll, wird auch nicht klar aus Kaltenstadler, Arbeitsorganisation und Führungssystem bei den römischen Agrarschriftstellern, Stuttgart—New York 1978, 31. Erinnert sei hier, daß Sall. Cat. 4, 1 den Ackerbau und die Jagd als *servilia officia* bezeichnen kann, was durchaus dem Denken der Zeit entspricht, vgl. dazu die Kommentierung der Stelle bei K. Vretska, Sall. Cat. (1976), 1. Hbd., 108f., die wohl zu Unrecht mehr philosophisch zu deuten versucht Bianco, Index 13 (1985) 127—133.

[75]) Suet. Vesp. 1, 4 *non negaverim iactatum a quibusdam Petronis patrem e regione Transpadana fuisse mancipem operarum, quae ex Umbria in Sabinos ad culturam agrorum quotannis commeare solerent* ...; vgl. Staerman (zit. Fn. 53) 81, allerdings stimmt, wenn unsere Annahme zutrifft, deren Bemerkung nicht mehr, Varro habe solche Unternehmer nicht gekannt.

[76]) Ps. Aur. Vict. epit. 40, 10 *Aurelius Maximianus, cognomento Herculius, ferus natura, ardens libidine, consiliis stolidus, ortu agresti Pannoniaque. nam etiam nunc haud longe Sirmio eminet locus palatio ibidem constructo, ubi parentes eius exercebant opera mercenaria.*

Erntearbeiter waren, sondern daß sie für solche Arbeiten Erntetrupps anboten. Sie waren Unternehmer, wie es der von Sueton gebrauchte Ausdruck *mancepe operarum* will[77]).

Daß Varro mit dieser Überlegung zur Bewältigung der Erntearbeiten noch einmal zusammenfassend auf die ganze Klassifizierung blickt — *de quibus universis hoc dico* —, im folgenden aber ausführlich und ausschließlich von den eigenen Sklaven spricht, ist ein weiteres Argument für unsere Deutung. Waren im vorgeführten Schema die *obaerati* noch eine antiquarisch-gelehrte Exzentrizität Varros, behandelt er nun die Sklaven, wie sie in der römischen Wirtschaft vorkommen, eingehend. Damit klärt sich auch der Gegensatz zwischen *servus* und *mercennarius* im gleichen zusammenfassenden Satz. Er ist nämlich nur eine weitere Parallele zu einer Ausdrucksweise, auf die wir nun schon öfters gestoßen sind. Dem *servus* als dem eigenen Sklaven steht der *mercennarius* als fremder Sklave gegenüber, den man von freien Unternehmern in Dienst nimmt[80]). Die Konsequenzen, die unsere Interpretation für die Wirtschaftsgeschichte hat, sind beträchtlich. Es verschwinden nicht nur die freien Lohnarbeiter aus dieser Quelle; auch die Fortsetzung, die immer wieder als Zeugnis für die schlechte Behandlung der freien Lohnarbeiter herhalten mußte, gewinnt mit unserer Deutung einen anderen Sinn. Es geht nun nicht mehr darum, ungesunde Lagen Freien zu überlassen, deren Leben und Gesundheit ihr eigenes Risiko ist, sondern Varro empfiehlt lediglich, an solchen Orten mit Hilfe auswärtiger Arbeitskolonnen, durch die er auch im normalen Landwirtschaftsbetrieb die größeren anfallenden Arbeiten wie etwa die Aussaat und die Ernte besorgen läßt, richtigerweise extensiven, nicht intensiven Landbau zu betreiben. Von dieser Organisationsform finden wir zurück zum allgemeinen wirtschaftlichen Kontext der Zeit.

d) Weiterungen:

Wenn wir aus dem städtischen Bereich eine Parallele zu Varros Modell der Erntekolonnen suchen, bieten sich die Bautrupps des Crassus an.

[77]) Dies gegen Enßlin, RE 14, 2486 (s. v. Maximianus Herculius). Damit vereinbaren läßt sich auch die Inschrift des ‚Schnitters von Mactar' (CIL 8, 11824), wenn man diesen als Unternehmer sieht, der in kleinsten Verhältnissen mit wenigen oder gar nur einem Sklaven begonnen hatte, seine Kolonne dann mit zähem Fleiß vergrößerte, bis er es schließlich zu ansehnlichem Landbesitz brachte.

[80]) S. Sen. benef. 3, 22, 1; 7, 5, 2f. dazu o. vor Fn. 2; Isid. orig. 9, 4, 31, dazu o. bei Fn. 41 und u. bei Fn. 166.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

627

Sie arbeiteten außerhalb des Hauses und dienten vor allem dem Renditestreben; für die Funktionen, die innerhalb seines Hauses wahrzunehmen waren, verfügte Crassus jedoch über andere Sklaven[81]). Hier wie bei Varro manifestiert sich also der gleiche Gegensatz zwischen der Tätigkeit innerhalb und außerhalb des Hauses, die wir hinter Chrysipps paradoxer Formulierung aufspürten. Wir werden ihn in der römischen Wirtschaftsgeschichte künftig stärker zu beachten haben. Was im Landwirtschaftsbetrieb üblich war, was Crassus in der Stadt Rom praktizierte, findet sich beispielsweise auch in der Bergwerksordnung von Vipasca, der sogenannten *lex metalli Vipascensis*[82]).

Für die *lex metalli Vipascensis* sind wir zunächst allerdings auf Indizien angewiesen. Wir stoßen auf sie in einer Bestimmung, die die Aufbereitung und Verarbeitung von silber- und kupferhaltigem Gestein[83]) — nach anderer Lesart die von bereits verhütteter Schlacke[84]) — regelt. Danach müssen jene, die sich dieser Tätigkeit widmen, dem Konzessionär des Bergwerksbezirks die Sklaven und *mercennarii* (*servos mercennariosque*) melden, die sie beschäftigen, da sich die Abgabe, die diesem zu entrichten sind, nach der Zahl der dafür eingesetzten Personen richtet[85]). Wenn *mercennarius* auch hier auf den Sklaven zielt, finden wir die Verbindungen zu den Produktionsformen, die jenen ähnlich sind, die wir für die Bergwerke von Laureion überliefert haben. Dort können wir ja beobachten, wie der Unternehmer nicht nur eigene Sklaven einsetzt, sondern sich noch fremde hinzumietet.

Entsprach ein solches Engagement fremder Sklaven einer gewissen

[81]) Letztere nennt Plut. Crass. 2, 5—8 im Gegensatz zu den Sklaven der Baukolonnen *oiketai*; in offensichtlicher Übertreibung läßt Ath. Deipn. 6, 272 d/e jeden Römer Scharen von Sklaven besitzen, die explizit im Hause — also nicht gewinnbringend außerhalb — beschäftigt sind.

[82]) CIL 2, 5181, 49 = FIRA 1, Nr. 105; zur *lex metalli Vipascensis* neuerdings Flach, Chiron 9 (1979) 399—448 mit weiterer Lit.

[83]) So etwa Schönbauer, SZ 46 (1926) 207ff.

[84]) So gegen Schönbauer etwa Täckholm, Studien über den Bergbau der römischen Kaiserzeit (1937), 125f. und Flach (zit. Fn. 82) 436 (mit weiterer Lit. in Fn. 132).

[85]) Z. 48—51 (nach Flach zit. Fn. 82) *Scripturae scauriariorum et testariorum. Qui in finibus met[alli Vipascensis ... scau]rias argentarias aerarias pulveremve ex scaureis rutramina ad mensuram pondus[ve purgare tundere ure]re expedire frangere cernere lavare volet quive lapicaedinis opus quoquo modo faciend[um suscipiet, quos ad id] faciendum servos mercennariosque mittent, in triduo proximo profiteantur et solvan[t X (denarios) ... conductori quo]que mense intra pr(idie) k(alendas) quasque; si ita fecerint, duplum d(are d(ebento)).*

Übung, so war es sicher sinnvoll, bei der Normierung ausdrücklich darauf Bezug zu nehmen und festzuhalten, daß der Arbeitgeber und nicht der Eigentümer des *mercennarius* für die Abgabe verantwortlich ist. Das drängte sich um so mehr auf, als die Frage der Zuständigkeit im Zusammenhang mit dem *mercennarius* rechtliche Probleme stellte. Auf ähnliche Interessenlagen sind wir ja bereits beim Blick auf das *interdictum quod vi aut clam* aufmerksam geworden[86]). Andere solche Stellen werden wir noch behandeln. Ebenso geläufig ist uns die Ausdrucksweise *servus — mercennarius*, die im Lateinischen auf das Possessivpronomen verzichten kann und im Normalfall den Gegensatz vom eigenen Sklaven zum fremden, gemieteten (unfreien) *mercennarius* bedeutet. Wir meinen daher, daß die Hypothesen über die freie Lohnarbeit in den römischen Bergwerken, die dieser Passus der *lex metalli Vipascensis* inspiriert hat, mindestens einer kritischen Überprüfung bedürfen[87]), und sicher darf dabei die Tatsache, daß *mercennarius* oft ganz selbstverständlich für den lohnabhängigen Sklaven steht, nicht außer acht gelassen werden.

Eine ähnliche Einordnung in das Organisationsgefüge des Arbeitgebers wie bei dem in den Bergwerken tätigen *mercennarius* dürfen wir für jenen vermuten, der im Bestattungswesen sein Brot verdiente. Jedenfalls halten die aus dem Übergang von der Republik zur Kaiserzeit stammenden Bestimmungen der Konzessionsvergabe für dieses anrüchige Gewerbe, die wir aus Puzzuoli haben, ausdrücklich fest, daß der Unternehmer 10 HS in Rechnung stellen darf, wenn ein *mercennarius* am Begräbnis mitwirkt[88]).

Mit einem klaren Werturteil verbunden ist die Erwähnung der *mercennarii* an einer anderen Stelle bei Cornelius Nepos. Es wird dort erklärt, um den Aufstieg des Eumenes am Hofe Philipps II nahe zu bringen, welchen Rang ein Schreiber oder Sekretär bei den Griechen hatte:

> Nep. Eum. 1, 5 Itaque eum habuit ad manum scribae loco, quod multo apud Graios honorificentius est quam apud Romanos, namque apud nos, re vera sicut sunt, mercennarii scribae existimantur; at apud illos e contrario nemo ad id officium admittitur nisi honesto loco, et fide et industria cognita, quod necesse est omnium consiliorum eum esse participem.

Der Hinweis, daß Eumenes *ad manum* gewesen sei, weist nicht auf ein offizielles Amt, sondern auf die Stellung eines privaten Schreibers, die in

[86]) S. o. bei Fn. 2.

[87]) Von freier Lohnarbeit geht aus Täckholm (zit. Fn. 84) 122ff.

[88]) Bove, Labeo 13 (1967) 25ff. (urspr. ds., RAAN 41 n. s. (1967) 207—221) Col. I Z. 7 ... *pro mercen(nario) HS X n(ummum) utr(i) eor(um) mallue[rit (?) ...*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

der römischen *familia* Domäne der Sklaven war[29]). Der Zusatz *ab manu* findet sich häufiger, doch ist auch die Form *ad manum* literarisch und epigraphisch gut belegt[30]); als *amanuensis* hat er die lateinische Wortbildung bereichert[31]). Wenn nun Nepos die hohe Stellung der griechischen Schreiber mit dem tiefen Ansehen der römischen *scribae* kontrastiert, liegt es nahe, die Tatsache, daß es sich bei letzteren oft um Sklaven handelte, auszudrücken. Mehr noch, Nepos geht darüber hinaus. Als Maßstab für die Wertschätzung, derer sie sich erfreuen, nimmt er nicht einfach gewöhnliche Sklaven, sondern solche, die keine feste Stellung in der *familia* haben und sich deshalb um Lohn verdingen müssen, *mercennarii scribae* also.

Zweifellos kann nicht aus jeder Stelle geschlossen werden, ob es sich um Sklaven oder Freie handelt. Doch werden wir durch das Übergewicht derjenigen Stellen, die unter *mercennarius* einen lohnabhängigen Sklaven verstehen, dazu geführt, im Zweifelsfall den Unfreien, nicht den Freien als selbstverständlich vorauszusetzen. Nicht die Tatsache der Unfreiheit, sondern die Freiheit ist im Einzelfall zu belegen. Wir wollen das an einer Stelle aus Terenz illustrieren. In Ter. Ad. 541 erzählt Demea, wie er vor der *villa* auf einen *mercennarius* gestoßen ist. Gewöhnlich wird hier der *mercennarius* als freier Lohnarbeiter interpretiert, doch gibt es kein Argument, das einer umgekehrten Deutung entgegenstehen würde.

Wenn wir einen größeren zeitlichen Sprung machen, finden wir den Gegensatz zwischen dem Sklaven, der innerhalb des Hauses wirkt, und dem *mercennarius*, der außerhalb seinem Verdienst nachgehen muß, auch in der christlichen Literatur verfestigt. In PS Orig. in Iob lib. 2, p. 483 A wird das Los einer solchen herumziehenden, gesellschaftlich nur schwach eingebundenen Sklavin anschaulich:

Ob hoc ego, inquit, ut vaga circumeo, atque erro, utpote omnium inscia et viarum et itinerum et incessum et colloquiorum, et non solum vaga, sed habitu ancillae tanquam mercenaria, atque alia indigena, tanquam infelix et inops, habitu ancillae, utpote operans et laborans et mercennum faciens.

[29]) Vgl. Kornemann, RE 2 A 849 (s. v. *scriba*); zur häufigen Abkürzung der vollen Berufsbezeichnung *scriba librarius* auf *librarius* ebd. 848; dazu auch Väänänen, Ab epistulis ... ad sanctum Petrum. Formules prépositionnelles latines étudiées dans leur contexte social (1977), 9; 11f.

[30]) So Cic. de orat 3, 225 ... quem *servum sibi ille habuit ad manum*; CIL 6, 4429; die Belege zu *ab manu* in Thes. l. L. 8, 362, 36.

[31]) Vgl. dazu Väänänen (zit. Fn. 29) 16ff. mit Fn. 95.

Neben dem Umstand, daß diese Person nicht nur im Gewande einer Sklavin mühsam arbeitet, wird als Steigerung hervorgehoben, daß sie zudem Lohnarbeit verrichten muß *(mercennum faciens)*. Überdies wird daran anschließend dann jener Aspekt betont, der in den juristischen Quellen eine große Rolle spielt und auf den wir im griechischen Bereich bei Chrysipp gestoßen sind, nämlich die Unterwerfung unter eine fremde Gewalt (vgl. 4). Der gleiche Aspekt wird ebenfalls sehr schön sichtbar bei den Ausführungen, die Hilarius von Poitiers zur Stellung der Urchristen zur Staatsgewalt macht:

in Matth. 23, 2 porro autem si rebus illius (sc. Caesaris) incubamus, si iure potestatis suae utimur et nos tamquam mercenarios alieni patrimonii procurationi subiicimus, extra querelam iniuriae est, Caesari redhiberi quod Caesaris est.

Wir werden also künftig auch darauf zu achten haben, welche Qualität diese Unterordnung unter eine fremde Gewalt hat.

e) Freie in der Funktion von mercennarii:

Wir haben konstatieren müssen, daß nicht jeder Text Informationen über den personenrechtlichen Status des *mercennarius* liefert. Wo wir aber solche Hinweise haben, weisen sie meist auf einen Sklaven, so daß wir sicher berechtigt sind, an anderen Stellen zuerst einmal mit dieser Bedeutung zu arbeiten. An anderen Orten ist eindeutig ein Söldner gemeint, ein Soldat, der gegen Lohn dient[32]). In einem Fall jedoch gibt es keinen Zweifel. Der *mercennarius*, der bei Petron auftritt, ist ganz eindeutig kein Sklave. Es handelt sich um Corax, das gepäckschleppende Faktotum, der sich bei ebendieser Tätigkeit lauthals über seine Behandlung beschwert und betont, daß er ein Freier sei:

Petron 117, 11f. ... et mercennarius Corax, detractor ministerii, posita frequentibus sarcina male dicebat properantibus affirmabatque se aut proiecturum sarcinas aut cum onere fugiturum. ‚quid vos' inquit ‚lumentum me putatis esse aut lapidariam navem? hominis operas locavi, non cahalli, nec minus liber sum quam vos, etiam si pauperem pater me reliquit.'

Dennoch wird durch diese Stelle unsere These, daß *mercennarii* gewöhnlich Sklaven sind, nicht hinfällig. Es spricht nämlich für sie, wenn Corax, der sich im übrigen für eine für Sklaven typische Tätigkeit verdungen hat, weil ihm die Not keinen anderen Weg mehr offen ließ, seine freie Geburt hervorheben und darauf insistieren muß. Offenbar bewegt

[32]) Plaut. Poen. 503, denn dort spricht ein Soldat, der diese Metapher braucht; so auch Leumann, Gnomon 13 (1937) 30, anders — allerdings nicht ohne Bedenken — Martini (zit. Fn. 18) 59.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

er sich doch am Rande einer Sklavenexistenz. Wie eng beieinander man Sklaven und Freie sehen konnte, wenn sie als *mercennarii* ihr Leben fristeten, belegt auf der Wende zum 2. Jh. Florus:

epit. 2, 14, 3 quippe regnum pariter et bellum vir ultimae sortis Andriscus invaserat, dubium liber an servus, mercennarius certe; ...

Das Werturteil ist eindeutig, ein freier *mercennarius* gerät leicht auf die gleiche Stufe wie ein Sklave.

Bei dieser Sachlage ist es deshalb kaum verwunderlich, daß Horaz jemanden, der als Pferdeführer bei einem Gemüsehändler im Lohn steht, mit dem Gladiator zusammensieht[92]), und daß dann sein Kommentator, Pomponius Porphyrio auf der Wende zum 3. Jh. diese so tief gesunkene Existenz als *mercennarius* bezeichnet: *saturice invenit sordidissima futuro mercennario* ... von den Gladiatoren wissen wir nämlich, daß sie nicht nur in überwiegender Zahl Sklaven waren[94]); auch sozial standen sie den Sklaven sehr nahe[95]). Das *auctoramentum*, der Eid, den sie leisten mußten, zog rechtlich weitgehende Infamiefolgen nach sich[96]), so daß sie in mancherlei Hinsicht wie Sklaven behandelt wurden[97]). Deshalb lag in der Alltagssprache die Verbindung zum Sklaven offen[98]).

---

[92]) Hor. epist. 1, 18, 35f. ... *ad imum / Thracem erit aut olitoris aget mercede caballum.*

[94]) Vgl. die Hinweise bei G. Ville, La gladiature en Occident des origines à la mort de Domitien (1981), 254f.; K. Hopkins, Death and Renewal (1983), 23f. (mit Fn. 35). Freie neben Sklaven belegt das *SC de sumptu fun. glad.* CIL 2, 6278, 45 (= FIRA 1, Nr. 49) aus der Zeit von 176/180 n. Chr.

[95]) Vgl. M. Grant, Die Gladiatoren (1970, aus dem Engl.), 26.

[96]) So die Unfähigkeit, als Rechtsvertreter für Dritte vor Gericht zu wirken, Ulp. D. 3, 1, 1, 6; Coll. 9, 2, 2 (zur Ausstrahlung auf andere Tatbestände vgl. Kaser, SZ 73 [1956] 245ff.) oder in bestimmten Fällen als Zeuge auszusagen, Call. D. 22, 5, 3, 5; dazu O. Diliberto, Ricerche sull'„auctoramentum" e sulla condizione degli „auctorati" (1981), 37ff. Die Verdingung zum Tierkampf konnte u. U. erbrechtliche Folgen haben (Ulp. D. 38, 17, 1, 6; dazu M. Meinhart, Die SCa. Tertullianum und Orfitianum (1967), 162ff.) und den Ausschluß vom Richteramt nach sich ziehen (so Lex. Acil. CIL I, 583 16 = FIRA 1, nr. 7 in der Rekonstruktion Mommsens, dagegen vgl. aber Carcopino, Autour des Gracques, Paris 1928, 222 und Tibiletti, Ath. 31 (1953) 29f.).

[97]) So konnte der Ehemann den zu Hause beim Ehebruch ertappten Gladiator töten, (Coll. 4, 3, 2), genau gleich wie einen Sklaven, vgl. dazu Diliberto ebd. 53ff.

[98]) Vgl. Petron 117, 6 wo es nach Ablesung des — gespielten — Gladiatorendeidos heißt: *post peractum sacramentum servaliter ficti dominam consolatamur* ... In den dem Philoxenos zugeschriebenen Glossae latino-graecae heißt es gar (OGIL 2, 26 14) *adbitor — εἰς δοῦλον ἑαυτὸν βάλλων καὶ μονόμαχος* (dazu

In Donats Vergilvita wird eine Überlieferung erwähnt, wonach Vergils Vater *mercennarius* eines *viator* gewesen sei:

Don. vita Verg. 1 P. Vergilius Maro Mantuanus parentibus modicis fuit ac praecipue patre, quem quidam opificem figulum, plures Magi cuiusdam viatoris initio mercennarium, mox ob industriam generum tradiderunt ...

Die Berufsangabe *viator*, die einen persönlichen Beamten von Magistratspersonen aller Stufen bezeichnet, hilft uns bei der sozialen Einordnung. Sie führt uns auf jeden Fall in das Freigelassenenmilieu, denn die *viatores* waren in aller Regel Freigelassene[99]). Deshalb wird, wie wir weiter schließen dürfen, jemand, der ihnen persönlich zudient, noch um einiges tiefer einzustufen sein. Sicher sah also diese Überlieferung den Vater des Dichters zwar nicht als Sklaven, jedoch im Freigelassenenmilieu in bescheidenen Verhältnissen und wenig begütert leben. Weit weg von jener Schicht, die Florus vor Augen hat, wenn er im gleichen Atemzug Sklaven und Freie mit der abschätzigen Bemerkung *mercennarii* erfaßt, sind wir hier demnach nicht.

In kleinen Verhältnissen fristete auch jener Landarbeiter sein Leben, den wiederum Porphyrio in seinem Kommentar zu Horaz schildert. Herkules läßt ihn auf dem Acker, den jener nimmermüde bebaut, einen Schatz finden:

Porph. Hor. sat. 2, 6, 12f. praeterea etiam traditur fabula, fuisse quendam mercenarium, qui semper Herculem deprecatus sit, ut sibi boni aliquid praestaret. quem Hercules ad Mercurium duxit et obse[o]ratum thesaurum fecit ostendi, quo effosso ille eundem agrum, in quo operam mercenariam faciebat, conparavit et labori solito operam dedit ...

Da der Duktus der Erzählung keinen Hinweis auf eine Freilassung enthält, — eine solche allerdings auch nicht auszuschließen ist —, müssen wir davon ausgehen, daß dieser *mercennarius* bereits frei gewesen ist. Was er aber verrichtet, ist die typische Arbeit eines (unfreien) *mercennarius: operam mercennariam.*

Viel leichter zu erklären ist eine spezielle Gruppe, wo wir Freie als *mercennarii* apostrophiert finden. Cicero nämlich benutzt diesen Terminus, um in seinen Prozeßreden Zeugen und Akteure abzuqualifizieren.

---

auch Kunkel, Symb. Taubenschlag, Bd. 3, 217). In dieses Milieu gehört auch Tert. apol. 16, 12 *sed nova iam dei nostri in ista proxime civitate edictio publicata est, ex quo quidam frustrandis bestiis mercennarius noxius picturam proposuit* ...

[99]) Vgl. Tac. ann. 13, 27, 1 (vgl. den Kommentar von Koestermann z. St.); dazu Habicht, RE 8 A, 1939 (s. v. *viator*).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Nichts verbietet uns, die Bedeutung ‚gemieteter Sklave' mitschwingen zu hören[100]). Der Vorwurf des Stimmenkauf wird laut, wenn mit Hilfe solcher Mietlinge die Volksversammlungen manipuliert werden[101]). Wurden Zeugen gekauft, so hat Cicero mit *mercennarius* einen geeigneten Ausdruck, um den Wert einer Aussage, die ein freier Römer sonst unentgeltlich macht, zu relativieren[102]).

Wenn wir nochmals kurz auf die Stellen zurückblicken, die uns freie *mercennarii* belegen, können wir — wenn wir von der Verwendung als abwertendes, ja diffamierendes Urteil über eine Person einmal absehen — vor allem aus der Stellung des *mercennarius* Corax im Handlungsgefüge von Petrons Roman eine Vermutung wagen. Könnte es nicht sein, daß der *mercennarius* auch in bestimmter Weise fester in die Organisation einer Familie eingegliedert war, als ein gewöhnlicher (unfreier) Lohnabhängiger? Darauf mögen auch die für Vergils Vater überlieferten Lebensumstände deuten, denn daß dieser als *mercennarius* gar die Tochter seines Arbeitgebers heiraten konnte, läßt engere soziale Bindungen erkennen, ohne die ein solcher Aufstieg damals kaum vorstellbar gewesen wäre. Hinweise auf solche Beziehungen finden wir auch bei den als *mercennarii* beschäftigten Sklaven, denken wir nur an den *vilicus* des Atilius Regulus. Hier haben wir eine Tätigkeit vor uns, die nicht isoliert, sondern als Leitungsfunktion an der Spitze eines Landgutes ausgeübt wird. Selbst gewisse Disziplinarbefugnisse über die *familia rustica* kommen ja dem *vilicus* zu.

Man könnte versucht sein, aus solchen Stellen, die Freie als *mercennarii* belegen, den Schluß zu ziehen, es sei der *mercennarius* mehr eine Funktion gewesen, die nicht statusbezogen war. Wir sehen das jedoch genau umgekehrt. Der selbstverständliche Wortgebrauch setzt den *mercennarius* als Sklaven voraus. Die regelmäßige Konnotation mit der Unfreiheit schließt jedoch keineswegs aus, daß nicht dann und wann Freie als *mercennarii* arbeiteten oder Freigelassene mit dieser Tätigkeit fortfuhren. Sie müssen sich aber stets dagegen wehren, nicht wie Sklaven behandelt zu werden, da eben die Arbeit des *mercennarius* typische Sklavenarbeit ist.

[100]) So Cic. Cluent. 163 *est hic Ennius opera quidam calumniator, mercennarius Oppianici, ...*; Flacc. 74 *Polemocratem scripsisti mercennarium et administrum consiliorum tuorum*; ähnlich Sest. 82.

[101]) Cic. Sest. 126.

[102]) Cic. Font. 32.

4. Der Bedeutungsgehalt des Adjektivs mercennarius

Für das Adjektiv *mercennarius* können wir davon ausgehen, daß es im Vergleich zum bisher untersuchten Substantiv ein viel breiteres semantisches Feld umfassen darf. Schließlich wird ja nicht die Sache selber damit bezeichnet, sondern lediglich eine bestimmte Beziehung dazu. Dennoch finden wir auch hier die präzise Bedeutung von Sklavenarbeit. In einem ersten Beispiel aus Cicero wird dieser Sinn erst im Kontext erkennbar: Das Volk, an das nach den Intentionen des M. Antonius ein wegen *vis* oder *maiestas* Verurteilter künftig appellieren können soll, ist gemietet. Der Ankläger müßte sich deshalb in der Berufung Mietlingen entgegenstellen, und der verurteilende Richter würde vor die — als Steigerung der Sklavenarbeit personifizierte — gedungene Menge gezerrt[103]).

Auf dem Boden römischer Sklaventerminologie bleibt der ältere Plinius, wenn er die Dirne, mit der die Messalina in einen Wettkampf um die sexuelle Leistungskraft tritt, als *ancilla*, als Sklavin, bezeichnet und betont, daß sie um Geld arbeitet: *ancilla mercenariae stipis*[104]). Das paßt durchaus zur häufigen Qualifikation der Prostitution als *locatio conductio* in den literarischen Quellen[105]) und fügt sich so ein in die Erscheinungsformen der täglichen Sklavenarbeit, wie wir sie beschrieben haben. Ähnliches gilt für den unglücklichen Esel Lucius im Roman des Apuleius, der nicht nur — wie ein Sklave — zur Arbeit in der Mühle gezwungen wird, sondern sogar noch, eben als *mercennarius*, für Fremde mahlen muß[106]). Nicht anders wird von den christlichen Schriftstellern unterstrichen, daß die Götter, die — wie beispielsweise Poseidon für Laomedon — gegen Entgelt arbeiteten, Sklavenarbeit leisteten: *mercennariam servitutem servisse*[107]). Die Sklavenarbeit wird also, wie in dem von uns skizzierten Modell, als lohnabhängige näher spezifiziert. Daß die

[103]) Cic. Phil. 1, 22 *Quis enim aut accusator tam amens reperiatur qui reo condemnato obici se multitudini conductae velit, aut iudex qui reum damnare audeat, ut ipse ad operas mercennarias statim protrahatur?*

[104]) Plin. nat. 10, 172 *Messalina Claudi Caesaris coniunx, regulam hanc existimans palmam, elegit in id certamen nobilissimam e prostitutis ancillam mercennariae stipis eamque nocte ac die superavit quinto atque vicensimo concubitu.*

[105]) So etwa Turpil. com. 8; Plaut. Amph. 288; Ov. am. 1, 10, 44f.

[106]) Apul. met. 7, 15 *nec tantum sui cibi gratia me fatigare contenta, verumetiam frumenta mercennariis discursibus meis conterebat ...*

[107]) Arnob. nat. 4, 25 *numquid aliquando a nobis conscriptum est mercennariam deos servitutem servisse, ut ... Laomedonti Troico Iovis fratrem ...?* ähnlich 5, 44 *quae (a mercennariis actionibus ac servitutibus*; Aug. civ. 3, 2 *ergo verum est, quod Apollo atque Neptunus eidem Laomedonti mercennariis operibus servierunt?*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

gleiche Terminologie auch zur Bezeichnung der Schuldknechtschaft im Alten Testament Verwendung findet, paßt im ganzen dazu, da trotz aller Unterschiede in der rechtlichen Struktur dafür bekanntlich die Sklaventerminologie gebraucht wurde[108]).

Vor allem ist es wieder Cicero, der von dieser Bedeutung den Schritt vollzieht zur Käuflichkeit von Amtspersonen, die sich gleichsam als *mercennarii* verdingt hatten, und den solchem Verhalten anhaftenden Zug zum Sklaventum anklingen läßt, ob es sich nun um den Prokonsul Verres[109]) oder um einen von Clodius abhängigen Volkstribunen handelt[110]), oder ob dem Prokonsul Piso die Invektive gilt[111]). Zeugen, die gekauft werden, bezeichnet Cicero ebenfalls als *mercennarii testes*[112]). Columella nennt einmal den Klienten, der seinem *patronus* die Aufwartung macht, *mercennarius salutator*, denn es ist klar, daß dieser nicht ohne Entgelt kommt[113]). Was Cicero gerne anderen vorwirft, kriegt er in der aus der Zeit stammenden, dem Sallust zugeschriebenen Invektive an die eigenen Adresse zurück: Er sei als *patronus* käuflich und stehe in Diensten anderer[114]). Die Unabhängigkeit des Redners kontrastiert so mit der Abhängigkeit eines in fremden Diensten tätigen Sklaven. Als Vorwurf an den Redner und Gerichtsbeistand finden wir *mercennarius* in der Folge noch öfters[115]). Wie das Substantiv braucht Cicero auch das Adjektiv, um die Käuflichkeit von Wahlstimmen zu brandmarken[116]).

---

[108]) So Mutian sch. in Chrysost. 23 (p. 379, 2) *ille quidem* (sc. *Isaac*) *servivit mercennaria servitute.*

[109]) Cic. Verr. 6, 54 *audite decretum mercennarii praetoris ex ipsius commentario*; ähnlich 2, 111.

[110]) Cic. Mil. 45 *quo, ... fuit insanissima contio ab ipsius mercennario tribuno plebis concitata ...*

[111]) Cic. Pis. 49 *praebuit se mercennarium comitem regi Alexandrino, quid hoc turpius?*

[112]) Cic. fam. 3, 11, 3.

[113]) Colum. praef. 9 *an honestius duxerim mercennarii salutatoris mendacissimum aucupium circumvolitantis limina potentiorum somnumque regis suis rumoribus augurantis?*

[114]) Ps. Sall. in Tull. 5 *immo vero homo levissimus, supplex inimicis, amicis contumeliosus ... fidus nemini, levissimus senator, mercennarius patronus, cuius nulla pars corporis a turpitudine vacat, lingua vana, manus rapacissimae, gula immensa, pedes fugaces ...*

[115]) Quint. inst. 12, 1, 25 *mercennaria* vox; Apul. apol. 3 (p. 383) *mercennaria loquacitas*; Tert. apol. 2, 2 *mercenaria advocatio*; Amm. 30, 4, 13 *ora mercennaria.*

[116]) Cic. Sest. 112 *... contra me cum sit actum ... Gellium, Firmidium, Titium, eiusmodi furias illis mercennariis gregibus duces et auctores fuisse ...*

Die zitierten Stellen machen auch evident, daß *mercennarius* den Gegensatz zu unentgeltlichen — und damit höher stehenden — Dienstleistungen ausdrückt: *quid liberalitas? gratuitane est an mercennaria? Si (quis) sine praemio benignus est, gratuita: si cum mercede, conducta*[117]). Der gleiche Gegensatz findet sich auch in den einschlägigen Erörterungen Senecas und bei Arnobius[118]). Von *vincla mercennaria* spricht Horaz epist. 1, 7, 67. Wird hier der *mercennarius labor* stets negativ gewertet, so verwendet ihn Arnobius gar zur Schilderung tiefsten Elendes[119]). Das führt uns wieder zur Struktur lohnabhängiger Sklavenarbeit zurück. Wir finden sie bei Seneca, der die *mercennaria procuratio* heranzieht, um die Nichtigkeit einer öffentlichen Karriere zu charakterisieren, die darin besteht, sich in der Arbeit für andere zu verzehren[120]).

Einiges später wird Sidonius Apollinaris die nämliche Charakterisierung heranziehen, um darzulegen, daß jemand, der weder als Handwerker, noch als Soldat oder Bauer leben kann, sondern nur als Händler auf Lohnbasis sein Brot verdient, nicht für sein eigenes, sondern für fremdes Vermögen arbeitet, eben ähnlich wie der Sklave, der sich außerhalb der *familia* verdingen muß:

Sidon. epist. 6, 8, 1 Apicum oblator pauperem vitam sola mercenandi actione sustentat: non illi est opificium quaestui, militia commodo, cultura compendio; (ob) hoc ipsum, quod mercennariis prosecutionibus et locaticia fatigatione cognoscitur, fama quidem sua sed facultas crescit aliena.

---

[117]) Cic. leg. 1, 48; ähnliche Gegenüberstellungen von unentgeltlichem Handeln und der mit *merces* bezahlten Arbeit bei Cic. fin. 2, 72f.; 99; ac. 2, 140; div. 1, 87.

[118]) Sen. benef. 6, 14, 3; Arnob. nat. 7, 12 *ubi enim venalis et mercennarius dator est, ibi necesse est gratiam pro magnitudine muneris tribui et eo inclinare suffragium, unde ad eum qui praestat mercedis plus multo et indecoros corruptionis adfluxerit.*

[119]) Arnob. nat. 7, 11 *nonne alios, inquiunt, videmus ... incendiis, naufragiis et ruinis mergi obrui confici, patrimoniis ab ingentibus evolutos mercennario esse labore fulcire, stipes emendicare supremas, exterminari, proscribi, semper esse in luctibus ... vexari per infortunia cetera quorum species et formas nulla potest enumeratio definire.*

[120]) Sen. dial. 10, 17, 5 *nostri nos honores torserunt, plus temporis alieni auferunt ..., alienorum bonorum mercennaria procuratione consenuit, suis opibus defuerit.* Zu diesem Topos — und zwar in der positiven wie in der negativen Wertung — vgl. H. Volkmann, Endoxos Dubois (1975), 74—81, bes. 78ff., resp. in: Historia 16 (1967) 155—161, bes. 158ff.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

632

Auch der Scholiast zu Chrysostomus spricht einmal den gleichen Sachverhalt an. Dort handelt es sich unmißverständlich um Sklavenarbeit:

Mutian sch. in Chrysost. 3 (p. 423, 13) laborabat mercenaria servitute, aliis fructum laboris eius sumentibus.

Wir können es bei diesen Zeugnissen bewenden lassen, die uns doch einen Einblick in die römische lohnabhängige Arbeit vermittelt haben, und wollen nun zu den juristischen Quellen zurückfinden.

5. mercennarius in den juristischen Quellen

Ziel dieser breiten Durchsicht der literarischen Quellen war es, jene Texte vorzuführen, wo *mercennarius* sinnvollerweise als Sklave gedeutet werden muß. Darüber hinaus sollte auch gezeigt werden, daß selbst da, wo das Wort im Kontext keine Aussage über den Status des Rollenträgers erlaubt, es ein Milieu evoziert, das den Gedanken an einen Sklaven zumindest nahelegt. Das schließt nicht aus, daß dann und wann auch Freie gezwungen waren, ihr Leben als *mercennarii* zu fristen und so die Funktion eines *mercennarius* wahrzunehmen. Wichtig für uns ist nur, daß dies nicht die Regel war. Der Verdacht, den einige Stellen aus den Digesten nahelegten, daß der Hörer beim Ausdruck *mercennarius* zunächst an einen lohnabhängigen Sklaven dachte, hat sich also bewahrheitet. Es scheint uns deshalb zulässig, bei der Analyse dieser Stellen vom Regelfall auszugehen, selbst wenn die Sachverhaltsschilderung keinen Hinweis auf den Status als Sklave bietet, statt wie bisher umgekehrt der dogmatischen Analyse das Modell der freien Lohnarbeit zugrunde zu legen.

Für die Exegese hat noch ein weiteres Ergebnis bedeutende Konsequenzen. Es hat sich gezeigt, daß die Opposition *servus — mercennarius* nicht auf den Gegensatz zwischen Sklaven und Freien zielt, sondern danach differenziert, ob der Sklave innerhalb oder außerhalb des Hauses seines Eigentümers tätig war. Ob den *mercennarius* im Gegensatz zu anderen außerhalb des Hauses lebenden und arbeitenden Sklaven eine größere Bindung zum Arbeitgeber und eine stärkere Integration in dessen *familia* auszeichnet, haben wir dabei nur als Frage aufgeworfen. Der in der *familia* seines Herrn wirkende Sklave, der *οἰκέτης* im griechischen Raum, scheint zwar in den literarischen und juristischen Quellen weitaus häufiger zu sein; er hat deshalb auch im einschlägigen ökonomischen Schrifttum das Bild der Sklavenwirtschaft geprägt. Ob das zahlenmäßige Verhältnis in den Quellen auch die Wirklichkeit

widerspiegelt, dürfen wir hier auf sich beruhen lassen. Hingegen ist es nicht zulässig, eine für eine juristisch-dogmatische Analyse so grundlegende Unterscheidung wie das Wirken in der Außen- oder der Innensphäre des Eigentümers achtlos beiseite zu schieben.

a) Die Stellung des mercennarius im Rahmen der Interdikte:

Wie wir bereits oben ausgeführt haben, behandeln die römischen Juristen den *mercennarius* im Zusammenhang mit den *interdicta* bei der Erörterung der Aktiv- und Passivlegitimation. Mit der doppelten Zuordnung des *mercennarius* als lohnabhängigen Sklaven zum Eigentümer einerseits und zum Dienstgeber andererseits, auf die wir gestoßen sind, wird die rechtliche Problematik nun deutlicher. Stets nämlich steht im Hintergrund die Frage, ob das Handeln des *mercennarius* den Dienstgeber verpflichten könne oder aber dem *dominus* zugerechnet werden müsse.

Um die folgende Stelle aus der Kommentierung des Edikts *quod vi aut clam* verstehen zu können, ist vorauszuschicken, daß sich hier Ulpian auf die von Quintus Mucius erarbeitete Definition der *vis* stützt, wonach Gewalt stets dann vorliegt, wenn der Kläger dem Täter das beanstandete Tun verboten hatte[121]). Daß die Frage, die sich daran anschließt, ob auch der *procurator* oder der *mercennarius* ein solches Verbot aussprechen könne, nicht ganz einfach war, verrät die Mühe, die sich Ulpian mit der Antwort macht:

Ulp. (71 ed.) D. 43, 24, 3 pr. Prohibere autem non utique per semet ipsum necesse est, sed et si quis per servum suum vel procuratorem prohibuerit, recte videtur prohibuisse. idem etiam si mercennarius meus prohibuerit. nec quem moveat, quod per liberam personam actio adquiri non solet: nam prohibitio haec demonstrat vi te facere, quid mirum, cum et si clam tu me feceris, habeam actionem? ergo facto magis tuo delinquentis quam alieno adquiritur mihi actio.

Ulpian sieht sich nämlich im Fall des *procurator* wie des *mercennarius* mit dem Argument konfrontiert, eine solche Kompetenz würde gegen den Grundsatz verstoßen, daß Rechte nur persönlich oder aber durch Hauskinder und Sklaven, jedoch nicht durch freie Personen erworben werden können[122]). Denn da der *procurator* frei ist und da der *mercennarius* als Sklave eines anderen Freien nur für diesen erwirbt, hätte man hier einen Rechtserwerb durch Freie, und zwar im zweiten Fall — auf dem Wege über den *dominus* des *mercennarius* — zugunsten des Arbeitgebers.

[121]) Vgl. Lenel, Paling., Bd. 1, 763 nr. 49.
[122]) Vgl. etwa Gai. 2, 95 und Kaser, RP I, 262.

Senato della Repubblica - Archivio Storico 633

Für die Lösung läßt sich Ulpian gar nicht erst auf die knifflige Fragestellung nach der Aktivlegitimation ein, sondern geht das Problem auf einer anderen, faktischen Ebene an[123]). Dabei kommt ihm entgegen, daß das Erfordernis der *prohibitio* seine Stütze nicht im Interdikt selber findet, sondern bereits ein Stück Auslegung bedeutet. Die *prohibitio* dient nur zur Klarstellung, daß das Verhalten des Beklagten unter den vom *interdictum* erfaßten Tatbestand fällt. Wer sich über die *prohibitio* hinweggesetzt hat, beweist damit, gegen den Willen des Klägers vorgegangen zu sein. Die *prohibitio* hat also, wenn wir so wollen, mit dem Problem der Beweislage, nicht aber mit der Frage des Rechtserwerbs zu tun. In die gleiche Richtung zielt das nächste Argument, der Schluß a maiori ad minus. Im Falle der heimlichen Handlungsweise des Täters muß der Kläger nämlich seinen Willen nicht einmal ausdrücklich kundgetan haben; es genügt bereits, daß mit seinem Widerspruch gerechnet werden mußte[124]). Auch da wird das Beweisthema angesprochen, und beidemal ist es das eigene Verhalten des Täters, das den Kläger zur Anrufung des Interdiktenschutzes legitimiert.

Das Problem der Zuordnung des *mercennarius* wird von Ulpian bei der Kommentierung des gleichen Interdikts erörtert, wo es nun tatsächlich um die Frage der Passivlegitimation geht. Hier macht Ulpian, wie wir oben beobachtet haben, eine klare Aussage über den Status des *mercennarius*: Da dieser ein Sklave ist, könnte man auf die Idee kommen, die inkriminierte Handlung dem Eigentümer des *mercennarius* zuzuordnen[125]). Für die Lösung stützt sich Ulpian wiederum auf Quintus Mucius, der zur Interpretation auf das *iussum* abstellt, aufgrund dessen die Handlungen vollbracht wurden[126]). Damit ist die Klippe der Zuständigkeit umschifft, denn soweit der lohnabhängige Sklave nach Weisung des Dienstgebers gehandelt hat, ist sein *dominus* entlastet. Auf eine etwas veränderte Konstellation stoßen wir in der im zweiten Kapitel zitierten Stelle Ulp. (69 ed.) D. 43, 16, 1, 20, wo es um die Kommentierung des auf den Alltag zugeschnittenen Edikts *unde vi* geht. Die Ermächtigung zur Tat hat Ulpian schon behandelt,

[123]) Das Problem der Vertretungsmacht wird hingegen in D. 43, 24, 5, 10/11 im umgekehrten Fall der Berechtigung zur Entgegennahme eines Verbots angesprochen.

[124]) Cass.-Aristo-Ulp. D. 43, 24, 3, 7/8.

[125]) D. 43, 24, 5, 11 (zit. oben bei Fn. 2).

[126]) Ulp. D. 43, 24, 5, 8.

das Problem bilden all jene, die ohne Ermächtigung gehandelt haben. Bei den Sklaven und Haussöhnen ist die Lösung einfach. Wenn dem *dominus* die Restitution nicht mehr möglich ist, bleibt doch noch die *noxae deditio* offen[127]), in jedem Fall aber hat er *quod pervenit* herauszugeben.

Schwierigkeiten könnten sich nun daraus ergeben, daß die *interdicta noxalia* lange Zeit als eine Erfindung der Juristen Justinians galten[128]). Da Berger jedoch in bester konservativer Haltung die Argumente widerlegt hat, können wir uns, indem wir uns an dessen Stellungnahme anlehnen, kurz fassen[129]). Es handelt sich, das sei besonders hervorgehoben, bei dieser Itp.-Verdächtigung um ein Musterbeispiel einer methodischen Verirrung, die sich schon dadurch diskreditierte, als sie etwas als justinianische Neuerung postulierte, was in jener Zeit für die Haussöhne sogar ganz, für die Sklaven nicht unwesentlich eingeschränkt und grundsätzlich umgestaltet worden war[130]). Zudem müßten sich die Kompilatoren sprachlich mit viel Subtilität den Duktus der kommentierenden Werke Ulpians zu eigen gemacht haben. Wir haben jedoch, wenn wir die Geschichte nicht auf den Kopf stellen wollen, eher mit Streichungen und Kürzungen, nicht aber mit Erweiterungen zu rechnen[131]).

Schwerer wiegt, daß die Kritik die Noxalhaftung bei den Interdikten isoliert und die großen Zusammenhänge zum Prozeß- und Vollstreckungsverfahren überhaupt ausgeblendet hat. Das ist um so erstaunlicher, als doch das Prinzip der Noxalhaftung nicht nur bis in älteste Zeiten und Rechtsschichten zurückreicht, sondern auch ein im römischen Privatrecht inhärentes Prinzip darstellt, das beim *interdictum unde vi* zudem in die Formel integriert war. Dazu nur soviel: Die ausdrückliche Erwähnung der *familia* war ja gerade dann entbehrlich, wie Ulpian festhält, wenn die Sklaven nach Weisung des *dominus* tätig geworden

[127]) Vgl. De Visscher (zit. Fn. 18) 353 mit Fn. 7.

[128]) Vgl. De Visscher (zit. Fn. 18) 478ff.

[129]) Berger, Symb. Taubenschlag, Bd. 1, 395—414 mit reicher Dokumentation, vgl. auch ds., RE 9, 1624f. (s. v. Interdictum) und M. David, Etudes sur l'interdit quod vi aut clam (1947), 107ff.

[130]) Vgl. Kaser, RP II, 430ff. Sowohl De Visscher als auch Biondi, Actiones noxales (1925), 78ff. stützen sich daher für ihre Argumentation ausschließlich auf die Digesten und erwähnen keine späteren Quellen.

[131]) Vgl. dazu Wieacker, Röm. Rechtsgeschichte (1988), 158 mit Fn. 15 (m. w. Nachw.).

Senato della Repubblica - Archivio Storico 6 3e

waren[132]). In diesem Fall traf den *dominus* die Haftung in voller Höhe, wie wenn er selber gehandelt hätte, doch haben wir hier eben lediglich eine wegen der Intervention des *dominus* begründete Ausnahme vor uns. Nur für den andern Fall war sie relevant, was jedoch nicht bedeutet, daß damit das allgemeine Prinzip außer Kraft gesetzt und eine unbeschränkte Haftung des *dominus* für unautorisiertes Vorgehen seiner Sklaven statuiert worden wäre. Es geht lediglich um den Einbezug in die Haftung, nicht aber um den Umfang der Haftung.

Die Begründung, die Ulpian in seinem Kommentar für diese Lösung bietet, entspricht in der Tat genau der Erklärung, die uns Gaius für die allgemeine Haftungsbeschränkung auf die *noxae deditio* gibt. Was Gaius dort sagt, *erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse* (4, 75), nimmt Ulpian in seinem Gedankengang auf. Er führt nämlich vor, daß der *dominus* durch die Alternative der *noxae deditio* nicht wirklich belastet werde, weil bei Sklaven damit stets zu rechnen sei[133]). Unerhört und kraß systemwidrig wäre hingegen die unbedingte Haftung für Gewaltunterworfene gewesen, die wir gegen die eindeutige Überlieferung nicht einfach erschließen dürfen, ohne dafür ausdrücklich Anhaltspunkte in den Juristenschriften zu haben. Da das Interdikt, wie gesagt, die Noxalhaftung im Wortlaut bereits einbezog und sie so dem *officium* des *iudex* überantwortete[134]), konnte Ulpian bei der Kommentierung am entsprechenden Ort einfach auf das allgemeine Prinzip verweisen und lediglich auf dessen Grenzen näher eingehen.

In diesem Zusammenhang mußte Ulpian auch die Frage diskutieren, wie weit der *dominus*, der zur *noxae deditio* bereit ist, auch zur Aushändigung jener Vermögensvorteile gezwungen werden kann, die ihm zugeflossen sind: *ut quod ad eum pervenit restituat* (43, 16, 1, 19). Im gleichen Kontext fällt daran anschließend die Bemerkung über den *mercennarius*, welche wir bei der semantischen Analyse des Terminus *mercennarius* kurz behandelt haben[135]). Dort sind wir darauf gestoßen, daß wegen der Eigentümerstellung des *dominus* gegen den Arbeitgeber

[132]) Ulp. (69 ed.) D. 43, 16, 1, 15.

[133]) eod. ... *nam non praesumitur hoc nomine, quippe cum aut pervenit ad eum aliquid et restituerit, aut non pervenit et ipsos servos maleficii causa noxae dedendo indemnis erit: quod enim noxae dedere compellitur, in damno non debet reputare, cum servus hoc ponit domini deteriorem conditionem facere.*

[134]) Ulp. (13 Sab.) D. 43, 1, 5.

[135]) S. o. bei Fn. 8.

der Rechtsbehelf nur in der analogen Form eines *interdictum utile* möglich war. Wir erkennen nun die Gründe dafür noch deutlicher. Obwohl die *noxae deditio* des Arbeitnehmers, der ja Sklave eines anderen ist, nicht offensteht, soll der Arbeitgeber dennoch gezwungen werden können, die erlangten Vermögensvorteile herauszugeben. Da sich jedoch das Interdikt in der im Edikt proponierten Form gegen den — nicht bereicherten — *dominus* richten müßte, gäbe es keinen Weg, gegen den bereicherten Arbeitgeber vorzugehen. Das parallele Vorgehen gegen den *filius familias* ist schwieriger zu deuten. Man könnte immerhin eine Erklärung in der Richtung versuchen, daß ein Kläger von vornherein auf die wenig lukrative *noxae deditio*, nicht aber auf die Herausgabe der Bereicherung verzichten wollte. Wie dem auch sei, für unsere Problematik ist vor allem eines wesentlich: Auch unter diesem Aspekt hat sich gezeigt, daß der *mercennarius* dort behandelt wird, wo es in bezug auf deliktische Handlungen des Sklaven um die Klärung der Zuständigkeiten zwischen Arbeitgeber und *dominus* geht.

b) Die Ausübung von Servituten und der Erwerb von Besitz:

Da Servituten an Grundstücken bereits nach zwei Jahren erlöschen, wenn sie nicht ausgeübt wurden, war es für den Berechtigten von größtem Interesse zu wissen, durch wen das eingeräumte Recht wahrgenommen werden konnte, wenn weder er selber noch einer seiner Sklaven dazu persönlich in der Lage waren. Bei der Ausarbeitung der Kriterien, die für fremde Personen galten, spielte offenbar stets eine gewisse persönliche Beziehung zum Berechtigten eine Rolle[136]).

An einer Stelle differenziert Scaevola den Kreis der Berechtigten sehr fein und reichhaltig:

(1 reg.) D. 8, 6, 20 Usu retinetur servitus, cum ipse cui debetur utitur quive in possessionem eius est aut mercennarius aut hospes aut medicus quive ad visitandum dominum venit vel colonus aut fructuarius;

Mit dem mehr die Richtung betonenden *esse in possessionem*, das in der Amtssprache wurzelt[137]), mag er die Beziehung noch besonders zum Ausdruck bringen, denn es verdeutlicht die Absicht des Berechtigten, die in der Aufzählung genannten Leute für sich ausüben zu

[136]) Vgl. dazu Capogrossi Colognesi, La struttura della proprietà e la formazione dei „iura praediorum" nell'età repubblicana, Milano 1976, Bd. 2, 402f.

[137]) Vgl. die Darstellung bei Hofmann/Szantyr (zit. Fn. 5) 276ff. und die Bsp. bei H. Petersmann, Petrone urbane Prose, SB Wien 1977, 104; Thes. l. L. 7, 1 795, 15ff.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

lassen. Daß Scaevola neben dem *hospes* auch noch den *mercennarius* namentlich aufführt, wird seinen Grund einmal mehr in den Komplikationen durch die doppelte Zuständigkeit für den *mercennarius* haben, die er damit gleich klären will. Ähnlich wie Ulpian D. 43, 24, 3 pr. — bei der Behandlung des Verbots, das durch den *mercennarius* ausgesprochen wird — begegnet er so dem Argument, der *mercennarius* könne nur für den eigenen *dominus* Rechte erwerben oder ausüben. Denn auch bei dem — schon bei Pedius erwähnten — freien *hospes* und beim *medicus* handelt es sich eben nicht um einen rechtlich nicht möglichen Erwerb von Rechten für einen Dritten; da wie dort geht es lediglich um die Behauptung einer faktischen Lage.

Anschließend meint Scaevola zusammenfassend, es komme allgemein gesehen darauf an, ob die Servitut von jemandem benützt worden sei, dem sie der Berechtigte gleichsam schuldig gewesen war: Scaev. (1 reg.) D. 8, 6, 22 *denique quicumque quasi debita via usus fuerit*. Das bedeutet sicher nicht, daß jedermann für den Berechtigten ausüben konnte, denn sonst wäre die ganze Diskussion der Frage, die uns seit Pedius belegt ist[138]), überflüssig gewesen. Vielmehr wird in diesem Satz, der Inhalt von D. 8, 6, 20 kurz zusammengefaßt, wie es dem Charakter eines auf die Präsentation kasuistischer Lehrsätze ausgerichteten *liber regularum* entspricht. Wenn schon zielt Scaevolas Regel darauf ab, überall dann den *usus* der Servitut als gegeben zu betrachten, wo ohne deren Benutzung jemand seinen — rechtlich oder moralisch-gesellschaftlich geschuldeten — Verpflichtungen gegenüber dem Inhaber der Servitut nicht hätte nachkommen können. Modern gesprochen erfüllte also letzterer, wenn er den *usus* anderen überließ, diesen gegenüber, eben beispielsweise gegenüber dem *mercennarius*, lediglich eine vertragliche Nebenpflicht.

In vielem vergleichbar wie an der eben behandelten Stelle ist die Situation in Ulp. (42 Sab.) D. 39, 5, 6:

> Qui saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa, statim cum lapis exemptus est meus fit, neque prohibendo me evehere efficit, ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est: plane si mercennarius meus exemit, mihi exemit. ...

Im 42. Buch seines Sabinus-Kommentars erörtert Ulpian anschließend an die Behandlung der Diebstahlklage und im Blick auf andere Klagen

[138]) Ped.-Ulp. (70 ed.) D. 43, 19, 1, 7; *colonus* und *hospes* waren offenbar bereits bei Pedius erwähnt.

und Rechtsbehelfe verschiedene damit verwandte Schadensersatzansprüche. In diesem Zusammenhang kommt er auch auf die Frage zu sprechen, wie jemand, der das Recht erworben hat, auf einem Grundstück Steine zu brechen oder Sand zu gewinnen, gegen den Grundeigentümer vorgehen kann, der im nachhinein die vorher konzedierten Aktivitäten verhindern will (vgl. D. 4, 3, 34)[139]). Ist der Stein schon gebrochen, so erlangt vermöge des Perzeptionsprinzips der Berechtigte als Eigentümer eine für den Prozeß günstige Stellung[140]). Das gleiche soll gelten, wenn er an seiner Stelle einen *mercennarius* mit der Arbeit betraut hat. Besitz — und dadurch das Eigentum — erwirbt demnach der *mercennarius* für seinen Dienstherrn.

In der Pandektistik begann man, diese Stelle dahin zu deuten, daß der Lohnarbeiter ungeachtet seines Willens in jedem Fall für den Arbeitgeber erwerbe[141]). Das ist im Hinblick auf die damals anstehende rechtliche Bewältigung der Industriearbeit verständlich, gehört aber nicht ins römische Recht, sondern in die Entstehungsgeschichte der Figur des Besitzdieners (§ 855 BGB). Diese ist gewaltsam genug aus den Quellen, denen eine völlig verschiedene wirtschaftliche Situation zugrunde lag, herausgelesen und konstruiert worden. Im römischen Recht sah es bekanntlich anders aus. Nur in wenigen Fällen konnte ein Gewaltfreier für einen anderen Besitz erwerben, so der *procurator* und wohl auch der *tutor*[142]). Doch anders als man angesichts einer auf der Sklavenarbeit aufgebauten Produktion annehmen möchte, erwirbt der Sklave wie das Hauskind den Besitz nicht etwa analog dem heutigen Besitzdiener, sondern im Falle des Erwerbes für den *dominus* nur mit dessen Willen[143]). So fällt es denn schwer zu glauben, der freie Arbeitnehmer habe den Besitz für seinen Arbeitgeber so ohne weiteres erworben. Wäre es nämlich tatsächlich so gewesen, so wäre die Beschränkung auf den *procurator* und den *tutor* hinfällig geworden; zudem

[139]) Lenel, Pal., Bd. 2, 1172 Nr. 2894.

[140]) Vgl. Kaser, RP I, 427; zum Perzeptionsprinzip ds., St. Scherillo, Bd. 1, 404—420, jetzt in: ds., Ausgew. Schriften, Bd. 2, 145—168 mit weiterer Lit.

[141]) Vgl. etwa Knlep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht, Jena 1900, 216ff.; Jhering, Der Besitzwille, Jena 1889, 204ff. Kein Problem an dieser Stelle sieht Albanese, Le situazioni possessorie nel diritto privato romano (1985) bei Fn. 45.

[142]) Vgl. Kaser, RP I, 393; ds., SZ 91 (1974) 193ff. mit weiterer Lit.

[143]) So ausführlich Benöhr, Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klass. röm. Recht (1972), 83ff.; ferner Zamorani, Possessio e animus (1977), 245ff.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

wären Probleme, die sich die Römer mit dem Besitzerwerb durch Sklaven machten, kaum mehr verständlich. Der Besitzdiener bleibt eben, meine ich, ein Konstrukt des 19. Jahrhunderts[144]); wenn schon haben sich die Römer von der Situation des Besitzerwerbes durch Gewaltabhängige an diese Konstellation herangetastet.

Ohne solche modernen Konstruktionen löst sich der Fall nämlich mit der Annahme, der *mercennarius* sei auch hier ein Sklave. Damit würde auch unsere Stelle in die Problematik des Besitzerwerbs durch einen Gewaltabhängigen gehören, der für einen anderen als den dominus erwerben soll. Wir wissen, daß diese Frage lange Zeit kontrovers war. Die Lösung, daß der Nießbrauchsklave und der Munizipalsklave — schließlich auch der *liber homo bona fide serviens* — den Besitz für den Gewalthaber erwerben[145]), setzte sich erst mit der Zeit durch. Für den verpfändeten Sklaven blieb sie jedoch stets — sowohl im Hinblick auf den Gläubiger als auch auf den Schuldner — ausgeschlossen[146]). Erst allmählich also formte sich das Werkzeug aus, mit dem der Erwerb auch ohne den Willen des daran Interessierten möglich wurde; ob das tatsächlich der Fall war, mußte aber für jedes Rechtsverhältnis speziell geprüft werden.

Diese leicht verwirrende Situation ist typisch für solche doppelten Zuständigkeiten, denen auch der *mercennarius* unterliegt[147]). Wenn nun Ulpian beim *mercennarius* den Besitzerwerb durch den Arbeitgeber bejaht, scheint sich das eine von Benöhr herausgearbeitete Kriterium, nämlich die Eingliederung in den Wirtschaftsbetrieb[148]), an unserer Stelle zu bewähren. Es paßt zu unserer Vermutung, daß der *mercennarius* eine festere Stellung im Gefüge der *familia* des Arbeitgebers hatte als ein gewöhnlicher Arbeitnehmer[149]). Ob das andere Kriterium, die Herrschaftsgewalt über den *mercennarius* in diesem Fall auch

[144]) Gerade dafür eben, daß der freie Lohnarbeiter non è altro che un esecutore materiale », wie Martini (zit. Fn. 18) 76 schreibt, fehlen uns die Belege, was um so schwerer wiegt, als gerade der Sklave nicht als bloßer „esecutore materiale" aufgefaßt wurde.

[145]) Vgl. zunächst die bei Gai. 2, 94 geschilderte Rechtslage, dann aber Pap. D. 41, 2, 40 pr.; Paul. D. 41, 2, 1, 8; Gai. D. 41, 12, 25, 2; Paul. D. 41, 2, 1, 22; vgl. zu den Stellen Benöhr (zit. Fn. 143) bes. 35ff., 67ff., 122ff.

[146]) Iul. D. 41, 1, 37 pr.; Paul. D. 41, 2, 1, 15; dazu Benöhr (zit. Fn. 143) 40f.

[147]) Vergleichen läßt sich diese Stellung am ehesten mit dem Eigentumserwerb durch den *servus mercennarius* Ulp. D. 7, 8, 14 pr.

[148]) Benöhr (zit. Fn. 143) 79ff.

[149]) S. o. nach Fn. 102.

erfüllt war, werden wir im folgenden zu untersuchen haben, wo wir der Frage nach der Unterwerfung des *mercennarius* unter das Hausgericht des Arbeitgebers nachgehen wollen.

e) Der mercennarius und das Hausgericht:

Man mag gegen die Interpretation der einen oder anderen Stelle einwenden, daß sich das Problem der doppelten Zuständigkeit beim freien Arbeitnehmer in gleicher Weise, ja noch unmittelbarer stelle, da der Freie der Mediatisierung durch den Sklaven nicht bedurfte. Man braucht da nur an die Ausübung einer Servitut in Scaev. D. 8, 6, 20 oder an das Aussprechen des Verbotes in Ulp. D. 43, 24, 3 pr. zu denken. Dort stützt nicht zuletzt die aufgrund des philologischen Befundes gewonnene Einsicht, daß man in aller Regel mit dem *mercennarius* einen gegen Lohn arbeitenden Sklaven assoziiert hatte, unsere Interpretation. Wie berechtigt diese Annahme der von den römischen Juristen meist stillschweigend vorausgesetzten Sklaveneigenschaft ist, zeigen die Beispiele, die eine bestimmte Zuständigkeit des Hausgerichts voraussetzen.

Betrachten wir die beiden Stellen aus Paulus und aus Marcian:

Paul. (sing. poen. pag.) D. 47, 2, 90 Si libertus patrono vel cliens, vel mercennarius ei qui eum conduxit, furtum fecerit, furti actio non nascitur.

Marc. (2 publ. iud.) D. 48, 19, 11, 1 Furta domestica si viliora sunt, publice vindicanda non sunt, nec admitteuda est huiusmodi accusatio, cum servus a domino vel libertus a patrono, in cuius domo moratur, vel mercennarius ab eo, cui operas suas locavcrat, offeratur quaestioni: nam domestica furta vocantur quae servi dominis vel liberti patronis vel mercennarii apud quos degunt subripiunt.

Paulus stellt in diesem Fragment den *mercennarius* in eine Reihe mit dem *cliens* und dem *libertus*. Gegen alle diese kann der *dominus* oder *patronus* nicht mit der *actio furti* vorgehen. Das gleiche hält Marcian für die öffentliche Diebstahlsklage fest — mindestens so weit sie geringe Beträge betrifft. Einen kleinen Unterschied beobachten wir allerdings: Marcian nennt auch die *servi* im selben Zusammenhang. Ausdrücklich weist er auf den Dienstvertrag hin, den der *mercennarius* mit dem verhinderten Kläger abgeschlossen hat. Selbstverständlich bedeutet dies keine Privilegierung der Angeschuldigten. Sie entgehen ihrem Richter nicht. Es werden lediglich die Kompetenzen geklärt. Zuständig für diese Fälle ist nämlich das Hausgericht[150]), dem übrigens ein Jurist

[150]) Vgl. in bezug auf Haussöhne und (eigene) Sklaven Ulp. (39 29 Sab.) D. 47, 2, 17 pr.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

wie Scaevola eine eigene, im *Index Auctorum* bezeugte Monographie *De quaestione familiae* gewidmet hat.

Jede Interpretation, die hier von einem freien *mercennarius* ausgeht, begegnet stets der Schwierigkeit, für die Strafbefugnis des Arbeitgebers eine befriedigende Deutung beibringen zu müssen. Den Ausschluß der Klage als Relikt aus alter Zeit zu isolieren[141]), geht wohl deshalb nicht, weil das Hausgericht auch später selbst bei schwereren Verbrechen als dem heimlichen Diebstahl noch funktionierte[142]) und deshalb offensichtlich noch dem geänderten, entwickelten Rechtsempfinden entsprach. Jedenfalls übertrug die oben bereits zitierte, vor zwei Jahrzehnten gefundene Konzessionsvergabe für das Bestattungsgewerbe in Pozzuoli dem *manceps*, dem *libitinarius*, ausdrücklich, sich für den Vollzug von Urteilen, die im Hausgericht gefällt worden waren, zur Verfügung zu halten[143]).

Wer jedoch dem Arbeitgeber eine so weitgehende Strafbefugnis gegen einen beliebigen, in keinem näher bezeichneten gesellschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis stehenden freien Arbeitnehmer zugestehen möchte[144]), muß sich sofort die Frage stellen lassen, wo denn überhaupt noch Grenzen für das private Gerichtsverfahren zu sehen wären. Viele Vorrechte, die der römische Staat den Freien einräumte, gerieten so ins Wanken. Auf solche schwerwiegende Hypothesen kann unsere Deutung verzichten. Sie lernt vielmehr verstehen, warum es zu solchen Vermischungen zwischen lohnabhängiger Arbeit und Behandlung von Sklaven kommen konnte. Wenn der *mercennarius* nämlich ein Sklave war und Arbeiten erledigte, wie sie auch die eigenen Sklaven verrichteten, lag es nahe, dem Arbeitgeber bestimmte Kompetenzen und

141) So aber Nörr, SZ 82 (1965) 96ff.

142) Vgl. Kunkel, SZ 83 (1966) 229ff., jetzt in: ds., Kleine Schriften, 127ff.; in bezug auf Freigelassene Kaser, SZ 56 (1936) 96ff. und ds., SZ 68 (1951) 581f. gegen Consentini, Studi sui liberti (1948), Bd. I, 88ff.; anders wiederum Waldstein, Operae libertorum (1986) 78, der aber zu wenig beachtet, daß seine Lösung für die bei Marcian erwähnten Sklaven nicht funktioniert, die doch nach Ulp. D. 47, 2, 17 pr.-3 gerade in dieser Hinsicht einige Probleme aufwerfen.

143) Col. II, 8—10 bei Bove (zit. Fn. 88) 25ff. mit den Bemerkungen ebd. 42; vgl. auch De Martino, Labeo 21 (1975) 211f., jetzt in: ds., Diritto e società nell'antica Roma (1979), 496f.

144) So vor allem De Robertis, I rapporti di lavoro nel diritto romano (1946), 130ff.; nur für leichtere Vergehen nimmt Martini (zit. Fn. 18) 65ff. eine solche Disziplinargewalt an, doch weiß Paulus für die *actio furti* nichts von einer solchen Differenzierung.

Disziplinarbefugnisse zu geben, die gegen unabhängige Freie nicht denkbar gewesen wären[145]).

Es wäre jedoch verfehlt, davon zu sprechen, daß dem Arbeitgeber eines Sklaven generell ein Disziplinarrecht im Rahmen des Hausgerichtes zugefallen wäre. Schließlich finden wir etwa bei Paul. (22 ed.) D. 19, 2, 45, 1 auch eine Stelle, die von einer solchen Kompetenz nichts weiß und anders als die eben besprochenen Texte geradewegs auf die Konkurrenz zwischen den Ansprüchen aus dem Dienstvertrag und der *actio furti nozalis* lossteuert[146]). Sie widerlegt unsere Exegese keineswegs. Wir sehen darin vielmehr eine Bestätigung für unsere Vermutung, die sich im Laufe der Arbeit herauskristallisiert hat, daß nämlich hinter dem *mercennarius* nicht nur der Begriff des lohnabhängigen Sklaven steht, sondern auch eine gewisse Integration in die *familia* des Arbeitgebers. Er scheint eben Funktionen zu übernehmen, wie sie eigene Sklaven ausübten. Ist jedoch der gemietete Sklave in einem anderen Bereich tätig, wie beispielsweise in D. 19, 2, 45, 1 jener Sklave, der *in taberna*, nicht in der *familia*, beschäftigt ist, bleibt der *dominus* alleiniger Gebieter, bleibt es beim rein schuldrechtlichen Verhältnis. Vielleicht können wir, wenn wir bei dieser Stelle noch kurz verweilen, auf eine weitere Differenzierung hinweisen. Hier wird der Sklave von seinem *dominus* vermietet, während der *mercennarius* in Marc. D. 48, 19, 11, 1 sich selber verdingt und also offenbar über jene Selbständigkeit verfügt, die wir bei den außer Hauses arbeitenden Sklaven öfters beobachten.

6. Die Bedeutung der Lohnzahlung

Wie Ulpian davon handelt, wer das Entgelt für geleistete Arbeit wenn schon nicht mit der ordentlichen Klage, so doch auf dem Wege der *extraordinaria cognitio* geltend machen könne, kommt er auch

145) Ausdrücklich hebt der „alte Oligarch" Ps.-Xenophon Ath. Pol. 2, 10 hervor, daß es in Athen nicht einmal erlaubt sei, einen fremden Sklaven zu schlagen; vgl. auch Ath. Deipn. 6, 266f/267a unter Hinweis auf die Redner Hypereides, Lykurg und Demosthenes als Quelle. Zu den Grenzen der Disziplinarbefugnis in Rom vgl. Ulp. (77 ed.) D. 47, 10, 15, 34.

146) *Si hominem tibi locavero, ut habeas in taberna, et is furtum fecerit, dubitari potest, utrum ex conducto actio sufficiat, quasi longe sit a bona fide actum, ut quid patiaris detrimenti per eum rem quam conduxisti, an adhuc dicendum sit extra causam conductionis esse furti crimen et in proprium persecutionem cadere hoc delictum: quod magis est.* Vgl. dazu Liebs, Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht (1972), 122f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

auf die Philosophen zu sprechen. Ihnen stehe selbst das letztgenannte Vorgehen, wie es beispielsweise den *professores* der *studia liberalia* eingeräumt werde, nicht offen:

Ulp. (8 omn. trib.) D. 50, 13, 1, 4 An et philosophi professorum numero sint? et non putem, non quia non religiosa res est, sed quia hoc primum profiteri eos oportet mercennariam operam spernere.

Die Begründung zielt nicht einfach auf die hohe gesellschaftliche Stellung, welche ein direktes Entgelt für geleistete Dienste von vornherein ausschließt, sondern geht noch weiter[157]). Die entgeltliche Arbeit wird geradezu als *opera mercennaria* abqualifiziert. Versteht man nun darunter jede Arbeit gegen klagbaren Lohn, wird das Pathos der Stelle kaum spürbar, denn dann ist es lediglich der seit Sokrates geläufige Gemeinplatz, der hier als Argument verwendet wird, um eine bloße Tücke der römischen Gerichtsverfassung zu erläutern. Zielt die Bemerkung jedoch auf die Sklaveneigenschaft, die mit dem Terminus *mercennarius* als Konnotation mitgehört wird, wird das ganze Gefälle zwischen einer nur eines Freien würdigen Lebensweise und der Existenz als Sklave, der sein Brot in der Abhängigkeit von einem Arbeitgeber verdienen muß, spürbar. Sie ordnet sich ein in eine Anschauung, die vielleicht am drastischsten Lukian geschildert — und durchlebt hat[158]).

Bei der vorgeschlagenen Interpretation wird nicht allein die Unentgeltlichkeit der Arbeit zum Ausdruck der gesellschaftlichen Stellung, was ja nichts Ungewöhnliches an sich hätte. Denken wir nur an Sueton, der in seinen Grammatikerviten jeweils ausdrücklich anmerkt, wenn einer diesen höchsten Stand in einem Lehrberuf erreicht hatte[159]). Für uns weit wesentlicher ist, daß umgekehrt die Entgegennahme von *merces* ein Kennzeichen der Unfreiheit ist. Für die Philosophen soll die Durchlässigkeit des Berufs, der allmähliche Aufstieg und der damit verbundene, über mannigfache Stufungen führende Wechsel von bezahlter zu unbezahlter Tätigkeit, den wir eben etwa für die Grammatiker beobachten[160]), gerade nicht spielen. Philosoph kann nur sein, wer sich auf anderen Wegen seinen standesgemäßen Unterhalt

[157]) Vgl. zu diesem Problemkreis neuerdings J. Hahn, Der Philosoph und die Gesellschaft (1989), 82ff., 104ff.; ferner Mantello, Multa de iure sanxit (1988), 134ff.; Nörr, FS Zepos (1973), Bd. 1, 565ff.

[158]) Vgl. die Nachweise bei Volkmann (zit. Fn. 120).

[159]) Suet. gramm. 7; 13.

[160]) Dazu J. Christes, Sklaven und Freigelassene als Grammatiker und Philologen im antiken Rom (1979), passim.

zu sichern vermag. Jedes Entgelt, das er rechtsverbindlich verlangen — und gerichtlich durchsetzen dürfte, würde ihn in die Nähe von Sklaven rücken. Hier nähern wir uns wieder unserer These, daß die Entgegennahme von Lohn ganz generell auf eine Stellung als Sklave deutet, und daß *mercennarius* zusätzlich die Konnotation der Unterwerfung unter die Gewalt des Arbeitgebers und die Eingliederung in dessen *familia* hat. Sie findet ihre Stütze in einigen literarischen Belegen.

Ganz allgemein von der niedrigen, äußerst tiefen Wertschätzung der lohnabhängigen Arbeit spricht Nonius Marcellus unter dem Stichwort *merere*. Leider verdorben ist das Zitat, das aus einer Tragödie *Dulorestes* stammt[161]). Wie der Titel erkennen läßt, handelt es sich wohl um eine Erweiterung des Orestes-Stoffes. Der Held wird vorgeführt, wie er als Sklave dient[162]). Im Hinblick auf eine solche Figur liegt der Schluß nahe, es sei im Zitat von der Arbeit gegen Lohn die Rede, die den Menschen zum Sklaven mache[163]):

- Non. Marc. 345 M Varro Agathone: ‚Dulorese, qui „merita hominem et servum facit"' unde et mercennarii et meretrices dicuntur.

Wenn Nonius noch die *meretrices* als Beleg für die geringe Achtung aufführt, die die mit *merces* entgoltene Arbeit genießt, erscheinen auch da Angehörige eines Gewerbes, das notorischerweise von Sklavinnen oder ehemaligen Sklavinnen ausgeübt wurde. Die ganze Stelle trifft sich mit der bekannten Würdigung der *quaestus illiberales* durch Cicero. Und auch bei Cicero ist es das Entgelt für die *operae*, das für die Sklaveneigenschaft steht: *est enim in illis ipsa merces auctoramentum servitutis*[164]). Mit dem Terminus *auctoramentum* beschwört Cicero die Unterwerfung, und zwar die Unterwerfung als Sklave, unter die Gewalt eines anderen[165]).

Dieser Interpretation widerspricht die Worterklärung, die wir bei Festus finden, keineswegs: Fest. 124 M (= 111 Lindsay) *Mercedituum mercennarium, quod mercede se tuetur*. Wir haben nämlich oben gesehen,

[161]) Die Zuschreibung der Stelle aus Dulorestes an Pacuvius lehnt Ribbeck, Scaenicae Romanorum poesis fragmenta, Bd. 1, 96 zu frg. 32 ab. Das ändert freilich nichts daran, wie Nonius dieses Zitat verstanden hatte.

[162]) Vgl. Lesky, RE 18, 986 (s. v. Orestes).

[163]) So plausibel Staerman (zit. Fn. 53), 106.

[164]) Cic. off. 1, 150.

[165]) Zu *auctoratus* vgl. Kunkel, Symb. Taubenschlag, Bd. 3, 207—226; im Zusammenhang mit der *locatio conductio Diliberto* (zit. Fn. 96) 67ff. Vom *auctoramentum servitutis* spricht Seneca epist. 104, 34 in bezug auf irdische Schätze, denen er die Freiheit als höchstes Gut gegenüberstellt.

Biblioteca della Repubblica - Archivio Storico

639

daß *mercennarii* zu jenen Sklaven gehören, die selber — oft außerhalb des Hauses — für ihren Unterhalt aufkommen mußten. Sieht man sie in einer fremden *familia* arbeiten, unterscheiden sie sich von jenen Sklaven durch den Verdienst. Noch deutlicher in unserem Sinne betrachtet Isidor den Terminus *mercennarius*, wo er uns dessen Etymologie erläutert[146]):

Isid. orig. 9, 4, 31 Mercennarii sunt qui serviunt accepta mercede. Idem et barones Graeco nomine, quod sint fortes in laboribus.

Ganz abgesehen davon, daß wir bei Isidor — nicht zuletzt in den juristischen Erklärungen — mit altem tradierten Gut zu rechnen haben[147]), ist diese Bemerkung für uns noch aus einem anderen Grund wertvoll. In der knappen Form sind nämlich zwei Aspekte ineinander verschachtelt: *mercennarii* dienen als Sklaven *(serviunt)* — und zwar gegen Lohn. Das bedeutet zwangsläufig, daß sie nicht beim eigenen *dominus* arbeiten, sondern sich auswärts verdingen.

Zweifel an dieser Deutung könnte eine neugefundene Bleitessera aus dem englischen Bath wecken, die in einer Fluchformel das Wort *baro* als Bezeichnung für einen Freien belegt: ... *si servus si liber si baro si mulier* ...[148]). Damit wurde die Überlieferungsgeschichte des Wortes *baro* um ein weiteres Glied bereichert. Frühere Belege brauchen *baro*, um einen Mann sehr verächtlich und abschätzig zu titulieren[149]);

[146]) Von den antiken Etymologien ist soviel brauchbar wie von den modernen, nämlich der Bezug zur *merces*. Martial (zit. Fn. 18) hat aus einem Vergleich mit *fructuarius* mit weitreichenden Konsequenzen die Bedeutung herausdestilliert ‚derjenige, der einen Lohn trägt' *(qui mercedem fert)*, vgl. dazu Macqueron, Iura 10 (1959) 611. Da *-arius* aber ein überaus häufiges und stets produktives Suffix ist, hat er seine Vergleichsbasis entschieden zu schmal gewählt. Auch wenn man Nichols, AJPh 50 (1929) 40—63 nicht im ganzen folgen will, der für *-arius* 21 Bedeutungsklassen ausdifferenziert (vgl. Leumann, Lat. Laut- und Formenlehre [1977], 297ff.) so ist ihm sicher darin recht zu geben, daß man die Bedeutung nicht historisch-genetisch, sondern semantisch erschließen muß. In diesem Sinn führt er für Cato agr. 5, 4 die Bedeutung 'working for' an.

[147]) Vgl. Nelson, Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones (1981), 148ff.

[148]) Ediert durch Hassall/Tomlin, Britannia 14 (1983) 336, 340 (abgedruckt auch in: Année épigr. 1983, 636); nämlich die Tafeln bei d.s., Britannia 15 (1984) 333—336 (Année épigr. 1984, 620a). Für diese Hinweise danke ich Herrn Dr. Flury, München.

[149]) Vgl. Lucil. 1121 (Marx) *barosum ac rupicum squarrosa incondita rostra* — in der Übers. von Krenkel 1129 „die schorfigen, schmutzigen Schnauzen der Eindaltspinsel und Röpel".

so hängt etwa Cicero den Epikureern dieses Etikett um[150]). Läßt sich daraus eine allmähliche Aufwertung des Wortes entnehmen, der sich bekanntlich unsere Barone und Baronessen erfreuen, so zeigt demgegenüber die auf einem antiken Kern beruhende Kommentartradition zu Persius 5, 138 noch eine andere Seite. In diesem Passus werden nämlich unter *barones* eindeutig Sklaven verstanden: *barones dicuntur servi militum, qui utique stultissimi sunt, servi scilicet stultorum*. Wir glauben deshalb, daß Isidor auch hier an eine alte, gelehrte Worterklärung anknüpft, um so mehr als seiner Welt, wie wir im folgenden sehen werden, das wirtschaftliche Erscheinungsbild des *mercennarius* nicht fremd war.

7. Das Weiterleben des Terminus mercennarius in der lex Visigothorum

Da man unter Verkennung der Bedeutung von *servire* aus Isidors Bemerkung auch schon den freien Lohnarbeiter erschlossen hatte, ist es nützlich zu beobachten, wie denn zu seiner Zeit *mercennarius* aufgefaßt wurde. Glücklicherweise finden wir *mercennarii* in der *lex Visigothorum* erwähnt. Aus der einen Stellengruppe, die vom Verbot handelt, *mercennarii* auszuführen, erschließt eine gängige Meinung ein Exportverbot für Sklaven. Doch ging es, wie Sierms unlängst dargelegt hat[151]), um etwas ganz anderes. *mercennarii* waren Sklaven, die am Hafen fremden Kaufleuten verdungen wurden. Da nun ein Kaufmann auf die Idee hätte kommen können, einen solchen *mercennarius* übers Meer mitzunehmen, wurde klargestellt, daß der Dienstvertrag keinesfalls dazu berechtigte. Zu groß wäre die Gefahr gewesen, daß der Sklave in der Ferne vom Kaufmann zu eigen gemacht und damit auf Nimmerwiedersehen entschwunden wäre. Wollte er sich dessen Dienste versichern, mußte er ihn schon kaufen oder aber eine ausdrückliche Ermächtigung des Eigentümers haben, der ihm die Mitnahme des gemieteten *mercennarius* erlaubte.

Haben wir hier *mercennarius* ganz klar in jenem Sinn verwendet, den wir für Isidor reklamiert haben, tauchen an einer anderen Stelle

[150]) Cic. Att. 5, 11, 6; epist. 9, 26, 3.

[151]) H. Sierms, Die Organisation der Kaufleute in der Merowingerzeit nach den Leges, erscheint in: Untersuchungen zu Handel und Verkehr der vor- und frühgeschichtlichen Zeit in Mittel- und Nordeuropa, Bd. 6 (Abh. Akad. Göttingen, im Druck), bes. bei Fn. 70ff., mit Erörterung der wirtschaftlichen Situation bei Fn. 85ff.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

doch erhebliche Zweifel auf, ob es sich um Sklaven handle. Siems spricht dort ganz unumwunden von freien *mercennarii*[172]):

lex Visig. 9, 1, 12. Antiqua. Si servus ingenuum se esse dicat et aput quemlibet fuerit immoratus sub certa conditione mercedis, si inveniatur a domino, non potest tamquam reus teneri, qui nesciens fugitivum mercennarii loco suscepit. Dominus vero fugitivi mercedem, que placita fuerat, consequatur. ...

Mit der hier behandelten Problematik sind wir meines Erachtens nicht weit von der Konstellation entfernt, die wir bei den an die fremden Kaufleute verdungenen *mercennarii* beobachten. Zwar legt der Eingangssatz, die Behauptung des Sklaven, er sei frei, der in der Formulierung an C. 6, 1, 4, eine Konstitution Konstantins[173]), anknüpft, den Gedanken an einen Freien zunächst nahe, als den sich ein flüchtiger Sklave ausgibt. Wir beobachten aber, daß die Sklavenflucht in den Germanengesetzen offenbar als akutes Problem empfunden wurde. Deshalb wurde allenthalben, auch in der *lex Visigothorum*, eine Pflicht statuiert, Fremde beim *iudex* zu melden[174]). Dieser *iudex* — welcher Notable sich auch immer unter dieser Bezeichnung verbergen mochte — hatte dann zu prüfen, wer der Fremde war. War das geschehen, so konnte dem Fremden ohne Risiko Obdach und Arbeit gegeben werden.

Es ging also sichtlich darum, die Anwesenheit von Fremden offenkundig zu machen, um dem Vorwurf des *plagium* von vornherein die Grundlage zu entziehen. Hatte in diesem Zeitpunkt der Fremde auch die Möglichkeit, sich als *mercennarius* — eben als Sklaven eines andern zu erklären? Damit stünden wir in diesen Gesetzen also vor einem Rechtfertigungsmuster, wie wir es ähnlich schon in einem Reskript Hadrians antreffen, wo derjenige keine Anklage befürchten mußte, der dem *fugitivus* zwar Bleibe und Arbeit gab, jedoch wußte, daß dieser schon früher gegen *merces* in der Gegend gearbeitet hatte (Call. D. 48, 15, 6, 1). Der große Unterschied liegt darin, daß in all diesen Germanenrechten die Prüfung unmittelbar nach der Aufnahme des

[172]) Bei Fn. 71.

[173]) C. 6, 1, 4, 3 (a. 317) *Quod si servus ingenuum se esse mentitus sub mercede apud aliquem fuerit, nihil si qui eum habuit poterit incusari.*

[174]) Lex. Visig. 9, 1; vgl. bes. 9, 1, 6. Antiqua. *Si aput quemcumque quinque vel septem dies homo incognitus aut latens moretur, qui eum ospicio suscepit vel humanitatem dedit, ante diem testetur hoctabum iudici vel vicario proxime civitatis aut territorii, ut illius, qui in loco maior est, interrogationes discussus, qui sit aut propter quid venerit, possit agnosci.* ... Vgl. noch lex. Burg. 39, 1 *Quicumque hominem extraneum cuiuslibet nationis ad se venientem susceperit, discutiendum iudici presentet, ut cuius sit tormentis adhibitis fatetur.* und lex. Rom. Burg. 6, 1.

Fremden erfolgen mußte[175]), wollte man sich vor dem Eigentümer des Sklaven exkulpieren können, während der *mercennarius* jetzt schon im vornherein bei der Erkundigung über sein woher und wohin sich als *mercennarius* hätte deklarieren — oder aber seine Freiheit behaupten — müssen.

Daß dies keine leere Spekulation ist, zeigt die spätere erweiterte Fassung, die die knappe Phrasierung lockert und die Bestimmung präziser darstellt:

lex Visig. 9, 1, 12 Erv. Si servus fugiens ingenuum se esse dicat, et unde sit ignoretur, sicque aput quemlibet fuerit immoratus sub certa conditione mercedis secundum superiorem legem, iudici antea presentetur et discutiatur. Et si mercennarium eum, non fugitivum investigatio iudicis perquirentis invenerit, si in postmodum inveniatur a domino, non potest tamquam reus teneri, qui nesciens fugitivum mercennarii loco suscepit. Dominus vero fugitivi mercedem, que placita fuerat, consequatur. ...

Hier wird ganz offensichtlich an die Situation gedacht, daß der Fremde, der sich als Freier ausgegeben hatte, sich später als *mercennarius* — und damit als Sklave entpuppt. Wenn die Untersuchung gleich bei der Aufnahme korrekt erfolgt war, wird das Engagement davon nicht berührt, doch muß, nachdem der wahre Sachverhalt ans Licht gekommen ist, der Lohn dem dominus ausbezahlt werden. War es bei der ersten Stellengruppe mit den Kaufleuten die Angst der Eigentümer, daß der *mercennarius* außer Landes gebracht werde, die hinter der Regelung stand, so wäre es hier ganz ähnlich die Besorgnis, den selbständig um Arbeit nachsuchenden Sklaven zu verlieren, wenn dieser sich an weiter entfernten Orten verdingte. Jedenfalls kann der Terminus *mercennarius* die Lage in aller Kürze treffend beschreiben, und wieder geht es um die Erscheinung, daß ein Sklave nicht bei seinem Herrn arbeitet, sondern sich auswärts als Sklave selber um Arbeit bemühen mußte.

Wie sich die Kontinuität genau erklärt, ob sie nur aus solchen Werken und Traditionen schöpft, die etwa ein Isidor verkörpert, es also nur um die — korrekte — Wiederverwendung eines schulmäßig gelernten Terminus ging, oder ob dahinter eine Konstante der ökonomischen Verfassung durchschimmert, und wie sich diese wiederum in die

[175]) Vgl. den Fall Lex Visig., frg. Gaud. (zu den Edd. Siems asO. Fn. 88), wo die Sklaveneigenschaft trotz Befragung durch den *iudex* nicht an den Tag kam. Die früheren — römischrechtlichen — Leges hatten noch die in Fn. 173 zit. Konstitution Konstantins vor sich.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Wirtschaft und Gesellschaft jener Zeit einordnet, ist für unsere Zwecke unwesentlich. Es ging uns allein um den Nachweis der semantischen Deckung mit der von uns für das klassische römische Recht beobachteten Bedeutung des Wortes *mercennarius*[178]).

8. Zusammenfassung und Ausblick

Auf unserem Gang durch die Quellen haben wir feststellen können, wie außerordentlich häufig *mercennarius* als Bezeichnung für einen Sklaven verwendet worden ist. Deshalb haben wir versucht, die Bedeutung nicht aus der Funktion als freier Lohnarbeiter zu erschließen, sondern umgekehrt die Bedeutung ‚lohnabhängiger, nicht beim Eigentümer arbeitender Sklave' als semantische Konstante zu nehmen. Wir sind dadurch auf eine in der Wirtschafts- und Sozialgeschichte bislang vernachlässigte Erscheinung gestoßen, den lohnabhängigen Sklaven, der in den juristischen Quellen sehr viel häufiger vorkommt als der in der Rezeption des römischen Rechts immer mehr in den Vordergrund tretende freie Lohnarbeiter. Freilich ist der *mercennarius* im Vergleich mit den anderen Stellen, die den lohnabhängigen Sklaven zeigen, viel seltener belegt. Deshalb haben wir uns überlegt, ob sich mit *mercennarius* nicht noch eine über den skizzierten Begriff hinausgehende spezielle Bedeutung verbindet.

Wir haben in der Tat deutliche Hinweise auf eine Differenzierung gefunden. Sie laufen dahin, daß der *mercennarius* zu Tätigkeiten im Haus herangezogen wurde, die auch eigene Sklaven zu verrichten pflegten. Das geht deshalb einher mit einer gewissen Integration in die *familia*, die zweifellos bei der Ausdehnung der Kompetenz des Hausgerichts auch auf *mercennarii* am eindrücklichsten faßbar wird. Sie ist aber auch dort noch deutlich, wo man hätte in Versuchung kommen können, aus dieser Funktion die Unterscheidung zum eigenen Sklaven undeutlich werden zu lassen. In den argumentativen Bemühungen wird dann sichtbar, wie nahe es lag, den *mercennarius* sogar statusmäßig dem Arbeitgeber zuzuordnen. Zwar sind die Juristen dieser Gefahr nie erlegen, dennoch kommt in solchen Abgrenzungen die Besonderheit des Daseins als *mercennarius* gut zum Ausdruck

[178]) In unserem Sinn würden wir dann auch deuten den schwerverständlichen § 6 der aus dem langobardischen Süditalien stammenden, ins 9. Jh. datierten *Lectio legum* (publiziert als Anhang zur Edition der Summa Perusina bei Patetta, BIDR 12 (1900) 296, nähere Angaben bei Siems aaO. Fn. 89).

und hilft mit, die Rolle zu erklären, die der *mercennarius* da und dort in den literarischen Quellen spielt.

Methodisch läßt sich aus unserer Untersuchung eine für die Forschung, wie wir meinen, wichtige Erkenntnis gewinnen. Wir mußten einen überaus großen Aufwand an Argumentation treiben, um eine im allgemeinen stillschweigend vorausgesetzte Prämisse zu erschüttern. Normalerweise lesen wir unsere lateinischen Texte so, daß wir überall, wo ein Lohnarbeiter ohne Angabe seines Status erwähnt wird, ohne weiteres auf einen Freien schließen. Wir versuchten für den *mercennarius* diese selbstverständliche Annahme umzukehren. Nicht die Freiheit, sondern die Unfreiheit hat der Römer beim Wort *mercennarius* herausgehört; nicht der freie Arbeitnehmer ist ihm geläufig und selbstverständlich, sondern der lohnabhängige Sklave. Erst von dieser Ebene aus können wir dann weiter fragen, ob dann und wann auch ein Freier diese Funktion übernehmen und sich als *mercennarius* verdingen konnte. Sicher wurden in diesem Fall höchstens faktisch, nicht aber rechtlich die Grenzen überschritten, auf denen ein freier Römer, selbst wenn er wie bei Petron im ärmlichen Aufzug des Corax daherkam, bestehen durfte.

Wirtschaftsgeschichtlich reizt die Einsicht, daß die römischen Juristen dem lohnabhängigen Sklaven ein besonderes Interesse entgegengebracht haben, natürlich zu weitreichenden Folgerungen. Unvermittelt taucht so eine Kategorie auf, die nicht ganz in das Bild paßt, das wir gewöhnlich von der Sklavenarbeit haben. Zwischen die im Haus des *dominus* wirkenden Sklaven und die einer eigenen Erwerbstätigkeit — sei es selbständig oder gegen Lohn — nachgehenden Freie schiebt sich jene Gruppe von Sklaven, die als lohnabhängige Arbeitskräfte verdingt wurden oder sich selber verdingten. Wenn aber lohnabhängige Arbeit typischerweise Sklavenarbeit war, müssen viele Annahmen, von der Bevölkerungsstruktur bis zur Behandlung der Arbeitnehmer, zwangsläufig ins Wanken geraten. Ein Paradigmawechsel bei der Lektüre unserer Texte müßte auch hier ins Auge gefaßt werden. Statt überall stillschweigend auf den freien Lohnarbeiter zu schließen, wo nähere Angaben zum Status fehlen, wäre zunächst ernsthaft mit einem Sklaven zu rechnen.

Es mag dünken, daß wir in der vorliegenden Abhandlung diesen Ansatz bis zum Exzeß durchgezogen haben. Schließlich ist ja bekannt, wie die Faszination für das Neue den Blick oft allzu einseitig schärft. Der Gefahr die darin lauert, sind wir uns bewußt. Andererseits dient

Senato della Repubblica - Archivio Storico
642

die Entschiedenheit, mit einem neuen Ansatz eingefahrene Denkgewohnheiten in Frage zu stellen, der wissenschaftlichen Diskussion. Mag dann die eine oder andere Stelle später differenzierter gesehen werden, so glauben wir doch, daß wir nicht mehr darumherumkommen werden, dem lohnabhängigen Sklaven jenen Stellenwert zuzumessen, der ihm aufgrund der juristischen und literarischen Quellen eignet. Es würde aber zu weit führen, die Konsequenzen der geänderten Perspektive im Detail auszumalen. Das sei einer breiter angelegten Monographie vorbehalten, an der wir gegenwärtig arbeiten[177]).

[177]) Als Kuriosum mag hier notiert werden, daß eine Entgegnung auf diesen Aufsatz aus der Feder von R. Martini, Labeo 35 (1989) 189–194, bei Abschluß der Arbeit am Manuskript bereits erschienen war. Jener Autor verfügt allerdings nicht über magische Fähigkeiten, sondern nur über die Courage, sich über alle akademischen Gepflogenheiten hinwegzusetzen und ein zum persönlichen Gebrauch im Hinblick auf die Diskussion seines eigenen Referates ausgehändigtes knappes und gedrängtes Vortragsmanuskript zu attackieren, wobei er sich vornehmlich auf Evidenz- und Autoritätsargumente stützt. Ob es ihm gelungen ist, das von ihm so bezeichnete *monstruum* (sic!) schon vor dem Flug auszumerzen, sei dem Urteil des Lesers überlassen. Wünschen möchte ich nur, daß der Diskurs weitergehen und es nicht beim *che basti davvero* bleiben wird.

IV.

Der spätantike Kolonat: Ein Substitut für die „Halbfreiheit" peregriner Rechtssetzungen?

Von

Peter Panitschek

Als ein wesentliches Charakteristikum des „Spätantiken Zwangsstaates" wird die Schaffung eines Institutes der unfreien, von der Sklaverei verschiedenen, Arbeitsorganisation angesehen, durch die die bislang — dem Gesetz nach — kündbare Pachtform der *locatio-conductio* ersetzt worden sei. Als erstes Zeugnis für diesen Vorgang wird ein diesbezüglicher Erlaß Konstantins von 332 n. Chr. (Cod. Theod. V 17, 1) betrachtet[1]), die zeitlich früheste Bestimmung, die den Kolonen an den Boden fesselt und zur Arbeit verpflichtet. Als Gründe dieser Entwicklung werden in der Forschung Krisenerscheinungen angeführt, deren gravierendste hier kurz besprochen werden sollen[2]).

[1]) So K. P. Johne, Kolonat und Kolonen, in: Die Kolonen in Italien und den westlichen Provinzen des römischen Reiches (= Kolonen), ed. K. P. Johne, J. Köhn, V. Weber, Berlin 1983, 17f. Ders., Kolonen und Kolonenwirtschaft nach den literarischen Quellen (= Kolonenwirtschaft), in: Kolonen, 160. Ders., Die Kolonen bis zum 3. Jh. u. Z. — Zusammenfassung der Ergebnisse in: Kolonen, 428. A. H. M. Jones, Der Römische Kolonat, in: H. Schneider, Sozial- und Wirtschaftsgeschichte der Römischen Kaiserzeit, WdF 552, Darmstadt 1981, 82. F. DeMartino, Wirtschaftsgeschichte des Alten Rom, München 1985, 440. A. H. M. Jones, The Roman Economy (= Economy), Oxford 1974, 294. F. L. Ganshofer, Le Statut Personel des Colon de Bas-Empire, AC 14 (1945), 269. G. Alföldy, Römische Sozialgeschichte, Wiesbaden 1984, 171. J. Bleicken, Verfassungs- und Sozialgeschichte des römischen Kaiserreichs, Bd. II, Paderborn 1978, 83.

[2]) Darstellungen dieser Faktoren bieten: F. DeMartino, a. O., 440–460. K. P. Johne, Kolonat und Kolonen, in: Kolonen, 17–28. G. Alföldy, a. O., 133–137, 146–147. M. Rostovtzeff, Social and Economic History of the

Senato della Repubblica - Archivio Storico

PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Serie I (Giuridica) Volume 20

STUDI IN MEMORIA
DI
GIULIANA D'AMELIO

I

STUDI STORICO-GIURIDICI

BIBLIOTECA INV. 116231

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1978

Senato della Repubblica - Archivio Storico 644

nimo Vivaldo o quien su poder o derecho huviere en la forma referida en dicho assiento. Y por este mi consejo supremo se le dara el despacho necessario de ratificacion y confirmacion de todo lo referido con privilegio firmado de nuestra real mano y despachado en toda forma (f. 67) de cancelleria, con declaracion del precio fixo del dicho empeño, y con las calidades y condiciones referidas en dicho assiento, y demas fuerças y firmezas, que para su validacion convengan, para mayor siguridad, y satisfacion, del dicho Geronimo Vivaldo y de sus herederos, y sucessores. Y prometemos, y damos nuestra palabra real, que aora, ni en ningun tiempo no se hira, ni contravendra por nos ni por nuestro real fisco ni por otro algun nuestro ministro, en juicio ni fuera del, a ninguna cosa de las contenidas y expressadas en este despacho, sino que todo sera firme estable, valedero, seguro, y irrevocable en todo tiempo y en todos casos, aunque sucediese nueva causa de publica utilidad y urgente necesidad, suppliendo en virtud de las presentes qualesquier solemnidades, y clausulas, que para la mayor corroboracion y firmeza de lo sobre dicho se requieran, y se hayan dexado de expressar, y continuar en este despacho, por que nuestra voluntad es, que tenga su devida execucion y cumplimiento, como en él preinserto assiento, y en este despacho se declara anullando, como anullamos, y damos por ningunas qualesquier leyes, (f. 67v) pragmaticas, estillos o costumbres de dicho nuestro reyno de Cerdeña que haya en contrario, y puedan embaraçar al dicho Geronimo Vivaldo la possession, y goze de la dicha pesqueria, y estanque y todas sus dependencias, y cobranza de sus fructos, y rentas, y a sus herederos y sucessores, hasta que llegue el caso de disolverse el dicho empeño, y bolverle y pagarle los dichos ciento y quarenta mil, nuevecientos y cinco reales de á ocho o su justo precio que quedara assentado, y lo demas que huviere de haver, conforme a este despacho, y assiento, dejando las dichas leyes, y pragmaticas para en quanto a lo demas en su fuerça, efficacia, y valor, y no hagan, ni permitan que se haga lo contrario en manera alguna, si los dichos ministros, officiales y subditos nuestros nuestra gracia tienen chara, y demas de nuestra ira, e indignacion en la pena sobre dicha dessean no incurrir, que tal es nuestra determinada voluntad, y que por razon de este despacho ni otro alguno, que se diere, tocante a lo sobre dicho, no se (f. 68) lleven derechos de media annata, y sello, en testimonio de lo qual mandamos despachar la presente con nuestro sello real comun pendiente, sellada. Datum en nuestra villa de Madrid a primero dia del mes de julio año del nacimiento de nuestro señor Jesu Christo mil seiscientos cinquenta y dos, y de nuestro reynado treinta y dos.

FRANCESCO SITZIA

CONSIDERAZIONI IN TEMA DI *PERICULUM LOCATORIS* E DI *REMISSIO MERCEDIS*

1. La testimonianza forse più interessante e controversa sui problemi relativi all'attribuzione del rischio in tema di *locatio conductio rei* è costituita da un noto passo del Digesto, la cui prima parte ci è pervenuta altresì attraverso un frammento papiraceo edito dall'Arangio Ruiz [1]:

D. 19, 2, 15, 2 (Ulp., l. 32 *ad ed.*):	PSI, XIV, 1449:
Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si	[*ex conduc*]*to aget*(*ur*)*. Si* [*vis temp*]*estatis ca*- [*lamitosae*] *consti*(*n*)*ge*- [*rit, an l*']*ocator condu*- [*ctori hoc*] *nomine ali*- [*quid prae*]*stare debe*- *at, videamu*]*s.* [*E*]*t refert* [*Pomponius Servium existimasse omnem vim, cui resisti non po-*

[1] PSI, XIV, 1449. L'Arangio Ruiz (p. 159) ritiene di poter datare il nostro papiro, non senza riserve, al IV sec. d.C. (nello stesso senso Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960 (rist. an. 1975), 256). Come si può osservare, il testo del papiro è assai simile a quello del Digesto. Per le differenze vedi Arangio Ruiz, *op. cit.*, 164 s, il quale ritiene di poter dare all'autorità intermedia il nome di Pomponio, osservando però che talvolta nel commento ulpianeo *ad edictum* Servio è citato attraverso la testimonianza dei suoi allievi. Il Steel, *Nachträge zu Lenel's Palingenesia iuris civilis Anhang der Papyri*, 1958, n. XLV, 58, considera esatta l'integrazione «*et refert Pomponius*». Il Wieacker, *op. cit.*, 256, considera il *calamitose* un «*schoerlich Glossem*».

Senato della Repubblica - Archivio Storico

645

qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si rancis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praetereiens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.

test, dominum colono praestare debere, ut puta fluminum rell.]

La scoperta del frammento papiraceo, il cui testo si presenta assai simile a quello del Digesto, ha dato un colpo decisivo alle ricostruzioni del nostro passo fondate su una critica interpolazionistica più o meno arbitraria e ha indotto la dottrina più recente a salvare la genuinità della prima parte del passo (fino a *corruptae sint*) (2). Permangono, invece, notevoli dubbi sulla genuinità della seconda parte, anche se a favore di essa si è di recente schierato l'Ankum (3) le cui osservazioni, se rappresentano per un verso un indubbio passo in avanti nell'indagine sul nostro testo, non mi sembra rendano però del tutto inutile un riesame della materia. Non è quindi inopportuno riprendere il passo nella sua globalità, non solo per esaminare il reale significato della distinzione attribuita a Servio, ma anche per tentare

(2) Ancora il THOMAS, *Remissio mercedis*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, III, Milano, 1973, 1272, tende a ritenere il passo genuino fino a *corruptae sint*.

(3) L'ANKUM, *Remissio mercedis*, in *RIDA*, 19, 1972, 223, nt. 9, ritiene tutto il nostro passo genuino. Le parole *si vero - coloni esse* sarebbero state aggiunte da Pomponio o da Ulpiano ad una serie di esempi risalente a Servio.

di stabilire se la casistica prospettata nella seconda parte rientri o meno nello schema proposto nella prima; in caso positivo, infatti, gran parte dei sospetti suscitati dal nostro passo sarebbe destinata a cadere.

Alcune osservazioni preliminari mi paiono subito necessarie per delimitare l'ambito di applicazione della regola riferita a Servio: *a*) il giurista non prende in considerazione i problemi connessi ad un vizio della cosa locata (4) bensì quelli relativi alla perdita del raccolto, ponendo i criteri per distinguere fra le ipotesi in cui questa perdita deve essere sopportata dal locatore e quelle in cui deve, invece, essere sopportata dal conduttore; *b*) al distinzione importa che nel primo caso il conduttore non è tenuto, nel secondo, invece, è tenuto a pagare la mercede pattuita, rimanendo quindi esclusa ogni valutazione dell'interesse positivo (5).

Una volta delimitato il campo di applicazione della regola posta da Servio, tentiamo di cogliere la *ratio* della distinzione. Se, infatti, non ha suscitato gravi problemi l'individuazione delle ipotesi in cui *periculum est locatoris*, la dottrina, non ha, invece, a mio avviso, del tutto colto il significato dell'espressione *vitia quae ex ipsa re oriuntur*. Nell'ambito di essa occorre però subito attribuire un particolare rilievo alla posizione del Nicosia, il quale ha posto bene in luce come i *vitia* in esame non possano essere considerati i vizi della cosa locata (6), ma ha, a mio avviso, proposto anch'egli una soluzione non del

(4) Così, giustamente, NICOSIA, *La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano*, in *RISG*, 92, 1957-58, 407 s. Vedi anche MESSINA, *Id quod interest*, Köln-Graz, 1962, 45; SEAGER, *Of « vis » and Weeds: D. 19, 2, 15, 2 and D. 19, 2, 19, 1*, in *SDHI*, 31, 1965, 331 s. Il nostro testo non va quindi posto in relazione con i passi che stabiliscono una responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata o per non aver messo quest'ultima nella disponibilità del conduttore. Indubbiamente interessante ma anche troppo generica l'affermazione del BETTI, « *Periculum* ». *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, I, Milano, 1956, 192, per cui, sulla base di D. 19, 2, 15, 2, « bisogna, tuttavia, distinguere, nell'affitto dei fondi, fra rischi anormali che facciano venir meno la stessa disponibilità della *res*, e rischi che invece rientrano nell'alea normale del tipo di contratto ».

(5) L'osservazione in esame è stata svolta in particolare dal KASER, *Periculum locatoris*, in *ZSS*, 74, 1957, 177 ss.

(6) La dottrina precedente, considerando i *vitia quae ex ipsa re oriuntur* come i vizi della cosa locata si era, infatti, posta in un vicolo cieco, non riuscendo ad accordare la testimonianza di D. 19, 2, 15, 2 con quella di numerosi

Senato della Repubblica - Archivio Storico

tutto soddisfacente limitandosi ad affermare essere i *vitia quae ex ipsa re oriuntur* i *vitia fructuum*.

A mio avviso la distinzione posta da Servio poggia su basi diverse e più ampie. Mi sembra, infatti, che il giurista repubblicano contrapponga nel nostro passo la perdita dei frutti dovuta a fattori esterni irresistibili (*vis cui resisti non potest*), alla perdita che deriva da un evento prodottosi nell'ambito dell'attività agricola (*vitium ex ipsa re*). Il ragionamento di Servio sembra dunque essere il seguente: occorre individuare un « ambito dei lavori agricoli » in quanto è sul conduttore che deve gravare il rischio per la perdita dei frutti causata da eventi che nascono all'interno di quest'ambito dei lavori; deve, invece, gravare sul locatore il rischio per la perdita dei frutti dovuta ad una forza che proviene dall'esterno e che può qualificarsi come *vis cui resisti non potest* (7). Si può quindi ragionevolmente ritenere che per Servio *vis cui resisti non potest* sia soltanto quella che proviene dall'esterno, come sembra comprovato, sia dal fatto che il giurista pone « *omnem* » *vim* (*cui resisti non potest*) a carico del locatore, sia anche dal fatto che nella seconda ipotesi non si impiega il termine *vis* ma il termine *vitium*. Costituisce pertanto, a mio avviso, una forzatura della prospettiva di Servio affermare che vengono posti a carico del conduttore i *vitia quae ex ipsa re oriuntur*, siano essi *vis maior* o no: per il giurista, infatti, il *vitium quod ex ipsa re oritur* non è mai *vis maior*, anzi si contrappone ad essa (8). La soluzione di Servio non appare, d'altronde, priva di una sua logica: il principio ispiratore, di cui il giurista non parla e che non rileva assolutamente sotto il profilo giuridico, ma che può aver determinato la decisione (9), mi sembra possa ravvisarsi nella circostanza che il *vitium* che nasce nell'ambito dell'attività agricola si sarebbe potuto evitare con un diverso comportamento da parte del colono (10).

La ricostruzione del pensiero di Servio che abbiamo proposto mi sembra possa essere confermata da un attento esame degli esempi addotti nel nostro testo.

Non penso possano, invero, sorgere problemi sui singoli esempi addotti come ipotesi di *vis maior*: la piena dei fiumi così come le devastazioni compiute dagli uccelli appaiono chiaramente come forze provenienti dall'esterno e non suscitate o comunque occasionate dai lavori agricoli.

Il discorso diventa indubbiamente più complesso per le ipotesi addotte come esempi di *vitia ex ipsa re*, ma un esame attento delle stesse mi sembra dimostri proprio la validità della soluzione proposta. Nessun problema può, invero, sorgere per il vino che diviene aceto (11), ma anche gli altri due casi prospettati sembrano rientrare

altri passi che in ipotesi di *vitium* della cosa locata affermano il principio *periculum est locatoris*. Ancora l'Arnum, *op. cit.*, 224 s., parla di « *vices des fruits qui sont la suite de la situation de la terre donnée en bail même* ».

(7) Naturalmente, perchè possa affermarsi il principio *periculum est locatoris* occorre che la *vis* che proviene dall'esterno sia irresistibile.

(8) Non mi sembra si debba quindi condividere, almeno se esaminiamo il testo sotto il profilo di Servio, l'affermazione dell'Arnum (*op. cit.*, 225, nt. 10) per cui il nostro testo è « *consacré entièrement à des cas de vis maior* ».

(9) E che, in ultima analisi, ha forse determinato la salvezza del nostro testo in epoca giustinianea. Si può, infatti, pensare col De Robertis (*La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustinianea*, III, Bari, 1972, 611) che nel diritto della compilazione il danno debba essere imputato al conduttore in quanto in colpa.

(10) La perdita dei frutti dovuta a *vitium ex ipsa re* potrebbe in ultima analisi essere ricollegata ad un comportamento del colono non sufficientemente diligente o comunque non adeguato sotto il profilo della tecnica di coltivazione; la perdita dei frutti dovuta a *vis maior* non si sarebbe, invece, potuta evitare con un diverso comportamento, per quanto diligente e tecnicamente corretto (vedi *infra*, nt. 21). In senso analogo già Nicosia, *op. cit.*, 413.

(11) Sui problemi connessi all'interpretazione della frase *si vinum coacuerit* vedi Nicosia, *op. cit.*, 410, nt. 23, il quale però liquida troppo frettolosamente, ritenendola « piuttosto peregrina », l'antica ipotesi secondo cui la nostra espressione andrebbe riferita ai casi « di uva che divenga acida già sulla pianta ». In realtà l'antica opinione, già sostenuta dal Cujas, trovava un certo appoggio nelle fonti: Cuiacius, *Observ.*, 26, 32: « *Nec huic sententiae quidquam adversantur illa verba d.l. 15 D. locat. si vinum coacuerit, quoniam illo loco, ut Cato loquitur, vinum pendens significatur, id est, uva ante vindemia pendens, dura vel cruda adeo, ut maturescere non possit. Nam et ita Varroni vinum legere est uvam legere, et Plautus Trinummo: vinum prius quam coactum est, pendet putidum. Non significatur ergo vinum quod coactum iam a colono factumque est: hoc enim etiam si casu maiore, veluti incursu hostium absumptum vel corruptum sit, non suo vitio, colonis est periculum, adeo ut nec ob eam rem deductionem ex pensione facere possit.*

A me sembra sia particolarmente interessante il passo di Catone citato dal Cujas: Cato, *De re rustica*, 147: *Hac lege vinum pendens venire oportet. Vinaceos inluitas et faecem relinquito. Locus vinis ad K. octob. primus dabitur. Si non ante ea exportaverit, dominus vino quid volet, faciet. Caetera lex, quae*

Senato della Repubblica - Archivio Storico
647

nel nostro schema: le erbe che rovinano le messi si sono prodotte, infatti, nel corso della coltivazione (12), così come nell'ambito dell'attività agricola nascono i vermi che rovinano il raccolto (13).

Se gli esempi addotti nella prima parte del testo appaiono in armonia con lo schema serviano, non mi sembra che il discorso debba essere diverso per gli esempi addotti nella seconda parte. Non è quindi inopportuno esaminarli singolarmente.

---

oleae pendenti. Il passo in esame mi sembra chiarisca l'ottica nella quale dobbiamo porci affrontando il nostro problema: se, infatti, l'uva viene venduta ancor sulla pianta ma viene consegnata dopo aver subito una serie di manipolazioni (con esclusione, sulla base della *lex sendniensis*, delle vinacce e della feccia, e con l'obbligo dell'acquirente di ritirarla alle Calende di ottobre), mi sembra non si possa negare che nell'attività agricola rientri la raccolta e la pigiatura dell'uva nelle botti. L'espressione *si vinum coeperit* potrebbe quindi riferirsi nel nostro caso al lasso di tempo che intercorre fra la maturazione dell'uva e le Calende di ottobre. Una tale impostazione mi sembra si attagli assai bene al concetto di *vitium ex ipsa re* che abbiamo avuto modo di proporre: l'inacidimento si produce, infatti, nell'ambito dei lavori agricoli e questo determina l'inclusione del nostro esempio nell'elenco contenuto in D. 19, 2, 15, 2.

Per una vendita di uva ancora sulla pianta vedi anche Plin., *Ep.*, 8, 2 (per il quale vedi Strado, *L'Italie agraria sotto Traiano*, Louvain, 1958, 117 ss.).

(12) Giustamente il DE ROBERTIS, *op. cit.*, III, 611, nt. 197, rileva che «i sistemi culturali dei romani, quali ci sono stati tramandati dagli *scriptores rei rusticae*, da Catone a Palladio, importavano un'enorme applicazione di lavoro manuale, prescrivendosi istantemente di zappettare le messi durante la crescita e di liberarle via via dalle cattive erbe». L'impostazione proposta mi sembra ci permetta di distinguere nettamente l'ipotesi prospettata nel nostro testo da quella prospettata in D. 19, 2, 19, 1. Come ha già rilevato il NICOSIA (*op. cit.*, 416 ss.), nel caso proposto in D. 19, 2, 19, 1 si ha un *vitium* della *res locata* (*mancebatur*), nel nostro caso, invece, il *vitium* si produce, a mio avviso, nell'ambito dell'attività agricola: si tratta, infatti, di erbe che nascono su un terreno arato e coltivato (Festus s.v. *seges* (LINDSAY, 460): *seges dicitur ea pars agri, quae arata et conita est, a serendo videlicet*).

(13) Ad una mentalità moderna questa affermazione potrà anche apparire non del tutto corretta: noi saremmo, infatti, portati a considerare i vermi come un *vitium* della *res locata* in quanto esistenti nel terreno anteriormente al contratto di locazione. Non così nella visuale dei romani, per i quali i vermi nascevano nella carne, nello sterco o nelle radici delle piante e potevano quindi considerarsi come occasionati dall'attività agricola. Sul termine *rauca* vedi Plin., *Nat. hist.*, 17, 30 (130): *Olea, ubi quercus effossa est, male ponitur, quoniam vermes, qui raucae vocantur, in radice quercus nascuntur et transeunt*; Col., *De arb.*, 17, 3: *Si oleam posueris eo loco, unde quercus effossa est, emorietur, ideo quod quidam vermes, qui raucae dicuntur, in radice quercus nascuntur, eique maxima semina olene consumunt.*

La prima ipotesi prospettata è quella di una *labes* la quale *omnem fructum tulerit*. Il termine impiegato nel nostro passo è, invero, troppo generico perchè si possa individuare con certezza l'evento cui il giurista intende riferirsi. Mi sembra comunque che lo schema serviano sia rispettato non solo se si intende la *labes* nel senso di *calamitas e caelo* (14), ma anche se si ritiene che il testo faccia riferimento ad un'ipotesi di frana. È, infatti, pensabile che una frana in grado di distruggere *omnem fructum* non sia costituita da un cedimento del terreno del fondo locato ma da uno smottamento di terreno di vaste proporzioni prodottosi a monte e che determina un'ingente caduta di materiale verso valle, nel qual caso non possono sussistere dubbi in ordine al fatto che ci troviamo di fronte ad un'ipotesi di *vis cui resisti non potest*. Ma anche nell'ipotesi, pur sempre verosimile, di frana prodottasi nel fondo locato, non mi sembra che l'evento possa essere considerato *vitium ex ipsa re* nel senso che abbiamo proposto (15): la frana è sempre qualcosa di estraneo rispetto ai lavori agricoli, qualcosa che non può certo dirsi normalmente cagionato ed occasionato da questi, e si presenta quindi per il colono sempre come una *vis cui resisti non potest*. Appare pertanto corretta e conforme al pensiero di Servio la soluzione per cui, nell'ipotesi di *labes, periculum est locatoris* (16).

Il secondo caso proposto è quello di un raccolto di olive distrutto *uredine vel solis fervore non adsueto* (17). Anche in questo caso non

---

(14) Il che mi sembra più corretto. Così FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, III, Patavii, 1940 (rist. an.), 5: «*Si labes facta sit, omnemque fructum tulerit. h.e. e caelo calamitas*». Vedi anche Arnob., *Adversus nationes*, 5, 40: *An iniuria gravior ulla potis est reperiri, quam terram et pluviam vel quodlibet aliud — nihil enim refert quae fiat interpretatione conversio — Iovis et Cereris dicere atque appellare concubium et cum deorum criminibus labem imbris e caelo et telluris significare maiorem?* Attribuendo al termine *labes* un simile significato non penso possano sussistere dubbi sul fatto che ci troviamo di fronte ad un'ipotesi di *vis maior*.

(15) Certo, se si considerasse il *vitium ex ipsa re* come il vizio della cosa locata, la frana sarebbe da considerare in questo caso come *vitium ex ipsa re*. Abbiamo però già visto come tale impostazione non sia sostenibile.

(16) Non saprei se far risalire a Servio o attribuire a Pomponio (vedi *supra*, nt. 3) o ad Ulpiano la giustificazione *ne - cogatur*.

(17) Sull'*uredo* vedi Plinius, *Nat. hist.*, 18, 68 (275): *Plerique dixere rorem inustum sole aevi frugibus robiginis causam esse et carbunculi vitibus, quod ex*

Senato della Repubblica - Archivio Storico 648

penso possano sussistere dubbi (18) sul fatto che l'evento che cagiona la perdita del prodotto si presenta al colono come una *vis cui resisti non potest* e che è quindi corretta e rispondente al pensiero di Servio l'affermazione *damnum domini futurum*.

Il discorso diviene più complesso per la precisazione *si vero nihil...* con la quale non si introduce, a mio avviso, come, invece, sembra ritenere l'Ankum (19), un criterio diverso per risolvere i nostri problemi, ma si opera soltanto una precisazione nell'ambito dello schema serviano. Il giurista (20) osserva infatti che se l'evento che ha cagionato la perdita dei frutti non è da considerare *extra consuetudinem* esso non si presenta più come *vis maior* rilevante per l'applicazione del principio *periculum est locatoris*: ogni buon agricoltore deve sapersi difendere dall'inclemenza degli elementi, né può dolersi se il sole d'agosto brucia o d'inverno piove e fa freddo (21).

Ugualmente, continua, a mio avviso, il giurista, *damnum coloni est*, nell'ipotesi in cui *exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit*. Questa parte del passo è stata, invero, la più contestata; la quasi totalità della dottrina (22), infatti, accettando l'interpunzione proposta dal Mommsen, ha ritenuto di dover inserire un punto prima di

parte falsum arbitror, omnemque uredinem frigore tantum constare sole innocuo. Vedi anche Cic., *De nat. d.*, 3, 35: *...'nec, si uredo aut grando quipiam nocuit, id Iovi animadvertendum fuit.*

(18) Ad una mentalità moderna potrebbe forse apparire non corretta la qualificazione dell'*uredo* come ipotesi di *vis maior*. I testi citati alla nota precedente mi sembra escludano però ogni dubbio per i romani.

(19) ANKUM, *op. cit.*, 225: « *Pomponius a proposé plus tard un autre critère pour résoudre le problème des risques* ».

(20) Riterrei con l'ANKUM (*loc. cit.*) più verosimile l'ipotesi che la precisazione sia da attribuire ad Ulpiano o a Pomponio piuttosto che a Servio.

(21) Anche in questo caso, pur impostando il giurista il nostro problema in termini di rischio, e rimanendo quindi esclusa ogni indagine sul comportamento del colono, appare evidente che ciò che porta ad affermare il principio *periculum est conductoris* è la considerazione che non si può venire incontro ad un agricoltore il quale perde il raccolto perchè non sa difendersi dalle normali manifestazioni delle forze della natura. Se nel corso di un'estate non eccezionalmente calda gran parte dei frutti è andata perduta perchè seccatasi, ciò è da imputare non al calore del sole ma all'imperizia dell'agricoltore; se solo alcuni frutti si sono seccati, questo fatto rientra nei normali rischi a cui è esposta l'attività agricola ed ai quali il coltivatore sa bene di andare incontro: nè nell'uno nè nell'altro caso potrà aversi *remissio mercedis!*

(22) Vedi, per tutti ANKUM, *op. cit.*, 224.

dicendum e di dover quindi separare la nostra affermazione dalla precedente: il testo non affermerebbe pertanto che *periculum est coloni* ma che, invece, *periculum est locatoris*. Una tale impostazione dava però luogo ad una serie di problemi; ci si domandava, infatti, perchè sarebbe stata riproposta un'ipotesi che era già stata esaminata nella prima parte del passo (*aut si incursu hostium fiat*); si osservava, inoltre, che, mentre gli altri casi proposti venivano introdotti con *sed et si*, nel nostro si aveva un'introduzione diversa. Dall'insieme di queste considerazioni si deduceva una prova in più per il carattere insitizio del passo, quasi che attribuire le scorrettezze ad un giurista postclassico o ai compilatori risolvesse e non invece spostasse soltanto il problema: perchè mai, infatti, un rielaboratore postclassico o i compilatori avrebbero dovuto riprospettare un esempio già addotto nella prima parte ed impiegare un linguaggio diverso per introdurre il caso? Il problema può essere risolto, a mio avviso, soltanto se si elimina il punto posto dal Mommsen all'inizio della frase e si intende quindi l'*idemque dicendum* come riferito a *damnum coloni esse*. Il giurista (23) viene, infatti, a mio avviso, a ragionare in questo modo: così come è il colono a dover sopportare il danno nell'ipotesi in cui *nihil extra consuetudinem acciderit*, così è il medesimo colono a dover sopportare il danno nell'ipotesi in cui *exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit*. Inteso in questo modo il passo non è privo di una sua logica e, soprattutto, non è, a mio avviso, in contraddizione con la prima parte. Altro è, infatti, l'*incursus hostium* che distrugge il raccolto, altro la circostanza che alcuni soldati di passaggio abbiano asportato qualcosa (*aliquid*) dal fondo: in questa seconda ipotesi il conduttore non sarà liberato dal pagamento della mercede (24).

(23) Considerato il collegamento con la frase precedente, sarei portato ad attribuire anche la nostra frase a Pomponio o a Ulpiano piuttosto che a Servio. Nel riportare il pensiero del giurista repubblicano poteva, infatti, risultare utile precisare che la perdita di alcuni frutti, per quanto dovuta a *vis maior*, non dava luogo all'applicazione del principio *periculum est locatoris* (vedi *infra*, par. 2, D. 19, 2, 25, 6).

(24) L'interpunzione proposta mi sembra risolva anche il problema rappresentato dal modo in cui viene introdotto il caso. Il giurista, infatti, non inspiega l'espressione *sed et si* proprio perchè non propone un caso nuovo ma si sofferma ancora sui limiti del principio *periculum est locatoris*, prospettando un

Senato della Repubblica - Archivio Storico 648

L'ultimo esempio di cui il testo tratta è quello di un terremoto, che non può non essere qualificato come *vis maior* e che dà quindi luogo, ancora una volta, all'applicazione del principio *periculum est locatoris*. Vi è solo da osservare che il terremoto presenta una diversa rilevanza nelle ipotesi di locazione di abitazioni e nelle ipotesi di locazione di fondi rustici; normalmente, infatti, un terremoto di media intensità è in grado di distruggere o comunque lesionare gravemente una costruzione, mentre non determina, se non assai di rado, danni rilevanti ai raccolti; di qui l'utilità della precisazione del giurista: perchè si applichi il principio *periculum locatoris* occorre che si tratti di un terremoto di tale intensità da sconvolgere il terreno e distruggere il raccolto (*sed si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit*).

Tutti gli esempi addotti si inseriscono quindi assai bene nello schema proposto da Servio e riferito da Ulpiano; non vedo pertanto ragione alcuna per contestare la classicità (25) della seconda parte (26) di D. 19, 2, 15, 2 (27).

---

secondo esempio in cui il principio in esame non trova applicazione. Mi sembra particolarmente significativo il fatto che Columella, nel descrivere le qualità di un buon podere, senta il bisogno di avvertire che deve essere lontano dalla via militare: Col., *De re rustica*, 1, 5, 6.

(25) Anche se non si può negare che il discorso di Ulpiano possa essere stato accorciato dai compilatori: in particolare la frase *sed et si labes...* sembra, infatti, presupporre l'esistenza di una frase precedente nella quale si accolla il danno al *dominus fundi*.

(26) Anche se, come abbiamo visto (vedi *supra*, nt. 16), si può ritenere che non tutto il passo risalga a Servio. Sulla motivazione *oportere-posse* vedi Horak, *Rationes decidendi*, Aalen, 1969, 103 s.

(27) Abbiamo visto che in D. 19, 2, 15, 2 si ha una ripartizione del rischio che pone a carico del locatore la perdita dei frutti derivante da *vis cui resisti non potest*, a carico del conduttore, di contro, la perdita derivante da un evento prodottosi (o, comunque, occasionato) nell'ambito dei lavori agricoli. Un ulteriore indizio della correttezza della soluzione proposta mi sembra possa essere offerto da alcuni testi in tema di *locatio operis* nei quali, in ordine alla ripartizione del rischio, pur di fronte a problemi assai diversi da quelli prospettati in D. 19, 2, 15, 2, un giurista della prima epoca classica quale Labeone sembra ragionare in termini analoghi a quelli di Servio: D. 19, 2, 62: (Labeo, l. 1 *pith.*): *Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est.* Paulus: *immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit*

2. Le osservazioni finora svolte sembrano confermate da un passo di Gaio, sulla cui genuinità si è molto discusso (28), ma che non sembra possa essere sostanzialmente attaccato (29):

> D. 19, 2, 25, 6 (Gaius, l. 10 *ad ed. prov.*): *Vis maior, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit: alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.*

---

detrimentum. A noi interessa soltanto la prima parte del passo, il cui reale significato mi sembra sia stato posto assai bene in luce dal Cannata (*Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969, 219 ss., 230 ss.). Il nostro autore ha, infatti, posto in evidenza che la *ratio* della soluzione labeoniana va ricercata nel fatto che per l'appaltatore di un canale una frana non può essere considerata *vis maior* proprio in quanto trattasi di evento prodottosi nell'ambito dei lavori. Così inteso il nostro testo non appare privo di una sua logica e non contrasta, nonostante le apparenze, con la testimonianza di D. 19, 2, 33 (Africanus, l.8 *quaest.*): *Si fundum quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus tenebaris.* La frana, nel caso in esame, si è prodotta, infatti, prima dell'inizio dei lavori relativi alla costruzione dell'*insula (solum corruisset)*, ed è quindi corretto affermare che *periculum est locatoris*, in quanto grava sull'appaltatore soltanto il « pericolo di crollo che possa essere stato causato od occasionato dall'attività di costruzione: e questo rischio, che trova la sua fine al momento della *probatio*, prende inizio con l'inizio dei lavori » (Cannata, *op. cit.*, 223). L'affermazione di Africano non appare quindi in contrasto con quella di Labeone, ed anzi il principio ispiratore delle decisioni presenta, a mio avviso, nonostante le diversità evidenti delle ipotesi esaminate, notevoli analogie col principio che, come abbiamo visto, stava alla base della distinzione operata da Servio in D. 19, 2, 15, 2: sul locatore grava il *periculum* della *vis maior*, sul conduttore il *periculum* per i danni che si siano prodotti nell'ambito della sua attività (agricola o edile che sia).

(28) Mayer Maly, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, 135 e 142 e bibliografia ivi citata.

(29) Sarei portato a ritenere genuina anche la frase *alioquin - aufertur*, la cui soppressione non comporta, peraltro, alcun mutamento di carattere sostanziale. Vedi comunque *infra*, nt. 31.

Senato della Repubblica - Archivio Storico 650

Ancora il Mayer Maly [29] espungeva dal nostro testo le frasi *plus — est* e *alioquin auferetur* [30], ma le sue osservazioni non sembrano affatto probanti. La precisazione di Gaio appare, anzi, necessaria [32]: non esiste, infatti, annata agraria nella quale il colono non debba sopportare la perdita di alcuni frutti a causa di un evento che possa essere qualificato come *vis maior* [33]: solo se questo evento si presenta come eccezionale e tale da determinare una perdita di frutti rilevante troverà però applicazione il principio *periculum est locatoris!* Il passo di Gaio non è quindi in contrasto con i principi affermati in D. 19,2,15,2, rappresenta anzi una precisazione necessaria nell'ambito dello schema serviano [34].

3. Quale il rapporto fra lo schema serviano e le attestazioni delle fonti che concernono la *remissio mercedis*? L'argomento è stato affrontato assai di recente dall'Ankum [35] e dal Thomas [36] i quali, pur sotto prospettive del tutto diverse, hanno sottoposto a revisione

(29) Mayer Maly, *op. cit.*, 135. Il nostro autore (142) ritiene il testo rielaborato in epoca postclassica. *Contra* Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, 114, nt. 3.

(31) Ancora l'Ankum, *op. cit.*, 226, nt. 16, considera la frase in esame una glossa postclassica. Sulla provenienza cristiana o stoica del nostro principio vedi Mayer Maly, *op. cit.*, 136, nt. 38.

(32) Anche se, naturalmente, dall'insieme del testo appare la preoccupazione dei proprietari di veder richiesta la *remissio* in tutti i casi di raccolto non particolarmente abbondante, preoccupazione, come vedremo, assai viva presso la classe dirigente romana nel corso del II secolo. Sui problemi connessi alle locazioni dei fondi rustici e sul tentativo di risolverli mediante il passaggio dalla locazione alla colonia parziaria vedi comunque *infra*, nt. 76.

(33) Basti pensare ad alcuni degli esempi addotti in D. 19, 2, 15, 2: gli storni o le cornacchie sono, in numero limitato, sempre presenti, incidendo negativamente sul raccolto, ma soltanto se vi è stata una vera e propria invasione si potrà parlare di *vis maior* rilevante in ordine all'applicazione del principio *periculum est locatoris!*

(34) Per l'Ankum, *op. cit.*, 226, il criterio adottato da Gaio dovrebbe essere considerato diverso da quello adottato da Servio e conforme a quello adottato da Pomponio in D. 19, 2, 15, 2 (vedi *supra*, e nt. 20). Abbiamo però già visto che in D. 19, 2, 15, 2 l'espressione *si vero nihil...* non introduce un criterio diverso per la risoluzione dei problemi di rischio, ma opera una precisazione nell'ambito dello schema serviano.

(35) Ankum, *op. cit.*, 219 ss.

(36) Thomas, *op. cit.*, 1271 ss.

critica la tesi del Mayer Maly e del Kaser [37], che vedevano nella *remissio mercedis* un istituto sorto in epoca imperiale per venire incontro alle necessità dell'agricoltura; in particolare il Thomas ha proposto di considerare la *remissio mercedis* nient'altro che l'applicazione del principio generale stabilito in D. 19, 2, 15, 2 [38].

Non è quindi inopportuno riprendere in esame i testi in tema di *remissio mercedis* seguendo lo schema espositivo di Ulpiano e prendendo pertanto le mosse da

> D. 19, 2, 15, 3 (Ulpianus, l. 32 *ad ed.*): *Cum quidam incendium fundi allegaret et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est.*

A prima vista la soluzione imperiale appare conforme al principio enunciato in D. 19, 2, 15, 2. L'incendio si presenta, infatti, come un'ipotesi di *vis maior*, ed anche la precisazione *si praedium coluisti* appare corretta: solo se vi è stata coltivazione del fondo l'incendio ha distrutto i frutti, e solo se i frutti sono andati distrutti si può porre un problema di *remissio mercedis*. Quale utilità presentava quindi per il colono il rivolgersi all'autorità imperiale per ottenere la *remissio*? Ad una tale domanda l'Ankum ha cercato di rispondere [39] ponendo in luce che la procedura dell'*ordinaria cognitio* non assicurava una tutela sufficientemente rapida e sicura, in particolare poneva il colono nella condizione di dover attendere di essere citato dal locatore per far valere le sue ragioni [40].

(37) Mayer Maly, *op. cit.*, 140 ss.; Kaser, *op. cit.*, 173 ss.

(38) Una delle obiezioni di maggior peso che può essere rivolta alla tesi del Thomas è costituita dal fatto che il nostro autore ritiene di poter affermare che i testi relativi alla *remissio mercedis* costituiscono un'applicazione del principio stabilito in D. 19, 2, 15, 2, senza aver prima indagato sulla reale portata della distinzione tra *vis cui resisti non potest* e *vitia quae ex ipsa re oriuntur* (Thomas, *op. cit.*, 1272: « *Nor is it necessary to investigate the nature of the distinction between vis cui resisti non potest and vitia ex ipsa re* »).

(39) Ankum, *op. cit.*, 235 s.

(40) Mentre il colono poteva avere interesse ad una soluzione più rapida e sicura della vertenza. Nell'ipotesi in cui la mercede fosse stata pagata in una unica soluzione all'inizio del rapporto (vedi Palazzolo, *Osservazioni in tema di legato con effetto liberatorio in favore del conduttore*, in *IVRA*, 16, 1965, 134), il conduttore avrebbe dovuto convenire in giudizio il locatore per sostenere la restituzione.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Le osservazioni dell'Ankum, senza dubbio assai interessanti, sembrano basarsi sul presupposto che il rescritto imperiale determini un mutamento di procedura con conseguente ricorso alla *cognitio extra ordinem*. Una simile impostazione è stata però di recente sottoposta ad un'acuta revisione critica ad opera del Palazzolo (41), per cui è forse opportuno rilevare un altro aspetto del problema che nasce dalla distinzione che si è prospettata tra *vis maior* e *vitium ex ipsa re*: il fuoco, infatti, non si presenta sempre come *vis maior* nel senso che abbiamo proposto, in quanto potremmo ben trovarci di fronte ad un incendio che scoppia *fortuito casu* (42) ma nell'ambito dell'attività agricola (43). L'imperatore, ritenendo sufficiente per la concessione della *remissio* che l'incendio si sia prodotto *fortuito casu* ed abbia distrutto il raccolto, si sarebbe quindi posto, nell'affrontare i nostri problemi, in un'ottica che non coincide perfettamente con quella di Servio.

4. Un discorso assai più ampio ed articolato merita, invece, la testimonianza di:

> D. 19, 2, 15, 4 (Ulpianus, l. 32 *ad ed.*): *Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam. hoc idem et in vectigalis damno respondit. sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio. quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? verius dicetur et si superiores uberes fuerunt et erit locator, non debere eum ad computationem vocari.*

(41) Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti da Adriano ai Severi*, Milano, 1974. Il Palazzolo (75, nt. 6) rileva che nel nostro caso «siamo addirittura fuori del processo».

(42) Per incendi che scoppiano *fortuito casu* da fuochi accesi dal conduttore vedi, ad esempio, D. 19, 2, 9, 3 e D. 19, 2, 11, 1 (per i quali vedi Miquel, *Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale*, in *ZSS*, 81, 1964, 170 ss. e bibliografia ivi citata).

(43) Ricordiamo, infatti, che non di rado il fuoco viene impiegato a scopi agricoli (vedi, ad es., Virg., Georg., 1, 84: *saepe etiam sterilis incendere profuit agros atque levem stipulam crepitantibus urere flammis*). Indubbiamente, se si deve riconoscere che il caso presentato all'imperatore non sembra essere quello di un incendio che scoppia *fortuito casu* nell'ambito dell'attività agricola, mi sembra non si possa però negare che l'ottica della risposta imperiale non coincide con quella della decisione di Servio; il fatto che l'*incendium* venga qualificato *repentinum* non sembra possa, infatti, escludere la possibilità che l'incendio scoppi nell'ambito dell'attività di coltivazione, anche se non necessariamente da un fuoco acceso dal conduttore.

Il passo costituisce senza dubbio una delle testimonianze chiave della nostra ricerca ed occorre quindi esaminarlo assai da vicino prendendo le mosse dalla classificazione dell'evento che ha dato luogo alla concessione della *remissio mercedis*, cioè la *sterilitas*. Ciò mi sembra tanto più rilevante in quanto anche altri passi (44) che ci interessano considerano, come vedremo, quale causa tipica di concessione della *remissio mercedis* la *sterilitas*. Volendo argomentare sulla base dello schema proposto in D. 19, 2, 15, 2 dovremmo pertanto chiederci se annoverare la *sterilitas* tra le ipotesi di *vis cui resisti non potest* ovvero tra quelle di *vitium ex ipsa re*. A me sembra che proprio nel caso in esame lo schema serviano, così elegante e preciso in astratto, fosse in concreto, nonostante le precisazioni di Pomponio e di Gaio, di difficile applicazione. La *sterilitas*, infatti, può essere ricondotta non soltanto ad una *vis cui resisti non potest*, ma anche ad eventi che sono *nihil extra consuetudinem*, o, addirittura, ad una cattiva coltivazione (45). Essa, inoltre, non produce normalmente la perdita totale dei frutti, per cui sarebbe spettato al giudice indagare nel singolo caso se l'ipotesi che gli veniva prospettata era quella di un raccolto esiguo, ma che rientrava pur sempre nelle alterne vicende a cui è sog-

(44) Vedi *infra*, par. 6. Il problema della definizione della *sterilitas* (nonchè dell'*uberitas*) ha costituito un'autentica croce per gli interpreti medievali. Vedi, a questo proposito, l'approfondita ricerca del Mayer, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, Milano, 1957, 69 ss.

(45) Sulla *sterilitas*, oltre ai passi che avremo occasione di citare in testo, vedi anche Cic., *De div.*, 1, 57; Quint., *Inst. or.*, 8, 5, 22; Vell. Pat., *Hist. rom.*, 1, 1; Col., *De re rustica*, 2, 10, 1; Svet., *Claudius*, 18. L'Ankum, *op. cit.*, 229, nt. 2, fa osservare che *sterilitas* «peut tout avoir le sens de sterilitas agrorum: infertilité, que celui de sterilitas fructuum: mauvaise récolte». Direi però che il nostro testo si interessa delle ipotesi di cattivo raccolto e non, invece, delle ipotesi di terreno di per sè sterile, dal quale, fra l'altro, sarebbe impossibile pre-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

getto il lavoro degli agricoltori, ovvero di fronte ad un'assenza assai grave di prodotto dovuta a *vis maior* (46).

Un breve esame di alcune fonti letterarie mi sembra possa meglio chiarire le nostre affermazioni:

> Plin., *Nat. hist.*, 18, 69: *Ante omnia autem duo genera esse coelestis iniuriae meminisse debemus. Unum quod tempestates vocamus, in quibus grandines, procellae, ceteraque similia intelliguntur: quae quum acciderint, vis maior appellatur. Haec ab horridis sideribus exeunt, ut saepius diximus, veluti Arcturo, Orione, Hoedis. Alia sunt illa, quae silente coelo serenisque noctibus fiunt, nullo sentiente, nisi quum facta sunt. Publica haec, et magnae differentiae a prioribus, aliis rubiginem, aliis uredinem, aliis carbunculum appellantibus, omnibus vero sterilitatem. De his nunc dicemus, a nullo ante nos prodita, priusque causas reddemus.*

Plinio, nel nostro passo, distingue due ipotesi di *coelestis iniuria*, la prima chiamata comunemente *vis maior*, la seconda *sterilitas*, qualificata dal fatto di prodursi *silente coelo, serenisque noctibus, nullo sentiente*. Indubbiamente anche la seconda ipotesi rientra nel concetto di *vis maior* secondo lo schema serviano (47), le circostanze, però, in cui si produce il danno, mi sembrano tali da determinare una situazione di incertezza sulla reale portata della causa, specie nelle ipotesi non di assenza pressochè totale ma di scarsezza più o meno notevole di prodotto. Il colono, infatti, sarebbe stato indotto, in simili ipotesi, a far apparire assai rilevanti i danni patiti e ad attribuirli alla *iniuria coeli*, il *dominus*, di contro, a considerare l'evento *nihil extra consuetudinem* o, comunque, ad attribuire la perdita dei frutti a coltivazione negligente (48). La *sterilitas*, infatti, può essere ricondotta an-

vedere un buon raccolto (vedi, ad es., Hig., *de cond. agr.* (Lachm., 116, 23 ss.): *in his igitur agris quaedam loca propter asperitatem aut sterilitatem non invenerunt emptores. itaque in formis locorum talis adscribio, id est* IN MODUM COMPASCUAE, *aliquando facta est, et* TANTUM COMPASCUE).

(46) Ad esempio, di fronte ad una gravissima e poolungata siccità.

(47) Ricordiamo che uno dei casi previsti in D. 19,2,15,2 è quello del raccolto di olive distrutto *uredine vel solis fervore non adusto*.

(48) È sì vero che l'ipotesi di *sterilitas* di cui tratta Plinio non è certo la sola ipotesi in cui sia configurabile la concessione della *remissio mercedis*, mi sembra però che anche in altri casi il nostro problema si ponesse in termini analoghi. Prendiamo, ad esempio, l'ipotesi di siccità: tranne i casi, peraltro non frequentissimi, in cui questa appaia prolungata ed evidente, noi ci troveremo di fronte, il più delle volte, ad estati particolarmente calde e secche che sarà peraltro assai difficile qualificare con certezza come ipotesi di *vis maior* o come eventi *nihil extra consuetudinem*.

che a cattiva coltivazione (49), come sembra dimostrato dalla testimonianza di

> Plin., *Nat. hist.*, 16, 47: *facit et densitas sterilitatem* (50).

Questa situazione di oggettiva incertezza poteva indurre le parti ad accordarsi con un *pactum* in forza del quale la mercede sarebbe stata dovuta al locatore solo se le annate seguenti (51) fossero state particolarmente favorevoli. Un *pactum* di tal fatta poteva essere configurato come *transactio* in quanto accordo diretto ad evitare una lite attraverso reciproche concessioni (52) e possiamo ritenere che esso trovasse applicazione proprio nelle ipotesi di *sterilitas* (53); si può anzi pensare che l'interesse a mantenere buoni rapporti col colono (54) inducesse il locatore a concedere la *remissio* nelle ipotesi di *sterilitas* con una certa largbezza su semplice richiesta del conduttore (55).

(49) Fra l'altro, potrebbero ipotizzarsi dei casi in cui si riscontrasse la presenza di entrambi gli elementi che producono la *sterilitas*, cioè l'*iniuria coeli* e la cattiva coltivazione.

(50) Il passo di Plinio non riguarda in particolare le ipotesi di coltivazione; trattandosi però di un'affermazione generale, essa può riferirsi sia alle ipotesi di alberi che nascono spontaneamente, sia all'ipotesi, invece, di un frutteto nel quale non siano state rispettate le distanze tra albero ed albero.

(51) Sul rapporto tra annate precedenti ed annate seguenti vedi *infra*, par. 8.

(52) La concessione da parte del colono era da ravvisare nel fatto che il colono stesso, nell'ipotesi di *uberitas* degli anni seguenti, non avrebbe più potuto, sulla base dell'accordo, opporsi al pagamento della mercede per l'anno sterile allegando l'esistenza della *vis maior* e la conseguente applicazione del principio *periculum est locatoris* sulla base dello schema serviano.

(53) Vedi, infatti, *infra*, p. 355, la testimonianza di Plin., *Ep.*, 10, 8, 5.

(54) Interesse, come vedremo (vedi *infra*, par. 5, attestato dalle fonti letterarie e determinato dalla particolare situazione economica.

(55) Almeno nella prassi di alcune regioni (vedi *infra*, par. 5). Sulle clausole contrattuali contenute in alcuni papiri che pongono i rischi derivanti da *vis maior* a carico del conduttore vedi Ankum, *op. cit.*, 227, nt. 17 e bibliografia lvi citata; Alzon, *Les risques dans la « locatio-conductio »*, in *Labeo*, 12, 1966, 314, nt. 14.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Soltanto se ci si pone in questa prospettiva si può, a mio avviso, comprendere il pensiero di Papiniano (56). La prima affermazione del giurista si inserisce, infatti, assai bene nello schema proposto: se il *dominus* ha concesso (57) la *remissio ob sterilitatem*, nell'ipotesi in cui gli anni seguenti siano particolarmente favorevoli potrà richiedere la mercede *etiam eius anni quo remiserit*.

Il discorso diviene indubbiamente più complesso per la parte seguente, nella quale Papiniano estende il principio in esame anche alle ipotesi in cui la *remissio* sia stata concessa al colono *verbo donationis*; in questo caso, infatti, si sarebbe potuto sostenere che la mercede non era dovuta neanche nelle ipotesi in cui le annate seguenti fossero state favorevoli. Il problema che più da vicino ci interessa è quello di comprendere le ragioni che inducono Papiniano (58) ad escludere nel nostro caso l'esistenza di una donazione. Si potrebbe, infatti, a prima vista affermare che l'esclusione è determinata dal fatto che ci troviamo dinnanzi ad un'ipotesi in cui la *remissio* costituisce per il locatore un obbligo giuridico sulla base dei principi relativi alla ripartizione del rischio nella locazione dei fondi rustici (59). Una tale

(56) L'esposizione del pensiero di Papiniano termina, a mio avviso, con *sed transactio*. La parte seguente è, come vedremo (vedi *infra*, nt. 66), da attribuire ad Ulpiano.

(57) Il caso discusso da Papiniano sembra essere quello di un *dominus* il quale, verosimilmente su richiesta del colono, ha concesso la *remissio* senza qualificare ulteriormente la sua concessione. Il giurista si chiede se in questa ipotesi il *dominus* abbia comunque tacitamente inteso riservarsi il diritto di richiedere la mercede qualora le annate seguenti siano particolarmente favorevoli: la risposta è positiva anche nell'ipotesi in cui il *dominus* abbia qualificato la sua concessione come *donatio*.

(58) Che, fra l'altro, come ha rilevato l'Arcuri (*La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, 176; voce *donazione (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, 944), è il giurista forse più sensibile ai problemi posti dalla donazione.

(59) In quest'ottica possono spiegare la posizione di Papiniano gli autori che ritengono l'istituto della *remissio* una mera applicazione dei principi contenuti in D. 19, 2, 15, 2. Mi sembra però che tutta la problematica di Papiniano contribuisca a dimostrare che l'istituto della *remissio* aveva le sue radici in ipotesi controverse: che senso avrebbe avuto, infatti, per il *dominus* concedere la *remissio verbo donationis* in casi di distruzione totale del prodotto dovuta inequivocabilmente a *vis maior*? Il colono era ben cosciente in queste ipotesi di non dovere alcunchè, mentre, in casi controversi, poteva essere utile, anche sotto il profilo psicologico, al *dominus* contestare l'esistenza della *vis maior* e concedere la *remissio* facendola apparire come benevola donazione.

affermazione mi sembra colga però soltanto una parte della realtà, e, soprattutto, si ponga in un'ottica che non è quella di Papiniano. Il giurista, infatti, discute dei problemi connessi alla possibilità per il *dominus* di ottenere la mercede anche per l'anno sterile nell'ipotesi di *uberitas* degli anni seguenti, ed è soprattutto sulla base di questo elemento che esclude, a mio avviso, l'esistenza della *donatio*. Mi sembra particolarmente significativo, a questo proposito, il fatto che nella parte seguente del passo, la cui genuinità non ritengo si possa escludere (60), Papiniano contrapponga nel nostro caso *donatio* e *transactio*:

(60) Mi rendo conto che l'espressione *quasi-transactio* può suscitare una serie di sospetti sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale. Tralasciando pure le ipotesi radicali di interpolazione di tutta la seconda parte del nostro passo da *sed et si* (in questo senso Mayer Maly, *op. cit.*, 144), può ancora destare sospetto, sotto il profilo formale, l'uso del *quasi* (per il quale vedi, in relazione al nostro passo, Peterlongo, *La transazione nel diritto romano*, Milano, 1936, 339 s., e bibliografia ivi citata; in generale Wenger, *Zur Denkform des « quasi » in der römischen Jurisprudenz*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, III, Milano, 1973, 1387 ss., e bibliografia ivi citata). Sotto il profilo sostanziale la Peterlongo (*op. cit.*, 339) ha osservato che « il termine *transactio* non ha ragione di figurare » nel nostro passo « nè in significato tecnico nè per via di approssimazione » ed ha creduto di poter ricondurre « l'intrusione dell'accenno alla transazione alla tendenza compilatoria di ravvisare nella transazione il contrapposto della donazione ». La Peterlongo (322 s.) cita a sostegno della sua tesi la testimonianza di alcuni testi (D. 47, 2, 52, 26; C. 2, 19, 7), ma argomenta in particolare sulla base di D. 2, 15, 1 (Ulpianus, l. 50 *ad ed.*): *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero pacisitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit*. Giustamente il Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, 345, nt. 555, ha però posto in evidenza che « per quanto la transazione si attuasse con un *pactum*, il medesimo poteva certamente servire anche ad attuare una *donatio in remittendo*, onde parrebbe lecito ammettere che Ulpiano abbia potuto distinguere appunto fra il *pactum transigendi causa* e il *pactum donandi causa* (potrebbe semmai ritenersi interpolata la parola « *liberalitate* », espressione cara ai giustinianei: cfr. Archi, *op. cit.*, 280 ss.). Non è poi del resto del tutto da escludere che Ulpiano in questa sede possa aver parlato della transazione se alla medesima, sempre commentando la stessa clausola edittale, aveva avuto modo di accennare Gaio in D. 29, 3, 1 pr.-1 (17 *ad ed. prov.*) richiamato dalla stessa Peterlongo ». Anche il Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli, 1966, 161, annovera D. 2, 15, 1 fra i passi che mostrano come « proprio le opere più legate al metodo casistico, i *Commentaria ad Edictum*, contengono numerosissime e valide definizioni ».

Mi sembra quindi che se si riconosce l'origine pattizia del meccanismo della

Senato della Repubblica - Archivio Storico 654

per il giurista, quindi, anche il *dominus* che abbia concesso la *remissio verbo donationis* (61) ha inteso riferirsi (62) ad un istituto che comporta la possibilità di richiedere la mercede in caso di annate seguenti particolarmente favorevoli e che perciò non può essere considerato donazione (63).

La decisione di Papiniano, che appare ispirata ad un certo favore verso i proprietari, non poteva non suscitare una serie di problemi nell'ipotesi in cui l'anno *sterilis* fosse stato l'ultimo del contratto di locazione: in quel caso, infatti, non sarebbe stata configurabile una compensazione con le annate seguenti e sarebbe venuta meno la *ratio* che aveva indotto Papiniano ad escludere l'esistenza di una *donatio*. Si può, invero, pensare che nei casi in esame il *dominus* avrebbe concesso più di rado la *remissio mercedis* (64) ed avrebbe preferito espe-

---

remissio mercedis il termine *transactio* impiegato da Papiniano in D. 19, 2, 15, 4 non possa essere considerato del tutto fuori luogo.

Per la dottrina meno recente su D. 19, 2, 15, 4 vedi BARTOLINI, *Della transazione secondo il diritto romano*, Napoli-Roma-Milano, 1900, 92 s., il quale ritiene che nel nostro passo il termine *transactio* sia impiegato in senso ampio. Non si interessa del nostro passo, vista la particolare impostazione del suo lavoro, lo SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971.

(61) In quali ipotesi il *dominus* avrebbe concesso la *remissio verbo donationis*? Si possono, invero, ipotizzare delle situazioni in cui il *dominus*, pur contestando in assoluto l'esistenza della *sterilitas*, venga però incontro alle richieste del colono, qualificando quindi la *remissio* come donazione.

(62) La decisione di Papiniano in tanto è comprensibile in quanto si riconosca che ormai la *remissio mercedis* era talmente diffusa nella prassi da considerare applicabile il suo normale funzionamento anche in ipotesi di esplicita dichiarazione del *dominus* di voler concedere la *remissio verbo donationis*.

(63) L'attività del *dominus* non rientrerebbe quindi nella categoria del *donare* bensì in quella del *negotium gerere*, che, come osserva l'ARCHI, voce *Donazione (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, 931, « ricomprende qualsiasi attività d'affari qualificata oggettivamente dalla circostanza generica che trattasi di una qualunque lecita attività patrimoniale e soggettivamente dal fatto che l'agente, anche laddove miri a realizzare uno specifico interesse patrimoniale altrui, intende al contempo tutelarne uno suo proprio ».

(64) Il *dominus* poteva comunque aver interesse a mantenere buoni rapporti col colono in relazione al rinnovo dei contratti di locazione, anzi Columella (*De re rustica*, 1, 7, 3) consiglia di non cambiare troppo spesso il colono (vedi MAZZA, *Lotte sociali e restaurazione autoritaria nel III secolo d.C.*, Roma-Bari, 1973, 171 s.).

rire l'*actio locati* che, male che andasse (65), lo avrebbe visto soccombente; comunque il problema sotto il profilo teorico rimaneva ed era tale da giustificare la domanda che Ulpiano (66) si pone. Mi sembra comunque significativo il fatto che il giurista sposta la sua ottica e si limita ad affermare che, nel caso la *remissio* sia stata concessa nell'ultimo anno, gli anni precedenti non devono venire in considerazione (67): soluzione, invero, ovvia, ma che non appare priva di significato se solo si pone mente alla circostanza che al tempo di Ulpiano il regime legale della *remissio* tendeva a sovrapporsi a quello convenzionale, importando una rilevanza delle annate precedenti (68).

5. Le considerazioni fin qui esposte sull'esistenza di una prassi di concessione della *remissio mercedis*, in particolare nell'ipotesi di *sterilitas*, mi sembrano confermate da alcune fonti letterarie, di cui la dottrina romanistica non ha tenuto il debito conto, ma che sono state opportunamente segnalate dal Masi (69).

La più antica delle nostre testimonianze è assai risalente, potendo essere datata intorno alla metà del I secolo d.C.:

---

(65) Nell'ipotesi in cui il *iudex* avesse ritenuto che la *sterilitas* era dovuta a *vis cui resisti non potest* e che essa aveva leggermente il raccolto. Nell'ipotesi di pagamento anticipato il locatore si sarebbe lasciato convenire con l'*actio conducti*.

(66) Sarei, infatti, portato a ritenere che l'esposizione del pensiero di Papiniano termini con *sed transactio*. Nella parte seguente Ulpiano riprenderebbe il suo discorso in prima persona. In questo senso già THOMAS, *op. cit.*, 1275: « *In the final sentence, certainly, verius dicetur makes one suspicious but there is little reason to doubt the substance. Quid tamen, etc., suggests Ulpian's own rider to Papinian's statement* ». Ancora per l'interpolazione di tutto il brano da *quid tamen* il LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella locatio conductio rei*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, II, Napoli, 392.

(67) Sarei propenso a considerare iusticia la frase *et scit locator* che sembra far dipendere l'irrilevanza del buon raccolto degli anni precedenti dal fatto che il locatore ne fosse a conoscenza e avesse, ciononostante, concesso la *remissio*. Nello stesso senso ARRUM, *op. cit.*, 229.

(68) Vedi *infra*, par. 8 e 9, e quest'ultimo in particolare.

(69) In una conferenza tenuta a Firenze presso il Circolo toscano di Storia del diritto il 22 aprile 1977 sul tema: *Il problema della remissione della mercede nella locazione di fondi rustici alla luce di una testimonianza di Columella (de re rustica, 1, 7, 3)* [ora in questo volume, 273-283].

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Col., *De re rustica*, l. 7, 1: *Comiter agat cum colonis facilemque se praebeat, et avarius opus exigat quam pensiones, quoniam et minus id offendit et tamen in universum magis prodest. Nam ubi sedulo colitur ager, plerumque compendium, numquam, nisi si caeli maior vis aut praedonis incessit, detrimentum adfert, eoque remissionem colonus petere non audet.*

Il nostro testo mi sembra risulti assai interessante sotto diversi profili. In linea generale possiamo, infatti, osservare che esso costituisce una prova delle nostre affermazioni circa l'interesse del locatore a mantenere buoni rapporti col conduttore evitando di richiedere con troppa insistenza la mercede anche là dove, applicando rigidamente lo schema serviano, essa sarebbe stata dovuta (70). Più in particolare, per ciò che concerne la *remissio*, possiamo osservare che Columella evidenzia l'interesse del locatore ad una buona conduzione del fondo in quanto in tali ipotesi normalmente il colono *remissionem petere non audet*. Il nostro testo, se non dimostra certo l'esistenza di un obbligo di concedere la *remissio*, dimostra però che l'istituto era diffuso nella prassi del I secolo e che funzionava con una certa elasticità: la richiesta di concessione della *remissio* da parte del colono poteva essere influenzata da una serie di fattori, ed era comunque bene per il locatore prevenirla piuttosto che opporsi ad essa. Il problema più grave che il nostro testo presenta è piuttosto quello di identificare le ipotesi nelle quali, coltivando diligentemente il podere, il colono *remissionem petere non audet*. Se, infatti, si ritiene che Columella intenda riferirsi ai casi di *caeli maior vis aut praedonis*, si deve concludere che il passo in esame non può essere addotto come prova delle nostre

(70) Nel senso che il locatore, pur di mantenere questi buoni rapporti, era interessato a fare delle concessioni al conduttore. Vedi Col., *De re rustica*, 1, 7, 2: *Sed nec dominus in unaquaque re, cui colonum obligaverit, tenax esse iuris sui debet, sicut in diebus pecuniarum vel ligni et ceteris parvis accessionibus exigendis, quarum cura maiorem molestiam quam impensam rusticis adfert; nec tunc est vindicandum nobis quicquid licet, nam summum ius antiqui summam putabant crucem.* Questo interesse del locatore, già evidente in Columella, diverrà sempre più pressante in proseguo di tempo: già alla fine del I secolo era assai difficile convincere gli affittuari a rinnovare i contratti (Strabo, *op. cit.*, 108 ss.).

affermazioni circa l'origine della *remissio* in ipotesi controverse. Una attenta analisi del testo di Columella mi sembra rafforzi, invece, le nostre conclusioni. Tentiamo di seguire più da vicino il discorso dell'autore: Columella afferma che il campo ben coltivato produce per lo più un vantaggio, giammai (tranne che in ipotesi particolari) un danno (71), e che perciò il conduttore *remissionem petere non audet*. Mi sembra particolarmente significativa la contrapposizione tra *plerumque* da un lato e *numquam* dall'altro, la quale non esclude che, sebbene assai di rado, il fondo possa produrre un vantaggio minimo od anche nessun vantaggio, ma mai un danno. Ed è appunto la consapevolezza di poter comunque compensare un eventuale cattivo raccolto col raccolto delle annate seguenti l'elemento che induce il colono che coltiva correttamente il podere a non chiedere la *remissio* nonostante un'annata sfavorevole (72). Le ipotesi di *caeli maior vis aut praedonis* si inseriscono quindi nel discorso di Columella come ipotesi del tutto particolari in cui esiste addirittura un danno e non può quindi non applicarsi rigidamente lo schema serviano (73).

Il passo di Columella testè esaminato non rappresenta, d'altra parte, la sola testimonianza letteraria che ci è pervenuta in tema di *remissio mercedis*. L'esistenza del nostro istituto è, infatti, documentata anche in due passi delle *Epistulae* di Plinio.

(71) Il danno si avrebbe, a mio avviso, nelle ipotesi in cui il colono non riuscisse a recuperare col raccolto neanche le spese.

(72) Cioè un'annata sterile caratterizzata da un prodotto assai scarso.

(73) Il Strabo, *op. cit.*, 111 s., osserva che per Columella la pratica della *remissio* era « fatto usuale al suo tempo, ma solo in certi casi: si *caeli maior vis aut praedonis incessit*. Insomma solo nei casi eccezionali dipesi da forza maggiore, perché un campo ben lavorato apporta sempre un guadagno e mai una perdita ». A me sembra che per comprendere a fondo l'ottica di Columella occorre porre in evidenza che la limitazione dei casi (soltanto ipotesi estreme di *vis maior*) in cui la mercede non è dovuta deriva proprio dal fatto che il colono coltiva diligentemente il fondo. Se così non fosse, infatti, aumenterebbero le ipotesi in cui non si ha *compendium* ed il *dominus* si vedrebbe esposto assai più spesso alle richieste di *remissio*. Tutto il discorso di Columella mi sembra impostato sotto questo profilo: il *dominus* deve esigere *avarius opus quam mercedes* proprio perché una buona coltivazione limita notevolmente le ipotesi in cui la mercede non è dovuta.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

656

Esaminiamo in primo luogo:

> Plin., *Ep.*, 9, 37, 2-3: *Nam priore lustro, quamquam post magnas remissiones, reliqua creverunt; inde plerisque nulla iam cura minuendi aeris alieni, quod desperant posse persolvi; rapiunt etiam consumuntque quod natum est, ut qui iam putent se non sibi parcere. 3 Occurrendum ergo augescentibus vitiis et medendum est. Medendi una ratio, si non nummo, sed partibus locem ac deinde ex meis aliquos operis exactores, custodes fructibus ponam. Et alioqui nullum iustius genus reditus, quam quod terra, caelum, annus refert.*

Nella nostra lettera, indirizzata a Valerio Paulino (74), Plinio si scusa per non poter essere presente a Roma in occasione del *processus consularis* dell'amico in quanto trattenuto in campagna dai problemi comuni al rinnovo dei contratti di locazione delle proprie terre (75). Egli si mostra intenzionato a passare dalla forma della locazione a quella della colonia partiaria (76) in quanto, nonostante le *magnas remissiones* del quinquennio precedente (77), i debiti arretrati dei coloni si sono accresciuti ed i coloni stessi non dimostrano quindi più alcun interesse al risparmio, disperando ormai di poter saldare i propri debiti. Il testo, se non ci informa in alcun modo circa il funzionamento della *remissio*, ci informa almeno dell'esistenza del nostro istituto e costituisce quindi anch'esso un indizio per una revisione critica della tesi del Mayer Maly e del Kaser che pongono la nascita della *remissio* nella legislazione del tardo principato.

Maggiore interesse presenta, invece, un'altra testimonianza dello stesso Plinio:

(74) Su Valerio Paulino vedi Sirago, *op. cit.*, 106 s.

(75) Si tratta dei terreni di Plinio situati in Toscana: vedi Sirago, *op. cit.*, 107 ss.

(76) Sui problemi connessi al passaggio dalla locazione alla colonia partiaria, in particolare in relazione alla testimonianza del nostro passo, vedi Sirago, *op. cit.*, 106 s.; Mazza, *op. cit.*, 170 s.

(77) La nostra lettera dovrebbe essere stata scritta, secondo il Sirago (*op. cit.*, 107), nell'estate dell'anno 107. Il quinquennio precedente, di cui parla Plinio, dovrebbe essere datato sett. 98 - ago. 103 (lo stesso Plinio, in *Ep.* 4, 6, ci informa di una violenta grandinata in Toscana nel 103). Il quinquennio in corso dovrebbe quindi scadere nell'agosto 108.

> Plin., *Ep.*, 10, 8 (24), 5: *Non est autem simplicitatis meae dissimulare apud bonitatem tuam obiter te plurimum collaturum utilitatibus rei familiaris meae. Agrorum enim, quos in eadem regione possideo, locatio, cum alioqui CCCC excedat, adeo non potest differri, ut proximam putationem novus colonus facere debeat. Praeterea continuae sterilitates cogunt me de remissionibus cogitare, quarum rationem nisi praesens inire non possum.*

Mi sembra particolarmente significativo il fatto che Plinio ricordi come causa di concessione della *remissio mercedis* la *sterilitas* e ritenga di doversi recare sul posto per valutare se addivenire o meno a delle concessioni. Evidentemente egli intendeva appurare se ci si trovava dinnanzi semplicemente ad un raccolto non particolarmente buono, ovvero dinnanzi ad una scarsità di prodotto tale da giustificare la concessione della *remissio*. Il testo dimostra inoltre che già alla fine del I secolo (78) la prassi di concedere la *remissio* nelle ipotesi di *sterilitas* era diffusa al punto che Plinio riteneva di non poter fare a meno di prendere in considerazione il problema (*cogunt me...*) (79).

6. Una conferma dell'ipotesi che proprio la *sterilitas* (80) generasse una serie di problemi che era opportuno risolvere mediante apposite clausole già al momento della conclusione del contratto, mi sembra possa essere offerta da un passo del Digesto tratto dal libro III *Opinionum* di Ulpiano (81):

(78) La nostra lettera risale, infatti, al 98 d.C. (vedi Sirago, *op. cit.*, 107 s.). Come abbiamo visto (vedi *supra*, e nt. 77), i contratti rinnovati nell'estate del 98 d.C. per il quinquennio 98-103 non condussero a risultati favorevoli né per Plinio (costretto ad ulteriori remissioni), né per i suoi coloni, i cui debiti si accrebbero notevolmente.

(79) Noi non sappiamo se i contratti di locazione conclusi da Plinio prevedessero una clausola apposita per le ipotesi di *sterilitas*. Certo l'efficacia probatoria del nostro passo sarebbe notevole se noi potessimo del tutto escludere una tale eventualità: ne risulterebbe, infatti, una tendenza a considerare l'obbligo di concedere la *remissio* come ricompreso nell'*oportere ex fide bona* (vedi *infra*, par. 9). Sul rapporto *remissio mercedis - consuetudo regionis* vedi *infra*, par. 8, in fine.

(80) In quanto difficilmente riconducibile allo schema serviano.

(81) Sul nostro passo vedi Santalucia, *I «libri opinionum» di Ulpiano*, II, Milano, 1971, 164 ss.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

D. 50, 8, 3, 2 (Ulpianus, l. 3 *opinionum*): *Sed si in locatione fundorum pro sterilitate temporis boni viri arbitratu in solvenda pensione cuiusque anni pacto comprehensum est, explorata lege conductionis fides bona sequenda est.*

La situazione di oggettiva incertezza cui dava luogo l'ipotesi di *sterilitas* poteva indurre le parti ad inserire nel contratto di locazione (52) delle previsioni particolari che, nel caso in esame, non si concretavano nella concessione della *remissio* ma nell'attribuzione ad un *arbiter* della determinazione dell'ammontare della mercede per le annate sterili (53). Appare quindi, ancora una volta, assai verosimile la ipotesi che anche la *remissio mercedis* sia nata nell'ambito degli accordi fra le parti contraenti ed in relazione ad eventi, quali la *sterilitas*, che mal si adattavano allo schema serviano (54). Si può anzi ragionevolmente ritenere che, in assenza di pattuizioni specifiche al momento della conclusione del contratto, si fosse formata, almeno nella prassi di certe regioni (55), una certa aspettativa del colono a vedere concessa la *remissio*, che, anzi, la concessione della *remissio* apparisse ormai come un obbligo nascente dalla buona fede (56).

In una simile prospettiva non desta alcuna meraviglia, anzi appare del tutto naturale il fatto che Ulpiano in D. 19, 2, 15, 4 (57) non senta il bisogno di riferirsi ad alcuna costituzione imperiale ma si limiti, invece, a riportare il pensiero di Papiniano.

(52) Ricordiamo che il passo fa parte del titolo *De administratione rerum ad civitates pertinentium*. Le clausole del contratto di locazione erano state quindi predisposte dagli organi della *civitas*.

(53) Niente vietava che anche un meccanismo come quello della *remissio mercedis* potesse essere previsto nella *lex locationis*, ma, in assenza di previsioni specifiche al momento della conclusione del contratto, ad esso poteva addivenirsi una volta verificatasi la *sterilitas*.

(54) Riterrei quindi solo in parte fondata l'idea del Thomas (vedi *supra*, nt. 38) per cui la *remissio mercedis* in inserisce nello schema serviano.

(55) Vedi *infra*, par. 8, i problemi connessi all'esegesi di C. 4, 65, 19.

(56) Il meccanismo della *remissio mercedis* tende quindi a divenire un elemento « naturale » del contratto di locazione, secondo uno schema evolutivo analogo, per certi versi, a quello della garanzia per evizione nella compravendita.

(57) Come ha già posto in risalto il Thomas, *op. cit.*, 1275.

7. Un riferimento ad un rescritto imperiale è invece contenuto nel successivo paragrafo 5:

D. 19, 2, 15, 5 (Ulpianus, l. 32 *ad ed.*): *Cum quidam de fructuum exiguitate quereretur, non esse rationem eius habendam rescripto divi Antonini continetur. item alio rescripto ita continetur: 'Novam rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur'.*

Mi sembra però che il rescritto in esame ben si inserisca nella linea di evoluzione dell'istituto della *remissio mercedis* che abbiamo testè delineato. Infatti, la prassi della concessione della *remissio* nei casi di *sterilitas* poteva non solo far apparire conforme alla buona fede la concessione della *remissio* in tali ipotesi, ma anche estendere l'aspettativa del colono ad ipotesi più ampie. In questo senso può spiegarsi la richiesta all'imperatore di *remissio* in ipotesi di *exiguitas fructuum* in generale e di *vetustas vinearum* in particolare. Vi è però da osservare che nel caso in esame l'imperatore non concede la *remissio* (58), dimostrando quindi di non muoversi (59) nella direttrice di favorire comunque il colono o genericamente l'attività agricola, ma di prendere atto di una prassi già esistente senza alcuna volontà innovativa (60).

8. Una certa volontà innovativa, non necessariamente però a favore del colono, può, invece, scorgersi nella testimonianza di

C. 4, 65, 8 (Imp. Alexander A. Sabiniano Hygino): *Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua labe tempestatis vel alio caeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent, et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur, rationem tui iusta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque*

(58) Il Sirago, *op. cit.*, 112, afferma, con una certa enfasi, che la richiesta avrebbe suscitato « lo scandalo ed il risentimento dello stesso buon imperatore ».

(59) Almeno nel nostro caso. Abbiamo però visto che una certa tendenza a favorire il colono poteva ravvisarsi, ad esempio, in D. 19, 2, 15, 3.

(60) Vedi però la nota precedente nonché *infra*, par. 9.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

formam qui ex appellatione cognoscet sequetur (PP. k. Aug. Pompeiano et Peligno conss.) [a. 231].

Il nostro testo estende, da un canto, l'applicazione della *remissio* alle ipotesi in cui la mercede non sia stata pattuita in denaro bensì *certis annuis quantitatibus* (91), ma la subordina, dall'altro, ad alcuni requisiti. Nel nostro caso, infatti, ad essa si fa luogo se niente in proposito è stabilito nel contratto di locazione, se le consuetudini regionali non impongono che anche le ipotesi di *vis maior* siano poste a carico del conduttore (92), se, infine, le *sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae* non *probabuntur*. In particolare quest'ultima limitazione può far sorgere una serie di problemi se si ritiene che l'imperatore si riferisca non soltanto all'*uberitas* degli anni seguenti ma anche a quella degli anni precedenti (93) che, come si ricorderà,

(91) Mi sembra che il nostro testo debba essere riferito ad un'ipotesi in cui la mercede era stata stabilita in una quantità fissa di prodotto piuttosto che ad un caso di colonia partiaria. Sul nostro passo vedi, da ultimi, THOMAS, *op. cit.*, 1276; ANKUM, *op. cit.*, 232.

(92) L'ANKUM, *op. cit.*, 232, sulla base di alcuni manoscritti, che riportano *ut mos regionis* in luogo di *aut mos regionis*, ritiene di poter dare un significato diverso al nostro passo: *« si toutefois il n'a pas été stipulé dans le contrat de bail, comme il est nécessaire à cause de la coutume régionale, que tout dommage de la récolte, provoqué par la tempête ou par toute autre raison climatologique, sera pour votre compte... »*. L'esegesi dell'Ankum è stata determinata dall'esigenza, già avvertita dal MAYER MALY (*op. cit.*, 145), di inserire un *non* innanzi a *postulat* per rendere compromibile il nostro testo nella lezione tradizionale (*aut mos*). L'accoglimento della tesi dell'Ankum (che non appare peraltro confermata da Bas. 20, 1, 70), non pregiudica comunque il discorso complessivo che andiamo conducendo su C. 4, 65, 8.

(93) A rigore potrebbe trattarsi più delle annate precedenti che di quelle seguenti, specie se si suppone che la richiesta di *remissio* sia stata fatta non appena verificatasi la *sterilitas* e che la procedura sia stata sufficientemente rapida. Non mi sembra, infatti, decisivo per un richiamo alle annate seguenti l'uso del futuro *probabuntur* che mi sembra, invece, determinato dalla circostanza che la prova dell'*uberitas* dovrà essere fornita dal locatore nel processo di fronte al magistrato al quale l'imperatore rimanda il colono richiedente. Mi sembra interessante notare che ancora gli interpreti bizantini rivelano notevoli incertezze in ordine al problema in esame: lo sch. 'Εάν ad Bas. 20, 1, 70 (SCHELTEMA, B III, p. 1211) parla, infatti, espressamente di annate seguenti: ἐκ τῆς μετὰ ταῦτα εὐφορίας ...; gli sch. Πάσα e τοῦτο non distinguono, invece, tra annate precedenti ed annate seguenti: ἄλλοι ἐνιαυτοί... ; τῶν ἄλλων ἐνιαυτῶν...; il testo di Bas. 20, 1, 70 (SCHELTEMA, A III, p. 998) parla, invece, espressamente di annate precedenti: ...πρὸς τὰς γενομένας τῆς εὐφορίας...

Ulpiano in D. 19, 2, 15, 4 (94) aveva, invece, considerato irrilevanti: ne risulterebbe, infatti, una tendenza imperiale a favorire, almeno sotto questo profilo, il locatore e non il colono.

I grossi limiti del presunto atteggiamento di favore della cancelleria imperiale verso gli agricoltori mi sembrano confermati dalla testimonianza di:

> C. 4, 65, 19 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Iulio Valentino): *Circa locationes atque conductiones maxime fides contractus servanda est, si nihil specialiter exprimatur contra consuetudinem regionis. quod si alii remiserunt contra legem contractus atque regionis consuetudinem pensiones, hoc aliis praeiudicium non potuit adferre* (S. v k. Mai. Heraclione AA. conss.) [a. 293].

Il campo di applicazione della *remissio mercedis* viene anche nel nostro testo sostanzialmente delimitato: ad essa si fa luogo, infatti, soltanto in assenza di una *consuetudo regionis* (95) che disponga in maniera diversa: in caso, infatti, questa consuetudine esista, la buona fede importa che ad essa (e non al meccanismo della *remissio*) debba farsi riferimento. La testimonianza del nostro testo può però interessarci sotto un altro profilo: da esso apprendiamo, infatti, che il nostro istituto era talmente diffuso e funzionale (96) che il *dominus* soleva concedere la *remissio* anche là dove la *lex contractus* la escludeva

(94) Indubbiamente la prospettiva di Ulpiano è diversa da quella imperiale. Nel caso esaminato in D. 19, 2, 15, 4, infatti, il locatore ha concesso la *remissio* ed è quindi ovvio che non possa far valere l'*uberitas* delle annate precedenti, mentre nel nostro caso la concessione della *remissio* viene chiesta all'imperatore che sembra subordinarla all'assenza di *uberitas* degli anni precedenti. È appunto il passaggio dal regime convenzionale al regime legale che importa una rilevanza delle annate precedenti: nel regime convenzionale, infatti, l'*uberitas* degli anni precedenti poteva venire in considerazione soltanto come motivo che poteva indurre il locatore a non cedere alle richieste di *remissio* da parte del colono (vedi *infra*, par. 9, in fine).

(95) Oltre che, naturalmente, in assenza di patto contrario.

(96) Vedi *supra*, e nt. 62. Occorre comunque osservare che nel 293 d.C. (data della costituzione) la necessità del locatore di mantenere il colono legato al fondo di fronte alla tendenza sempre più diffusa ad allontanarsi, doveva presentarsi come un fenomeno di assai maggiore gravità che al tempo di Plinio.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

659

espressamente o tacitamente contraria alla *consuetudo regionis* (97) (*quod si aliter remissum contra legem contractus atque regionis consuetudines*).

[illegible]

Quali le considerazioni finali? Mi sembra che dalla ricerca sia apparso evidente che la problematica relativa alla concessione della *remissio mercedis* non trova la sua origine nella legislazione imperiale ma rappresenta il frutto di una lunga elaborazione giurisprudenziale che aveva adeguato alle esigenze della prassi e dell'economia agricola i principi fissati da Servio in ordine alla ripartizione del rischio nelle locazioni di fondi rustici. Le costituzioni imperiali prendono quindi atto di un istituto già da tempo esistente, contribuendo a modellarlo nella sua struttura definitiva. Il riconoscimento imperiale contribuisce in particolare a dare nuovo impulso a due fenomeni, strettamente connessi, già presenti nell'elaborazione precedente. Sotto un primo profilo possiamo, infatti, osservare che la tendenza a considerare la concessione della *remissio* non più come il risultato di un accordo ma come un obbligo nascente dal contratto non poteva non trovare il suo suggello definitivo nel riconoscimento imperiale, determinando così una sostanziale [illegible] totale del meccanismo della *remissio*, in caso di locazioni pluriennali, allo schema serviano: il nostro istituto, [illegible] concedi in ipotesi controverse e richiesto, come abbiamo visto, dal conduttore anche là dove una rigida applicazione dello schema serviano avrebbe escluso l'applicazione del principio *periculum est locatoris* (98), viene quindi ad applicarsi senza alcun [illegible]

(97) Non possiamo certamente determinare l'ampiezza di queste concessioni che, sotto l'obbligo di concedere la *remissio* aveva tutto l'interesse a far apparire come straordinarie. Comunque, il fatto che si usasse concedere la *remissio* anche contro eventuali disposizioni contrattuali dimostra che il nostro istituto era assai funzionale e che il *dominus* che avesse interesse a mantenere buoni rapporti col colono doveva farvi ricorso indipendentemente da un obbligo giuridico. Sotto il profilo psicologico poteva, infatti, risultare più utile per il *dominus* escludere la *remissio* al momento della conclusione del contratto per poi farla apparire come una benevola concessione al momento del verificarsi della *sterilitas* (analogamente a ciò che avveniva nelle ipotesi di concessione della *remissio vero donationis*).

(98) Abbiamo visto come il conduttore arrivasse a chiedere la *remissio mercedis* in ipotesi in cui era esclusa dalla *lex locationis* o dalla *consuetudo regionis* (C. 4, 65, 19), nonché in casi di semplice *exiguitas fructuum* o di *vetustas vinearum* (D. 19, 2, 15, 5). Il fatto che in entrambe le ipotesi la risposta imperiale sia negativa non esclude il valore delle nostre testimonianze in relazione ad una tendenza da parte del conduttore ad allargare, a proprio vantaggio, il campo di applicazione della *remissio*. Vedi anche STAAS, *op. cit.*, 112: « i fittavoli era difficile trovarli e, data la scarsa rendita agraria, le *remissiones* si facevano anche per motivi che non fossero i casi di forza maggiore ».

(99) In quanto, applicando rigidamente lo schema serviano, il locatore non avrebbe potuto richiedere la mercede nonostante l'*uberitas* degli anni seguenti. L'evoluzione nel senso indicato era ancora una volta favorita dalla natura di buona fede dell'azione derivante dal nostro contratto. Risultano quindi parziali, alla luce delle considerazioni esposte, sia la tesi dell'ARZOS (*op. cit.*, 318 s.), per cui il meccanismo della *remissio* sarebbe stato introdotto dai giuristi « *afin d'avantager le propriétaire* », sia quella del KASER (*op. cit.*, 174), per cui, invece, il nostro istituto sarebbe stato creato dalla legislazione imperiale allo scopo di favorire il conduttore.

(100) Vedi *supra*, par. 4, in fine.

(101) Anche se, come abbiamo visto (vedi *supra*, nt. 95), ancora presso i bizantini si prospettano alcuni dubbi.

dubbio anche alle ipotesi in cui la perdita dei frutti sia dovuta inequivocabilmente a *vis maior*, funzionando così anche a vantaggio del locatore (99).

Sotto altro profilo possiamo osservare che, mentre l'originaria natura convenzionale del nostro istituto aveva importato l'irrilevanza dell'*uberitas* delle annate precedenti (100), la nuova natura legale determinava una spinta al superamento del meccanismo originario ed induceva a prendere in esame non soltanto gli anni precedenti ma anche quelli seguenti (101).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

espressamente o essa era contraria alla *consuetudo regionis* (*« quod si alii remiserunt contra legem contractus atque regionis consuetudines*).

9. Quali le considerazioni finali? Mi sembra che dalla ricerca sia apparso evidente che la problematica relativa alla concessione della *remissio mercedis* non trova la sua origine nella legislazione imperiale ma rappresenta il frutto di una lunga elaborazione giurisprudenziale che aveva adeguato alle esigenze della prassi e dell'economia agricola i principi fissati da Servio in ordine alla ripartizione del rischio nelle locazioni di fondi rustici. Le costituzioni imperiali prendono quindi atto di un istituto già da tempo esistente, contribuendo a modellarlo nella sua struttura definitiva. Il riconoscimento imperiale contribuisce in particolare a dare nuovo impulso a due fenomeni, strettamente connessi, già presenti nell'elaborazione precedente. Sotto un primo profilo possiamo, infatti, osservare che la tendenza a considerare la concessione della *remissio* non più come il risultato di un accordo ma come un obbligo nascente dal contratto non poteva non trovare il suo suggello definitivo nel riconoscimento imperiale, determinando così una sovrapposizione totale del meccanismo della *remissio*, in caso di locazioni pluriennali, allo schema serviano: il nostro istituto, nato sulla base di accordi in ipotesi controverse e richiesti, come abbiamo visto, dal conduttore anche là dove una rigida applicazione dello schema serviano avrebbe escluso l'applicazione del principio *periculum est locatoris* (**), viene quindi ad applicarsi senza alcun

(*) Noi non possiamo certamente determinare l'ampiezza di queste concessioni che il colono richiedeva la *remissio* aveva come l'interesse a far apparire come assai diffuse. Comunque, il fatto che si usasse concedere la *remissio* anche contro espresse disposizioni contrattuali dimostra che il nostro istituto era assai funzionale e che il *dominus* che avesse interesse a mantenere buoni rapporti col colono doveva farvi ricorso indipendentemente da un obbligo giuridico. Sotto il profilo psicologico poteva, infatti, risultare più utile per il *dominus* escludere la *remissio* al momento della conclusione del contratto per poi farla apparire come una benevola concessione al momento del verificarsi della *sterilitas* (analogamente a ciò che avveniva nelle ipotesi di concessione della *remissio verbo donationis*).

(**) Abbiamo visto come il conduttore arrivasse a chiedere la *remissio mercedis* in ipotesi in cui era esclusa dalla *lex locatoris* o dalla *consuetudo regionis* (C. 4, 65, 19), anche in casi di semplice *exiguitas fructuum* o di

dubbio anche alle ... perdita dei frutti sia dovuta inequivocabilmente a *vis* ... così anche a vantaggio del locatore (**).

Sotto altro profilo possiamo osservare che, mentre l'originaria natura convenzionale del nostro istituto aveva importato l'irrilevanza dell'*uberitas* delle annate precedenti (***), la nuova natura legale determinava una spinta ... del meccanismo originario ed induceva a prendere in ... soltanto gli anni precedenti ma anche quelli seguenti (****).

securitas vincendi (D. 19, 2, ...) a dire che in entrambe le ipotesi la risposta imperiale sia negativa non esclude il valore delle nostre testimonianze in relazione ad una tendenza da parte del conduttore ad allargare, a proprio vantaggio, il campo di applicazione della *remissio*. Vedi anche Stagos, *op. cit.*, 112: « i fittavoli era difficile ... la scarsa rendita agraria, le *remissiones* si facevano anche per motivi che non erano i casi di *forza maggiore* ».

(**) In quanto ... applicazione lo schema serviano, il locatore non avrebbe potuto richiedere la ... mancata l'*uberitas* degli anni seguenti. L'evoluzione nel senso indicato ... aveva poi volta favorita dalla natura di buona fede dell'azione derivante dal nostro contratto. Risultano quindi parziali, alla luce delle considerazioni esposte, sia la tesi dell'Arias (*op. cit.*, 318 s.), per cui il meccanismo della *remissio* sarebbe stato introdotto dai giuristi « *afin d'assurer la proprietaire* », sia quella del Kaser (*op. cit.*, 174), per cui, invece, il nostro istituto sarebbe stato ... dalla legislazione imperiale allo scopo di favorire il conduttore.

(***) Vedi *supra*, par. ... e nt. ...

(****) Anche se, come ... visto (vedi *supra*, nt. 93), ancora presso i bizantini il proprietario ...

Senato della Repubblica - Archivio Storico

HISTORIA

ZEITSCHRIFT FÜR ALTE GESCHICHTE · REVUE D'HISTOIRE ANCIENNE · JOURNAL OF ANCIENT HISTORY · RIVISTA DI STORIA ANTICA

UNTER MITWIRKUNG VON

ANDREAS ALFÖLDI / PRINCETON
T. ROBERT S. BROUGHTON / CHAPEL HILL, N. C.
VICTOR EHRENBERG / LONDON · JULIETTE ERNST / PARIS
ALDO FERRABINO / ROMA · JOSEPH VOGT / TÜBINGEN

HERAUSGEGEBEN VON

HERMANN BENGTSON / MÜNCHEN · HEINZ HEINEN / TRIER
KARL STROHEKER / TÜBINGEN · GEROLD WALSER / BERN

BAND XX · 1971

FRANZ STEINER VERLAG GMBH · WIESBADEN

Senato della Repubblica · Archivio Storico
662

DER KOLONAT BEI RÖMISCHEN JURISTEN DER REPUBLIKANISCHEN UND AUGUSTEISCHEN ZEIT

Das Wort ‚colonus' bezeichnete ursprünglich ganz allgemein den freien Bauern, der seinen Acker selbst bestellte (colere)[1]. Noch in Varros Traktat über die Landwirtschaft wird 'colonus' fast immer in dieser Bedeutung verwandt. Nur bei der Anführung zweier Gesetze benutzt Varro diesen Ausdruck als Terminus für 'Pächter'[2]. Cicero, Caesar und Sallust erwähnen häufig Kolonen[3]. Allerdings ist oft unklar, ob es sich dabei um Bauern, die zur Klientel des Betreffenden gehörten, oder um Pächter handelt[4]. Deutlich wird dennoch[5], trotz terminologischer Unklarheiten, daß Pächter bereits als Kolonen bezeichnet wurden[6].

Der Begriffswandel von der Bedeutung 'freier Bauer' in die 'freier Pächter' war auch zur Zeit Columellas im 1. Jh. n. Chr. noch nicht abgeschlossen, denn auch dieser gebraucht 'colonus' häufig noch als Synonym für rusticus, agricola, arator[7]. Aus Columella I 7 geht aber dennoch deutlich hervor, daß die Institution des Kolonats als Pachtsystem ausgebildet und weit verbreitet war[8].

Wie aber wurde die Stellung dieser Kolonen juristisch definiert? Allgemein herrscht die Ansicht, die Kolonen dieser frühen Phase seien noch unabhängige und großenteils angesehene Pachtbauern gewesen[9]. Die weni-

[1] S. Cato, de agr. I 4. [2] Varro, r. r. I 2, 17; II 3, 7.

[3] Caes., b. c. I 34, 2; I 56; Sall., Cat. 59, 3; Cic., Verr. 2, 3, 55 (22); Quintio 175; 182; ep. 13, 11, 1; off. 3, 88 (22); Caec. 17; 57; 94; de leg. agr. II 84; 88–89. Zu Cicero: J. Rouleau, L'agriculture et le capitalisme à l'époque de Cicéron, Études class. Namur 19, 1951, 330 ff.

[4] Die große Rolle, die zur Zeit der Republik Klienten vor allem auf den großen Gütern der Aristokratie spielten, versuchte E. M. Staerman, Die Blütezeit der Sklavenwirtschaft in der römischen Republik, dt. Wiesbaden 1969, 13 ff., nachzuweisen.

[5] S. auch Columella I 7, 3–4; dort Zitat mit Erwähnung von Pachtbauern aus den Schriften der ca. 100 v. Chr. schreibenden Saserner.

[6] Dazu N. Brockmeyer, Arbeitsorganisation und ökonomisches Denken in der Gutswirtschaft des römischen Reiches, Diss. Bochum 1968, 129.

[7] R. Günther, Kolonen und Sklaven in Columellas "De Re Rustica" Festschrift Altheim I, Berlin 1969, 505–511. [8] Vgl. auch Plin., ep. III 19; VII 30; IX 37; Tac., Germ. 25, 1.

[9] Vgl. dazu Seneca Rhetor, controv. 7, 6, 17. Danach galt es für einen angesehenen Mann nicht als ehrenrührig, die Tochter seines Kolonen zu heiraten. Nach H. Gummerus, Der römische Gutsbetrieb nach den Schriften des Cato, Varro und Columella, Klio Beih. 5, Leipzig 1906, 65, bildeten die verpachteten Parzellen vom eigentlichen Gutshof losgelöste eigene Betriebe. Auch R. Günther, Festschr. Altheim I . . . 510, glaubte an eine unabhängige Stellung der Kolonen zu dieser Zeit.

gen überlieferten Fragmente von Juristen aus republikanischer und augusteischer Zeit enthalten glücklicherweise einige Hinweise auf den Kolonat.

Eine historische Untersuchung dieser Stellen ist methodisch allerdings schwierig, da keinerlei direkte Zeugnisse dieser frühen Juristen überliefert sind, sondern der Charakter ihrer Werke aus Zitaten zweiter und dritter Hand erschlossen werden muß. Im allgemeinen liegt eine zweifache Brechung des Originals vor; d. h. ein Jurist aus späterer Zeit zitiert oder paraphrasiert die Aussage eines älteren Juristen[10]. Dieses Zitat ist dann in einer weiteren Umarbeitung, deren Ausmaß meistens nicht genau festzustellen ist, für die Zeit Justinians zurechtgemacht worden und in die Digesten eingegangen[11]. Jeder Digestentitel besagt also zunächst einmal etwas für die Zeit Justinians, dann etwas für die des zitierten kaiserzeitlichen Juristen und erst in dritter Hinsicht wird auch eine Aussage über die Zeit und die Ansicht des angeführten republikanischen oder augusteischen Juristen gemacht. Bei jedem Versuch einer Interpretation derartiger Texte muß man sich also bemühen, soweit wie möglich der Originalaussage nahezukommen, und sich immer im klaren sein, daß der Aussagewert nur relativ sein kann. Außerdem ist zu beachten, daß nur einige mehr oder weniger zufällige und willkürliche Angaben über den frühen Kolonat überliefert sind. Diese dürfen deshalb nicht als die einzigen angesehen werden, aus denen sich das ganze Kolonatssystem rekonstruieren läßt[12].

Servius Sulpicius Rufus, der neben Scaevola wohl bedeutendste Jurist der republikanischen Zeit, wird in den Digesten und den Institutionen des Gaius häufig zitiert[13]. Methodisch ist festzustellen, daß die Juristen des zweiten und dritten Jahrhunderts n. Chr. seine Schriften unmittelbar wohl kaum benutzt haben, sondern seine Ansichten den Werken von Alfenus Varus, Namusa, Labeo, Sabinus und Cassius entnommen haben dürften[14]. Deshalb scheinen seine Äußerungen in den Digesten in den meisten Fällen dreifach gebrochen zu sein.

[10] Zu unterscheiden ist grundsätzlich, ob ein späterer Jurist die Werke eines Vorgängers herausgab und eventuell nur einen eigenen Zusatz hinzufügte, ob der Herausgeber sich selbst zur Hauptperson machte und mehr oder weniger eigene Gedanken einarbeitete oder ob sogar nur Auszüge des früheren Werkes gemacht worden und ob diese Auszüge wörtlich oder nur dem Inhalt nach wiedergegeben worden.

[11] Nach Verfassern geordnet sind die Zitate des Corpus Iuris bei O. Lenel, Palingenesia Iuris Civilis, 2 Bde., Neudr. d. Ausg. Leipzig 1889, Graz 1960.

[12] Aus diesen und ähnlichen Gründen hielt A. Rannowitsch, VDI 1951, 1, 83–109, eine befriedigende Lösung der Kolonatprobleme an Hand der Rechtsquellen sogar für die Zeit vom 2.–5. Jh. n. Chr. für unmöglich, obwohl die Quellenlage für diese Zeit viel günstiger ist.

[13] Lenel, Palingenesia . . . II, 322–334, gibt 88 Stellen an. Nach Pomponius, Dig. I 2, 2, 43, soll Servius 180 Bücher hinterlassen haben. Er war Altersgenosse und guter Bekannter Ciceros; 106/5 geb., Praetor 65, Consul 51, gest. 43.

[14] Nach P. Krüger, Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts, München ³1912, 66.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Ulpian zitiert ihn (Dig. XIX 1, 13, 30) libro XXXII ad edictum[15]: „Si venditor habitationem exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat, ad certum tempus, magis esse Servius putabat[16] ex vendito esse actionem". D. h. beim Verkauf eines Mietshauses oder Grundstückes wurden mit dem früheren Eigentümer geschlossene Pachtkontrakte nicht unbedingt hinfällig, sondern im allgemeinen übernahm der Käufer diese Verträge. Wenn ein derartiger Passus im Kaufvertrag eingebaut war, konnte bei Zuwiderhandlung auf Grund des Kaufvertrages geklagt werden[17]. Colonus und inquilinus (= Mieter einer Wohnung) waren beim Wechsel des Eigentümers ihrer Pachtungen also durchaus nicht der Willkür des neuen Besitzers ausgesetzt.

Damit aber auch die Rechte des Eigentümers gegenüber den Pächtern beim Kauf gewahrt blieben, gibt Ulpian anschließend die Meinung von *Q. Aelius Tubero* (Dig. XIX 1, 13, 30), einem weiteren Zeitgenossen Ciceros[18], wieder: „Denique Tubero ait[19], si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat". Demnach sollte der Käufer den Verkäufer nötigen können, auf Grund eines noch zu dessen Zeit geschlossenen Pachtvertrages einen Pächter bei Schadensfällen auf Schadenersatz zu verklagen.

Eine derartige Klage sollte aber nur in solchen Fällen möglich sein, wie sie wiederum Ulpian in einem weiteren Serviuszitat überliefert (Dig. XIX 2, 15, 2)[20]. Servius vertritt hier die Ansicht, daß der Verpächter dem Pächter für den durch Einwirkung höherer Gewalt (Sturm, Überschwemmung, Feindeinfall u. ä.) entstandenen Schaden einzustehen habe. („. . . omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere . . . "). Wenn jedoch aus der Sache selbst, d. h. durch Verschulden des Kolonen Schaden entstehe, solle dieser auch selbst den Verlust tragen, wie etwa bei

[15] In seinem Kommentar des edictum zitiert Ulpian Servius hauptsächlich wohl deshalb, weil dieser als erster einen Kommentar zum prozessualen Edikt verfaßt hatte; nach W. Kunkel, Römische Rechtsgeschichte, Graz [9]1967, 96.

[16] „Putabat" bedeutet wohl, daß Servius nicht direkt zitiert wird, sondern nur seine Ansichten dargelegt werden. [17] Der ganze Digestentitel XIX 1 handelt „de actionibus empti venditi".

[18] Beim Prozeß gegen Ligarius (46 v. Chr.) unterlag Tubero der Rhetorik seines Gegenspielers Cicero.
Tuberos Werke wurden von Labeo und Capito benutzt. Auf diese dürften auch sämtliche späteren Anführungen zurückgehen. Lenel, Palingenesia . . . II 378 f., führt 12 Zitate aus den Digesten an, die auf Tubero zurückzugehen scheinen.

[19] Durch „ait" wird zwar anscheinend ein direktes Zitat eingeführt, aber tatsächlich liegt wohl dreifache Brechung vor: 1) Zu Labeo oder Capito, 2) zu Ulpian, 3) zu den Digestenkompilatoren.

[20] Der Digestentitel XIX 2 ist benannt: „Locati conducti". Locatio conductio ist ein Konsensualkontrakt, bei welchem jemand etwas zur entgeltlichen Benutzung einem anderen übergibt. In diesen Bereich gehören: 1) Die Dienstmiete, 2) der Werkvertrag, 3) die Verpachtung.

Schadensfällen durch übergroße Unkrautentwicklung u. ä. („. . . vitia ex ipsa re oriantur haec damno colono esse . . . si vero nihil extra consuetudinem accideret, damnum coloni esse").

In diesem Zusammenhang kann auch die Ansicht des Serviusschülers *P. Alfenus Varus* (s. u.) angeführt werden (Dig. XIX 2, 30, 4): „Colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem . . . " Hierbei habe ein Pächter auch für seine Sklaven zu haften, denn einen mutwillig durch diese herbeigeführten Schaden müsse er vertreten[21].

Der dominus aber habe die Pflicht, als Eigentümer dafür zu sorgen, daß der Acker dem Pächter so zur Verfügung gestellt werde, daß er Nutzen daraus ziehen könne, heißt es abschließend bei Servius („oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit"). Insbesondere aber dürfe bei unverschuldetem Verlust seiner Einsaat der Kolone nicht womöglich dadurch doppelten Schaden erleiden, daß er auch noch den Pachtzins für den betreffenden Acker zahlen müsse: „. . . ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur . . . "

Das eigentliche wirtschaftliche Risiko trug also der Grundbesitzer. Lediglich eigene schlechte Wirtschaftsführung ging zu Lasten des Kolonen.

Dieser von Servius vertretene Rechtsgrundsatz kann zur Zeit Plinius d. J. allerdings nicht unbedingt als bindendes Recht angesehen worden sein, denn ep. X 8, 5 schreibt dieser, daß anhaltender Mißwuchs ihn zwinge, an Pachtnachlässe zu denken. Nach Servius aber hatte der dominus in einem solchen Fall de iure die Pacht zu erlassen, während nach Aussage des Plinius eine remissio anscheinend ins Belieben des Grundbesitzers gestellt war. Auch Columella vertritt in etwa Plinius' Ansicht, da er nichts von einem generellen Pachtnachlaß bei Einwirkung höherer Gewalt erwähnt. Im Ausnahmefall erscheint ihm allerdings eine derartige remissio gerechtfertigt[22].

In den Digesten aber wird der von Servius vertretene Standpunkt als gültig noch für die Zeit Justinians angesehen, allerdings mit der von Papinian zur Zeit des Septimius Severus vorgebrachten Einschränkung (Dig. XIX 2, 15, 4), daß die erlassene Pacht bei guter Ernte der folgenden Jahre nachgefordert werden

[21] Diese Stelle zeigt auch, daß Kolonen durchaus nicht nur Kleinbauern waren, sondern häufig eine Sklavenfamilia besaßen. Vgl. Columella I 7, 3: „Urbanus colonus, qui per familiam suam vult, quam per se colere". S. auch Horaz, ep. I 14, 3, wo coloni als patres (familias?) bezeichnet werden. Plin., ep. III 19, 6.

[22] Col. I 7, 1: „Comiter agat cum colonis facilemque se praebeat, et avarus opus exigat quam pecuniosus, quoniam et mitius id offendit et tutius in universum magis prodest. Nam ubi sedulo colitur ager, plerumque compendium, nonquam, nisi si caeli maior vis aut praedonis incursus detrimentum adfert eoque remissionem colonus petere non audet". In dieser Columellastelle besteht sich „eoque" auf „nonquam detrimentum" und gehört nicht zu „caeli maior vis aut praedonis". „Eo" korrespondiert mit „ubi". Einwirkung höherer Gewalt wäre also ein Ausnahmefall und würde eine remissio rechtfertigen, nicht aber unbedingt fordern.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

könne[29]. Außerdem sollten Remissionsforderungen auf Grund von Einwirkung höherer Gewalt nach Gaius (Dig. XIX 2, 25, 6) nur noch den Kolonen zugestanden werden, die eine feste Geldpacht zahlten, da bei Teilpacht jede Einbuße ohnehin bereits von einer Verkleinerung des aliquoten Herrenanteils begleitet sei.

Im ganzen scheint also im Laufe der Zeit doch eine starke Modifizierung der von Servius vertretenen Ansicht, wenn sie sich durch dieses isolierte Zitat überhaupt richtig erschließen läßt, eingetreten zu sein.

Erwähnt werden soll in diesem Zusammenhang noch eine Entscheidung, die zum Schutz des Pächters gegenüber dem Verpächter bei willkürlichen vom Besitzer veranlaßten Ausbesserungsarbeiten erlassen wurde (Dig. XIX 2, 35 pr.). „Africanus libro octavo quaestionum" gibt hierzu die Ansicht des Servius in Paraphrase wieder. Durch diesen Rechtsspruch sollte gewährleistet werden, daß ein Pächter nicht ohne zwingenden Grund entschädigungslos an der Ausnützung seiner Pachtung gehindert werden konnte[30].

P. Alfenus Varus (cos. suff. 39 v. Chr.)[31] schrieb Digesten in 40 Büchern[32], von denen zwei Auszüge in den Digesten Justinians verwandt wurden: Einmal "ab Anonymo Epitomata" in mindestens sieben Büchern[33]; zum anderen erscheint Paulus als Epitomator in acht Büchern[34]. Die von ihm im Corpus Iuris überlieferten Edikte enthalten fast alle Responsa oder lassen sich auf solche zurückführen.

Unter dem Digestentitel "De in rem verso" (XV 3) ist ein Alfenuszitat (§ 16) im zweiten Buch des anonymen Epitomators überliefert, das von einem Sklaven als quasi-colonus handelt, ohne diesen Begriff direkt einzuführen: „Quidam fundum colendum servo suo locavit". Diesem 'quasi-colonus' war zumindest ein Teil des notwendigen instrumentum, nämlich die Zugochsen, gestellt worden („et boves ei dederat").

In einem anderen Fall (Dig. XL 7, 14, ab anonymo epitomata liber IV) führt Alfenus einen Sklaven als Beispiel an, der von seinem Herrn als quasi-colonus ein Gut gegen Leistung einer Naturalienpacht, die durch Geld er-

[29] Hadrian lehnte Pachtnachlässe für ägyptische Bauern wegen niedriger Nilschwellen in den vorhergehenden Jahren ab, weil die Überschwemmung des letzten Jahres recht günstig gewesen sei. Als Konzession gewährte er nur eine Besoldung der Pachtrückstände über einen Zeitraum von mehreren Jahren. Vgl. P. Jouguet, Un édit d'Hadrien, REG 33, 1920, 375 ff.

[30] Die Stelle bezieht sich zwar hauptsächlich auf Mieter in locatio, in Analogie dazu wird aber von ähnlichen Erscheinungen bei Parzellenpächtern gesprochen.

[31] Bei der Ansiedlung von Veteranen als Legat Oktavians erhielt Alfenus vermutlich Vergil seinen Landbesitz. Die 6. Ecl. Vergils ist wahrscheinlich ihm gewidmet. Catull richtete evtl. carm. 10. 22. 30 an ihn. [32] Pomponius, Dig. I 2, 2, 44; Gell. VII 5.

[33] Vgl. Lenel, Palingenesia . . . I 38–45.

[34] Ebd. 45–53. Die Übernahmen aus der Epitome des Paulus erscheinen auf zweifache Weise in den Digesten: 1) „Alfenus . . . a Paulo epitomatorum", 2) „Paulus . . . epitomatorum Alfeni". Im wesentlichen scheint dieser Unterschied nur auf eine verschiedene Zitiermethode der Digesten-

setzt werden konnte, übertragen bekommen hatte: „Servus . . . quam si fundum a domino conduxisset et pro fructu fundi pecuniam dedisset"[35].

Darüber, daß ein Sklave als quasi-colonus nicht zum instrumentum fundi zähle, während alle anderen Sklaven Teile desselben waren, und nicht als solches vererbt werden könne, spricht Labeo (s. u.) bei Ulpian lib. XX. ad Sabin. (Dig. XXXIII 7, 12, 3)[36]. Alfenus scheint allerdings noch der Ansicht gewesen zu sein, nur Lebloses gehöre zum instrumentum[37]. In späterer Zeit wurde sogar ein colonus zum instrumentum fundi gerechnet. Bereits aus den Sententiae des Paulus geht hervor, daß kein Grundstück ohne seine Kolonen veräußert werden durfte[38]. Ulpian schloß sich dieser Ansicht allerdings nicht an, da er ja das obige Labeozitat anführte, wonach auch ein quasi-colonus nicht zum instrumentum fundi gezählt wurde[39].

Alles in allem scheint es bereits eine ganze Anzahl derartiger Quasikolonen gegeben zu haben, da man sich über ihre juristische Stellung Gedanken machte. Diese Sklaven hatten von ihrem Herrn eine Landparzelle als peculium mit der Verpflichtung erhalten, diese wie Kolonen zu bewirtschaften und dieselben Abgaben zu leisten. Hierin zeigt sich eine Tendenz zur allmählichen Ablösung der intensiven, arbeitsteiligen Sklavengroßwirtschaft durch eine auf Parzellierung der Güter beruhende Kleinwirtschaft. Ob es allerdings wirtschaftlich rentabel war, für Sklaven statt Gruppenarbeit auf Einzelarbeit basierende Parzellenbewirtschaftung einzuführen, muß angesichts der bereits frühzeitig auftretenden Verschuldung der Kolonen (s. u.) bezweifelt werden[40].

M. Antistius Labeo, Sohn des Serviusschülers Pacuvius Antistius Labeo, wurde zwischen 50 und 20 v. Chr. geboren und starb vor 22 n. Chr. Er soll nach Pomponius (Dig. I 2, 2, 47) 400 Bücher hinterlassen haben; daraus sind ca. 500 Entscheidungen in den Digesten erwähnt. Sein Werk enthielt anscheinend größtenteils kurzgefaßte Rechtssätze, die als Entscheidung einer praktischen Rechtsfrage formuliert wurden, sog. Pithana. Diese Pithana La-

kompilatoren zurückzugehen. Direkte Zusätze von Paulus treten nicht hervor. Nach Klebs, Jörs, RE I, 1894, 1472–74, s. v. P. Alfenus Varus Nr. 8).

[35] Sturman, Blütezeit . . . 87, glaubte, hier habe ein villicus ein entfernt gelegenes Gut als Pachtung übertragen bekommen.

[36] Pegasus schloß sich Labeo hierbei an. [37] Dig. XXXIII 7, 12, 2; vgl. Varro, r. r. I 17, 1.

[38] Paulus, sent. III 6, 48: „Actor vel colonus ex alio fundo in eodem constitutus, quicum omni instrumento legatus erat, ad legatarium non pertinet, nisi eum ad ius eius fundi testator voluerit pertinere".

[39] Inquilini = coloni inquilini wurden nach einem Reskript von Mark Aurel und Commodus bei Marcian (Dig. XXX 1, 112 pr.) zum instrumentum fundi gerechnet.

Zur Bindung der spätantiken Kolonen an die Scholle auf Grund des ius originarium im Recht des Codex Iustinianus s. Ch. Saumagne, Du rôle de l' "Origo" et du "Census" dans la formation du colonat romain, Byzantion 12, 1937, 487–582; M. Pallasse, Orient et Occident à propos du colonat romain, Lyon 1950, passim.

[40] Zu den quasicolonii s. Brockmeyer, Arbeitsorganisation . . . 211 f., 279 f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

665

beos sind bekannt durch einen Auszug mit kritischem Kommentar des Paulus in acht Büchern. Nach dem Tode Labeos sind noch mindestens 40 Bücher Posteriores herausgekommen, von denen einige Auszüge aus zweiter Hand in die Digesten eingegangen sind. Hierbei wurden von den Digestenkompilatoren zwei verkürzende Bearbeitungen benutzt, die beide auf Iavolenus zurückgeführt werden können. Man unterscheidet eine erste sog. Labeoreihe mit nur geringen kritischen Zusätzen des Epitomators und eine sog. Iavolenusreihe, in der dies die Regel ist[36]. In der ersten Reihe spricht Labeo selbst, während in der zweiten Reihe der Epitomator über Labeos Ansichten berichtet[38].

Labeo „sagt" (ait) in den Digesten (VII 8, 10, 4) über den Nießbrauch ('de usu fructu')[37] unter anderem, der Nutzungsberechtigte dürfe zwar dem Eigentümer verbieten, auf das betreffende Gut zu kommen, nicht aber dem Pächter und dessen Gesinde: „... dominumque prohibiturum illo venire: sed colonum non prohibiturum nec familiam, scilicet eam, quae agri colendi causa illic sit"[38].

„Labeo posteriorum libro quinto a Iavoleno epitomatorum" (Dig. XIX 2, 60, 1): „Heredem coloni, quamvis colonus non est, nihilo minus domino possidere existimo". Dieses Zitat, das anscheinend ohne größere Veränderungen auf Labeo zurückgehen dürfte (s. Anm. 35), zeigt, daß der Erbe eines Kolonen, auch wenn er selbst durch den Antritt des Erbes nicht Kolone wurde, dennoch in das Pachtverhältnis eintrat. Nicht genau auszumachen ist, inwieweit hier bereits ein Zwang vorlag, ob etwa der Erbe bei Übernahme der beweglichen Habe eines Kolonen verpflichtet war, auch in die Pachtung einzutreten oder ob er die Erfüllung eines noch laufenden Pachtvertrages ablehnen konnte. Jedenfalls besteht, wenn auch in verklausulierter Form, die Tendenz, Pachtungen erblich werden zu lassen[39] oder zumindest zeitlich begrenzte Pachtverträge – etwa auf ein Lustrum[40] – nicht durch den Tod eines Vertragspartners automatisch erlöschen zu lassen[41].

[36] 1. „Labeo libro I–VI posteriorum a Iavoleno epitomatorum", 2. „Iavolenus libro I–X ex posterioribus Labeonis".

[37] Weiterhin sind Auszüge aus „Labeonis ad edictum praetoris libri" vor allem bei Ulpian und Paulus erhalten. Vgl. im einzelnen: Lenel, Palingenesia . . . I, 502–558.

[38] Überliefert bei Ulpianus libro XVII ad Sabinum.

[39] Den Usufrukt seiner Parzelle konnte auch ein Kolone vom dominus erben (Dig. XXXIII 2, 30, 1 Iavolen. lib. II. ex post. Labeon.).

[40] Vgl. Columella I 7, 3, der von einem häufigen Wechsel der Pächter abrät. Am günstigsten seien „coloni indigenae".

[41] Häufig wurde ein Lustrum = die Dauer einer Censusperiode – als Pachtzeitraum verwandt: S. z. B. Plin., ep. IX 37, 2; Dig. XII 1, 4, 1; XIX 1, 49; 2, 24, 2; XLV 1, 85; CIL VIII 26143, 16. Ulpian sah einen Pachtvertrag bei Weiterbestellung der Parzelle durch den Kolonen als verlängert an (Dig. XIX 2, 13, 11; 2, 14).

[41] Wenn der Eigentümer wechselte, war der neue Eigentümer im allgemeinen wohl auch verpflichtet, vorhandene Pächter auf ihrer Parzelle zu belassen (s. o.).

Eine Beschränkung der juristisch unabhängigen Stellung der Kolonen geht aus einem weiteren Zitat aus der sog. Labeoreihe hervor (Dig. XIX 2, 60, 5). Hiernach hatte ein Pächter nicht das Recht, jemanden, der ihm Teile der Ernte geraubt hatte, selbst zu verklagen, sondern war dabei auf den Eigentümer angewiesen, der mittels einer 'condictio'[42] das Gestohlene zurückfordern konnte. Der Pächter hatte allerdings die Möglichkeit, durch Klage auf Grund des Pachtvertrages den dominus zu einem derartigen Schritt zu zwingen: „Condicere tibi frumentum dominum posse Labeo ait, et ut id faciat, colonum ex conducto cum domino acturum"[43].

Ein Kolone konnte auch keine Besitzstörungsklage einreichen, wenn er z. B. gewaltsam durch einen Dritten von seiner Parzelle verdrängt worden war. „Labeo libro tertio pithanon a Paulo epitomatorum (Dig. XLIII 16, 20). Si colonus tuus vi deiectus est, ages unde vi interdicto". Das Klagerecht auf Grund des 'interdictum unde vi' zur Wiedererlangung des Besitzes an Liegenschaften lag also ausschließlich in der Hand des dominus als Eigentümer.

„Libro quadragesimo nono ad edictum" überliefert Paulus eine weitere Entscheidung Labeos (Dig. XXXIX 3, 5), die ebenfalls in diesen Zusammenhang paßt: „Si colonus insciente domino opus fecerit, ex quo aqua vicino noceat, Labeo respondit colonum interdicto quod vi aut clam[44] teneri, dominum vero fundi aquae pluviae arcendae actione, quia is solus restituere opus potest". Der dominus hatte also sowohl für den Rechtsschutz seiner Pächter zu sorgen als auch für deren Fehler geradezustehen. Er war positiv und negativ der Rechtsvertreter seiner Kolonen in den Dingen, die mit der Pachtung zusammenhingen, da sein Eigentumsrecht über dem erpachteten Recht des Kolonen an der Parzelle stand. Der Grundbesitzer war nicht Rechtsvertreter der Person des Pächters, wie es bei Angehörigen der familia, die nicht sui iuris handeln konnten, der Fall war, sondern Rechtsvertreter seines Grundes und Bodens, was notwendig den Pächter in manchen Dingen mit einschloß[45]. Diese Sachlage implizierte gleichzeitig eine gewisse

[42] Condictio bedeutet als Terminus des Anlagen des Gerichtsstreites, die Klage. Allgemein bezeichnet man mit diesem Ausdruck eine Klage gegen ungerechtfertigte Bereicherung aus dem Vermögen eines anderen; s. P. Jörs, W. Kunkel, Römischen Privatrecht, Berlin ³1935, 248 ff.

[43] Auf Grund der Auslegung der 'lex Aquilia', eines Gesetzes wohl aus der späten Republik über Sachbeschädigung, durch Celsus (Dig. IX 2, 27, 14), einen Juristen der hadrianischen Zeit, hatte ein Kolone wie der Gutsbesitzer das Recht, auf Ersatz wegen Beschädigung gemäß dem 'interdictum quod vi aut clam' (s. u.) oder auf Bestrafung wegen Entwendung der Früchte auf Grund der sog. 'actio furti' zu klagen, auch wenn er nicht dominus (Eigentümer) war, weil seine Interessen unmittelbar berührt wurden (Ulpian, Dig. XLVIII 2, 14, 2).

[44] Das 'interdictum quod vi aut clam' ist ein Verbotsinterdikt zur Aufrechterhaltung des Besitzes. Vgl. Ulpian, Dig. XLIII 17, 1.

[45] Auf Grund ähnlicher Rechtslage wurden die Pächter später als 'servi terrae' an den Boden, nicht an den dominus gebunden, waren damit aber faktisch vom Eigentümer völlig abhängig (Cod. Just. XI 50; 51; 52). Der Grundeigentümer hatte fast absolute Gewalt über sie, nicht als 'dominus hominis', sondern als 'dominus terrae'.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

666

Einschränkung der persönlichen Freiheit und Unabhängigkeit der Kolonen und bewirkte eine zumindest lockere Aufsicht der Grundbesitzer nicht nur über die Wirtschaftsführung, sondern auch über den Lebenswandel der Kolonen.

In der Labeoreihe (Dig. XX 6, 14) ist weiterhin überliefert, daß bis zur Zahlung des Pachtzinses die „invecta importata", wohl Sklaven und sonstiges instrumentum des Pächters, „pignoti essent"[46] oder stattdessen ein Bürge zu stellen sei.

Für die pünktliche Erfüllung der im Pachtvertrag ausbedungenen Leistungen hatte der Eigentümer also eine Garantie durch das ihm zustehende Pfändungsrecht an diesen pignora[47]. Das zeigt bereits die Gefahr von häufigen Pachtrückständen und Verschuldung der Kolonen, wie es auch in einem Labeozitat aus der Iavolenusreihe anklingt (Dig. XXXIV 3, 17): „. . . reliqua quoque: in iudicio locationis venire".

Sofern das Zitat tatsächlich auf Labeo zurückgeht, waren also die reliqua colonorum bereits zu Beginn der Kaiserzeit ein Problem. Der Grundeigentümer konnte seine Ansprüche und Interessen durch eine Klage auf Grund des Pachtvertrages wahrnehmen[48]. Trotz gewisser rechtlicher Ansprüche auf Pachtnachlaß, von denen oben bereits die Rede war, blieben die Kolonen mit ihren Pachtzahlungen anscheinend häufig in Rückstand. Aus weiteren Angaben in den Digesten geht hervor, daß im Laufe der Zeit die reliqua colonorum zum regelmäßigen Zubehör des betreffenden Grundstückes wurden[49]. Das zeigt, daß das Kolonatssystem anscheinend bereits zu Beginn seiner Entwicklung keine besonders rentable Wirtschaftsform war.

Die angeführten Äußerungen von Juristen aus spätrepublikanischer und augusteischer Zeit ergeben zwar kein umfassendes Bild der Rechtsstellung und Entwicklung des Kolonats zu jener Zeit, zeigen aber doch, daß es derartige Pächter schon in so großer Zahl gab, daß man sich juristisch mit ihrer Tätigkeit und Stellung auseinandersetzen mußte. Für die Verbreitung des

[46] Das gesamte Buch XX der Digesten handelt von den 'pignora et hypothecae'.

[47] Vgl. auch Gaius, Dig. XX 4, 11, 2; Gaius, Inst. IV 147. Plin., ep. III 19, 6, schreibt, daß ein dominus, wenn er die pignora der Kolonen verkaufe, für den Moment zwar die Schulden der Kolonen verringere, für die Zukunft aber ihre Wirtschaftslage noch verschlechtere.

[48] Von Schulden und Rückständen der Pächter redet auch Columella I 7, 2. Plinius d. J. klagt (ep. III 19, 6; X 8, 5) über ihre Häufigkeit und Höhe. Als Ausweg wählt er den Übergang zum Teilpachtsystem (ep. IX 37).

[49] Dig. XXXIII 7, 20, Scaevola lib. III. Resp. (die Responsa stammen aus der Regierungszeit des Septimius Severus) spricht u. a. davon, daß die Schulden der Kolonen verpfändet, vererbt und verkauft werden konnten. In Dig. XXXIII 2, 32, 7 erwähnt er ebenfalls vererbte Schulden von Kolonen. Auch Paulus (Dig. XXVII 7, 46 pr.) und Papinian (Dig. L 8, 5) berichten von derartigen reliqua. Dig. XXXIII 7, 20, 3 ist von der Hinterlegung einer cautio für die reliqua die Rede. Dig. XIX 2, 54 pr. redet Paulus von zu zahlenden Zinsen für Pachtrückstände.

Kolonats spricht auch die mehrfache Erwähnung von Sklaven als quasi-coloni.

Die Ansichten und Entscheidungen der zitierten Juristen zeigen, bei aller methodisch gebotenen Vorsicht vor einer Überinterpretation der Zitate, daß ein Kolone zu jener Zeit ein juristisch völlig freier Mann war, der in einem zweiseitigen Vertrag (locatio-conductio) ein Pachtverhältnis eingegangen war, das der dominus oder dessen Erbe nicht willkürlich kündigen konnte. Die Kolonen waren in ihrer Pachtung sogar so weit geschützt, daß das Pachtverhältnis in zwar theoretisch, kaum aber praktisch veränderter Form vererbt werden konnte. Hierin zeigt sich eine sowohl vom Pächter als auch Verpächter angestrebte Tendenz zur Erblichkeit des Kolonats, die im Verlauf der Kaiserzeit zu einer faktischen Bindung des Kolonen an die Scholle bereits vor der juristischen führte[50].

Auf Grund seines Eigentumsrechtes hatte der dominus bei der parzellenweisen Verpachtung seines Landes dafür Sorge zu tragen, daß der Acker dem Kolonen so zur Verfügung gestellt wurde, daß er Nutzen daraus ziehen konnte (s. o.). Wirtschaftlich konnte sich also die starke Betonung der Eigentumsrechte und -pflichten des dominus unter Umständen positiv für den Kolonen auswirken, juristisch brachte das für ihn aber bedeutende Nachteile mit sich, denn zumindest seit Labeo war der Grundbesitzer Rechtsvertreter des Kolonen in den mit der Parzelle zusammenhängenden Fragen, was notwendigerweise eine nicht nur juristische Abhängigkeit des Pächters vom Eigentümer zur Folge hatte. Inwieweit diese Rechtslage auch schon während der Republik Geltung hatte, ist allerdings nicht auszumachen.

In den Äußerungen Labeos zeigt sich neben der Tendenz zur Vererbung der Pachtverhältnisse und der Betonung einer rechtlich starken Stellung des dominus auch eine Erscheinung, die im Verlauf der Kaiserzeit für den 'freien Kolonat' besonders verhängnisvoll werden sollte, nämlich die permanente Verschuldung durch rückständige Pachtzahlungen. Wegen ihrer häufig anscheinend nicht besonders rentablen Wirtschaftsführung gerieten die Kolonen in immer stärkere wirtschaftliche und soziale Abhängigkeit von den Grundbesitzern, was wesentlich zur Entwicklung des bekannten 'abhängigen Kolonats' der späten Kaiserzeit beitrug. Ob diese Tendenzen zur Zeit Labeos zum ersten Mal aufmachten, von ihm besonders stark betont wurden oder nur zufällig gerade als Äußerungen von ihm erhalten sind, ist nicht festzustellen. Fest dürfte aber trotzdem stehen, daß zu Beginn der Kaiserzeit derartige Tendenzen vorhanden waren und die Entwicklung der späteren Zeit einleiteten.

[50] 244 mußte sich Philippus Arabs gegen die Zurückhaltung der Kolonen auch nach der Bezahlung der Pacht auf den Gütern wenden (Cod. Just. IV 65, 11). Ähnlich Dig. XLIX 14, 3, 6.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Aus diesen juristischen Erörterungen und weiteren Quellen aus der republikanischen und frühen Kaiserzeit[51] geht mit ziemlicher Sicherheit aber auch hervor, daß die Wurzeln des römischen Kolonats nicht im hellenistischen Kleinasien und Ägypten zu suchen sind, wie Rostovtzeff[52] vermutete, auch wenn unzweifelhaft starke Einflüsse aus dem hellenistischen Osten die weitere Entwicklung des römischen Kolonats beeinflußten, sondern eher in Italien selbst liegen dürften.

Verwandte Züge zwischen den frühen Kolonen und den auf Landgütern eingesetzten Klienten der Aristokratie sind unzweifelhaft festzustellen, zumal aus den Äußerungen etwa Caesars und Ciceros nur selten klar hervorgeht, welche von beiden Gruppen gemeint ist. Ein wesentlicher Unterschied besteht aber darin, daß die Klientel ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis bedingte, während beim Kolonat die Bindung über die verschiedenartigen Rechte von dominus und colonus am Boden zustande kam. Die Abhängigkeit des Kolonen vom dominus war demnach im Unterschied zum Klienten nicht persönlicher, sondern sachlicher Natur. Aus diesem Grund konnten Klienten und Kolonen zwar ähnliche Arbeiten verrichten, stellten aber dennoch grundverschiedene Rechtspersonen dar[53].

Die Anfänge der Kolonatsentwicklung jedenfalls sind bereits vor der Zeitenwende festzustellen. Im wesentlichen scheint der Kolonat sich dann kontinuierlich zu seiner späteren Gestalt entwickelt zu haben.

Bochum Norbert Brockmeyer

[51] Bereits bei Cato de agr. sind Anfänge zu einem Pachtsystem und damit Ansätze zur Kolonatsentwicklung festzustellen, s. Brockmeyer, Arbeitsorganisation . . . 79 ff., 86 ff., 99 f.

[52] M. Rostovtzeff, Studien zur Geschichte des römischen Kolonats, Leipzig 1910, 1–312.

[53] Aus den angeführten Gründen ist eine Gleichsetzung von Klienten und Kolonen, wie sie von Steerman, Blütezeit . . . 73 ff., vorgenommen wurde, historisch kaum zu halten.

ROMAN AND ATHENIAN CITIZENSHIP AT ATHENS
A. D. 96–161

This comparison is based on a study of Athenian inscriptions, dated from A. D. 96 to A. D. 161. If a definite date is not available, those dated fin. s. I p. and s. II p. are admitted to the writer's two prosopographical catalogues in his dissertation for The Johns Hopkins University (1966), University Microfilms 69-2433. For Roman citizenship, we are fortunate in having additional evidence from Gaius, *Inst.*, which was written just a little later than the period under study. We may first ask whether there were varying kinds of Athenian citizenship.

It is somewhat misleading to call members of the Boule the "curial class," for there were two legislative councils in Athens, the Boule (also called by the writer the Council) and the Areopagus. The word "curia" makes one think of the Boule (cf. Plin. *Ep.* 10. 80), when in fact the Areopagus was much more similar to the Western ordines decurionum in its composition.

The Areopagus was recruited from the nine archons, and they served for life. In the West the local ordines were recruited from the quattuorviri, but there was also provision for co-optation and adlection by censors. The usual size was 100, and the decuriones served for life.[1] The Council had 600 members until 126/7 and then 500, but its members served for only one year. Repeated terms were possible, but how many is an open question. Much of our potential evidence no longer exists; it is quite possible that each of the thirteen tribal prytanies into which the Council was divided honored itself and set up a tablet. The usual number of prytany lists which we have from any year is one. Sometimes we have two lists and for 168/9 three. Unfortunately our prytany lists do not tell us the number of years which prytaneis had served previously. In the writer's Catalogues will be found men who served two terms and even some who served three or four; these belong to the best documented tribes, (e. g. Pandionis). The size of the Areopagus may have been about 270 (9 archons times 30 years – a generation; deaths to match inclusions). Thus it was about half the size of the Council. But if we assume that each member of the Boule served three terms, in 30 years 5,000 would have served on it.

[1] Koehler, *RHIV* (1901) 2323–2324; F. F. Abbott and A. C. Johnson, *Municipal Administration in the Roman Empire* (Princeton, 1926) 56, 165.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Attività economica e realtà sociale

Francesco De Martino

Cordialmente
FDM

STORIA E CIVILTA DELLA CAMPANIA
L'EVO ANTICO
Napoli 1991
pp.193-233

Introduzione

La ricostruzione storica dell'economia nella Campania antica incontra non poche difficoltà, a cominciare da quelle dell'individuazione del territorio, per non parlare delle altre derivanti dal succedersi di vari popoli negli insediamenti, nelle conquiste, nelle influenze culturali. La regione non fu mai uno stato unitario, né una unità economica né lo divenne dopo l'incorporazione nello stato romano. Per l'età antichissima si parla di un non bene individuato «popolo campano», ma fin dal V secolo a.C. conosciamo solo città separate, autonome ed indipendenti l'una dall'altra. Le ripartizioni amministrative sono di età recente, come le regioni istituite da Augusto in Italia, né hanno dato vita ad una regione Campania, dato che questa era posta assieme al Lazio, né fanno emergere un'entità unitaria. Le difficoltà maggiori derivano dallo stato delle fonti pervenuteci; esse sono difformi e si riferiscono volta a volta a tempi diversi e non ci permettono di tracciare un disegno organico delle varie fasi, anche in rapporto a mutamenti economici negli scambi e nella circolazione dei beni dovuti al succedersi di popoli diversi nel governo delle città. Per conseguenza una ricostruzione storica risulta disuguale non solo a causa della maggiore importanza di alcune città, come Capua e Napoli e più tardi Pozzuoli, ma anche della disponibilità delle fonti. Pompei è il caso più rilevante per la ricchezza inestimabile delle prove sulla vita quotidiana di una città di modeste dimensioni, ma prospera e ricca con intensi traffici. Tuttavia anche per Pompei la distruzione dell'eruzione del 79 d.C. fa mancare del tutto la possibilità di conoscere qualcosa sul periodo successivo.

L'importanza di altre città varia nel tempo: Pithecusa, cioè Ischia, e Cuma ci hanno lasciato documenti dell'età arcaica, di altre come Hyria abbiamo solo il nome sulle monete, di altre ancora conosciamo la storia come a sprazzi di luce, Nocera, Acerra, Atella, Suessula ed altre. Non siamo dunque in grado di offrire al lettore un disegno equilibrato e soddisfacente. Tuttavia nella grande varietà vi sono alcuni dati che fanno pensare ad una certa integrazione delle varie economie, il che risulta dalla monetazione, che per tipi, stile, metallo impiegato e valore risulta abbastanza uniforme.

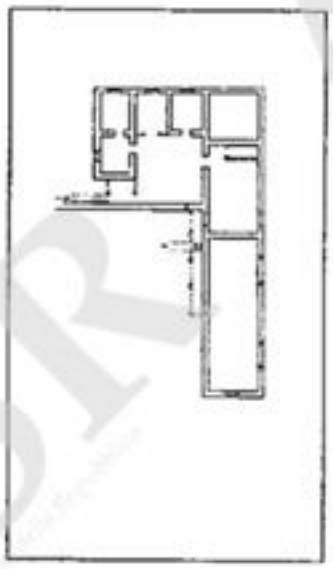
Popolazione

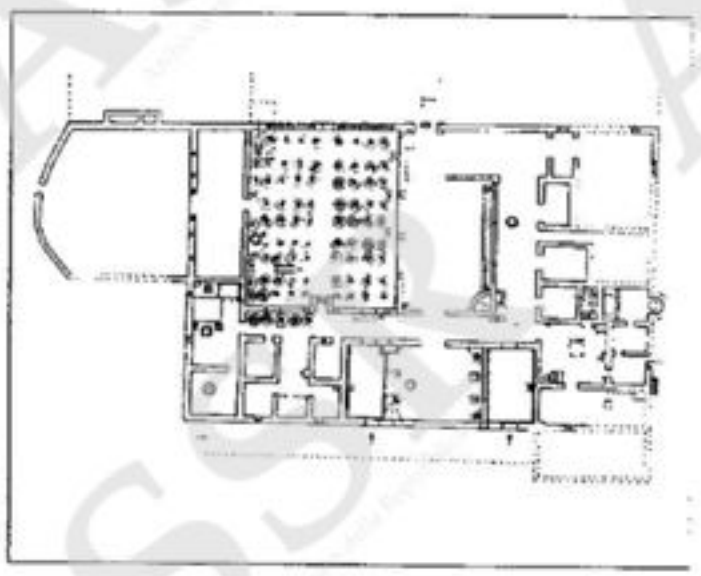
Cominciamo da alcuni dati sulla popolazione, con l'ovvia avvertenza che essi valgono solo per il tempo cui li riferiscono le fonti. Nel 216 il console T. Varrone, affermava che Capua era in grado di fornire 30.000 uomini di fanteria e 4.000 cavalieri[1]. Si pensa che il dato sia quello del censimento, ma qualche dubbio nasce dal fatto che esso è in un discorso ai Campani per convincerli a tornare con Roma e quindi poteva essere enfatizzato. Beloch in un primo tempo ha interpretato il testo, come già Nissen, nel senso che esso indicava i soli iuniores. Più tardi ha modificato tale opinione e lo ha inteso come relativo a tutti gli uomini in grado di essere arruolati, quindi anche seniores. Questa è oggi l'opinione comune, sostenuta da Afzelius, Brunt ed altri. Poiché la popolazione complessiva è tre volte quella atta alle armi Beloch calcola un totale di 100.000 liberi. Per stabilire la densità della popolazione, il riferimento vien fatto all'*ager Campanus*, inteso come territorio di Capua, città e campagna. Ma i confini sono discussi e dubbi. Beloch identificava il territorio con quello della prefettura campana, comprese dunque Cuma, Acerra e Suessula, fatta risalire al tempo della prima integrazione nello stato romano. Poi in seguito ha rilevato che la prefettura fu istituita nel 211[2], ma ha mantenuto fermo il computo. Infine nella *Römische Geschichte* si è fondato su di un passo di Festo ed ha enumerato 10 città nell'ambito della prefettura. Brunt invece, movendo dalla stessa constatazione sulla data della prefettura ha pensato che il dato liviano sul contingente militare di Capua comprendesse solo i cittadini di Capua e quindi giudica la stima di Beloch troppo bassa. Quanto ai confini, va ricordato che già al tempo dell'incorporazione dopo la guerra latina, l'*ager Falernus* era stato preso da Roma[3]. Dopo la defezione di Capua durante la guerra annibalica, l'*ager Campanus* fu ridotto interamente ad *ager publicus*[4]. Esso però va distinto dalle città comprese nella prefettura campana, perché alcune di esse, Cuma ed Acerra, forse Suessula, Atina rimasero municipi con amministrazione autonoma. Controversa è l'inclusione di Calatia ed Atella; Levi l'esclude, Castagnoli è di diverso parere, Johannowski considera queste città come appendici di Capua. Nelle ricostruzione di Beloch, l'intero territorio della prefettura misurava circa 1.000 kmq, che Afzelius porta a

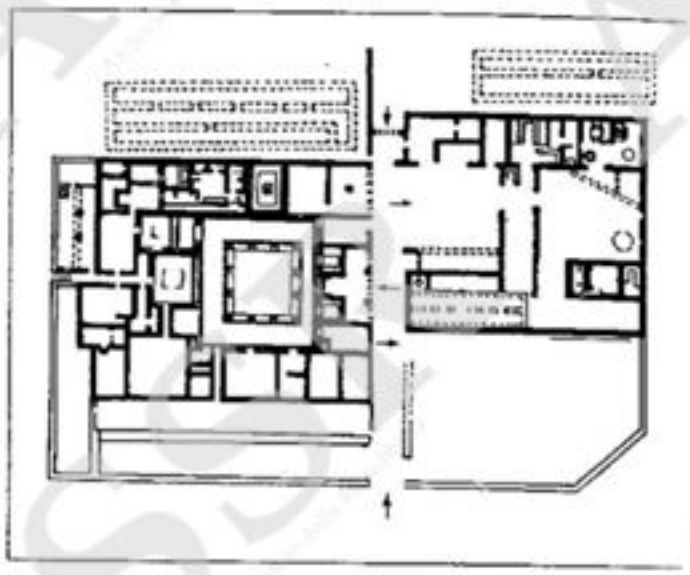
Senato della Repubblica - Archivio Storico

Planimetria della Villa della Pisanella a Boscoreale (da A. Carandini, «Storia di Roma» IV, Torino 1989).

Planimetria della Villa di Francolise presso Cales (da A. Carandini, «Storia di Roma» IV, Torino 1989).







Plastico della Villa della Pisanella a Boscoreale. Pompei, Antiquarium.



Senato della Repubblica - Archivio Storico

1.075. Nella misura più limitata e più rispondente all'ordinamento del 211 Levi calcola che l'estensione dell'*ager Campanus* era di 194.000 iugeri, Frederiksen, D'Arms ed altri circa 200.000, pari a 50.000 Ha, 500 kmq. La differenza è molto grande ed in buona parte dipende dal fatto che Beloch assume come riferimento la prefettura campana, gli altri i soli territori di Capua. Per venirne a capo bisogna precisare i criteri della ricerca. Evidente è l'incongruità del calcolo del Beloch, che riferisce un dato del 216 ad un territorio del 211, mentre tra le due date vi erano stati mutamenti profondi nella popolazione per effetto della guerra, le devastazioni di Annibale, la defezione di Capua e la successiva vendetta romana. Inoltre nel territorio della prefettura furono incluse nel 211 città che erano alleate di Roma e non appartenevano a Capua. È quindi arbitrario considerare il contingente militare che Capua poteva fornire, come se comprendesse anche quello delle città federate ed assumerlo per il territorio dell'intera prefettura. Brunt ha dunque ragione nel considerare il computo del Beloch troppo basso. Ma il calcolo del Levi e poi del Frederiksen è fatto su di una rettifica dei confini dell'*ager Campanus*, che anch'essa appare posteriore al 216. Vengono quindi escluse le città di Calatia ed Atella e quella parte meridionale, che nelle sanzioni contro Capua fu assegnata a Cuma ed altre città fedeli. Se vogliamo dunque tener fermo il dato del 216 dobbiamo stabilire quale era il territorio dipendente da Capua in quest'anno. Nell'elenco di Festo[5] delle città della prefettura campana sicuramente non appartenevano a Capua Cuma, Volturno, Literno, Pozzuoli, Acerra, i cui territori vanno dunque sottratti dal computo del Beloch. La posizione di Calatia ed Atella è controversa, ma non si può escludere che anch'esse facessero parte dell'*ager Campanus*, così anche Casilino e Suessula. In tal caso la dimensione di tale territorio aumenta di molto e si aggira sui 700 kmq. Senza alcuna pretesa di fornire un dato preciso possiamo assumere questa estensione come riferimento ed in tal caso avremmo una densità di popolazione di oltre 140 liberi per kmq e con l'aggiunta degli schiavi 187, una percentuale molto alta per l'antichità, che non contrasta peraltro con le condizioni storiche generali e con le possibilità della terra.

Alla popolazione dell'*ager Campanus* dobbiamo ora aggiungere sia i territori delle città della prefettura non computate, sia tutti gli altri che si estendevano ad est della via Campana, che possiamo assumere come indicativa del confine fra le due parti, e comprendevano a sud le città della fascia costiera fino a Salerno ed a nord quelle che confinavano con il Sannio e l'Irpinia[6]. Si trattava di un'estensione che secondo i calcoli del Beloch raggiungeva i 1.200 kmq, che vanno però aumentati dei 300 che noi abbiamo escluso dall'*ager Campanus*. Questo vuol dire che il territorio non compreso in quest'ultimo era oltre due volte più grande. Non riteniamo possibile in questa sede avventurarci in ricerche approfondite sulla popolazione di tale area, nelle quali bisognerebbe ovviamente distinguere tra varie epoche, dato che dalla fine della guerra annibalica e poi sotto l'impero vi furono mutamenti vari. Pozzuoli, ad esempio, prima della deduzione della colonia romana nel 194, era una piccola comunità, ma più tardi, allorché divenne il più grande porto del Tirreno, fu la seconda città della Campania per l'entità della popolazione. Né è possibile adottare un indice uniforme per la densità, in quanto le città della costa ed altre più interne, come Nola, avevano un indice alto, mentre località in zone montuose uno basso. Tuttavia in un'area che era due volte quella campana in senso stretto ed aveva centri molto popolosi, non è avventato supporre che la popolazione libera fosse almeno di 200.000 anime, che va accresciuta di 70.000 schiavi. Abbiamo così un dato complessivo di 450.000 abitanti per l'intera Campania, che possiamo accogliere in via indicativa come verosimile. Ne risulta confermata l'opinione che dopo Roma la Campania era la regione più popolosa d'Italia.

Caratteristiche naturali

Quel che sappiamo sulla qualità della terra conferma il giudizio. La parte migliore, molto estesa, era, come si è visto, la pianura dell'*ager Campanus*, la famosa Campania felix, che si estendeva da Capua alla costa. In essa il primato spettava ai campi Laborini. Catone chiama *Campanica* gli aratri adatti per la terra *pulla*, cioè nera e sciolta ed implicitamente considera tale quella dell'*ager Campanus*[7]. Varrone la descrive come *levis*, arabile con vacche ed asini, senza necessità di buoi[8]. Ancora Plinio rileva che l'acqua, defluendo dalle alture, viene trattenuta ed assorbita lentamente dai campi in pianura, ed essendo la terra polverosa in superficie, porosa come pietra pomice in profondità, non dà nulla alle sorgenti[9]. Un elogio della terra campana si legge in Virgilio[10], che la menziona come esempio di terra fumigante, che elimina in tal modo l'umidità ed è molto fertile. A lato dell'*ager Campanus*, dalle pendici del Monte Massico fino al mare, l'*ager Falernus* era tra i più celebrati. A Nord Ovest le terre assai prospere di Allifae e Venafro, che facevano parte del Sannio, ma dal lato economico si integravano nell'area laziale-campana.

La fascia costiera, già distinta dai Greci, comprendeva terreni di natura vulcanica, ricca di tutte le sostanze chimiche, salvo l'azoto, che davano alla terra una straordinaria fertilità, oltre che per i cereali, per gli ortaggi, la coltivazione dei fiori, il vigneto, il frutteto, gli olivi. Inoltre le profonde insenature naturali sulla costa erano ricoveri naturali atti ad installarvi porti sicuri, come Pozzuoli, Napoli, Pompei, Salerno, come a suo luogo vedremo. Questa era la Campania nella parte prospera. Vi era però anche un'altra faccia della medaglia. Nella fascia meridionale si formavano acquitrini e paludi, come intorno a Liternum ed ai piedi di Cuma. È probabile che la Fossa graeca sia stata un canale di bonifica, ma ne sappiamo ancora poco. Lo

Senato della Repubblica - Archivio Storico

posito di Anfore a Pompei.



672

Senato della Repubblica - Archivio Storico

straripamento dei fiumi, il Volturno ed il Clanio, provocava danni e talvolta catastrofi. Virgilio parla di Acerra vacua per le offese del Clanio[11], forse esagerando, dato che la città ha ricevuto una colonia da Augusto con assegnazioni ai veterani[12]. Acerra aveva un terra fertilissima e se è decaduta, questo si deve più a cause politiche ed eventi bellici, che a calamità naturali.

Per nutrire la popolazione della Campania, come l'abbiamo valutata sia pure indicativamente e senza la pretesa di una impossibile precisione, cioè intorno a 450.000 persone, occorreva una produzione di cereali, ad una razione media di 500 gr. al giorno, di almeno 820.000 quintali l'anno. Come vedremo più innanzi, la produzione in cereali della Campania superava abbondantemente la quantità necessaria per il consumo locale ed una parte notevole di essa si poteva esportare verso altre regioni, come il Lazio, che avevano una minore capacità produttiva.

Rapporti con il mondo greco

Le caratteristiche naturali della regione, la fertilità della terra, il clima e la capacità di assicurare l'esistenza di una popolazione notevole per l'età antica sono state poste in evidenza. Occorre ora aggiungere un altro elemento del quadro, che è in parte naturale ed in parte storico, cioè la lunga fascia costiera con profonde insenature e le isole del golfo di Napoli, che attraevano i navigatori del mare Tirreno fin da epoca remota e preannunciavano la colonizzazione greca. Le ricerche sempre più approfondite degli ultimi decenni sulla Magna Grecia e sui Focei in Occidente, i ritrovamenti archeologici di Ischia, l'antica Pithecusa, e quelli dell'area flegrea, Cuma in primo luogo, ci autorizzano oggi a pensare che fin dall'VIII-VII secolo a.C. nella Campania sulla civiltà autoctona si sovrapposero quella etrusca e quella greca concorrendo alla nascita di un'economia nella quale l'agricoltura non era la sola attività produttiva, ma i commerci terrestri e marittimi avevano una parte molto rilevante, ed erano tali da influenzare le stesse strutture sociali. È del tutto comprensibile che in vari centri campani ed in particolare Capua e Napoli si sviluppassero via via attività manifatturiere ed artistiche, cui la stessa Roma fece ricorso, a cominciare dalla monetazione prima di essere in grado di provvedervi direttamente.

Vi sono tuttavia problemi storici che a mio parere non sono ancora adeguatamente risolti. Fra di essi il più importante appare quello della separazione di Cuma, Dicearchia e Napoli in particolare dal retroterra della Campania. Questa tesi è stata sostenuta con acute considerazioni da E. Lepore, poi in seguito da lui stesso ridimensionata, ed è accolta da studiosi autorevoli (Carandini, Camodeca etc. diversamente Zevi). Essa è suggestiva, ma non spiega l'attività economica molto intensa delle città suddette, Napoli compresa, né si concilia con la posizione di quest'ultima, allorché era il porto principale del Tirreno, prima dell'ascesa di Pozzuoli. Non è verosimile che tali attività potessero aver luogo senza rapporti diffusi ed ampi di traffico con l'entroterra e con la parte più prospera della Campania, cioè Capua. Né si può pensare che si potesse provvedere ai rifornimenti alimentari necessari solo con i prodotti di estensioni limitate della campagna, come quelle che la tesi qui discussa suppone. Senza dubbio esistevano difficoltà ed ostacoli naturali, come quelli provocati dal corso del Clanius con le paludi che si formavano già nella piana di Acerra e poi nella piana confinante con le pendici del monte di Cuma nella zona attuale di Licola. Ma tali difficoltà non erano insuperabili e non si vede perché la presunta barriera del Clanius non abbia in seguito impedito né la via chiamata consularis di Pozzuoli-Capua, né quella diretta Napoli-Atella-Capua, documentata nella Tabula Peutengeriana, ma già esistente al tempo di Augusto, se vogliamo credere a Donato[13] che il Maiuri accreditava. Del resto anche la via Campana di Pozzuoli, archeologicamente documentata, non può che appartenere ad un'età nella quale, per una scelta della politica romana, Pozzuoli divenne un porto più importante rispetto a Napoli e così anche la considera Lepore, che la pone in rapporto all'istituzione di un dazio doganale – *portorium* – a Pozzuoli, che ebbe luogo nel 199 a.C. Comunque le testimonianze epigrafiche e quelle che si traggono dai monumenti funebri rinvenuti lungo la strada sono della tarda repubblica e perfino del tardo impero[14]. Da tali constatazioni si deve desumere che noi non sappiamo nulla dei collegamenti di Napoli e Cuma con il retroterra nell'età più antica, ma non sembra verosimile supporre che esistesse un tracciato uguale a quello della strada Campana e spiegarlo con l'esistenza di un porto alternativo a Dicearchia (Frederiksen), un piccolo porto di concorrenza dovuto ai rapporti etnici con Capua sannita o osca. Si tratta di una congettura indimostrabile, perché non sappiamo nulla di nulla del periodo osco di Pozzuoli, né le monete con la leggenda *Phistelis* (osco *fistlus, fistlula*) offrono una prova in tal senso, come già aveva osservato Beloch. Il sistema viario dell'età preromana deve essere ancora ripensato.

L'età arcaica

Manchiamo di fonti scritte per l'economia dell'età arcaica, ed i ritrovamenti archeologici non ci forniscono sufficienti prove. Dobbiamo quindi limitarci ad individuare i problemi principali e proporre semplici ipotesi. Sappiamo che fin dall'VIII secolo se non prima esistevano forme evolute di vita economica in primo luogo nelle isole del golfo e poi in Cuma. Dopo le ricerche attuali (Buchner, Mele) possiamo esser certi che la colonizzazione greca ebbe luogo prima a Pithecusa (Ischia), poi a Cuma. Negli ultimi decenni dopo una lunga e deplorevole indifferenza, le ricerche archeologiche nell'isola hanno finalnente avuto un

Senato della Repubblica - Archivio Storico

forte impulso, in larga parte dovuto alla passione di Giorgio Buchner, il quale ne era stato preso fin da quando ragazzo veniva nell'isola con il padre, professore di zoologia a Breslavia, per le vacanze. Dai ritrovamenti risulta che Ischia commerciava con l'Oriente mediterraneo, essendovi relazioni di traffico degli Eubei fin dal X secolo, importava prodotti della terra da Rodi, dall'Attica ed altri centri, come provano le grandi anfore del tipo SOS. È probabile che mercanti importassero minerali di ferro dall'isola d'Elba, ma l'entità del traffico è resa dubbia dal fatto che si è trovato un solo pezzo di minerale grezzo, mentre le fonderie sono numerose. I vasi d'impasto provano un rapporto con l'Etruria meridionale ed il Lazio e la ceramica dipinta con la Puglia e la Calabria. Se le scritte, graffiti, sull'ansa di una grande anfora funeraria, provano, come ritengono gli specialisti (Garbini), che l'oggetto era un contenitore di liquidi, interpretando i segni come 200 e doppio, in lingua aramaica, si ha un indizio dell'esistenza di un rapporto di commercio con l'area fenicia. Altri graffiti confermano la presenza nell'isola di coloni greco-semiti.

Purtroppo le nostre conoscenze sono relative all'importazione ed alcune attività di lavoro in utensili di ferro ed oreficeria, ma non ne abbiamo per le esportazioni. Rimane dunque il problema su che cosa i colonizzatori greci potessero dare come corrispettivo per lo scambio. Un passo molto sintetico di Strabone[16] afferma che gli Eubei insediatisi ad Ischia erano prosperi per la *eukarpeia* ed i *chruseia*. Il secondo termine può intendersi nel senso di minerali di oro oppure di oggetti di oro. Oggi si afferma la seconda interpretazione, con il che si alluderebbe all'attività di oreficeria (Mureddu, Buchner, dubbioso Zevi), della quale tuttavia mancano chiare conferme archeologiche. Dall'altro lato Strabone parlando di *eucarpeia* rileva una caratteristica naturale ed è poco verosimile che si voglia riferire con l'altra parola ad un'attività umana, mentre nulla dice su quella che sicuramente esisteva ad Ischia, la produzione di vasi ed anfore, data la grande quantità di argilla che vi era nell'isola, come ancora oggi. È vero che di giacimenti o miniere di oro non vi sono tracce né in fonti antiche, né in ritrovamenti archeologici, ma non esiste dall'altro lato alcuna ragione o logica del primitivo sistema di scambi per indurci a credere che naviganti eubei portassero ad Ischia oro per farlo lavorare da orafi locali.

Un altro dubbio permane sull'approvvigionamento alimentare. Le terre dell'isola offrivano molto limitate possibilità alla coltivazione dei cereali, fosse anche l'orzo, preferito dai Greci, mentre erano tra le migliori per la produzione di vino. Si può dunque supporre che i coloni euboici dessero vino in cambio di cereali? L'ipotesi non è in sé inverosimile. Quel che a me pare certo è invece l'impossibilità dell'autosufficienza dell'isola per la produzione di orzo o grano, tenuto conto che oltre alla colonia greca vi era un nucleo di popolazione locale, che si doveva nutrire. Certo, se si considera che la colonizzazione di Ischia aveva la finalità di creare una sede avanzata per i navigatori euboici nelle loro rotte verso il Tirreno centrale, si può supporre che vi fosse un interesse della madre patria per il sostentamento della colonia. Dall'altro lato fin dall'inizio dovette esservi uno scambio frequente con Cuma, la quale mancava di materie come l'argilla e quindi doveva rifornirsi di anfore dalla vicina isola, ma era ricca di prodotti della terra che potevano essere agevolmente inviati.

L'economia di Pithecusa si collegava con l'oriente mediterraneo, anche se non bisogna pensare ad un grande volume di scambi, ma sovrattutto con quella della terraferma vicina, quindi Cuma.

Se ci rivolgiamo a questa città anch'essa di origine greca, abbiamo sotto gli occhi un quadro diverso da quello proprio insulare che abbiamo veduto. Cuma stabilì ben presto il suo dominio non solo nella zona propriamente flegrea, ma anche su parte della pianura che si estendeva verso Capua. Essa è quindi descritta dalle fonti come fertilissima[17], il che si spiega ammettendo che la città dopo la sua fondazione da parte dei coloni euboici abbia affermato il proprio dominio sulla campagna circostante nella pianura campana verso Nord, il che del resto si trae delle stesse laconiche parole di Dionigi di Alicarnasso. È difficile precisare se la campagna suddetta fosse incorporata nel territorio della città o solo soggetta ad un'egemonia politica, come è anche difficile sapere quale sia stato il regime della terra. Sta di fatto che Cuma traeva da essa i prodotti necessari per l'approvvigionamento della città e poteva perfino disporre di un surplus, se dobbiamo credere che essa fu in grado di rifornire Roma in talune circostanze di emergenza[18]. Purtroppo sono indicazioni presuntive e molto generali, ma l'insufficienza della ricerca, che i mezzi attuali consentirebbero, anche per saperne qualcosa in più degli acquitrini e del corso del Clanius, ci rende impossibile una determinazione meno approssimativa della terra coltivabile e quindi delle conoscenze di un presupposto necessario anche per il calcolo delle possibilità produttive.

La stessa insufficienza di un'opera sistematica di scavo e la devastazione del territorio ci ha fatto perdere, come giustamente rileva Zevi, un materiale copioso e preziosissimo di un'area che ebbe una straordinaria importanza nella storia arcaica della zona ed, in generale, della colonizzazione greca e delle sue vicende. Dobbiamo quindi limitarci a quello che le fonti pervenuteci ci permettono di dire sulla base di prove positive e non di racconti più o meno fantastici. Si può esser certi che Cuma aveva una produzione abbondante di vasi e di anfore, fabbricati con l'argilla di Pithecusa e che quindi era in grado di esportare prodotti per mezzo di queste ultime, forse anche vino, come quello che abbiamo supposto per Ischia. Dalle sue monete che recano con grande frequenza l'emblema del mitile, siamo autorizzati a pensare che l'allevamento delle ostriche e dei mitili in genere era una fonte primaria di ricchezza, come è stato per lunghi secoli in tutta la

Senato della Repubblica - Archivio Storico

zona ed anche nell'età contemporanea. In una città costiera, sorgente a specchio di un mare molto pescoso, con i centri di Baia e Miseno, che rivivranno anch'essi nell'arbitro romano, si deve pensare alla pesca come ad un'attività molto rilevante nell'economia della zona e forse anche ad industrie per la conservazione del pesce. Non vogliamo affermare ipotesi per le quali mancheranno di qualsiasi documentazione, ma limiterci ad avvertenze la congettura che vi erano i presupposti per la produzione del *garum*, che più tardi ebbe tanta fortuna nelle città spagnole della costa meridionale, ma fu anche praticata in città marittime italiche, come Pompei e Pozzuoli ed altre del Lazio. Nel mare della zona flegrea in determinati mesi dell'anno vi sono migrazioni di sgombri, che erano preferiti nel *garum* spagnuolo.

Della prosperità economica di Cuma una testimonianza significativa si ha nella abbondante emissione di monete d'argento e di bronzo, il cui esame consente riviare ad una esposizione unitaria della circolazione monetaria di tutta l'area nell'età precomana.

Le altre due città dalla costa sono Napoli e Pozzuoli, oltre Pompei, Herculaneum e Stabiae, infine Surrentum e Capreae. Le più importante era Neapolis, che aveva il maggiore porto prima di essere sorpassata da Puteoli nel periodo romano. Abbiamo già accennato al tema del cosiddetto isolamento di Napoli ed esposto i nostri dubbi in particolare sulla topografia della zona e sulla barriera del Claudio. A tale parere una simile questione non si può risolvere altrimenti che in base a considerazioni storiche generali concernenti la funzione reciproca di due economie, quella della costa con decisa impronta greca e quella della pianura avente come suo centro Capua, osco etrusca e non mai interamente grecizzata. Non vi è dubbio che le due economie erano distinte, anche per caratteri naturali del territorio. Ma esse non erano due mondi chiusi, erano complementari e si integravano reciprocamente. L'economia di Napoli e di Cuma non avrebbe potuto svilupparsi senza un rapporto di scambio con le città della Campania, né sarebbero bastati i rapporti marittimi con il mondo greco dalla Sicilia ad Atene. Lepore, che rileva l'inclubbio legame, avverte giustamente di evitare esagerazioni intorno al volume del traffico con la Grecia. D'altra parte è d'obbligo osservare che il maggiore studioso contemporaneo della storia di Napoli e della Campania nel suo ultimo scritto dedicato alla «Città tra Campania e Romanità, ha fortemente attenuato la tesi dell'isolamento, ed ha individuato, pur tra le vicende politiche e militari del tempo con i loro inevitabili contraccolpi, una sorta di continuità tra territori campani e Napoli e quindi se non un'economia unitaria, certo la reciproca integrazione di due sfere economiche. Così è naturale è dunque alla fine la storia, cioè l'attività degli uomini e non le condizioni naturali, che sono solo un elemento della storia, che ha influenzato le correnti di scambio nella regione, la monetazione e circolazione della moneta e della ricchezza. Prove evidenti sono i ripostigli di monete che si rinvengono in varie località della Campania e del Sannio e di monete di stile napoletano nella stessa Capua, i quali attestano l'esistenza di scambi con Napoli anche prima della presenza romana.

Nell'età preromana, Dikaiarchia, come si chiamava allora Puteoli, era una città portuale minore, un'appendice di Cuma, di importanza ancora minore se si accetta l'ipotesi del Paget sull'esistenza di un porto di Cuma a nad dell'Acropoli, del quale egli ha ritenuto di avere individuato mediante la fotografia aerea radici sommerse. Se dal lato della vicinanza tale porto era certo preferibile a quello di Dikaiarchia, distante da Cuma oltre 3 miglia marine, che richiedevano almeno un'ora di navigazione con vento e mare favorevoli, dal lato della sicurezza non vi era possibilità di confronto, perché Pozzuoli sorge in una profonda insenatura, mentre la costa davanti a Cuma non ha alcun ricettacolo e fronteggia il mare aperto, a meno che non si voglia pensare che uno dei laghi della zona, l'Averno od il Lucrino fosse collegato con il mare da un canale navigabile. Le fonti storiche[19] e la condizione dei luoghi si oppongono a questa suggestiva ipotesi. La storia poi di Puteoli dimostra che esso divenne un porto maggiore di Napoli in seguito ad una scelta politica di Roma, che però non poteva nascere dal nulla, ma aveva il suo presupposto nella preesistenza del porto già utilizzato da Cuma. Forse esso già nel periodo della dominazione osca aveva incrementato il traffico con l'area campana, ma di questo non ci sono pervenute testimonianze apprezzabili.

Un'area diversa da quella finora descritta comprende Pompei ed Ercolano, Nocera e Sorrento, le città della Valle del Sarno. Ma vi sono dubbi e controversie sulle origini etniche, che del resto nascono dalla stessa tradizione antica e dalle sue possibili fonti, Timeo in primo luogo, nonché dall'interpretazione di dati archeologici, come quelli concernenti una diminuzione della popolazione agricola nella stessa zona. Tali incertezze influiscono sulla definizione del carattere di Pompei come centro di traffici. Non è possibile trattare della questione con un approfondimento adeguato, dato lo spazio disponibile. Mi limito quindi a dire che non avendo di meglio non ci si può che rifare a Strabone, il quale afferma: «Pompei possiede il fiume Sarno, che riceve ed esporta carichi di navi, e il porto di Nola, di Nocera ed Acerra»[20]. È quasi superfluo avvertire che non si può avere alcuna certezza che la testimonianza di uno scrittore della fine del I secolo, possa valere per una remota antichità. Ancora una volta pare ragionevole la prudenza di Lepore di fronte alla tesi di svolti sull'esplosione di un nodo di traffico commerciale, un mercato. Ma quali che siano i risultati di ricerche ancora da compiere, un fatto può ritenersi assodato, che cioè alla vigilia della romanizzazione, e per vario tempo prima, Pompei faceva parte di una lega nocerina, fondata su di un comune etnos e soltanto su comuni interessi politici. In tale ambito è del tutto comprensibile che essa acquisti via via la funzione di uno stabile nodo di traffico con il retroterra, a

675

199

Pompei, pantheon (ricostruzione)
nel Vico Torto



Senato della Repubblica - Archivio Storico

cominciare da quello più vicino, quindi, oltre Nocera, Nola ed Acerra come rileva Strabone.

Di Herculaneum e Stabiae sappiamo tanto poco della loro storia originaria da non permetterci di avere un'idea della loro vita economica nell'età arcaica; si trattava comunque di piccoli centri, che ebbero il loro sviluppo solo nell'età romana.
Delle località marittime ci rimangono Sorrento e Capri, l'una e l'altra di sicura origine greca, sebbene la prima non sia sfuggita alla dominazione osco-sannitica. Capri è la prima isola che i navigatori ellenici incontrarono nelle loro incursioni nel Tirreno , ma a differenza di Ischia non sembra che abbia costituito un centro di traffico; le sue piccole dimensioni, le caratteristiche della terra, atta quasi esclusivamente alla cultura della vite e la mancanza di acqua non attraevano coloni greci. È singolare che il vino di Capri, rinomato in tempi moderni, non venga mai ricordato nelle fonti antiche (Beloch).

Agricoltura

Allorché si affermò l'egemonia romana sulla Campania, cioè dopo la guerra latina e Capua divenne un municipio romano sine suffragio, non furono modificati i caratteri essenziali dell'economia, se non per quello che riguarda l'organizzazione del commercio e dei porti come più innanzi vedremo. L'agricoltura ed i modi di coltivazione non subirono apprezzabili mutamenti. La produzione era prevalentemente cerealicola, ma non mancavano le culture arboree. La terra fertilissima era adatta per l'insediamento di fattorie di modeste dimensioni ed una proprietà di tipo latifondistico non esisteva. La tesi schematica, che solo dopo la guerra annibalica e l'irrompere della schiavitù come fenomeno di massa fu possibile una grande trasformazione agraria fondata su culture arboree remunerative, vigneto ed oliveto, deve essere corretta. L'idea tradizionale, che il manuale di Catone significhi l'inizio di un profondo rivolgimento agrario, va dunque meglio approfondita. Già prima di questo tempo, quelle culture esistevano forse già nella pianura, associate ai cereali e legumi, certo nella parte di collina o montagna. *L'ager Falernus*, che venne confiscato da Roma, come si è detto, era molto adatto per il vigneto oltre che per i cereali e certo non si sarà atteso il manuale catoniano per introdurre il vigneto in quella zona, non molto lontana da quella parte costiera, che era stata sede di coloni greci e dove l'elemento greco era sopravvissuto nonostante le vicissitudini provocate dalle offensive dei popoli montani. I Greci coltivavano la vite ed è verosimile che abbiano introdotto la conoscenza di essa fin da età abbastanza remota. Nel tempo della guerra di Annibale, così la zona del Falerno era apparsa ad Annibale: «ea regio praesentis erat copiae, non perpetuae, arbusta vineaeque, et consita omnia magis amoenis quam necessariis fructibus»[21]. L'*ager Campanus* vero e proprio era poi terra fertilissima con copiosa produzione di cereali, il che indusse Roma allorché conquistò Capua dopo la defezione, pur riducendo il territorio ad *ager publicus*, a conservare la popolazione per disporre delle forze di lavoro occorrenti e si limitò ad imporre un tributo mediante la consueta locazione censoria[22]. A giudicare dalle assegnazioni nell'*ager Falernus* di lotti di terra, tre iugeri più un quarto per la lontananza[23], è giuocoforza ammettere che si trattava di piccoli appezzamenti. Per di più non vi furono deduzioni di colonie in Campania, salvo le tre colonie marittime di Volturno, Literno, Pozzuoli di 300 coloni ciascuna, come di consueto, nel 194[24]. Anche in territori, che non facevano allora propriamente parte della Campania, ma del Sannio, dove vennero trasferiti di autorità i Liguri Baebiani in considerevole numero, occorre una riflessione critica sui dati delle fonti, che ci danno 40.000 + 7.000, perché le testimonianze della Tabula di Benevento e le dimensioni del territorio dove si ritiene esistesse l'*ager Taurasinus* non giustificano l'insediamento di 47.000 persone (De Martino). Da tutto questo si può trarre la conseguenza che il regime agrario dell'*ager Campanus* e territori vicini era, almeno in prevalenza, quello della gestione diretta di piccoli fondi da parte della famiglia contadina. Vi era anche una parte posseduta da persone di elevato rango sociale[25], sebbene non siamo in grado di dire quali fossero le forme della gestione, se grandi fattorie o locazione di lotti a coloni. La produzione non era esclusivamente cerealicola o di legumi, ma anche di frutta, vigneto ed olivo, fibre vegetali, forse piante aromatiche per la fabbricazione di profumi. Già nel III secolo ed agli inizi del II, la produzione era eccedente rispetto al consumo locale e parte di essa veniva venduta. Questo risultava già dalle notizie delle fonti storiche, che abbiamo ricordato, sull'acquisto di cereali da parte di Roma. Si aggiungono ora le prove derivanti dallo studio delle anfore del tipo greco-italico e Dressel I, che sono attribuite all'età precedente la guerra annibalica, di provenienza campana e non esclusiva di Napoli. È vero che, secondo Plinio, ancora nel 121 i vini diffusi erano quelli consueti, cioé gli Italici e solo allora si cominciò ad apprezzare la loro bontà, ma essi non erano ancora famosi tanto è vero che si dava loro il nome di un solo console, con riferimento al vino detto Opimiano dal console dell'anno[26]. Più apprezzati erano i vini stranieri, greci e dell'oriente. In realtà il vino prese il nome del console in quell'anno per l'abbondanza del prodotto e perché Opimio aveva avuto una parte decisiva nella repressione del movimento graccano. Ma anche ammesso che fino ad allora i vini italici erano meno famosi di quelli stranieri, ciò non vuol dire che non vi fossero, anzi lo stesso Plinio, dicendo che in quell'anno erano diffusi i vini soliti, prova che ve ne era un largo consumo. Se le considerazioni che precedono sono esatte, non si può condividere l'opinione che il tipo di gestione della terra del periodo precedente la formazione di tenute del tipo catoniano o di quello che si ri-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Macina per olio, Pompei.



La macina per grano nel Forno di Modesto, Pompei.



677

201

Senato della Repubblica - Archivio Storico

leva a Pompei fra la tarda repubblica ed il primo secolo del l'impero sia lo stesso (Frederiksen). Il fondo descritto da Catone è di 100 iugeri, a cultura mista, o un oliveto di 240 o 120 iugeri ed un vigneto di 100. Le ville pompeiane avevano un'estensione di dimensione minore, come in seguito vedremo, ma non inferiore ai 50-60 iugeri in media. La fattoria di Catone prevede l'impiego di un numero fisso di schiavi alle dipendenze di un fattore, il *vilicus*, ma piccole fattorie non potevano essere coltivate con un tale equipaggiamento e perciò o erano gestite direttamente dal proprietario-colono o erano date in affitto. La stessa centuriazione dell'*ager Campanus*, come è stata ricostruita in base alla fotografia aerea ci offre dati concreti per un computo dell'estensione dei fondi. Se essa non appartiene all'età dei Gracchi, risale molto probabilmente alla prima assegnazione del 209 e del 172-169. Le centurie erano di 200 iugeri ciascuna, a loro volta divise in *sortes* per le assegnazioni ai singoli, secondo i modi consueti della centuriazione. Per aversi dimensioni uguali a quelle di Catone si dovrebbe ammettere che una sola centuria era data ad un assegnatario o a due, il che contrasta con i dati concernenti le successive assegnazioni o proposte di assegnazioni che erano di 10 iugeri, come si vedrà in seguito. Ciò non vuol dire che ancor prima della guerra annibalica e poi dopo di essa non potessero essere costituite larghe proprietà o di signori locali o di nobili ed uomini di affari romani, che si erano appropriati di parti consistenti dell'*ager Campanus*, divenuto *ager publicus* dopo la confisca punitiva adottata da Roma contro Capua dopo la defezione. Vuol dire che avevano continuato ad esistere forme di gestione diretta di modeste dimensioni di terra.

La piccola e media proprietà continua anche nella tarda Repubblica, come risulta dalle numerose ville, le cui tracce esistono nella zona, sebbene non ancora scavate e da quelle riportate alla luce, come la villa di Posto e quella di San Rocco presso Francolise, che non implicano l'esistenza di poderi molto estesi. È vero che vi è un contrasto di opinioni sul regime della proprietà nell'*ager Falernus*, ma a me pare più fondata l'opinione dello Johannowsky contraria ad ammettere il latifondo nella zona, né la prova che si adduce in contrario, un passo di Orazio, nel quale si parla di mille Falerni iugera[27] ha il valore di una testimonianza storica, ma solo di una enfatizzazione retorica per dire che il liberto arricchitosi, del quale si tracciava l'immagine, possedeva una grande quantità di terra rinomata. Le ville delle quali si è parlato attestano che vi erano fattorie certo di estensione maggiore dei tre iugeri assegnati nel 340, ma pur sempre di tipo medio, come vedremo più oltre. Per concludere dobbiamo ritenere che vi fu un mutamento abbastanza profondo nell'assetto della terra e nella sua gestione dopo la guerra annibalica. In alcune zone si affermò la grande proprietà, in altre vi furono poderi di dimensioni medie, tali da poter provvedere all'esistenza della villa razionale. Sopravvisse infine la piccola coltura contadina diretta.

Considerazioni analoghe possono valere per altre parti della regione non appartenenti a Capua e per la zona meridionale, in particolare i Campi Flegrei, anche se per essi non abbiamo vicende analoghe a quelle di Capua. Vediamo ora le fasi di uno sviluppo, che non avvenne in modo improvviso dovunque.

Subito dopo lo scontro con Annibale Roma affrontò problemi urgenti, tra i quali la ripresa dell'attività produttiva nei territori meridionali, che avevano sofferto per le devastazioni provocate da entrambi gli eserciti. Bisogna però accogliere con riserva critica le notizie tramandate dalle fonti sulla «terra bruciata» in attuazione di un piano di Fabio Massimo[28]. Vi è certo un'enfasi della tradizione annalistica intenta ad esaltare la tattica di Fabio. Non possiamo accogliere la notizia che nel 215 Fabio ordinò di raccogliere entro il 1° giugno tutto il grano nelle città fortificate, minacciando che in caso di mancata ottemperanza egli stesso avrebbe distrutto i raccolti, venduto gli schiavi e bruciato le fattorie. La data del 1° giugno è inaccettabile, perché il grano non è ancora maturo. Se vi era il grano nei campi vuol dire che non si era proceduto alla distruzione ordinata già nel 217[29] ed è poco credibile che si dovessero distruggere le case.

Anche se valutate con riserva, le fonti tuttavia provano che le terre avevano sofferto[30] e che le popolazioni le avevano abbandonate all'approssimarsi degli eserciti. Bisognava dunque farle tornare e per questo si orientò la politica romana nel 206, allorché il Senato dispose che i consoli si adoperassero in tal senso[31]. Data l'importanza di Capua come terra di produzione cerealicola, le sanzioni severe disposte da Roma dopo la riconquista della città, risparmiarono le forze di lavoro[32], per l'interesse di Roma alla ripresa della coltivazione. La situazione comunque non doveva essere disperata dal momento che nell'*ager Campanus* non furono dedotte colonie, salvo le tre marittime del 194 di cui abbiamo parlato. La ripresa era dunque in atto. Forse fu l'interesse romano per essa a far chiudere gli occhi alle autorità sul fatto che i privati si impadronivano abusivamente di parti dell'*ager publicus* o forse anche la qualità degli occupanti che potevano essere signori romani o campani, appartenenti alle classi più elevate, che erano filoromane. Che il fenomeno fosse imponente è provato dalla misura decisa nel 173, allorché si inviò il console Postumio alla ricerca dei termini delle terre pubbliche cadute in mano privata[33]. Ma fu soltanto nel 165 che il pretore Lentulo recuperò 50.000 iugeri pagando un'indennità ai possessori[34]. Egli redasse una mappa del territorio con l'indicazione dei confini delle terre pubbliche e private, ma non potette accrescere le terre pubbliche, oltre quelle riacquistate. Il plebiscito del 209, che disponeva le locazioni censorie[35] evidentemente era restato lettera morta (Toynbee). L'*ager Campanus* era stato fin dall'inizio della penetrazione romana oggetto di interventi diversi. Come si è detto, nel 210 si era deciso di vendere i beni dei *principes* e dare in locazione censoria l'*ager publicus*, imponendo un corrispettivo in frumento[36].

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Nel 205 si era disposta la vendita della zona compresa fra la Fossa greca e la costa[37], nel 199 la vendita della terra ai piedi del Monte Tifata[38]. Oltre le assegnazioni antiche dell'*ager Falernus*, vi erano stati altri provvedimenti, cui accenna Cicerone in modo oscuro[39]. Più tardi Silla insedò nella zona i suoi veterani. Nell'età di Cicerone, allorché la questione agraria divenne uno strumento di lotta delle fazioni, la proposta di legge agraria di P. Servilio Rullo del 63 aveva per scopo di attuare larghissimi interventi in Italia e fuori fra i quali assegnazioni di terre pubbliche nell'*ager Campanus*, sul Monte Gauro presso Pozzuoli, a Minturno sui salicta (saliceti), nella zona della via Herculanensis[40]. L'opposizione fu strenua da parte di Cicerone, console in quell'anno, che pronunciò ben tre discorsi contro la proposta e riuscì a farla fallire. I decemviri, che la legge istituiva con ampi poteri, avrebbero dovuto assegnare 10 iugeri a testa, quindi 50.000 iugeri bastavano per 5.000 coloni[41]. L'iniziativa venne ripresa nel 59, questa volta direttamente da Cesare, la *lex Iulia* agraria prevedeva assegnazioni a 20.000 persone; se gli assegnatari erano in realtà, 5.000 gli altri 15.000 avrebbero dovuto essere possessori locali senza titolo, come suppone il Levi[42]. Se invece si pensava proprio a 20.000 nuovi coloni da dedurre, allora le parole di Cicerone vanno intese come una sua illazione amara ed ironica. I riferimenti sia pure sommari che precedono, ai fini della storia economica, provano che l'*ager Campanus* fu continuamente preso di mira nel corso della lotta politica della tarda repubblica, degenerata in lotta di fazioni armate da Silla ad Augusto. Forse anche i Gracchi avevano attuato o proposto dei nuovi insediamenti, a giudicare dall'esistenza di cippi graccani[43], sebbene Cicerone nei discorsi sulla legge di Rullo li lodi per essersi astenuti dal sottrare quelle terre al popolo Romano[44].

Le tracce sul terreno della centuriazione, come anche le testimonianze degli Agrimensori sono indubbiamente utili per conoscere la condizione giuridica del suolo al momento della centuriatio, ma non lo sono per farci ricostruire la storia della proprietà agraria e delle forme di gestione. Le *sortes* non erano inalienabili, né lo erano le terre vendute con le modalità dell'*ager quaestorius*. Il processo di concentrazione della proprietà fondiaria, che fin dal IV secolo a.C. si era manifestato con l'occupazione di vasti territori da parte dei patrizi, cui invano aveva tentato di porre un freno la legge Licinia Sestia del 367 e forse altre successive, fino alla sfortunata legislazione graccana, era destinato a riprendere con maggior vigore nell'ultimo secolo della Repubblica e durante l'Impero. Questo fu un moto generale, che ebbe anche in Campania significative tappe. Esso aveva come fattori essenziali il costituirsi di grandi ricchezze ed il diffondersi della schiavitù come fenomeno di massa, il che rese possibile la creazione di medie e grandi fattorie razionali, le *villae rusticae*, delle quali si occupano largamente gli scrittori romani di cose agrarie. Dalle opere di Catone, Varrone e Columella, che ci sono fortunatamente pervenute, possiamo trarre molti dati per la conoscenza delle nuove tecniche agrarie, della gestione della villa, delle coltivazioni e delle forze di lavoro addette all'agricoltura, sebbene si tratti di scritti diretti a dare i precetti per una buona coltivazione e non di vere e proprie testimonianze di quello che veramente accadeva nelle campagne. In che misura i loro consigli erano attuati non si può dire, ma le loro frequenti rampogne contro gli errori ed in ispecie contro i proprietari assenteisti dimostrano che la pratica era diversa da quel che essi indicavano. Ma non vi è dubbio che le trasformazioni della proprietà e quelle della gestione segnano una nuova fase nell'agricoltura romana, che in linea di massima si può fissare fra il II secolo a.C. ed il II d.C., l'epoca che si può definire della maggiore diffusione dell'economia a schiavi. In quest'epoca si afferma l'agricoltura della villa, che in Campania ha lasciato numerose ed importanti vestigia.

Economia della villa

Cominciamo dalle prove archeologiche relative alle ville. La più simile al modello antico è la villa di Posto presso Francolise. Essa ha pochi locali, destinati solo alle attività connesse alla coltivazione e non ha quella parte residenziale, che invece si trova nella seconda fase della Villa di San Rocco nella medesima zona. Questa fattoria viene datata al 75 a.C., la fase residenziale al 30 a.C.-50 d.C. Tra il fabbricato rurale e quello residenziale passa una strada. I locali della parte rustica sono costituiti dall'alloggio del fattore, un lungo stanzone, forse per gli schiavi, un impianto per l'olio, costituito da un trapeto ed un torchio, vasche per raffinarlo, mentre non si può sapere come venisse conservato e la congettura dei benemeriti editori, che esso veniva versato in anfore, poi sollevate e portate in un cortile è poco verosimile per la difficoltà dell'operazione e la non grande dimensione delle anfore, ben diversa da quella che ci viene attestata per i dolii di celle olearie in altre ville. Vi sono rinvenimenti di dolii anche in questa villa, ma non conosciamo la loro dimensione e quindi non possiamo calcolare il peso. Il solo elemento di giudizio per intravedere l'ampiezza del fondo è quello dato dalle prove sull'impianto di macchine, un solo trapeto ed un solo torcolario, mentre Catone per l'oliveto di 240 iugeri ne prescriveva quattro. Questa constatazione rende impossibile l'ipotesi che il fondo della villa di San Rocco fosse della stessa estensione o anche solo di 100 iugeri, per il quale sempre Catone voleva due vasa, cioè due trapeti e due torchi. Una misura ipotizzabile sarebbe dunque di 50 iugeri, 12,5 Ha. È comunque singolare che in una zona come quella dell'*ager Falernus*, una fattoria fosse esclusivamente equipaggiata per produrre olio e non vino, come sarebbe logico attendersi. Non intendo con ciò porre in dubbio i rilevamenti come sono interpretati da archeologi di indubbio valore e molto accurati, ma solo porre in evidenza un problema di orga-

Senato della Repubblica - Archivio Storico



Fregio con amorini orafi. dal triclinium della Casa dei Vettii.



Fregio con amorino orafo particolare dall'affresco della Casa dei Vettii.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

nizzazione economica della villa. Va infine segnalato che in essa si trova una fornace per la produzione di tegole, un *figlinum*, datato alla seconda fase della villa. Quando la villa si ingrandisce e diviene residenza del proprietario vuol dire che vi è stato un mutamento di possibilità economiche, forse di stato sociale del proprietario. Ciò poteva dipendere dai guadagni della fattoria, che era dunque remunerativa o anche da altre attività, commercio, manifattura o speculazioni finanziarie. Non abbiamo prove dirette sull'esistenza di schiavi.

Una villa è stata scavata a Lauro presso Nola dopo il terremoto del 1980. Essa risale agli inizi del II secolo a.C. ed interessa la storia agraria principalmente per la ristrutturazione avvenuta nell'età dell'impero, dopo che la parte residenziale era stata abbandonata. Essa appare attiva fino all'eruzione del 472 d.C.

Un'altra villa è stata scoperta a Qualiano, soltanto rustica e senza abbellimenti (D'Ambrosio). Non vi sono tracce di impianto per macchine, ma vasche, che si presume fossero destinate alla lavorazione dell'olio. Se è così bisogna pensare che le olive si facevano macinare in un frantoio esterno.

Le ville più importanti continuano ad essere quelle dell'area vesuviana. Dagli scavi del Settecento in poi, il numero è venuto via via aumentanto. Nel 1929 se ne conoscevano 41, da allora ad oggi il numero è salito ad oltre 60. Una nuova recente è quella di S. Antonio Abate. Prevalgono tra queste ultime quelle di delizia e di lusso, ad Oplonti, Stabia e lungo la costa sorrentina. Anche in esse non manca una parte rustica e mercantile, sebbene di non grande entità. Rimangono fondamentali per la storia dell'economia agraria quelle già note di Boscoreale, Boscotrecase e Gragnano, mentre è caduto nell'oblio lo scavo iniziato a Somma Vesuviana dal Della Corte di una grande villa, verosimilmente augustea, con marmi e statue. Forse essa sorgeva in un latifondo di famiglia, il cui nome di Octavianum, già notato dal Beloch, si è conservato nei secoli nell'omonimo comune di Ottaviano. Le falde del Monte Somma sono poi disseminate di ruderi e cocci, che invano giovani appassionati cercano di preservare nell'incuria delle autorità. Una sola villa è stata scavata a S. Sebastiano al Vasuvio (I. Cerulli - Irelli).

Se la conoscenza è migliorata non si può dire che tutti i problemi connessi all'economia della villa siano stati risolti. Non sono stati affrontati i dubbi sollevati da chi scrive intorno alla classificazione adottata dal Rostovzev, seguito da molti. Non lo segue D'Arms, il quale giustamente rileva lo schematismo della classificazione. Ma al gusto della definizione classificatoria non sfugge nemmeno Carandini, che propone varie combinazioni delle possibili attività produttive. Nello schema di Rostovzev le ville venivano distinte in tre categorie; l'idea di fondo cui si ispiravano era l'agricoltura cosiddetta capitalistica in contrapposto a quella contadina. La prima categoria era quelle della combinazione di una residenza signorile, perfino lussuosa, con una parte rustica. La seconda comprendeva fattorie agricole, di stile sobrio, per coltivatori agiati, che forse vi risiedevano tutto l'anno. La terza era di ville gestite da schiavi, con case senza ornamenti e decorazioni, piccoli locali abitabili, ma ampie cantine e pigiatoi. A me pare che si debba preferire il carattere economico della gestione ed a tal fine non ha molta importanza se il proprietario sia presente o meno. Invece ha grande importanza distinguere la gestione diretta per mezzo di schiavi od operai liberi da quella dell'affitto a coloni. Inoltre vi sono ville con dormitori e locali per il personale dipendente ed altre che non li hanno, il che induce a supporre o che dovevano esistere dipendenze per i lavoratori ovvero che gli operai si recavano quotidianamente al lavoro quando occorreva. Un esame anche sommario delle ville conferma i dubbi. A Gragnano ad esempio vi sono i ceppi con spazi per 14 schiavi ed i locali per dormitorio confermano il numero. Ma nella famosa villa della Pisanella a Boscoreale, che era una grande fattoria con un'area di più di 800 mq, si trovano solo poche celle con un letto, una con due, assolutamente insufficienti per alloggiare gli schiavi adibiti al vigneto. Se questo, com'è verosimile, non era minore di 100 iugeri richiedeva almeno 16 addetti compreso il vilico e la moglie, secondo le norme di Catone[45]. È vero che si può dubitare se l'estensione fosse quella indicata, e si può anche supporre che il rendimento fosse quello massimo auspicato da Columella, cioè 3 culei ad iugero[46]. In questo secondo caso l'estensione del fondo sarebbe minore dei 100 iugeri, anzi addirittura la metà di quella qui presupposta. Si potrebbe anche invocare il numero dei doli rinvenuti nella villa. 84 in tutto, ma solo 72 per il vino ed il resto a granaglie ed altro (amurca secondo Carandini; grano e miglio per Crova). Semplici indizi si possono trarre dal numero dei pali annotati in graffiti[47].

Incerta rimane l'estensione del terreno appartenente alla villa. I dati forniti dal Day ed altri, compresi quelli indicati da me, sono puramente congetturali e tanto elastici da non poter avere un serio valore. Tra l'altro non sappiamo nemmeno se nella villa si lavoravano i frutti di una sola tenuta o di vari fondi. Dove non abbiamo prove convincenti dell'equipaggiamento di schiavi residenti nella villa, non possiamo sapere se erano impiegati lavoratori giornalieri o addirittura se non si ricorreva all'affitto. Non abbiamo prove per dare una risposta a tali dubbi e problemi. Tra i numerosi atti contenuti nelle Tavolette cerate di Cecilio Giocondo uno solo riguarda il pagamento di un canone di 6.000 sesterzi l'anno per un fondo, ma è dubbio che si tratti di una locazione e non di una rendita imposta da un donatore o da un testatore a favore del comune stesso[48]. Naturalmente la mancanza di atti scritti non significa che affitti non venivano praticati, perché la locazione non richiedeva un contratto scritto. Sul tema delle forze di lavoro converrà di soffermarsi più avanti, come anche su quello della razionalità della villa. Purtroppo il prezioso materiale pompeiano si arresta al 79 ed i segni di vita nella zona sono troppo scarsi e sporadici per farci pensare ad una ripresa di vita, come dopo Sogliano si ricomincia a credere (De Dominicis).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

La tesi che la villa assicurò un grande progresso produttivo in quanto essa si fondava sugli investimenti di capitali e sull'impiego razionale di mano d'opera schiavistica, giusta in linea generale, non tiene conto dei limiti che tale razionalità implicava. Vi sono certo diversità tra i maggiori scrittori di cose agrarie ed anche fra quelli che ci sono direttamente pervenuti, Catone, Varrone, Columella e nell'età tarda Palladio. Non tutti i loro consigli e precetti sono sempre espressione di razionalità. Vediamo alcuni esempi. Catone dedica minuziosi precetti alla costruzione dell'edificio ed al suo equipaggiamento. Stabilisce quali impianti di macchine e dove acquistare gli strumenti, il loro numero in relazione all'ampiezza del fondo e così via. Nel suo manuale tutto è previsto per la lavorazione dell'olio, trapeto, torchi, dolii ed altro. Lo stesso è a dirsi per il vigneto. Poi un paio di capitoli ci informano che il proprietario del fondo non solo nel tempo del raccolto mediante una *lex* apposita appaltava il lavoro ad un privato, che lo eseguiva con operai alle sue dipendenze, ma anche che egli vendeva i frutti sulla pianta con una *lex venditionis* mediante la quale si dettavano obblighi precisi. Quale razionalità vi era dunque nel prescrivere di dotare il fondo delle macchine necessarie e poi non adoperarle perché era preferibile vendere i frutti ad estranei o al più dargliele in uso?

Ma un'altra e non meno grave incoerenza si manifesta nella dotazione di uomini ed animali per la coltivazione. Catone prescrive tre bovari e tre coppie di buoi (così viene interpretato *boves trinos*) per un oliveto di 240 iugeri (60 Ha)[49], 1 bovaro e 2 buoi per un vigneto di 100[50]. Non dice quanto tempo occorreva per l'aratura di un iugero, non distingue le terre secondo le loro qualità, se *facilis* o *difficilis*, di pianura o collina. Per avere i dati sui tempi di lavoro bisogna attingere ai frammenti dei Saserna, riportati da Varrone e Columella, che però risalgono al I secolo a.C.-I d.C. Kolendo, esperto ed acuto studioso del tema, avverte che per sapere qualcosa dell'età precedente occorre rifarsi all'etimologia di *iugerum* da *iugum*. Anche da Catone però si può trarre qualcosa, perché un operaio bastava per 10 iugeri[51]. L'etimologia suggerita da Varrone[52] e Plinio[53] per iugero, estensione di terra che un giogo di buoi poteva arare in un giorno, non convince e lo stesso Plinio la smentisce, allorché afferma che un giogo di buoi poteva arare in un anno 40 iugeri di terreno facile, 30 di terreno difficile[54]. Con ciò non è detto in quanto tempo si arava un iugero, ma poiché egli prevede 3 arature in terre difficili e 1 e 2/3 in terre facili si può giungere alla conclusione che in un fondo di 100 iugeri saranno state necessarie 300 giornate di aratura complessiva in terre difficili e 170 in terre facili. Se poi si assume l'estensione dell'oliveto catoniano di 240 iugeri allora le arature complessivamente saranno state 720 e 408 rispettivamente, lavoro che si poteva eseguire se i gioghi di buoi erano 3 in 240 e 136 giornate rispettivamente. Ma il periodo in cui si doveva eseguire il lavoro era tale da consentire che trascorresse questo tempo? A conseguenze analoghe si giunge se si assumono i dati di Columella e Saserna, che sono alquanto diversi, ma non modificano nella sostanza il problema. Lascio da parte le prime due arature, che non avevano tempi rigidi e considero solo l'ultima, quella della semina. Anche se vi sono alcune varianti fra gli autori sull'opportunità o meno di eseguire la semina prima o dopo la data fissata in linea di massima per l'inizio, quella cioè del tramonto delle Pleiadi, cioè il 21 di ottobre, tutti consentivano che non si dovesse andare oltre l'inizio del dicembre. Solo Varrone indica un termine più lungo, cioè 91 giorni dopo l'equinozio fino al solstizio d'inverno[55], ma se non vi è un'alterazione del testo, l'affermazione è inattendibile, perché non vi sono prove antiche[56] o moderne, che la semina del grano si protraesse fino al 23 dicembre.

Se dunque per l'aratura della semina il periodo migliore cadeva tra la fine di ottobre e l'inizio di dicembre, salvo modifiche dipendenti dalle evenienze stagionali, e comprendeva 46 giorni, secondo le norme degli agronomi, quanti dipendenti occorrevano? Non bastavano certo gli operai fissi della villa, né le cose cambiano se si assume che le coltivazioni non erano di una sola specie, anche nell'oliveto o nella vigna, ma erano miste, perché in tutti i casi si sarà dovuto provvedere a nuove arature e magari con la zappa e non con l'aratro, con la conseguente necessità di utilizzare un maggior numero di lavoratori. L'impianto economico della villa, che ci viene presentato da studiosi moderni come un'alta espressione di razionalità, aveva in sé un fattore di debolezza, che poteva convertirsi o in frettolosità nell'eseguire operazioni fondamentali o nella ricerca di mano d'opera estranea, con spese supplementari.

A parte l'irrazionalità del sistema schiavistico, sul quale ci fermiamo più oltre, a mio parere le lussuose residenze che altri studiosi esaltano, destinate al diletto del signore, dal lato del bilancio economico non sono certo una prova di elevata razionalità, perché esse implicavano oltre le forti spese di costruzione, quelle di manutenzione e del mantenimento di una servitù di tipo urbano, oneri pesanti, che avranno assorbito o superato il reddito della fattoria. E non si dica che sovrapponiamo a quello degli antichi un modo di pensare moderno, perché non mancavano anche fra gli antichi quelli che deploravano gli usi lei loro tempi[57]. Tra l'età di Catone e quella della tarda repubblica vi era stata l'espansione imperiale di Roma, che aveva introdotto una nuova ideologia. La villa non era più concepita come un mezzo di guadagno, secondo la morale che ispira il manuale catoniano, ma era divenuta espressione di ricchezza e di potere e questo era particolarmente visibile in Campania, nella zona flegrea ed a Neapolis, dove erano sorte le splendide ville, che appartenevano ai più grandi signori, i cui nomi si iscrivevano nel Gotha della tarda Repubblica e dell'Impero. Fra di essi si mescolavano, come è sempre accaduto, speculatori ed avventurieri fortunati, il cui simbolo è il Trimalcione del Satyricon.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Veggia con anfore da vinaria,
Napoli, Museo Archeologico
Nazionale.

Veggia con ancelle che
preparano anfore vinarie,
triclinium della Casa dei Vettii.



Senato della Repubblica - Archivio Storico

La produzione agraria può essere descritta solo in via congetturale, come anche i metodi realmente impiegati nella coltivazione, perché manchiamo interamente di dati concreti, anche se la Campania ricorre negli scritti degli Agronomi e negli storici. Si è già detto che la Campania era grande produttrice di cereali e vi erano ampie pianure adatte per le culture cerealicole. La terra si può classificare tra quelle che si definivano facili[58] e quindi tale da richiedere minore fatica nell'aratura. Non era però dovunque e nello stesso *ager Campanus* vi erano zone umide, con estesi acquitrini, dove la coltivazione era difficile e conveniva anticipare la semina, per evitare che l'eccesso di acqua già nell'autunno rovinasse i semi, ammesso che tali zone fossero coltivate con seminativi e non lasciate a praterie. Se è difficile per Roma e l'Italia in generale stabilire la produttività della terra, cioè il rendimento del seme, non lo è meno per la Campania. Vi è inoltre il problema dell'influenza esercitata dalla disponibilità di grano proveniente dai tributi in natura delle province. Per lo più si ritiene che questo abbia provocato un decadimento delle coltivazioni di cereali, sostituite dall'arboricultura. Contro questa tesi si è fatto valere in tempi recenti (Spurr), che i cereali continuarono ad essere coltivati, anche in dipendenza della formazione od ingrandimento di comunità cittadine e si è proceduto ad un riesame critico delle opinioni sui metodi di coltivazione. Altrove abbiamo espresso riserve sulla rigidità di una tesi, che è costretta a togliere valore a fattori, come quello della possibilità di disporre di grandi quantità di prodotto provinciale, indubbiamente rilevanti sulle scelte degli agricoltori. Ciò non toglie che esisteva sempre un mercato sufficientemente ampio per la produzione del grano, in quanto il tributo delle province era destinato principalmente a Roma. Ai bisogni delle popolazioni dell'Italia si provvedeva con prodotti locali. Inoltre si deve tener conto della qualità di alcune specie, che si coltivavano in Italia. Se Columella nel primo secolo dell'impero dichiarava poco conveniente la coltivazione del grano per la bassa produttività della terra, stimata in media da lui a non più di quattro volte il seme[59], altri davano per l'ultimo secolo della Repubblica rendimenti assai maggiori[60]. Inoltre scrittori dell'età augustea[61] e Plinio[62] esaltano la Campania come produttrice di cereali, il che non si giustificherrebbe se questa coltura fosse decaduta. Si può quindi ammettere che la produttività dei cereali fosse in Campania nelle terre adatte pari a quella indicata da Varrone di 10 volte il seme. Non sarà inutile rilevare che nella Statistica murattiana del 1811 il prodotto misurato per moggia capuane dell'epoca (0,324 di Ha) era di 10-16 tomoli (0,553 hl) per le terre migliori, (5 a 10 per le mediocri e 3 a 7 per le infime[63]). Le medie complessive indicate subito dopo non corrispondono con precisione a tali dati, ma vi si avvicinano, 12 tomoli a moggio, cioè 6,63 hl per le terre migliori, 7 per le mediocri, 5 per le peggiori. Poiché il moggio campano è più grande dello iugero romano (2.500 mq) per fare un raffronto occorre riportare il prodotto campano alla misura romana, il che implica una riduzione del 9%, quindi a circa 6 hl. Diverse sono le quantità richieste per la semina. Nelle fonti romane si hanno 4-5 modi per iugero (litri 34,9 e 43,6) a seconda della qualità della terra, che aumentati in rapporto alla maggiore estensione del moggio capuano ci danno 38 e 47,5, mentre la misura media della Statistica è di un tomolo, cioè 55,3 litri. Altre notizie interessanti riguardano la classificazione dei terreni ed il prodotto globale. Su 200.000 moggia (= 259.000 moggi romani e 64.800 Ha) classificate come terre migliori si hanno 2.400.000 tomoli corrispondenti a 12.760.000 modii romani. Le terre mediocri sono 80.000 e le infime 73.094 sempre di misura campana. Nell'età della Statistica le terre migliori costituivano dunque più della metà dell'intera superficie coltivabile di Terra di Lavoro. Alla produzione di questa va aggiunta quella dell'area vesuviana, che non siamo in grado di indicare. Con poco più del solo prodotto delle terre migliori si poteva provvedere ai bisogni del consumo di tutta la Campania, mentre il rimanente si destinava al mercato esterno. Per quanto riguarda le specie coltivate, Plinio apprezza grandemente la qualità dell'alica della Campania, che definisce la più lodata di tutte le altre[64]. Egli descrive questo cereale come una derivazione della zea egiziana, «che abbiamo chiamato *semen*»[65] e tratta della sua lavorazione, che avveniva in un mortaio di legno per liberare i granelli dal loro involucro. Così si ottenevano tre qualità di farina, che però non aveva il candore che la faceva eccellere – anche così era peraltro preferita a quella di Alessandria. Si mescolava allora con una creta che si trova tra Pozzuoli e Napoli nei colli Leucogei e questa le recava il colore e la rendeva tenera[66]. Scrittori recenti ritengono che l'alica sia un grano duro, con il quale si faceva la semola, ma Plinio ne parla, riprendendo il discorso sulla confezione del pane. Catone indica l'alica «prima» tra le componenti di un impasto per la placenta, una focaccia dolce[67] e Plinio stesso ricorda che nei Campi Leburini si puliva la messe dell'alica in *delicias*[68] per i piaceri (della mensa), *Delikatessen* (ted.), *gourmandises* (fr.). È sempre difficile comprendere i termini della botanica antica, ma la zea sembra essere un *dicoccum*, cioè un *far* e non un frumento, che è *tricoccum*. Solo Plinio dedica una diffusa trattazione all'alica, evidentemente perché almeno ai suoi tempi essa era particolarmente apprezzata, prodotto tipico della Campania. Molto interesse ha anche la descrizione delle tecniche produttive ed in ispecie l'avvicendamento delle culture. Già Strabone e Dionigi[69] dicono che in Campania si facevano tre raccolti l'anno. Secondo Plinio dove la terra è tenera si può seminare prima l'orzo, poi il miglio, dopo il raccolto le rape e poi ancora l'orzo o il tritico, come in Campania[70]. Altre rotazioni: prima *adoreum*, quattro mesi invernali di riposo, poi fava primaverile; ove il terreno è molto pingue tolto il frumento, si seminano i legumi nel terzo anno, ma se la terra è magra deve riposare nel terzo anno. Vi erano anche autori i quali vietavano di seminare il frumento se non in quei campi dove l'anno se-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

guente vi sarebbe stato il riposo[71]. Quest'ultima parte sembra avere una portata giù generale, una norma sulle rotazioni non specifica della Campania. Da questo lato l'interpretazione del Dickson a me pare corretta e non giustificata l'etichetta di conservatore, che gli è stata recentemente affibiata (Carandini), tanto più che le fonti allorché parlano di varie arature presuppongono terreni liberi da culture in atto. Non è invece accettabile l'interpretazione del Dickson del passo di Plinio testé citato, che l'intento dell'Autore fosse sì quello di stabilire un ordine delle coltivazioni, ma per anni consecutive. In tal caso non si comprenderebbe perché mai Plinio dovesse parlare del riposo di quattro mesi invernali. A me pare che l'esame spregiudicato delle fonti porti a concludere che il riposo annuale era richiesto nella coltivazione del frumento, ma in terre particolarmente fertili, come era la Campania, si potevano avere anche nello stesso anno coltivazioni successive, però di specie diverse, preferibilmente di quelle che non sfruttano molto la terra. Una riserva comunque si deve fare sull'asserita semina della rapa nel mese di luglio per avere il raccolto a novembre. Una semina così anticipata rendeva impossibile che il seme germinasse durante l'estate molto secca, esponendolo al rischio di andare perduto prima della piogge autunnali, a meno che la semina non avvenisse in terre irrigate durante la forte calura estiva, cosa abbastanza improbabile per una produzione di scarso valore. Plinio ha anche di mira l'estensione del podere, se essa lo permette il maggese annuale consigliato da Virgilio è senz'altro utilissimo. In caso contrario dopo che il lupino o la veccia o la fava o altre simili erbe hanno reso la terra più ricca[72]. Columella non tratta delle rotazioni in Campania. In linea generale afferma che siligo e *far* prosperano in terre dense, argillose ed umide, l'orzo in terreni sciolti ed asciutti. Gli uni vogliono campi fertilissimi lavorati ad anni alterni, l'altro o molto pingui o molto magri, senza via di mezzo[73].

Per quello che può valere, rileviamo che nella Relazione alla Statistica muratiana di Terra di Lavoro si asserisce che nelle terre buone della Campania felix, si seminava il frumento l'anno successivo alla coltivazione della canapa e del granturco, che erano già ben concimati, facendo tre o quattro arature fra settembre e novembre, l'ultima con aratri leggeri trainati da giumenti o asini. La semina avveniva in novembre. Nelle terre settentrionali era anticipata, in quelle dei mazzoni, cioè della parte meridionale acquitrinosa, occorreva attendere le prime piogge per arare la terra argillosa, quindi all'inizio di ottobre, e dopo alcune belle giornate, per non correre il rischio di perdere metà della semente[74]. Nell'antichità il granturco non era conosciuto, la canapa era invece coltivata ed usata per le funi da impiegare a secco[75] e non nell'acqua come quelle di sparto. Catone non ne parla ancora. Non sappiamo se fosse coltivata in Campania.

Sicuramente la Campania produceva tutte le varietà di ortaggi, che sono descritte da Columella nel libro X in versi. Sono ricordati perché famosi i cavoli di Cuma, di Capua, di Partenope sul Sebeto, delle dolci paludi pompeiane presso le saline di Ercole (Ercolano?)[76]. Plinio menziona per la Campania una nuova specie di cocomero, dall'aspetto di una mela cotogna, di colore aureo, detto melopepona[77]. I cocomeri erano divenuti di moda sotto Tiberio.

Infine Capua era vantata per la produzione di rose destinate alla fabbricazione di profumi; era una rosa più odorosa di quella coltivata[78].

L'oliveto

Le coltivazioni seminative erano solo una parte dell'economia agraria campana. L'altra era l'oliveto, il vigneto, il frutteto. Non abbiamo dati specifici sull'olivo in Campania, ma Catone ci ha lasciato una estesa descrizione del suo oliveto, che si ritiene trovarsi a Venafro, una località confinante con la Campania. Possiamo dunque avavalerci a titolo indicativo delle informazioni che ad esso si riferiscono, pur rilevando che l'olio venafrano era il più rinomato nell'età di Catone ed è ancora oggi tra i migliori. Sulla base dei dati tratti dal *De agricultura* storici moderni dell'economia hanno elaborato un capitolo di storia agraria e ricostruito i metodi di coltivazione, l'impianto con le macchine occorrenti, gli utensili, l'equipaggiamento di uomini e di animali e tracciato un bilancio delle spese e del guadagno. Bisogna tuttavia accogliere con molta prudenza le valutazioni proposte, sia perché ci sono ignoti alcuni elementi non secondari, a cominciare dalla quantità del prodotto, sia per la generalizzazione, che finisce con l'annullare le indubbie diversità che esistevano tra le terre in località differenti per altitudine, clima e qualità del terreno. Il podere catoniano è un oliveto di 240 iugeri cioè 60 Ha, dove però verosimilmente vi erano delle parti coltivate a grano, forse 40 iugeri almeno, per l'alimentazione degli addetti. In questa tenuta si consigliava di installare in locali della villa le macchine occorrenti per lavorare il prodotto quattro frantoi (*trapetum*) e quattro torchi (*torcularium*). Si dovevano predisporre 100 dolii nella cella olearia, ma non si precisa la capacità di tali recipienti. Erano previsti gli uomini, schiavi, addetti al fondo in modo permanente, in numero di 13, compresi il vilico e la vilica, poi 5 operai, 3 bovari, un asinaio, 1 porcaro, 1 pecoraio[79]. Ma questo personale non era sufficiente nel periodo del raccolto e quindi occorreva ricorrere a mano d'opera estranea, mediante una sorta di appalto ad un *redemptor*, il quale alle condizoni fissate dalla *lex contractus* forniva gli uomini necessari, per il raccolto delle olive (*lex oleae legendae*) 50 uomini, due terzi dei quali raccoglitori. Anche la lavorazione dell'olio era data in locazione, ma non si specificava il numero degli uomini da impiegare, evidentemente perché esso variava a seconda della quantità delle olive raccolte. L'assuntore del lavoro doveva impegnarsi anche a fornire le macchine, se il numero esistente non bastava. Infine il proprietario poteva anche decidere di vendere le olive pendenti sull'albero, per mezzo di un vero e proprio bando di appalto con la partecipazione di un

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Quadretto di natura morta con instrumentum scriptorium, affresco da Pompei. Napoli, Museo Archeologico Nazionale.



Senato della Repubblica - Archivio Storico

praeco, banditore, per il quale era stabilito un compenso in natura e danaro. Nel bando seguono le clausole tassative del contratto[81]. Poiché nella *lex* per la raccolta era menzionato un fondo di L. Manlio, si suppone che Catone abbia trascritto formulari adoperati in passato e divenuti tralaticii.

Il manuale prescrive la distanza che doveva intercorrere tra gli alberi, 25-30 piedi[82], senza distinguere fra terre a monocultura e terre con culture associate, olivi e grano, come invece fanno altri scrittori. Sulla base di tali distanze si calcola che nel fondo venafrano 200 iugeri erano di oliveto con 5.000 alberi (T. Frank), ma altri badando agli alberi in produzione ne indicano 3.000 su 5.000 (Hörle). Naturalmente il prodotto varia nelle due ipotesi e specialmente se il numero degli alberi era minore dove si praticava una coltivazione associata a cereali. Altre incertezze derivano dall'uso prescritto da Catone di un *modius olearius* come misura di volume per le olive e noi non sappiamo quale diversità esistesse con il *modius* comune usato per il grano. Inoltre né Catone, né altri ci dice quanta era la produzione di ciascuna pianta, il che induce gli autori moderni a illazioni più o meno attendibili tratte dalle fonti per la quantità di olive che si potevano lavorare in un giorno nel frantoio e dell'olio estratto, per il quale Plinio afferma che esso era di 6 libbre per modio[83]. Se a questo aggiungiamo che non si conoscono i prezzi dell'olio, se non quando essi erano eccezionalmente bassi data la tendenza degli antichi a trascurare quello che era ordinario e ricordare quel che accadeva di rado, ci si può rendere conto delle difficoltà di un calcolo. Per di più Catone annota il prezzo del trapeto e delle sue parti, nonché quelle per il trasporto dal luogo di produzione, Sessa e Nola[84], ma non quello del torchio e degli altri attrezzi. T. Frank fa una stima presuntiva per tutti questi di 20.000 HS, senza disporre di prove. Per quanto riguarda la terra assume il prezzo di 1.000 HS, che è però il prezzo indicato da Columella[85] nel I secolo dell'impero ed è comunque relativo al terreno destinato al vigneto. L'olivo invece poteva prosperare anche in terre magre, calcaree, mentre era essenziale il clima temperato e la non grande distanza dal mare. Venafro era tra i luoghi più idonei e la specie di olive che era coltivata, la Liciniana, era la più rinomata[86]. Non sarà stato dovunque così, perché le specie sono molte, lo stesso Catone ne contava nove e così anche Varrone e Plinio[87], Virgilio tre[88], Columella dieci[89], Macrobio sedici[90], Palladio sei[91]. La produttività delle varie specie non era uguale e l'entità del raccolto variava per effetto delle condizioni climatiche, del tempo del raccolto e così via. Il medico e studioso settecentesco Giovanni Presta nei suoi lunghi esperimenti era riuscito a porre in evidenza le diversità possibili dei rendimenti, come anche a valutare la convenienza o meno di macinare anche il nocciolo per estrarne il poco e non buono olio che esso conteneva. Non si può infine trascurare i metodi di lavorazione, che erano certo condizionati dal numero delle macchine in uso, ma pur sempre rimessi alla maggiore o minore diligenza e resistenza degli uomini, sia per il tempo complessivo sia per la qualità dell'olio che si otteneva. Già Catone deplorava l'uso di lasciare per più giorni le olive sul tavolato del locale, nella erronea credenza che si ottenesse una maggiore quantità di olio, mentre in realtà aumentava solo l'amurca e l'olio diminuiva[92].

Mi sono dilungato su questi particolari per far risaltare che le varianti erano parecchie e non è quindi possibile un calcolo valido in assoluto. Tutto quanto precede obbliga a non poche riserve sul bilancio tracciato dal T. Frank, il quale calcola, sempre per un oliveto di 200 iugeri, in un fondo di 240, un'entrata di 50.000 HS ed una spesa di 16.400 cui si aggiungono gli interessi del capitale investito, calcolato nella misura media del 6% e poiché esso era di 450.000 Hs, 27.600 Hs oltre al deprezzamento della villa e della piantagione 2%, cioè 4000 Hs, in totale tra manutenzione e ammortamento 48.400 Hs. Il rendimento netto si riduceva così all'esigua somma di 1.600 Hs. Il Frank dà una spiegazione, a mio parere poco convincente, dei motivi che avrebbero spinto un possidente romano ad investire ingenti somme nell'impianto e coltivazione di un oliveto. Essi sarebbero di ordine sociale, in quanto l'impresa avrebbe conferito prestigio a chi l'attuava. Non si vede perché un signore che intendeva di investire il suo danaro nell'agricoltura non avrebbe scelto una coltivazione più redditizia. Nella relazione alla Statistica di Murat il rendimento è assai maggiore, sebbene non vi sia considerata la spesa per la costruzione della villa e l'acquisto delle macchine: precisamente il 28,55 sul capitale investito per l'acquisto dell'oliveto.

Anche se si aggiunge la spesa per la villa, il rendimento continua ad essere più elevato. Può darsi che il prodotto fosse maggiore di quello supposto o il prezzo dell'olio superiore al 1/2 HS per libbra ipotizzato per l'età di Catone. Nel II secolo d.C. vi è una forte importazione a Roma di olio spagnuolo, il che poteva essere una conseguenza di insufficienza della produzione in Italia o di un minor prezzo di quello importato. Se non in larga misura qualche traccia di olio della Spagna prima del 79 si trova anche a Pompei[93]. Quale che sia l'andamento della produzione di olio in Italia, è assai improbabile che in Campania vi siano stati mutamenti significativi. Ancora nell'Ottocento, prima delle innovazioni tecniche, i metodi di cultura e di lavorazione dell'olio continuavano ad essere press'a poco gli stessi dell'età romana. Uguali le macchine, i pesanti trapeti ed i torculari. Fra questi ultimi non vi sono prove archeologiche dell'impiego in Campania e nemmeno a Pompei del torchio a vite, che secondo Plinio era stato inventato cento anni prima, mentre negli ultimi ventidue anni era apparso un torchio più piccolo con presse minori. L'invenzione risaliva ad Herone, ma gli agricoltori dovevano sentirsi più sicuri dell'antico torchio a funi del modello catoniano, per la sua solidità. Tuttavia il torchio a vite senza fine deve essere venuto in uso anche nella zona vesuviana, dove un vecchio esemplare che era stato in attività sino agli inizi del Novecento fu fotografato dal prof. Axel Boëthius, Direttore dell'Accademia svedese di Roma, che ne poté vedere il funzionamento

Senato della Repubblica - Archivio Storico

con l'aiuto di un vecchio colono, che lo aveva usato trent'anni prima[94].

Il vigneto

L'altra coltura tipica della villa è il vigneto. La sua origine in Campania è molto più antica ed abbiamo già ricordato l'esistenza di esso a Pithecusa – la famosa coppa di Nestore ne è prova – ed a Cuma. Forse proprio dalla Campania i Romani ne conobbero l'uso, senza che occorre pensare ad una derivazione dalla Sicilia. Le fonti sono piene di elogi per i vini dell'Italia e la Campania la più lodata. Si ricordano i nomi di uve famose, come l'Aminnea[95] o delle varie specie di Falerno, tra le quali il Faustianum[96], creato con la cura e l'arte del coltivatore, poi decaduto allorché prevalse la ricerca della quantità sulla qualità. Il Falerno invecchiando migliorava, almeno nei primi quindici anni[97]. Il vino del Massico era esaltato per tale qualità e retoricamente Marziale ne faceva risalire all'età regia la durata[98]. Le zone più adatte alla coltura del vino erano quelle dell'*ager Falernus* e la vesuviana, sulle pendici del Vesuvio e del Monte Somma, nonché la penisola sorrentina[99]. Varie informazioni ci sono pervenute dagli scritti degli agronomi e da Plinio sulle tecniche della coltura del vigneto. Quest'ultimo, abbandonando il suo stile severo si lascia andare ad una descrizione poetica della vite «sposata» agli alti pioppi, i suoi tralci sono immaginati come braccia procaci, che si avvinghiano ai rami dell'albero e vengono portati così in alto, che il coltivatore costretto a lavorare su lunghe scale veniva garantito da chi lo ingaggiava per il rogo e la sepoltura[100]. Questa tecnica di coltivazione è stata in uso fino ai nostri tempi e destava l'ammirazione di turisti stranieri[101], ora è decaduta. Per il Falerno Varrone attesta la vite iugata con pertica[102], i tralci cioè distesi in lunghezza con il sostegno di una pertica e non della canna. Vi sono altre norme sulla piantagione, la distanza fra gli arbusti, l'esposizione ed il clima e così di seguito. A proposito del vigneto e del rendimento abbiamo un *unicum* di tutta la letteratura agraria pervenutaci, cioè un bilancio delle spese e delle entrate, redatto da Columella per sostenere la maggiore redditività del vigneto rispetto ad altre colture[103]. Il tema è oggi oggetto di discussioni tra gli storici, i quali muovono dalla constatazione che nel conto del maggiore scrittore di cose agrarie mancano varie voci, a cominciare da quelle sulle spese per la costruzione della villa e per le macchine ed altre sulla coltivazione, mentre per le entrate è ipotizzato un prezzo standard, senza considerare l'eventualità di cattivi raccolti o di caduta del prezzo per sovraproduzione. Da varie parti si sostiene quindi l'esigenza di ridimensionare i proventi presentati da Columella (T. Frank, Duncan-Jones, White etc.). Nel computo di Columella si assume che il vigneto poteva produrre non un culleo (=524 l.), come nella valutazione minima di Grecino, ma tre cullei ed anzi si ritiene che siano da estirpare le viti che producono meno di tanto[104]. La sola condizione è che si trattasse di fondi Italici e non provinciali. Con la stima minima di Grecino il reddito netto sarebbe stato di qualcosa in più del 6% rispetto al capitale investito. Columella non solo vanta un reddito triplo ma vi aggiuge anche le entrate derivanti dalla vendita delle barbatelle coltivate in vivai. Ma se si inseriscono nel conto le voci mancanti, allora l'entità dell'utile diminuisce sensibilmente.

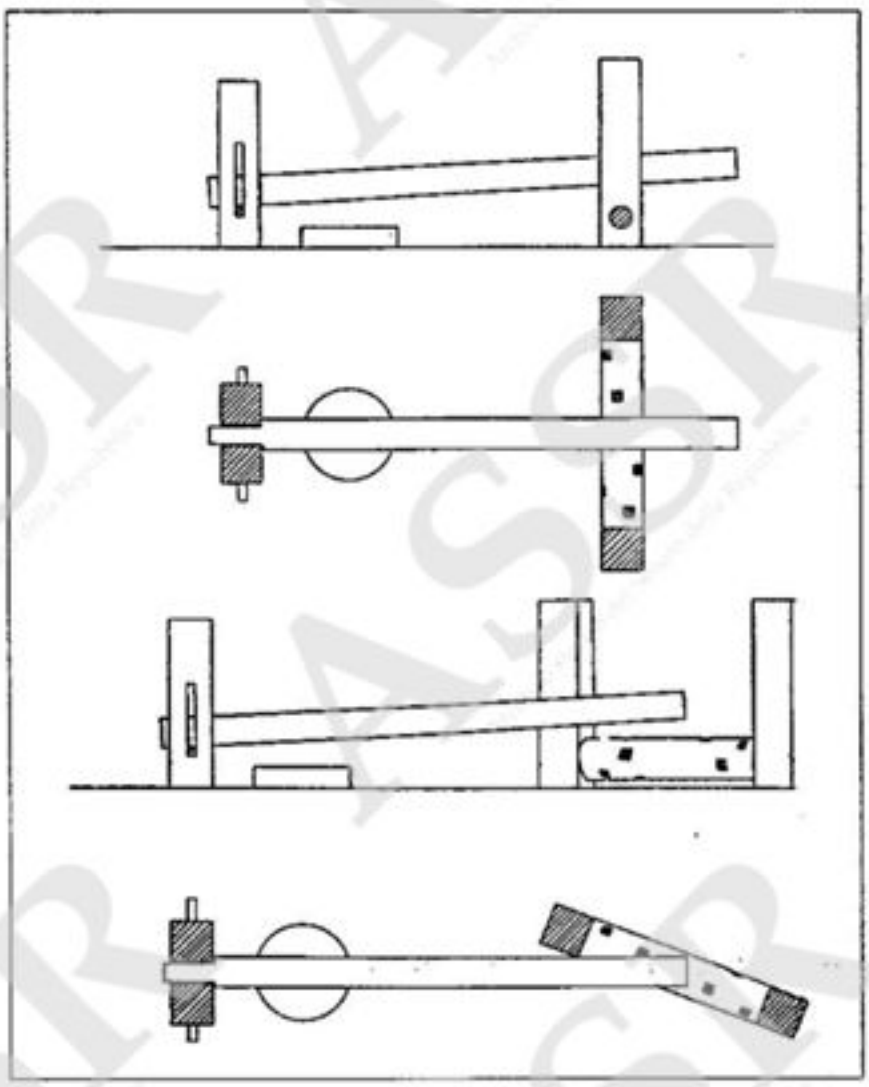
Contro la tesi critica si sono manifestate in tempi recenti opinioni diverse, che qui non è possibile discutere in tutti i particolari, come il loro alto livello meriterebbe. Mi limito ad alcune sommarie osservazioni sul contributo più originale alla discussione, quello di A. Carandini, il quale anzi trae da essa uno stimolo ad un rinnovamento di ordine metodologico. La sua tesi di fondo è che Columella debba essere letto non applicando criteri propri di un'economia concorrenziale moderna, ma come l'esponente della parte progressista dei proprietari romani, il che è indubbio. Questo però non basta per provare l'attendibilità dell'intero calcolo di Columella, perché un conto è pur sempre un conto e l'alta redditività richiesta da lui stesso dimostra che egli era ben consapevole dell'importanza economica dell'impresa. Carandini pensa di poter superare questo ostacolo introducendo la distinzione weberiana tra conto patrimoniale e conto economico dell'impresa ed accusando i critici moderni di Columella di confondere i due piani ed inserire nel conto economico voci che riguardano il conto patrimoniale. Viceversa il conto economico, in quanto si riferisce alla parte capitalistica dell'azienda deve essere liberato da tali intrusioni e quindi Columella farebbe benissimo ad ignorare certe voci.

In realtà Weber era intento a distinguere l'economia domestica da quella acquisitiva e non senza ragione negava alla prima carattere capitalistico. Ma egli non ha esaminato la villa schiavistica, nella quale sono strettamente intrecciate, come lo stesso Carandini rileva, la parte naturale, quella diretta al sostentamento della famiglia e degli schiavi e quella invece diretta al commercio dei prodotti sul mercato. Ma questa parte naturale serve al funzionamento dell'altra, perché la rifornisce di tutto quello che occorre per il suo mantenimento. È vero che l'unità utile produttiva è la vigna di sette iugeri, dato che per essa occorreva un solo vignaiuolo, ma il tipo di vigneto che Columella, come Catone, hanno di mira è assai più esteso[105] e va equipaggiato non con un solo operaio specializzato, ma con un maggior numero di dipendenti schiavi, in primo luogo il *vilicus* e la moglie, i primi necessari per la coltivazione dell'intera tenuta, dove vi erano parti tenute a grano ed altre ad arbusti, canneto, alberi funzionali alla vigna, nonché animali da lavoro, gli altri come indispensabile personale direttivo. Né le macchine e gli impianti si possono considerare diversamente da come li trattiamo oggi comprendendi nel termine capitale fisso, né pare giustificato relegarloli nel patrimonio, cioè nell'economia domestica, perché anch'essi sono funzionali all'attività produttiva della villa. Un *vinitor* per 7 iugeri fa 14 per 100 iugeri, ma

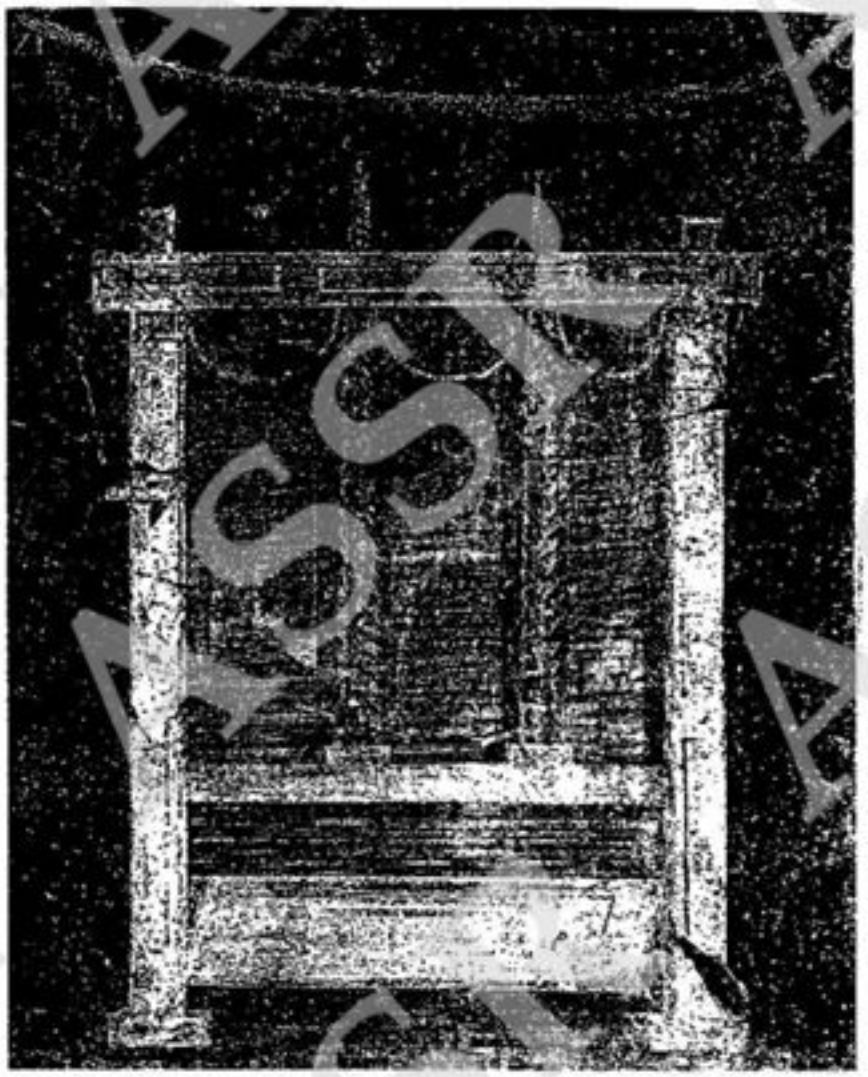
Senato della Repubblica - Archivio Storico

Torchio oleario di Catone nella ricostruzione più comune (da Drachmann, «Ancient oil mills and presses», Copenhagen 1933).

Torchio nella ricostruzione di Drachmann (da Drachmann, Ancient oil mills and presses, Copenhagen 1933).



Torcular fullonicus, dal pilastro della grande Fullonica, Pompei. Napoli, Museo Archeologico Nazionale.



Senato della Repubblica - Archivio Storico

questi vignaiuoli non sono impiegati singolarmente nella tenuta, lo stesso Columella attesta che lavoravano in squadre (*turba*) sotto la sorveglianza di un *monitor*[106]. Già rispetto a Catone il numero è maggiore perché Catone ha 14 lavoratori, di cui 10 operai e non distingue i *vinitores* dagli altri. Columella ne ha 14, più gli altri che non nomina, ma che erano indispensabili per la coltivazione della vigna almeno per ararla, nonché per le altre colture connesse al vigneto. Quanto alle macchine è arduo dire che esse appartenevano al patrimonio cioè al settore dell'economia domestica, visto che erano strumenti indispensabili per la lavorazione del vino. Infine l'idea che la villa preesisteva con le macchine al momento in cui Columella difendeva la superiorità del vigneto razionale e che perciò non venivano messe nel conto, dato che lo scopo era di dimostrare la più alta produttività rispetto alla situazione di prima, è solo un espediente esegetico, che però non ha alcun fondamento nei passi dell'agronomo, il quale pone a confronto due colture della vite, ma non due colture di un medesimo fondo.

Un ridimensionamento dei dati di Columella sul vigneto si impone, ma questo non toglie alcun valore alla tesi, che ben a ragione Carandini sostiene, che la vigna razionale raccomandata da Columella contro le tendenze rassegnate o scettiche di molti proprietari terrieri del tempo era una coltura molto redditizia e superiore ad altre, nell'ambito di una concezione progressista, la sola che avrebbe potuto fronteggiare la crisi che già minacciava l'agricoltura dell'Italia romana. Come del resto si è già rilevato, il giudizio sull'economicità di questa non può essere dato con l'impiego di categorie moderne, tipiche di un mercato capitalistico profondamente diverso da quello dell'età antica.

Sembra che il nostro discorso si sia allontanato dalla Campania, ma così non è in effetti, in quanto possiamo disporre di indizi rilevanti per affermare che almeno nel I secolo non vi era un regresso nella coltura del vino in questa regione. Qui sembra piuttosto che la ricerca del maggior prodotto possibile aveva influito negativamente sulla qualità del vino di maggior pregio, il Falerno, se dobbiamo credere alla testimonianza di Plinio[107]. Il quale, sia detto per inciso, lamentava che il Cecubo, da lui considerato il più pregiato e famoso, aveva anch'esso sofferto per l'incuria dei coltivatori, se non per i lavori di quel canale navigabile, che la megalomania di Nerone aveva cominciato a far scavare per congiungere Baia con Ostia, traversando la pianura paludosa di Suessa[108]. Un ecologista ante litteram? Ma progetti di Nerone a parte teniamo conto del dato pliniano tra i fattori della crisi, che però deve essere stata posteriore al I secolo e quindi all'eruzione di Pompei del 79. Fino a quel tempo le ville pompeiane non ci attestano l'esistenza di alcuna crisi nel campo del vino, né altri diversi indizi possiamo desumere dall'intensa attività commerciale, ma se mai prove del contrario. Quanto alle possibilità produttive la conoscenza di giardini nella città, dovuta a ricerche e scavi recenti ci hanno dimostrato che vi era un ampio vigneto con piante fittamente disposte in modo da averne 4.000 in due iugeri (Jashemsky), forse per un grande pergolato, un dato che però non può essere assunto per altri terreni della zona, sebbene per essi la cifra minima di Columella di 1.025 piante per iugero, cioè 1 pianta per 2,40 mq sembra troppo bassa[109]. Che cosa sia avvenuto dopo non possiamo dire. Oggi si discute perfino della reale esistenza di una crisi della viticoltura (Purchell) ed anzi si rileva che il consumo aumentò sotto l'impero ed in larga misura si rivolgeva a vini italiani. Una valutazione della quantità globale del prodotto è estremamente difficile, si è pensato a 2 milioni di cullei, pari a poco meno di 10.5 milioni di ettolitri, su di una base presunta di consumo di 1 milione di consumatori, ma tale stima è contestata. Nella mancanza di conoscenza di dati medi sulla produttività del vigneto e sulla terra coltivata è preferibile astenersi da congetture.

A giudicare dai ritrovamenti archeologici di Pompei ed altri luoghi la gestione della villa era tipicamente schiavistica, ma vi sarà stata anche una piccola gestione diretta contadina sia per il vigneto altamente specializzato, visto che Columella assume per il suo conto un'unità di 7 iugeri, sia per altre colture fortemente redditizie, quali gli ortaggi ed i fiori. Lo stesso è a dirsi per il frutteto, che non è una coltura tipica della villa schiavistica, ma sarà stato preferito nella zona vesuviana per poderi contadini di non grandi dimensioni.

Peschiera, selvaggina, bestiame

Le coste della zona flegrea erano disseminate di vivai per l'allevamento dei pesci e per i mitili. Le imprese del cavaliere romano L. Orata erano proverbiali[110]. Gli investimenti in tali attività rendevano molto, come possiamo desumere per analogia dai dati di Varrone[111]. Quanto agli allevamenti di uccelli e selvatici non abbiamo informazioni dirette per la Campania, ma oltre gli aviari delle ville di ozio, che avevano scopi di abbellimento, si può supporre che ve ne fossero anche di carattere commerciale, perché la regione era ricca di selvaggina, che poteva essere catturata.

L'allevamento del bestiame non era tra le attività più rilevanti. La Campania produceva buoi bianchi ed esili, non inabili al lavoro dei suoi campi[112]. Famosi erano invece i cavalli, che forse pascolavano nelle ampie praterie con acquitrini a sud di Capua (gli attuali Mazzoni) ed erano domati per i cavalieri campani[113]. Varrone tuttavia non li ricorda tra i cavalli più rinomati[114]. Sicuramente vi saranno state le greggi transumanti, che dalle alture del Matese e dell'Irpinia svernavano nella pianura. La Campania non è però ricordata tra le maggiori regioni produttrici di lana, il cui primato spetta all'Apulia.

Industria, commercio, trasporti

La descrizione delle attività diverse dall'agricoltura è ancora più variegata dell'altra, per il succedersi di epo-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

che diverse, nelle quali la posizione predominante è mutata. Il poco spazio disponibile non permette di tracciare nei suoi dettagli la storia di tali mutamenti e non possiamo che limitarci ad alcune linee fondamentali. Una ricostruzione storica della produzione industriale è resa difficile non solo dallo stato delle fonti, ma anche dagli indirizzi della ricerca. Se per Napoli disponiamo di contributi importanti e tra di essi quelli utilissimi del compianto E. Lepore e per Cuma di quelli degli studiosi della Magna Grecia, altrettanto non può dirsi per Capua, per la quale manca un'opera d'insieme e gli studi più notevoli di Heurgon e di Frederiksen non dedicano alla produzione industriale l'attenzione necessaria. Il secondo è attratto principalmente dall'esigenza di stabilire lo stato sociale dei protagonisti secondo indirizzi ben noti della storiografia anglosassone, mentre il primo dai temi politici e culturali. Quanto alle fonti la differenza tra il materiale di Pompei e di Pozzuoli rispetto a quello delle comunità dell'interno è grandissima.

Nell'età più antica della colonizzazione greca Cuma e Napoli hanno una posizione egemonica nel commercio e quindi anche nell'attività produttiva. Il traffico era marittimo per la Grecia e l'Oriente o per località del Tirreno verso il centro nord. Era anche terrestre verso località dell'interno ed in ispecie della Campania, sebbene disagevole fino a quando non si costruirono strade atte al transito dei mezzi di trasporto. Per le esigenze del traffico e più tardi, dopo il trattato con Roma, che la fece divenire *socia navalis*, Napoli disponeva sicuramente di un'industria cantieristica per la costruzione delle navi, sia mercantili che da guerra. Di *socii navales* in genere Livio parla a proposito della prima guerra sannitica[115] e Polibio specificamente di navi di notevole stazza fornite da Napoli per la prima guerra punica[116].

La costruzione di navi implicava necessariamente varie altre attività connesse e la disponibilità del materiale occorrente, legname in primo luogo. Al trasporto commerciale occorrevano i contenitori, quindi la produzione di anfore e vasi di terracotta, che potevano in parte essere forniti da Pithecusa, in parte costruiti in loco. Officine per lavorare il ferro ed i metalli, il bronzo in ispecie, erano del pari necessarie. Di una fabbrica di ceramica a Napoli vi è anche una prova archeologica nel ritrovamento di W. Johannowsky al Corso Umberto. Un'altra attività sicuramente documentata è quella della coniazione di monete, sia per i bisogni della città, sia per altre città e principalmente per Roma, come più oltre vedremo. Non vi è dubbio che l'influenza greca diede alla produzione napoletana un alto grado di perfezione stilistica. Quanto ad un bilancio fra esportazioni ed importazioni rimane a nostro avviso aperto il problema di quello che Napoli dava in corrispettivo delle merci importate.

L'attività produttiva della città rimase fiorente fino a quando il centro principale del traffico marittimo divenne Pozzuoli, per effetto di una scelta romana. Dopo di allora essa perdette il suo primato, come Cuma l'aveva perso per Napoli. L'avvento di Pozzuoli ebbe luogo dopo la deduzione della colonia romana nel 194 a.C. Di una storia più antica di tale comunità non si conosce molto e poco o nulla ai fini della storia economica. Più tardi il suo sviluppo fu straordinario e la città divenne tra le più fiorenti e prospere dell'Italia antica. La ragione della scelta di Pozzuoli da parte di Roma fu in primo luogo di carattere strategico-militare, una sentinella romana di fronte ai temuti pericoli di un ritorno offensivo di Cartagine. Ma ben presto prevalsero considerazioni di ordine economico. A mio parere la spiegazione che fa dipendere dalla mancanza di una strada di collegamento diretto fra Napoli e Capua la ragione della scelta di Pozzuoli è troppo angusta e sottovaluta gli aspetti politici della preferenza di Roma. Più sopra abbiamo anche espresso i nostri dubbi sull'asserita mancanza di strade. Frederiksen ha intravisto i motivi politici, ma non ne ha valutato a pieno l'importanza. Le altre ragioni addotte da lui sono giuste, ma potevano valere ugualmente per Napoli.

Pozzuoli era un grande centro di traffico marittimo e terrestre, ma anche ricca di imprese produttive. Vi si lavorava il ferro acquistato dai mercanti nell'isola d'Elba e lo si riduceva in oggetti di uso, anche per l'agricoltura, o in lamine a forma di uccello[117]. Per l'industria della ceramica solo in epoca imperiale troviamo numerose prove[118]. Il territorio circostante era ricco di varie specie di minerali, utili per produrre oggetti e merci: dalle fonti sappiamo che nel lido tra Cuma e Literno vi era un'arena bianca adatta per il vetro[119], zolfo nei colli Leucogaei[120], creta che si usava anche per l'alica[121], *pulvis* Puteolana per le costruzioni[122], un'arena per il *caeruleum* che era una tintura di colore azzurro, originaria di Alessandria, poi prodotta anche a Pozzuoli, si adoperava per vari usi. Costava 8 denari per libbra[123]. Si faceva con essa anche il *lomentum*, una specie di pasta colorante più chiara, costava 10 denari. Si era inventato un nuovo procedimento, lavorando un'arena egiziana, ex levissima parte, il prodotto si chiamò Vestoriano dal nome del suo autore, costava 14 denari[124]. Vitruvio ha anche il processo di lavorazione, consistente nel triturare la sabbia con fiore di nitro, mescolandola poi con limatura di rame e dopo fondendo nel fuoco l'impasto[125]. Egli non distingue, come Plinio, dall'altro tipo di ceruleo. Plinio parla anche di un altro prodotto dalle scorie della fusione del piombo, chiamato *molybdytis*[126].

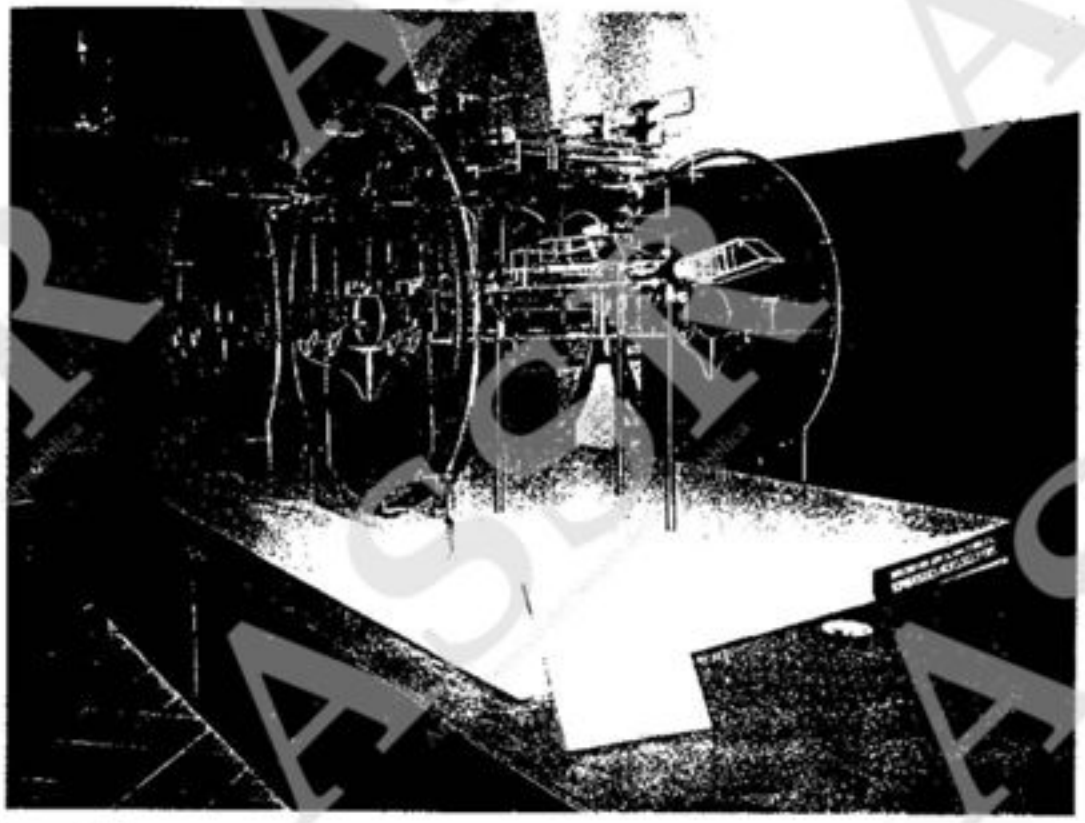
L'industria del vetro era rivolta ad un consumo di massa, come risulta dal nome di una *regio clivi vitrari*[127] e dal persistere di essa fino al III-IV secolo, età delle famose ampolle-ricordo con le raffigurazioni della città e del porto. Così anche quella dei profumi e di unguenti, nella quale troviamo impegnato un Faenius Blotius[128], di una famiglia forse originaria di Capua; un *vicus* era dei *thurarii*. L'industria tessile si riforniva dal mercato campano per la lana, il lino e le altre fibre che vi si producevano. Ad essa era collegata la produzione della porpora[129].

Data l'importanza del porto e del traffico vi era sicuramente una prospera industria cantieristica e di tutto l'occorrente per la navigazione e l'equipaggiamento

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Carro a quattro ruote, I secolo d.C., proveniente dalla Villa c.d. di Arianna a Stabiae.

Peristilio della Casa di Cecilio Giocondo, Pompei.



Attrezzi agricoli provenienti da Pompei.

Torcularium (torchio per la spremitura dell'uva) nella Villa dei Misteri, Pompei.







GRC

Senato della Repubblica - Archivio Storico

delle navi. Lo splendido sviluppo dell'edilizia pubblica e privata si doveva giovare di una forte industria delle costruzioni e dei materiali occorrenti, pietra, cemento, marmo, legno e colori. Le ville lussuose richiedevano decorazioni e statue e preziosi mobili, magari di legno importato dall'Oriente o dall'Africa. Del pari il vasellame d'argento era fabbricato da artefici esperti, né mancavano gli orefici. Questo serviva ad una clientela di élite, ma le case modeste dei più abbisognavano di una suppellettile comune. Pozzuoli aveva le sue terme, come anche Baia, il che presuppone l'esistenza di specifiche attività produttive. L'importanza della città nel suo complesso è del resto documentata dal numero delle epigrafi, sul quale già il Beloch aveva richiamato l'attenzione e che sono via via aumentate di numero. Di Pozzuoli come centro di traffico conviene di parlare a parte, per evitare la confusione tra attività differenti tra loro, pur essendovi, com'è ovvio, una naturale connessione. Quanto agli aspetti sociali ed ai personaggi operanti nelle varie attività, gli studi più recenti, da J. D'Arms a G. Camodeca forniscono ampi ragguagli, ai quali rinviamo.

Veniamo a Capua. Lascio da parte l'età antichissima per la quale i reperti archeologici ci attestano oggetti di bronzo e suppelletili di ceramica. Per i primi è giocoforza ammettere un traffico con le aree produttrici. Si rinvengono anche morsi di cavallo, mentre la raffigurazione di un «signore dei cavalli» su vasi di tombe rende plausibile la congettura che fin da età remota vi fosse l'allevamento dei famosi cavalli, dei quali si è parlato. La grande varietà di fibule maschili e femminili di età remota (IX-VIII secolo) ci mostra parentele non solo con l'area etrusca, ma anche con quella danubiana, nonché rapporti con la Sicilia; caratteristica è la fibula a drago. Le nostre conoscenze dei prodotti campani nell'età più antica dipendono dai ritrovamenti di oggetti nelle necropoli; essi sono di grande utilità per individuare le varie influenze delle civiltà, che si susseguirono per effetto di eventi politici e bellici, ma non ci possono dare un quadro completo dell'economia della città per la loro stessa natura. Sappiamo quindi molto della ceramica e del bronzo, degli ornamenti e delle fibule, non sappiamo nulla del resto. L'età romana ci offre una documentazione più ampia, letteraria, epigrafica e archeologica e ci permette di farci un'idea sulle vicende economiche del grande centro campano dal III secolo a.C. in poi. A grandi linee possiamo dire che la città, pur avendo sofferto la perdita della sua indipendenza cittadina allorché divenne *municipium sine suffragio* e peggio ancora della sua autonomia dopo la defezione per Annibale, ebbe un nuovo periodo di prosperità, nel quale si affermarono le sue produzioni tradizionali nel campo della metallurgia, della ceramica, dei profumi. Per questi ultimi si impiegavano non solo le rose del luogo ed i finissimi oli, ma anche essenze importate dall'Oriente[130]. Vi era un vero e proprio famoso mercato, dal nome Seplasia[131], dove si scambiavano grandi ricchezze. Gli unguentarii erano ricordati nelle iscrizioni sepolcrali[132]. A dire di Plauto a Capua si importava il *silphium*, ma nell'età imperiale la produzione di questa pianta utilissima per medicamento era stata esaurita per gli abusi dei publicani[133]. L'industria del metallo provvedeva vasellame rinomato ed utensili già raccomandati da Catone[134], forse anche armi[135], introdotte dai Sanniti. La *Campana suppellex* era a buon mercato[136].

Plinio, dopo aver descritto le tecniche di fusione e le leghe del bronzo a Cipro, afferma che per gli altri generi il primato spetta agli utensili campani e che il metallo si lavorava in più modi, con una nuova tecnica di fusione ed una mescolanza di dieci libbre di piombo argenteo spagnuolo[137] e cento libbre di rame per rendere più malleabile il metallo e dargli un colore vivo (*iucundum*) come in altri generi di bronzo l'olio od il sale[138]. Questa tecnica si era diffusa in molti luoghi dell'Italia e delle province, ma le proporzioni della lega erano diverse. Bassorilievi provenienti da tombe attestano la produzione di oggetti di bronzo e fabbri al lavoro[139]. Queste erano attività rivolte ad un ampio mercato, anche esterno. Poi vi erano quelle dirette alla vita quotidiana, fabbricanti di vesti, mantelli ed altro, vestiari e sagarii[140]. Costruttori di case ed opere pubbliche, come di materiali da costruzione erano senza dubbio attivi, come risulta dalle opere che ci sono giunte[141]. In altri campi tutto è scomparso; in una città così strettamente legata ad una regione agraria è inverosimile che non si fabbricassero macchine, trapeti e torchi, e si dovesse andare, come al tempo di Catone a Sessa o Pompei per acquistarli; se la pietra per le mole si poteva avere a Sessa, non si vede perché non si avesse facilmente anche a Capua dalle alture vicine.

Le vicende dell'economia di Capua nell'età imperiale non sono state valutate adeguatamente. Prevale la tendenza a considerare il periodo una decadenza continua, salvo intermezzi di ripresa. Ma opere come la costruzione di un grande anfiteatro nell'età flavia sono concepibili solo se vi è una popolazione numerosa, che può riempirlo. Ed una popolazione siffatta presuppone una vita economica se non ricca almeno tale da assicurare i mezzi di vita. Si può convenire nell'idea che dopo l'avvento di Pozzuoli Capua non fosse più la prima città campana per ricchezza e prosperità. Il grande numero di liberti che le fonti epigrafiche ci attestano prova che la società campana era divenuta una società schiavistica per eccellenza, nella quale gli schiavi erano addetti a compiti di gestione e poi divenivano liberti operanti per le grandi famiglie dalle quali continuavano a dipendere in una posizione sociale più elevata. Questo fenomeno è probabilmente da porre in rapporto con il processo di concentrazione della proprietà tipica dell'età imperiale, con le sue conseguenze negative. È difficile non collegare il declino dell'economia in Italia con tali mutamenti di ordine sociale. Il fatto è dunque di tendenza, diffuso dall'Italia centrale al Mezzogiorno, non specifico dell'una o dell'altra località. Naturalmente alcune scelte della politica romana possono aggiungere fattori negativi; nel nostro caso se Capua fu pregiudicata dalla costruzione della via Domitiana, che le tolse la funzione

Senato della Repubblica - Archivio Storico

di centro obbligato per il traffico con Roma, Pozzuoli soffrì del potenziamento del porto di Ostia. Quanto alla parte di territorio campano attribuito a Pozzuoli da Vespasiano, a me non pare che abbia potuto influire negativamente sulla vita economica di Capua, perché le attribuzioni territoriali avevano carattere e scopi amministrativi e non è provato che i proventi delle terre date a Pozzuoli andassero a vantaggio di quest'ultima città; ciò dipendeva dai proprietari delle terre e dai loro interessi e quali essi fossero non sappiamo.
Nel valutare l'entità della produzione campana a me pare giusto, come già aveva osservato Finley, limitare in modo realistico l'opinione di chi ritiene che gran parte degli ordinari oggetti di bronzo romani fosse prodotta a Capua (Frederiksen). Nella stessa Campania il bronzo non si lavorava solo a Capua, ma anche a Pozzuoli ed a Pompei e forse altrove.

Pompei e dintorni

Ci rimane da parlare di Pompei e delle città vesuviane e della Valle del Sarno per completare un quadro sommario e succinto della produzione industriale. Pompei era una città media, che aveva al più una popolazione di 25.000 abitanti. Allorché dunque parliamo delle sue attività economiche non dobbiamo dimenticare questo dato essenziale. Anche se va posto nel conto l'esportazione dei prodotti, le possibilità di consumo erano pur sempre commisurate all'entità della popolazione. Inoltre anche in città prospere, come senza dubbio fu Pompei, esisteva uno strato inferiore, i cui mezzi erano appena sufficienti per la sopravvivenza. Non è senza significato che molti degli infelici che cercavano nella fuga scampo alla tremenda nube di cenere e di gas tossici dell'eruzione del 79 d.C. recavano con sé poche monete di bronzo.
Già nel II secolo a.C. Pompei era un centro attivo per la produzione di macchine agricole, come il pesante trapeto, che Catone raccomanda di acquistare, nonostante le forti spese di trasporto che il centinaio di km tra Venafro e Pompei implicava[142]. Data la natura del luogo e l'indubbia estensione del vigneto, non è ardito supporre che vi si producessero anche torchi, ma di questo non abbiamo prove. Le ricerche degli ultimi venti anni intorno alla cultura materiale hanno cominciato in modo organico a porre in evidenza gli oggetti della vita quotidiana, di cui si hanno numerose prove nei ritrovamenti di Pompei, utensili di ferro per l'agricoltura ed una grande quantità di oggetti di ogni genere, di ceramica e di bronzo, di vetro e di metalli preziosi. Il ritardo però con il quale gli studiosi hanno rivolto la loro attenzione a quelli della vita quotidiana, a cominciare da una catalogazione ragionata, non ci pone in grado di sapere con certezza quali erano di produzione locale. Nella ceramica, ad esempio, possiamo distinguere gli oggetti importati da territori extraitalici, quelli aretini e quelli genericamente campani, sulla base dello studio organico del Pucci, ma è più difficile individuare quelli prodotti a Pompei, salvo che per una piccola parte di essi, che già il Comfort aveva attribuito ad artigiani locali. Per il resto possiamo pensare a Pozzuoli od a Capua. Anche per il copioso vasellame di bronzo dobbiamo registrare la stessa sconfortante incertezza, ma non si può non rilevare che fino ad oggi gli scavi non ci hanno rivelato opifici destinati alla lavorazione del metallo, fonderie comprese. Ciò nondimeno è inverosimile che una così grande quantità di oggetti fosse acquistata fuori della città: Carandini in occasione del Convegno di Cultura materiale sull'*instrumentum domesticum* ne aveva ispezionato più di 500. Con tali considerazioni possiamo concludere nel senso che Pompei era sovrattutto produttrice di oggetti e strumenti per l'agricoltura, in una certa misura per le suppellettili e forse oggetti di lusso. Ma la sua prosperità dipendeva dall'agricoltura e dal commercio terrestre e marittimo, come più oltre vedremo. I numerosi documenti che ci sono pervenuti dall'archivio di Cecilio Giocondo e quelli dei Sulpicii di Murecine non attestano per lo più investimenti di grandi capitali, ma una fitta rete di piccoli affari e commerci, che riguardavano sia la vita quotidiana cittadina, sia il traffico marittimo proprio o di Pozzuoli. È tuttavia degno di rilievo il fatto, che si importavano anche oggetti da territori extraitalici, Gallia, Africa ed Oriente. Il famoso ritrovamento di una cassa di ceramiche galliche nuove – non dunque contenitori di prodotti acquistati fuori – evidentemente comprate da un negoziante locale, dimostra che anche questo materiale era oggetto di commercio, il che pone problemi da esaminare a suo tempo. Come Pompei, anche altre città avranno avuto la loro produzione artigiana e manifatturiera, qualche traccia rimane anche nelle fonti scritte, come per Nola[143], che aveva anche la sua propria monetazione, in questo preceduta dalla scomparsa Hyria[144]. Anche Sorrento è ricordata per le sue coppe[145].

Economia antica e moderna

Abbiamo tracciato finora il quadro delle attività produttive, come esse allo stato risultano dalle varie fonti d'informazione. Questo non è però ancora il disegno dell'economia in funzione e qui entriamo nel tema più difficile ed anche controverso. Si tratta in realtà di farsi un'idea, anche se approssimativa, dell'economia antica, del suo modo di essere, delle sue stesse leggi. Poiché non è possibile per ragioni di spazio, approfondire la ricerca dal lato metodologico, devo limitarmi ad esprimere la mia opinione; secondo la quale le leggi economiche sono di carattere storico, non razionali e perciò stesso logiche immutabili. Gli stessi concetti elaborati nell'ambito dell'economia capitalistica moderna, mercato, investimenti, produttività ed efficienza, conto economico e così via non sono adattabili all'antichità. Né lo sono quelli dei sistemi pianificati e burocratici del cosiddetto socialismo reale, oggi in crisi profonda. Da questo lato considero inaccettabili le idee modernizzatrici, che sono del tutto fuorvianti, ma non per questo

Senato della Repubblica - Archivio Storico

eduta aerea del Portus Iulius
numero.



Pozzuoli e Portus Iulius,
planimetria generale (da
Castagnoli, «Topografia dei
Campi Flegrei» in «I Campi
Flegrei nell'Archeologia e nella
Storia», Roma 1977.



695

Senato della Repubblica - Archivio Storico

sono più accettabili le tendenze primitiviste, che finiscono con il considerare l'antichità, compresa quella classica, che più ci interessa, come immobile, statica e senza progresso. La realtà storica non si lascia imprigionare in categorie come quelle del modernismo e del primitivismo, che sono il frutto di una ideologia sovrapposta, estranea al pensiero degli antichi, i quali si dividevano tra conservatori e progressisti, non tra modernisti e primitivisti. Da Weber in poi molti considerano la città antica come luogo di consumo, mentre quella medievale sarebbe stata di produzione. Anche Finley è stato troppo indulgente per questa costruzione. Il fondo di verità che possiamo trovare in essa è che la parte principale della ricchezza prodotta veniva dall'agricoltura, quindi dalla campagna e non dalle città. Ma non per questo le città non erano luoghi dove si produceva un'altra parte della ricchezza, compresi quei beni indispensabili per la stessa agricoltura. Questa contrapposizione schematica è dunque errata e deriva dal metodo della ricerca degli idealtipi, che quasi sempre non giovano a conoscere la realtà storica. Ma posto questo rapporto disuguale tra la città e la campagna dal lato della produzione viene in primo piano il problema. Se la città produceva un valore inferiore a quello della campagna, come si regolava lo scambio? In Campania, non diversamente da quel che avveniva altrove, la risposta sta nella struttura sociale. I proprietari terrieri erano signori delle città e la condizione dei contadini era subordinata. Nell'età della diffusione degli schiavi il rapporto era semplificato, perché lo schiavo era solo uno strumento del padrone. Uno strumento, ma pur sempre un uomo, quindi dotato di ragione e di sentimenti. Per questo non può essere considerato, come vuole A. Carandini uno strumento perfetto, una macchina ragionante, un'invenzione crudele ma razionale. Nel fatto di essere uomo-strumento è insita una causa non eliminabile della debolezza del sistema. Ma ciò non vuol dire che la condizione degli schiavi fosse uniforme, che non vi fossero schiavi di alta qualificazione, artisti ed artigiani specializzati, intraprendenti, capaci di dirigere un'impresa commerciale e marittima, veri e propri managers, qualitativamente migliori dei loro padroni. Schiavi fedeli e principalmente schiavi managers potevano ottenere la libertà, divenire liberti, spesse volte legati al padrone. La Campania ci appare come una terra classica di tale sistema di relazioni sociali, con forte incidenza sulla vita economica. Capua, Pozzuoli, Pompei ci offrono esempi copiosi di liberti impegnati nelle attività produttive e commerciali. Ma dietro di loro stava la massa degli schiavi addetti ai pesanti lavori dei campi e delle costruzioni, della navigazione con i remi e delle cave di pietra, forse in antico, allorché esistevano limitati giacimenti minerari, delle miniere. Inoltre vi erano tutti i lavori umili, compresi quelli domestici nelle case dei signori, sempre con il timore di essere trasferiti in campagna, se si dimostravano riottosi o indisciplinati. Il grande numero di liberti era già emerso dai dati epigrafici e le ricerche moderne stanno dando una sistemazione organica alla vasta documentazione, ponendo in evidenza le famiglie di signori cui essi erano pur sempre legati o le fortune di questi attivissimi uomini d'affari, i quali riuscivano a divenire personaggi potenti nelle loro città. Il Trimalcione del Satyricon è la raffigurazione estremizzata di un *parvenu* di origine servile, ma non una pura invenzione fantastica. E non per nulla è ambientato in Campania. Se non si tien conto di questa realtà sociale è impossibile comprendere i meccanismi dell'economia antica.

Commercio e mercato. Il porto di Pozzuoli

Se l'agricoltura era la fonte principale della ricchezza, la seconda era il commercio. Praticato nel Mediterraneo fin da tempi remoti, esso aveva nella Campania, sede antichissima della colonizzazione greca e della dominazione etrusca, le condizioni migliori per la sua affermazione. Nell'età più antica il commercio si svolse prevalentemente verso l'Italia meridionale, fino alla Sicilia, e come è ovvio verso le città campane ed il Sannio, nonché città della Magna Grecia, come dimostrano i ripostigli di monete in varie località. Al commercio marittimo però Pithecusa, Cuma e Napoli devono la loro ascesa. Con la conquista romana, dopo aver battuto la presenza punica, il commercio transmarino venne egemonizzato e Roma per ragioni politiche scelse Pozzuoli anziché Napoli come principale porto commerciale. La posizione naturale della città era atta alla installazione di un grande porto, che è stato oggetto di accurate ricerche. Vi sono i ruderi sommersi di esso e raffigurazioni di pitture murali antiche e delle ampolline di vetro, ritrovate in vari luoghi dell'impero, oggetti ricordo per gli stranieri che transitavano per la città. Sebbene esse siano databili alla fine del III od all'inizio del IV secolo d.C. sono ritenute comunemente valide per l'età classica. Queste però ci danno vari quadri, vedute di Pozzuoli e della costa, ma naturalmente non le dimensioni, che invece sono state ricostruite dai ruderi esistenti sotto il mare, ancora visibili nel secolo scorso. La lunghezza del molo era di 370 m. e la larghezza di 15, una struttura sostenuta da quindici poderosi pilastri, *opus pilarum*. Il disegno settecentesco detto del Bellori, che forse riproduce una pittura parietale perduta, non si può certo considerare una riproduzione fedele del porto antico[146]. Al pari di altre raffigurazioni pittoriche, come quella proveniente da Stabia[147], essa ha elementi di fantasia. La raffigurazione di un'isola con edifici all'ingresso richiama quella dell'isola del Faros di Alessandria, come il dipinto di Stabia. Principalmente esso non convince per l'orientazione del molo che non fa vedere da che parte si trovi il porto. Di vero abbiamo i grandi piloni, che formavano gli archi possenti sotto i quali passavano i flutti. Il principale difetto del disegno è che il porto manca di una adeguata protezione a scirocco e ponente, da dove soffiano venti impetuosi. Anche le figure delle ampolline attestano i piloni e gli archi e per il resto non ci dicono nulla. Se il porto fosse stato come lo mostrano i dipinti nessuna nave avrebbe

Senato della Repubblica - Archivio Storico

potuto attraccare con sicurezza. Meglio dunque seguire l'andamento del molo odierno, al di sotto del quale si trovano i ruderi di quello antico.
Le dimensioni della diga e del molo rivelano l'importanza del traffico. Anche dopo aver costruito il porto di Ostia, il governo romano continuò l'opera iniziata da Augusto e sostenne le spese necessarie per le ricostruzioni, come ci è attestato per l'età di Adriano ed Antonino Pio[148]. Con acuti argomenti Camodeca sostiene che l'opera si debba a Nerone. È possibile, non certo. Le nostre conoscenze del commercio dell'Italia antica ci avevano permesso di considerare Pozzuoli un centro principale di scambi. Sapevamo che mercanti italici operavano in Siria, in Asia Minore, a Delo, in Grecia, a Tiro[149]. È buona congettura che M. Annio, presente a Siracusa durante la pretura di Verre, fosse un mercante di Pozzuoli[150]. Nella sua accusa contro Verre Cicerone enfatizza la presenza di moltissimi Puteolani – tutta Pozzuoli! – al processo. Uomini ricchi ed onesti erano accorsi in massa per denunciare gli abusi ed i crimini commessi contro i loro soci e dipendenti[151].
Uffici di compagnie orientali erano stati aperti nella città campana e tra essi quello di Tiro, che pagava un forte tributo[152]. Altre correnti di traffico erano verso l'Occidente già nell'età repubblicana. Polibio enumerava i porti della costa Campana e fra di essi Pozzuoli, rilevando che erano frequentati da navi di ogni parte del mondo[153]. Sotto l'impero Seneca descrive l'arrivo della flotta alessandrina a Pozzuoli, preceduta dalle navi tabellariae[154], che la folla attendeva. Le ricerche archeologiche e tra di esse quelle sui relitti di navi sommerse ci hanno permesso di sapere che una larga esportazione di ceramica ed in particolare quella chiamata Campana A, già al tempo della seconda guerra punica, forse prima, aveva luogo verso le coste dell'Europa occidentale, Spagna e Francia. Tale ceramica aveva i suoi centri di produzione in Campania e bisogna pensare che il porto d'imbarco fosse Pozzuoli.
In tempi recenti sono state scoperte e pubblicate nuove tavolette cerate nella località Murecine di Pompei, ma provenienti dall'archivio della famiglia puteolana dei Sulpici. Di oggetto più vario delle tavolette di Cecilio Giocondo, esse hanno ampliato le nostre conoscenze sulla vita economica e finanziaria della città agli inizi dell'impero. Da una di esse risulta in modo certo che Pozzuoli era divenuta una colonia Iulia Augusta[155]. Altre rivelano operazioni commerciali, le più importanti delle quali ai nostri fini riguardavano crediti a negozianti di grano alessandrino, che depositavano a garanzia del prestito ricevuto la loro merce in granai (*horrea*) pubblici e privati. L'importanza dei documenti consiste nel fatto che essi rivelavano l'esistenza di un commercio privato del grano egiziano, che evidentemente integrava la pur cospicua quantità di cereali dovuta dall'Egitto, come tributo, la più importante fonte di approvvigionamento di Roma sotto l'impero. La quantità depositata a garanzia di un prestito di 3.000 sesterzi, che si aggiungeva ad un altro di 10.000 era di 7.000 modii di grano alessandrino più sacchi di legumi per 4.000 modii[156]. Una analoga operazione consisteva nel deposito di 13.000 modii di grano a garanzia di un prestito di 20.000 sesterzi[157].
La quantità di grano depositata non era molto grande, 13.000 modii equivalgono a poco più di 790 ql., un carico di una nave di media grandezza. Dalle due operazioni attestate dalla Tavole di Murecina non si può ovviamente desumere l'entità complessiva del grano che si sbarcava a Pozzuoli, né disponiamo di un calcolo sullo spazio disponibile nei numerosi *horrea*. Bisogna comunque guardarsi dalla tentazione di enfatizzare le possibilità di Pozzuoli come porto granario di Roma.
Il tema dell'approvvigionamento di Roma è tra i più complessi. Le sue dimensioni, da ultimo così lucidamente illuminate da C. Nicolet, erano tali da creare continue apprensioni per il governo e timori di carestia e fame del popolo. Anche dopo essersi assicurate con i tributi provinciali le fonti di rifornimento, vi erano le calamità naturali ed i cattivi raccolti. E vi era il problema del trasporto di quantità ingenti di grano. All'inizio dell'impero Egitto ed Africa inviavano 40 milioni di modii il che avveniva d'estate. Poiché le installazioni portuali ad Ostia, alla foce del Tevere non erano né sicure, né sufficienti, si è fatta strada l'idea che almeno fino alla costruzione dei porti sotto l'impero, con Claudio e Traiano, Pozzuoli fosse il principale porto granario di Roma. Questa tesi formulata prima dal Meiggs, che però tratta ampiamente dell'arrivo di merci direttamente ad Ostia, è stata poi sviluppata dal D'Arms e da molti accolta. Ma se il solo grano egiziano doveva essere sbarcato a Pozzuoli e poi trasportato a Roma via terra sarebbe stato necessario un grandissimo numero di carri, dato che la portata di essi era di 5 ql. con grandi spese ed un lentissimo viaggio, perché l'andatura dei buoi era di 10-15 km al giorno. Si è quindi cominciata a fare strada l'idea che il trasporto per mare fino a destinazione si imponeva. Pomey e Tchernia hanno supposto che le navi di grande portata, di 50.000 modii ed oltre sbarcavano il carico a Pozzuoli e poi questo veniva reimbarcato su navi minori, di 20.000 modii e fatto proseguire per Ostia. Quest'idea è adeguata alla natura del problema, ma ha i suoi lati deboli. Anche navi di minor tonnellaggio avrebbero avuto difficoltà nello scarico ad Ostia, sebbene minori per il tempo dello scarico. Com'è comprensibile la questione essenziale concerne la navigabilità del Tevere. Le fonti non sono concordi. Plinio, evidentemente esagerando, afferma che a Roma potevano giungere navi da ogni parte del mondo perché il Tevere era navigabile ed aveva acque profonde[158]. Ma Virgilio dà un quadro diverso[159]. Dionigi riferisce che nel Tevere potevano entrare navi a remi di qualunque dimensione e quelle non superiori a tremila anfore (o modii?) potevano essere rimorchiate[160]. Strabone afferma che le navi maggiori si ancoravano in mare aperto e scaricavano rapidamente la merce su battelli minori[161]. Per l'età tarda Procopio descrive come i battelli venivano trainati da terra lungo il fiume[162]. Meiggs ha raccolto molti dati, compresi esperimenti moderni sulla forza della corrente, e con ra-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Affresco con paesaggio, nella Casa di M. Lucrezio Frontone, Pompei.



Pittura parietale raffigurante villa marittima, da Stabiae. Napoli, Museo Archeologico Nazionale.



Senato della Repubblica - Archivio Storico

gione ha posto in evidenza gli ingorghi del traffico. Che le difficoltà esistessero sarebbe stolto negarlo. Né esse venivano eliminate interamente nell'ipotesi di Pomey-Tchernia. Ma quelle del trasporto per terra erano maggiori. Se questa è la realtà delle cose è preferibile supporre che le navi scaricassero la merce direttamente ad Ostia, magari facendo uno scalo a Pozzuoli, se occorreva. Un indizio dell'interesse di Roma a favorire il traffico navale per Ostia sta nei privilegi concessi da Claudio ai mercanti per l'assunzione dei rischi da parte dello stato in caso di sinistri subiti ed i benefici per la costruzione di navi da trasporto di 10.000 modii[163]. La costruzione dei porti di Claudio e Traiano fece di Ostia il maggiore approdo del Tirreno[164] e tolse a Pozzuoli il primato. Se dunque ha ragione D'Arms nel contestare la tesi che l'apertura del porto di Ostia segnò il declino di Pozzuoli, questo non vuol dire che continuasse lo sbarco del grano in questa città, nemmeno quello alessandrino. Lo stato generale della città nei primi due secoli dell'impero non è quello di una città in decadenza, come ha lucidamente dimostrato Camodeca. Lo sviluppo edilizio e la costruzione di un nuovo anfiteatro sotto i Flavi o Nerone[165], il terzo dopo Roma e Capua, capace di contenere molte migliaia di spettatori[166], sono una indubbia prova di floridità. Ed altri segni indubbi vi sono nell'età degli Antonini, nonostante che in quest'epoca si comincino a manifestare i sintomi di una crisi generale dell'agricoltura.
Un altro problema riguarda il commercio degli schiavi. Che esso fosse praticato da mercanti di Pozzuoli o stranieri che facevano scalo in questo porto può considerarsi certo. Le considerazioni di W. V. Harris sul commercio degli schiavi sono da tenere in conto; è chiaro che vi era una qualche riluttanza da parte dei negrieri dell'antichità di porre in evidenza il loro mestiere e questo può spiegare la mancanza di testimonianze epigrafiche anche a Pozzuoli. Ma se abbiamo molte prove per la presenza massiccia ed attiva di schiavi e liberti nella città, non ne abbiamo affatto per stabilire quali fossero i mercati dove la merce umana era smaltita. È più probabile pensare ad una destinazione in Campania anziché a Roma e più lontano. Non abbiamo infatti alcun elemento di conoscenza per sapere dove essi potevano essere custoditi e rifocillati durante la sosta necessaria a Pozzuoli, né come era organizzata l'offerta secondo il loro valore. Nonostante i fiumi d'inchiostro versati nello studio della schiavitù vi sono lacune non secondarie nella conoscenza del funzionamento del sistema.

Il commercio marittimo aveva anche altri scali di una certa importanza. Sinuessa era un buon terminale per il commercio del vino del Falerno; Pompei per il commercio con l'Oriente e con l'Occidente, Nocera serviva ad un retroterra prospero.
A giudicare dalla diffusione dei prodotti, gli scambi avvenivano dalla Campania verso altre località italiane. Ceramiche prodotte a Capua, Cales, Napoli, Pompei, Pozzuoli si diffusero in paesi dell'Europa centromeridionale. Altre venivano importate dalle medesime località e lo stesso è a dirsi di prodotti spediti in contenitori, a cominciare dal vino. Il commercio di generi di lusso, che era una voce passiva nella bilancia commerciale di Roma, come Plinio lamentava, vi era anche in Campania. Un ritrovamento significativo è quello di una statuetta d'avorio di arte indiana a Pompei forse recatavi da un mercante che aveva rapporti con l'Estremo Oriente.
I traffici dei porti campani, in primo luogo di Pozzuoli, avevano luogo in un mercato a dir poco mediterraneo e non sembrano regolati dalla legge della concorrenza, come oggi la intendiamo. Influivano su di essi i gusti della clientela e la posizione egemonica dell'Italia romana. Molti prodotti venivano portati a Roma come tributi in natura delle province, il che ovviamente influiva sulla domanda verso la produzione interna, ma non sembra che ciò abbia determinato una scomparsa delle colture, che erano destinate al consumo interno, dato che i proventi dell'imposizione tributaria servivano all'approvvigionamento di Roma, che aveva una popolazione aggirantesi sul milione di abitanti. La politica del governo romano non adoperò in genere i dazi doganali per fini protezionistici, ma per i bisogni dell'erario. Può darsi che in alcuni casi essa fosse motivata da ragioni politiche particolari. Così può intendersi il più antico *portorium*, quello imposto sulle merci che transitavano per Pozzuoli nel 199[167], che forse mirava a colpire il commercio di Capua. I *portoria* in Italia furono aboliti sotto la Repubblica[168], poi ristabiliti da Cesare e mantenuti sotto l'impero[169]. Ma essi non erano di tale entità da scoraggiare il commercio.

La moneta

Sulle monete e la circolazione monetaria diamo una sintesi sommaria. Poiché vi sono oscillazioni di peso, data l'esistenza di città indipendenti, come Cuma e Napoli nell'età più antica, sarebbe interessante stabilire se esse avvennero contemporaneamente. D'altra parte vi è una notevole stabilità dell'argento e quindi è di scarso interesse il tema della rata di scambio tra le monete. Nell'età dell'influenza romana invece la monetazione campana fu utilizzata da Roma, che non aveva proprie zecche. Il problema della monetazione romana è fra i più misteriosi della storia economica antica, perché è difficile comprendere come mai Roma abbia atteso tanto a lungo, quando la moneta coniata esisteva in Campania ed Etruria.
Per quanto riguarda la monetazione campana più antica si può ritenere che il criterio ponderale, giudicato dal Beloch non utile per la datazione delle monete di Cuma e l'adozione della misura di base, è invece il più rilevante se lo si considera alla luce delle relazioni commerciali (Breglia). Purtroppo non vi è accordo tra gli specialisti sulla datazione e la successione dei tipi; secondo le più recenti ricerche del Rutter Cuma avrebbe adottato contemporaneamente il piede euboico nella versione chalcidica ed in quella attica ed assieme il piede

Senato della Repubblica - Archivio Storico

foceo, tesi che dal lato metrologico sembra dubbia, perché i primi due erano più pesanti, dramma di gr. 5,48 e 4,01, il secondo meno, didramma di gr. 7,55[170]. Comunque la moneta d'argento prevalente in tutto il periodo della coniazione di Cuma, fino alla conquista sannita od ai primi decenni dopo, era di un peso oscillante intorno ai 7,50 gr. per il didramma, ma con tipi che si avvicinano fino ad 8 gr. ed altri che scendono al disotto di 7 gr. Vi erano poi monete divisionali, gli oboli, monetine di dimensioni piccole, con il peso sempre inferiore al grammo, fra 0,85 e 0,42, nonché frazioni minime, intorno ai gr. 0,10[171]. Questa monetazione è un indice importante per farsi un'idea dei prezzi della vita quotidiana.

Napoli ha una moneta che in modo più deciso si fonda sul piede foceo e che determina analoghe scelte da parte di altre città campane, che giungono più tardi ad emettere le loro monete. Quarant'anni or sono L. Breglia poneva una serie di problemi tanto sui rapporti Napoli e mondo greco quanto su quelli Napoli-Sannio, Campania, sulla base delle prove numismatiche raccolte, ma non ancora elaborate nell'età precedente. Ad alcuni di essi dava una risposta iniziale, come per la presenza determinante di Napoli nella vita economica e commerciale della Campania, per altre auspicava ricerche adeguate. L'idea di un ambiente commerciale campano sostanzialmente dominato dalla moneta napoletana incontra tuttavia qualche difficoltà per Capua, che prima della dominazione romana è sicuramente una città, la quale contende a Napoli qualsiasi primato. Tuttavia appare difficile contestare la superiorità di Napoli, se si accetta l'idea che la moneta è un mezzo di scambio più evoluto di altri e certo di quelli in natura o di merci scambiate con metallo pesato. È molto significativo che monete di Capua e di varie altre città, sia del litorale che dell'interno fino ad Allifae nel Sannio, recano il simbolo, proprio di Napoli, del toro con il volto di uomo. Questo dimostra che Napoli non diede solo l'idea della moneta ma anche tecniche e stili per il conio.

Non direi che i problemi posti dalla Breglia siano stati tutti risolti. Ancora nel 1967 E. Lepore lamentava che ad essi non era stata ancora data un risposta, sebbene egli stesso avesse dato grandi contributi alla conoscenza della vita economica di Napoli e dell'entroterra. Forse non è possibile ricostruire la storia dei conii di tutte le città campane. Tuttavia la forte ripresa di studi sulla Magna Grecia ha permesso di meglio delineare i rapporti monetali (Stazio) per quanto riguarda l'area di influenza greca. Anche la storia della monetazione delle singole città ha ricevuto nuova luce da ricerche specifiche (Rutter) ma l'ipotesi che le monete con Campani od i nomi di altre città erano coniate da una zecca di Napoli, per l'esigenza del reclutamento di mercenari, è possibile ma non certa. Le raffigurazioni uguali e lo stile non depongono necessariamente per la provenienza da una sola zecca, potendo trattarsi di derivazione od imitazione. Né la tesi formulata al Convegno sulla monetazione di Napoli del 1980 della interruzione dei conii tra il 380 ed il 326 a.C. si può accogliere senza riserve e le critiche della E. Pozzi e di F. Hackens sono pertinenti.

La documentazione numismatica per l'età successiva alla penetrazione romana – il *foedus* con Napoli è del 326 – è abbastanza in armonia con le circostanze politiche dell'epoca. La forte ripresa della coniazione di moneta dimostra che vi era un crescente bisogno di mezzi metallici di scambio per effetto della situazione nuova creatasi in Campania. L'alleanza con Napoli e la riduzione di Capua a municipio apriva la via ad un nuovo corso nella monetazione, che va sotto il nome, adottato per primo da Eckel e comunemente seguito, di romano-campana, sulla quale nonostante i molti studi permangono contrasti ed incertezze e fra di essi l'attribuizione a Napoli od a Capua o ad entrambe ed altre città ancora della coniazione in nome della repubblica romana. Ma tutta questa parte riguarda la storia economica e politica di Roma e non va trattata in questa sede. Lo stesso è a dirsi delle emissioni autonome di Capua, scarsissime per l'argento ed abbondanti per il bronzo, che fanno pensare ad una concessione del governo romano.

Vi sono problemi che rimangono aperti, data la diversità dei mezzi di scambio non solo tra Roma e l'area greca, ma anche di questa con Capua ed il mondo osco-sannita, dato che Napoli e Cuma disponevano di moneta di argento fin dal V secolo a.C., mentre non risulta che Capua ne avesse.

Rimangono i rapporti di cambio fra le varie monete ed in ispecie fra argento e bronzo, allorché questo fece la sua comparsa più tardi dell'argento. Come si è già detto per Cuma, anche a Napoli ed altrove vi erano piccole monete d'argento, oboli e frazioni fino al peso di gr. 0,10[172]. Ma dopo il 340 appare la monetazione di bronzo, oboli o litrae[173], di piccolo peso, in taluni casi al disotto di 2 gr., fino ad un esemplare di 0,90 gr., evidentemente servivano ai piccoli acquisti quotidiani. Essi hanno una funzione ben diversa dai pesanti assi romani e dalle monete di bronzo campane. Calcolare una rata di cambio è difficile, né basta ricorrere al rapporto consueto argento-bronzo di 1/120, anche perché non è da escludere che lo stato attribuisse alle monetine di bronzo valori convenzionali. Non è invece attestato il fenomeno della moneta suberata, cioè solo rivestita di una patina di argento, che fu consueto nei periodi di crisi finanziaria dell'impero romano. Di tali monete si ha solo qualche raro esemplare[174].

Il tardo impero

La crisi economica e finanziaria che colpì l'impero nel corso del III secolo non risparmiò la Campania, che ormai era parte integrante del sistema politico ed amministrativo romano e quindi esposta alle stesse vicissitudini. Vi fu senza dubbio un decadimento delle attività produttive e del commercio ed anche l'agricoltura non rimase immune, almeno nel senso che le esigenze dell'approvvigionamento favorirono il ritorno ad una produzione prevalentemente cerealicola. È vero che le fonti

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Pittura parietale raffigurante un porto (forse Puteoli). Napoli, Museo Archeologico Nazionale.



Fregio raffigurante una trireme, *bassorilievo in marmo da Pozzuoli, I secolo d. C. Napoli, Museo Archeologico Nazionale.*



Veduta di villa marittima con pescatori, da Stabiae. Napoli, Museo Archeologico Nazionale.



Senato della Repubblica - Archivio Storico

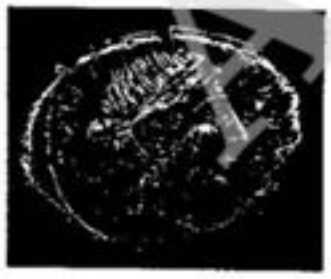
del IV secolo continuano a dare descrizioni ammirate della fertilità della Campania[175], ma esse se non sono luoghi comuni ben poco dicono su cose e fatti concreti, che possano giustificare un generico riferimento. Se si bada a questo, non si può ignorare che Simmaco, pure citato fra le più importanti prove del buono stato dell'agricoltura campana, non manca di lamenti: «devo badare al declinante patrimonio familiare, non perché si arricchisca con la somma dei guadagni, ma per sorreggere la speranza della campagna con le spese, in quanto nella nostra epoca è avvenuto che la terra, la quale una volta nutriva, ora deve essere alimentata»[176]. Per di più egli afferma che si ricorreva all'Apulia per provvedersi di grano in Campania[177].

Più illuminante è il caso dell'approvvigionamento di Pozzuoli e Terracina, descritto nella sua lunga vicenda in modo tutt'altro che ottimistico[178]. Pozzuoli, come si è visto, era stata un porto granario ancora nell'alto impero. Ma poi le cose mutarono e fu necessario rifornirla[179] di una certa quantità di frumento. Costantino stabilì 150.000 modii all'anno, ridotti della metà da Costante, poi riportati a 100.000 da Costanzo II e decurtati dal consolare della Campania di 5.700 modii a favore di Terracina, che da tempo non aveva ricevuto i rifornimenti imposti a città campane. Ma quest'ultimo provvedimento non fu eseguito per la mancanza dell'assenso dell'imperatore Giuliano assente da Roma. Qualche tempo dopo l'imperatore Graziano condonò su richiesta di una delegazione di Capua le contribuzioni di grano imposte dal *praefectus urbi*[180] *Neratius Cerealis* a favore di Roma e quindi restituite, in tutto 38.000 modii. Allora Pozzuoli sostenne che nel procedimento rientravano anche i 5.700 modii dovuti a Terracina e quindi la controversia si riaccese. Dal testo risultano in modo abbastanza chiaro, nonostante le controversie degli studiosi sulla sua interpretazione, varie cose importanti. La prima è che Pozzuoli aveva bisogno di una notevole quantità di grano per integrare quello di cui già disponeva. Secondo, che le città della Campania produttrici di grano, tra le quali Capua, erano tenute a rifornirne altre. Terzo che le operazioni conseguenti erano mal tollerate e contrastate. Non risulta invece quale fosse l'origine del grano assegnato a Pozzuoli, se campana oppure importata dall'Africa, dove ancora Roma esercitava il suo potere. Varie ipotesi sono possibili e tra esse anche quella che una parte venisse dalle città campane ed un'altra dal grano fiscale dell'Africa (Camodeca). Tuttavia i reclami di Capua per non versare le contribuzioni a Roma provano che il peso era considerato intollerabile[181] e non si comprende perché un contributo anche maggiore per Pozzuoli non dovesse suscitare lo stesso reclamo. La tesi poi che la Campania fosse sempre apprezzata come una fertile terra granaria (Cracco-Ruggini) è forse alquanto ottimistica. Non disponiamo di molte fonti per stabilire se ed in quale misura l'agricoltura sia passata dalla gestione diretta della villa con schiavi al colonato coattivo, ma pare certo che anche in Campania si sia affermata la grande proprietà autosufficiente mediante la concentrazione della proprietà nell'aristocrazia. L'invio di lavoratori in Apulia permette di supporre che si trattava o di schiavi o di operai agricoli dipendenti, non di coloni[182]. L'esistenza di ville lussuose anche nell'età tarda è indubbia. Il fatto che Simmaco pensi di provvedere ai rifornimenti alimentari facendo affluire i prodotti delle sue terre pugliesi[183], induce a supporre che almeno in certi periodi di carestia la produzione locale era insufficiente. Il caso di Pozzuoli è comunque significativo e non sarà stato il solo.

I pesi fiscali in natura ed in danaro ben presto imposti anche alla parte suburbicaria, erano un onere per i produttori ed in ispecie i meno potenti. La burocratizzazione ed il fiscalismo non risparmiarono questa parte un tempo fiorente della penisola. Le guerre del V secolo fecero il resto. Nel periodo delle scorrerie dei Vandali e dell'invasione visigotica vi furono movimenti delle popolazioni rurali verso centri fortificati, come Napoli, le cui mura furono rafforzate[184]. Non abbiamo prove archeologiche della trasformazione di ville in castelli fortificati, ma non vi è dubbio che la villa famosa di Lucullo divenne una specie di fortezza se in essa poté essere rinchiuso l'ultimo imperatore d'Occidente, Romolo Augustolo per ordine di Odoacre[185].

Nonostante alcune espressioni di maniera di Cassiodoro[186], dalle quali parrebbe che la Campania era ancora prospera, *urbis regiae* cella penaria, la realtà era ben diversa e davvero essa evoca un mutamento di epoca e la fine dell'antica civiltà. Si avverte il clima di un mondo diverso non solo nelle istituzioni e nei rapporti politici, ma anche nella cultura e nell'economia. Se il colpo decisivo all'impero venne assestato dalle invasioni, il logoramento era iniziato da tempo e la Campania ne era stata investita. Qualcosa emerge di questo fenomeno. Nel 395 Arcadio ed Onorio[187] rilevano che 528.042 iugeri in Campania erano deserti ed abbandonati sulla scorta della relazione di un ispettore e di documentazione di vecchie carte ed ordinano di concedere tali terre ai provinciali stessi. Che cosa sia avvenuto dopo e se qualcuno abbia accettato di riprendere a coltivare quelle terre non è dato sapere.

Neapolis, didrammo con testa femminile / toro a volto umano.
Napoli, Museo Archeologico Nazionale.





Senato della Repubblica - Archivio Storico

Cuma, dracma con scalpo di leone / testa femminile.

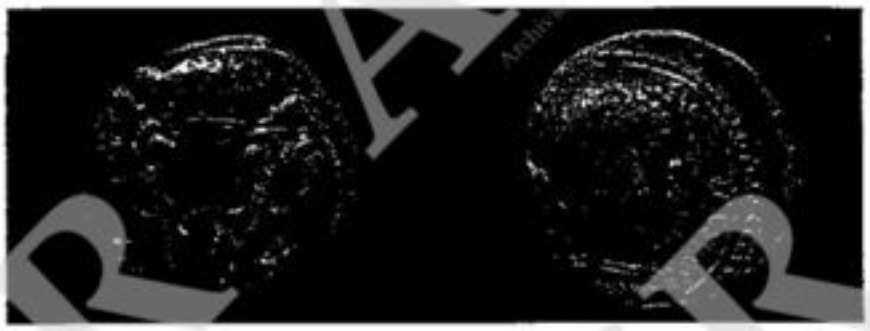
Cuma, didrammo con testa femminile / Mitilo; in alto pesce.

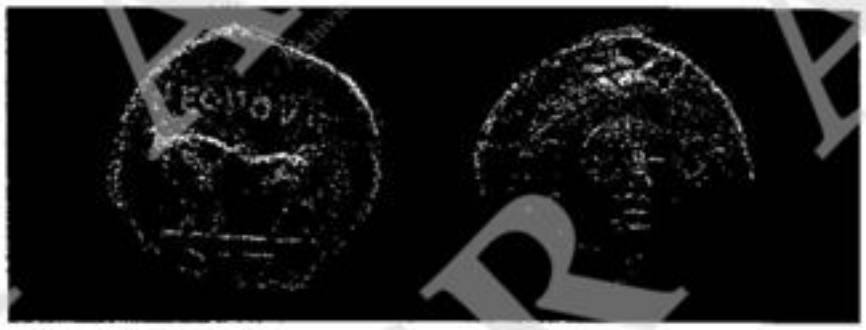
Cuma, didrammo con testa femminile / Mitilo sormontato da Scilla.

Neapolis, didrammo con testa femminile / toro a volto umano. Napoli, Museo Archeologico Nazionale.

Neapolis, didrammo con testa femminile / toro cozzante.

Allifae, didrammo con testa di Athena / toro a volto umano. Napoli, Museo Archeologico Nazionale.













Senato della Repubblica - Archivio Storico



Il lavoro nei campi, frammento di rilievo da Benevento, III secolo d. C. Benevento, Museo del Sannio.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

[1] Liv. XXIII, 5.15
[2] Sulla base di Vell. II. 44.4
[3] Liv. VIII, 5.13
[4] Liv. XXVI, 16. 7
[5] P. 262, 9 ss. L.
[6] Nell'elenco di Plin. nat. hist. III, 60 ss. 18 città
[7] Agr. 135.2
[8] De re r. I, 20.4
[9] Nat. hist. XVIII, 109; anche XVII, 36
[10] Georg. II, 217 ss.
[11] Georg. II, 225; Sil. It. pun. VIII. 535
[12] Lib. col. 229; Strab. V, 4.8 menziona Acerra tra le città che avevano Pompei come porto
[13] Vita Verg. 27 (2ª ed. Oxon. 1966), accreditato da Maiuri, *Passeggiate campane*, 145; Johannowsky in *Napoli antica*, 334 s. ipotizza il tratto interno della strada, ma non parla di date.
[14] CIL. X, 6945-7. Per l'alto impero Plin. n. h. XVIII, 111; per la repubblica Plaut. Rud. 631. M. Napoli ha invece escluso una via antica.
[15] Editi da Buchner, PP. CLXXIX, 1978, 131 s., interpretazione di G. Garbini, *Un'iscrizione aramaica ad Ischia*, ivi, 143.
[16] V, 4.9 p. 247
[17] Dion. Al. VII, 3. 2; Pol. III, 91.4
[18] Liv. IV, 25.4 e 52.5. Un'altra spedizione è riferita da Liv. II, 33.4 al 492 a.C., mentre la tradizione greca esclude la presenza di Aristodemo a Cuma in quel tempo, il che fa dubitare dell'attendibilità della notizia liviana, non della sostanza della legazione (Momigliano).
[19] Strab. V, 4.6 p. 245; Dion. Alic. VII, 3.2
[20] V. 4.8
[21] Liv. XXII, 15.2
[22] Liv. XXVII, 3.1 e 11.8
[23] Liv. VIII, 11.14
[24] Liv. XXXIV, 45.1
[25] Vendita dei beni dei principes: Liv. XXVII, 3.1
[26] Nat. hist. XIV, 94 s.
[27] Epod. IV, 13
[28] Liv. XXIII, 32.14-15
[29] Liv. XXII, 11.4
[30] Acerra in parte incendiata, Nocera distrutta: Liv. XXVII, 3.6
[31] Liv. XXVIII, 11.8-9
[32] Liv. XLII, 1. 6; 8.4; 9.7. Obbligo di residenza in luoghi determinati, Liv. XXVIII, 46.2
[33] Liv. XLII, 1.6 e 8.14
[34] Licin. XXVIII,; Cic. De leg. agr. II, 30.82; 29.81
[35] Liv. XXVII, 11.8; nuovo plebiscito del tribuno Lucrezio nel 172, Liv. XKII, 19.1
[36] Liv. XXVII, 3.1, erronea l'interpretazione di Toynbee, *Hannibal's Legacy*, II, 231, che la locazione era fatta per seminare il frumento.
[37] Liv. XXVIII, 46.4
[38] Liv. XXXII, 7.3
[39] de leg. agr. II.14.36 vendita di loca publica e sacella in Roma.
[40] Loc. cit.
[41] Cic. ad Att. II. 16.1.
[42] Chiamandoli precaristi.
[43] CIL. I² 640 = ILRPP I, 370 n. 467; vari autori dubitano che il cippo attesti un'assegnazione, alcuni pensano che si tratti di un progetto. Il cippo però si trova nella centuriazione dell'ager Campanus, ora meglio nota con la conoscenza di ruderi a S. Maria (Bencivenga).
[44] De leg. agr. II. 29.81; cfr. II.5.10.
[45] Implicitamente in agr. 11.1, chiaramente da Colum. III.3.4.
[46] De re rust. III.3.8. ss.
[47] CIL. IV, 6886; 6887; 6888 e gli AA. cit. in Lepore, *Origini e strutture della Campania antica*, 130 n. 35.
[48] Tav. CXXXVIII e CXXXIX. Nega recisamente che si possa trattare di locazione Mommsen, Hermes XX, 1877, 124 = *Gesammelte Schriften*, III, 358; diversamente altri, tra cui Andreau, *Le tavolette cerate*, Pompei, 79, 275.
[49] Agr. 10.1, qualcuno interpreta tre.
[50] Ivi, 11.1.
[51] Ivi, 11.1: 16 addetti dei quali 10 operai.
[52] De re r. I.10.1.
[53] Nat. hist. XVIII.9.
[54] Ivi XVIII.173.
[55] De re r. I.34.1. Dickson (p. 279) contrappone al testo l'altro seguente, I.35.2 dove per altre attività si dice che non si debbano fare già quindici giorni prima della bruma, cioè l'inverno.
[56] Col. II.8.1; 11.2.74, Plin. XVIII. 24; Verg. georg. I. 219 ss.; Pall. 12.1.1.
[57] Ad es. Cat. in Gell. XIII.24.1; Fest. p. 282, 4 L.; Cic. de leg. II, 1. Varr. de re r. I.13.6 e 7 etc.
[58] Terra levis in Varr. de re r. I.20.4.
[59] Agr. III.3.4. Discussione su di esso nei miei scritti ed in quelli di Ampolo citati nella bibl.
[60] Varr. de re r. I.44.1: 10-15 x 1 in Etruria; Cic. in Verr. II.3.47.112: 8-10 x 1 a Leontini in Sicilia.
[61] Strab. V.4.3, il migliore frumento, nomina anche l'ὄρυζα, il riso, che però non fu coltivato in Europa nell'antichità; Dion. I.37.2.
[62] Nat. hist. XVIII.109.
[63] Edita da C. Cimmino, *La Statistica del Regno di Napoli del 1811*, Caserta 1978, 206; per la quantità di sementi 199.
[64] V. nt. 52.
[65] XVIII.112
[66] XVIII.114.
[67] Agr. 76.1; anche globi e puls punica 85.1; poi medicamenti.
[68] III.60.
[69] Strab. V.4.3; Dion. I.17.2.
[70] XVIII.191
[71] Loc. cit. in fine.
[72] Nat. hist. XVIII.187; Virg. Georg. I.71-75.
[73] II.9.4 (imprecisa la traduzione di Calzecchi-Onesti, illa come «altri cereali».
[74] Ed. cit., p. 196.
[75] Plin. XIX. 173-4; Col. II.10.21; XI.2.75.
[76] X.127 ss.
[77] XIX.67.
[78] Plin. XVIII.111
[79] 10.1.
[80] Agr. 144.
[81] Agr. 146. Su questo testo di non facile interpretazione e i problemi giuridici che fa nascere v. M. Talamenca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, «Atti Accad. Lincei, memorie, Serie VIII, vol. VI, 1954», 109 s.
[82] 6.1; distanze differenziate in Col. agr. V.9.7 e de arb. 70.1.
[83] Nat. hist. XV. 14.
[84] 22.3.
[85] III.3.8.
[86] 26.1.
[87] Varr. de re r. I.24.11; Plin. XV.13; 20.
[88] Georg. II.86.
[89] V.8.3; nel de arb. 17.3 solo cinque, evidentemente le più rinomate .
[90] Sat. III.28.6.
[91] III.18.4.
[92] 3.4 e 64.1, così anche Varr. de re r. I.5.7-7; Col. XII.52.18-19.
[93] A. Tchernia, *Amphores de Betique à Pompei*, MEFR. LXXVI, 1964; D. Manacorda, *Instrumentum domesticum*, 131 s.
[94] Descrizione e fotografia in Drachmann, *Ancient Oil Mills and Presses*, 122 e 147.
[95] Plin. nat. hist. XIV. 22-23
[96] Plin. XIV.62-63. Nella descrizione delle regioni italiche Plin. III.60 enumera in primo luogo i terreni viniferi della Campania, Falerno, Cales, Massico, Gauro ed i monti Sorrentini.
[97] Plin. XXIII. 34.
[98] Epigr. XIII.11. Virg. Georg. II.143.
[99] Plin. XIV.34.
[100] Plin. XIV.10.
[101] La lettera di Ch. De Brosses (1739-40) citata da P.M. Martin riguarda però il Veneto e non la Campania.
[102] De re rust. I 8.2.
[103] III.3.2 ss.
[104] III.3.11
[105] Catone prescrive 16 uomini, vilica compresa, per un fondo di 100 iugeri.
[106] 1.4.9. e 6.
[107] XIV.62.
[108] XIV.61
[109] Tale cifra è una media, in quanto Columella nè dà varie altre maggiori da 2025 in giù fino ad un minimo di 385.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

[110] Varr.de re r. III.3.10, che menziona anche Licinio Murena; Col. VIII.16.5 etc.
[111] R. rust. III.2.17.
[112] Col. VI.I.1.
[113] Detti sonipedes: Lucil. 512 M (Gell. I.16.10).
[114] Re r. II.6.6.
[115] IX.38.3.
[116] I.20.14: navi di cinquanta remi e triremi, per l'uso delle quali lo storico usa il termine συγχρησάμενοι, letteralmente prese in uso, noleggiate.
[117] Diod. V.13.2: εἰς ὀρχέων τύμους χαλκεύσουσι, forse da intendersi nel senso di segni impressi sulle lamine.
[118] Pucci, *Instrumentum domesticum*, 12 s. Data iniziale dei reperti 16 a.C.
[119] Plin. XXXVI.194; Strab. XVI.2.25 p. 758, spesso citato, riguarda Tiro.
[120] Plin. XXXV.174.
[121] Sopra, p.
[122] Plin. XVI.202; XXXV.167; Vitr. V.12.2 e II.6; Sen. nat. quaest. III.20.3.
[123] Plin. XXXIII.161.
[124] Ivi 162. Vi era anche quello Indicum a 7 denari ed uno di infima qualità a 5 assi: ivi 163.
[125] Arch. VII.11.1.
[126] XXXIII.106; cfr. XXXIV.173.
[127] ILS. 1224b (= Eph. ep. 365; Not. Sc. 1885, 393): regio clivi vitrari sive vici Turari, da ultimo Camodeca, «Puteoli», I, 1977, 65.
[128] CIL. X.1902; su Plotius unguentarius Cic. ad Att. XIII.46.3
[129] Su di essa Plin. XXXV.45. Porpore più preziose di altre. Sul vicus turariorum v. nota precedente.
[130] Ne è prova la presenza di commercianti di Capua in Oriente: Frederiksen, *Campania*, 299.
[131] Pompon. (?) in Ribbek, CRF. p. 96; Varr. sat. VIII; Cic. in Pis. 24 (Ascon.); Fest. p. 458 L.
[132] CIL. X.3968; 3974; 3982.
[133] Plaat. Rud. 630 ss. Il silphium era una pianta medicinale di grande valore oggetto di molte controversie tra i moderni per la sua identificazione. Su di essa Plin. nat. hist. XIX.39 ss.; XXII.100 ai cui tempi si importava dalla Siria; cfr. Col. XII.59.5.
[134] Agr. 135.2.
[135] Scutarius CIL. X.3971; altri esempi in Frederiksen, *Campania*, 298.
[136] Hor. sat. I.6.117; II.3.143.
[137] Così chiamato nel testo di Plin. XXXIV.95, forse stagno mescolato con piombo.
[138] Plin. loc. cit.
[139] Willers e Gummerus cit. da Frederiksen, *Campania*, 315 n. 87. Purtroppo la ricerca italiana sui bronzi è molto in ritardo, come giustamente ha rilevato Carandini, *Instrumentum domesticum*, 163.
[140] Iscrizione nel pavimento di una bottega di sagarius: R. Palmieri, «7 Misc». 1982, 444.
[141] Su di essi v. Johannowsky, Capua, 66 ss.
[142] Agr. 22:384 sesterzi era il costo della macchina, 280 le spese di trasporto.
[143] Cat. agr. 22.2, orbes per il trapeto, a 180 HS.
[144] Poco studiato è il fenomeno delle città scomparse: mutamento di nomi o effettiva fine di esse?
[145] Mart. XIV.100; XIII.107. Plin. XXXV.160.
[146] Di diversa opinione sembrano gli Autori dei Campi flegrei 1990.123. Già Beloch, *Campania*, 148 lo sopravalutava pur rilevando imprecisioni, come l'isola identificata peraltro con Baia.
[147] Da molti un tempo identificato con il porto di Pozzuoli (Rostovzev) o Campano (A. Maiuri): figura in B. Maiuri, *Museo Naz. Napoli*, 111.
[148] Che il molo sia di età augustea è opinione prevalente sulla base di Anth; Pal. VII.378 (Antifilo di Bisanzio); App. bel. civ. V.303; Vitr. V.12. Su Antonino Pio CIL. X.1640-1641 = ILS. 336. Opus pilarum Sen. ep. 77.1.
[149] Cic. in Verr. II.2.176; II.5.145 s.; pro Flacc. 17.
[150] Ivi, II.2.156; cfr. II.2.74.
[151] Ivi II.2.154.
[152] I.G. XIV.830.
[153] III.91.4.
[154] Epist. 77.1.
[155] TP. 18 del 15.9.39.
[156] TP. 15;7;16.
[157] TP. 8; 69; 46+44 (locazione degli horrea).
[158] Plin. nat. hist. III.54.
[159] Aen. VII.11.
[160] Dion. III.44.3-4.
[161] V.3., p. 231. Un tempo eccezionale di 20 giorni è attestato in BGU 27, 30 giugno-19 luglio.
[162] Bell. Goth. 26.10-12; II.7.4-9.
[163] Per i primi Suet. Claud. XVIII.4; per gli altri Gai. I.32. Utile per il regime giuridico del carico è Dig. XIV.2.10.2, che parla di anfore.
[164] Fonti epigrafiche su uffici di compagnie straniere: CIL. XIV. 4549 n. 40. Dal Serapeum provengono verosimilmente CIG. 5899 e 5973 della flotta commerciale alessandrina; cfr. CIL. XIV, 47 = Dessau, ILS. 4402 e CIGI. 917; 919. Non è prova sicura del contrario Sen. ep. 77.1-2, che parla dell'arrivo della flotta alessandrina a Pozzuoli, da tutti ritenuta quella granaria, al punto che Frederiksen, *Campania*, 327 traduce con «corn-fleet', che manca nel testo; riserve di Rougé sull'interpretazione della vela o parte di vela detta siparum, come caratteristica delle navi alessandrine. Comunque in Seneca non vi è accenno né al grano, né allo sbarco.
[165] Per Nerone Camodeca (1990), 82; Galanella-Sampaolo (1987), 191.
[166] Uso un'espressione generica, date le divergenze sul numero: 40-60 mila (Frederiksen); 40 mila (Galanella-Sampaolo); 20 mila (Camodeca).
[167] Liv. XXXII.7.3.
[168] Dio Ca. XXXVII.5.3; cfr. Cic. ad Quint. fr. I.11.33; ad Att. II.16.1.
[169] Suet. Iul. XLIII.1 di dubbia interpretazione.
[170] Rutter, *Campanian Coinages, 475-380 B.C.*, Edimburg 1979, 123 ss. Alquanto diverse le serie di Sambon, *Les monnaies antiques de l'Italie*, Paris 1903, 141 ss. ed altri numismatici del secolo scorso.
[171] Vedi nota seguente.
[172] Oboli e frazioni: Sambon, n.ri 397-434; 593-559; Rutter, nr. 6-13; 44-58; 87-108; 205 per Cuma; 24-36; 128-151 Napoli; 10, I-IV Fistel.; I, I-II Allif.
[173] Sambon, p. 187 ed ivi le diverse opinioni.
[174] Didramma del 328 circa: Sambon, nr. 396; Cantilena nr. 110, 28. È da notare che dei due esemplari esistenti, uno solo è rivestito.
[175] Expositio totius mundi, LV (GLM. Riese, p. 119); Avien. Descr. orb. terr. 496 ss.; Dion. perieg. 351 ss. (GGM Muller), fra i più contrastati per l'epoca di appartenenza, forse l'età di Adriano.
[176] Symm. ep. V.2.
[177] VI.12.
[178] Rel. 40.
[179] Se frumentationes gratuite o rifornimenti non è detto nel testo, ma Camodeca lo intende senz'altro nel primo senso in *Ricerche su Pozzuoli tardo romana*, 71 ss. ed estende per analogia a Pozzuoli il regime di Ossirinco, come risulta dai Papiri editi nel 1972 (Rea, Ox. Pap. XL, n.ri 2892-2946), una costruzione suggestiva, ma non più di un'ipotesi.
[180] Così Kohns i praefectus annonae (Chastagnol, Cracco Ruggini etc.).
[181] Un ulteriore indizio si trae dalle ripetute remissioni di imposte: C. Th. XI.28.7 (413) e XI.28.12 (418) di età successiva.
[182] Paolin. Nol. carm. XX.312 s.
[183] Ep. VI.12.5 (396 d. C.).
[184] Da Valentiniano III: CIL. X. 1485.
[185] Marcell. MGH. AA. XI, 91.
[186] XII.22.9. Cfr. per Napoli VI.23.3.
[187] C. Th. XI.28.2; il riferimento a veterum monumentum chartarum e l'ordine di bruciare gli inutili titoli provano che il male era più antico. Anche Simmaco, ep. II.60 aveva parlato di «vacuum solum apud Neapolim».

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Storie generali: M. Rostovzev, *Storia economica e sociale dell'impero romano*, Firenze 1933, ed. originale inglese 1926); T. Frank, *An economic Survey of the ancient Rome*, vol. I e V (Baltimore 1933-1940); F. De Martino, *Storia economica di Roma antica*, Firenze 1980; trad. ted. 1985; C. Nicolet, *Rendre à César*, Paris 1988.

Campania: J. Beloch, *Campania* (trad. it. Napoli 1989, ed. orig. Breslau 1890); M. Frederiksen, *Campania*, BSR. 1984 (ed. N. Purchell); E. Lepore, in *Storia di Napoli*, I, Napoli 1967, part. pp. 183 ss.; 193 ss.; 241 ss.; *Origini e struttura della Campania antica*, Bologna 1989 (raccolta di saggi precedenti); P. M. Martin, *La Campanie antique*, Clermont-Ferrand 1984.

Opere collettive: *I Campi flegrei nell'archeologia e nella storia*. Atti Convegno Lincei, Roma 1977; *Pompei 79* (Macchiaroli ed.), Napoli 1979; *Napoli antica* (id.), Napoli 1985; *I Campi flegrei* (id.) Napoli 1987; *I Campi flegrei* (a cura di P. Amalfitano, G. Camodeca, M. Medri), Venezia 1990.

Rapporti con la Magna Grecia: oltre i numerosi scritti di G. Pugliese-Carratelli sui vari temi storici, per l'economia L. Forti e A. Stazio in *Megale Ellas, Collana Antica Madre*, Milano 1983, 643 ss.

Su Pithecusa e Cuma: G. Buchner-D. Rigdway, *Phithecusai I. La necropoli*, Mon. Ant. Lincei (in stampa); altri scritti cit. in *I Campi flegrei*, 1987, 280; A. Mele, *Il commercio greco arcaico. Praxis ed emporie*, Centre J. Bérard, IV, 1979; *Aristodemo, Cuma e il Lazio*, Atti Convegno Etruria e Roma, 1986; R. F. Paget, *The Ancient Ports of Cumae*, JRS. LVIII (1968), 152 ss.; *I Campi flegrei*, 1990, 267 ss. e la bibl. pp. 334 ss.

Problemi delle popolazioni e territorio: Beloch, *Campania*, pp. 21; 27; 355 e 505 s. con rettifiche, come in *Bevölkerung*; per la prefettura da ult. *Römische Geschichte*, Berlin u. Leipzig, 1926, 537; P. Brunt, *Italian Manpower*, Oxford 1971, p. 19 n. 4; pp. 278 ss.; F. Sartori, *I praefecti Capuam Cumas*, Atti Lincei cit. 166 ss.; M. A. Levi, *I confini dell'ager Campanus* (1921) ora in *Il tribunato della plebe*, Milano 1978, pp. 68 ss.; Frederiksen, in SRPS. I, 267; D'Arms, in Pompei 79, 68.

Agricoltura: oltre le Storie generali, come il sempre utile Dickson e White, *Roman Farming*, Gummerus e Martin, per la Campania W. Johannowsky, *Capua antica*, Napoli 1989, *Introduzione*, p. 27 s.; *La situazione in Campania*, in *Hellenismus und Mittelitalien*, Göttingen 1974, I, pp. 267 ss.; *Testimonianze materiali del modo di produzione schiavistico in Campania e nel Sannio Irpino*, SRPS I, 299 ss.; *La Campania* in «Dial. Arch.» IV-V, 1971, 460 ss. e la discussione; Frederiksen, *I cambiamenti nelle strutture agrarie: la Campania*, SRPS. I, pp. 265 ss.; *Campania* cit. e lo studio su *Republican Capua*, ivi riprodotto e rielaborato; I. P. Vallat, *Centuriazioni, assegnazioni, regime della terra in Campania, alla fine della repubblica e agli inizi dell'impero*, ivi, pp. 289 ss. e principalmente A. Carandini citato qui di seguito. Inoltre Heurgon, *Capoue préromaine*, Paris, 1942; rist. 1970, 12 ss.; A. Toynbee, *Hannibal's Legacy*, II, London 1965, pp. 212; 228 ss. e *passim*.

Ville: in generale A. Carandini, in *Storia di Roma*, IV, Torino 1989, pp. 101 ss.; *Schiavi in Italia*, Roma 1988, pp. 19 ss.; F. De Martino, SERA. 96, 254 ss. con bibl. precedente. Per la Campania oltre i noti studi di M. Della Corte, Day e Rostovzev, J. D'Arms, *Romans in the Bay of Naples*, Harvard Univ. Press 1970; *Proprietari e ville nel golfo di Napoli*, Atti Convegno Lincei, Campi flegrei cit., pp. 347 ss. *Ville rustiche e ville d'ozio*, in *Pompei 79*, pp. 65 ss.; M. A. Cotton, *The late repubblican villa at Posto*, BSR. 1979; id. & Métraux *The San Rocco Villa at Francolise*, PBSR. 1985 con Introduzione di A. Small sull'ager Falernus; A. D'Ambrosio, *Una villa rustica a Qualiano*, RAAN. 42, 1972, pp. 319 ss.; C. Cuomo, *La villa rustica di S. Antonio Abate da me dissepolta*, Napoli-Pompei 1976; C. Giordano, in *Cronache Pompeiane* III, 1977, pp. 220 ss.; A. De Franciscis, *La villa romana di Oplonto*, Neue Forsch. in Pompeji 1975, p. 9 ss.; I. Cerulli-Irelli, *S. Sebastiano al Vesuvio. Villa rustica romana*, Not. Sc; XIX, 1965, Suppl. 161; A. De Franciscis, in RAAN. 1974; I. Russo, *La villa rustica di S. Sebastiano al Vesuvio*, «Quaderni vesuviani» 13, 1989, 14 ss.; R. D'Avino-A. Parma, *Una villa rustica romana in località Cupa Olivella a S. Anastasia* s.d.; W. Johannowsky ed altri, *Le ville romane dell'età imperiale*, Napoli 1986, dove si parla anche della villa di Lauro.

Pompei: oltre la bibliografia citata per le ville, le tavolette cerate e la produzione industriale, vari scritti di E. Lepore, *Orientamenti per la storia sociale di Pompei*, «Pompeiana», Napoli 1950; *Pompei 79*, gli studi e il recente dibattito; *Sul carattere economico sociale di Ercolano* (1955) tutti ripubblicati in *Origini e strutture della Campania antica*, pp. 123 ss.; pp. 175 ss.; pp. 243 ss.; L. Breglia, *Circolazione monetaria ed aspetti di vita economica a Pompei*, «Pompeiana», Napoli 1950, pp. 41 ss. Sulla ripresa della vita A. De Dominicis, *Campania archeologia*. Enc. A. I App. IV.

Produzione di cereali: F. De Martino, *Produzione di cereali in Roma nell'età arcaica*, 1979; *Ancora sulla produzione di cereali in Roma arcaica*, 1984, ripubblicati in *Nuovi studi di economia e diritto romano*, Roma 1988, 53 ss. e 143 ss.; C. Ampolo, *La formazione della città nel Lazio*, «Dial. Arch.» 1980, pp. 15 ss.; A. Carandini, *Schiavi in Italia*, pp. 94 ss. Sul libro di Spurr De Martino, *Arable Cultivation*, P. d.P. 246, 1989, pp. 231 ss.

Vigneto: Carandini, *Schiavi cit.*, 235 ss. A. Tchernia cit. oltre; N. Purcell, *Wine and Wealth in Ancient Italy*, JRS. LXXV, 1985, pp. 1 ss.; W. F. Jashemsky, *The Gardens of Pompeii, Herculaneum, and the Villas Destroyed by Vesuvius*, New York 1979, in sintesi *Giardini e vigneti in città*, *Pompei 79*, pp. 119 ss.

Oliveto: F. De Martino, *Economia dell'oliveto nell'Italia romana*, PdP 254, 1990, pp. 321 ss.

Produzione di ceramica: non tutta la ceramica detta Campana è prodotta in Campania, tra i più recenti J. P. Morel, *La produzione della ceramica campana: aspetti economici e sociali*, SRPS. II, 80 ss.; *Céramique Campanienne. Les formes*, Roma 1981 ed in «Opus», II, 1, 1983, p. 305 ss.; A. Carandini, *Instrumentum domesticum*, Roma 1977, pp. 3 ss.; G. Pucci, *Le terre sigillate italiche, galliche e orientali*, ivi, pp. 9 ss.; la ceramica puteolana è trascurata nelle due opere collettive sui Campi flegrei, dati in Comfort, in *Terra sigillata*, Enc. Arte Ant. VII, estr. pp. 12 ss.; sulle lucerne fittili A. Pavolini, Cerulli-Irelli, M. Annecchino, A. M. Bisi-Ingrassia, *Instrumentum domesticum*, 33 ss.; 73 ss.; 105 ss.; 121 ss.

Anfore: fondamentali per la storia degli scambi, immensa bibliografia tra cui C. Pannella, *La distribuzione e i mercati*, SRPS. II, pp. 55 ss.; F. Zevi-A. Tchernia in *Recherches sur les amphores romaines*, EFR. 1972, pp. 35 ss.; AEFR. Tchernia, *Le vin de l'Italie romaine*, Roma 1986; A. Hesmard-C. Lemoine, *Les amphores du Cécube et du Falerne*, MEFR. 1981, 243 ss.; D. Manacorda, *Anfore spagnuole a Pompei*, *Instr. dom.* 122 ss. Ampi riferimenti in J. Paterson, JRS. LXXII, 1982, 146 ss.

Bronzo: S. Tassinari, *Il Vasellame di bronzo*, in *Pompei 79*, pp. 279 ss.; A. Carandini in *Instrumentum domesticum*, pp. 177 ss. con inte-

Senato della Repubblica

ressanti considerazioni sulla provenienza; discussione con tendenza a ridurre l'entità della produzione di Capua, Castrén, Lepore, Johannowsky, C. G. Franciosi.

Commercio del grano: M. W. Frederiksen, *Puteoli e il commercio del grano in epoca romana*, «Puteoli» IV-V, 1981, 5 ss. ed AA. cit. alla nt. 1; L. Casson, *The Role of the State in Rome's Grain Trade*, in *Seaborne Commerce of Ancient Rome. Studies in Archeology and History*, MAAR. XXXVI, 1980, 21 ss.; G. E. Rickman, *The Grain Trade under the Roman Empire*, ivi, 261; *The Corn Supply of Ancient Rome*, Oxford 1980 (migliaia di navi e 6 milioni di sacchi scaricati ad Ostia); C. Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris 1976, pp. 250 ss.; P. Pomey-A. Tchernia, *Il tonnellaggio massimo delle navi mercantili romane*, Puteoli IV-V, 1981, 29 ss.

Ostia: R. Meiggs (2a ed.) Oxford 1973, pp. 56 ss.; pp. 63, 586 ss. e gli scritti di Calza, Becatti, Zevi ivi cit., partic. Zevi e Carandini; navigabilità del Tevere J. Le Gall, *Le tibre fleuve de Rome dans l'antiquité*, Paris 1953. Ostia e Pozzuoli: D'Arms, *Puteoli in the second Century of the Roman Empire*, JRS. LXIV, 1974, 104 ss. Sulla prosperità di Pozzuoli, i suoi ceti attivi etc. i numerosi studi di G. Camodeca cit. *I Campi flegrei* 1990 e tra di essi quelli concernenti l'archivio puteolano dei Sulpici. Sul porto ruderi in F. Castagnoli, Convegno Lincei Campi flegrei, 62 s.; P. Sommella, *Forma e urbanistica in Pozzuoli romana*, «Puteoli», II, 1978, 74; immagini sulle ampolle J. Kolendo, ivi 1977, pp. 108 ss.; S. E. Ostrow, *The Topograpy of Puteoli and Baiae on the eight Glass Flasks*, ivi III, 1979, pp. 77 ss. Sul Porto Giulio R. A. Gianfrotta, *Un porto sotto il Mare, I Campi flegrei* 1987, 101 ss.; G. Camodeca, in *I Campi flegrei* 1990, pp. 164 s. ed AA. cit. Commercio degli schiavi: W. V. Harris, *Towards a Study of the Roman Slave Trade*, *Seaborne Comm.* 117 ss.; D. Musti, *Il commercio degli schiavi e del grano: il caso di Puteoli*, ivi, pp. 197 ss.; *Modi di produzione e reperimento di mano d'opera schiavile tra l'Oriente ellenistico e la Campania*, SRPS. II, pp. 243 ss. Sulle Tavolette di Murecine Bove, *Documenti processuali delle Tabulae pompeiane di Murecine*, Napoli 1979 e la bibl. precedente; G. Camodeca in vari scritti in «Puteoli» VI e VII-VIII ed altrove. Sui banchieri e mercanti tra gli altri V. A. Sirago, in «Puteoli» I, 1977, 50 ss. e III, 1979, pp. 17 ss.; Bove cit. sopra, A. Andreau, *La vie financière dans le monde romain*, Rome 1987; *Les affaires de Monsieur Jucundus*, Rome 1974; *Le Tavolette cerate*, in *Pompei 79*, p. 272 ss.

Circolazione monetaria: ancora utile A. Sambon, *Les monnaies antiques de l'Italie*, Paris 1903, pp. 137 ss.; successivamente L. Breglia, *Vecchie notizie e nuove visioni della monetazione di Napoli*, P.d.P. 25-27, 1952, pp. 286 ss.; E. Lepore, in *Storia di Napoli*, I, 139 ss.; N. K. Rutter, *Campanian Coinage 475-380 B. C.*, Edimburgh 1979 e già in «Kokalos», XIV-XV, 1968-69, pp. 110 ss.; A. Stazio, *Monete e scambi in Magna Grecia*, in *Megale Hellas*, pp. 164 ss.; T. Giove, *La circolazione della moneta napoletana*, in *Napoli antica*, 1985, pp. 367 ss.; R. Cantilena, *La monetazione*, ivi, pp. 352 ss.; AA.VV. in Convegno *La monetazione di Napoli nella Campania antica*, Napoli 1980; critiche e riserve di E. Pozzi T. Hackens e A. Stazio. Per i ritrovamenti v. IGCH (*An Inventory of Greek Coins Hoards* (ed. Thompson, Mørkolm a. Kraay), N. York 1973.

Tardo impero: E. Lepore, in *Storia di Napoli*, pp. 314 ss.; L. Cracco Ruggini, *Le relazioni fiscali, annonarie e commerciali delle città campane con Roma nel IV sec. d.C.*, «Studi Romani» 1969, pp. 113 ss.; E. Faure, *Italia annonara. Notes sur la fiscalité du Bas-Empire et son application dans les différentes regions de l'Italie*, RIDA, 3e s., II, 1964, pp. 149 ss.; S. Panciera, «*Ex auctoritate Audenti Aemiliani viri clarissimi consularis Campaniae*», «Studi Volterra», II, Milano 1971, 276 e nt. 28-29. Un ampio studio, senza dubbio il migliore lavoro contemporaneo, è quello di G. Camodeca, *Ricerche su Puteoli tardo romana*, «Puteoli» IV-V, 1981, 59 ss.

Senato della Repubblica · Archivio Storico

Finley
RHD XLIII, 1965

A la mémoire d'Henri Lévy-Bruhl.

LA SERVITUDE POUR DETTES (*)

A Delphes le dieu dit à Héraclès que le mal dont il souffrait était la punition du meurtre déloyal d'Iphitus, et qu'il ne pourrait en guérir qu'en se faisant vendre comme esclave pour un certain nombre d'années, en versant la somme ainsi obtenue aux parents de sa victime. C'est ainsi qu'il fut vendu à Omphale, reine de Lydie et qu'il purgea sa peine à son service. Les textes divergent sur plusieurs points : Héraclès fut-il vendu par Hermès ou par les amis qui l'accompagnèrent en Asie à cette intention ? Combien de temps dura la servitude, un ou trois ans ? etc... (1).

Les détails importent peu. Il ne faut pas vouloir serrer un mythe de trop près et pas davantage les termes employés par des auteurs comme Sophocle et Diodore de Sicile, que séparent une telle différence d'époque et de mentalité. Néanmoins on peut relever plusieurs points qui ne sont pas sans intérêt. La question de vocabulaire d'abord. Sophocle appelle Héraclès un λάτρις d'Omphale (*Trach.* 70, dont l'équivalent donné par le scoliaste est δοῦλος) (2) et par deux fois il se sert d'un verbe signifiant « vendre » à ce sujet (lignes 250-252) (3). Apollodore emploie indifféremment λατρεύω et δουλεύω dans son récit, Diodore uniquement δοῦλος et ses dérivés (4). Le mot λάτρις a été le cauche-

(*) Cet article est la version révisée d'une conférence que j'ai faite à l'Institut de droit romain, le 16 avril 1963, à la demande du regretté Henri Lévy-Bruhl. Je remercie tous ceux qui ont pris part à la discussion et m'ont proposé leurs critiques et leurs suggestions ; MM. C. O. Brink, J. A. Crook, A. L. Oppenheim, D. Thorner, et tout particulièrement A. Andrewes et E. R. Leach qui ont relu le manuscrit et n'ont pas ménagé leur temps et leur peine.

(1) Les sources les plus importantes sont : Sophocle, *Trach.* 68-72, 248-54, 274-76 (avec des scolies) ; Apollodore, *Bibl.* 2.6.2-3 ; Diodore 4.31.5-8.

(2) Cf. Pollux 3.78.

(3) Auparavant Eschyle avait employé les mêmes termes dans le même ordre : πρᾶσθαι τλήμ' ἀνδρὸς μᾶζης *θῆς* (*Agam.* 1041).

(4) On peut remarquer jusqu'où Diodore pousse l'idée qu'Héraclès était un esclave. Il raconte qu'Héraclès eut un enfant d'une esclave pendant qu'il était en servitude et un autre d'Omphale quand elle l'eut libéré.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

mar des lexicographes depuis les temps hellénistiques jusqu'à son inscription au dictionnaire de Liddell et Scott, dans un article fort confus, car il signifie « mercenaire », « serviteur » et « esclave » : confusion qui paraît insupportable non seulement aux lexicographes mais aussi aux historiens du droit habitués à des règles juridiques évoluées et aux termes techniques qui leur sont appropriés (5). Mais au stade du prédroit (et souvent sensiblement après que le prédroit ait fait place au droit (6)) le « service » et la « servitude » étaient confondus en fait. C'est de là que la servitude pour dettes tire ses origines, en Grèce comme à Rome, et il est remarquable que la langue grecque, autant que nous le sachions, n'ait pas eu dans l'usage commun de mot spécial désignant la « servitude pour dettes » (et c'est pourquoi Denys d'Halicarnasse ne pouvait traduire *nexum* ou *nexus* que par périphrase).

J'ai choisi l'histoire d'Héraclès comme introduction à mon analyse en dépit du fait qu'elle parle de la « vente comme esclave » plutôt que de la « servitude pour dettes » proprement dite et qu'elle offre des difficultés (telle que la vente à l'étranger) qui, si on voulait s'y attacher, nous entraîneraient trop loin (7). Non pas, comme nous le verrons, que la « vente comme esclave » et la « servitude pour dettes » puissent se distinguer de manière tranchée ; c'est pourquoi Egon Weiss n'avait pas entièrement tort lorsqu'il voyait dans ce mythe une manifestation claire et précoce de la notion de « *solutorische Schuldknechtschaft* » (8).

Dans le langage courant, même aujourd'hui, les mots « dette » et « obligation » ont un sens vague et large tout à la fois. Entrent dans les obligations au sens strict et juridique du terme, les dettes

(5) M. Frisk échappe à la difficulté dans son nouveau dictionnaire étymologique en ignorant totalement le sens d'« esclave ».

(6) L'étude la plus intéressante que nous ayons est évidemment celle de L. Gernet, « *Droit et prédroit en Grèce ancienne* » dans *L'Année soc.* (1948-49), 21-119.

(7) Omphale se rattachait primitivement à Malis et Trachis en Grèce centrale, de sorte que nous avons là un mythe entièrement grec, transféré en Lydie probablement au VIe siècle av. J. C. Sur ce sujet voir G. Herzog-Hauser, « *Omphale* » dans *R. E.* XVIII, 1 (1939) col. 387-88, dont l'analyse est à vrai dire fort peu satisfaisante du point de vue institutionnel. L'auteur voit dans cette histoire une *Dienstehe*, qu'elle fonde sur des bases fragiles et inadéquates en se référant surtout à l'Asie occidentale (qu'elle exclue elle-même comme lieu d'origine du mythe) et sur une théorie anthropologique inacceptable, bien que largement étagée, avec étapes fixes de matriarcat, cependant qu'elle néglige à la fois le meurtre et « la vente comme esclave » qui sont au cœur du sujet.

(8) *Griechisches Privatrecht* (Leipzig 1923), p. 542. Il apparaîtra plus loin que j'ai l'intention d'insister sur *solutorisch* aussi bien que sur *Schuldknechtschaft*.

venant d'emprunts ou de transactions commerciales et les obligations provenant d'un tort ou d'un délit, mais aussi les obligations ayant un caractère moral et qui ne sont pas exécutoires devant une cour de justice. Dans une discussion touchant l'époque critique qui va nous occuper plus spécialement, une discrimination plus précise est inutile et souvent trompeuse. Toutes les dettes étaient également exécutoires ou non, selon le cas, sans différence significative entre obligations « légales » et « morales ». On vivait dans un réseau d'obligations. Les unes résultaient uniquement de la condition sociale, de l'appartenance à une parentèle, à une *familia* ou à une communauté ; l'obligation de fournir une dot par exemple, ou celle de pourvoir à l'entretien de parents ou de patrons. D'autres provenaient d'actes de violence, comme un meurtre, d'autres encore d'actes gracieux comme un cadeau ou autre service rendu (9).

Sans doute y avait-il des différences d'importance entre ces différentes sortes de dettes mais ce serait un anachronisme de reléguer certaines expressions communes de cette notion au rang de métaphores ou d'insister sur une forme d'accord préalable et bilatéral. Il n'y avait pas d'actes désintéressés dans les sociétés primitives et archaïques : lorsqu'on jetait son pain à la surface des eaux c'était dans la ferme et légitime attente d'être payé de retour (10). Ce qui séparait un cadeau d'un prêt était un fil tenu et fragile, si toutefois il n'était pas invisible, ce qu'on aperçoit aisément en examinant le groupe sémantique de *mutuum* et des mots apparentés. « *Si datum quod reddatur mutuum* » écrit Varron (*de l. l.* 5. 179) et il poursuit en citant l'ancienne forme ποῖνος du dialecte sicilien de l'écrivain du Ve siècle Sophron, mot qu'Hésychius glose par Χάρις (11). « On élève un temple des Grâces (Charites) sur une place en vue de tous », explique Aristote, (*Ethique*, 5.5.7.) « afin d'imposer l'existence d'une réciprocité. C'est là ce qui caractérise la grâce, puisqu'il convient non seulement de payer de retour celui qui a fait preuve de gracieuseté mais de prendre soi-même une autre fois l'initiative d'un acte gracieux (12) ». Et Hésiode, comme on pouvait s'y attendre, cerne la question dans toute sa dure réalité pratique. « Ce que tu empruntes à ton voisin, mesure le bien, rends-le lui de même et alors

(9) Gernet, *op. cit.* 26-27.

(10) Voir M. Mauss, *Essai sur le don* (Paris, 1925) ; cf. Finley, *The World of Odysseus* (rev. éd. London, 1956) Index au mot : Gifts.

(11) Voir la note sur Sophron, fragm. 168, dans A. Olivieri, *Frammenti della commedia greca e del mimo nella Sicilia...* (Naples, 1930).

(12) Cf. Sophocle, *Ajax* 522 : Χάρις χάριν γὰρ δοὺς ἢ πεπονὼς' δεῖ.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

fais-lui bonne mesure, si tu peux, afin que, si tu as encore besoin de lui, tu sois sûr de le trouver... Donne à qui donne, ne donne pas à qui ne donne pas. On donne à qui sait donner, personne ne donne jamais à qui n'est pas donneur (13). »

D'autre part, les prêts peuvent tourner des cadeaux au larcin. Pourquoi, demande Plutarque dans ses *Questions grecques* (*Moralia* 303B), était-ce l'usage à Cnossos que l'emprunteur se précipitât (ἁρπάζειν) sur l'argent ? Et il répond à cela par une autre question : « Etait-ce au cas où ils ne s'acquitteraient pas, pour qu'on pût les accuser de violence (βίαιος) et les punir plus sévèrement ? » Ce texte est bien curieux, unique même, autant que nous le sachions, chez les écrivains grecs et romains. Mais une loi de Thasos du ve siècle avant J.-C. stipule que quiconque achète le raisin sur la vigne avant le mois de Plynthérion sera « poursuivi comme pour voies de fait (βίαιος) » (14). Bien que le premier éditeur le commente en disant que c'est « un simple référence de procédure qui n'implique pour les délits aucune parenté » (15), elle n'en est pas moins suggestive et n'était pas indispensable ni évidente (16). L'essentiel en ce qui concerne la dette, du moins, c'est que dans le droit primitif elle est normalement assimilée au délit et dès lors au crime. Comme l'écrivait Ihering il y a près d'un siècle, l'exécution personnelle dans la loi des XII Tables « était un acte de droit civil par lequel on se plaçait sur le domaine du droit criminel... accomplissant ainsi la plus grande mésalliance possible entre dette et châtiment... ; *De par la loi* le débiteur payait de la perte de toute son existence l'incapacité où il était de s'acquitter ». Le droit grec, remarquait-il en post-scriptum, n'élimina jamais « l'élément pénal du droit privé et de la procédure civile » et il faisait un parallèle qui s'applique particulièrement bien à notre propos (sans citer le passage de Plutarque et bien qu'il n'ait pu connaître le texte de Thasos), c'est-à-dire les stipulations qui, dans les anciennes lois de Norvège, assimilaient explicitement à la rapine (*rán*) les obligations de droit civil (17).

(13) *Travaux* 349-55.
(14) *IG* XII Supp. 347 I 1-5 ; cf. *IG* XII-8, 264.4.
(15) Cf. G. Daux dans *Bull. corr. hell.* L (1926), 217.
(16) Dans le même texte (II, 5-11), on trouve une autre référence de procédure assimilant l'importation de vins étrangers à la mise d'eau dans le vin, poursuivies et pénalisées de même.
(17) « *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* », réimprimé dans ses *Vermischte Schriften* (Leipzig 1879), p. 155-240, surtout p. 163-76, 230-34. Cf. J. Partsch, *Griechisches Bürgschaftsrecht* (Leipzig et Berlin 1909), p. 84-85 qui rapproche le passage de Plutarque de l'usage courant de donner un cas de non-paiement d'une dette ou de dépôt non rendu.

Je me bornerai à un seul exemple. Si quelqu'un refusait sa part de la redevance due à l'évêque pour la célébration du service divin et s'il persistait dans son refus même après avis formel, « alors il serait appelé à comparaître devant la « thing » sous l'accusation de rapine » (18).

L'extrême dureté de la loi sur les dettes est un fait bien connu et universel dans les sociétés archaïques et primitives (et souvent des autres bien plus tardives, comme en témoignent les prisons pour dettes), surtout lorsque débiteur et créancier appartenaient à des classes sociales différentes. C'était une mauvaise plaisanterie que cette législation à Gortyne, suivant laquelle, lorsque quelqu'un qui était en servitude pour dettes (κατακεκριμένος) souffrait un préjudice entraînant un procès et que son maître manquait à l'intenter pour lui, il pouvait l'intenter lui-même, à condition de s'acquitter d'abord de sa dette (19). Tout le système romain des *legis actiones* n'était qu'une autre mauvaise plaisanterie, en particulier le *sacramentum* et la *manus injectio*, pour ceux « qui n'avaient pas derrière eux l'appui d'une maison puissante » (20). Qu'on la tourne, qu'on la torture comme on voudra, l'expression « *partis secanto* » ne peut être effacée de la loi des XII Tables, ni le son sinistre qu'elle rend ; elle a été acceptée comme telle par tous les écrivains latins postérieurs (21).

II

Cette obsession de la dette dans les sociétés archaïques et primitives présente par conséquent des différences qu'il faut voir,

(18) *The Earliest Norwegian Laws*, traduites par L. M. Larson (New York 1935), 41. Autres exemples dans l'Index au mot *Robbery*. On fait ressortir dans le Glossaire (p. 427) le fait que *rán* se distingue surtout de vol parce qu'il implique un élément de violence. Pour les comparaisons entre l'Ancien Testament et la loi juive postérieure à la Bible voir E. E. Urbach « *The Laws regarding Slavery... of the Period of the Second Temple, the Mishnah Land Talmud* », dans *Annual of Jewish Studies* I (London 1963), p. 1-94, surtout pp. 9-25.
(19) *Inscr. Creticae*, IV, 41 VI.
(20) Nous citons une phrase de D. Daube, *Studies in Biblical Law* (Cambridge 1947), 45, qui parlait du rachat au bout de sept ans et du jubilé de cinquante ans de l'Ancien Testament, mais cela peut s'appliquer tout aussi bien à la Rome primitive comme l'a démontré de manière dramatique Ihering dans son étude, aujourd'hui oubliée, « Reich und Arm im altrömischen Civilprocess », dans *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (3e éd., Leipzig 1885), p. 175-232.
(21) Voir tout récemment H. Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi* (Paris, 1960), p. 298-306 ; pour la dernière tentative d'interprétation, voir V. L. da Nóbrega « *Partes Secanto* », dans *ZSS*, LXXVI (1959), p. 499-507.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

selon la menace qu'elle implique. Sauf cas exceptionnels, ce n'était qu'entre classes, entre riches et pauvres, pour parler en termes usuels et simples, que la dette menait à la servitude. Par « servitude » nous entendons toute relation de dépendance personnelle, autre que familiale et économique (comme la situation du travailleur salarié moderne), que ce soit l'esclavage chasé, l'ilotisme ou les conditions qui peuvent se définir suivant la formule de l'ancien lexicographe Pollux (3.83), comme intermédiaires entre « celle de l'homme libre et de l'esclave » (22). Il nous faut pour cela un mot au sens très large et général, aussi étendu que le mot « dette ». Le pouvoir sur une autre personne prit diverses formes spécifiques tout comme les obligations qui en étaient si souvent l'origine.

On comprend facilement comment le pauvre s'endettait, mais l'autre côté de la question était peut-être moins simple que l'on ne l'admet généralement. Dans quel but un homme riche accordait-il un prêt (puisqu'en fin de compte il nous faut en revenir aux prêts) si ce n'est à un autre riche ? La réponse traditionnelle, c'est qu'il y trouvait son profit en se faisant payer un intérêt (à un taux excessif, bien entendu). Mais en mettant les choses au mieux c'est une réponse incomplète et qui pour les époques anciennes est en grande partie erronée. Une très brève digression, inspirée de l'abondante documentation sur le Proche Orient, qui concerne tant les « ventes » que les « prêts », peut nous aider à le faire entendre. Par exemple, neuf tablettes, provenant d'un petit fonds d'archives familiales trouvées à Nippur en 1950-1951, révèlent comment, pendant le siège de la ville au VIIe siècle av. J.-C., de jeunes enfants (tous des filles, sauf un) furent vendus pour des sommes symboliques ; deux de ces textes emploient une formule très frappante : « prenez mon petit enfant...

(22) Finley, « *The Servile Statuses of ancient Greece* » dans *RIDA*, 3e sér. VII (1960), p. 165-89 ; « *Between Slavery and Freedom* » dans *Comp. St. in Soc. and Hist. VI* (1964), p. 233-49. Puisque j'ai été si mal compris au point de vue du vocabulaire par W. Beringer « *Zu den Begriffen für « Sklaven » und « Unfreie » bei Homer* » dans *Historia* X (1961) p. 267 et n. 44, peut-être ferais-je mieux de dire explicitement que le mot « bondage » au sens où je l'emploie n'exclue jamais l'esclavage et ne peut être assimilé à *Leibeigenschaft*. Je n'ai jamais dit ou laissé entendre que j'employais le mot au sens de « servage » à aucune époque de l'histoire grecque. Beringer persiste encore dans son incompréhension dans « *Der Standort des ältesten in der Gesellschaft des homerischen Epos* » dans *Historia* XIII (1964), p. 1-20. Pour une étude plus approfondie de la terminologie, qui est compliquée, voir F. Gschnitzer, *Studien zur griechischen Terminologie der Sklaverei*. 1. *Grundzüge des vorhellenistischen Sprachgebrauchs* [*Abh. Mainz., Geistes u. sozialwiss. Kl.*, n° 13 (1963)].

et faites le vivre... pour que je puisse manger » (23). Il y a d'autres textes cunéiformes dans lesquels il n'y a pas du tout de paiement en argent (24). D'autres encore dans lesquels la transaction prend la forme d'un prêt, l'enfant (ou un adulte) étant remis au « créancier » comme caution ou comme intérêt ou les deux à la fois (25). Dans les accords de Nuzi, de ce dernier type, ou bien aucune limite de temps n'est fixée ou bien il s'agit d'un long terme qui va jusqu'à cinquante ans dans certains cas. Comme le dit Mendelsohn, il est probable que peu de ces gages aient jamais été libérés puisque « l'essentiel de la transaction résidait dans la prestation de travail et non dans le prêt lui-même » (26).

Lorsqu'un texte de Nuzi (III, 299) stipule que pour trois talents de cuivre un homme donne son fils qui est tisserand pour cinquante ans et que, si le « débiteur » rompt son engagement, il rendra le cuivre, reprendra son fils et fournira un autre tisserand, il est tout à fait évident que le prêt est purement fictif, que tout ce que l'on veut c'est de la main-d'œuvre, l'argent représentant le paiement pour les cinquante années à venir (27). Plus de quinze cents ans plus tard un parchemin grec de Doura-Europos, fort connu et daté de 121 ap. J.-C., nous montre comment on peut arriver au même résultat de manière plus compliquée et avec plus de raffinement (28). Au lieu d'un intérêt sur un « prêt » de 400 drachmes, le débiteur acceptait dans le langage typique de la *paramone* grecque, de demeurer avec son « créancier » accomplissant des δουλικὰ ἔργα, et de rendre l'argent au bout d'un an. Suit une clause de renouvellement qui, comme le dit Welles, « semble destinée à empêcher l'emprunteur de rembourser le prêt », perpétuant ainsi des rapports quasi serviles, et nous ne croyons pas qu'il faille douter que dès le début les deux parties l'entendaient et le voulaient ainsi (29). Dans les commentaires qu'on a fait de ce

(23) A. L. Oppenheim, « *Siege-Documents' from Nippur* », dans *Iraq* XVII (1955), p. 69-89 ; cf. R. Yaron, *Redemption of Persons in the ancient Near East* », dans *RIDA* 3e sér. VI (1959), p. 155-76 ; voir p. 160-163 ; « *On Section II 57 (= 172) of the Hittite Laws* », *Ibid.* X (1963), p. 137-66.

(24) Yaron, « *Redemption of Persons* ».

(25) I. Mendelsohn, *Slavery in the Ancient Near East* (New York 1949), p. 27-32.

(26) *Ibid.* 31-32.

(27) *Ibid.* 30-31.

(28) Le document porte maintenant dans la dernière édition du *corpus* des textes de Doura le n° P. Doura 20, numérotation malheureuse puisqu'il a été publié à l'origine dans *Yale Cl. Studies* II (1931), p. 1-78 sous le numéro 10 et qu'il a été fort connu comme tel et très souvent étudié.

(29) Il est vraisemblable que les deux textes fragmentaires, P. Doura 17 D et 21 se rapportent à des transactions semblables.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

document on a trop insisté sur la question de la « nationalité » (30). A la base de la transaction, le contexte social était parthe, mais les formules du document et les institutions légales étaient assez répandues dans le monde hellénistique. Le point important, au moins en ce qui nous concerne, c'est la survivance, dans cette civilisation mixte de frontière du deuxième siècle de notre ère, d'un très ancien principe commun aux sociétés gréco-romaines et à celles du Proche-Orient aux époques reculées et même à d'autres civilisations. D'après les termes d'un éminent spécialiste de l'Asie du Sud-est : « le concept du travail en tant que produit vendable, dissocié de la personne du vendeur, est un concept relativement récent dans l'histoire de la civilisation » (31).

Nous ne voulons pas dire ainsi que tous les prêts étaient fictifs, que tous les accords de cette sorte étaient uniquement des conventions de service ou que le travail lui-même n'était jamais dissocié de la personne du travailleur, même dans les cas anciens. La famille dont les archives renfermaient ces documents du siège de Nippur, n'était ni des marchands d'esclaves ni une société industrielle en quête de force de travail. On voit clairement, mais non dans le détail, que ces gens-là étaient poussés par l'esprit d'entreprise à des activités variées, comme Balmunamhu de Larsa, mille ans plus tôt, à la génération précédant celle d'Hammurapi. Celui-là comme son père avant lui était un très riche propriétaire terrien mais qui louait également des bateaux, prêtait à intérêt et quelquefois sans, prenait comme cautions des esclaves aussi bien que des hommes libres et les louait ensuite à d'autres (32). A un tel homme peu importait de trouver son profit dans l'intérêt retiré d'un prêt lors du remboursement ou encore d'utiliser de manière ou d'autre, un gage, personne ou chose, le plus souvent une terre. Et la loi, précisément parce qu'elle lui donnait cette double possibilité, le protégeait contre tout risque et l'en garantissait presque entièrement.

Un bon exemple de l'éventail de ces possibilités se trouve dans

(30) Voir particulièrement E. Schönbauer, *Paramone, Antichrese and Hypothek. Studien zu P. Dura* 10, dans *ZSS* LIII (1933), p. 422-50 et le commentaire de C. B. Welles dans la dernière édition.

(31) Bruno Lasker, *Human Bondage in Southeast Asia* (Chapel Hill 1950), p. 114.

(32) Voir W. F. Leemans, *The Old-Babylonian Merchant* (Leiden 1950), p. 64-67. Les documents de Larsa sont parfois très décevants et l'interprétation de cet ensemble particulier dépend des idées que l'on a sur le *tamkarum*. Leemans prétend que Balmunamhu bien que n'étant pas un *tamkarum*, agissait uniquement à titre privé, pas du tout au nom du roi. Qu'on l'approuve ou non, cela ne change rien à notre affaire.

les documents assyriens de moyenne époque, datant de la 2e moitié du second millénaire et publiés en 1928 par David et Ebeling (33). Les prêts sont en argent ou en blé, parfois les deux, à des conditions variables ; quelquefois on spécifie que des intérêts seront dus si le prêt n'est pas remboursé à temps. Les garanties sont sous forme de terres, maisons, esclaves, femmes, fils et filles. Le but ou le motif qui inspire le prêteur ou le créancier n'est naturellement pas indiqué, et c'est précisément ce que nous voudrions connaître. Dans le n° 60, où il s'agit d'un prêt en blé pour onze mois, lorsque nous voyons que la terre et les maisons sont engagées pour le garantir et que « faute de pouvoir se dédommager sur ces champs et maisons (le créancier) se rabattra sur les fils et les filles du débiteur », le but du créancier semble fort clair. Mais dans le n° 56 il y a la clause suivante : « la femme du débiteur vivra dans la maison du créancier comme caution et le jour où le débiteur aura payé le blé, argent et intérêt, il recouvrera sa femme ». Pouvons-nous être bien sûrs que dans ce cas-là le créancier avait fait un prêt plutôt qu'un accord pour se procurer des services, en d'autres termes désirait-il vraiment être remboursé ou préférait-il, ou au moins aimait-il autant, conserver la dame à son service et ne pas être remboursé ? Les commentateurs optent automatiquement pour la première alternative, mais pour nous si elle est la plus probable, ce n'est pas la seule possible.

Pour nous également, c'est justement ce genre de supposition unilatérale qui a empêché une saine appréciation des difficultés notoires posées par la question de la servitude pour dettes au début de l'histoire de la Grèce et de Rome. On parle trop vite de défaut de paiement et d'exécution personnelle, ce qui est une possibilité naturellement, mais non pas la seule. La « dette » peut aussi avoir été ménagée pour *créer* une situation de servitude, de même qu'entre égaux son but peut avoir été d'entretenir des liens de solidarité ou de fournir une sorte d'assurance pour des besoins futurs (comme le passage d'Hésiode que nous avons cité le montre très explicitement). Nous irons même jusqu'à dire que la force de travail et les liens de solidarité ont été des objectifs plus anciens, historiquement, que le profit sous forme d'intérêt. Au début de l'histoire grecque et romaine comment donc les riches et les nobles, les propriétaires de grands domaines, assuraient-ils ou augmentaient-ils leur force de travail ? Les mercenaires et les esclaves apparaissent dès les documents les plus

(33) *Zt. f. vergl. Rechtswiss.* XLIV (1928), p. 305-81.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

anciens, les poèmes homériques et les XII Tables, mais il est certain qu'à eux seuls ils ne répondent pas à la question. Le travail était essentiellement assuré par des hommes qui dépendaient d'un autre comme les clients, les hilotes, les « *pelatai* », quel que soit le nom qu'on leur donne. Et enfin les « esclaves » pour dettes, c'est-à-dire, en ce qui concerne les rapports entre les ordres, les dettes servaient au créancier plutôt à obtenir davantage de main-d'œuvre dépendante qu'à s'enrichir par intérêt (34).

III

C'était le travail sous forme de servitude personnelle qui était au centre de la crise du temps de Solon à Athènes, la seule situation de ce genre dans la Grèce archaïque sur laquelle nous soyons suffisamment renseignés pour pouvoir tenter une analyse plus systématique. « Les pauvres, avec leurs enfants et leurs femmes, étaient les esclaves des riches ». C'est ainsi qu'Aristote commence son récit (*Ath. Pol.* 2. 2.). Nous ne sommes pas forcés de prendre au pied de la lettre le mot δοῦλον (« étaient des esclaves »), puisque les auteurs grecs emploient régulièrement δοῦλος et δουλεία pour toutes les formes de sujétion, qu'il s'agisse strictement d'un esclave ou non (35). Mais sans aucun doute Aristote entendait signifier ainsi que dans l'Athènes de Solon, une grande partie de la population athénienne avait, de manière ou d'autre, perdu sa liberté (nous disons bien : athénienne, car il n'est pas question dans cette histoire des esclaves d'origine étrangère). Et c'est ce qu'on dit après lui tous les écrivains postérieurs grecs ou romains.

Aristote et les écrivains postérieurs s'accordent également à considérer la dette comme la clef du problème et les auteurs modernes ont adopté leur point de vue avec tant d'enthousiasme que certaines complications et certaines nuances leur ont échappé.

(34) On peut faire la comparaison avec l'Inde, où pour créer de propos délibéré une main-d'œuvre agricole soumise à un travail forcé on a largement répandu le système des prêts. Voir par ex. Daniel et Alice Thorner, *Land and Labour in India* (Bombay et Londres 1962), ch. III : « Si nous nous reportons au début du siècle », écrivent-ils (p. 8), « il est probable que le gros des travailleurs agricoles n'étaient pas des hommes libres mais des hommes en servitude pour dettes, ou astreints à quelque autre forme de servitude ». A la page 32 ils reproduisent un contrat, rédigé en 1949, qui peut être comparé au P. Dours 20, malgré des différences évidentes.

(35) Voir Finley, *Servile Statuses* ; Gschnitzer, *op. cit.*

Pour commencer, personne ne semble s'être avisé qu'aucun écrivain ancien n'identifie absolument ἑκτήμορος avec les « esclaves » pour dettes (36). Pour Aristote ἑκτήμορος était synonyme de πελάτης et dans les scolies et les lexiques, comme dans Plutarque, on trouve θής comme troisième synonyme. Ce que veut dire exactement πελάτης n'est en aucune façon clair pour nous, mais, autant que nous le sachions, il n'a jamais été appliqué dans l'antiquité à un « esclave » pour dettes. Denis d'Halicarnasse (et d'autres) l'emploient pour traduire le latin *cliens* et jamais dans le contexte de *nexum*, pour lequel, comme nous l'avons dit, il n'y a pas de terme grec correspondant (37). Les *hectemoroi* constituaient donc une classe distincte dont les origines se perdent dans la préhistoire de la Grèce, des hommes qui travaillaient la terre moyennant un droit fixe d'un sixième de la récolte, et qui sans doute n'étaient pas libres de la quitter, mais qui n'étaient pas pris dans ces liens auxquels nous pensons naturellement en parlant des rapports du débiteur et du créancier (38). Ce n'était pas la couche sociale d'où les « esclaves » pour dettes sortaient normalement et comme classe, on peut les mettre hors de cause (39).

Mais avant de les abandonner, faisons d'abord grâce à eux une autre distinction très importante. Si les *hectemoroi* ne payaient pas le sixième qu'ils devaient, Aristote dit : « eux et leurs enfants étaient alors ἀγώγιμοι » et, poursuit-il, « tous les prêts étaient sur la personne jusqu'à Solon ». Le mot ἀγώγιμος a un éventail de sens

(36) Plutarque, *Solon* 13. 4, ἦσαν μὲν γὰρ ὁ θῆτος ἦν ἐκτήμορος τῶν κλωμένων, peut sembler être en faveur de l'autre interprétation. Mais ἐκτήμορος peut signifier « être tenu de », « tributaires de » dans un sens général qui serait le bon à mon avis et Plutarque continue en effet en distinguant clairement les *hectemoroi* des débiteurs : ἢ γὰρ ἀγεώργουν ἄκλητοι ἕκτα τῶν γινομένων τελοῦντες, ἐκτημόροι προσαγορευόμενοι καὶ θῆτες, ἢ χρέα λαμβάνοντες ἐπὶ τοῖς σώμασιν ἀγώγιμοι τοῖς δανείζουσι ἦσαν... Que Plutarque n'ait pas vu clairement le sujet dans toute sa complexité n'a rien de surprenant, et s'il fait des confusions, elles ne prouvent rien pour le VIIe siècle en Attique.

(37) 2. 9. 2, Denis, racontant comment Romulus établit le système de la clientèle écrit : διάλυσιν δὲ Ἀθηναῖοι μὲν θήτων τοῖς πελάταις ἐπὶ τῆς Λεπτείας.

(38) L'histoire de Joseph (*Genèse* 47. 13-26) se présente comme un essai permettant d'expliquer par l'histoire comment les paysans d'Egypte en vinrent à travailler la terre pour les Pharaons, en payant une redevance du cinquième de la récolte, et en cela elle est loin d'être sans intérêt pour notre sujet.

(39) Ceci est l'exposé très sommaire d'une opinion qui doit être largement développée dans un article que nous préparons en collaboration, M. Andrewes et moi-même. Je n'exclus pas la possibilité que certains *hectemoroi* puissent individuellement être arrivés à s'endetter et plus tard aient vu leur situation se compliquer, mais c'est là tout autre chose que d'assimiler tous les *hectemoroi* aux « esclaves » pour dettes. Que Solon se réfère aux *horoi*, ce n'est pas un argument en sens contraire. Il n'y a pas de raison de supposer qu'au VIIe siècle les *horoi* accomplissaient les mêmes obligations qu'au IVe.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

mais celui qu'on peut préciser ici est : « emmené à l'étranger pour être vendu », donc l'équivalent des propres mots de Solon ἀνήγαγον πραθέντας cité par Aristote (12, 4), sens attesté également par d'autres textes grecs (40). La question essentielle est alors de savoir si ἀγόμενοι se rapporte seulement aux *hectemoroi* défaillants ou aussi aux débiteurs. Notre seul recours est le texte d'Aristote, auquel on peut ajouter la longue citation de Solon dans laquelle le législateur énumère les mesures qu'il a prises :

« 1° En supprimant les *horoi* j'ai libéré la terre qui était en esclavage.

2° J'ai fait revenir d'exil trois catégories d'Athéniens :

a) ceux qui avaient été vendus légalement,

b) ceux qui avaient été vendus illégalement,

c) ceux qui avaient fui.

3° J'ai libéré ceux qui avaient été réduits à une honteuse servitude (δουλίην ἀεικέα ἔργουσι) dans leur pays. »

Qu'il y ait une part d'ambiguïté dans le poème de Solon et dans le résumé succint d'Aristote, ce n'est pas niable mais il nous semble qu'à lire les textes honnêtement et sans en forcer le sens, on peut s'en faire une idée nette. La *seisachteia* de Solon, l'allègement du fardeau des Athéniens pauvres, se fit en trois étapes. La première, lorsqu'il supprima le statut d'*hectemoros*. La deuxième lorsqu'il rapatria, dans la mesure du possible, les Athéniens qui avaient été vendus légalement à l'étranger, les *agogimoi*, parmi lesquels se trouvaient les *hectemoroi* défaillants (41). La troisième lorsqu'il annula les dettes existantes et interdit pour l'avenir de s'engager personnellement pour dettes, libérant ainsi les « esclaves » pour dettes de son temps et supprimant dorénavant cette classe de gens à Athènes (42).

Trois questions se posent encore. Y avait-il aussi des débiteurs défaillants parmi les *agogimoi* ? Ces gens qui étaient « esclaves » dans leur pays était-ce des débiteurs défaillants ou avaient-ils été réduits en servitude en conséquence directe de leur dette ? Y avait-il plusieurs manières de traiter les débiteurs défaillants

(40) Par ex. *Syll.* 45.37-41. Le sens que Plutarque donne à ce mot dans le passage cité à la note 38 est beaucoup plus vague ; voir P. Koschaker, *Ueber einige griechische Rechtsurkunden aus den östlichen Randgebieten des Hellenismus* [*Abh. Leipzig, Phil.-hist. Kl.* XLII, n° 1 (1931)], p. 28-29.

(41) Dans la discussion nous pouvons ignorer ceux qui s'étaient enfuis ou avaient été vendus illégalement à l'étranger.

(42) Je ne vois pas la nécessité de perdre du temps avec l'invention dont Androtion est l'auteur (324 F 34), d'après laquelle Solon n'avait fait que réduire les taux de l'intérêt. Voir plus bas n. 66.

et si oui, comment et par qui le choix était-il fait ? Nous espérons avoir prouvé dans la première partie de cet article que, contrairement à ce que pensent les historiens modernes, il ne va pas de soi que toutes les difficultés venaient de l'incapacité de régler les versements de la dette. Les comparaisons de témoignages prouvent sans conteste qu'on doit au contraire envisager une alternative mise en relief dans nos questions, alternative dans laquelle le défaut de paiement ne compte pas. Mais la Grèce ne nous renseignera pas davantage (43). Il faut maintenant se tourner vers Rome pour plus d'information.

Le parallèle existant entre la crise du temps de Solon et le conflit à propos du *nexum* ne pouvait échapper aux érudits de l'antiquité. En effet Denis d'Halicarnasse (*A. R.* 5.65.1) fait même citer Solon comme précédent par Marcus Valerius dans un grand débat avec Appius Claudius en 494 av. J.-C., ce qui nous en dit long sur Denis d'Halicarnasse en tant qu'historien, mais ne nous apprend rien qui vaille sur l'histoire elle-même (44). Quant à Cicéron dans le *De Republica* (2.34.59) ou ailleurs, il n'est ni plus précis, ni d'un plus grand secours. Le fait est qu'aux derniers temps de la République le *nexum* non seulement avait disparu depuis si longtemps, mais le genre de rapports qu'il représentait était devenu si incompréhensible que tout ce que savaient les Romains, c'est qu'une telle institution avait existé autrefois, le mot voulant dire servitude pour dette, et qu'elle avait été abolie au IVe siècle.

Les juristes et les antiquaires avaient les XII Tables naturellement, c'est ce qui a conservé le souvenir du *nexum* (45). Manilius et Mucius en ont tiré des conclusions opposées, et on peut reconnaître que la phrase *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*, n'est pas le texte le plus limpide que le droit romain nous ait laissé (46). Les annalistes et les historiens

(43) La phrase de Plutarque ἀγόμενοι πολὺς ἐπεπλάνων ἤδη, εἰ μὲν αὐτοῦ δουλεύοντες, εἰ δ'ἔπι τὴν ξένην πεπραμένοι (*Solon* 13.4) ne prouve rien ; c'est simplement le résumé fait par lui d'une partie du poème de Solon déjà cité, résumé dénaturé par l'adjonction de ce que ce poème impliquait d'après Plutarque. Je n'ai pas approfondi la question de savoir si tous les prêts étaient garantis par la personne, inséparable de l'épineuse question de l'aliénabilité des terres (ceci doit être examiné dans l'article mentionné à la note 39). Peu importe réellement au sujet traité si toutes les dettes entraînaient la servitude ou l'exécution personnelle, du moment que beaucoup d'entre elles pouvaient y mener, et qu'elles y menaient en effet.

(44) Tite-Live 2.18.4-8 ne rapporte rien sur le *nexum* à cette date.

(45) Max Kaser, *Das römische Jus* (Göttingen 1949) p. 250.

(46) Voir respectivement Varron, *De l. l.* 7.105, et Festus, au mot *nuncupata*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ont alors raconté leurs contes dramatiques mais personne ne peut soutenir sérieusement aujourd'hui que ces histoires reposent sur une compréhension profonde de la nature de l'institution, ou même de la situation sociale qu'elle supposait à la base.

Sur un point cependant elles s'accordent toutes. Les victimes pouvaient être maltraitées de toutes manières, enchaînées, accablées de travail, battues, violées, affamées, mais elles ne pouvaient pas être menacées de mort ou vendues à l'étranger : ça, c'était les conséquences de la *manus injectio*, inscrite en toutes lettres dans les XII Tables. Bref *nexum* et *manus injectio* étaient deux institutions distinctes (47), la première avait pour résultat, selon les termes de Solon, de réduire les hommes en servitude dans leur propre pays, où ils tremblaient devant leurs maîtres, l'autre faisait passer le Tibre aux Romains qui devenaient esclaves à l'étranger. Le parallèle entre Athènes et Rome nous semble s'imposer et les différences entre les deux, bien que donnant lieu à des hypothèses, faciles à expliquer. Etant donné la sévérité de la loi sur les dettes, ceux qui avaient été forcés de s'endetter — et il nous faut encore insister sur le fait que nous ne parlons pour le moment que de dettes entre classes — se préservaient des sanctions extrêmes par la servitude pour dettes. Aucune autre protection ne s'offrait à eux et ils n'avaient pas le choix (48).

Jusqu'ici, croyons-nous, nous sommes en terrain sûr. Mais nous sommes entraînés vers des spéculations fort hasardeuses dès que nous essayons de nous représenter la situation en détail. M. Imbert a soutenu qu'il faut non seulement trancher le lien établi arbitrairement entre *nexum* et *manus injectio* mais encore ne pas s'hypnotiser sur le défaut de paiement. D'après lui, le fait même d'établir un lien de *nexum* plaçait immédiatement le débiteur sous l'entière dépendance du créancier, *in fidem* (49). Il a raison, croyons-nous, et si les comparaisons que nous avons

(47) Voir spécialement J. Imbert, « *Fides et Nexum* » dans *Studi... Arangio-Ruiz* (Naples, 1952), I, p. 339-63.

(48) On peut faire une distinction semblable entre les mots κατακείμενος et ἐκκείμενος dans le code de Gortyne, bien que, comme je l'ai signalé dans mes *Servile Statuses*, p. 172-74, le texte ne nous permette pas de pousser l'analyse fort loin. D. Lotze avait déjà suggéré (« *Hectemoroi und sozialrechtliches Schuldrecht* » dans *Philologus* CII, 1958, p. 1-12) qu'avant l'époque de Solon la servitude suivait immédiatement le prêt. Mais l'idée qu'il se fait de la place des *hectemoroi* dans le tableau diffère beaucoup de la mienne. Cf. Urbach, *op. cit.* 13.

(49) Imbert, *op. cit.* Pour ce sens du mot *fides* la comparaison avec un texte de Tacite est frappante : *Germ.* 24. Il y est question de la coutume germanique de perdre au jeu sa propre personne, comme également des Indiens d'Amérique ; voir sur ce point W. C. MacLeod, « *Debtor and Chattel Slavery in Aboriginal North America* », dans *Amer. Anthrop.* XXVII (1925) p. 370-90.

faites ne le prouvent pas absolument, du moins en établissent-elles la possibilité.

On a beau signaler que les sources romaines montrent, pour ainsi dire, seulement inconsciemment que le mot *fides* avait primitivement un sens impliquant une idée de puissance, tandis qu'au niveau conscient d'expression, on se réfère seulement aux débiteurs défaillants. Dans le monde de Tite-Live, comme dans celui de Plutarque, la dette avait un caractère effrayant, à cause de l'usure ou parce qu'on ne pouvait la rembourser à l'échéance. Aussi quand ils venaient à penser au *nexum* ou à Solon, ils supposaient naturellement que le défaut de paiement entraînait la servitude. Leurs suppositions ne prouvent rien. Et d'ailleurs ils ne se tracassaient guère pour savoir ce qui allait suivre. Qu'arrivait-il en fin de compte aux « esclaves » pour dettes ? Tite-Live ne s'intéresse qu'aux mauvais traitements. Denis d'Halicarnasse fait allusion au travail qu'on faisait pour le créancier ; ni l'un ni l'autre ne semble s'être demandé si cette condition pouvait continuer jusqu'à la mort, à moins que la phrase de Denis, « on s'en servait comme d'esclaves achetés (ἀργυρώνητοι) » (5.53.2) puisse répondre délibérément à cette question, ce qui est douteux. C'est seulement un savant antiquaire comme Varron qui donne l'impression d'y réfléchir quelque peu. « *Liber qui suas operas pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur* » (50). Pour Varron l'idée qu'on trouve derrière *nexum*, c'est qu'un homme qui ne pouvait remplir ses engagements en payant, pouvait les compenser par du travail (travail servile, exactement comme dans les textes grecs, des temps archaïques au parchemin de Doura). Malheureusement il se peut qu'il y ait quelque ambiguïté dans le texte. Comment faut-il comprendre *dum solveret* ? Est-ce que cela veut dire « jusqu'à ce qu'il paye » comme on le traduit d'habitude (et qui était le sens ordinaire aux premiers siècles av. J.-C.) ? En quel cas nous serions ramenés une fois de plus à nos mauvaises plaisanteries. Ou le sens est-il : « jusqu'à ce qu'il se soit acquitté par son travail » ce qui serait la conséquence logique de *suas operas... pro pecunia... dat* ? Varron, curieux d'antiquité comme il était, peut bien avoir eu en tête cette distinction, mais encore une fois, même si nous le savions, cela nous renseignerait sur Varron, mais non sur le *nexum*. Il ne

(50) *De l. l.* 7.105. Je donne le texte comme on le corrige habituellement (*debet dat* pour *debitui*) ; les autres changements qui ont été proposés ne concernent pas notre discussion.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

faut pas surestimer Varron. Il termine la phrase que nous citons par ces mots : *ut ob aere obaeratus*, un exemple typique d'étalage d'érudition, bien fait pour vous tromper. Ailleurs, dans le *De re rustica* (1.17.2.), il dit que parmi les catégories de travailleurs agricoles libres se trouvent ceux « qu'on nomme chez nous *obaerati* (ou *obaerarii*) et qui existent encore en grand nombre en Asie, en Egypte et en Illyrie ». Ce qui montre combien un savoir limité peut être dangereux, car Varron, ayant appris qu'une certaine catégorie de travailleurs dépendants se rencontraient fréquemment dans l'Orient hellénistique et aussi chez les barbares du nord, s'empresse d'en conclure qu'ils étaient tous des « esclaves » pour dettes à la manière de l'ancienne Rome (51). Sur ce point nous avons des moyens de contrôle, sur le *nexum* nous n'en avons pas, mais on peut supposer normalement que Varron n'était pas mieux renseigné sur ceci plutôt que sur cela.

L'adjonction des *obaerati* montre que Varron était incapable, comme ses contemporains, d'imaginer une dette sous d'autres aspects que monétaire. Quelques érudits ont vite saisi qu'il y avait là un anachronisme apparent. *Nexum*, disent-ils, est une institution beaucoup plus ancienne que la monnaie (et les numismates s'accordent maintenant à penser qu'on n'a pas commencé à frapper monnaie à Athènes avant Solon). Mais là aussi il y a une confusion : l'argent n'est pas nécessairement monnayé, et en Mésopotamie, on se servait d'argent dans les ventes et les prêts, des milliers d'années avant qu'on ait songé à en faire des pièces. Il n'y a pas anachronisme sur ce point, mais il est ailleurs. Dans

(51) Je ne crois pas qu'on puisse racheter Varron en disant comme T. R. S. Broughton : « ceux qui payaient leurs redevances en travail semblent être désignés par ce terme », *An Economic Survey of Ancient Rome*, éd. T. Frank, IV (Baltimore 1938), p. 692. Rostovtzeff non plus ne lui sert à rien avec ses « serfs » : *Social and Economic History of the Hellenistic World* (éd. révisée Oxford 1953), II, p. 1184-85. Tout le passage, écrit Rostovtzeff, « a été emprunté par Varron d'une manière ou de l'autre, en fin de compte à ses sources hellénistiques ».

Je me sens incapable de trouver un mot grec approprié à la situation hellénistique que Varron pouvait proprement avoir rendu par *obaerati*, qui en son temps était un mot qui s'appliquait normalement à une dette monétaire (et non pas à des « redevances », quasi féodales ou autres). C'est sûrement faux pour lui, voir plus bas n. 71. W. L. Westermann, *Upon Slavery in Ptolemaic Egypt* (New York 1929) p. 52-54, pensait que les *obaerarii* de Varron devaient être identifiés avec les ἐκγόνοι ὀφειλῆς de P. Col. Inv. 480, mais ce texte unique et difficile à interpréter (voir plus récemment, J. Modrzejewski dans *Rech. de Pap.*) II, 1962, p. 83-84, avec littérature) est beaucoup trop fragile pour servir de base à une affirmation aussi catégorique. Ailleurs, chez les écrivains latins, pour *obaerati* dans le sens d' « esclaves » pour dettes, voir Cicéron, *De rep.* 2.31.38 ; César, *De bello gallico*, 1.4.2 conjointement avec 6.13 ; dans le sens de débiteurs : Tite-Live 6.27.6 ; Tacite, *Ann.* 6.17 ; Suétone, *César* 46.

une économie de caractère agricole et en grande partie non monétaire, ce n'est pas d'argent qu'a besoin le paysan ou l'ouvrier agricole sans terres, tombé dans la misère, mais bien plutôt de nourriture, de semence, de bêtes de somme et, malgré l'absence de témoignages, nous croyons qu'on doit imaginer les prêts comme revêtant souvent cette forme dans la Grèce archaïque et à Rome, tout comme en Mésopotamie (pour laquelle nous avons une abondante documentation). La pratique plus récente à Rome, qui veut que tous les jugements soient exprimés en termes monétaires, n'est pas applicable à la période plus ancienne (52).

Mais si on admet cela, une nouvelle difficulté se présente pour l'interprétation du *nexum* que nous proposons. Est-il imaginable qu'un paysan qui empruntait de la semence pouvait entrer en servitude immédiatement ? Comment aurait-il pu alors faire pousser son blé, faire sa récolte et payer sa dette (53) ? N'est-il pas plus raisonnable de croire à la succession d'événements telle que nous l'expose Tite-Live en termes si pathétiques ? D'abord perte de la terre et des récoltes et finalement, quand il n'y a plus rien à saisir, perte de la liberté ?

Tout en ne cous estimant pas les difficultés, nous n'hésitons pas à rejeter le point de vue « plus raisonnable ». D'abord il y a le fait élémentaire que le gage réel n'apparaît que tardivement à Rome ; qu'à l'origine le droit du créancier sur les biens du débiteur était une conséquence du droit qu'il exerçait sur sa personne (54). Ensuite il y a les documents qui prouvent que les gages réels et personnels peuvent être utilisés non plus alternativement mais conjointement. C'était le cas dans quelques-uns des textes assyriens que nous avons déjà cités (e.g. nos 39 et 55). P. Doura 20 accorde le droit final d'exécution, dans un cas où la servitude était sans nul doute immédiate, tant sur la personne que sur les biens (55). Enfin, et c'est peut-être le point le plus important, il faut tenir compte de la situation sociale dans son ensemble. Il faut retenir, à notre avis, ce que nos sources, si vagues et imprécises qu'elles soient sur bien des points, sont unanimes à affirmer, c'est qu'à Athènes et à Rome le drame de la servitude pour dette

(52) Lévy-Bruhl, *Actions de la loi* p. 252-83.

(53) C'est l'argument de Lévy-Bruhl par ex., *Nouvelles études sur le très ancien droit romain* (Paris, 1947) p. 104-105.

(54) Kaser, *Jus*, 248-49.

(55) Dans la dernière édition M. Welles dit qu'il n'y a là qu'une répétition mécanique d'une formule, pour la raison que d'abord le débiteur n'aurait pas consenti à entrer en servitude s'il avait eu une propriété suffisante. Cet argument suppose une indisponibilité fondamentale de ce genre de servitude.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

intéressait une large partie des citoyens. La phrase d'Aristote, « Les pauvres étaient esclaves des riches », était peut-être exagérée, mais ni les réformes de Solon, ni les péripéties compliquées de la lutte entre plébéiens et patriciens ne pourraient s'expliquer si cette généralisation n'était assez proche de la vérité. Doit-on croire qu'une grande masse de familles était sans terre ? Et que faisait-elle ? Qui donc prêtait de l'argent, de la semence, ou n'importe quoi à ces gens-là, sans le moindre espoir d'être remboursé ?

A vrai dire il est complètement impossible d'imaginer des affaires dans de telles conditions et c'est cependant ce qu'implique l'opinion traditionnellement admise. La principale erreur réside dans l'idée fausse qu'on s'est faite de la nature de la servitude. Nous nous sommes laissés complètement abuser par Tite-Live et ses descriptions de débiteurs croupissant dans les prisons privées des patriciens. Cela pourrait convenir pour la courte période d'attente de la *manus injectio* ; autrement cela n'a aucun sens (56). Il ne faut pas se croire lié par l'exemple de l'esclave des *latifundia*. C'est du travail qu'on exigeait des « esclaves » pour dettes (ils servaient aussi à relever le standing du « créancier ») et il n'est pas exclu que beaucoup d'entre eux fournirent ce travail, et ses produits, sur des biens qui leur avaient appartenu en propre. Tout ceci n'est forcément qu'une hypothèse, bien sûr, et pour trouver les voies légitimes ouvertes à la spéculation, nous devons nous tourner vers d'autres sociétés, car il n'y a pas de documents gréco-romains, en quelque genre que ce soit.

Dans un cas précis néo-babylonien, par exemple, une cour de justice décida qu'une dette en argent était acquittée, au bout de dix ans, avec son intérêt, grâce à une combinaison de travail forcé en servitude personnelle et de paiement global en blé, ce dernier provenant probablement d'un domaine que l'« esclave » pour dette avait hérité de son père (ainsi que la dette dont il héritait aussi) (57). Bien plus ce n'était pas là un jugement vague puisque la cour avait fait un calcul précis sur la base de 20 % d'intérêt (si bien que la dette se trouvait triplée en dix ans)

(56) Dans le monde hellénistique, sous des conditions radicalement différentes, on voit apparaître l'emprisonnement des débiteurs quand disparaît virtuellement la servitude pour dettes ; voir brièvement D. Norr, dans *ZSS* LXXVIII (1961), p. 135-38, avec la référence à *Mall.* 18.23-34.

(57) V. Scheil, « *La libération judiciaire d'un fils donné en gage...* » dans *Rec. d'Ass.* XII (1915), p. 1-13 ; cf. H. Petschow, dans *Neubabylonisches Pfandrecht* [*Abh. Leipzig, Phil.-hist. Kl.* XLVIII, n° 1 (1956)], p. 63-65.

ainsi que le rapport en usage entre les mois de service et le *gur* de blé. Un exemple tout différent nous vient du monde actuel, du pays des Apa-Tanis qui vivent dans une vallée reculée de l'Himalaya oriental, sans avoir jamais eu de contact avec l'administration européenne, avant l'époque où ils firent l'objet d'une étude pour la première fois en 1944-45. Là un homme en servitude pour dette peut s'en acquitter en travaillant directement chez son créancier, ou chez un autre, ou les deux en même temps. Si sa dette reste non acquittée pendant longtemps, « sa situation devient progressivement celle d'un esclave ». En tant que tel il peut être, soit attaché à la maison sans pouvoir rien posséder, soit « séparé », c'est-à-dire qu'on lui alloue une terre à cultiver et qu'il peut acquérir des biens (58).

Si les Apa-Tanis et les néo-Babyloniens pouvaient trouver de telles solutions au problème, ou si Héraclès pouvait s'acquitter de sa dette dans un temps fixé, cela ne nous dit toujours pas ce que faisaient les Athéniens et les Romains. Mais à notre avis cela nous apprend que nous ne devons pas penser à un système rigide. Le seul point sûr c'est qu'il y avait une distinction bien tranchée entre les classes selon laquelle tout le pouvoir, y compris celui de protéger ses intérêts, était d'un côté. La chance du débiteur était maigre. En fait il en avait peu, avant même d'être devenu débiteur, parce qu'il était pauvre et sans défense par nature, contre les mauvaises récoltes et la famine, contre la guerre et ses dévastations, contre la partialité de la loi. Quand il lui arrivait malheur, sa seule défense était de se mettre lui-même *in fidem*, au pouvoir du puissant. En fait cela pouvait — et j'imagine que cela devait effectivement — signifier un éventail de possibilités dans lequel entraient les prêts réels et les prêts fictifs (comme à Nuzi), la servitude immédiate ou la servitude retardée, la servitude temporaire ou permanente. La seule chose qui était exclue c'était la pleine et entière rigueur de la loi sur la dette comme elle s'exprime dans la *manus injectio*. C'était pour se préserver de la faim et de la mort, en somme, que le pauvre acceptait la servitude pour dette.

IV

Partout dans le monde antique un élément de conflit social apparaît çà et là dans toute l'histoire de la servitude pour dettes.

(58) C. von Fürer-Haimendorf, *The Apa-Tanis and their Neighbours* (Londres 1962), ch. IV.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Certes il y a des distinctions à faire, tant dans l'institution elle-même que dans son histoire ultérieure ; elles reflètent des différences entre les systèmes sociaux parmi lesquels elle s'est développée. Mais là il faut être prudent, étant donné la diversité d'origine et les limites de notre documentation. Pour la Grèce archaïque et pour Rome nous n'avons pas de sources privées et seulement quelques allusions extrêmement fragmentaires des contemporains, par contre nous avons une tradition annalistique et historique considérable. Pour le Proche-Orient de l'antiquité nous avons une masse de documents privés et pas mal de dispositions disséminées dans les « codes de lois » — il est d'ailleurs fort difficile de concilier les deux — mais aucun récit historique. L'Israël antique est un cas à part ; il a des codes mais pas de documents, s'y ajoutent quelques mentions éphémères de protestation qui ont cependant leur importance. L'Egypte hellénistique suit le modèle du Proche-Orient dont elle dérive en droite ligne. Et aucune de ces sociétés ne nous a finalement laissé d'analyse juridique systématique.

Malgré ces différences dans la nature des sources on peut faire, à notre avis, une distinction très nette : en Grèce et à Rome la classe des débiteurs s'est révoltée mais il n'en a pas été de même dans le Proche-Orient. En d'autres termes, la réforme, l'adoucissement, l'abolition de la servitude en Grèce et à Rome furent la conséquence directe de la lutte entreprise par les classes inférieures qui prend parfois des proportions révolutionnaires ; ailleurs l'initiative vient d'en haut, des classes dirigeantes, sans doute comme une réponse aux murmures et au mécontentement, mais elle n'eut guère d'effet, elle n'en eut même aucun à longue échéance sur le système social lui-même (59).

La servitude pour dettes n'est pas une institution qui tout d'un coup s'étiole et disparaît sans raison (60). Elle ne peut être abolie par simple décret, à moins qu'il n'y ait sur place une force suffisamment efficace pour appuyer les décrets et qu'il y ait aussi une alternative praticable pour chaque classe, à savoir une force de travail de rechange pour les créanciers et des garanties pour les débiteurs affranchis (61). Il est plus que probable que dans le Proche-Orient ancien les fameuses lois d'amélioration sociale ou les moratoires furent rarement en vigueur ou au moins ne le restèrent-ils pas en tous temps. Les documents privés n'apportent aucune confirmation de l'article 117 du code d'Hammurapi, par exemple, qui limitait à trois ans le temps de la servitude pour dettes de l'épouse ou des enfants de quelqu'un (62). Son quatrième successeur, le roi Ammizaduga, proclama un moratoire peu après son accession au trône : c'était là un acte fréquent de la part d'un nouveau roi, ce qui prouvait précisément que de tels essais d'adoucissement et des mesures de ce genre n'avaient au fond aucune signification (63). Ce serait faire du sentiment, sans preuve d'un autre ordre, que de croire que la libération au bout de sept ans dont il est question dans les codes bibliques fut autre chose « qu'un programme social, plutôt que la loi appliquée effectivement » (64). Aucun document ne peut être invoqué ni dans un sens ni dans l'autre mais le persistant refrain qui revient, surtout chez les prophètes, semble un indice assez clair, ainsi que la réduction du taux de l'intérêt faite par Néhémie en réponse à la plainte des gens du peuple : « nous soumettons à la servitude nos fils et nos filles » (65).

(59) Voir particulièrement J. Bottéro : « *Désordre économique et annulation des dettes en Mésopotamie à l'époque paléo-babylonienne* » dans *J. Econ. Soc. Hist. Orient* IV (1961), p. 113-64.

(60) Il ressort de tout ce que nous avons dit que nous ne pouvons accepter le point de vue suivant lequel « nexum zur Abarbeitung der Schuld » était le produit d'une évolution postérieure aux XII Tables un progrès, par rapport à la sévérité de la *manus injectio* « gewohnheitsmässig... um den humanen und wirtschaftlichen Fortschritt zu erzielen » : Kaser, *Jus* 243-44, et bien avant lui, H. Gummerus, *Der römische Gutsbetrieb*... (Leipzig 1906), p. 63.

Ce point de vue n'est absolument pas fondé sur les sources ou, comme je la vois, sur la situation historique. Et il est inconciliable pour moi avec le fait que la *manus injectio* a survécu 2 siècles au nexum. On trouvera une meilleure compréhension de la question bien qu'évidemment une assez mauvaise prophétie dans R. v. Ihering, *Geist des römischen Rechts* II, 1 (4e éd. Leipzig 1880) p. 155 :

« Damit wollen wir das Loos des Schuldners in letzterm Fall keineswegs mit schönen Farben malen, denn die Aussicht auf die Gefahr, die ihn drohte, brachte ihn ganz in die Hand des Gläubigers, und dass die Römer sich einer solchen Gewalt mit Schonung und Humanität bedient hätten, wird auch dem eifrigsten Verehrer derselben nicht einfallen zu behaupten. »

(61) Pour des exemples modernes des difficultés rencontrées dans son abolition dans le sud de l'Asie voir Lasker, *Human Bondage* p. 116-117 ; H. N. C. Stevenson, *The Economics of the Central Chin Tribes* (Bombay 1943) p. 175-181. La question n'était pas que les « créanciers » faisaient de l'opposition mais plutôt que les « débiteurs » étaient ruinés par des décrets d'abolition que ne venait étayer aucun programme.

(62) Mendelsohn, *Slavery*, 75.

(63) Voir Bottéro, *op. cit.*

(64) Daube, *Biblical Law*, p. 45.

(65) *Néhémie*, 5 ; II *Rois*. 4.1-7 ; *Prov*. 22.7 ; *Isaïe* 50.1. *Amos* 2.6 ; 8.6. Pour les codes voir *Exode* 21.2-11 ; *Lév*. 25.39-54 ; *Deut*. 15.12-18. Urbach, *op. cit.*, affirme que les codes bibliques n'autorisaient pas la servitude mais faisaient allusion à la vente volontaire comme esclave. Mais comme il le dit lui-même plus loin, « cette différence d'interprétation n'a pas grande importance, car en pratique on ne s'en souciait pas, surtout dans les temps difficiles et en période de famine, ou aux époques où les classes riches et la noblesse se révélaient plus puissantes que l'autorité centrale ». Sur l'état de la situation voir *Prov*. 22.7 ;

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Avec Néhémie nous sommes dans la seconde moitié du ve siècle av. J.-C. Chez les Israélites, le problème paraissait encore se poser de façon très aiguë et la manière dont le législateur y répondit ne fut guère qu'un faible palliatif. Par la suite il semble probable, bien que les documents manquent et qu'il soit difficile de le prouver, que la situation demeura plus ou moins inchangée pendant environ trois siècles jusqu'à la période de conquêtes et d'expansion du temps des Asmonéens, qui permit de disposer pour la première fois d'une masse assez considérable d'esclaves étrangers. Mais l'histoire juive ne peut guère servir d'exemple tant à cette époque qu'à celle qui lui a succédé, à cause du caractère unique des problèmes pesant sur les institutions concernant la servitude de tout genre, en raison de considérations religieuses uniques également, encore exacerbées par les révoltes de 66-70 et de 132-135 ; et par la dispersion consécutive d'une immense quantité de juifs et la perte d'une autorité centrale politique et religieuse. Pendant la période du Talmud il semble qu'il y ait eu sous les Sassanides une renaissance de l'esclavage imposé à des juifs par d'autres juifs, et là encore l'endettement et la pauvreté jouèrent à nouveau un rôle important (66).

Pendant les deux siècles avant Néhémie nous avons une documentation néo-babylonienne d'une extrême richesse. Dans la dernière étude parue sur le sujet, Petschow conclue que contrairement à certaines époques anciennes de l'histoire babylonienne et assyrienne le nombre d'exemples d'enfants livrés à la servitude est très nettement inférieur et qu'il n'y a qu'un seul exemple connu de servitude volontaire (67). Petschow remarque cependant que la formule élémentaire du *Verpflichtungsschein* « est une indication de la *ursprüngliche Leibeshaftung* du débiteur » ; que nous manquons entièrement de documents sur l'exécution réelle ou personnelle ; et que le texte de jugement unique en son genre,

« le riche impose sa règle au pauvre et l'emprunteur est l'esclave du prêteur ». Cette phrase est porteuse d'un éloquent témoignage » (p. 4). Cf. la phrase citée p. 13 « venez et travaillez chez moi jusqu'à extinction de votre dette », tirée d'une exégèse de *Mîoah* 2. 2., dans le Talmud babylonien.

(66) Sur le résultat dû aux Asmonéens et sur la dernière « renaissance » de la servitude voir respectivement Urbach, *op. cit.* 31-49, 87-93. La description de l'évolution qui suivit Néhémie que j'ai résumée rapidement est celle d'Urbach, qui a démontré de manière convaincante que l'opinion traditionnelle toute différente (et essentiellement inintelligible) était fausse ; c'était celle de la rapide disparition de la servitude chez les Juifs après Néhémie. Une réduction du taux de l'intérêt ne pouvait avoir entraîné la disparition de la servitude pour dettes en tant qu'institution, c'est un point qu'il faut retenir par rapport à ce que dit faussement Andreotti de la réforme de Solon (voir la mention de la note 42).

(67) Petschow, *Pfandrecht* 60-62, 150.

dont nous avons déjà parlé (68), suppose que le principe du *Selbstverpfändung* doit avoir existé, puisque légalement un fils (ou une fille) restait en servitude même après la mort de son père et après être entré en possession de son héritage. Donc, même si elle a connu un déclin, cette pratique a subsisté, non seulement jusqu'à la conquête de Babylone par Alexandre mais jusqu'à la fin de l'antiquité dans de nombreuses régions à l'est de la mer Egée (et à l'ouest elle n'y était pas inconnue). C'est cela qu'implique par exemple la remarque de Dion Chrysostome (15.23) que « des myriades » d'hommes libres « se vendent eux-mêmes comme esclaves par contrat » (ἀποδίδονται... ἔστιν δούλεσιν κατὰ συγγραφήν) ; ainsi que les interdictions répétées des derniers empereurs romains contenues dans les codes de Théodose et de Justinien (69).

L'incapacité des derniers empereurs romains à empêcher « l'esclavage volontaire » des enfants et des adultes n'est que le dernier acte d'une très longue histoire qui remonte plus loin que le deuxième millénaire av. J.-C. Pourquoi donc ces décrets impériaux sont-ils restés si souvent lettre-morte ? Tous ces empereurs babyloniens, égyptiens ou romains n'étaient pas sans pouvoir, loin de là. Et ce n'est pas non plus qu'ils essayaient d'encourager la liberté dans tous les sens du mot qui pouvaient être intelligibles à un Athénien ou un Romain de la République. Les sociétés du Proche-Orient ont toujours été stratifiées, de nombreuses couches de la population n'étaient jamais tout à fait libres (sans parler des esclaves eux-mêmes). Il n'est pas facile de définir ou même de comprendre aujourd'hui ce que cela signifie.

Comme Rostovtzeff l'a écrit à propos des paysans de l'Egypte ptolémaïque, « ils jouissaient d'une bonne part de liberté en général, tant sociale qu'économique et de la liberté de déplacement en particulier... Et cependant ils n'étaient pas entièrement libres. Ils étaient liés au gouvernement et ne pouvaient échapper à cette servitude parce que leurs moyens d'existence en dépendaient. Cette servitude était réelle et non pas nominale » (70). Le terme à retenir est « liés au gouvernement » car, poursuit-il, dans une suggestion fort plausible (bien que formulée en termes imprécis), la résistance des Ptolémées à l'esclavage en général et à l'esclavage des paysans « libres » en particulier, aussi bien en Egypte qu'en Syrie lorsqu'ils en devinrent les maîtres, s'explique parfaitement car cette pratique en se répandant « aurait privé le roi

(68) Voir plus haut à n. 57.

(69) Voir L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* (Leipzig, 1891), p. 358-64.

(70) *Hellenistic World* I, 320.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

d'une main-d'œuvre libre qui lui était très précieuse, spécialement celle des *laoi* dans l'agriculture et l'industrie (71) ».

C'est dans une telle perspective, à notre avis, qu'on peut comprendre pourquoi des dirigeants du Proche-Orient essayèrent si souvent d'adoucir et même de supprimer parfois totalement une seule sorte de servitude. Dans un monde où il y avait des degrés de servitude plutôt que de liberté il pouvait y avoir des conflits d'intérêt opposant un type de servitude à un autre. En particulier si l'intérêt du roi entrait en conflit avec d'autres intérêts il y avait peu de chance pour que les édits royaux sur la dette et la servitude aient pu être appliqués pendant longtemps (72). Ces mêmes empereurs romains qui semblent avoir eu si peu de succès en interdisant aux hommes libres de « *servire creditoribus* » (pratique qui se répandit dans les Balkans, en Afrique du Nord et même éventuellement dans l'Italie elle-même), eurent par contre un plein succès en encourageant l'implantation d'un nouveau type de servitude, le colonat (73). Le motif qui les y poussait était franchement d'ordre fiscal. Le langage dont ils usent ressemble étonnamment aux termes que nous avons signalés plus haut à plusieurs reprises à propos de la servitude pour dettes, par exemple : « en vertu d'une peine servile ils sont forcés d'accomplir les obligations qui leur incombent en tant qu'hommes libres » (74), ou « bien qu'ils paraissent être libres de naissance on doit les considérer comme esclaves de la terre » (75), et cette fois il est significatif que les intérêts de l'empereur coïncident avec ceux des grands propriétaires terriens qui recherchent une main-d'œuvre immobile (76).

(71) *Ibid.* I 342-43 ; cf. Claire Préaux, *L'économie royale des Lagides* (Bruxelles, 1939), 533-47. Les *laoi*, cela vaut la peine d'y insister, n'étaient pas des « esclaves » pour dettes mais ils purent coexister avec eux et le firent réellement. Il y a là une analogie avec les *hectemoroi* et les « esclaves » pour dettes d'Athènes avant Solon. Sur les *laoi* d'Asie Mineure, il ne faut pas négliger l'importante étude polonaise de T. Zawadzki, *Z Zagadnien struktury agrarno-społecznej krajow małoazjatyckich w epoce hellenizmu* (Poznan, 1952), avec un résumé en anglais pp. 67-77.

(72) Voir par ex. Leemans, *Marchant* p. 114-117 ; Bottéro, *op. cit.* p. 152-154. Préaux *loc. cit.*

(73) La phrase *servire creditoribus* vient d'un rescrit de Dioclétien et Maximien (C. J. 4.10.13) et c'est précisément pendant leur règne que l'assujettissement des *coloni* semble avoir commencé ; voir A. H. M. Jones, *The Roman Colonate* dans *Past and Present* n° 13 (1958), p. 1-13 ; *The Later Roman Empire* (Oxford 1964), II 795-812.

(74) C. Th. 5.17.1 (Constantin) : ... *ut officiis quae liberis congruunt, meritis servilis condemnationis compellantur implere.*

(75) C. J. 11.52.1 (Theodose Ier) : ... *aiebantur ingenui, servi tamen terrae... aestimentur.*

(76) Jones, « *Colonate* ».

Et maintenant, que peut bien avoir signifié dans la pratique courante à la fin du IIIe siècle de notre ère : *servire creditoribus* ou *qui filios vestros vel liberos homines pro pecunia quam vobis credebat pignoris titulo accepit* (C. J. 8.16[17].6 ; a. 293) ? Je ne pense pas que nous le sachions et qu'il n'y ait à cela qu'une réponse possible. Mais l'évolution, nous sommes prêts à le soutenir, tendait à effacer toute distinction entre esclavage et servitude pour dettes. Un débiteur pouvait toujours devenir un esclave *de facto* et parfois tout aussi bien *de jure*, comme il est stipulé dans la Bible au par. 21.2-6 de l'Exode et 15.16-17 du Deutéronome. Cependant, aux derniers siècles de l'Antiquité, il est peut-être significatif que les textes fassent si souvent mention de ventes (comme l'avait déjà fait Dion Chrysostome) et spécialement de ventes d'enfants. Dès l'instant où ils avaient été jetés sur le marché aux esclaves et transportés par les marchands, leurs droits théoriques à être rachetés, s'ils en avaient, étaient totalement dépourvus de sens. Et il en était de même pour les interdictions impériales visant cette pratique. La servitude pour dette traditionnelle avait finalement perdu tout caractère propre, maintenant que les classes pauvres dans leur ensemble avaient vu leur condition nivelée et qu'elles étaient réduites à une servitude plus uniforme, avec le colonat comme institution dominante. Mais il y avait toujours assez d'individus avides de profits rapides et assez de gens affamés dont ils pussent profiter. Aussi la mise en gage et la vente d'hommes libres continuèrent-elles encore d'exister, mais plutôt comme un phénomène marginal, surtout pour la première de ces pratiques alors qu'elles avaient été jadis parties intégrantes du marché du travail (77).

En gros, pendant la fin de l'empire la tendance fut à l'unifor-

(77) Tout au long de cette étude, nous avons délibérément ignoré la survivance en Grèce et à Rome de la servitude pour dettes par déviation ou violation directe de la loi, comme on la voit peut-être représentée dans le fragment du *Héro* de Ménandre par exemple (si l'on peut croire à l'hypothèse byzantine pour cette pièce) ; ou bien dans le *liber homo bona fide serviens* (voir récemment, R. Reggi, *Liber homo bona fide serviens*, Milan 1958) ; ou encore dans le groupe de textes concernant la vente et l'engagement frauduleux volontaires qui ont tant embarrassé W. W. Buckland qui a traité ce sujet, *The Roman Law of Slavery* (Cambridge 1908), p. 427-33. Quelle que soit leur extension, qui ne peut être déterminée d'après le degré d'attention qu'elles éveillent chez les juristes, de telles pratiques subsistent en s'insérant dans la société ; elles sont peut-être symptomatiques mais n'en constituent pas l'essentiel. Aussi doit-on prendre note de ce que dit Columelle, *Der. r.* 1.3.12 : *aut occupatos nexu alienum et erga fatalis tenent.* Je ne sais pas à quoi Columelle fait allusion, mais les hommes qu'il critique et qui *possident fines gentium* ne pouvaient être vraiment les grands propriétaires terriens d'Italie au premier siècle de notre ère.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

mité sous ce rapport. Si la Grèce et l'Italie, qui formaient le noyau central de l'époque classique, apparaissaient encore comme un peu différentes à cet égard, la raison en était que l'histoire de la servitude pour dette y avait été profondément différente quelques siècles auparavant. Tout d'abord l'institution avait été d'une application plus complète et plus radicale. A moins que les sources ne nous aient entièrement abusés, il fut un temps où à Grèce comme à Rome, selon les propres termes des anciens auteurs, une classe tout entière devint « esclave » de l'autre. Au Proche-Orient, la servitude pour dettes, malgré toute son importance, n'atteignit jamais de pareilles proportions et souvent elle semble avoir été restreinte à l'emploi comme gages de membres dépendants de la famille alors que le « *pater* » lui-même restait libre de toute servitude.

Puis vint la rupture en Grèce et à Rome qui fut elle aussi complètement et radicalement accomplie. Cette rupture, lorsqu'elle se produisit, ne fut pas purement et simplement le résultat d'une longue accumulation de misère et de plaintes, cela n'arrive jamais. Un nouvel élément vint modifier la situation au VIIe siècle à Athènes et au Ve à Rome. Tenter de préciser ces transformations sortirait de notre sujet car cela demanderait de reprendre à la base l'examen de l'histoire sociale des débuts de la Grèce (après l'époque mycénienne) et de Rome. Le résultat, en tous cas, fut que la servitude pour dettes fut abolie tout court, par un acte politique, et que son retour fut rendu impossible par la puissance politique croissante de la classe émancipée qui devint partie intégrante d'une communauté qui se gouvernait elle-même, où elle put profiter de sa position à des fins économiques et sociales. (Peu importe si cette communauté qui apparut à l'époque classique fut démocratique ou oligarchique.) Les classes possédantes à leur tour résolurent leurs continuels besoins de force de travail en utilisant les esclaves tirés de l'étranger, sur une échelle de plus en plus large. Au Proche-Orient il n'y eut pas d'évolution politique de ce genre, pas d'émancipation générale des diverses catégories de dépendants « indigènes » et par conséquent peu de développement de l'esclavage, comme institution essentielle.

M. I. FINLEY.
(trad. S. DUPARC).

LA PRATIQUE ET L'INSTITUTION DU *SUFFRAGIUM* AU BAS-EMPIRE

Si le trafic d'influence n'a jamais cessé de tenir dans la société romaine une place importante, il s'y est cependant pratiqué selon des modalités quasi opposées. Sous le régime officiel de clientèle libre, que connaissent la République et les premiers siècles du Haut-Empire, le trafic d'influence est un usage reconnu et accepté. L'intervention d'un haut personnage en faveur d'un de ses protégés pour lui faire attribuer un emploi public, un dégrèvement d'impôts, pour recommander et soutenir sa candidature à une magistrature, pour obtenir d'un juge une sentence avantageuse, est normale, gratuite, amicale : elle découle des liens de clientèle. En revanche, lorsque les empereurs du IIIe siècle auront créé une administration complexe et réglé les conditions d'accès aux emplois et aux dignités publiques, le trafic d'influence devient une fraude, que le pouvoir s'efforce de combattre. La crise politique, économique et sociale du IIIe siècle acclimate, dans la société romaine, une vénalité et une corruption telles que cette fraude en vient à prendre des formes typiques, et revêt le caractère d'accords coulés dans un moule contractuel et engendrant des obligations réciproques. Le trafic d'influence emprunte, dans les constitutions du Code Théodosien, deux figures distinctes : le contrat de « patronage » et le contrat de « suffrage » (1). Dans le premier type de contrat, un haut personnage accepte, contre rémunération en dons ou en rente, de patronner une collectivité, un *vicus* par exemple, afin d'obtenir en sa faveur un privilège, un passe-droit, notamment une exemption fiscale. Le suffrage

(1) *C. Th.*, XI, 24 : *De patrociniis vicorum* ; II, 29 : *Si certum petatur de suffragio.*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

before the spectators customary before the publication of this law, as long as this is in conformance the 'laws, plebiscites, *sc.*, edicts and decrees' of Augustus and his successors. Many new theatres built in Augustus' reign in Italy, hardly without a general spirit of encouragement from the centre Bejor, op. cit. in n. 48; note many were in the centre of the town. Agrippa himself built that at ni. Professor D. Small has drawn attention to the alterations made in the large theatre at Pompeii in time, with the introduction of *tribunalia* for the presiding magistrate, whose superior position is stressed, and for other grand personages, and a *crypta* which could help to direct members of the ence to the different parts of the building. (I am grateful to Professor Small for sending me a copy of aper 'Social Correlations to the Greek Cases in the Roman Period', before its revision and ication.) But the roles of legislation and voluntary imitation are impossible to distinguish.

Versions of this paper were read to Prof. F. Millar's seminar in Oxford and at a public lecture in British School at Rome; I am grateful to the audience at both events for helpful comments. I am indebted for information to Prof. J. Gonzales, Dr. N. Horsfall, Prof. J. Linderski and M. J.-L. rgues, as well as those mentioned elsewhere in the notes.

PBRS 1987

CRISIS: WHAT CRISIS? RURAL CHANGE AND URBAN DEVELOPMENT IN IMPERIAL APPENNINE ITALY

I INTRODUCTION
II DOMITIAN'S VINE-EDICT
III PLINY'S CORRESPONDENCE
IV THE ITALIAN *ALIMENTA*
V THE ARCHAEOLOGICAL EVIDENCE
VI CONCLUSIONS

I INTRODUCTION[1]

The classic account of the 'first century crisis' which allegedly affected Italia agriculture in the first century A.D. is given by M. I. Rostovtzeff, in his *Social a Economic History of the Roman Empire*. 'The gradual economic decline of Italy, du primarily to the decay of its industry and commerce, was aggravated by the cris which befell the scientific and capitalistic rural economy of the country at the end the first century'.[2] And the 'first century crisis' has had more recent adherents, too in the three volumes on *Società Romana e Produzione Schiavistica* published after conference held by the Istituto Gramsci in 1981 on that topic, a consensus emerg that the 'villa-system' of the first century B.C. was struck by crisis in the followin century. This is ascribed to increased production in the provinces of oil and win which was imported into Italy and infiltrated the markets formerly supplied by loc produce. Subsequently, an even more serious problem was to strike the villas, in th form of a structural crisis in the slave mode of production.[3]

But serious objections to the idea of such a crisis are presented by Purcell,[4] wh uses the evidence of the agricultural writers to demonstrate that far from being crisis in wine-production, there was something of a boom in the first century A.D. and by Tchernia, who in his recent book emphasises the continuing importance

[1] This paper began life as the concluding chapter of an Oxford D.Phil. thesis, most of which researched during tenure of a Rome Scholarship at the British School. I am very grateful for help a advice to Prof. M. H. Crawford, who supervised the thesis; Profs. F. G. B. Millar and G. E. Rickma who examined it; and to the editor of the *Papers*. Subsequent versions were read to seminars in Londo Cambridge and Naples. I am grateful to audiences on those occasions for their valuable comments, a especially to Profs. K. Hopkins, C. Francioni and W. Johannowsky. None of these has any responsibili for the errors which remain.

[2] *Social and Economic History of the Roman Empire* (Oxford, 1926; ed. 2, 1957) 199.

[3] A. Giardina & A. Schiavone (eds.), *Società Romana e Produzione Schiavistica*, (Rome/Bari, 1981). F the import of wine into Italy, see especially the article by C. Pavella, 'La distribuzione e i mercati', vol. II, 55–80. The principles and viewpoints exposed in the volumes are discussed by D. Rathbone, 'The slave mode of production in Italy', *JRS* LXXIII (1983) 160–8, and M. S. Spur 'Slavery and the economy in Roman Italy', *CR* XXXV (1985) 123–31.

[4] N. Purcell, 'Wine and wealth in ancient Italy', *JRS* LXXV (1985) 3 f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

talian wine-production throughout the Imperial period.[5] This paper is intended rstly to reconsider the theme of the 'first century crisis', examining the various ieces of evidence often cited to support the idea; though, since I agree with Purcell at increased importation of provincial wine does not of itself entail a crisis for alian wine-producers, and with Tchernia that the disappearance of the Dressel 2–4 nphorae type does not entail the end of commerce in Italian wine, I do not intend discuss in detail the evidence provided by amphorae imported from the provinces. aim to show that not only is the conventional view of a first-century crisis isguided, but also that the geographic, climatic, economic, and cultural differences tween different parts of Italy make such a view quite untenable. Discussion of the rajanic *alimenta* and an outlining of the new archaeological evidence provided by ld-survey suggest that a regional perspective on this type of question is needed: d the concluding section presents an account of rural and urban change in mnium, as a contribution to such a regional perspective. Naturally such an proach must face the trenchant criticisms made of 'regional history' by the late Sir loses Finley;[6] but it is my contention that such an approach represents the only ssible strategy for analysing the social and economic history of such a large and ographically diverse country as Italy.

II DOMITIAN'S VINE-EDICT

etonius records how the emperor Domitian 'once when there was a great glut of ine, but a shortage of corn, thought that the cornlands were being neglected as a sult of excessive concentration on vines; hence he gave an edict that no further nes should be planted in Italy, and that vineyards in the provinces should be cut wn, leaving a maximum of half their number; but he did not go through with the roposals'. Suetonius suggests later that Domitian was induced to abandon the edict v an abusive poem circulated in *libelli*, which compared him to a vine-eating goat.[7]

Rostovtzeff explained this measure as an attempt 'to promote the cultivation of rn in the provinces and to assist the wine-producers of Italy'; he sees Italian wine-roducers as being in the grip of crisis as a result of increased import of wine from ewhere in the Mediterranean. 'The protective measures of Domitian saved Italian ticulture, at least to a certain extent,' he concludes.

Several objections can be made to this view of the vine-edict. Firstly, the edict ems to be concerned essentially with the city of Rome, rather than with Italy more nerally or with the provinces. Suetonius' account places it in a list of other easures carried out by the emperor, including abolition of the *sportulae*, reforms in e conduct of circus games, and measures to prohibit castration and control the

[5] *Le vin de l'Italie romaine* (Rome, 1986).

[6] M. I. Finley, *Ancient History: Evidence and Models* (London, 1985) 61 ff.

[7] Suetonius, *Domitian* 7.2: 'ad summam quondam uberitatem vini, frumenti vero inopiam existimans nimio vinearum studio neglegi arva, edixit, ne quis in Italia novellaret neque in provinciis vineta increderentur, relicta ubi plurimum dimidia parte; nec exequi rem perseveravit.' *Domitian* 14.2: 'ut edicti de excidendis vineis proposita gratiam haeret, non alia magis re compulsus credatur, quam quod parui libelli cum his verubus erant: κ"ὸν με φάγῃς ἐπὶ βίβλου, ὅμως ἔτι καρποφορήσω, δοσον ἐπιτηδειος οἱ, τράγε, θυσιήν.

price of eunuchs. So the implication seems to be that the measures were introduc in response to a glut of wine and shortage of corn in the city of Rome itself. It see quite conceivable, given the variability from year to year of both corn harvests a vintages,[8] that such a surplus of wine and dearth of corn should have occurred qu coincidentally. Tchernia also makes the interesting suggestion that a gene increase in wine-production might have been related to the destruction of vineya in Campania in A.D. 79 as a result of the eruption of Vesuvius, and a consequ increase in production to meet the increased demand for wine from other parts Italy.[9] Both he and Purcell take the view that there was hardly crisis in these yea but a boom in wine-production—*summa uberter nisi* surely implies that wi producers were prospering, rather than the opposite! Purcell suggests that a gene growth in viticulture may have been related to a change from 'quality' to 'quanti production in some areas: increased wine-consumption in the city of Rome and developed (and developing) urban centres all over Italy provided a vastly increas market for wine. In any case, it is not at all clear how Domitian's measure mig have been enforced, except perhaps on imperial estates; there was no Italian pol force which could have forcibly prevented the planting of new vines, and it is hard imagine Roman troops taking part in vine-destruction operations in the provin without major unrest ensuing. Besides, the provincial and Italian elites, wh provided the backbone of the Empire and ensured its smooth running, would ha been the elements most seriously affected by such a measure. So it is not at surprising that the measure was quickly dropped; it is interesting as an illustratio the extent to which a Roman emperor could be swayed by problems in the city Rome itself, and legislate for the Empire on the basis of information derived fr Rome alone.

It has sometimes been supposed that the vine-edict had more effect th Suetonius would have us believe; supposed references to the edict are identified i second-century inscription regulating the administration of imperial estates Africa, in an edict of the mid third-century A.D. emperor Probus allowing Ga Spaniards and Britons to plant vines; and a passage in Philostratus, which descri how the orator Scopelian succeeded in persuading Domitian to abandon an ed ordering the destruction of vines in the province of Asia—where *stasis* had b taking place.[10] This passage is generally thought to refer to the vine-edict mentio by Suetonius, but it seems to me equally possible that we are here dealing with t vine-edicts, one a response to the glut of wine and shortage of grain at Rome, and other an attempt to curb *stasis* in the province of Asia. Probably the latter took form of drunken brawls, linked with the activities of *collegia*: which we know to h been a recurrent source of trouble for the Roman authorities in Asia Minor.[11]

[8] Corn: see K. Hopkins, 'Models, ships and staples', in *Trade and Famine in Classical Antiquity* (e Garnsey & C. R. Whittaker, Cambridge, 1983) 91; wine: see Purcell, 'Wine and wealth' (note 4) Tchernia, *Le vin* (note 5) 221–7.

[9] A. Tchernia, 'I vigneti italiani da Augusto a Domiziano: continuità e cambiamenti', *Opu* (1984) 477–85, esp. 481 ff; *Le vin* (note 5) 230–3.

[10] CIL VIII 25902 = *FIRA* I, 100; *S.H.A. Probus* 18.8; Philostratus, *Vit. Soph.* 520.20, with F. Millar, *The emperor in the Roman world* (London, 1977) 391–2.

[11] See Pliny, *Ep.* X 34, 93, 96.7, 116.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Similarly Levick argues convincingly that the edict of Probus and the African ate documents need not be associated with Domitian's edict at all.[13]

So the vine-edict attested by Suetonius therefore appears to have no economic tivation: certainly it is not a reaction to a crisis in wine-production. Instead, we uld see Domitian's edict as a measure to conciliate the urban population in a time corn-shortage—with moral overtones, expressing official disapproval of the reasing use of wine in the city. Likewise the edict promulgated in Asia, and caled after representations from Scopelian, was concerned more with curbing nkenness and restoring public order than with suppressing provincial wine-duction. The edicts demonstrate the tireless enthusiasm of the Roman emperors luding the Flavians and, as we shall see, Trajan) for moral legislation.[14]

The vine-edict provides us with a rare example of an emperor apparently acting pendently and legislating for the Empire as a whole; it is important to note that measure seems to have been a complete failure. It cannot be used to argue for an y totally devoted to wine-production, since the glut is evidently exceptional; in case such a suggestion seems essentially implausible, given the climatic and graphical conditions of Italy. The edict cannot be seen as a measure to improve lot of Italian wine-producers at the expense of the provincial producers, as ian wine would also be affected by the requirement that no new vines be planted aly. It was from the start unworkable, and it was quickly dropped.

III PLINY'S CORRESPONDENCE

i) *Exposition*

We possess an exceptionally valuable dossier of evidence on early second ury agriculture in Italy in the form of Pliny's correspondence; Pliny's career and ities, attested not only by his letters, but by inscriptions from his home town, um, provide us with a rounded picture of the financial activities of an Italian or. Whether it is feasible to use this evidence to make deductions about the ition of Italy as a whole, though, may perhaps be doubted. Sirago, followed by believes such deductions can be made; for example, 'the tenant farmers were ally behind in their rents and impoverished; there were frequent bad vintages result of weather and climate; the income from some estates was not up to tations; the value of land was depreciating; farmers were in need of imperial rt; the depopulation of Italy was causing Trajan such considerable alarm that is compelled to rectify it by a series of measures'.[15] I am not convinced that such al conclusions can be drawn from the evidence we have in the form of Pliny's spondence alone; this section summarises the letters of Pliny which have a

B. M. Levick, 'Domitian and the Provinces', *Latomus* XLI (1982) 50–73, esp. 60 ff.
A. Wallace-Hadrill, *Suetonius: the scholar and his Caesars* (London, 1983) 134; Purcell, 'Wine and ' (note 4).
V. A. Sirago, *L'Italie agraria sous Trajan* (Louvain, 1958); G. B. Ford, 'The letters of Pliny the r as evidence of agrarian conditions in the principate of Trajan', *Historia* V (1965) 381–9. This 388–9. Compare R. Martin, 'Pline le jeune et les problèmes économiques de son temps', *REA* 1–2 (1967) 62–97.

potential bearing on the 'first century crisis', analyses them, and suggests alternative explanations.

***Ep.* III, 19** (early 100's A.D.); from Pliny to Calvisius Rufus of Comum. Pliny debates with himself whether to buy a certain estate, adjacent to his own property; the setting is evidently Tifernum Tiberinum, 'in Tuscis', rather than Comum, his other main centre of land-holding, since Pliny feels obliged to explain to Calvisius that chained slaves are not used in the area, which would hardly be necessary if he were referring to Comum. The estate in question originally had a value of 5,000,000 HS, but the current price of asking is 3,000,000 HS; since the estate was made up of good land, but had lost its fertility because of misuse by the *imbecilli coltores*, who have fallen subsequently on even harder times as the current owner has sold up their possessions—including the slaves who carried out much of the manual labour. Pliny concludes that he will need to provide the tenants with new slaves and equipment. A further problem is a shortage of suitable new tenants, and 'iniquitas temporum' in general.[15]

***Ep.* IV, 6** (A.D. 104/5) is a short and jocular letter light-heartedly comparing the return from each of Pliny's estates; the crops on the estate at Tifernum have been damaged by hail, and the Comum estates have done well, though a general glut has led to low prices. Hence, Pliny comments, the only productive property is the villa at Laurentum, because it is there that he does his writing.

***Ep.* V, 6** (A.D. 105/6) provides a long and detailed account of Pliny's Tuscan estate, in particular the villa at its centre. It consists of a combination of vineyard, plough-land and meadows. The Tiber, which runs through Pliny's property, is navigable and carries the produce of the estate downstream to the city of Rome—except during the summer. Then follows an account of the villa-complex itself.

***Ep.* V, 14** (A.D. 105/6) expresses Pliny's pleasure at the appointment of Cornutus Tertullus as Curator of the Via Aemilia; the news reaches Pliny at Comum, where he is visiting relatives, looking around his *agelli* and listening to *rusticae querelae* of his tenants.

***Ep.* V, 18** (A.D. 105/6) is written 'in Tuscis', where Pliny is alternately studying and hunting.

***Ep.* VI, 3** (date unknown) is written to one Verus, who has taken over the running of an *agellus* which Pliny had given to his nurse; the previous estate-manager had evidently mismanaged it, and its value had decreased. It is described as *arbores et terra*, so it might have been devoted in part to vine-growing.

***Ep.* VI, 19** (A.D. 106/7); Pliny writes to Marcilius Nepos, stationed in the provinces, describing measures taken by the emperor to limit bribery in the elections; and compelling candidates to invest a third of their *patrimonium* in land in Italy. Evidently this measure was aimed at would-be senators of provincial origin: Pliny comments that Trajan's motive was to stop them using Italy as a *hospitium aut stabulum*—a guest-house or resting-place. Consequently the price of land in Italy has risen, as candidates rush to buy property.

***Ep.* VII, 30** (A.D. 107); Pliny, apparently at Tifernum (though this is not specifically stated) writes to Julius Genitor; he condoles with him on the loss of a

[15] On this and the other letters discussed, see A. N. Sherwin-White, *The Letters of Pliny* (Oxford, 1966). I have followed Sherwin-White's dating of the letters.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

pil, then comments how busy he is, both with legal affairs and *querelae rusticorum*, d the imminent necessity of letting his estates.

Ep. **IX, 15** (A.D. 108); Pliny, again at Tifernum Tiberinum, is again being rassed by *rusticorum libelli et querelae*; otherwise, he is revising some speeches and ting round the estate, playing the *paterfamilias*.

***Ep.* IX, 36** (A.D. 107); Pliny, again at Tifernum Tiberinum, describes a typical y on his Tuscan estate, comprising writing, eating, relaxation, taking walks or ing in his carriage, and receiving friends. *Agrestes querelae* are still causing him ne irritation, though.

***Ep.* IX, 37** (A.D. 107); A letter of apology to Valerius Paulinus, who is to be talled as *consul suffectus* in August 107; Pliny will not be able to attend the emony, as he must go to Tifernum, to set up a system of 'share-cropping' and long es for the exploitation of his estates. Previously, the cash rents he has levied have n too high, consequently the tenants have fallen into debt and, despairing of ever ying off their debts, have started consuming the produce of the land themselves—rhaps even the seed corn. Hence the reformed system will enable the rent to be culated in terms of a fixed proportion of a year's produce—so in a poor year the al rent will be less in real terms.

***Ep.* X, 8** (A.D. 98/99); Pliny writes to the emperor Trajan requesting leave of ence from his post for a month—in order to visit Tifernum Tiberinum, set up a aple in the town, and arrange the letting of farms he owns in the district, which he imates bring in more than 400,000 HS. This is particularly urgent since the vines e shortly to be pruned and reductions in rent may prove necessary.

What can we deduce about Pliny's agricultural operations from these texts?

ii) *Discussion*

To begin with, it looks as if, with two possible exceptions, all the problems with ants attested take place at Tifernum. IX, 15, attesting an inspection of the perty 'in Tuscis' by Pliny, is a clear example; similarly IX, 36. The following er, IX, 37, is apparently also sent from Tifernum, and concerns the new 'share-pping' scheme; while III, 19 is apparently a discussion of an estate at Tifernum. s impossible to tell where the estate given to Pliny's nurse was situated; so only V, is specifically concerned with an area around Comum; and that does not mention difficulties other than generalised *rusticae querelae*. So it begins to look as if many the difficulties attested by Pliny's letters may well be the product of essentially al factors. In fact, Pliny himself emphasises the possible variation between ditions in different areas of Italy, in his consideration of whether to purchase an acent property at Tifernum. 'Contra vereor ne sit incautum, rem tam magnam m tempestatibus isdem casibus subdere; tutius videtur incerta fortunae pos-ionum varietatibus experiri' (III, 19.4). The truth of such a view is amply nonstrated by Pliny's own letter IV, 6, comparing the different returns from each his different estates; it shows explicitly that Roman landowners specifically culated how much revenue each of their estates were bringing in. In fact it would very odd indeed to find a single economic crisis affecting agricultural production over Italy, a country of remarkable size and diversity.

Much valuable further information can also be gleaned from the letters; about

the size of the estates, for instance. They are notable primarily for their large size Pliny seriously considers buying an estate for three million sesterces at Tifernum (III, 19) while his own Tifernum estate, probably before the addition of this new estate (if it was ever bought at all) brings in 400,000 HS per annum.[16] At an assumed return of six per cent per annum,[17] this would mean the capital value of the estate would be in the region of seven million HS. If the estate was at that time doing badly—as would seem to be the case, Pliny refers to *continuae sterilitates*—then the value of the land would presumably be even greater. It is hard not to think that the passing reference to *agelli* at Comum is 'tongue-in-cheek' and in fact betokens much larger holdings in that area (V, 14); we hear in *Ep* II, 11 of him selling an estate worth 700,000 HS received as a legacy. Given that his family estates seem to have been in the area, and that Pliny was a major benefactor to the town of Comum, it would be surprising if he did not own extensive properties there.[18] In addition he owned a maritime villa on the Laurentine shore south-east of Ostia, though this was a place for relaxation rather than a productive estate.[19]

It is striking that the main estate of Pliny's at Tifernum has only one *villa* (III 19.2) as does the neighbouring potential purchase. The implication is that the area is organised around large luxury villas, which may or may not have accommodation also for the *coloni*; the more likely alternative being that the *coloni* were settled in scattered farms or *vici* around the territory.[20]

What were the crops produced on Pliny's estates? Wine production seems to have been important (IV, 6 comments on damage caused to the vines by a hailstorm, while X, 8 emphasises the need to recruit new tenants before the *putatio* takes place). V, 6.9 makes this explicit 'sub his per latus omne vineae porriguntur ...' In VIII, 2, Pliny describes the concessions he made to dealers who had acquired his grape harvest at an uneconomically high price; IX, 16, 20.2, and 28.2 are also concerned with the problems of the grape-harvest. But the estate also includes *prata campique* (V, 6. 10); and indeed the fact that the 'felicitas terrae imbecillis cultoribus fatigatur' in III, 19 implies that widespread arable cultivation is taking place, as the implication here is that the failure to carry out crop-rotation is responsible for this decline in fertility. Similarly, the desperate tenants on Pliny's properties are said to have consumed the produce of their plots—and this can hardly refer to wine. Perhaps it means seed-corn. We might conclude, then, that Pliny's estates at Tifernum Tiberinum produced mainly wine, but also cereals to support the coloni—

[16] *Ep.* X, 8.5.

[17] See R. P. Duncan-Jones, *The economy of the Roman Empire: quantitative studies* (ed. 2, Cambridge 1982) 33.

[18] For further discussion of Pliny's estates at Comum, see R. Syme, 'Transpadana Italia', *Athenaeum* LXIII (1985) 32.

[19] On Pliny's estates, see Duncan-Jones, *Economy* (note 17) 17–20. The general area in which Pliny's Laurentine villa was located is known, but which of the numerous villas identified there belonged to Pliny is still not certain. See: R. Lanciani, 'Le antichità del territorio Laurentino nella reale tenuta di Castelporziano', *Mon. Ant.* XIII (1903) coll. 192–196, and for recent work on the problem, E. Salza Prina Ricotti, 'La Villa Magna a Grotte di Piastra', *Castelporziano* I (1985) 53–66.

[20] A villa on 'Colle Plinio', some 10 km. from Città di Castello, the modern town on the site of Tifernum Tiberinum, has been identified as Pliny's villa 'in Tuscis' on the grounds that bricks stamped bearing the legend 'CPCS' were found there. Gaius Plinius Caecilius Secundus? See *Ville e insediamenti rustici di età romana in Umbria* (Soprintendenza Archeologica per l'Umbria, Perugia, 1983) 18–23.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

luding a surplus for sale outside the estate. Pliny comments that the river Tiber ines fruges devehit in urbem, hiense dumtaxat et vere'.

What, then, are the reasons for the economic difficulties the estates are having? harvests seem to be part of the explanation (IX, 37; IX, 8) and bad agement also. Naturally we do not hear of bad management on the estates of y himself, but it does seem to have presented a problem for his predecessors and hbours. Pliny's letter to Verus (VI, 3) suggests that the *agellus* he gave to his e has deteriorated due to neglect which Verus' management will put right nc te curante reparavit'); similarly, the decline in the value of the estate which y proposes to buy at Tifernum was apparently caused by the previous owner's management (III, 19), culminating in his selling off his tenants' property and s. Poor harvests alone cannot be blamed for the difficulties. What of the *iram querelae* attested in many of the letters? These references should be treated some caution, given that they invariably point a contrast with the sophisticated ry and urban activities of Pliny and his friends. In V, 14, Pliny contrasts the *lae rusticae* and the *rationes* of the estate with the literature he is more used to ing; again in VII, 30, the *querelae rusticorum* are contrasted with literary pursuits; n IX, 15 with his own speeches. IX, 36 states most clearly Pliny's ideal; after an nt of a day spent 'in Tuscis', consisting essentially of writing and relaxing, he ludes 'datur et colonis, ut videtur ipsis, non satis temporis, quorum mihi agrestes lae litteras nostras et haec urbana opera commendant'. We can therefore ify among Pliny's friends (and perhaps more widely in the Roman elite) an logy of amateurism'; that the true gentleman is not at all interested in accounts ther aspects of estate organisation, but in literary pursuits. Perhaps the most le example of this tendency is Pliny's celebrated account of the eruption of ius, which fails to disturb him from his reading of Livy.[21] It is clear from IX, 37 , 8 (notably) that Pliny was in fact an effective—and successful—landowner, uch concerned with his estates; but his letters show a tension between the nt administrator, keen to devise new ways of running his estates, and the er, who can hardly be bothered with the tedious duties incumbent on a wner—*sordidae curae* as Pliny himself describes them in I, 3.3.

etter VI, 19, although not specifically concerned with Pliny's estates, is often d in discussions of the 'first century crisis', because it is argued that Trajan's re was really intended to restore the value of Italian land, which had fallen as lt of the 'crisis'. But I think that Trajan's edict is more usefully seen as the n of an emperor caught between two conflicting ideologies. On the one hand nperors were keen to encourage members of provincial elites to join the —the *locus classicus* being Claudius' speech in A.D. 48, recorded on a bronze at Lugdunum and reinterpreted by Tacitus in the *Annals*.[22] Presumably this cause this allowed members of the provincial elites, whose support was vital smooth running of the empire, to seek fulfilment of their ambitions within the al system rather than outside it. The growing number of provincials within atorial aristocracy was also the result of the failure of the traditional

s. VI, 20.5: Stoic *stoneria*?
S 212; Tac. *Ann.* XI, 23 ff, with M. T. Griffin, 'The Lyons Tablet and Tacitean hindsight', *CQ* (1982) 404–18.

senatorial families to reproduce themselves effectively, consequent on high mortalit rates, proscriptions and imperial purges, disinclination to hold office, and man other factors.[23] On the other hand, Trajan was keen to promote an ideology based o the virtues of the Italian peasant farmer, stressing *prisca virtus* and the othe components of an ideology which Barrington Moore aptly calls 'Catonian'.[24]

Clearly the two ideologies were bound to clash at some stage; naturall provincial senators showed less enthusiasm for Italy and Italian peasant virtues tha Italian senators did. Trajan's solution was to graft the provincial senators forcibl into Italy, by making them buy land there. The measure seems to have had litt success: few provincials displayed enthusiasm for their new *patria* by means o benefaction or public building, and the fact that a similar measure to Trajan's wa introduced by Marcus Aurelius, this time obliging provincial senators to hold only a quarter of their land in Italy, demonstrates this quite clearly.[25] I would argue tha Trajan's measure had nothing at all to do with an agricultural crisis, real or imagined.

III iii) *Conclusion*

What then are we to make of the evidence provided by Pliny's correspondence? It would seem that the letters really provide evidence only for the Tifernum area (around the modern Città di Castello) and to a lesser extent the Comum area. Problems in these areas seem to have been caused by a combination of bad weather, bad harvests and bad management. It would be rash to draw any wider conclusions than this—especially about a possible decline in slave numbers, given that Pliny mentions the use of chained slaves as a possible alternative to exploitation using *coloni*. Analysis of the letters also serves to demonstrate the extent to which agricultural profits might vary between estates in different parts of Italy. We might identify one way in which Pliny's properties 'in Tuscis' are exceptional for Central Italy, though; that the Tiber flows through the estates, allowing surplus produce to be sold in Rome. We might hypothesise that estates in the upper Tiber valley supplying Rome might well have been particularly liable to the effects of changes in supply and demand, price and competition, in the city of Rome. If, hypothetically, the Alban Hills produced an excess of wine in a given year, and the price in Rome dropped accordingly, then we might expect producers in Umbria to be affected adversely—even though costs of transporting produce down the Tiber may not have been great. Hence we might expect the situation around Tifernum to differ significantly from those existing where access to a major market was not so easy, and most produce was consumed locally. The archaeological implications of this will be discussed below.

[23] See K. Hopkins & G. Burton, *Death and Renewal*, Cambridge, 1983, 120–200.
[24] Barrington Moore, *Social origins of dictatorship and democracy* (London, 1967) 491 ff. For further discussion of the ideology promoted by Trajan in the context of the *alimenta*, see below, p. 127.
[25] *SHA Marcus* 11.8.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

IV THE ITALIAN *ALIMENTA*

i) *Introduction*

During the last years of the first century A.D. and the early years of the second ury, the emperor Trajan introduced a series of imperial 'Alimentary Schemes' in s in Italy. These are attested by various honorific inscriptions from different s of Italy and, most importantly, by two bronze tablets giving details of entary arrangements in two small and otherwise quite obscure towns. Tra- nally it was argued that since the alimentary schemes involved the loaning of cash sums to landowners in the territories of these towns, this must have been ded to benefit the landowners: so it was assumed that the landowners were in of imperial assistance because of financial difficulties—caused by the 'agricul- crisis' hypothesised from the letters of Pliny. However, in 1964 Duncan-Jones ed convincingly that the *alimenta* were not concerned with benefitting land- rs, but with improving the birthrate in Italy—in fact, the loans were more of an sition on the landowners who received them.[26] This point was taken up by sey, who suggested instead that the effect of the loans on the landowners would be quite minor, either for good or ill.[27] Essentially I follow Duncan-Jones' view e *alimenta*, with Garnsey's revisions: the account which follows is intended arily to relate the alimentary schemes to the prevailing ideology of the Trajanic ipate, to suggest some hypotheses about their distribution within Italy, and to se that the creation of the *alimenta* reflected not so much the difficulties of owners as the pauperisation of the rural peasantry in many areas of Italy.

The institution of the alimenta

The *alimenta* have been the subject of much study over the years since the very of the two Alimentary Tables, from Veleia and Ligures Baebiani.[28] The s table was discovered in 1747 in the basilica of the town, came into the hands Dukes of Parma, and is now in the Museo Nazionale at Parma; it was soon ised to be a document of the first importance.[29] The Ligures Baebiani Table scovered by farm-workers at Macchia di Circello, the site of the urban centre Ligures Baebiani, some 35 km. north of Benevento; presumably it too had displayed in a public building of some kind. It came into the possession of de Agostini, a local landowner and antiquarian, but then had a chequered allegedly being damaged by the visiting German scholar Heinrich Brunn,

[26] P. Duncan-Jones, 'The purpose and organisation of the alimenta', *PBSR* XXXII (1964) a revised version of this work appears in *Economy* (note 17) 288–319.

[27] D. A. Garnsey, 'Trajan's *alimenta*: some problems', *Historia* XVII (1968) 367–81.

[28] *IL* XI 1147 (Veleia, A.D. 98–113); IX 1455 (Ligures Baebiani, A.D. 101). There is a vast raphy on the Tables and the problems they raise, outlined by Duncan-Jones, *Economy* (note 17) ndamental are: F. G. de Pachtère, *La table hypothécaire de Veleia* (Paris, 1920) and P. Veyne, 'La e Ligures Baebiani et l'institution alimentaire de Trajan' in *MEFRA* LIX (1957) 81–135; LX (1958) 177–241; in addition to the work by Duncan-Jones and Garnsey (notes 17 and 27) owing seem to me to be the most significant recent contributions: E. Lo Cascio, 'Gli *alimenta*, tura e l'approvvigionamento di Roma', *Rend. Linc.* VIII 33 (1978) 311–51; E. Champlin, and neighbours at Ligures Baebiani', *Chiron* XI (1981) 239–64.

Aurigemma, *Velleia* (Rome, 1948) 5.

and then fortunately saved when the De Agostini collection at Campolattaro wa destroyed by brigands. In 1875 it was sold to the Museo Kircheriano in Rome, and i now in the Museo Nazionale delle Terme.[30] Both documents preserve a list o landowners who pledged some or all of their properties to the Alimentary scheme; i exchange for a lump-sum loan, the amount of which was calculated as a percentag of the value of the land pledged to the scheme, the landowners would be obliged i perpetuity to contribute a certain sum each year into a fund for the maintenance o poor children in the city (and doubtless its territory as well). The loans were calculated very roughly, with the desire for round numbers often overcoming financial accuracy—the Ligures Baebiani Table in particular is notable for its general sloppiness. Both at Ligures Baebiani and at Veleia, the loans provided for the landowners were on average 7 or 8 per cent of the value of the respective estates, and they seem in both places to have paid approximately 5 per cent of this loaned amount annually into the alimentary fund.[31] The Ligures Baebiani Table does not specify how much each child received, but at Veleia the figures were: legitimate boys, 16 HS monthly; legitimate girls, 12 HS; illegitimate boys, 12 HS; illegitimate girls, 10 HS.

That the schemes were thought to be significant (and popular) is indicated by the fact that the *alimenta* continued (and new schemes were set up) at least until the early third century.[32]

What was the point of the schemes? Rostovtzeff thought they were intended to help landowners—possibly those with small properties—by providing them with loans.[33] Several pieces of evidence tell against this view. Firstly, although the landowners received substantial sums of the money from the scheme, they were apparently obliged to contribute each year to the local alimentary fund—in perpetuity. This might have made the *alimenta* a rather double-edged benefaction, as far as they were concerned, depending on the size of the sums involved. Besides, the arrival of large sums of fluid cash in a given community would presumably have had the effect of increasing prices locally—so tools, hardware and so on, which might usefully be bought to improve the cultivation of an estate, would have increased in price. The only way in which the farmer might benefit would be if the loan was used to 'tide him over' while new crops were planted, for example olives or vines; but little large scale growing of these crops takes place in the Ligures Baebiani area today, and it seems inherently unlikely that the situation in antiquity was much different. So it looks as if the landowners would have derived little benefit from their loans. We cannot tell what the money was spent on. Indeed, if the landowners were beneficiaries in the scheme, we would expect them, not the *pueri puellaeque alimentarii*, the recipients of the monthly payments, to dedicate to the emperor. On the other hand, if the landowners were performing a notable act of generosity, we would expect this to be commemorated in a fitting fashion on the inscription: Roman

[30] M. De Agostini, *I Ligori nel Sannio* (Benevento, 1984) 69 ff; T. Mommsen, *Corpus Inscriptionum Latinarum* IX (Berlin, 1883) 126.

[31] Duncan-Jones, *Economy* (note 17) 290.

[32] Duncan-Jones, *Economy* (note 17) 318–19.

[33] *SEHRE* (note 2) 199.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

efactors were seldom shy about claiming full credit for their generosity. Instead, Table seems to be more an official record of the sums contributed: the letters are y small, and the whole document is compiled rather incompetently. It is hardly a ument that would have satisfied a benefactor.[34] Even though the alimentary ns were of no particular benefit to the landowners, and the obligation to pay in petuity an annual contribution to the alimentary fund would have reduced the e of estates engaged to the scheme, we need not think that this obligation was ously detrimental to the economy of individual farms: the size of the annual tribution made to the fund would be unlikely to worry landowners with the siderable resources recorded on the Table, except perhaps in a year with very r harvests.[35] The arrangements made to finance the scheme through the tributions of landowners seem rather to have been intended to facilitate the oth running of the scheme: it is clear from Pliny's letters that investment in land much the best way to safeguard invested capital and ensure a secure return n a benefaction was being arranged.[36] It also made it less likely that funds set le for an alimentary scheme might be diverted to other purposes by the municipal horities; and obviate the necessity to carry large amounts of cash around Italy ry year. It seems unlikely that the alimentary loans would have been forced pulsorily on the landowners;[37] this would have been quite contrary to Trajan's ed principles, declared in one of his letters to Pliny,[38] but equally well, it is hard magine a landowner refusing to participate in an imperial act of generosity when ited to do so by the commissioner organising the local alimentary scheme.

So there is a considerable body of evidence to suggest that the *alimenta* were nded exclusively as a benefit for poor children: and, by association, for their city. aracteristically, inscriptions commemorate the *liberalitas* of the emperor;[39] these y be erected by *pueri puellaeque alimentari*[40] or by the municipal authorities. T. nponius Bassus, who organised the alimentary scheme at Veleia, apparently did same for Ferentinum in Latium, and was made *patronus* of the city; the proposal universal support.[41] Private alimentary schemes had been set up by individual efactors long before Trajan instituted the state *alimenta*. These must have been ple gifts of money to a community for the specific purpose of maintaining poor ldren. The most notable example of these is that of Helvius Basila, who set up an entary scheme at Atina, in Latium, apparently around the middle of the first

[34] Another interesting possibility is that its importance is more symbolic than practical: see M. ad, 'Writing and ritual: a study of diversity and expansion in the Arval Acts', *JRSt* LXII (1985) 62, esp. 139–41.
[35] Garnsey, 'Trajan's *alimenta*' (note 27) 380.
[36] Pliny, *Ep.* VII 18; Duncan-Jones, *Economy* (note 17) 296.
[37] Garnsey, 'Trajan's *alimenta*' (note 27) 377 ff.
[38] Pliny, *Ep.* VII 18.
[39] XI 5395 = *ILS* 6620 (Asisium); XI 5956 (Pitinum, A.D. 139); VI 1492 = *ILS* 6106 (Ferentinum, A.D. 101).
[40] *Pueri puellaeque alimentari*: XIV 4003 = *ILS* 6225 (Ficulea, A.D. 162); IX 5700 (Cupra Montana: reign of Antoninus Pius). *Pueri puellaeque Ulpiae*: XI 5395 = *ILS* 6620 (Asisium); XI 5956 (Pitinum, 139); XI 6351 (Ameria, Trajanic); XI 5989 = *ILS* 328 (Tiferum Mataurense, A.D. 137).
[41] VI 1492 = *ILS* 6106 (Ferentinum, A.D. 101).

century A.D.[42] Private schemes continued to be set up, under Trajan and afterwards.[43] Presumably these private schemes must have had the characteristics other foundations, for feasts, *frumentum et mulsum* and so on, without the elabora organisational structures required for the efficient running of the imperial *alimenta*. private schemes could be set up parallel to the imperial scheme, as a result personal generosity of individuals, it would seem likely that for the emperor, too, was important to be seen to be a benefactor. Although the emperors encourag munificence of this kind[44] this may not have resulted in much. The main argume for taking the numerous attestations of *quaestores alimentorum* as referring to t imperial *alimenta* is that the cost of alimentary schemes was so high: the total cost the scheme at Ligures Baebiani was 401,800 HS, and that at Veleia 1,044,000 HS substantial sums when compared with, say, the construction of a bath-house, whi might cost 300,000 HS.[45] I would suggest that *quaestores* were only needed to mana alimentary schemes if large sums of money, and complicated administrative arrang ments, were involved: both of which were characteristic of the imperial *alimen* Only the most generous benefactor could afford to set up such a scheme; indeed, t cost of the various alimentary schemes around Italy would have been enormous ev for the emperor: perhaps there were motives other than 'straight' generosity at wo here? Pliny provides us with one potential rationale in his *Panegyricus*; according him, the grain-distributions organised by Trajan in the city of Rome would ma beneficiaries a *subsidium belli*, *ornamentum pacis*; 'ex his castra, ex his trib replebuntur'.[47] Another piece of evidence comes from Ferentinum, where the *pa* Pomponius Bassus is described as 'demandatam sibi (curam) ab indulgentissi Imp. Caesare Nerva Traiano Augusto Germanico, qua aeternitati Italiae pro pexit'.[48] How is the *aeternitas Italiae* related to the apparently military rationale of t urban grain distributions? The answer seems to lie in the essentially milita ideology of Trajan's principate. Appointed to the principate from his post governor of Upper Germany, he did not immediately return to Rome, but continu to settle the frontiers; his reign was notable for large-scale foreign wars against t Dacians and Parthians, which are commemorated not only in the titles of Daci and Parthicus, but in numerous monuments of the era. Notable among these are t column which he set up in his new forum at Rome, depicting scenes from his Daci wars, and the arch he erected at Beneventum to commemorate the rebuilding of t Via Minucia as the Via Traiana. This improvement speeded up communicatio between Rome and Brundisium, the major Italian port for Greece and the easte end of the Mediterranean: and may well have been linked with Trajan's plans f campaigns in Parthia, which seem to have affected other areas of Trajan's polic

[42] Helvius Basila X 5056 = *ILS* 977 (Atina, pro-Nero); cf. XI 1602 (Florentia, Flavian).
[43] Duncan-Jones, *Economy* (note 17) 341.
[44] Encouragement to munificence by Nerva: Pliny, *Ep.* X 8.1.
[45] Duncan-Jones, *Economy* (note 17) 336.
[46] Duncan-Jones, *Economy* (note 17) 157.
[47] *Panegyricus* 28.
[48] VI 1492 = *ILS* 6106 (Ferentinum, A.D. 101) line 10.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

[49] Monuments like the arch at Beneventum carried representations of the *ata* along with scenes of military triumphs and the Dacian campaigns.

Here it is interesting to compare a modern parallel; the consistent interest in ographic policy shown by the Fascist regime of 1930's Italy: a regime noted both militaristic absolutism and expansionist policies. Three interrelated policies ed the basis for 'social legislation'; the need to organise the citizens of the state military or para-military groupings, to encourage the birthrate, increase the ulation and to increase grain production. From 1928, a whole series of measures enacted to encourage the birth-rate, bulletins of births and marriages were lished, city by city; the cities with the lowest rates were publicly rebuked. In the e year, various fiscal incentives were granted to large families, and accelerated notion to state employees. From 1933, an annual 'Giornata della madre e del iullo' was held, taking place a few days before Christmas, and obviously oiting the 'mother and child' symbolism of that festival. The most prolific ies in each of the provinces were honoured at an audience with Mussolini elf in Rome.[50] The newspaper 'Il popolo d'Italia' gives an account of one such mony, which took place at Palazzo Venezia on 21 December 1937, 'The *Duce*, in ice quiet with emotion, gently spoke a few brief words, to express his greetings goodwill to the couples. He said he was particularly happy to be receiving them alazzo Venezia, in Rome, now capital of a kingdom and an empire which could be defended by large families, which would ensure the continuity of the great de of Italy throughout the centuries'.[51] Significant here is the emphasis on the tinuity of Italy' (precisely the feeling expressed by *aeternitas Italiae*) and the eness of the reference to the potential military use of the newly born children. It if the authorities are keen not to make too obvious the stark truth behind these nes; that the newly born children were being brought up to serve (and die) in rmies of Italy—in Parthia or Abyssinia. Some of the recipients realised the ications of the schemes; one of the letters of thanks received by the Duce when he ibuted presents to the 2620 couples participating in a *sagra littoria delle nozze* in promised 'in a year we will provide a *Balilla* for our beloved Fascist Italy'—in words, a recruit for the youth organisation promoted by the Fascist regime.[52] Demography could be used also in propaganda against potential opponents: in , Mussolini published an article entitled 'Old England', citing evidence taken the London Record Office to prove that the population of England was ing older and more feeble, as a result of the declining birthrate.[53]

[48] B. M. Levick, 'Pliny in Bithynia—and what followed', *Greece and Rome* XXVI (1979) 119–31. A group commemorating the *alimenta* was erected in the Forum Romanum, and is depicted on the ed Anaglypha Traiani, a sculptured relief found there. See M. Hammond, 'A statue of Trajan ented on the Anaglypha Traiani', *MAAR* XXI (1953) 119–31, and M. Torelli, *Typological ies of Roman historical reliefs* (Ann Arbor, 1982) 91.

[50] On Mussolini's demographic policy, see: L. Salvatorelli and G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo* a (Turin, 1964) 569 ff; E. R. Tannenbaum, *Fascism in Italy: society and culture 1922–1945* (London, 157–8.

[51] *Il Popolo d'Italia* (22 Dec. 1937) quoted in *Opera omnia di Benito Mussolini* XXIX (Florence, 1956)

[52] Salvatorelli Mira, *Storia d'Italia* (note 50).

[53] *Il Popolo d'Italia* (30 Jan. 1938) = *Opera omnia* (note 51) 51–2.

Any hopes Trajan and Mussolini might have had that their schemes wou increase the birthrate and recruitment into the army seem to have been in vain. Fe Italians are attested in the legions in the second century;[54] and there seems to ha been no dramatic increase in the birthrate in Italy during the 1930's.[55]

But if military recruitment was one officially avowed aim of the *alimenta*, h was it decided which towns would receive the alimentary schemes? This is problematic question, given that with the exception of the schemes at Veleia a Ligures Baebiani, the *alimenta* we know about are attested only through dedicatio to the emperor commemorating his generosity (or alternatively to the commissio of the local scheme, as at Ferentinum)—or by a chance mention of a *quae alimentorum*. We can only assume that the distribution of inscriptions recording *alimenta* corresponds roughly to the distribution of alimentary schemes. Having sa that, various explanations for the distribution of schemes can be devised. Those wh see the *alimenta* as a response to agricultural crisis assume that the areas most bad affected were those which received schemes; while Lo Cascio suggests that t density of attested alimentary foundations in Central Italy may be due to a desire the part of the emperor to improve corn supplies to the city of Rome.[56] While it clear that the legislative activity of the emperors was very often concerned primar with problems centring on Rome (compare the 'vine-edict' of Domitian), t geographical position of many of the towns with alimentary schemes attested induc a certain degree of scepticism. Although the territory of Ferentinum, say, might w have been able to provide the capital with corn (transport even here bei something of a problem), the collection and transport of grain from the territories Veleia and Ligures Baebiani would in practice have been so difficult that it is hard see the benefits outweighing the difficulties. Despite the natural association demographic schemes with schemes to increase agricultural production (compa Mussolini's programme), it seems better to emphasise the demographic motive this case. But how are we then to explain the distribution of alimentary scheme There is a notable preponderance of alimentary schemes in central Italy, and few Cisalpina or south of Campania.[57] I would suggest that the answer lies in t existence or absence of rural poverty in certain areas: that the emperor and priva benefactors are unlikely to have spent large sums on supporting poor children if t was not in fact necessary and desirable. But many towns in certain regions of Ita may well have been in the same position: how was the emperor to decide whi communities were to be helped? Perhaps part of the answer lies in patronage of o kind or another—as in so many aspects of Roman life. One of the landowners wi property in the territory of Ligures Baebiani was Neratius Marcellus, consul A.D. 95 and subsequently governor of Britain;[58] the Neratii were also maj benefactors at the neighbouring town of Saepinum, just to the north—it too had

[54] G. Forni, *Il reclutamento delle legioni da Augusto a Diocleziano* (Rome, 1953) 66 ff.

[55] Tannenbaum, *Fascism* (note 50) 158.

[56] Lo Cascio, 'Gli *alimenta*' (note 28) 339 ff, but note the criticisms of Duncan-Jones, *Economy* (n 17) 382–4.

[57] See Fig. 1. The inscriptions are listed in Duncan-Jones, *Economy* (note 17) 337–41.

[58] A. Birley, *The fasti of Roman Britain* (Oxford, 1981) 87 ff.

Senato della Repubblica - Archivio Storico



FIG. 1. Distribution of Alimentary Schemes in Italy

own *alimenta*.[59] It is tempting to suppose that Neratius (or one of the other notabl who possessed land in the area) intervened on behalf of the two communities, a that personal patronage helps in part to explain the way in which limited resour were distributed. Perhaps the body of epigraphic evidence most clearly supporti this idea is the epigraphic corpus from Auximum (modern Osimo, just inland fro Ancona), which provides a picture of continued imperial support for the local elite in particular for one family, the Oppii; it is tempting to see the local *alimenta* as pa of this sequence.[60]

Gaius Oppius Sabinus became consul in A.D. 84, and was then killed in batt fighting the Dacians.[61] Gaius Oppius Sabinus Iulius Nepos M'. Vibius Solem Severus, probably the son of the preceding, was adlected *inter tribunicios* by t Emperor Hadrian and then went on to become consul.[62] Gaius Iulius Oppi Clemens was *candidatus Antonini Pii* for the tribunate and praetorship,[63] and M Oppius Capito was given the *equus publicus* and made curator of the city of Rome b the same emperor.[64] The grateful citizens set up a dedication to Marcus Aurelius. In the context of all this imperial support, the dedication to Trajan commemorati his *munificentia* (and concern for the *subolesi Italiae*)[65] must surely be seen as recogniti of a benefaction given to an obscure town at the instigation of its local elite—o indeed, of a *patronus* of higher and more influential status, who counted the Opp among his own *clientes*. One potential problem with this explanation is that fe alimentary schemes are attested north of the Po, in a period apparently characte ised by greater influence on the part of wealthy natives of Cisalpina. One possibl explanation is that our perception of the relative importance of Cisalpine senator and equites is conditioned by their frequent appearance in Pliny's letters, an perhaps this tends to magnify their importance by contrast with notables from th other parts of Italy. But I would also suggest that one reason for the absence o attested alimentary schemes in Cisalpina is that there was very little rural poverty there; and that recruitment was taking place satisfactorily. Patronage might hav affected the distribution of alimentary schemes within regions of Italy, but th existence of rural poverty attracted the attention of the emperor to those regions i the first place. Another difficulty with explaining the distribution of alimentary schemes partly in terms of patronage is that the *patroni* requesting imperial assistanc for communities would seem to be acting against their own interest, in that their own lands might become subject to the potentially problematic annual obligation. The

[59] IX 2472 = *ILS* 6519: the inscription is set up by a public slave of the town [illegible] *alimentarius*, to his deceased father, a freedman of the city. For the Neratii, see [illegible] *documentario dell'Alifia* (Campobasso, 1982) 61–9.

[60] For an account of the importance of patronage to the cities of Africa, see [illegible] *Patronage under the early Empire* (Cambridge, 1982) 145 ff.

[61] Suetonius *Domitian* 6; *PIR* (ed. 1: ed. H. Dessau, Berlin 1897) 'O' no. 77

[62] IX 5833 = *ILS* 1059; *PIR* (ed. 1) 'O' no. 78.

[63] IX 5830.

[64] IX 5831–2 = *ILS* 6572–3.

[65] IX 5826–7.

[66] IX 5825. IX 5849 attests the career of C. Oppius Pallas as praet[illegible] IX p. 559], quaestor and quaestor of the *alimenta*. In IX 5859 Restut[illegible] his late wife Octavia Prisca.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

planation here is probably that the annual obligation would not have been a very
at burden even on those with large properties, and its payment might well have
n seen as a minor piece of benefaction.

So there seems plausibly to have been some link between the distribution of
mentary funds and the support of important patrons—although the mechanics
not quite clear. We should not be too surprised at this, as patronage impinged on
ually every aspect of Roman public life, and the activities of the emperor were no
eption. But although the importance of patronage needs to be emphasised, it can
y suggest how in practice the distribution of alimentary funds took place, not
at the basic concerns behind the scheme were. I think it highly unlikely that
jan would have devoted so much money—the *alimenta* must have cost upwards of
million HS altogether—on one type of benefaction, at the instigation of patrons,
out there being clear and definite objectives in view. To be sure, the *alimenta*
stituted a benefaction, and the emperor was duly honoured for his generosity:
the emperors were in general extremely careful in the selection of suitable
pients for benefactions, especially when those benefactions, like the *alimenta*,
olved considerable expenditure. As a comparison, I take the example of
oducts—which were on roughly the same scale of expense as alimentary
mes.[67]

Keppie has demonstrated the generosity of Augustus towards the colonies he
founded, and this included gifts of water-supplies, as was the case at Venafrum
Brixia.[68] In this way the emperor acted as patron for his colonies, just as
ublican *deductores* gave benefactions to the colonies they had founded.[69] Benefac-
was also a powerful weapon to be used where the allegiance of important cities
in doubt: as at Bononia, an Antonian colony which was given an aqueduct by
ratus, and Capua, adjacent to Antonian Casilinum.[70] The building of an
duct at Caere by Augustus seems to be part of a series of imperial interventions
it town, which had apparently fallen into dereliction by the first century A.D.;[71]
he building of the Aqua Augusta in Campania, the Serino aqueduct, seems to

[67] Some aqueduct costs: 130,000 HS at Antium (170 B.C.: Livy, XLi, 4.6–7); 400,000 HS for
ovince at Pola (first century A.D.: *CIL* V 47 = *ILS* 5753); 600,000 HS at Verona (V 3402 = *ILS*
3,318,000 HS for an (uncompleted) aqueduct at Nicomedia in Bithynia (early second century
Pliny, *Ep.* X, 37.1); 8,000,000 HS for the Aspendos aqueduct (? 2nd/3rd century A.D.: *IGRR* III
ith J. B. Ward-Perkins, "The aqueduct of Aspendos", *PBSR* XXIII (1955) 115–23); 28,000,000
an aqueduct at Alexander Troas (mid second century A.D.: Philostratus, *Vit. Soph.* II 548).
See L. Keppie, *Colonisation and veteran settlement in Italy* (London, 1983) 114–23. Brixia: *CIL* V
= *ILS* 114; Venafrum: X 4842 = *ILS* 5743.

[68] At Potentia, for example, the censors Q. Fulvius Flaccus and A. Postumius Albinus built an
ct in 174 B.C. (Livy XLI 27.11); the colony had been founded ten years previously by M.
Flaccus (Livy XXXIX 44.10).

[69] Bononia: *CIL* XI 720 = *ILS* 5674. Octavian exempted Bononia from swearing an oath of
ce to him during the Actium campaign (Suetonius *Augustus* 17, Pliny *NH* XXXIII 83), and
ently gave the colony a new charter—to give the impression that it was he, not Antony, who
on the *deductor*, according to Dio (L 6.3).

[70] *CIL* XI 3595, 3596. For the dereliction of the town, Strabo, *Geog.* V 2.3. Perhaps the consistent
in the town displayed by the emperors is a legacy of the 'special relationship' which Rome
with Caere in the fourth century B.C.?

have been linked with improved water supplies for the port of Misenum.[72] An analysis of Augustus' benefactions in this sphere reveals a careful weighing political and social considerations, image-building—'the *princeps* as Republi general'—and concern over the level of expenditure that might result. Even th emperors, like Hadrian, who were known for their widespread benefaction, thou it appropriate to fit a benefaction to local needs or desires.[73] It seems entir plausible that emperors should have directed generous benefactions to wh perceived needs lay.

So I would suggest that one basic principle on which the creation of alimenta schemes lay was the existence of widespread rural poverty in certain areas of Ita and that this was perceived as having affected military recruitment, and the streng of the Italian peasantry generally; just as the growing importance of the slave mo of production in second-century B.C. Italy attracted the attention of politicians Rome partly as a result of difficulties in recruiting free-born soldiers.[74] T distribution of the alimentary inscriptions would tend to suggest that several are were particularly affected: including Samnium, parts of Southern Etruria, t mountainous parts of Umbria and the modern Marche on the Adriatic side of t Appennine chain; and certain areas of Latium and Campania.

Several objections can be made to this thesis. Firstly, if the *alimenta* we intended to relieve rural poverty, why does the city of Rome receive an alimenta scheme?[75] Certainly large numbers of desperately poor people lived in the city, as result of immigration from Italy and the provinces of the Empire;[76] and the urba population enjoyed a privileged position when it came to the distribution of imperi largess. So the presence of an alimentary scheme at Rome should not cause too muc surprise. It is best compared with the *congiaria* to which Pliny refers in an earlie chapter of the *Panegyricus*.

Another, more general, objection to my thesis would be to say that this kind o economic intervention was quite alien to the Roman emperors, who simply did no think in terms of overall economic planning, or poor relief on such a wide scale. Bu this objection falls if we recognise that the *alimenta*, like the vine-edict of Domitian were perceived as a moral measure—and such measures, from the *leges sumptuariae* o the Republic to the Lex Aelia Sentia and Lex Iulia de maritandis ordinibus, had always been popular with the Roman ruling elite. It was not, in fact, as I have shown, only concerned with morality—but the way it is linked with the concept of *seternitas Italiae* certainly makes it seem as if it was.

[72] *AE* 1959, 151; see J. D'Arms, *Romans on the Bay of Naples* (Harvard, 1970) 79–80; I. Sgobbo, 'L'acquedotto romano della Campania', *NSc.* 1938, 75–97.

[73] Dio LXIX 5.3.

[74] Implied by Plutarch, *Tiberius Gracchus* 8.2. Further implications of this pauperisation are discussed below, p. 142.

[75] Pliny, *Panegyricus* 28.

[76] For conditions there (with evidence drawn mostly from the imperial period) see Z. Yavetz, 'The living conditions of the urban plebs in Republican Rome', *Latomus* XVII (1958) 500–17 = *The crisis of the Roman Republic* (ed. R. Seager, Oxford, 1969) 162–79.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

V THE ARCHAEOLOGICAL EVIDENCE

Introduction

During the past few years the attention of archaeologists working in Italy has finally become focussed on the wider picture of rural settlement, rather than on the specific investigation of individual sites. A considerable body of evidence has been collected by means of systematic field-walking and traditional methodologies have been adjusted to take account of regional factors as well as the detail of individual sites. So archaeology is now providing us with a new body of material which can contribute significantly to our understanding of the agrarian history of Italy in the first century A.D.

The beginnings of systematic survey in Italy lie with Thomas Ashby's topographical work in the Roman Campagna at the beginning of this century,[1] but its development came with and after the South Etruria Survey organised by the British School at Rome in the 1950's.[2] It was originally conceived as a study of the consular roads leading northwards from Rome, but it quickly became apparent that the rapid spread of the city's suburbs made the recording of surface remains in the area an urgent priority. Over the subsequent years, methodologies and sampling techniques have gradually been improved: but essentially survey consists of the systematic collection of surface remains, primarily tile and pottery for the Roman period, indicative of ancient settlement. These assemblages are then analysed and dated, using in particular the finewares collected ('Campanian' black-glazed ware for the Republican period, Arretine or similar *terra sigillata* wares, and African Red Slip for the Imperial) as well as other diagnostic artefacts, like amphora-handles, or coarseware rims, bases and handles, where these may be linked to dated pottery sequences from excavations in the vicinity. Maps showing the distribution of ancient sites may then be drawn up, and variations in site frequency from one period to the next analysed. Sometimes it is possible to refine the dating still further, by analysing pottery fabric or referring to typological analyses of fineware forms, such as the work of Morel on 'Campanian' ware, Oxé and Comfort on Arretine ware, or Hayes on African Red Slip,[3] but often much of the material recovered in the course of survey is in such a poor condition that precise dating is very difficult.

Survey may potentially provide answers to a wide variety of questions—from specific points of local topography to problems of regional change and development: but it is at the regional level that its value is most apparent.[4] Part of the increasing sophistication of method over the past few years has been a growing realisation of some of the potential problems associated with the analysis of survey-data. Most

[1] On which see now *Thomas Ashby: an archaeologist fotografa la campagna romana tra '800 e '900* (Rome, [illegible]).

[2] For an overall analysis of the South Etruria survey and further bibliography, see T. W. Potter, *Changing Landscape of South Etruria* (London, 1979).

[3] J.-P. Morel, *Céramique Campanienne: les formes* (Rome, 1981); A. Oxé & H. Comfort, *Corpus vasorum Arretinorum* (Bonn, 1968); J. Hayes, *Late Roman Pottery* (London, 1972); *Late Roman Pottery: supplement* (London, 1981).

[4] See A. Snodgrass, 'La prospection archéologique en Grèce et dans le monde Méditerranéen', *Ktèma* ESC XXXVII (1982) 800–12.

parts of Italy have been exploited for agricultural production of one kind or another over the past two millennia; the economic development now taking place in the areas of the rural South up to now least affected has brought with it much new building: so at any one time much of the land in a given area is likely to be under concrete, crops, fallow, grass or woods. Significant changes have also taken place in the landscape since Roman times, as a result of erosion, deposition and similar factors. Careful choice of areas of study (and relation of survey activity to the agricultural year) may help to solve some of these difficulties, but it is clearly impossible to aim at the identification of all sites in a given area. So attention has recently been focussed on sampling strategies that will allow statistically reliable inferences to be drawn from the data collected.[5] So the main strength of survey is as a means of identifying trends over time in a comparatively large area—and the regional and sub-regional is precisely the range at which studies of Italian agriculture must aim, given the constraints of topography and climate—and the consequent regional variation to which Pliny draws attention, if ancient testimony were needed.

Obviously it is beyond the scope of a piece of this kind to cover the whole of Italy in equal detail. Fortunately, though, systematic (and wholly or partly published) field-survey has taken place in a good selection of areas within the Italian peninsula, which allow a reasonably wide sample to be investigated. It is thus gradually becoming possible to build up a picture of some of the characteristic variations from one part of Italy to another. The next section describes briefly the results of field-survey in certain specimen areas of Italy:[6] the section following discusses some of the historical implications of these results.

V ii) Exposition

The region of Samnium, in the central Appennines, has, despite previous neglect by archaeologists, been the focus of a considerable amount of systematic archaeological survey in recent years. The Biferno valley survey, under the direction of Graeme Barker, took place between 1974 and 1979 in selected areas of the valley, which leads from the central plain around Saepinum and Bovianum (the source of the Biferno is below the modern town of Boiano) down to the Adriatic. The definitive publication of the project is awaited with much interest, but the interim reports so far published make it clear that there is a striking decline in the number of sites inhabited between the late Republic and the second century A.D. —thereafter the number of sites inhabited remains more or less constant. Barker estimates that at the end of the second century A.D. only ⅓ to ½ of the sites known from the late first century B.C. still survive.[7]

A similar pattern emerges from the evidence provided for the Upper Volturno

[5] For a discussion of the problems posed by sampling strategy, see J. F. Cherry, 'Frogs around the pond: perspectives on current archaeological projects in the Mediterranean region' in *Archaeological Survey in the Mediterranean area* (ed. D. R. Keller and D. W. Rupp, Oxford, 1983) 375–416.

[6] See Fig. 2.

[7] G. Barker, J. Lloyd and D. Webley, 'A classical landscape in Molise', *PBSR* XLVI (1978) 42–5. See also J. Lloyd and G. Barker, 'Rural settlement in Roman Molise: problems of archaeological survey', *Archaeology and Italian Society* (ed. G. Barker and R. Hodges, Oxford, 1981) 289–304.

Senato della Repubblica - Archivio Storico



FIG. 2. Archaeological Field Survey in Italy

...y by the San Vincenzo survey. Whereas 22 sites produced 'Campanian' black-...e ware, twelve produced Arretine *sigillata*, but only five African Red Slip ware: ...e evidence for a similar decline in numbers.[84]

Field survey in the territory of the Ligures Baebiani (which I have been ...cting myself) is as yet at an early stage, but of the thirteen Roman sites so far ...tified only three have as yet produced Imperial wares.

There thus seems to be a consistent pattern within Samnium, although there ...f course likely to be variations within the areas investigated by these surveys

[84] See J. R. Patterson, 'The upper Volturno valley in Roman times', in *San Vincenzo al Volturno: the ...ology, art and territory of an early medieval monastery* (ed. R. Hodges and J. Mitchell, Oxford, 1985) ...6.

according to local topography and other conditions—as, for example, between t... Rocchetta plain and the Castelvecchio area in the upper Volturno valley. The lat... is situated just off the road which runs from Aesernia to Venafrum and then conne... with the Via Latina, heading from Rome to Campania. Castelvecchio is therefo... very much part of the 'Northern Campania' economy rather than the 'Samnite' on... as is the case with the Rocchetta plain—at the source of the Volturno and ... considerable distance from any urban centre, in the Imperial period. The secu... dating of imperial sites within Samnium is more difficult than elsewhere, since ... contrast with *terrace ware*, which was produced in kilns all over Italy, *terra sigilla...* seems to have been manufactured at a more restricted number of centres, an... African Red Slip had to be imported: so these latter types seem to have had a le... widespread distribution. Nevertheless, the overall pattern seems clear.

Elsewhere in Italy the situation is very different. The geographical area covere... in the South Etruria Survey provides us with a valuable opportunity not only ... contrast South Etruria with other areas in Italy, but also to compare developmen... within different areas of South Etruria itself. In the Ager Veientanus, for instanc... some sites disappear in the first/second centuries A.D., but others appear and tak... their place, so there is a numerical if not a physical continuity.[85] Further north... however, in the territories of Capena and Sutri, the same period seems to b... characterised by an expansion of settlement into areas not previously exploited ... perhaps these were wooded or otherwise undesirable.[86] A similar pattern is foun... also in the western part of the area investigated by the Cassia-Clodia survey, that i... between Anguillara and Cerveteri.[87] Overall, then, the first and second centurie... A.D. seem to constitute a period in which the countryside in South Etruria was bein... intensively farmed.[88]

Similar variations can be detected within the Ager Cosanus and the Albegn... valley, on the coast of Etruria about 150 km. north of Rome. Here too systemati... survey has been taking place over a number of years, in two contrasting areas. Agai... the final publication of the surveys is awaited, but the interim reports emphasis... regional variations. Both American and Italian teams report that in the Valle d'Oro... the immediate hinterland of the colony of Cosa, many of the sites known in th... Republican period have disappeared by the mid-second century A.D.; although... some do survive, even until the sixth century A.D.[89] On the coast itself, the situation... is a little different; some new sites appear, and there appears to be continuity at th... road-station of Ad Nonas.[90] Inland, the situation changes yet again; in the Albegna

[85] A. Kahane, M. Threipland and J. Ward-Perkins, *The Ager Veientanus, north and east of Veii* (*PBSR* XXXVI (1968)) 150 ff; P. Liverani, 'L'ager Veientanus in età repubblicana', *PBSR* LII (1984) 43.

[86] Sutri: G. Duncan, 'Sutri (Sutrium); notes on Southern Etruria, 3', *PBSR* XXVI (1958) 94. Capena: G. D. B. Jones, 'Capena and the Ager Capenas II', *PBSR* XXXI (1963) 133.

[87] P. Hemphill, 'The Cassia-Clodia survey', *PBSR* XLIII (1975) 157.

[88] Potter, *Changing landscape* (note 78) 133.

[89] S. L. Dyson, 'Settlement patterns in the *Ager Cosanus*', *JFA* V (1978) 251–68, esp. 260; I. Attolini et al., 'Ricognizione archeologica nell'Ager Cosanus e nella valle dell'Albegna. Rapporto preliminare 1981', *Archeologia Medievale* IX (1982) 371.

[90] Attolini et al., 'Rapporto 1981' (note 89) 374–5; I. Attolini et al., 'Ricognizione archeologica nell'Ager Cosanus e nella valle dell'Albegna. Rapporto preliminare 1982–3', *Archeologia Medievale* X (1983) 444.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ry, many of the smaller sites vanish, but six of the larger ones survive into the th century, and two sites, hypothetically identified as villages, appear in the rd century and continue into the fourth.[81] Around Magliano, further up the y of the Albegna, by contrast, there is an increase in the number of sites rded in the first century A.D. and the position of these seems to imply that, as in of Southern Etruria, there was an expansion of settlement into previously ltivated land.[82]

To the south of Rome a similarly varied picture emerges; the Canadian team stigating the Liri valley between Aquinum and Interamna discovered an ase in the number of sites exploited during the second/third centuries A.D.[83] eas survey in the adjacent territory of Fregellae (subsequently of Fabrateria a) has demonstrated a striking decline in the number of sites from the late ublic/early Empire into the second century A.D.: from eleven sites to just two. of these is a ruined bath-house, which has been dated by analysis of its structure r than by the associated pottery.[84]

A final example: the case of Luni, a harbour town with a poor territory, which rently prospered primarily because of the revenue generated by its port—which the major distribution point for the marble quarried just inland. Field-survey led very thinly scattered settlement in the plain inland from the town, and r more dense settlement on the adjacent hillslopes. The hillslopes were ited by small farmsteads until the latter part of the first century A.D. when they pear; but some of the villas on the plain survive until a later stage, and there is antial rebuilding in the urban centre in the middle of the second century A.D.[85] How, then, are we to interpret this variegated pattern? Certainly it banishes letely any concept we might have had of a country-wide crisis in the latter part first century A.D. Indeed, any generalising explanation must of necessity fall e same way. This having been said, though, we must still try to discover or these explanations for these varying situations. Varying factors may be cited: graphical factors, influencing the type of agriculture practicable in a given t, or the subsequent disposal of the products; the existence (or otherwise) of or specialised markets; and, indeed, archaeological factors explaining the ery (or non-discovery) of certain types of site.

Interpretation

The evidence from South Etruria allows us not only to draw comparisons en adjacent areas thoroughly investigated during the course of the survey but o see clearly the enormous importance of the market provided by the city of

Attolini, 'Rapporto 1981' (note 69) 377.
Attolini et al., 'Rapporto 1982–3' (note 90) 458.
I. M. Wightman, 'The lower Liri valley; problems, trends and peculiarities', in *Archaeology and Society* (ed. G. Barker and R. Hodges, Oxford, 1981) 204 ff.
See M. H. Crawford, L. Keppie, J. Patterson, M. L. Verenocke, 'Excavations at Fregellae 1984: part III', *PBSR* LIV (1986) 60–68.
N. Mills, 'Settlement and Landscape in the Ager Lunensis' in *Archaeology and Italian Society* (note –68; B. Ward-Perkins, 'Luni, the property of the town and of its territory' in *Archaeology and ociety* (note 63) 179–90; B. Ward-Perkins, N. Mills, D. Gadd, C. Delano Smith, 'Luni and the untry: the rise and fall of a Roman town and its territory', *PBSR* LIV (1986) 81–143.

Rome, and how its proximity affected rural development. The Ager Veientanus is case in point. In the late Republic, the number of sites occupied in the territory Veii had declined dramatically, and this seems to have affected the condition of th town centre too.[86] This had to be revived by Augustus as the Municipium Augustu Veiens.[87] Thereafter the town seems to have been of no great importance: but th territory apparently prospered, with a continuous number of farms occupied in th first and second centuries. The explanation of this prosperity is probably that th area was given over to the production of *pastiones villaticae* for the Roman market again, perhaps a consequence of the absence of a closer significant urban centre. Th prosperity of the Ager Veientanus in the first and second centuries A.D. indicate that Italian agriculture in general is not likely to have been seriously affected by imports: if an area like the Ager Veientanus, which relied so heavily on the Roinar market, is seen to prosper, then it seems even less likely that other parts of Italy, which supplied towns less easily accessible to imports than the city of Rome, should have been seriously affected by foreign competition, as Rostovtzeff's theory would suggest.

In the nearby Ager Capenas, however, the situation was rather different. The town of Capena seems to have had a significant existence into the third century, and acted as a centre both for marketing and for the activities of the local elites.[88] There were also numerous *sici* in the territory of the town whose inhabitants were involved in the setting up of commemorative monuments.[89] Since much of the Ager Capenas has less ready access to the Tiber than the territory of Veii, it seems probable that Capena itself and the *sici* formed the main market centres for the territory, rather than the city of Rome. The fact that alimentary schemes were set up at Capena[90] and at Lucus Feroniae[91] suggests that rural poverty was a serious problem in the territory, and perhaps the extension of cultivation shown by the field-survey evidence is a response to this, in the form of impoverished peasants seeking to farm previously unused (and probably very poor) land. Comparison between the Ager Veientanus and Ager Capenas thus shows a contrast between one territory supplying the city of Rome, and another its own territory: between the insignificant urban centre of Veii, and the expressions of elite prosperity at Capena.

These contrasting aspects of settlement in South Etruria—relating to the accessibility or otherwise of the markets of Rome—are paralleled by the situation in coastal Etruria, in the Ager Cosanus and the valley of the Albegna.

[86] See P. Liverani, 'L'ager Veientanus in età repubblicana', *PBSR* LII (1984) 36–48.
[87] See J. B. Ward-Perkins, *Veii, the historical topography of the ancient city* = *PBSR* XXIX (1961) 57 ff.
[88] The number of inscriptions dated to the late second century and early third century surviving from the site of ancient Capena is remarkable even taking into account the fact that the site was not occupied after Roman times. See G. Mancini, 'Capena: iscrizioni onorarie di età imperiale rinvenute in località Civitucola', *NSc* 1953, 18–26. *AE* 1953, 164: dedication to Julia Augusta (A.D. 198); *AE* 1953, 165: dedication to Julia Paulina (A.D. 256); *AE* 1958, 168: benefaction by M. Gellius Servandus (A.D. 172). XI 3896–3909, 3910–3913: Fasti ludorum, benefaction of *decurions* and *seviri* (A.D. 199); XI 3873: dedication to Pertinax (A.D. 193); IX 3867a: dedication to Septimius Severus (A.D. 198); XI 3936: monument to L. Pacatius Tyrannus (A.D. 162).
[89] XI 3936 (A.D. 162); *AE* 1954, 166, 167 (late second century A.D.), 168 (A.D. 172).
[90] *AE* 1953, 167 (late second century A.D.).
[91] R. Bartoccini, 'L'anfiteatro di Lucus Feroniae', *Rend. Pont. Acc.* XXXIII (1960–1) 183 (plate 9: text not properly published).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Large estates had been known in the Ager Cosanus from the second century B.C. onwards; dedicated to the production of wine: as at Veii, the city of Rome must have been the main market for the produce of the area, so the town of Cosa had little commercial function. When it was destroyed in the 60's B.C. probably as a result of a piratical attack, it was some time before it recovered, and in imperial times it was a place of no importance.[102] The evidence of survey indicates that further agglomeration of estates took place in the first century A.D.; the production of wine may have continued, but was now probably aimed at quantity rather than quality.[103] The villa at Settefinestre turned to corn production before its abandonment in the second century A.D.: perhaps if any area in Italy was affected by the production of wine elsewhere in the Mediterranean, it was the Ager Cosanus, where the local economy had been geared primarily to the production and export of quality wine.[104]

The lower part of the Albegna valley, just to the north of Monte Argentario, shows a pattern akin to that of the Ager Cosanus: a few wealthy sites survive into the second century and onwards, and some even appear then. These, however, are close to the coast, and appear to be luxurious residential properties rather than being centres of agricultural exploitation. Further up the valley, however, around the modern Magliano, there is an increase in the number of sites inhabited in the first century A.D. —this seems to parallel the situation in the Ager Capenas. The towns of Heba and Saturnia, in the upper part of the valley, act as centres of local activity, and an active *pagus* with its own *curator* is attested in the territory of Saturnia.[105] The parallel with the Ager Capenas is thus quite close: an inland area without effective river communications, with viable towns and *pagi*, with prosperous elites.

Another striking contrast to the situation in the Ager Cosanus is provided by the case of Luni, which has a notably poor territory but a flourishing urban centre. Its prosperity is related to the profits derived from the export of marble from the quarries just inland; less to the agricultural production of the territory.

The territories of Fabrateria Nova, Aquinum and Interamna, in the Liri valley, along the line of the Via Latina, a major route from Rome to Campania. Settlement patterns there do not suggest a close trading link with Rome, however; in the territories of Aquinum and Interamna, the pattern parallels that in the upper Albegna valley and the Ager Capenas, with expansion into previously unexploited areas. To the north-west in the territory of Fabrateria Nova, the situation is very different, with the area in the late first/second century A.D. being apparently exploited from a very few large estate centres. One of these is now known to have been an imperial estate: perhaps imperial property formed an important element in the exploitation of the area. Access to the markets of Rome from this area could only be by means of the Liri and a circuitous route to the south, or alternatively by using vastly more expensive land transport. So the evidence of settlement patterns reinforms the importance of easy water-transport in the provisioning of Rome.[106]

[102] F. E. Brown, *Cosa* I = *MAAR* XX (1951) 73–5; *Cosa: the making of a Roman town* (Ann Arbor, 1980) 73 ff.
[103] Purcell, 'Wine and wealth' (note 4).
[104] See A. Carandini (ed.), *Settefinestre: una villa schiavistica nell'Etruria Romana* (1985) 172.
[105] XI 7265 = *ILS* 6596 (second century A.D.).
[106] Compare Hopkins, 'Models, ships and staples' (note 8) 102 ff.

The situation in Samnium, while in some ways quite different, does incorpo several of the features of settlement history identified in Southern Etruria, and Albegna and Liri valleys. But how are we to interpret the dramatic decline in number of sites inhabited between the end of the first century B.C. and the begin of the second century A.D.? Here the alimentary table of Ligures Baebiani beco relevant again, because it seems to indicate widespread amalgamation of prope and agglomeration of estates. Some of the *fundi* hypothecated to the alimen scheme consist of several smaller properties joined together, demonstrating these estates have been amalgamated since the codification of the names of various *fundi*. Clearly the date at which the *fundi* received their names is of m importance for assessing how quickly property was changing hands.

De Pachtère, in his work on the Veleia table, suggested that the *fundi* mi have acquired their names during the census of Italy carried out by Augustu 13 B.C. and mentioned by Cassius Dio;[107] he is followed by Veyne in his work on Ligures Baebiani table.[108] Champlin is more sceptical, denying that we can iden a date for the naming of the *fundi* at all.[109] However, I would suggest that, even if link with 13 B.C. is unproven, it is possible to associate the naming of the *fundi* w the principate of Augustus. It is clear that the naming of *fundi* by reference *gentilicia* occurred under the Republic: in 54 B.C., Cicero wrote to his brot Quintus, discussing his plan to buy the *fundus Fufidianus* near Arpinum from Fufidius for 100,000 HS;[110] a first century B.C. inscription from Sarsina in Umb sets out the arrangements for a burial-place for citizens of the town—to be situa 'inter pontem Sapis et titulum superiorem qui est in fine fundi Fangoniani'.[111] Bu most interesting piece of evidence comes from the regulations governing Venafrum aqueduct, which refers to two farms in the following way: 'locus ager fundo, qui Q. Sirini L.f. Ter. [est esseve] dicitur, et in fundo, qui L. Pompei M.f. T Sullae est esseve dicitur...' The *fundi* in question are identified by reference t contemporary landowner, rather than having a fixed name. Now the Venafr aqueduct is plausibly said to have been built between 17 and 11 B.C.,[112] so t provides a *terminus post quem* for the giving of names to *all* the *fundi* in Italy. If 13 B is not accepted, then I would suggest that 8 B.C. would be a possible alternative— was in that year that the whole of Italy was divided into *pagi* for administrati purposes.[113] Certainly it would make sense for the two reforms, both extrem significant for the organisation of the census, to take place at the same time. If it accepted that an official codification of the Italian *fundi* took place under Augustu then it does not of necessity follow that the Ligures Baebiani *fundi* had not acquir their names earlier: but I would suggest that the evidence of the Venafru

[107] De Pachtère, *La table* (note 28) 59; Dio 56.28.4–6.
[108] Veyne, *La table* 1958 (note 28) 182.
[109] Champlin, 'Owners and Neighbours' (note 28) 245–6.
[110] *Ad Q. Fr.* III 1.3.
[111] *CIL* XI 6328 = I 1618 = *ILS* 7846 = *ILLRP* 662.
[112] F. F. Abbott and A. C. Johnson, *Municipal Administration in the Roman Empire* (Princeton, 19 330.
[113] See M. W. Frederiksen, 'Changes in the pattern of settlement', *Hellenismus in Mittelitalien* II (P. Zanker, Göttingen, 1976) 348–9.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

duct-edict, from an area in most ways analogous with the territory of the
s, makes it likely that this was indeed the case.
suming, then, that a significant agglomeration of estates did take place, how
l we explain the decline in the number of rural sites over this period
nstrated by field-survey?
wo potential explanations suggest themselves. Firstly the owner(s) and
rs of the estates which were amalgamated might have remained on them as
but living in such poverty—perhaps in huts made of mud or wood—that no
ological identifiable traces of them have survived. This seems to be
ged by Pliny, when he discusses the merits and demerits of purchasing a farm
nt to his own near Tifernum Tiberinum. He comments that one attraction of
g the two farms (just the kind of agglomeration attested by the alimentary
, where two or more adjacent farms are run together and their traditional
likewise joined)'[116] would be that only one farmhouse need be retained as an
-centre, provided that the other was maintained in repair. In archaeological
this would presumably result in an end to the deposition of finewares at the
oned farmhouse.
his leaves the problem of where the *coloni* actually lived: which Pliny does not
His letters referring to his villa 'in Tuscis' concentrate on his leisure pursuits
and do not imply that the tenants are actually living on the premises.
nably they are living in scattered huts, or else in poor *vici*.[117]
he second possibility is that the dispersed owners and tenants drifted away
he land. The land would then be worked either (*a*) by slaves, (*b*) by those of
iginal tenants who still remained in the area, as increased productivity and
mics of scale made exploitation of the land with fewer labourers feasible, (*c*) by
dwellers, travelling out daily to work the fields, or (*d*) a combination of these
nt possibilities. Where did the displaced tenants then go?
our possible destinations spring to mind. They might have become trans-
nt shepherds, itinerant labourers, or bandits; we know that the efforts of
us and his successors failed to eradicate the problem of banditry in the
ines, and indeed elsewhere in Italy. Pliny provides us with an account of two
nts of banditry affecting his own social circle.[118] Alternatively they might have
l to urban or village-centres in the area—or to the city of Rome itself.

o take the last three possibilities in reverse order. Quantifying how many
y-dwellers from Samnium drifted into the city of Rome is virtually impossible,
e comparison between pre-industrial London and Imperial Rome suggests
ere must have been vastly differing mortality rates between the city of Roman
e Italian countryside generally, caused by the appalling living conditions
the capital. So Rome must have been continually sucking in manpower from

[116] A striking example is provided by the Fundi Iulianus Turianus Cambellianus Lucillanus
nus Varianus Vippuianus in the territory of Veleia. (XI 1147, 4.58.)
[117] See P. Garnsey, 'Where did Italian peasants live?', *PCPS* XXV (1979) p. 1 ff.
[118] See *Ep.* VI, 25, with B. D. Shaw, 'Bandits in the Roman Empire', in *Past and Present* CV (1984) p. 10 ff.

the Italian countryside—and indeed the rest of the Empire.[119] Identifying growth in *vici* and *pagus*-centres is even more problematic, as hardly any of these have been excavated at all: but again some indications do exist. Most of the epigraphic evidence pertaining to *pagi* and *vici* dates to the first century B.C., predating the Augustan reorganisation of the countryside; but some interesting inscriptions of imperial date, and the evidence provided by the *Agrimensores*, cast some light on the situation in the first and second centuries A.D. We know that *pagi* had *magistri* who were responsible for carrying out *lustra*, maintaining local roads and providing firewood and other supplies for armies passing through their territory.[120] So the *pagi* had both a religious and an administrative function. The existence of these functions implies the existence of an administrative centre to the *pagus*, and it is hard to conceive of an administrative centre of this type without a resident population. Furthermore, we know that *pagi* in the territory of Beneventum and Ligures Baebiani were given public buildings by benefactors: like the Pagus Vetanus, which received *triclinia* from C. Safronius Secundus in A.D. 167, or the Pagus Lucullanus, which received a *porticus* and a shrine, a *compitum*, from M. Nasellius Sabinus, earlier in the same century.[121] I would suggest that these benefactors would not have chosen to present the *pagi* with benefactions of this kind unless there was a reasonable likelihood of their being used: which inclines me to think that in the territory of the Ligures Baebiani at least, the *pagi* must have acted as a destination for some of the population displaced from the countryside. Many of the towns in Samnium must have grown in size, too. Again, there are difficulties in demonstrating this proposition empirically, as so few towns in the area have been excavated in the exhaustive detail that would be needed for clear proof, but there are some indications that towns did grow in size. For instance, selective fieldwalking at the urban centre of the Ligures Baebiani (undertaken by the author in 1983) would suggest that at least one area of the town expanded in the imperial period: we await with much interest detailed information on the excavations carried out at the site by Prof. W. Johannowsky.

The coherence of the hypothesised link between estate-agglomeration and urban growth is demonstrated by a quite different situation identified in the territory of Interamna, in Latium. There an increase in the number of sites occupied in the second and third centuries was identified[122] but intensive field-walking of the urban centre showed it to have declined over the same period![123]

There is no necessary causal link between the growth of population in a town and its acquisition of substantial public buildings—which might well be more associated with the disposition to benefaction of specific families or individuals. Nevertheless, I think it is striking that at about the same time as the towns of Samnium are acquiring their bath-houses and other public buildings, for the most

[119] I am grateful to Prof. K. Hopkins for pointing this out to me.
[120] Siculus Flaccus 146L; 164–5L. See Frederiksen, 'Changes' (note 113) 346.
[121] Pagus Vetanus: *CIL* IX 1503 = *ILS* 6508; Pagus Lucullanus: *CIL* IX 1618 = *ILS* 6507.
[122] See above, p. 138.
[123] See J. Hayes and E. M. Wightman, 'Interamna Lirenas: risultati di superficie 1979–1981', *Archeologia Laziale* VI (1984) 137–48.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

t of the first century A.D.,'[122] towns in Samnium are apparently growing.

Two factors are presumably at work here. On the one hand, the increasing dth of the Samnite elites, as they acquired more and more property, allowed n to compete in the sphere of public building in the towns selected by Augustus dministrative centres for Samnium; but their increasing landed wealth led to lgamation of estates, and a drift from the land on the part of the rural peasantry. the other hand, the expenditure of the elites in the towns provided casual work the displaced peasants, and the distributions and feasts they organised help to ion their poverty. An increasing differentiation between rich and poor took e in Samnium during this period. Instead of being closely linked to individual rons, those of the poor who moved to the towns were now reliant on occasional efactions given to the populace collectively. The increasing involvement of the nite elites in senatorial politics at Rome—dated by Torelli primarily to the vian period—may also have had effect in some cases of reducing elite spending in towns of Samnium: where this occurred, the urbanised poor will have been in an worse condition. So we can see the *alimenta* in some way as a response to the easing pauperisation of the Samnite peasantry in this period.

So the concept of an overall crisis in Italian agriculture at the end of the first tury A.D. can hardly be sustained in view of the wide variety of patterns ntified through archaeological survey, not only between different regions, but between different parts of different regions. Markets, geographical and climatic ors were all important elements in the different sequences of change in different s of Italy. But the case of Samnium shows quite clearly that elite prosperity and perisation of the rural peasantry could co-exist equally well; for the Samnite e first century A.D. was an era of prosperity and social advancement, but the sequences for the rural peasantry were grim.

VI CONCLUSIONS

the beginning of the first century B.C. many of the towns of Latium and mpania were already very prosperous. The fertility of their territories, the ctive exploitation of those territories through new methods of farming, and the her wealth gained by members of their elites through their involvement in the loitation of Rome's newly-acquired empire resulted in the construction of stantial public buildings in the towns—most often financed from municipal urces, but also as the result of benefactions on the part of the municipal elites.

Even by the time of the Social War, then, these towns had already acquired a stantial stock of public buildings and other facilities; and perhaps had already barked on the process of rivalry between cities which was to prove an important deplored) feature of municipal life under the Empire.

In Samnium, and in some of the upland areas further north, the situation was

[122] M. Torelli, 'Ascesa al senato e rapporti con i territori d'origine. Italia: regio IV (Samnium)', *Epigrafia e ordine senatorio* II (1981) 165-99, esp. 165-78, stresses variation in the pace of urbanisation hin the central Appennines: he points out that urban development and involvement of the local elite senatorial politics occurs much earlier in the territory of the Paeligni than in that of the Pentri, for tance.

rather different. The nature of the landscape, the types of agriculture feasible, a the political identity of those areas had led to a very different settlement histo Samnium (to refer to these analogous areas by one name, for convenience) is a la of rugged mountains—the destination of transhumant flocks and their shepherds and small fertile plains, which could best be exploited by small-scale nucleat settlements. These settlements are known as *sici*, or else were the central places rural districts, or *pagi*. They were the centres of administration in these mountaino areas, the home for members of the free peasantry, and the focus of the ambitio and generosity of the local elites. Also important elements in Samnite culture we the rural sanctuaries, acting as regional cult-centres; these too were helped by eli generosity. For the time being, towns were not of major importance except whe Latin colonies had been founded by Rome, as at Aesernia and Beneventum.

As the first century B.C. went on, important changes took place in Ital Rome's Italian allies acquired Roman citizenship as a result of the Social War, a this led the elites in many parts of Italy to transfer their attentions to the city Rome and to political competition there. In the Appennines, however, the vivacity the *sicar*-based system continued throughout the first century B.C. Although so *sici* began to decline then, and some 'urban' development began to take place, t relative lateness of urban development there must have been related both geographical factors (the suitability of the *sicar*-system for the exploitation of t small fertile plains characteristic of the Appennines) and to political factors (f example the extent to which the Samnite elites had suffered in the Social War and aftermath).

It was under the principate of Augustus that the main changes in Appenni settlement began to come about. Augustus sought to create a systematic organisati for rural Italy: the division of the whole country into municipal territories and *pag* districts, and the codification of farm-names that allowed effective administration the census, were but two aspects of this scheme. He evidently realised that t multifarious *sici* and *pagi* of the Appennines did not fit regularly into his system; so of the *sici* were accordingly raised to the status of *municipia*, and control of t surrounding territory was vested in them. One effect of this was that it distracted t attention of the municipal elites from the *pagi* and *sici* (although these survived) a towards the *municipia*, where they would be able to compete for office and prestige eventually aiming at a career in Rome itself. Those parts of the Appennines t were already effectively urbanised—for example the Paelignian territory—began send senators to Rome, men like Q. Varius Geminus.[123] The elites accordingly beg to build in the newly created *municipia* and neglected the *pagi* and *sici*. By the ca first century A.D., the Samnite *municipia* were beginning to acquire the facilit which their counterparts in Latium and Campania had gained a century earlier.

During the first century A.D. municipal life continued to prosper in t Appennines. Two related factors seem to have been responsible. First, the grow wealth of the local elites: they tended to be interrelated and closely-knit, and t generosity provided the towns with baths, aqueducts and other facilities. The sec factor in the growing prosperity of the towns of Samnium was their gradual gro

[123] *CIL* IX 3305 = *ILS* 932: 'primus omnium Pacligu(orum) senator factus est'.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

as significant central places. Created originally as artificial administrative centres, they became flourishing centres of population, and hence of marketing and exchange. The municipal elites can hardly have been expected to spend large sums on public buildings if they were only to be used by rustics for an occasional civic event or by visiting officials involved in the census. In fact, the growing prosperity of the elites was in itself responsible in part for the growth of the urban population. The Ligures Baebiani Alimentary Table demonstrates the extent to which small estates were agglomerated into larger ones during the course of the first century A.D.; archaeological survey within Samnium has provided evidence to suggest that small independent farms were abandoned, and consequently much of the peasantry then lived in poor hovels, as *coloni* of the more successful landowners, or else moved to towns and villages, where they subsisted on wages obtained through occasional work on the large estates, at harvest-time, for instance; or alternatively to the city of Rome.

The second century A.D. saw more of the consequences of the prosperity of the previous years. By now the agglomeration of estates had led to the impoverishment of much of the peasantry in Samnium. The reaction of the emperor Trajan to this increasing pauperisation of the peasantry was to institute the *alimenta*, which were ostensibly intended to improve recruitment into the army of Sabellian peasants, as well as relieving the grave situation which had grown up over the previous few decades: but apparently with little success. Some two hundred years after Tiberius Gracchus acted to reverse the decline of the peasantry in coastal Etruria, the emperor Trajan was doing much the same thing in Samnium, last bastion of *prisca virtus*.

JOHN R. PATTERSON

F39

THE 'CELLA SOLEARIS' OF THE BATHS CARACALLA: A REAPPRAISAL

(Plates VIII–XI)

'Opera Romae reliquit thermas nominis sui eximias, quarum cell architecti negant posse ulla imitatione, qua⟨lis⟩ facta est, fieri. nam cupro cancelli sup[er]positi esse, dicuntur, quibus cameratio tota con tantum est spatii ut id ipsum fieri negent potuisse[nt] docti mechani *Ant. Cara.*, IX, 4–5.[1]

'Among his works at Rome he left the magnificent Baths which b the *cella solearis* of which architects say cannot be imitated in terms of For it is said that lattices either of bronze or of copper were placed ov which the whole vault is entrusted and the span is so great that engineers say it could not have been done.'

This short passage from the *Vita Caracallae* has been the source of endle and dispute among all those who have had reason to study the still exte of the Baths of Caracalla. The passage itself is problematic, as it includ *solearis*, *cancelli*, *cameratio*, *concredita* and *mechanis*, which are not found els *Historia Augusta*—*solearis*, *cameratio* and *mechanis* not being otherwise attes literature,[2]—and one critical alternative reading, *superpositi*/*suppositi*. any one particular interpretation of the text to the standing remains difficult, and each new theory seems to create more problems than it some have been tempted to dismiss the text as hopelessly corrupt or even to abandon the problem entirely because of the lack of structural general considerable importance has been attached to this passage in an suggested for the Baths of Caracalla.[3] It is the aim of this paper, evaluate the previous theories about the *cella solearis* and the evidence f with the addition of one detail of construction previously either ov misinterpreted, to suggest a way that text and structure can in fact be r

The critical point, and the focus of the debate, is the meaning of hence of *cella solearis*. One of the earliest theories, which continues to r support today, was that *solearis* must be derived from *solea*, a sandal, and construction of the *cella solearis*, the details of which were given in the fol of text. Guattani, who published one of the first monographs on the *ce* 1783,[4] gives three possible ways in which *solea* could refer to the ceiling:

[1] Teubner, *Scriptores Historiae Augustae*, edited E. Hohl, 1965, 190–1.

[2] See G. Lessing, *Scriptorvm Historiae Avgvstae Lexicon*, under the relevant entries; *so* and *mechana* are in fact omitted from the Oxford Latin Dictionary.

[3] The passage was rejected entirely by Domaszewski, *Die Topographie Roms bei den Sch*

Lollinet

RECUEILS DE LA SOCIETE JEAN BODIN

II

LE SERVAGE

DEUXIEME EDITION

revue et augmentée

57-616

EDITIONS DE LA LIBRAIRIE ENCYCLOPEDIQUE
BRUXELLES
1959

Senato della Repubblica - Archivio Storico

IV.

LE COLONAT DANS L'EMPIRE ROMAIN (*)

par

Paul COLLINET (†),

Professeur à la Faculté de droit de Paris.

La « Société Jean Bodin » devant discuter, cette année, le problème du servage, son Comité directeur a jugé nécessaire d'ouvrir la discussion par un exposé de la question du Colonat, que les historiens regardent unanimement comme l'une des sources du servage, tout au moins comme la source principale du servage de la glèbe. Colonat et servage de la glèbe offrent, en effet, indiscutablement, un trait caractéristique commun : colons et serfs de la glèbe sont attachés, eux et leurs descendances, d'une façon indissoluble à la terre d'autrui qu'ils cultivent sous la puissance du *dominus* ou du seigneur. Est-ce une raison suffisante pour que les premiers soient les ancêtres, les précurseurs des seconds ? Un motif de doute surgit de lui-même à l'esprit quand on remarque que, dans toutes les sociétés où le colonat existe, le colon est un homme libre, — à la liberté limitée, évidemment — tandis que le *servus* n'est pas libre. Il nous

(*) Nous adressons nos remerciements à Mlle Claire Préaux et à M. le professeur Ernst Stein, qui ont bien voulu nous suggérer quelques retouches et dont les communications complètent efficacement la nôtre. Des remerciements sont dus aussi à M. le professeur Olivier-Martin pour son aide amicale et précieuse. On comprendra que le caractère de ce Rapport nous ait fait négliger nombre de points d'érudition; cf. notre communication au Ve Congrès des Etudes byzantines (Rome, sept. 1936), « La Politique de Justinien à l'égard des colons », dans *Atti del V Congresso internazionale di Studi bizantini*, Roma 1938, p. 600 sqq.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

faudra donc tenter de résoudre l'énigme, qui n'est pas au reste la seule dans la longue et obscure histoire du colonat.

Pour préparer la réponse à la question en jeu, — quels sont les rapports entre le colonat et le servage de la glèbe, — nous avons dû reprendre toute l'histoire du colonat, d'après les textes, toujours trop rares au gré de l'historien et d'après les travaux des auteurs, très abondants, au contraire, et dont les principaux seront indiqués ci-dessous. Nous avons fait cet examen en conformité avec la méthode que nous avons qualifiée jadis, au Congrès d'Oslo (1928), de « Méthode complexe et relative » et qui a paru alors recueillir l'adhésion des auditeurs.

Les recherches conduites par cette méthode nous ont fourni des résultats nouveaux en partie. Voulant demeurer sur le terrain bien délimité choisi par le Comité de Direction et désirant, avant tout, tâcher d'apporter une contribution utile — non définitive, cela va sans dire —, à l'étude du problème du servage, nous ne croyons pas trahir la confiance qu'il a mise en nous en ne produisant pas le mémoire, encore imparfait, qui renferme ces résultats. Toutefois, il nous semble instructif d'en extraire quelques idées générales et capitales pour la connaissance de l'économie du colonat.

Par précaution aussi, nous avouerons que nous avons examiné la question du colonat seule, non la question des origines du servage: celle-ci ressortant au champ de l'Histoire médiévale et de l'Histoire du Droit médiéval, il nous a paru d'une méthode plus féconde de reprendre toute la question du colonat lui-même, en l'amenant jusqu'à la veille du Moyen Age. Notre résumé allant des origines du colonat à sa fin, peut-être ceux de nos confrères qui connaissent à fond les origines du servage y trouveront-ils la clef du rattachement de l'une à l'autre institution, en discutant l'hypothèse émise par nous au terme de cet exposé.

***

Jusqu'à présent, aucun ouvrage complet n'a été composé

sur l'histoire générale du colonat, de cette institution très répandue et qui est un élément capital de ce que Paul Lacombe a appelé « L'appropriation du sol ». On en limite d'ordinaire l'étude aux peuples riverains de la Méditerranée, laissant à d'autres historiens ou juristes l'étude du colonat dans l'Europe orientale, que, naturellement, faute de compétence, nous n'aborderons pas. Dans les limites accoutumées, le seul travail d'ensemble relativement récent est l'article excellent d'O. Seeck dans le *Pauly-Wissowa*, v° *Colonatus*, article paru en 1901 et, par force, en retard. Auparavant, les pages célèbres de Fustel de Coulanges dans ses *Recherches sur quelques problèmes d'Histoire* (parues en 1885) se proposaient déjà de traiter du colonat en général; elles demeurent fondamentales, malgré leur retard forcé aussi, et malgré leurs lacunes sur la période des débuts.

Les autres travaux, nombreux et plus ou moins anciens, ne traitent que d'un morceau du sujet, sauf les Manuels. La plupart de ces travaux, comme les deux précédents d'ailleurs, se réfèrent au Bas-Empire, période plus accessible grâce aux textes des Codes Théodosien et Justinien et, parmi eux, la palme revient encore à l'admirable commentaire du *Codex Theodosianus* de Jacques Godefroy. D'autres travaux, plus à jour, ont mis en œuvre les découvertes d'inscriptions ou les publications de papyrus, dont Fustel de Coulanges et Otto Seeck n'avaient pu profiter ou profiter seulement à peine. Citons seulement les quatre inscriptions de l'Afrique du Nord trouvées à Henchir-Mettich (ou -Mattih), Aïn-el-Djemala, Souk-el-Khmis et Aïn-Ouassel et datant du II° siècle et du début du III° (excellentes notices de P.-F. Girard, *Textes de Droit romain*, 6e édit., Paris, 1937, pp. 199-201, 874-883).

Grâce à ces documents et par un examen approfondi des sources connues depuis plus ou moins longtemps, M. Michel Rostowzew a donné ses *Studien zur Geschichte des römischen Kolonates* (1910), qui, en dépit de l'adjectif « römischen », retrace en détail et avec la plus louable érudition les destinées du

Senato della Repubblica - Archivio Storico 742

colonat dans tout le monde hellénistique aussi bien qu'au Haut-Empire romain, car l'ouvrage — et chacun le regrette — s'arrête au IIIe siècle après Jésus-Christ.

D'après ces auteurs, d'après les articles spéciaux, d'après les textes, voici les quelques idées générales annoncées plus haut; elles constituent une synthèse qui, pour la première fois, relie entre elles, d'un bout à l'autre de l'Histoire, les conclusions fragmentaires et partant disparates déjà obtenues, et que nous complétons.

⁂

I. D'ordinaire, on regarde comme caractéristique du colonat l'attache indissoluble du colon à la terre; cela est exact au Bas-Empire romain et après lui; cela ne l'est pas, pour les diverses régions où le colonat existait avant cette période, ni même pour le Haut-Empire romain. De là résulte que la caractéristique du colonat n'est pas l'attache indissoluble à la terre du maître, mais simplement l'attache à cette terre, ou, plus exactement, l'attache des colons à leur *locus*, dans le monde hellénistique, à leur *origo*, dans le monde romain, qui sont leurs lieux d'origine.

Dissoluble ou non, l'attache à la terre se conçoit d'un bout à l'autre de l'Histoire, comme le moyen le plus efficace, pour le maître d'un grand domaine, d'exploiter avantageusement ses terres: le concept du colonat s'accorde au concept de petite propriété, de petit domaine, de lot taillé dans le grand domaine. La culture des lots par des hommes libres, fixes et profitant des fruits de leur travail presque en entier, est plus productive que la culture par des esclaves, travailleurs forcés, instables et ne tirant aucun bénéfice de leurs peines.

Si grande est la portée de la division chronologique de l'Histoire du colonat en deux phases — les colons non attachés indissolublement à la terre, d'abord, attachés indissolublement à la terre, ensuite — qu'il y faut insister tout de suite. Personne ne doute que, depuis les origines connues du colonat dans le

monde hellénistique jusqu'au Bas-Empire, le colon jouissait de la liberté de circuler, de se retirer de la terre, de changer de résidence à son gré, tandis que, dans le régime nouveau et aggravé, une telle liberté lui est formellement déniée par les empereurs, qui reviennent là-dessus à maintes reprises dans leurs lois.

La coupure entre les deux phases se produit, dit-on couramment, au Bas-Empire à partir du règne de Constantin; la loi de 332 (C. Th. 5, 17, 1) en serait le premier témoignage. En réalité, le nouveau régime était connu de Constantin déjà en 319 (C. J. 11, 63, 1). Il est même possible qu'il remonte plus haut, au milieu du IIIe siècle, sous le Haut-Empire encore, si l'on peut attacher foi à un passage de Zosime (I, 46) : l'auteur parle de Goths qui, sous le règne de Claude II (268-270), reçurent de la terre « et furent attachés à cette terre ». En tout cas, le nouveau régime a été incontestablement créé par une loi perdue d'empereurs inconnus, une loi des ancêtres de Valentinien, Théodose et Arcadius (C. J. 11, 51, un., *s. d.*), qui déclarent le régime nouveau institué par cette loi dans toutes les provinces autres que la Palestine, avec attache perpétuelle à la terre (*quodam aeternitatis iure*).

D'où est venue l'aggravation de la condition des colons ? Les auteurs en disputent toujours; la meilleure hypothèse, qui est aussi la plus répandue, la rattache aux nécessités fiscales; encore faudrait-il s'entendre sur les mots : pas moyen de relier l'aggravation au paiement de la capitation humaine, ni au paiement de la *iugatio terrena* (le cens foncier); la loi de Théodose, Arcadius et Honorius (C. J. 11, 52, un., *s. d.*) s'oppose aux deux hypothèses; car elle fonde formellement l'incapacité des colons de changer de résidence sur l'*originarium ius*, le Droit qui les attache à leur lieu d'origine. Faut-il voir là, suivant une opinion assez soutenue, une application de la « loi d'attache de chaque homme à sa profession », loi historique dominante au Bas-Empire ? Peut-être, mais ce n'est là qu'une conséquence; et de quels faits ? Deux remarques qui ne sont pas faites d'habitude aideront peut-être à préciser le rapport historique entre

Senato della Repubblica - Archivio Storico

l'aggravation du colonat et les nécessités fiscales : 1° Il est intéressant de relever que l'évolution du colonat en Egypte, dès la VIe dynastie (J. Pirenne), offre un processus analogue à celui que présente le colonat romain : en ce qui concerne au moins les βασιλικοὶ γεωργοί gros ou petits tenanciers de la terre royale — les petits en grand nombre —, ils sont rattachés à la terre, dont ils sont les fermiers, par un lien factice, l'ὕλη, l'*origo*, en vertu duquel ils doivent payer l'impôt et accomplir les liturgies personnelles au lieu de leur domicile; ils ne sont pas pour autant attachés au sol légalement, car on les voit menacer de fuir en abandonnant leur ὕλη. Pourtant, sous la domination romaine, le lien avec la terre s'est resserré par l'emploi de la force, soit par la prolongation forcée des fermages, soit surtout par l' ἐπιβολή, et cela sur les domaines impériaux, sur les terres publiques et, sans doute, même sur les terres privées; ce phénomène aurait été concomitant à l'intensification du lien de l'ὕλη, dans un intérêt fiscal, à l'égard de la population tout entière. Est-ce dire que l'aggravation de la condition des petits tenanciers dans l'Egypte romaine est la source ou le modèle du changement en mal accompli dans le colonat ? Ce serait peut-être exagéré; la révolution du colonat romain serait tout au plus un de ces doublets qui se rencontrent parfois en Histoire du Droit; 2° La fixation définitive du colon sur le domaine, sous l'empire des nécessités fiscales, procéderait plutôt, à notre avis, de la transformation profonde, de la vraie révolution qui s'est opérée dans tout le régime de gestion et de surveillance des grands domaines et comme une conséquence de cette révolution, qui semble avoir échappé aux historiens, parce que, jusqu'ici, aucun d'eux n'a cherché à souder le régime du Bas-Empire au régime antérieur. Le régime nouveau de gestion et de surveillance des grands domaines n'est lui-même qu'un élément de la révolution politique et économique, fruit de la crise de l'Empire après la mort de Sévère Alexandre (235). En voici les grandes lignes. Au Haut-Empire, les inscriptions de l'Afrique du Nord permettent de rétablir la hiérarchie des supérieurs des colons comme

suit (de bas en haut) : les *conductores* (et leurs *villici*), le *procurator saltus*, le *procurator tractus* (*Karthaginiensis*), l'empereur. Au Bas-Empire, plus de traces des *conductores* (sauf dans les domaines impériaux, qui forment une catégorie à part, et, après l'Empire, dans le patrimoine de saint Pierre, où s'est maintenu le régime du Haut-Empire), ni des *procuratores*; sur les terres privées, les plus nombreuses, *domini* et colons relèvent de la juridiction des gouverneurs de provinces, au-dessus desquels les préfets du prétoire et l'empereur couronnent la hiérarchie. Au point de vue fiscal, le fisc, au Haut-Empire, touchait en une fois des *conductores* le prix d'adjudication de leurs fermes et laissait à eux ou à leurs agents l'avantage de percevoir les redevances coloniaires et de profiter des corvées. Les *conductores* disparus, les *exactores*, agents du fisc, doivent tirer eux-mêmes du *dominus* pour ses colons et des *adscripticii*, colons de basse classe, directement (*infra*, p. 104), le montant des impôts. Si les colons, de quelque genre qu'ils soient, avaient conservé au Bas-Empire la liberté de changer de résidence (même en gardant leur *origo*), qui ne voit les difficultés qu'aurait rencontrées le recouvrement des impôts ? N'est-il pas naturel que, devant ces difficultés, les *exactores* se soient tournés vers la Cour dont les finances en subissaient les contre-coups, et aient obtenu du prince une loi générale à toutes les provinces de l'Empire, loi édictant l'obligation pour les colons de rester, à perpétuelle demeure, sur le fonds ?

II. Malgré la rupture entre le régime antérieur et le régime aggravé qu'a créé la législation impériale au IIIe ou au IVe siècle, une idée générale domine toute l'histoire du colonat, depuis ses lointains débuts en Egypte jusqu'à sa disparition en France, entre le IXe et le XIe siècles : c'est la merveilleuse continuité qu'elle offre et que Fustel de Coulanges avait déjà remarquée en partie dans les limites où il se cantonnait : continuité dans la division des colons en plusieurs classes; continuité dans les rapports des colons avec le maître du domaine; conti-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

nuité dans la qualité d'homme libre du colon; continuité dans la nature des redevances dues par lui, pour autant, cela va de soi, que les textes trop fragmentaires à de certaines époques permettent de connaître ces choses.

Cette continuité tient évidemment au but économique même du colonat mis en relief plus haut (p. 88) et qui demeure partout et toujours le même : l'intérêt de la culture. Elle serait encore plus fortement appuyée si l'on acceptait l'idée générale développée par M. M. Rostowzew, qu'il existe une véritable unité dans le Droit et dans l'Administration hellénistique, unité perceptible, selon l'auteur, en toutes les régions qui connurent le colonat (disons : sauf les exceptions de la Grèce, de la Gaule et de la Germanie, si les Germains l'ont connu) : Egypte ptolémaïque — le pays-père —, Sicile (loi de Hiéron), Asie Mineure, Afrique du Nord, même, attendu que, en matière agraire, la République romaine et l'Empire n'auraient fait que continuer la politique des Ptolémées et des Séleucides. Du Haut-Empire, la tradition aurait passé au Bas-Empire (avant lequel l'auteur s'arrête) et aurait fini après l'Empire, entre le IXe et le XIe siècles en Occident du moins, tandis qu'elle se poursuivait en Orient. La brillante idée de M. M. Rostowzew rencontre, à vrai dire, de l'opposition : J.-B. Mispoulet tient, à l'égard de l'Histoire romaine du colonat, pour l'influence romaine des lois agraires de la République, non sans quelque vraisemblance.

La continuité dans le colonat, il messiérait toutefois d'en exagérer la portée; l'histoire est, par définition, à la fois continuité et variabilité, comme la vie, qu'elle a pour objet de décrire. Sans entrer dans les détails, nous allons suivre les manifestations principales grâce auxquelles apparaîtra avec assez de clarté la condition des colons.

III. En face de la continuité dans le temps, une autre idée générale nous fait placer la diversité dans l'espace. Le régime du colonat variait d'un domaine à l'autre pour la raison que,

jusqu'au Bas-Empire romain, le législateur ne s'est pas occupé de lui.

Nous n'avons aucune preuve de l'intervention législative avant la loi perdue, visée plus haut (p. 89), ni dans le monde hellénistique, ni dans l'Afrique du Nord, à moins qu'on n'adopte l'opinion de M. J. Carcopino, qui voit dans la *Lex Hadriana* des inscriptions d'Aïn-el-Djemala et d'Aïn-Ouassel (la *Lex Hadriana* de l'inscription de Souk-el-Khmis est-elle la même ?) une *lex data* applicable à tout l'Empire. La *Lex Manciana* des inscriptions d'Henchir-Mettich et d'Aïn-el-Djemala et — selon la majorité — la *Lex Hadriana* sont des règlements qui régissent les rapports entre les colons et les maîtres, sur un ou plusieurs domaines et — tel est l'objet de la seconde — fixent les règles de la mise en culture des *rudes agri*.

Des quantités de *leges* analogues ont dû exister dans tout l'Empire. L'expression juridique qui les désigne est *consuetudo* ou *consuetudo praedii*; l'expression marque nettement le caractère coutumier du règlement du domaine, auquel le maître comme les colons doivent se conformer. La diversité n'exclut pas d'ailleurs la continuité, puisque les empereurs du Bas-Empire, tout autant que ceux du Haut-Empire, s'efforcent de maintenir inchangé le règlement; et l'effort se poursuivra, après l'Empire, de la part de saint Grégoire-le-Grand en faveur des colons du patrimoine de Saint-Pierre.

IV. Diversité également combinée avec la continuité dans l'état juridique du colon : dualité partout et toujours en ce qui concerne les colons libres et les colons esclaves; multiplicité en ce qui concerne les colons libres, jusqu'à leur déclin en Occident. C'est un fait qui n'a pas assez retenu l'attention des historiens et des juristes, lesquels déclarent que le colon, sous l'Empire (ou mieux : au Bas-Empire) et après l'Empire, porte différents noms : *coloni* (μισθωτοί = κάλωνοι), *inquilini*, *originarii*, *originales*, *censiti*, *censibus obnoxii*, *adscripti*, *inserti*, *affixi*, *adnotati*, *capite censi*, *adscripticii* (ἐναπόγραφοι), *tributarii*,

Senato della Repubblica - Archivio Storico 745

rustici. Au Haut-Empire, en Phrygie, les colons se déclarent « πάροικοι καὶ γεωργοί » des empereurs.

Mais il fallait rechercher si, sous ces différents noms, n'existaient pas des classes diverses de colons, « un des côtés les plus délicats et les plus difficiles de ce sujet où tout est difficile » (Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 70); nous donnerons bientôt le fruit de nos recherches sur ce point, en essayant de dissiper l'obscurité que, comme Fustel de Coulanges, confesse l'un des plus éminents romanistes de notre temps, M. B. Kübler, *Gesch. d. röm. Rechts*, Leipzig-Erlangen, 1925, p. 348; nous indiquerons aussi plus tard en quoi la division des colons en classes entraîne des répercussions et sur leur condition juridique et sur la détermination même des origines du colonat.

Dans le monde hellénistique, seule l'Egypte, pour laquelle les papyrus abondent, présente plusieurs variétés de cultivateurs correspondant à autant de variétés de terres (on sait leur complexité); mais deux uniquement paraissent répondre à la définition du colon; les βασιλικοὶ γεωργοί et encore pas avant la domination romaine; les ἐμβλογοι qui font partie des λαογραφούμενοι (« redevables de la capitation »), et que M. U. Wilcken a été le premier à expliquer en le traduisant par *dediticii*.

Sous le Haut-Empire, un seul document, l'inscription d'Henchir-Mettich, laisse apercevoir déjà l'existence de trois classes de colons libres séparés par la différence dans les redevances à payer au maître : 1° les *coloni;* 2° les *colini inquilini;* 3° les *stipendiarii*. Ce sont les lois du Bas-Empire qui donnent la clef des deux derniers termes, on va s'en rendre compte; ici encore, la continuité éclate dans la division en classes.

Au Bas-Empire, les variétés des colons libres se sont multipliées : deux grands groupes existent : A) les colons impériaux et ecclésiastiques; B) les colons privés.

A) Par suite de la diversification des domaines impériaux, les lois règlent la condition des colons des fonds patrimoniaux ou de l'Etat (*res publicae*), des fonds *saltuenses*, des fonds

emphytéotiques, des colons de l'empereur même (*coloni dominici*), du fisc ou du patrimoine privé (*rei privatae*), du trésor (*tamiaci*), des maisons impériales.

B) Les colons privés appartiennent à cinq classes (pas assez distinguées par les auteurs) (1) et que nous proposons de reconnaître (sous les réserves que de droit). Ce sont, dans l'ordre descendant : 1° Les *coloni*; 2° les *inquilini*; 3° les *adscripticii* et synonymes (classe nouvelle); 4° les *tributarii*, successeurs des *stipendiarii* — tous de condition libre; 5° les *coloni servi*.

Définissons-les en quelques mots :

1° Les *coloni* sont les vrais colons, les colons-types. Deux définitions de l'Antiquité — bonne fortune rare — les concernent : la première figure parmi les Glossae insérées dans l'édition de la *Lex romana Visigothorum*, par Haenel, p. 460 (Ve siècle); la seconde vient d'Isidore de Séville (*Orig.*, IX 4) (600), et combine deux sources : Salvien, *De gubernatione Dei*, V, 9, et saint Augustin, *De civitate Dei*, X, 1. Mais cette seconde définition concerne-t-elle vraiment les colons-types, comme on le croit ? Nous le discuterons plus loin (p. 113).

Notre définition est celle-ci : « Le colon (ou la colone) est une personne libre tenancière d'un lot du sol d'autrui, pour lequel elle paie à son supérieur redevances et corvées; sa tenure est héréditaire et perpétuelle; elle ne peut la quitter et, depuis le Bas-Empire, le maître ne peut la lui retirer ». Qui ne se rappelle la formule fortement frappée de Fustel de Coulanges (*op. cit.*, p. 117) : « La terre le tient, et il tient la terre » ?

Les *coloni* (mentionnés à Henchir-Mettich) sont aussi dénommés *originarii*, *originales*, parce qu'attachés, en raison de

(1) M. E. Stein nous informe que M. Saumagne, de Tunis, a tout prêt un ouvrage qui essaie de classer et de dater les divers termes qui, dans les sources des IVe-VIe siècles, désignent les colons et qui n'ont pas été en usage simultanément.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

746

leur *origo*, au sol natal (*genitale solum*) et régis par l'*originarius ius* ou *ius colonatus*. Se rangent dans cette classe, les *coloni triginta annorum*, ceux qui deviennent colons par prescription;

2° Les *inquilini* ou *coloni inquilini* (également mentionnés à Henchir-Mettich) sont, à notre avis, d'anciens fermiers contractuels devenus colons par la résidence prolongée — et forcée peut-être — sur le fonds; ils se rattachent, eux aussi, au domaine par l'*origo*. Ces deux premières classes bénéficient de la *colonaria condicio*. Dans l'ordre fiscal, au IVe siècle, elles sont portées aux *libri censuales*, avec le fonds, sous le nom du maître;

3° Les *adscripticii* s'augmentent, à notre avis, des colons dénommés *censibus adscripti, -obnoxii, -inserti, -affixi, -adnotati*, parfois des *rustici* ou *rusticani*, enfin des *casarii* dans un texte unique; à notre avis encore, ce sont ceux qui, inscrits sous leur propre nom (*proprio nomine*) aux *libri censuales*, et à la suite (du maître) (*ad*), paient l'impôt public directement aux *exactores*. Pourquoi ? L'*adscripticia condicio* est, sur certains points, proche de l'esclavage ou assimilée à lui (*paene est ut quadam servitute dediti videantur*, Arc. et Hon., C. J., 11, 50, 2, *s. d.*). Pourquoi ? Au point de vue chronologique, *adscripticius* apparaît pour la première fois en 366 (Valent. et Val., C. J. 11, 48, 6), les mentions antérieures sont interpolées (O. Seeck); les synonymes cités se groupent entre 370 et 409. Pourquoi si tard ? D'où vient cette classe spéciale ? Qui sont-ils ? Les réponses seront données à propos des « Origines du colonat » (p. 110);

4° Les *tributarii* (= *stipendiarii* d'Henchir-Mettich, selon nous) sont les colons qui paient le *tributum* (anciennement *stipendium*), la *capitatio humana*, la *tributaria sors*, au titre de peuples vaincus ou de peuples ayant demandé d'être transplantés sur le sol romain, fait très connu. C'était la plus basse classe des colons. Ils sont convertis en *coloni* purs à la fin du Ve siècle

par des lois impériales : Illyriens et peuples voisins (Valent., Val. et Grat., C. J. 11, 53, un., an. 371), Thraces (Théod., Arc. et Hon., C. J. 11, 52, un. *s. d.*, an. 392-395);

5° Les *coloni servi* subissent le sort général des esclaves; ils sont inscrits au cens sous leur cote personnelle (*mancipia censibus adscripta*); ils ne peuvent être saisis pour les impôts en retard, ni vendus sans la terre, au même titre que les *originarii*, ou les *rustici* (= ici les *adscripticii*) (Valent. et Val., C. J. 11, 48, 7, pr., *s. d.*). Nous ne reviendrons plus sur eux, sauf à la fin.

Parmi les colons libres, les *tributarii* ayant disparu, les *coloni inquilini* et les *adscripticii* — de ceux-ci Justinien s'occupe encore beaucoup — se fondent en une seule classe dans les sources de l'Occident, du Ve au IXe siècle : *coloni* (libres) s'opposent à *servi* dans les Polyptiques, par exemple. C'est encore une question que de savoir pourquoi les *adscripticii* ont disparu. Peu importe les noms divers donnés après l'Empire au colon libre : *tributarius* (continuité de la tradition romaine), *ingenuus* (mot nouveau) (cf. *manens ingenuilis* — mots nouveaux); ils sont tous égaux.

V. La nature des rapports des colons avec le maître a été très étudiée.

Quelle est, d'abord, la nature du lien juridique qui unit les premiers au second ?

A la base se trouve certainement la notion de concession d'un lot de terre au colon; mais il s'agit d'envisager les modalités qu'a prises cette concession au cours des âges et, sur ce point, nous doutons qu'on retrouve entière la continuité historique que voit dans toute l'Antiquité M. M. Rostowzew.

En Egypte, tant dans l'Egypte ancienne que sous les Ptolémées, la base de la concession est certainement le bail. Les βασιλικοὶ γεωργοί, gros ou petits tenanciers, étaient bien liés à l'Etat, propriétaire de la γῆ βασιλική (la terre du Roi), par des baux de durée illimitée — idée capitale dans le sujet —, mais

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ces baux sont susceptibles d'être résiliés par l'Etat seul, unilatéralement, pour être concédés à d'autres; ces tenanciers exploitent la terre sous le contrôle de l'Etat. Le même genre de concession à bail est suivi en Sicile. Nous avons vu (p. 90) que le régime avait changé, dans l'Egypte romaine, en s'orientant vers la fixation du colon au fonds. Dans les textes latins, le terme *colonus* (en dehors du *colonus* des colonies) désigne normalement le « fermier » lié au propriétaire par le contrat consensuel et synallagmatique de louage (*locatio-conductio*); le *colonus*-type est un fermier que nous appellerons contractuel. Le *colonus* qui donne son nom au colonat est-il du même ordre ? Plus précisément, comme il payait au *dominus* une part des redevances en nature, est-il assimilable au « colon partiaire », fermier à part de fruits, au preneur qui a passé avec le bailleur un contrat dont la *merces* est une part de la récolte au lieu d'être en argent, comme de coutume ? Sur ces points essentiels, la discussion a été vive. Négligeons l'avis de Fustel de Coulanges, qui voyait dans les *obaerati* de Varron (*De re rust.*, I, 17) des fermiers ordinaires redevables à leurs bailleurs d'arriérés considérables et gardés par eux sur le sol à perpétuité. Personne, croyons-nous, n'admet plus aujourd'hui que le colonat aurait été connu en Italie sous la République. La discussion éclose lors de la découverte des inscriptions de l'Afrique du Nord a porté sur la nature des droits du colon, qualifiés par ces documents d'*usus proprius*, *ius possidendi ac fruendi heredique suo relinquendi*, *ius colendi*. Une école (Schulten et M. J. Toutain) a voulu y reconnaître une sorte d'usufruit, d'usage, donc un droit réel sans rapport avec le bail. Edouard Cuq, toujours pénétrant juriste, a combattu cette opinion; il reconnaît dans le colonat des *saltus* africains une variété du colonat partiaire, quoique le colonat entraîne des droits propres et des obligations particulières pour les deux intéressés, droits et devoirs différents de l'usufruit et de l'usage; il y trouve surtout cette différence avec le colonat partiaire ordinaire que les colons partiaires ordinaires, comme les fermiers et les emphytéotes, sont unis au propriétaire par des contrats

exprès de louage, tandis que le colon africain lui est uni par un contrat tacite, dont les clauses sont posées par les *leges* (*datae*) mentionnées déjà (p. 93) et auxquelles adhère le colon — en somme, un contrat d'adhésion, dirions-nous. Pour l'auteur, la détention du colon a tout de même pour fondement le contrat de bail. Ce fondement n'apparaît pas exact à P.-F. Girard qui, à juste titre, selon nous, aperçoit une différence de principes entre le colon partiaire lié par un bail et le colon africain lequel ne contracte pas de bail, même tacite. Son opinion, qu'il n'a pas développée (et avec laquelle concorde celle de M. J. Carcopino), se vérifie par les observations suivantes : le colon africain est stable, le *conductor* ne pouvant l'expulser, tandis que lui, de son côté, est libre d'abandonner la culture; or, la résiliation du bail par la volonté unilatérale du preneur est une notion étrangère au Droit romain; pareillement, le *ius possidendi ac fruendi heredique suo relinquendi* n'éveille en aucune façon le droit d'un fermier ordinaire, ni d'un colon partiaire, pas plus que ne l'éveille la faculté de laisser le *ius colendi* par testament à ses enfants légitimes ou de l'affecter à la sûreté d'une créance (*pignus*, *fiducia*) (cf. *infra*, p. 102). Il nous faut donc rejeter tout rapport entre le bail et le colonat, il nous faut conclure que le colonat du Haut-Empire, prolongé par le colonat du Bas-Empire et par le colonat postérieur à l'Empire, repose sur une base propre dont la notion extra-juridique (c'est-à-dire étrangère au Droit romain courant) se justifie par ses origines mêmes, comme nous tâcherons de le démontrer.

VI. Historiens et juristes ont étudié dans les moindres détails les relations entre le *conductor* ou le *dominus* et leurs colons depuis le Haut-Empire (auparavant, les sources manquent). C'est la partie du sujet qui est la plus familière à tous et que les manuels mêmes mettent à la portée de chacun. Dans un aperçu condensé, tel que celui-ci, on ne saurait réclamer de l'auteur la réédition de tous ces détails; il se bornera donc à en faire la synthèse.

Senato della Repubblica - Archivio Storico
F68

En ce qui touche d'abord le *conductor* ou le *dominus*, dont les droits et les obligations sont bien connus, le principal est de déterminer sa position vis-à-vis de ses supérieurs à lui et vis-à-vis de ses inférieurs, les colons. Il est clair que, tant que le *conductor* ou le *dominus* sont établis sur les grands domaines impériaux, au Haut-Empire ou au Bas-Empire, ou sur les grands domaines du Saint-Siège, des abbayes et des hauts seigneurs laïcs, par la suite, ce personnage n'est pas un propriétaire, le sol appartenant à ses supérieurs; il est un *possessor*, terme souvent employé par les Codes. S'il est établi sur des fonds privés, alors il est un vrai *dominus*, propriétaire, encore que, pendant longtemps, il devra reconnaître le domaine éminent de l'Etat. Vis-à-vis des colons, il jouit de droits, moindres, par définition, que ceux qu'il possède sur ses *servi*. On a fait remarquer que les textes ne disent jamais *dominus coloni*; ils disent *dominus terrae, fundi, praedii, agri, possessionis*; une seule exception non remarquée : *dominus adscripticii*, parce que l'*adscripticius* est dans une situation inférieure et est voisin du *servus* (cf. *infra*, p. 113). Le maître au Bas-Empire n'est, du reste, pas seulement un *dominus*; il est un *patronus* ou un *dominus et patronus* et sa double qualité est énoncée dans une phrase typique : *sed possessor eorum (colonorum) iure utatur et patroni sollicitudine et domini potestate* (Théod., Arc. et Hon., C. J. 11, 52, un., *a. d.*). A ce double titre, il est déjà un « seigneur » (c'est la vraie traduction, comme le note judicieusement Paul Lacombe), il est l'ancêtre du seigneur du Moyen Age, car le régime seigneurial plonge très haut ses racines dans l'Occident et l'Orient du Bas-Empire.

Pas plus que le seigneur, il n'est un maître absolu; un trait essentiel de ses rapports avec les colons, c'est que, dès le Haut-Empire, ces rapports sont fixés, réglés une fois pour toutes par la *consuetudo praedii* (p. 93), qu'il ne peut changer à sa fantaisie. Il ne saurait, surtout, relever arbitrairement le tarif des redevances, comme les cultivateurs de Sicile, sous la République, en subissaient l'effet; et, s'il violait la coutume, la *lex (data)*, les

colons auraient le droit de se plaindre. Sur ce point, pourtant, la continuité a été brisée. Au Haut-Empire, des colons du *saltus Burunitanus* (Souk-el-Khmis) et d'autres colons de l'Afrique du Nord (Gasr-Mezuar, *C. I. L.*, VIII, 14428; ceux établis sur un point du domaine dont dépendait Souk-el-Khmis, *C. I. L.*, VIII, 14451), ou des colons de Phrygie, les *Arageni*, portent leurs plaintes à l'empereur qui y répond par rescrits. Au Bas-Empire, ils les portent au *praeses provinciae*, témoignage du changement accompli dans la gestion des grands domaines (p. 91). Après l'Empire, sur le patrimoine de Saint-Pierre, au Pape directement (saint Grégoire-le-Grand), car le régime du Haut-Empire s'y est maintenu sans variations profondes; ailleurs, au roi.

L'idée générale — on vient de l'entrevoir —, c'est que tout le système du colonat a été conçu dans l'intérêt de la culture, au profit du maître, au profit du fisc, au profit aussi du colon. En ce qui regarde le maître, il est inutile de décrire par le menu ses droits nombreux et ses obligations qui sont corrélatifs aux obligations nombreuses et aux droits du colon. Nous allons en donner le schéma en parlant des colons mêmes.

VII. Les colons ont toujours été des hommes libres, par opposition aux travailleurs esclaves; leurs tenures ont toujours été des tenures « ingenuiles » (terme récent) par opposition aux tenures « serviles ». Au Haut-Empire, l'inscription de Souk-el-Khmis fait voir que, parmi eux, se trouvent même des citoyens romains; la majorité étant des pérégrins. Au titre d'hommes libres, ils ont des droits connus. Bornons-nous, tant la matière a été travaillée, à les grouper :

1° Droit de contracter des *iustae nuptiae* et de conférer la légitimité à leurs enfants qui suivent, en principe, la condition de leur père. La législation du Bas-Empire est extrêmement compliquée, en raison des mariages mixtes, soit d'un colon avec une colone d'une autre terre (formariage), soit d'un colon avec

Senato della Repubblica - Archivio Storico

une colone d'une autre condition que la sienne, soit d'*adscripticiae*, avec un *servus* ou avec un homme libre (*et vice versa*); le sort de la femme et des enfants est minutieusement réglé par la législation qui a parfois varié;

2° Droit d'être propriétaire de biens (autres que le fonds et ses accessoires, dont le colon est seulement détenteur); c'est le *peculium* du colon qu'il n'aliène qu'avec autorisation du maître;

3° Droit d'ester en justice — en ce qui regarde le *peculium* (aucun texte) —, en dehors, contre le maître, pour violation de la *consuetudo praedii* —, pour fixation de la légitimité du titre de ce maître — pour *iniuria* du maître ou des siens;

4° Droit de changer de résidence, reconnu aux colons d'Egypte et d'Asie Mineure et aux colons romains avant le Bas-Empire;

5° Droits sur la terre. Ces droits sont de beaucoup les plus intéressants. Les inscriptions de l'Afrique du Nord nous les indiquent avec une précision, dégagée surtout par Edouard Cuq, M. J. Carcopino et d'autres. Ils variaient suivant la nature des terres. *a*) Terres en friche : sur les *subcesiva*, droit d'*usus proprius*; sur les *rudes agri*, *ius possidendi ac fruendi heredique suo relinquendi*; *b*) Surfaces incultes (*superficies*) : *ius colendi*, susceptible d'être laissé par testament aux enfants légitimes et d'être affecté à la sûreté d'une créance (*pignus*, *fiducia*), inaliénable (à la différence de l'emphytéose qu'il évoque); *c*) Terres en culture : droit de pacage, droit de percevoir les fruits et de les conserver, ou intégralement (les vesces), ou pour une quantité fixe (le miel, cinq setiers par vase), ou pour une quote-part fixée en fonction de celles à verser aux *conductores et* à leurs *villici* (v. *infra*, p. 105).

Au Bas-Empire ou après l'Empire, faute de textes, plus de précisions équivalentes quant à la nature des droits du colon sur la terre.

La liberté des colons cependant n'est pas complète par rapport à ce qu'on nomme aujourd'hui les libertés publiques : défense d'entrer dans l'armée, dans les ordres, de devenir appariteur (ces deux dernières restrictions limitées à l'*adscripticius*, on verra pourquoi).

VIII. Quoiqu'hommes libres, les colons sont, par définition, liés au maître du domaine, et cela, non par un lien personnel (comme les esclaves), mais à cause de leur tenure, par un lien réel. Le lien se manifeste par les obligations dont ils sont grevés au profit du maître, titulaire de droits corrélatifs. Le sujet étant partout exposé en détail, sera seulement résumé ici.

1° L'attache à la terre. Elle est de l'essence même du colonat. On a vu plus haut (p. 90) quelle en était la nature en Egypte, comment elle se symbolisait dans l'ἔδαφος, *origo*, et comment elle s'était resserrée sous la domination romaine.

Pour les colons romains, on a vu aussi pourquoi la liberté de quitter le fonds avait fait place au régime contraire (p. 91). Depuis le IV° et peut-être déjà le III° siècle, la condition du colon s'est aggravée sur ce point capital : l'attache à la terre est devenue légale et indissoluble. Ce trait apparaît dans la première définition du colon indiquée plus haut (p. 95) : (à la différence des *inquilini* ou fermiers) *coloni vero colunt alterius terram quasi suam, sed non migrant, sed in ea perdurant*; il apparaît dans quelques lois, dont la plus souvent citée (Théod., Arc. et Hon., C. J. 11, 52, un., *a. d.*) renferme la phrase célèbre : *et licet condicione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius cui nati sunt*, ce qui ne signifie pas qu'ils sont des « serfs de la glèbe », Fustel de Coulanges l'observe judicieusement. Les lois reviennent à maintes reprises sur l'idée que le colon n'a pas la faculté de se retirer de la terre où il est né — toujours l'*origo*; il doit rester chez son maître. Il fait corps avec la terre; le maître ne peut vendre les colons sans la terre, ni aliéner le fonds sans ses colons. A fortiori, le maître ne peut l'expulser de la terre;

Senato della Repubblica - Archivio Storico
750

seul, Justinien (C. J. 11, 48, 21, 1, an. 530) prévoit l'expulsion de l'homme avec sa terre, mais c'est qu'il s'agit d'un *adscripticius* et la raison de sa position singulière sera donnée en son temps (*infra*, p. 113). Tout cela, par faveur pour la culture, dont l'hérédité du colonat est aussi une marque; pareille faveur justifie que le fils du colon, lorsqu'il a vécu 30 ans ou plus hors du domaine, reste néanmoins colon, si l'un de ses proches l'a cultivé ou le cultive — dérogation flagrante à la règle de libération du colonat par trente ans.

L'attache à la terre se manifeste davantage dans les lois par la répression de la fuite du colon, laquelle frappe aussi bien le recéleur que le coupable, et même la méditation de fuite, moins grave pourtant que la tentative, est punie par la réduction du coupable en esclavage, sans affranchissement possible.

Elle se traduit enfin par la nécessité pour le colon de payer le cens, déjà à la fin du IIIe siècle (c'est peut-être là la raison d'être de la réforme législative qui les attache indissolublement à la terre, si la réforme est de cette date, p. 89). Une différence notable sépare, à ce sujet, les *adscripticii* des autres classes de colons : ceux-ci étant inscrits sur les *libri censuales* sous le nom du maître avec le fonds, le maître fait l'avance du cens dû par les colons *originales* (et pour les autres sans aucun doute); ceux-là étant inscrits sous leur propre nom payent directement à l'*exactor* (Valent. et Val., C. J. 11, 48, 4, an 366).

2° Les redevances. La dette de rente (*reditus*) ou redevances envers le maître est caractéristique du colonat; elle est le signe de la subordination au maître. Elle existe pendant toute la durée de son Histoire — loi de continuité — et — fait plus curieux — le taux est parfois pareil d'une société à l'autre, d'une période à l'autre.

Les βασιλικοὶ γεωργοί de l'Égypte ptolémaïque devaient le 1/5e de leurs productions; sous Tibère, les cultivateurs d'Égypte devaient le 1/3 de leurs récoltes, comme les colons de l'Afrique du Nord. Ceux-ci ne sont donc pas de vrais colons

partiaires (p. 99), puisque, tandis que les vrais colons partiaires partagent avec le bailleur les fruits par moitié (métayage), ils doivent au maître des parts moindres, les *partes agrariae* (Souk-el-Khmis) : effet de la sollicitude des empereurs à leur égard (Edouard Cuq), persistance de la tradition hellénistique (M. Rostowzew). *Ex consuetudine Manciana* (Henchir-Mettich), ils sont tenus, chaque année, à des prestations diverses : les plus notables sont 1/3 du blé, 1/3 de l'orge, 1/3 du vin, 1/3 de l'huile. Les inscriptions d'Aïn-el-Djemala et d'Aïn-Ouassel parlent en bloc de 1/3 des fruits. L'inscription africaine (*C. I. L.* VII, 17841) réduit la part au 1/5, taux de l'Égypte ptolémaïque. Par contre, en raison de leur caractère propre tout opposé au caractère coutumier des *leges* (*datae*) d'Afrique, les lois du Bas-Empire se bornent à des allusions aux redevances qui restent coutumières : *pars fructuum pro solo debita, agraticum*. Constantin (C. Th. 11, 16, 1 = C. J. 11, 65, 2, an. 319) est plus précis : redevances (*obsequia*) de 1/2 et du 1/3 (en Afrique).

Ces lois défendent aux colons de payer en monnaie les redevances dues en nature, à moins d'une coutume contraire *(nisi consuetudo praedii hoc exigat)* (Valent. et Val., C. J. 11, 48, 5, an. 366). De fait, certains acquittent les rentes en or, pour le tout ou pour partie, le reste étant livré en nature (Just., C. J. *h. t.*, 20, 2, an. 529). Après l'Empire, cette habitude se prolonge en Italie, sur le patrimoine de Saint-Pierre, suivant les lettres de saint Grégoire-le-Grand; la part en monnaie se nomme alors *burdario* (terme nouveau). Dans les autres régions, la rente (*reditus, census, tributum; redhibitio, debitum*, termes nouveaux) demeure coutumière et fixe : 1/10 (la dîme) des récoltes en grains (*agrarium*), en lin, en miel (Lois des Bavarois et des Alamans); redevance en monnaie (rare en Gaule); redevances en nature : *canonicum* ou *vinaticum* (termes nouveaux) pour le vin; *agrarium* ou *agraticum* (terme nouveau); 1/2 des récoltes ou 12 deniers ou 2 sous, parfois 1/10e des produits et des moutons (Gaule).

Une redevance particulière est le *commodum nuptiale*

Senato della Repubblica - Archivio Sto

imposé dans le patrimoine de Saint-Pierre aux colons qui se marient, même sur le domaine, redevance dérivée sans doute du droit de formariage, dont nulle trace n'existe pourtant aux lois impériales.

3° Les corvées. Les corvées dues au *conductor* ou au maître du domaine sont, bien moins que les redevances, une caractéristique du colonat. Dans le monde hellénistique, elles n'existent pas; les corvées si nombreuses qui s'y rencontrent sont dues à l'Etat.

Le plus ancien exemple se trouve donc sous le Haut-Empire en Afrique du Nord : corvées d'hommes, d'abord (Henchir-Mettich, Souk-el-Khmis) : deux services de labours par an (*annuae binae aratoriae operae*), deux services de moissons (*binae messoriae operae*), deux services de sarclage (*binae sartoriae operae* ou *sarritiones*); corvées de fournitures d'attelages de bœufs (*iuga*) (Souk-el-Khmis); quatre *aratoriae*, trois *sartoriae*, quatre *messicae* (Gasr-Mezuâr). Ces corvées qui n'ont pour origine ni la tradition hellénistique ni la tradition romaine, seraient une suite de la tradition punique (H. Gummerus). En tout cas, au Bas-Empire, elles se sont étendues à tout l'Empire, ce qui nous paraît difficilement conciliable avec une origine locale. Les lois les mentionnent rarement, sous le nom d'*operae* (travail du colon), de *ruralia obsequia* (du *centibus adnotatus*).

Après l'Empire, en Gaule, existent des corvées de labour, de charroi, de main-d'œuvre, de moisson, — corvées parfois rachetables en argent; en Bavière, elles sont également très nombreuses.

4° Les impôts publics. Nous en avons traité déjà et avons vu comment ils étaient versés par le *dominus* pour ses colons, par les *adscripticii* directement (p. 105).

Parmi les impôts publics figurent des corvées, soit agricoles, soit (de travail) d'animaux (*publicae functiones sive terrenae sive animales*).

IX. Comment devient-on colon ? Comment cesse-t-on de l'être ? Les historiens et les juristes donnent à ces questions des réponses suffisantes (sauf une réserve) pour que notre rôle se borne à en dresser le sommaire :

A. Sources du Colonat. Ce sont :

De tout temps :

1° La naissance, le colonat étant héréditaire;

Au Haut et au Bas-Empire :

2° La transplantation des Barbares sur le sol de l'Empire, soit de force, soit sur leur demande; les exemples assez nombreux concernent des Germains, en majorité les Chunes et les Scyres, peuplades de la Russie du Sud;

Au Bas-Empire :

3° Le mariage d'une personne libre avec un colon ou une colone;

4° La prescription applicable à l'homme libre qui a vécu trente ans sur un domaine et à ses enfants; dérogation au principe romain de l'imprescriptibilité de la liberté;

5° L'attache à la terre des enfants nés du mariage de l'*adscripticius* et d'une femme libre, sauf s'ils cultivent un fonds qui leur est propre;

6° L'attache des mendiants sains et libres à la terre du dénonciateur;

7° La convention par laquelle un homme libre se donne à un maître; c'est la « recommandation », expression usitée dans le langage de l'époque franque; à notre avis, ce mode doit être restreint à l'*adscripticius* (v. *infra*, p. 111).

Toutes ces mesures, plus ou moins attentatoires aux principes du Droit romain ou du Droit naturel, se justifient par le but même du colonat : favoriser l'exploitation des grands domaines par l'extension de la petite culture.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

B. Sortie du colonat. Les modes en sont rares, en raison même de l'intérêt de la culture et n'existent que depuis le Bas-Empire :

1° La prescription libératoire, d'abord par 30 ou 40 ans pour le colon et l'*inquilinus* entrés à la curie ou dans une autre corporation, suivant qu'ils sont restés ou non dans la même province; puis, sans conditions par 30 ans (hommes) ou 20 ans (femmes) avec deux restrictions : l'une à l'encontre du fils qui a quitté 30 ans ou plus la terre que sa parenté a continué à cultiver; l'autre à l'encontre de l'*adscripticius* assimilé aux *curiales*, privé, seul entre les colons, du bénéfice de la libération par le temps (p. 104);

2° La promotion de l'*adscripticius* à l'épiscopat;

3° L'obtention par le colon de son congé après le service militaire;

4° L'expulsion de l'*adscripticius* hors du domaine (p. 104). Malgré les controverses, il ne semble pas que l'affranchissement s'applique au colon. Aussi, un auteur (M. Olivier-Martin) a-t-il raison de dire que le colonat est une condition stable, mais « sans perspectives d'avenir ».

X. Quelle était la condition sociale des colons ?

Hommes libres, sans aucun doute, supérieurs aux fermiers contractuels à certains égards, supérieurs aux colons partiaires ordinaires, à raison de l'exiguïté des redevances, mais astreints aux corvées et grevés d'obligations inconnues de ceux-là, les colons ont toujours été en fait, tout au long de l'Histoire, des individus de basse condition à des degrés d'ailleurs différents et plus ou moins bas suivant leur classe (p. 95), les *stipendiarii* (*tributarii*) mal connus et les *adscripticii* du Bas-Empire se rapprochent des *servi*. On peut le constater, mais sans aucune précision, dans les sociétés les plus anciennes (hilotes de Sparte et autres groupes similaires de la Grèce, si ce sont vraiment des colons; Egypte). On le voit mieux déjà, au Haut-Empire, en

Afrique du Nord : les colons du *saltus Burunitanus* (Souk-el-Khmis) se donnent à eux-mêmes le nom de *vernulae*, quoiqu'ils ne soient pas des esclaves, puisque parmi eux se rencontrent quelques citoyens romains, pour apitoyer l'empereur évidemment; ils se déclarent aussi des *miserrimi homines* (peut-être parce qu'ils ont été maltraités par les soldats appelés de Carthage), des *homines rustici tenues manuum nostrarum operis victum tolerantes, rustici tui* (des rustres de l'empereur), *vernulae et alumni saltuum tuarum*. Par cette redondance d'épithètes, ils font bien ressortir l'infériorité de leur état social.

Ce sont, en somme, des paysans pauvres, de « pauvres diables » (O. Seeck); certains ne possèdent que cinq ruches à miel ou moins. Cela explique que les *conductores*, riches capitalistes, plus puissants en fait que le *procurator tractus*, sans être, comme lui, honorés de l'anneau d'or, ne se gênent pas à leur dam, pas plus que ne se gênaient les autorités de la Sicile, pour relever le tribut.

La médiocrité de l'état de colons a persisté au Bas-Empire, les preuves en sont rares, mais significatives : droit de se plaindre aux *rectores provinciae* des maîtres qui relèvent les redevances; quelques expressions des lois (*quantulacumque possessio, propria commissos mediocritati*, Valent. et Val., C. Th. 11, 1, 14 = C. J. 11, 48, 4, an. 366), passage visant, selon nous, les *adscripticii* seuls); surtout le passage fameux de Salvien. *De gubernatione Dei*, V, 8-9, cité par tous ceux qui se sont occupés du colonat, mais que, pour notre part, nous restreignons aux *adscripticii* encore (*infra*, p. 113).

Il serait cependant inexact, pour juger de la condition du colon en général, de ne considérer qu'un côté de la médaille, le revers; la face montre des avantages incontestables dans cette condition si basse : en particulier, en tout temps, l'avantage de ne pas rester isolé, lui et sa famille, et sans défense contre les pillards (en Afrique du Nord, sur le *limes* romain, le paysan non colon était fort exposé); au Bas-Empire, de jouir d'une tranquillité relative, en face des mêmes pillards et, encore plus, en

Senato della Repubblica - Archivio Storico

présence des tracasseries du fisc. Le colon, à quelque classe qu'il appartienne, se trouve, certes, sous la puissance d'un *dominus*, mais aussi sous sa protection, le *dominus* étant à la fois *dominus et patronus*. Toute l'économie et toute la législation des *patrocinia vicorum* tendent au même but. Si le colon ne possède pas la liberté du propriétaire indépendant, il possède la sécurité, bien précieux aux périodes troublées du Bas-Empire et des siècles qui suivent la chute de l'Empire en Occident.

XI. La condition des colons étant fixée, il nous faut arriver aux deux problèmes les plus obscurs : 1° Quelles ont été les origines du colonat ? 2° Que sont devenus les colons en France après le IX° siècle ?

Sur les origines du colonat, règnent, on le sait, des théories, des hypothèses multiples, dont plusieurs sont périmées et dont quelques-unes seules seront retenues ici. La question se divise d'ailleurs :

A. Les origines du colonat sans attache indissoluble à la terre;

B. Les origines du colonat nouveau avec attache indissoluble à la terre. C'est surtout cette seconde énigme qui a préoccupé les auteurs anciens ou modernes : nous lui avons donné une réponse partielle plus haut (p. 90) en montrant comment l'attache perpétuelle au sol dérivait des nécessités fiscales.

Il reste à essayer de fixer plus largement les origines du colonat en général. Bien des auteurs résolvent le problème par une théorie unique : 1° La défaite des peuples vaincus (de tout temps); 2° La retenue sur les fonds de fermiers contractuels débiteurs de lourds arriérés (sous la République romaine); 3° Le peuplement de grands domaines qui manquaient de bras (sous l'Empire); 4° La transplantation de Barbares sur le sol de l'Empire; 5° La convention, c'est-à-dire le don d'un homme libre au maître ou « recommandation ». En vérité, les origines du colonat sont multiples et complexes, comme celles de tant

d'institutions (1). Prenons d'abord les origines certaines telles que les présentent des textes historiques ou législatifs :

a) D'après les historiens anciens, nombre de Barbares ont été implantés sur le sol de l'Empire par les empereurs des II°, III°, IV° et V° siècles, au titre soit de *tributarii*, soit de colons, soit après leur défaite, soit sur leur demande. La première thèse n'est donc pas entièrement fausse; elle est seulement incomplète; la quatrième thèse est prouvée, mais insuffisante aussi;

b) Les *tributarii* de la Thrace, de l'Illyrie (et régions voisines) ont été transformés en colons véritables par Théodose, Arcadius et Honorius (C. J. 11, 52, un., *a. d.*) et par Valentinien, Valens et Gratien (C. J. 11, 53, un., an. 371);

c) La deuxième thèse, la retenue sur le fonds de fermiers contractuels, est exacte pour les colons de l'Egypte ancienne (VI° dynastie) (J. Pirenne) et pour ceux de l'Egypte ptolémaïque; et, fait guère aperçu d'ordinaire, pour les *coloni inquilini* d'Henchir-Mettich (p. 96) ou pour les *inquilini*, qui se distinguent encore des vrais *coloni* dans les Codes. Il est pourtant invraisemblable que des milliers de colons dans tout le monde antique aient eu ce fait pour origine de leur condition;

d) La preuve en est que Fustel de Coulanges, qui soutenait d'abord cette thèse, en a changé dans son étude un peu plus loin en invoquant les besoins en hommes des grands domaines qui manquaient de bras; troisième thèse. L'argument, a-t-on répondu, ne présente guère de portée; jusqu'au Bas-Empire, ou au moins jusqu'à la crise du III° siècle, les campagnes ne sont pas désertes;

e) La cinquième thèse, la « recommandation », n'est prouvée qu'à partir de 366, on va le voir. A notre avis, en effet, la convention, le don à un maître d'un homme libre avec sa terre est à la base de l'origine des *adscripticii* seuls. Les points d'in-

(1) M. E. Stein nous fait remarquer que les nécessités militaires ont joué leur rôle dans la formation du colonat au Bas-Empire.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

terrogation posés plus haut à leur sujet vont recevoir leurs réponses. Les *adscripticii* (ou assimilés) forment (avec les *tributarii*) la classe la plus basse des colons, voisine de l'esclavage; ils sont de tout petits cultivateurs (p. 109); ils se caractérisent par l'inscription de leur propre nom aux *libri censuales*, inscription qui prend place parmi les modes de preuve de leur condition et à cause de quoi ils payent directement leurs impôts à l'*exactor*; leur entrée sur le domaine exige un acte dit *conductionale instrumentum* (cf. la « conduite » des professeurs engageant leurs services aux universités); eux seuls peuvent être expulsés du domaine avec leur terre. Comment expliquer tous ces traits particuliers, qui les opposent aux vrais colons, sinon en imaginant qu'ils sont d'anciens propriétaires indépendants qui, de gré ou de force (sous la pression des *potentes*) sont venus s'annexer aux autres colons déjà établis sur le fonds ? Leur nom figurait déjà aux *libri censuales* en tant que propriétaires; il y est maintenu après leur soumission au maître. Eux seuls entrent sur le domaine par voie de *conductio*, tous les autres y étant déjà établis. Eux seuls peuvent être expulsés, précisément parce que, le maître les ayant accueillis, est libre de s'en séparer, ce qu'il ne saurait faire pour les autres, et ils sont expulsés avec leur terre, précisément parce qu'eux seuls ont apporté une terre au domaine : c'est donc qu'avant leur entrée, ils étaient propriétaires d'une terre. La preuve historique que telle est bien l'origine de l'*adscripticia condicio*, est fournie par le passage fameux de Salvien, *De gubernatione Dei*, V. 8, 9, que tous les auteurs rapportent au colonat en général, mais qui, quand on l'examine de près après avoir analysé l'*adscripticia condicio* comme nous l'avons fait, ne s'applique exactement qu'aux *adscripticii*. En voici la traduction : « Quand les petits possesseurs ont perdu leur domicile et leurs étroits domaines par l'usurpation ou qu'ils ne peuvent plus y rester, chassés qu'ils le sont par l'avidité des exacteurs, ils vont dans les possessions des riches et deviennent leurs colons. Comme ils ne peuvent conserver leur demeure et leur dignité originaire, ils se soumettent volontairement au joug

et à la bassesse de cette condition, réduits qu'ils sont à la triste nécessité de s'exiler non seulement de leur propriété, mais encore de leur état et de perdre leur liberté après leurs biens ». Salvien n'hésite pas à achever sa déclaration par ces mots terribles : *...quasi Circes poculi transfiguratione mutantur... vertuntur in servos.* Nous n'insisterons pas, avec la suite du texte de Salvien, sur les avantages que procure à ces individus le don de soi à un maître; nous les avons notés déjà (p. 103).

Au contraire, nous rapporterions volontiers aux colons de cette origine seuls la seconde définition des colons, indiquée plus haut (p. 96) et qui semble à première vue générale : Isidore de Séville (*Orig.*, IX, 4) :

> *Coloni sunt cultores advenae, dicti a cultura agri; sunt enim aliunde venientes atque alienum agrum locatum tenentes ac debentes conditionem genitali solo propter agriculturam sub dominio possessoris pro eo quod locatus est fundus.*

Voici nos raison : 1° *Advenae* est emprunté au passage ci-dessus de Salvien; 2° La seconde partie d'Isidore est tirée de saint Augustin (*De civit. Dei*, X, 1); mais le passage de saint Augustin, excellent juriste, se rapportait exactement aux colons en général : *(Sicut appellantur coloni qui) conditionem debent genitali solo propter agriculturam sub dominio possessorum.* Isidore complète sa source en écrivant : *Sunt enim aliunde venientes, agrum locatum, pro eo quod locatus est fundus.* Ces interpolations, comme le terme *advenae* même, conviennent clairement aux propriétaires qui se donnent à un maître; ceux-ci sont des étrangers au domaine; ils viennent d'ailleurs (donc contradiction avec *genitali solo*); ils tiennent un champ loué, un fonds loué, notions qui correspondent bien à l'acte de *conductio* de ces gens (p. 113).

L'apparition de cette classe inférieure dans les lois émises de 366 à 400 (p. 97) correspond à l'état troublé du Bas-Empire. Faire de la « recommandation » la source unique ou l'une des sources du colonat à toutes les époques est un pur anachronisme.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Quelques origines particulières du colonat ainsi connues et qui montrent bien la complexité du sujet, il reste à trouver celle qui conviendra aux colons normaux, à ces milliers de petits cultivateurs subordonnés à des maîtres et qui apparaissent partout. Dans le monde hellénistique, on l'a dit, l'origine prouvée ou probable du colonat est la retenue sur le fonds de fermiers à qui des locations illimitées avaient d'abord été faites. Dans le monde romain, en Afrique du Nord, il a pu en être de même. Les *coloni inquilini* d'Henchir-Mettich ont sans doute pour origine la prolongation forcée de baux à court terme normaux. En face d'eux, des *stipendiarii* d'Afrique qu'on trouve déjà dans la célèbre loi agraire de 643/111, étaient les « indigènes», les « autochtones », les « naturels » qui devaient le tribut, non parce qu'ils avaient été vaincus eux-mêmes — car les « pauvres diables », dans l'Antiquité, n'allaient pas aux armées —, mais parce qu'ils avaient appartenu jadis à des chefs qui, eux, avaient été vaincus — tels, plus tard, les Germains devenus *tributarii* et puis *coloni* — et sur les territoires desquels la République a déduit des colonies (au sens exact du mot) et l'Empire a constitué ou laissé constituer de grands domaines. De ces *stipendiarii* d'Afrique, certains subsistent dans les grands domaines (Henchir-Mettich). D'autres, pour des raisons probablement économiques, sont passés du rang inférieur de *stipendiarii* au rang de *coloni* par la volonté des empereurs et des particuliers qui, afin de faciliter l'exploitation de leurs grands domaines, leur ont concédé, à durée illimitée, des lots avec droits et obligations propres; extérieurement, n'étant pas des *domini*, ces cultivateurs apparaissent comme des fermiers, d'où leur nom de *coloni*; en droit et au fond, ils jouissent d'une situation propre et stable (*colunt alterius terram quasi suam*) (p. 104), dont l'analyse a été donnée (p. 98) et qui se justifie par le but même de l'institution : l'intérêt d'un meilleur rendement de la terre. Ce serait là l'origine de la grande masse des colons dans tout l'Empire, tous attachés à leurs terres natales par l'*originarium ius*. Sous l'angle du Droit privé, ces indigènes colons étaient tous des

pérégrins; à eux se sont joints comme colons des émigrants romains ou des légionnaires libérés, parmi lesquels figuraient les quelques *cives romani* de Souk-el-Khmis qui les désignent plutôt qu'ils ne visent des ex-pérégrins parvenus à la Cité romaine. Entre les autres origines proposées et rappelées ci-dessus, aucune ne leur convient et, en particulier, ni la nécessité de peupler les grands domaines, puisque le matériel humain, comme on dit, se trouvait sur place, ni la thèse de la « recommandation » — au reste plus récente — puisque les futurs colons d'Afrique n'avaient sans doute pas de propriétés à apporter au domaine, ignorant eux-mêmes encore la propriété privée. La genèse du colonat, comme le Droit même du colonat, fait éclater son originalité.

XII. La dernière énigme au sujet du colonat, qui est plein d'énigmes, est celle-ci : que sont devenus les colons en France, après le IXe siècle ? C'est le problème qui touche le plus près aux origines du servage. Nous l'examinerons cependant sans pénétrer dans tous les détails.

Les historiens et les juristes trouvent dans le colonat l'origine du servage de la glèbe, non du servage en général. Les colons auraient été les ancêtres des serfs de la glèbe, c'est-à-dire des serfs qui sont attachés perpétuellement à la terre, par conséquent des serfs de la plus basse condition.

D'après les données des textes qui vont jusqu'au IXe siècle où s'arrête notre enquête, il ne semble pas que l'abaissement de la condition des colons se soit produite d'une façon générale dans la période carolingienne. Au lieu d'ailleurs d'employer les termes abstraits de « colonat » et de « servage de la glèbe », mieux vaut parler de « colons » et de « serfs de la glèbe », attendu qu'il existait encore, à cette date, au moins deux sortes de colons : ceux qui continuent de porter le nom traditionnel de *coloni*, lesquels sont des hommes libres, et ceux qui ne s'appellent pas *coloni servi*, mais *servi* tout court, lesquels ne sont pas libres. Toutefois, ces *servi* sont bien des colons et non pas des « serfs »

Senato della Repubblica - Archivio Storico
756

ordinaires, car ils sont des « serfs cultivateurs », les textes le montrent. Les deux classes restent distinctes dans les documents, la première étant bien plus considérable que la seconde : sur les domaines de l'Abbaye de Saint-Germain-des-Prés, vivaient 8.600 colons contre 1.100 serfs.

Il paraît donc difficile d'admettre que, pour parler comme les auteurs, le colonat soit la source du servage de la glèbe, ou pour parler une langue plus concrète et, partant, plus proche de la vie, que tous les colons sans exception soient devenus des serfs de la glèbe, comme le laisserait croire l'emploi des termes abstraits. Il est, au contraire, possible d'admettre que les *servi*-cultivateurs sont les ancêtres des serfs de la glèbe et eux seuls; bien plus, qu'ils sont tels avant même que l'expression « servi glebae » ne soit inventée.

Expliquons-nous sur les trois points :

PREMIERE IDEE : *Tous les colons ne sont pas devenus des serfs de la glèbe.* — Selon l'opinion courante, tous les colons le seraient devenus, aussi bien les *coloni*, hommes libres, que les *servi*-cultivateurs. Certes, le phénomène, en ce qui touche les premiers, n'aurait eu lieu qu'après le IXe siècle, puisque la distinction des deux classes se voit encore à cette date.

Comment concevoir qu'à partir du Xe siècle, ces hommes libres aient perdu la liberté et, qui plus est, soient tombés au plus bas état des serfs ? Quelles preuves peut-on avancer de cette dégradation de leur condition ? En l'absence de preuves directes, quelle preuve indirecte pourrait-on bien alléguer ? Une seule s'entrevoit : l'institution du régime seigneurial. Mais un tel régime était déjà inauguré dans les grands domaines qui employaient les colons avant même que le régime seigneurial fût constitué définitivement, lors de l'affaissement de l'Etat carolingien. Depuis des siècles, en fait, si ce n'est de nom, les *domini*, et, dans toute la terre habitée, les *potentes* étaient de véritables « seigneurs » ; ils régnaient en maîtres sur les colons

attachés au sol, hommes libres ou *servi*. Lorsque ces *domini* deviennent des seigneurs véritables au sens du Moyen Age, qu'auraient-ils gagné à transformer les cultivateurs libres en serfs de la glèbe ? Les colons ne leur procuraient-ils pas, en fait, tous les avantages que leur procurent les serfs de la glèbe, sauf sur quelques points secondaires ? Les colons libres, même attachés perpétuellement au sol — ce qui constitue déjà une forte restriction de leur liberté — auraient-ils toléré sans révolte, dans l'anarchie du Haut Moyen Age qui favorise les troubles locaux, leur dégradation, leur réduction à la servitude qui entraîne le lien de subordination personnelle auquel ils échappent ?

Bien plus, la dégradation du colon libre, sa servitude nouvelle, se concevrait-elle à l'époque où elle serait survenue, entre le IXe et le XIe siècles ? Une telle déchéance de la liberté est contraire, d'une part, aux idées morales qui, sous l'influence alors toute puissante de l'Eglise, progressent dans le sens de l'extension de la liberté et de l'adoucissement de la servitude même, d'esclavage devenue servage, et d'autre part, contraire au progrès économique qui se réalise par la transformation même de l'esclavage en servage qu'on rapporte unanimement à cette période intermédiaire, et qui, d'après l'opinion nouvelle du Commandant Lefebvre des Noëttes approuvée par M. J. Carcopino, serait due principalement — ou entre autres causes économiques — à la traction animale substituée à la traction humaine.

Comment comprendre alors que, par exemple, les 8.600 colons libres de l'Abbaye de Saint-Germain-des-Prés auraient rétrogradé jusqu'au niveau inférieur des 1.100 serfs de l'Abbaye, que leurs manses ingénuiles se seraient abaissés au rang des manses serviles ?

Mieux vaut croire que la distinction des cultivateurs en deux classes *coloni* (libres) et *servi* (colons), s'est maintenue après le IXe siècle et que ce sont les *servi*-cultivateurs qui, seuls, sont les ancêtres des serfs de la glèbe.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

DEUXIEME IDEE : *Seuls les coloni servi ont pu être les ancêtres des serfs de la glèbe.* — Parmi les colons romains se rencontraient des esclaves, les *coloni servi*, c'est-à-dire des esclaves d'une classe particulière, non des esclaves envoyés par le maître pour effectuer des travaux agricoles sur les terres (la *familia rustica*), au hasard des besoins et sans affectation à un lot fixe, mais des esclaves attachés, au titre de colons, perpétuellement à la terre. Ce sont ces derniers qui se retrouvent sans le nom de *coloni*, sous le titre de *servi* tout court, dans les textes du temps carolingien. Ceux-là ne pourraient-ils avoir été les ancêtres des « serfs de la glèbe » ? Aucun texte en faveur de l'hypothèse, certes; mais la continuité historique observée plus haut dans le cadre des *coloni liberi* ne commande-t-elle pas cette déduction, purement logique, nous en convenons ?

Les *servi* qui cultivent la terre et y sont attachés depuis fort longtemps avant le IXe siècle, sont par essence des « serfs de la glèbe » et ce, avant que la qualification n'en soit employée. On va le voir.

TROISIEME IDEE : *Les « servi-cultivateurs » sont des serfs de la glèbe avant que l'expression ne soit inventée.* — Cette idée surprendra sans doute le lecteur. Et pourtant. La filiation historique entre le colonat et le servage de la glèbe — pour parler le langage courant — n'est apparue comme lumineuse et irréfutable que grâce au rapprochement d'idées, ou plutôt de mots, qu'a suggéré à certains esprits la désignation des colons dans un texte romain : la dénomination de *servi terrae* donnée aux colons par la loi un. § 1 au Code de Justinien (11, 52), et que rappelle exactement l'expression *servi glebae* des textes du Moyen Age. Or, pareille suggestion — on le sait par l'article érudit de M. Marc Bloch, *Serfs de la glèbe; histoire d'une expression toute faite*, *Rev. hist.*, t. 136, 1921, pp. 220-242 — est née, à la fin du XIe siècle, dans la pensée d'Irnerius. Elle n'aurait pu naître dans l'esprit des hommes mêmes du Haut Moyen Age français pour une raison décisive : la loi un. § 1

(citée) du Code de Justinien est le seul texte, le texte unique, qui applique aux colons la qualification de *servi terrae*, or les trois derniers livres du Code de Justinien, on le sait, n'ont été connus en France qu'au XIIIe siècle. Jusque là, le Code Théodosien seul était connu par l'intermédiaire du Bréviaire d'Alaric et ce Code ne renferme aucune loi portant les mots *servi terrae*.

Quand l'expression *servi terrae* a été connue, quoi de plus naturel que les juristes, tous imbus du Droit romain, l'aient appliqué aux « *servi-cultivateurs* » sous le vocable *servi glebae*, « serfs de la glèbe » ? Sans que cela impliquât pourtant que, si le texte eût été connu dès avant, ils l'eussent appliqué à tous les colons (serfs ou libres). Encore Irnerius, en faisant l'équation, se trompait-il; encore l'assimilation repose-t-elle sur une pure méprise dans l'interprétation de la loi un. § 1, puisque, suivant, la fine et juste remarque de Fustel de Coulanges (*op. cit.*, p. 102, n. 5), les empereurs Théodose, Arcadius et Honorius ne disaient pas expressément que les colons (hommes libres, ne l'oublions pas) étaient des esclaves de la terre, mais disaient qu'ils étaient réputés (*aestimentur*) tels; les empereurs sachant bien eux-mêmes quelles différences existent entre la liberté et la servitude.

En conclusion, tous les colons sans exception n'auraient pas été transformés en serfs de la glèbe par la vertu d'une expression, qui est restée toute théorique, comme le démontre M. Marc Bloch; les *servi*-cultivateurs, seuls, les successeurs des *coloni servi*, auraient reçu — et encore seulement aux derniers siècles du Moyen Age — le nom de « serfs de la glèbe ».

Il reste pourtant à essayer de résoudre une énigme nouvelle que les conclusions précédentes soulèvent; il reste au moins à en préparer la solution dont la recherche sort des limites de notre tâche.

Si les *coloni*, hommes libres, n'ont pas été compris après le IXe siècle parmi les serfs de la glèbe, que sont-ils devenus ? Comment a disparu le colonat libre ? Nous émettrons volontiers l'hypothèse qu'ils sont devenus des tenanciers plus indépendants de la terre, les vilains et les roturiers, les cultivateurs,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

petits propriétaires du temps (*sic :* Paul Lacombe). Car d'où viendraient les petites propriétés innombrables des villages français du Moyen Age et leurs tenanciers ? Peut-on croire que ce seraient des vestiges des petits domaines gaulois ou romains, dont il faudrait supposer qu'ils auraient échappé aux invasions, aux misères répétées des siècles, à la constitution des grands domaines de l'Eglise, du fisc ou des puissants ? Le miracle étendu à une grande partie de la France serait bien surprenant.

N'est-il pas plus simple de penser que, sous l'action des idées morales concordant avec la révolution économique signalée, le lien légal entre le colon et la terre s'est rompu, que le colon aura recouvré la liberté de quitter la terre de ses aïeux, qu'il aura désormais la liberté de la céder moyennant versement au seigneur d'une redevance appropriée, qu'il aura désormais la liberté d'acheter une autre terre ou de partir pour la ville, car il faut bien que les villes qui se développent dès le XIe siècle aient reçu comme habitants des gens de la campagne, et, partant, que ces gens aient eu la liberté de mouvement ?

D'autre part, la disparition du colonat en Occident n'a pas été générale, puisqu'il subsiste des « colonges » dans l'Est de la France et en Suisse. L'origine de ces colonges reste énigmatique. Dans l'hypothèse courante selon laquelle la source du servage de la glèbe est le colonat général, les colonges auraient échappé à la dégradation générale; les colongers auraient été d'une condition supérieure, en tant que libres, aux anciens colons réduits à la servitude. Dans notre hypothèse, ils seraient d'une condition inférieure à celle qu'ont atteinte, par la liberté de circulation, les anciens colons élevés d'un degré dans la liberté.

Hypothèses antithétiques entre lesquelles les historiens du Moyen Age se prononceront après une étude approfondie du problème qui, tout autant que l'histoire même du colonat, suscite la discussion.

NOTE COMPLEMENTAIRE

par

M. PALLASSE,
Professeur à la Faculté de Droit de Strasbourg.

« Plus on étudie aujourd'hui le colonat, et plus on se convainc de deux choses :

» 1) Il est loin d'apparaître partout en même temps et avec les mêmes caractères.

» 2) Au lieu d'être une création juridique de toutes pièces, il résulte de la reconnaissance, par les lois impériales et en raison de ses avantages fiscaux, d'une situation de fait qui était elle-même l'aboutissement d'une longue évolution. Cette évolution a dépendu largement des circonstances locales et mis en œuvre, dans chaque région, des coutumes particulières. »

Cette constatation d'un auteur récent (1), nous pouvons la faire nôtre, car elle se dégage tout naturellement de l'ensemble des études parues depuis celle de P. Collinet en 1937 (2). Elle en résume les caractères principaux, que P. Collinet lui-même

(1) L. HARMAND : *Libanius : Discours sur les patronages.* Paris, 1955, p. 137. C'est une thèse complémentaire soutenue en 1949 à la Faculté des Lettres de Paris. A la même époque nous étions arrivés aux mêmes conclusions : M. PALLASSE : *Orient et Occident à propos du Colonat Romain au Bas-Empire* (Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université d'Alger, X). Paris-Montchrestien, 1950. Ces conclusions ont été acceptées par R. MONIER, G. CARDASCIA, J. IMBERT : *Histoire des Institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du Moyen Age.* Paris-Montchrestien, 1955, p. 411, n. 72 et par J. DE MALAFOSSE : *Le Droit agraire au Bas-Empire et dans l'Empire d'Orient* (Rapport général présenté au IVe Congrès International de Droit Comparé, Paris, 17 août 1954), Riv. di Diritto Agrario, 1955, pp. 35-73.

(2) L'ensemble de la littérature sur le colonat est indiqué (jusqu'en avril 1950) par E. VOLTERRA : *Bibliographia di Diritto Agrario Romano* (Osservatorio italiano di diritto agrario), Firenze, 1951; cf. Index, p. 133, v° Colonato.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

avait déjà pressentis, comme nous le verrons en reprenant les douze points de son exposé.

I. Il est bien certain que l'attache indissoluble à la terre n'est un trait caractéristique du colonat qu'au Bas-Empire. C'est le mérite de Ch. Saumagne (1) d'avoir montré comment, par suite des nécessités fiscales, les empereurs ont été amenés à définir successivement les concepts, en vertu desquels les colons sont astreints à résidence : le *jus originarium* qui s'étend à tous, et le *jus census* à une partie d'entre eux seulement. Encore faudrait-il connaître en quoi la fiscalité nouvelle inaugurée par Dioclétien impose-t-elle pareille attache indissoluble, dont les conséquences sur le statut personnel des colons ne se font sentir que plus tard. Nous le savons désormais d'une manière très détaillée par A. Deléage (2).

« La capitation nouvelle ... est... une méthode d'évaluation de la fortune rurale en vue de la répartition de toutes les taxes qui pèsent sur la fortune rurale » (3). Il en résulte que les cultivateurs (*coloni* au sens classique) sont à la fois contribuables et imposables comme tels, soit que l'on considère l'impôt foncier levé sur la terre, soit que l'on envisage l'impôt personnel levé sur les hommes qui y travaillent. Il importe donc pour l'évaluation comme pour la levée de l'impôt, que l'on connaisse exactement le nombre de paysans qui, dans une circonscription déterminée, auront à payer l'impôt soit directement aux *exactores* municipaux, soit par l'intermédiaire du *procurator* impérial, ou du *dominus fundi*.

II. Ceci était d'autant plus facile à obtenir, en dehors des petites propriétés, que durant tout le haut empire les grandes

(1) Etude annoncée par P. Collinet, p. 95, n. 1 : *Du rôle de l' « origo » et du « census » dans la formation du colonat romain*, Byzantion XII, 1937, pp. 487-581.

(2) A. Deléage : *La Capitation du Bas-Empire*, Mâcon, 1945 (Volterra ne signale pas cet ouvrage capital).

(3) A. Deléage, *op. cit.*, p. 255.

propriétés, des empereurs comme des particuliers, s'étaient fractionnées en de multiples petites exploitations, confiées à des fermiers qui se perpétuaient de père en fils sur la même tenure. On pourra désormais se faire une représentation très complète de ce phénomène, grâce à l'ample collection publiée par T. Frank sous le titre *An Economic Survey of Ancient Rome* (1).

III. Mais on ne manquera point d'être frappé par l'extrême diversité économique et sociale de cet empire apparemment unitaire. Diversité sur laquelle justement s'est modelée la capitation de Dioclétien et par le fait même le lien plus ou moins fort qui attache le colon à sa terre. En Orient, la *capitatio humana* qui s'additionne à la *capitation terrena* entraîne (dès 371) l'adscription de ce colon à sa tenure. En Occident, en Egypte et en Palestine, la *capitation plebea* frappe indistinctement paysans et citadins, le principe de l'*origo* demeure déterminant. En Italie enfin, de même qu'en Illyrie et en Thrace, après 371-392, il n'y a pas d'impôt personnel; seule la terre est imposée et l'*origo* là encore garde toute sa valeur, comme sur les domaines impériaux, qui, partout, doivent être mis à part.

(1) Vol. I : T. Frank : *Rome and Italy of the Republic*, Baltimore, 1933; II. A. C. Johnson : *Roman Egypt to the Reign of Diocletian*, id. 1936; III. R. G. Collingwood : *Roman Britain*, J. J. Van Nostrand : *Roman Spain*, V. M. Sacramuera : *Roman Sicily*, A. Grenier : *La Gaule Romaine*, id. 1937; IV. R. M. Haywood : *Roman Africa*, F. M. Heichelheim : *Roman Syria*, J. A. D. Larsen : *Roman Greece*, T. R. S. Broughton : *Roman Asia Minor*, id. 1938; V. T. Rhank : *Rome and Italy of the Empire*, E. A. Fraser : *The Edict of Diocletian on Maximum*, id. 1940, VI. Tables.

Il faut y joindre pour la période républicaine : G. Tibiletti : *Lo sviluppo del Latifondo in Italia dall' epoca graccana al principio dell'impero*, in *X Congresso Internazionale di Scienze Storiche*, Relazioni, II, Florence, 1955, pp. 235-292; et toujours : M. Rostovtzew : *Storia Economica e sociale dell'Impero romano*, Florence, 1946. Enfin, sur les lois domaniales africaines : C. Saumagne in *Tablettes Albertini*, Actes privés de l'époque vandale (fin du Ve siècle). Paris, 1952, pp. 97-142.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Aussi bien le terme abstrait *colonatus* apparaît-il dès 342 sur ceux-ci, seulement en 382 en Occident, et vers 398-409 en Orient.

IV. Cette géographie sommaire que nous venons d'esquisser permet de rendre compte en une certaine mesure des différents noms qui désignent le colon du Bas-Empire, différents noms qui ne sont pas sans évoquer des situations juridiques différentes.

Il faut sans doute distinguer les colons-esclaves, mais il faut écarter aussi les *coloni* et γεωργοί propriétaires, adscrits à leurs terres ou non (1).

Il faut sans doute distinguer les colons impériaux, mais il faut également faire une place aux colons-soldats, les *limitanei* (2).

Restent les hommes libres, cultivateurs des domaines privés, dépendants de leurs propriétaires.

On oublie parfois que l'on a commencé par les appeler conformément à la constitution initiale de 332, *originales, originarii* et qu'il en a été ainsi en Italie (où il n'y a pas d'impôt personnel) au moins jusqu'à l'édit de Théodoric.

Dans les pays de *capitatio plebeia*, Bretagne, Gaule, Egypte (3), on les appelle aussi «*tributarii*» comme les paysans propriétaires et autres redevables à l'impôt personnel.

Faut-il, dans ces mêmes pays et en Afrique, faire une

(1) Ceci résulte très simplement de la rubrique du C. J. XI, 48 : *De Agricolis censitis vel colonis.*

(2) Paulaire, *op. cit.*, pp. 49-59, où nous avons soutenu que les constitutions particulières C. J. XI, 51, un., *De colonis Palestinis*, 52, un., *De colonis Thracensibus*, 53, un., *De colonis Illyricianis*, n'étaient que des applications étendues à une province frontière entière. Ce que confirme en partie : D. Van Berchem : *L'armée de Dioclétien et la réforme Constantinienne* (Inst. franç. d'Archéol. de Beyrouth, LVI), Paris, 1952. Cf. encore : J. Baradez : *Fossatum Africae* (Recherches aériennes sur l'organisation des confins sahariens à l'époque romaine). Paris, 1949.

(3) A. Segal : *The Byzantine Colonate*. Traditio V, 1947, pp. 103-133.

distinction entre « *colonus* » et « *inquilinus* » ? (1). L'un et l'autre s'opposent au *plebeius*, au *liber*. Pour Saint Augustin, qui définit le « *colonus* » par son « *origo* », l' « *inquilinus* » serait l'équivalent de πάροικος, d' « *incola* », d' « *advena* », le locataire à temps par opposition au tenancier perpétuel (2).

En Orient, une grande distinction, depuis 371, oppose *colonus* (propriétaire ou fermier partiel) et *adscripticius* (fermier sans terre qui lui appartienne) (3). Mais il faut prendre garde que ce terme « *adscripticius* » ou ἐναπόγραφος n'a pas le même sens dans la constitution anastasienne (C. J. XI, 48, 19) et dans les papyri égyptiens. Dans le premier cas (4) il s'agit des adscrits sous le nom d'un maître suivant la discrimination de 371, et donc d'individus encore déclassés par rapport aux colons en général, depuis 396 : c'est là un effet de la *capitatio humana*. En Egypte, au contraire, où la *capitatio plebeia* n'impose aucune addition de la terre et de l'homme, le cultivateur qui entre en fermage sur la terre d'autrui et qui fait garantir sa présence par une caution est un homme pleinement libre, s'il n'est pas un ancien propriétaire qui reprend à bail la terre qu'il vient d'abandonner au puissant (5). Du moins cet engagement est-il définitif, en principe.

(1) Contre Summagne, F. L. Ganshof le nie : *Le statut personnel du colon au Bas-Empire* (Observations en marge d'une théorie nouvelle), L'Antiquité Classique, XIV, 1945 (Bruxelles, 1946), pp. 261-277.

(2) *Enarr. in Psalm* CXVIII, Serm. VIII, 1 et CXLVIII, 11 (Migne 37, 1518 et 1945).

(3) P. Collinet : *La politique de Justinien à l'égard des colons*, Studi bizantini e neoellenici V (Atti del V Congresso internazionale di studi bizantini, 1936). Roma, 1938, pp. 600-611.

(4) E. Stein : *Histoire du Bas-Empire*, II, Paris-Bruxelles-Amsterdam, 1959, p. 208, n. 1. Du même : *Introduction à l'histoire et aux Institutions byzantines*, Traditio VII, 1949-1951, pp. 115-116.

(5) A. Ch. Johnson-L. C. West : *Byzantine Egypt, Economic Studies*. Princeton, 1949, pp. 29-31, approuvés par A. Segal : *Byzantion*, XXI, 1951, p. 210, qui corrigent ainsi l'hypothèse quelque peu aventureuse de P. Collinet.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

V. Car, c'est là la nouveauté de ce temps, le lien juridique qui unit le propriétaire au cultivateur est un bail de longue durée. Il en était d'ailleurs ainsi au IIe siècle, au moins, et les colons du Fundus Villae Magnae n'auraient point réclamé un « *jus colendi* » perpétuel et héréditaire sur les *culturae mancianae* s'ils n'avaient pas joui d'un droit analogue à l'intérieur du domaine (1).

VI. Les clauses de ce bail sont d'ailleurs coutumières.

VII. Aussi bien, peut-on assister au Bas-Empire à un renforcement de la position des colons vis-à-vis de la terre qu'ils détiennent, et risquer l'expression d'un « *dominium duorum in solidum* » traduisant l'existence de deux droits réels concurrents (celui du colon et celui du maître) sur la même tenure (2). C'est encore contre une telle prétention que réagissent les propriétaires égyptiens, dès la fin du IVe siècle, en multipliant les contrats à très court terme ou « tant qu'il leur plaira », et les reconstructeurs du Fundus Tuletianos par les actes d'achat conservés dans les Tablettes Albertini.

VIII. Cela ne change d'ailleurs rien au lien qui unit les colons à la terre par leur *origo*, ni aux redevances, ni aux corvées (3), ni aux impôts payés par l'intermédiaire du maître. Observons seulement, qu'à la différence de l'*adscriptio censibus*, le *jus originarium* n'attache le colon qu'autant qu'il ne trouve personne pour le remplacer. D'où la multiplication des lois occidentales sur la chasse au colon dès 368, la création de la prescription par Honorius en Occident et par Anastase en Orient, l'invention originale de la prescription par la présence de la parenté sur la terre par Justinien, et enfin l'hérédité de la condition affirmée entre 368 et 400 pour l'Occident, et seulement en 531 en Orient (1).

(1) M. PALLASSE : *Les Tablettes Albertini intéressent-elles le colonat romain au Bas-Empire ?* Revue historique de droit fr. et étr., 1955, pp. 267-281.

(2) ERNST LEVY : *West Roman Vulgar Law, the Law of property*, Philadelphie, 1951, pp. 67-69. Sur la confusion à cet égard des *coloni* et des *cultores e lege Manciana* : R. MONIER, *Le sens et la portée de la constitution de 319* (C. J. XI, 63, 1) in *Aequitas et Bona Fides, Festgabe von A. Simonius*, Bâle, 1955, pp. 259-261.

(3) Sur ces redevances et ces corvées, l'évolution de l'Antiquité au Haut Moyen Age, a été retracée par A. DELHAGE : *La vie économique et sociale de la Bourgogne dans le Haut Moyen Age*, Mâcon, 1941, pp. 655-668.

Dès lors, le colonat, dégagé de toute préoccupation fiscale, apparaît comme une nouvelle condition sociale. On voit que cette consécration en tant que statut juridique est plutôt tardive.

IX. Ces précisions chronologiques et géographiques ont leur importance si l'on considère l'entrée et la sortie du colonat. Le pur principe de l'*origo* ne retient à la terre que les hommes nécessaires. Et c'est à quoi s'est limitée, semble-t-il, l'effet de la proclamation de l'hérédité du colonat en Occident (2).

X. De même, les diverses interdictions qui limitent la pleine capacité militaire, civile ou religieuse du colon ne sont intervenues en Occident et en Orient qu'après la définition du statut de colon, c'est-à-dire au Ve et au VIe siècles.

En revanche, le patronat, celui du maître de la terre est apparu presque aussitôt le IVe siècle. Il est la contre-partie du colonat lui-même. Il est parfaitement légitime (3).

XI. On ne saurait donc en faire une source distincte du colonat; il ne l'est que par l'abus qui en est fait. Il ne peut le

(1) Le texte capital ici, c'est C. J. XI, 48, 22, 3 qui considère le cas du fils qui a vécu trente ans durant hors de la terre que cultivait son père. Avant Justinien, il était parfaitement libre : il n'était pas nécessaire à son *origo*. Désormais on le rappellera, dès que son père sera défaillant, non seulement avant qu'il ait joui de la prescription de trente ans inaugurée par Anastase, mais même après.

(2) L. VERRIEST : *Institutions Médiévales. Introduction au Corpus des Records de coutumes et de lois de chefs-lieux de l'ancien comté de Hainaut.* — Le Hainaut, Encyclopédie provinciale, I, Mons, 1946, pp. 241-243.

(3) C'est la thèse de Libanius. Cf. HARMAND, *op. cit.*, p. 37, note 1.

762
Senato della Repubblica - Archivio Storico

devenir que, si, d'abord, le lien avec la terre est créé, si le nouveau venu, *adscripticius* égyptien ou anastasien, *inquilinus* de Salvien ou d'Isidore de Séville, loue ses services à un maître en vue d'une terre déterminée, celle qu'il lui vend (hypothèse des ventes des Tablettes Albertini) ou celle qu'il lui prie (*precaria*) de lui céder.

XII. Pour conclure, c'est avec raison que P. Collinet, s'opposant au courant alors dominant, refusait d'admettre que les colons du Bas-Empire fussent devenus les serfs du Haut Moyen Age. Ce sont les *ingenui* du polyptique d'Irminon, ce sont les *villains* innombrables au XIIIe siècle, dont les enfants, qui se multiplient, dans l'impossibilité où ils sont de vivre tous sur la tenure paternelle, iront peupler les villes et fonder les libertés urbaines (1).

(1) C'est le point de vue de Léo Verhasselt, *op. cit.*, p. 43 n. 2, admis aujourd'hui par Ch. E. Perrin et P. Petit : *X Congresso Internazionale di Scienze Storiche, Relazioni*, III, Firenze, 1955, pp. 213-228, et *Comunicazioni*, VII, Firenze, 1955, pp. 189-190; cf. encore : G. Duby : *La Société aux XIe et XIIe siècles dans la région mâconnaise*, Paris, 1953, p. 127, n. 2. On pourra encore voir : sur les colons d'Orient, G. Rouillard : *La vie rurale dans l'empire byzantin*, Paris 1953, p. 25 et s.; P. Petit : *Libanius et la vie municipale à Antioche au IVe siècle après J.-C.* (Inst. Franç. Arch. de Beyrouth, LXII), Paris, 1955, p. 373 et s.; P. Lemerle : *Esquisse pour une histoire agraire de Byzance*, Rev. Hist., t. 219, 1958, pp. 32-74; sur le rapprochement du colonat et de l'esclavage : W. Westermann : *The Slave systems of Greek and Roman Antiquity*, Philadelphie 1955, pp. 139-147; sur la capitation : A. H. M. Jones : *Capitatio and fugatio*, Journ. of Rom. Stud., 1957, pp. 88-94 et M. Pallasse : *La Capitation et le problème du Bas-Empire*, Rev. Hist. de Droit fr. et ét., 1958, pp. 67-77, les deux à-propos de F. Lot : *Nouvelles recherches sur l'impôt foncier et la capitation personnelle sous le Bas-Empire*, (Bibl. Ecole des Hautes Etudes, CCCIV), Paris 1955.

V.

PAYSANNERIE ET GRANDS DOMAINES DANS L'EMPIRE BYZANTIN (*) (1)

par

Ernest Stein

A l'époque proto-byzantine (IVe-VIIe siècles), le sol agraire de l'Empire est réparti entre les restes d'une paysannerie dite libre, c'est-à-dire assujettie à l'Etat seul, et les domaines parmi lesquels il faut distinguer quatre groupes soumis eux aussi, sans exception de principe, aux charges publiques : ceux de l'Etat et de la couronne entre lesquels il n'y a pas de distinction stricte, ceux des villes dont l'Etat s'est approprié dès le IVe siècle les deux tiers du revenu et auxquels il convient d'ajouter les terres de la noblesse municipale, ceux de l'Eglise, en général toujours grandissants depuis le IVe siècle grâce à d'innombrables donations et legs, et enfin ceux des grands propriétaires privés y compris les grands fermiers de la couronne et bientôt aussi de l'Eglise.

Au profit de la grande propriété foncière, la petite tend de plus en plus à disparaître. Dès avant la domination romaine, le gouvernement égyptien avait pratiqué l'*épibolé*, ou adjudication forcée, de terres royales d'une valeur inférieure, à des propriétaires privés capables de payer les impôts qui pesaient sur ces terrains; la dépopulation croissante dont souffrait le monde antique déclinant, eut pour conséquence que, depuis le IIIe siècle

(*) Les pages suivantes sont extraites d'un petit livre intitulé *Six Lectures on Byzantine History* qui paraîtra l'année prochaine en Amérique, et dont l'idée et le plan m'ont été suggérés par M. Constantine E. Mc Guire, de Washington, D. C. Pour toute documentation, je renvoie aux notes bibliographiques et justificatives qui accompagneront cet ouvrage.

(1) *Texte et note reproduits intégralement d'après la première édition, de 1937.*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG FÜR RECHTSGESCHICHTE

IN VERBINDUNG MIT ANDEREN GELEHRTEN
HERAUSGEGEBEN VON
HEINRICH MITTEIS

66

SECHSUNDSECHZIGSTER BAND
LXXIX. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG

BIBL. DELL' UNIVERSITÀ DI [illegible]
16 1/2
30534

WEIMAR 1948
VERLAG HERMANN BOHLAUS NACHFOLGER

766
Senato della Repubblica - Archivio Storico

I.

Vom römischen Precarium zur germanischen Landleihe.*)

Von

Ernst Levy.

Daß die fränkische Prekarie aus dem römischen Vulgarrecht stammt, ist allgemein anerkannt. Welches frühere Institut aber als Vorbild gedient hat, darüber gehen die Meinungen auseinander. Die überwiegende Ansicht läßt sich von dem Namen leiten und sieht den Ursprung im klassischen *precarium*[1]). Andere weisen darauf hin, daß das *precarium* im Bas-Empire kaum noch eine nennenswerte Rolle gespielt habe und die jüngere Prekarie in wesentlichen Punkten ganz andersartige Züge zeige, da sie regelmäßig weder frei widerruflich noch unentgeltlich gewesen sei. Diese Schriftsteller meinen daher, daß das germanische Recht lediglich den Namen übernommen habe und zwar darum, weil eine Bittschrift des Leihemannes zur Begründung des Rechtsverhältnisses den Anlaß gab. Sachlich halten sie den römischen *ususfructus* für den Ausgangspunkt[2]). Wir glauben, daß eine

*) With the support of a grant from the American Philosophical Society.

[1]) Siehe z. B. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I, 2. Aufl., 289ff., Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl., 313f., Dopsch, Wirtschaftliche und soziale Grundlagen der europ. Kulturentwicklung II 329ff. und dort Angeführte. S. auch die von H. v. Voltelini, Prekarie und Beneficium, Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 16 (1922) 261 genannten Autoren. — Der Aufsatz von Bozza, Annali Università Macerata 6 (1930) 213ff. war mir nicht zugänglich. — Eine Liste besonders gebrauchter Abkürzungen folgt u. N. 131.

[2]) P. Roth, Feudalität und Untertanverband (1863) 147ff., L. M. Hartmann, Vierteljahrsschrift (vorige Note) 4 (1906) 340ff., Voltelini 259ff.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

sicherere Lösung möglich ist, wenn den Strömungen innerhalb des Vulgarrechtes mehr Aufmerksamkeit geschenkt wird. Das in aller Kürze zu versuchen, ist die Aufgabe der folgenden Zeilen.

1. Die klassischen Juristen haben an dem ihnen überkommenen Begriff des *precarium* als eines rein tatsächlichen Verhältnisses durchweg festgehalten. Was sie selbst zur Klärung der Stellung des Prekaristen in diesem Punkte beitrugen, war demgegenüber ergänzender Natur. Sie erkannten *possessio* nur dem Prekaristen zu, dem das Land ohne inhaltliche Einschränkung verliehen war, und nicht dem, der nur Nutznießung, Wegerecht oder andere eingegrenzte *iura in re* widerruflich erhalten hatte[3]. Im letzteren Falle war der Prekarist bloß *in possessione* (Detention) und folglich der *precario dans* Alleinbesitzer. Im ersteren Falle stritt man darüber, ob neben dem Prekaristen auch dem *precario dans* eine *possessio* zuzusprechen, also Doppelbesitz anzunehmen sei[4]. Das alles rührte nicht an die Grundlagen des Instituts. Es hielt sich völlig in der Sphäre des Besitzrechts, erzeugte weder Vertragsbeziehung[5] noch *actio*[6] und blieb darum selbst dann frei widerruflich, wenn Gegenteiliges verabredet war[7]. Auch Paulus steht auf diesem Boden:

13 ad Sab. D. 43. 26. 14:

Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationes et beneficii causam quam ad negotii contracti spectat precarii condicio[8].

[3]) Vgl. neuerdings Vittoria Silva, Studia et Documenta 6 (1940) 233ff., 238ff.

[4]) Näheres bei Beseler, Beiträge IV 73ff., Monier, Manuel élém. I (1935) 460, Kaser, Eigentum und Besitz 349ff.

[5]) Ulp. D. 43. 26. 4. 2—4.

[6]) Vgl. den echten Kern von Ulp. D. 47. 2. 14. 11.

[7]) Cels. D. 43. 26. 12 pr.

[8]) An dem Schlußsatz (vgl. Ind. Int.) dürfte kein Anstoß zu nehmen sein mit Ausnahme vielleicht von „*donationes et*". Vgl. auch Tertullian, des Paulus Zeitgenossen: „*his enim tribus modis aliena sumuntur: iure, beneficio, impetu, id est dominio, precario, vi* (adv. Hermogenem 9 *i. f.*).

2. So war es noch um die Wende des dritten Jahrhunderts. Diokletian CJ 8. 9. 2 kennt das *precarium* in diesem Sinne als ein lebendes Institut[9]. Die gleichzeitigen Paulussentenzen bringen die Widerruflichkeit des *precarium* zum Ausdruck (5. 6. 7); sie wiederholen die einst aus dem Wortlaut des Interdikts abgeleitete Auffassung (vgl. Ulp. D. 43. 26. 4. 2—4), daß für die Begründung weder Antrag noch Annahme unerläßlich sei und ein vom *dominus* geduldeter Besitz genüge (5. 6. 11):

Precario possidere videtur non tantum qui per epistulam vel qualibet alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet[10].

Das sind die letzten Zeugnisse, die wir vom klassischen *precarium* haben, wenn man von zwei nur nachgeschriebenen Spätlingen absieht: der Trias „*nec violenter nec abscondite nec precario*" im Edictum Theoderici 76[11]) und der auf alter Vorlage beruhenden Definition des Isidorus (Etym. 5. 25. 17):

Precarium est dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari[12]) *et ex eo fructus capere. Et dictum precarium quia prece aditur.*

3. Von da ab ändert sich das Bild. Eine Konstitution vom Jahre 365 (CJ 7. 39. 2) spricht *precario possidentibus* die Einrede vierzigjährigen Besitzes aus dem Grunde ab, daß sie *alteri* (und nicht *sibi*) besäßen[13], ja überhaupt keine

[9]) Bestimmter zu reden verbietet die starke Kondensierung, die der Erlaß bei Justinian erfahren hat. Immerhin ist es wenig wahrscheinlich, daß erst dieser Kaiser das *interdictum* hineingebracht oder auf das *i. de precario* bezogen haben sollte (so Bonfante, Corso VI 137f.). Zur prekaristischen *habitatio* siehe Gai. IV 153.

[10]) Dem widerspricht nicht die unmittelbar folgende Sentenz (§ 12): *nullae enim preces eius videntur adhibitae*, wo der Ton auf *eius* liegt und das *preces adhibere* im Sinne des § 11 zu verstehen ist.

[11]) Im übrigen siehe zu dieser Stelle meinen demnächst in Band III der Scritti in onore di Contardo Ferrini (Milano 1948) erscheinenden Aufsatz „Possessory Remedies in Roman Vulgar Law" S. 114 und 128; zu Donatus in Terent. Eunuch. 319 ebenda 114 N. 1.

[12]) Vgl. Gai. II 60.

[13]) Über die hier in Bezug genommene *lex Constantiniana* vgl. Arangio-Ruiz, Parerga (Napoli 1945) 79ff., auf der Grundlage

Senato della Repubblica - Archivio Storico

possessores seien, weil sie für ihr *tenere* eine *merces* zu entrichten hätten: „*eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem*". Das Erfordernis einer *merces* — und offenbar einer vertraglich bedungenen — läßt aufhorchen. Wo war dann noch der Unterschied von einer *locatio conductio*? In der Tat, der nächste Satz fährt fort: „*Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res tenendo ius sibi proprietatis usurpet*" und spricht des weiteren von *locare* und *conductores*, wie wenn vorher überhaupt nicht von *precario possidentes* die Rede gewesen wäre. Das ist weit mehr als eine Degradierung des Prekaristen vom Besitzer zum Detentor[14]). Es läuft auf eine Auflösung des ganzen Institutes hinaus, und nur die Alternative bleibt: entweder ist das einmalige *precario* farblos gebraucht wie unser „prekär" d. h. im Sinne jedes Fremdbesitzes[15]) oder es ist mit Miete als einem Falle des *alteri possidere* geradezu gleichgesetzt. Während unser Erlaß die letztere Auslegung unterstützen mag, scheint die erstere näherzuliegen in einer um 120 Jahre jüngeren Verordnung des Kaisers Zeno. CJ 8. 4. 10 (484)[16]) erstreckt die Strafe gewaltsamer Besitzverdrängung (CT 4. 22. 3) auf Mieter und andere Fremdbesitzer, die die gebührende Rückgabe weigern: „*nec conductoribus et possessionis alienae detentoribus impune procedere, si locatoribus forte vel possessionem rerum suarum, quam apud alios precario modo esse concesserant, recuperare secundum legem volentibus ..... duxerint resistendum*". Indessen läßt die

eines Papyrus, der einen mangelhaften Auszug des sonst verlorenen Erlasses enthält. Vgl. die Edition von C. J. Kraemer und N. Lewis in Transactions and Proceedings of the American Philological Association 68 (1937) 357ff. und die Neuausgabe von Arangio-Ruiz, Negotia No. 101 in Fontes Iuris Romani antejustiniani, Pars Tertia (1943).

[14]) So Silva 267ff. Dieser Gegensatz ist den Verfassern der c. 2 und CJ. 8. 4. 19 gar nicht gegenwärtig. Die auf *possidere* und *tenere* weisenden Ausdrücke laufen durcheinander, siehe z. B. „*qui ad possessionem conductor accedit*", „*possessionem rerum suarum quam apud alios precario modo esse concesserant*".

[15]) Vgl. auch Bonfante, Corso III 158.

[16]) Über Justinians Fassung in CJ. 4. 65. 33 s. unten N. 33.

krause Sprache eine exakte Deutung nicht zu[17]). Und es kommt auf sie auch kaum an. Das Entscheidende ist, daß weder in dem einen noch in dem anderen Gesetz eine Abgrenzung zwischen *precarium* und Miete besteht oder der frühere Begriff des *precarium* überhaupt noch eine Spur hinterlassen hat.

Dazu stimmt der übrige Befund. Außer diesen beiden Konstitutionen ist, soweit ich sehe, aus der Zeit zwischen Diokletian und Justinian auch nicht eine einzige auf uns gekommen, die des *precarium* Erwähnung täte[18]). Der Verfasser von CJ 7. 39. 7. 7 (525), der inhaltlich die Regel von CJ 7. 39. 2 wiederholt, schenkt nur noch Beachtung *conductori seu procuratori rerum alienarum* und schweigt vom Prekaristen. Das alte Institut hatte im geltenden Recht dieser Jahrhunderte keine Stätte mehr. Entsprechend verschwanden die ihm eigenen Rechtsbehelfe. Unter den wenigen possessorischen Klagen, die sich für eine Weile behaupten konnten[19]), war das *interdictum de precario* nicht mehr[20]), und ebenso wenig blieb Raum für eine *exceptio vitiosae possessionis*[21]). All das kann schwerlich überraschen. Die Agrarwirtschaft des Dominats war vom Zwang beherrscht. Die kleinen Bauern sanken zu Hörigen hinab. Wo freier Antrieb sich regte, war er weniger auf Siedlung als auf Landflucht gerichtet. Den Mann an die Scholle zu ketten, nicht aber ihn jederzeit loszuwerden, war für den Grundbesitzer das dringendere Bedürfnis.

Zwar hat man geglaubt, daß das im vierten Jahrhundert aufkommende Patrociniumsverhältnis rechtlich in der Weise begründet worden sei, daß der Klient das Land, das er unter dem wachsenden Steuerdruck nicht mehr zu halten vermochte, einem Mächtigen aufgetragen und dann *precario* zurück-

[17]) Anders Silva 268, die interpretiert, wie wenn es hieße: *si locatoribus forte vel (ille qui) possessionem rerum suarum* usw. Über die Unverwertbarkeit des schillernden *detentor* vgl. Radin, Studi Bonfante III 157ff. (dazu SZ. 51, 560).

[18]) Denn *precario victu egentes* in Nov. Val. 12 pr. (443) gehört nicht hierher.

[19]) Scritti Ferrini (ob. N. 11) 130ff.

[20]) Ebenda 131f. [21]) Ebenda 113ff.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

erhalten habe[22]). Doch die Quellen geben dem keine Stütze. Salvian, der für diese Auffassung als Kronzeuge aufgerufen wird, schildert die Lage des kleinen Besitzers in düstersten Farben, aber ohne juristische Präzision. An einigen Stellen[23]) erweckt er den Eindruck, daß das Land dem Klienten auf Lebenszeit verbleibe und nur den Erben verloren sei. An anderen wird der Klient selbst als schutzlos und jederzeit entsetzbar hingestellt[24]). Und doch ist von einem *precarium* keine Spur. Salvian würde sich diesen schlagenden Terminus nicht haben entgehen lassen, wenn er ihn noch als solchen gekannt hätte[25]). Ebenso fehlt das *precarium* unter den mannigfachen Ausdrücken, die sonst der Bezeichnung des Patrons oder des Klienten dienen[26]). Noch mehr vermißt man es in CJ 11. 54. 1 pr. (468), wo die rechtsgeschäftlichen Typen genannt sind, die man in der Praxis der Zeit verwandte, um die verbotene Eingehung eines *patrocinium* zu verschleiern: „*si quis .... ad patrocinium cuiuscumque confugerit, id, quod huius rei gratia geritur sub praetextu donationis vel venditionis seu conductionis aut cuiuslibet alterius contractus, nullam habeat firmitatem*".

4. Bei Justinian freilich hat das *precārium* eine Wiederauferstehung gefunden, es ist sogar durch einen eigenen Digestentitel (43. 26) vertreten. Aber der Eindruck, den die

[22]) F. de Zulueta, De Patrociniis Vicorum 46ff. in Oxford Studies in Social and Legal History I Nr. 2 (1909), Dopsch, Wirtschaftl. u. soz. Grundlagen der europ. Kulturentwicklung II 331f. Teilweise kritisch schon Lewald, SZ. 32, 478, Scherillo, Rendiconti del R. Istituto Lombardo 62 (1929), Sonderabdruck 34 N. 1.

[23]) De gubernatione Dei (Corp. scr. eccl. Lat. Bd. 8) 5. 8. 39: *Omnes enim hi, qui defendi videntur, defensoribus suis (i. e. potentibus) omnem fere substantiam suam .... addicunt, ac sic, ut patres habeant defensionem, perdunt filii hereditatem. Tuitio parentum mendicitate pignorum comparatur.* 40: .... *Hoc enim pacto aliquid parentibus temporarie attribuitur, ut in futuro totum filiis auferatur.*

[24]) ibid. 5. 8. 38: *Tradunt se ad tuendum protegendumque maioribus, dediticios se dicitum faciunt et quasi in ius eorum dicionemque trascendunt.* 41: ..... *Venditor (scil. patrocinii) nihil tradit et totum accipit: emptor nihil accipit et totum penitus amittit.* ..... *Venditoribus crescit facultas, emptoribus nihil remanet nisi sola mendicitas.*

[25]) S. auch unten N. 125. [26]) De Zulueta 6 und 14.

Rechtsbücher geben, ist durchaus uneinheitlich, ja widerspruchsvoll. Die Hauptzüge sind aus der klassischen Anschauung geschöpft. Daneben erscheint die durch das Absterben des echten *precarium* veranlaßte Vermengung mit der Miete (CJ 7. 39. 2; 8. 4. 10) und, damit zusammenhängend, die in manchen Interpolationen hervortretende Tendenz, prekaristischen Besitz als Detention zu erklären[27]). Schließlich fehlt auch nicht die östliche Lehrtradition mit ihrem Bestreben, das offenbar ungefüge Institut ohne Rücksicht auf seine schwindende Bedeutung in das Klagensystem einzugliedern. Von dort stammt die *actio praescriptis verbis* (D. 43. 26. 2. 2; eod. 19. 2), die nicht nur dem ablehnenden Standpunkt von D. eod. 14 und D. 47. 2. 14. 11 strikt zuwiderläuft, sondern auch zeigt, daß eine *actio locati* nicht erwogen wurde. Entsprechend ist das *precarium* in den scholastischen Katalog der Verträge eingereiht (D. 50. 17. 23) und zwar neben und im Gegensatz zum *locatum*. Auch in der Frage der Vererblichkeit des *precario habere* haben die Kompilatoren widerstreitende Äußerungen aufgenommen[28]).

Solch Eklektizismus ist, wie in so vielen anderen Fällen, ein Indiz dafür, daß Justinian für das *precarium* kein selbständiges Interesse mehr aufbrachte. In seinen eigenen Erlassen und Novellen fehlt es anscheinend an jedem Hinweis, und wenn, wie Zachariae von Lingenthal[29]) vermutet, das vereinzelt auftauchende δίκαιον παροικικόν wirklich etwas Entsprechendes gewesen sein sollte[30]), so wird diesem „nirgends anerkannten" Rechte die Anerkennung apodiktisch versagt[31]).

[27]) Viel Richtiges darüber bei Silva 233ff. in teilweiser Korrektur der weitergehenden Ausführungen von P. Ciapessoni, Atti del Primo Congresso Nazionale di Studi Romani 2 (1929) 199ff.

[28]) S. unten N. 52.

[29]) Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 3. Aufl., 260f.

[30]) Ganz anders His, Domänen der römischen Kaiserzeit (1896) 97, Beaudouin, Nouv. rev. hist. 22, 703f., auf Grund der von Schöll 51 (zu Nov. 7 pr.) wiedergegebenen Glosse.

[31]) CJ. 1. 2. 24 pr.: θεσπίζομεν παροικικῷ μὲν δικαίῳ μηδεμίαν .. γίνεσθαι .. ἔκδοσιν, ἀλλ' ἀναιρεῖσθαι τὸ μηδενὶ νόμῳ γνωριζόμενον ὄνομα. Nov. 7 pr.: τὸ καλούμενον παροικικὸν .. μήτε τοῖς ἡμετέροις νόμοις μήτε ἄλλῳ τινὶ τῶν ἁπάντων γνωριζόμενον.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Die seltsame Codexrubrik „*De precario et de Salviano interdicto*" und der armselige Inhalt des Titels (8. 9) bestätigen die Verdorrung. Wo wir die Kompilatoren positiv an der Arbeit sehen, zimmern sie entweder aus einer dem *precarium* gewidmeten Ausführung (D. 43. 26. 4. 4; eod. 6) eine Regel für die *locatio conductio* zurecht (D. 19. 2. 14) oder sie gleiten trotz des Bestrebens, zwischen den beiden Instituten besser zu unterscheiden[32]), unwillkürlich in das Recht der Miete über[33]) (CJ 4. 65. 33 gegenüber Zeno CJ 8. 4. 10). Nur das letztere geht sie wirklich an. Daß sie aus eigener Entschließung versucht haben sollten, die beiden Institute einander anzupassen oder zu vereinigen[34]), wird durch nichts bewiesen und durch eine große Zahl von Texten widerlegt[35]). Das *precarium* war ihnen nichts Lebendiges mehr[36]). Es verdankte seine Erhaltung ihrer klassizistischen Geistesrichtung und Pietät. Die spärlichen Reste der östlichen Digestenkommentare[37]) verstärken diesen Eindruck.

5. Inzwischen aber waren im Westen unscheinbare Keime für eine weittragende Entwickelung gelegt. In der Praxis spielte, wie wir sahen, das Precarium keine Rolle. Aber in den überlieferten Texten kam es noch vor, und mit ihnen hatte sich die Literatur in der einen oder anderen Weise abzufinden. Das älteste Zeugnis in diesem Zusammenhang bietet PS 5. 6. 10:

Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet restituat. Nam et civilis actio huius rei sicut commodati competit: eo vel maxime quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet.

Daß der *nam et*-Satz nicht von Paulus herkommt, steht fest[38]). Indessen widerspricht er nicht minder dem Standpunkt des ursprünglichen Verfassers der Sentenzen[39]), der noch das Selbsthilferecht des *precario dans* kennt (5. 6. 7) und eine ausdrückliche Vereinbarung als Grundlage für unnötig erklärt (5. 6. 11). Die erste Version von PS 5. 6. 10 mag daher sehr wohl im engen Anschluß an Paul. 13 ad Sab. D. 43. 26. 14 geschrieben worden sein, mit dem noch der überlieferte Text handgreifliche Berührungspunkte aufweist. So dürfte der Spiegler, wie anderwärts[40]), das *interdictum* der Vorlage beibehalten und eine *actio civilis* abgelehnt haben. Nun aber, in der vorliegenden Fassung, wird diese *actio civilis* als gegeben erachtet mit einer Begründung, die verrät, daß die „*interdicti actio*", wie es jetzt bezeichnend heißt, zum leeren Namen geworden ist. Die Verkehrung der Sentenz ins Gegenteil wird am ehesten in das frühere fünfte Jahrhundert zu setzen sein[41]). Das Neue, das der Bearbeiter im übrigen beibringt, steckt in der Parallele mit dem *commodatum*. Sie erweist, daß CJ 7. 39. 2 (365) mit ihrer Anknüpfung an die *conductio* nicht eingewirkt haben kann. Näher liegen die von nichtjuristischen Autoren gebrauchten Bilder. Schon Seneca[42]) schrieb „*nec habet ubi illam (scil. fortunam) timeat, quia . . . . . corpus quoque suum et oculos et manum et quidquid cariorem vitam facturum (est) seque ipsum inter precaria numerat civitque ut commodatus sibi et reposcentibus sine tristitia redditurus*". Und ganz entsprechend sagt Salvian, der ungefähre Zeitgenosse des Verfassers der vorliegenden Version: „*commodatis enim a*

[32]) „*Conductores rerum alienarum seu alienam cuiuslibet rei possessionem precario detinentes*", verglichen mit der nebelhaften Sprache Zenos.

[33]) „*non solum rem locatam*".

[34]) Scherillo 16, 23, 33 N. 1.

[35]) Siehe die Stellen bei Scherillo 16ff., 26ff.

[36]) Dem widerspricht nicht Inst. 4. 15. 4a i. f. (*hodie tamen . . . .*). Der Satz, der mechanisch die *exc. viticsae possessionis* übernimmt, zielt nur auf die Verschmelzung der *interdicta uti possidetis* und *utrubi* ab.

[37]) Siehe etwa Bas. 50. 2. 36 (Heimbach V 52); 50. 3. 31 i. f. (V 60); 58. 24. 17 (V 222); 60. 12. 14. 11 (V 462) und den Titel 58. 24 im Tipucitus (V 222) und Codex Ambrosianus (Heimbach-Ferrini-Mercati VII 152ff.).

[38]) Schon Schulting, Jurisprudentia vetus antejustinianea (1737) ad PS 5. 6. 10 (N. 63) hatte Zweifel. Vgl. nun de Francisci, Synallagma I 269f., Seckel-Kübler adhl., Scherillo 6 N. 3 und andere.

[39]) S. auch Collinet, Revue historique de droit 8 (1929) 32 N. 2.

[40]) Siehe Levy, Vulgarization of Roman Law in the early Middle Ages, in „Medievalia et Humanistica" 1 (1943) 23 N. 60.

[41]) Schicht C in der Sprache meines Buches „Pauli Sententiae. A Palingenesia of the Opening Titles as a Specimen of Research in West Roman Vulgar Law" (Cornell University Press, Ithaca 1945).

[42]) De tranquillitate animi 11, 1.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

761

Deo facultatibus utimur, et quasi precarii possessores sumus"[43]). Vor allem aber springt die enge Verwandtschaft mit der sofort zu behandelnden Interpretatio ins Auge. Die PS vertritt hier so entschieden die spätere Auffassung, daß der Interpret bei der Schilderung des rechtlichen Effekts sich im wesentlichen auf eine Wiederholung beschränken durfte. Was den Überarbeiter der PS veranlaßt haben mag, die *actio commodati* ins Spiel zu bringen, waren gewiß nicht systematische Bedürfnisse, wie sie im Osten zur *actio praescriptis verbis* und zur Behandlung des Tatbestandes als einer „Detention" führten. Es war einfach der Drang des Juristen, sich und anderen klar zu machen, was das rätselhafte *precarium*, in verständlichen Worten ausgedrückt, denn nun eigentlich bedeutete. Suchte er das aus dem *beneficium* des vermutlichen Originals oder an der Hand der folgenden PS 5. 6. 11 zu ermitteln, so kam ihm der Vertragstyp für unentgeltliche Gebrauchsüberlassung wie von selbst in den Sinn[44]). Das *commodatum* schien die Erbschaft des toten *precarium* antreten zu wollen[45]).

6. Der Interpret dieser PS (= IP 5. 7. 8) schritt auf derselben Bahn weiter:

> *Si quando alicuius precibus exorati aliquid cuicunque possidendum ad tempus praestitum fuerit et ad primam admonitionem hoc ipsum reddere noluerit, datur adversus eum interdictum et actio iusta proponitur: quae actio civilis est, veluti si de commodato agatur, ut res ita praestita sine aliqua difficultate reddatur: quia pro beneficio suo pati quemcumque iniuriam non oportet.*

Gleich seiner Vorlage erweist er dem *interdictum* flüchtigen Tribut[46]) und schiebt ihm eine *actio civilis veluti de commodato* unter, die er auch ebenso begründet. Besonderes Gewicht legt er darauf, daß der Empfänger die Sache auf die erste

[43]) Ad ecclesiam 1. 26 (Corp. scr. eccl. Lat. Bd. 8).

[44]) Wie natürlich auch den Klassikern (Ulp. D. 43. 26. 1. 3, vgl. fragm. Vindobon. 1. 1). Aber für diese bestand keine Gefahr einer Verwischung der Grenzen (vgl. z. B. D. eod. 8. 3). Im allgemeinen s. auch Ferrini, Opere III 120ff. Auf bewegliche Sachen war das *commodatum* nicht beschränkt: CJ 11. 62. 4 (368), wie schon Cassius-Ulpian D. 13. 6. 1. 1.

[45]) Siehe aber u. § 12 und N. 107.

[46]) Scritti Ferrini (oben N. 11) 132.

Mahnung des Gebers hin ohne alle Umschweife zurückerstatte[47]). Was der Stelle aber rechtshistorisch ihren Wert gibt, ist die Art, wie sich dem Interpreten der Tatbestand darstellt: „wenn jemandem auf seine Bitte etwas auf Zeit zu Besitz überlassen ist". Wiederum fehlte es gewiß an der Absicht, einen neuen Gesichtspunkt einführen zu wollen. Das *ad tempus* floß dem Autor in die Feder. Ausgehend von dem vertraglichen Charakter des Verhältnisses, den er durch die *preces* des einen und das *praestare* des anderen Partners dargetan sah, fand er es natürlich genug, daß eine bestimmte Zeit für die Leihe verabredet sein mochte oder zu sein pflegte. Wenn das der Fall war, so sollte die Sache auf die erste Mahnung hin, jedoch nicht vor Ablauf der vereinbarten Zeit zurückzugeben sein[48]), ganz entsprechend den Regeln des Kommodats[49]). Damit war unbewußt aber endgültig der entscheidende Trennungsstrich gegenüber dem *precarium* alten Stils gezogen. Das *precarium* wird übrigens nicht einmal als solches genannt. Daß es aber gemeint war, stellt die in IP 5. 7. 5 vorangehende Definition außer Zweifel:

> *precario (possidere videtur) qui per precem postulat, ut ei in possessione permissu domini vel creditoris fiduciarii[50]) commorari liceat.*

Der einst wesentliche Zusatz „*tamdiu quamdiu is qui concessit patitur*" (Ulp. D. 43. 26. 1 pr.) glänzt hier durch Abwesenheit, und die ungenaue Formulierung, daß derjenige besitze, der den Besitz erbitte, deutet aufs Neue an, wie die ausdrückliche Abmachung zwischen den Parteien nun die Grundlage bildet. Zu der eine solche Abmachung für unwesentlich erklärenden PS 5. 6. 11 schweigt die Interpretatio (5. 7. 9). Ebenso über-

[47]) Man denkt an das spätere „*protinus id est non expectato iudiciorum ordine*" in CJ 8. 4. 10 pr. (484).

[48]) Brunner I 291 N. 55. Anders Voltelini 264, der ohne Anhalt die Nichtigkeit der Zeitabrede aus Cels. D. 43. 26. 12 pr. herübernimmt. In *ad primam admonitionem* steckt nicht mehr als in *sine aliqua difficultate*.

[49]) Vgl. D. 13. 6. 5 pr.

[50]) Diese Konjektur an Stelle von *fiduciam* geht zurück auf A. Schulting, Jurisprudentia vetus antejustinianea (1737) 458 N. 34.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

geht sie das Recht des Leihgebers, die Sache eigenmächtig (PS 5. 6. 7) oder im Klagewege (PS 5. 6. 1) jederzeit zurückzunehmen, obwohl sie beide Stellen mehr oder weniger ausführlich erläutert (IP 5. 7. 5; 5. 6. 1).[51]) Konsequenz in mehr theoretischen Fragen darf man freilich vom Interpreten nicht erwarten. Die *actio civilis velut de commodato*, die an sich gegen den Erben des Prekaristen hätte gehen sollen, wird im engen Anschluß an PS 5. 6. 12[52]) als unvererblich erachtet (IP 5. 7. 10); aber da der Herr gleichzeitig auf die *actio proprietatis* verwiesen wird, so bedeutete das praktisch nicht viel.

7. Die auf Vertrag gegründete unwiderrufliche Bittleihe fand schnellen Anklang. Die Antiqua der Lex Visigothorum (LV 10. 1. 12) lautet:

> *De terris quae definito annorum numero per placitum dantur. Si per precarium epistulam certus annorum numerus fuerit comprehensus, ita ut ille qui susceperat, terras post quodcumque tempus domino reformaret, iuxta condicionem placiti terram restituere non moretur.*

Daß der Text des Gesetzes im wesentlichen schon von Eurich (etwa 475) stammt, läßt sich nicht strikt beweisen, wird aber durch die Knappheit des Stils und die Diktion[53]) sehr wahrscheinlich gemacht. Dann wäre der chronologische Abstand von IP 5. 7. 8 gering, und jedenfalls ist es der sachliche. Der Ton liegt hier wie dort darauf, daß bei Zeitleihe die Rückgabe nach Ablauf der vereinbarten Frist unverzüglich zu erfolgen

[51]) Über den Niedergang der *exceptio vitiosae possessionis* siehe oben N. 21.

[52]) Diese Stelle kann sehr wohl vom Sentenzenverfasser geschrieben sein und, abgesehen von *persecutio* ..... *manebit*, dem Sinne nach auf Paulus zurückgehen. Ob auch andere Klassiker das *precario habere* für unvererblich gehalten haben (Cels. D. 43. 26. 12. 1; Pap. D. 44. 3. 11) oder für Vererblichkeit eingetreten sind (Ulp. D. 43. 26. 8. 8; über CJ 8. 9. 2 s. oben N. 9), ist hier nicht zu behandeln. Die Meinungen mögen geteilt gewesen sein (Partsch, Longi temporis praescriptio 16 N. 2). Die neueren Interpolationsbehauptungen (s. den Index Int. zu den Stellen) gehen in entgegengesetzte Richtungen.

[53]) Siehe z. B. *restituere non moretur in* CE 280, vgl. auch CEB 11 (ex L. Baj. 9. 19); *iuxta* in CE 282; *reformare* in CE 296 und vermutlich in 275 i. f., 280, 321 i. f.

hat: *ad primam admonitionem; sine aliqua difficultate*; — *non moretur*. IP begründet die Dringlichkeit der Rückerstattung damit, daß die Leihe sich als ein dem Leihnehmer gewährtes *beneficium* darstelle, und dasselbe *beneficium* erscheint in LV unmittelbar vorher am Schluß der auf Erbpacht bezüglichen 10. 1. 11. Aber, wie lex 11 gleichfalls erhärtet, diese Idee des *beneficium* besagte keineswegs, daß die Leihe unentgeltlich sein mußte. Die Vorschrift handelt *ex professo* von der Pflicht des Leihnehmers, einen *canon* zu entrichten. Und was lex 11 von der zeitlich unbegrenzten Leihe sagt, ist für die zeitlich bestimmte der lex 12 gleichfalls als die Regel vorauszusetzen, wie denn auch in lex 13 der *canon* aufs Neue begegnet. Daß das Westgotengesetz nur von Grundstücken spricht, unterscheidet es von der IP mehr in der Form als in der Sache. Damit könnte es zusammenhängen, daß ein Hinweis auf das nun nur bei Mobilien verwendete *commodatum*[54]) nicht am Platze schien. Aber die vage Charakterisierung des zugrundeliegenden Vertrags als *placitum* zeigt, daß man die Festlegung auf einen der überkommenen Typen überhaupt zu vermeiden strebte[55]). Erst recht werden die jetzt völlig gegenstandslosen aktionenrechtlichen Residua der IP beiseite gelassen. Die Bodenleihe erscheint als ein Institut des materiellen Rechtes, und ihre vertragliche Natur, die in IP nur zwischen den Zeilen zu lesen war, wird nun ausdrücklich (*iuxta condicione placiti*) vermerkt. Sachlich ins Gewicht fällt die Neuerung, daß der Vertrag schriftlich niedergelegt werden mußte oder regelmäßig wurde. Das war der IP noch durchaus fremd: sie spricht in 5. 7. 5 und 8 bloß von *precibus* und bemerkt gar nichts zu PS 5. 6. 11, die eine *epistula* erwähnt. Diese PS ist gewiß inhaltlich von Paulus und stilistisch vom Sentenzenverfasser. Darum aber darf man nicht folgern, daß schon im dritten Jahrhundert „der Prekarist schriftlich um Überlassung des Landes zu bitten pflegte"[56]). Die Stelle betont ja gerade die Unerheblichkeit jedweder Vereinbarung[57]), und die Erwähnung der *epistula* besagt nicht mehr als in

[54]) Unten § 12.

[55]) Das wird noch deutlicher in 10. 1. 11 und 13.

[56]) Brunner I 289. [57]) Oben § 2.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Gai. D. 43. 26. 9, wonach ein *precarium* begründet werden kann „*vel inter praesentes vel inter absentes, veluti per epistulam vel per nuntium*“[58]).

8. Wenn Eurichs Formulierung noch einen Zweifel ließ, ob die Schriftform vorgeschrieben oder nur üblich war, so sprechen sich einige Jahrzehnte später burgundische Quellen deutlich im ersteren Sinne aus. Die Lex Romana Burgundionum (zwischen etwa 500 und 516) ordnet an (35. 2):

> *Vinditionem vero ex hoc maxime ius firmitatis accipere, si traditione celebrata possessio fuerit subsecuta. Si vero post possessionem dierum aut mensium praecaria fuerit subsecuta, ut ille iterum rem videatur possidere qui vindidit, documenti professio firmitatem praecariae possessionis obtineat*[59]).

Dem Käufer ist das Grundstück tradiert worden. Nach zeitweiligem Besitz gibt er es dem Verkäufer zu *praecaria possessio* zurück. Um die „prekaristische“ Natur dieser *possessio* wirksam zu machen, hat der Verkäufer sie urkundlich anzuerkennen[60]). Unzweifelhaft soll sich die Formvorschrift nicht auf den unmittelbar geregelten Fall beschränken, daß die Leihe gerade zwischen früheren Kaufkontrahenten vereinbart wird. Denn ihr Zweck ist, das Eigentum des nicht mehr tatsächlich besitzenden Leihgebers gegen spätere Anfechtungen sicherzustellen[61]).

Beides ergibt sich direkt aus c. 18 der Beschlüsse des kurze Zeit darauf (517) in Epao[62]) abgehaltenen kirchlichen Konzils

---

[58]) Zu PS 1. 3. 1 siehe „Pauli Sententiae“ (oben N. 41) 76 N. 377 mit weiteren Verweisungen.

[59]) Auf den Anfang ist hier nicht besonders einzugehen. Vgl. einstweilen allgemein Atti del Congresso Internazionale di dir. rom. (1933). Roma II 42.

[60]) Vgl. insoweit Brunner 290 N. 50, C. Freundt, Wertpapiere im antiken u. frühmittelalterlichen Rechte I (1910) 93f.

[61]) Siehe auch später Edict. Roth. 227 (*ostendat libellus scriptus ubi rogatus fuisset praestandi*) und die Bezeichnung der Urkunde als *securitas* in Form. Andec. 7. Als *praecaria* erscheint sie in Form. Vis. 36 und 37. als *epistula rogatoria* in Lex Rom. Curiensis 27. 12. Fernere Belege bei Brunner 290.

[62]) Nahe der Rhone (heute Albon): Loening, Gesch. d. dtschen Kirchenrechts I 569 N. 2. Zu c. 18 siehe Loening II 292 N. 2, Maassen in der Edition 23 N. 3.

(Monum. Germ. Hist. Legum Sectio III Concilia Tom. I p. 23):

> *Clerici quod etiam sine praecatoriis qualibet diuturnitate temporis de ecclesiae remuneratione possederint, cum auctoritate domni gloriosissimi principis nostri in ius proprietarium praescriptione temporis non vocetur, dummodo pateat ecclesiae rem fuisse, ne videantur etiam episcopi administrationis prolixae aut praecaturias, cum ordinati sunt, facere debuisse aut diu tentas ecclesiae facultatis proprietati suae posse transcribere.*

Der König von Burgund hatte also eine Ausnahme von dem in RB 35 erscheinenden Satze verfügt, und das Konzil berief sich auf sie. Die Kirche, die an Kleriker Land zur Leihe gab, war von der Schriftform befreit und mochte den leihweisen Charakter des Besitzes und damit den Ausschluß einer gegen sie laufenden außerordentlichen Verjährung auf beliebigem Wege beweisen.

9. Das sind die frühesten Belege für die neue Landleihe auf Zeit. Bei aller Spärlichkeit erscheinen sie hinreichend, noch einige weitere Schlußfolgerungen zu rechtfertigen. Am Anfang des sechsten Jahrhunderts hat die Leihe noch keinen festen Namen. Sie heißt noch nicht Prekarie, denn *praecaria* ist in RB die *possessio*[63]), in LV die *epistula*[64]), und das vom Konzil von Epao für die Urkunde gebrauchte Substantiv ist *praecatoria*[65]). Die Landleihe findet keine besondere Aufmerksamkeit bei den Gesetzgebern. In der Gundobada und

---

[63]) Beachte *praecariae possessionis* am Schluß und „*possessio fuerit subsecuta*“ im Anfang. Anders Brunner 290.

[64]) Der einzige andere Text innerhalb der Westgotengesetze, der die Prekarie erwähnt (*precario iure*), ist erst von 642/3 (LV 2. 1. 8).

[65]) Die canones 7 und 22 des Konzils von Agde (506) (Mansi, Conciliorum Collectio VIII 319ff.) und der sinngemäß der Bestimmung von Epao entsprechende c. 23 des ersten Konzils von Orléans (511) (Mansi VIII 347ff.) haben weder den Terminus *praeca(to)ria* noch überhaupt den Hinweis auf ein Dokument. In der von Flodoard, Hist. Remig. II 1 (Monum. Germ. Hist. Scriptores XIII p. 447) erwähnten Urkunde heißt das verliehene Recht *ususfructus* und die Verleihungsurkunde *precaria*. Aber der verleihende Bischof Mapinius gehört erst in die Mitte des 6. Jhs.: sein Archidiakon ist einer der Unterzeichner der Beschlüsse des Konzils von Orléans von 549 (MGH., Concilia I p. 112). Dies zu Brunner I 290 N. 50.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

im Edictum Theoderici fehlt sie völlig, und bei Cassiodor erwähnt sie Theoderich nur einmal mit der wiederum anderen Benennung *libellario titulo* (Var. 5. 7. 1 [523—526])[66]. Auch die Antiqua und die burgundische Lex Romana gedenken ihrer nur beiläufig, die eine in dem vornehmlich der Erbpacht gewidmeten Duktus LV 10. 1. 11—15[67], die andere bei Gelegenheit des Kaufrechts. Und keine dieser beiden Stellen bezieht sie auf Kirchengut, bei dem sie später ihre Hauptrolle zu spielen berufen war. In der Tat bietet das Kirchenrecht[68] keinen über 500 zurückreichenden Anhalt. Augustin spricht zu einer Zeit, die nur wenige Jahrzehnte vor der Interpretatio liegt, bei Zeitpacht als ganz selbstverständlich von *locatio conductio*: „*Ad conductionem ipsius fundi nullus accessit nisi quadraginta solidorum offerens pensionem ..... et commisi fidei eius, ut de ipsa conductione lucra non requirerent fratres*" (Sermo 356, 15 [Migne 39, 1581]). Noch bezeichnender ist: „*Inquilinus enim es, non possessor domus. Locata est enim tibi domus ..., non donata; etsi nolis migrabis, et non eam tali conditione accepisti, ut quasi tempora certa tibi sint*" (Enarratio in Psalm. 148, 11 [Migne 37, 1945f.]). Positiv ergibt der Zusammenhalt der späten PS 5. 6. 10, der IP 5. 7. 8, LV 10. 1. 12 und RB 35. 2 mit Sicherheit, daß sich schon im fünften Jahrhundert außerhalb der Gesetzgebung ein weltliches Vulgarrecht geformt hatte, das die Landleihe auf Zeit als ein festes Vertragsverhältnis mit dem *precarium* in Verbindung brachte. Der erste Anlaß dieser Assoziation war wahrscheinlich kaum mehr als ein Mißverständnis. Die weströmische Doktrin hatte Texte zu edieren, die sie selbst nicht mehr begriff. Über einen Satz etwa, wie er ihn vermutlich in der ursprünglichen PS 5. 6. 10 vorfand[69], konnte der Epigone nur den Kopf schütteln. So ergaben sich Umdeutungen. Aber wie sollte ein derartiges Produkt der Studierstube Einfluß gewinnen auf die Praxis und Gesetzgebung in den germanischen Reichen mit dem

[66]) Siehe unten § 14.
[67]) Näheres bei anderer Gelegenheit.
[68]) Auf das Loening II 710 und Voltelini 270 die *praecaria* zurückführen.
[69]) Vgl. oben § 5.

Ergebnis, daß in der fränkischen Zeit die neue Prekarie zur wichtigsten Form bäuerlicher Leihe erwuchs? Wie sollte ein seit Jahrhunderten abgestorbenes Institut unversehens zu solchem Leben erwachsen?

10. In diesem Zusammenhang verdient es Beachtung, daß der gewöhnliche Vertragstyp, der seit Jahrhunderten der zeitweisen Grundstücksüberlassung gedient hatte, im Vulgarrecht allmählich in seiner Bedeutung mehr und mehr zurücktrat. Eine oberflächliche Prüfung des CT, der nachfolgenden Novellen und der zwischenzeitlichen[70] Erlasse des CJ ergibt zwar eine beträchtliche Zahl von Texten, die von *conducere, conductio, conductor* oder — in begrenzterem Ausmaß — von *locare, locatio, locator* reden. Ein genauerer Einblick aber bringt den breiten Hiatus, der sich nach Diokletian entwickelt hatte, auch hier zum Bewußtsein. Die Atmosphäre ist nun eine ganz neue. Schon die Titelgestaltung des Codex Theodosianus gibt davon einen Vorgeschmack. Vom Kaufrecht (3. 1—4) springt er sofort über zum Eherecht (3, 5ff.), ohne das nach dem Ediktssystem[71] hierher gehörige Mietrecht zu berühren. Es gibt überhaupt keine Rubrik, die der in CJ 4. 65 an korrekter Stelle erscheinenden *De locato et conducto* entspräche. Die Gegenprobe aus dem justinianischen Titel stimmt dazu. Er hat nicht ein einziges Stück aus CT entlehnt. Nur eine Konstitution (4. 65. 30) schöpft aus einem auch ins Westreich übernommenen Erlasse (Nov. Th. 9): sie zielt darauf ab, Dekurionen die Pachtung fremden Landes zu verbieten, gehört also ins öffentliche Recht. Gleichwohl hat CT nicht weniger als drei (10. 4; 10. 5; 10. 26) oder sogar wahrscheinlich vier (5. 12) Titel, in denen ein *conductor* auftritt. Aber sie alle handeln von der Staatspacht, der *res privata, domus Augusta*, den *fundi patrimoniales* und dergleichen.

Eine Untersuchung des Inhalts führt zu einem wesentlichen Teile in dieselbe Richtung. Die Pacht vom Staate und insbesondere die Domänenpacht steht durchaus im Vordergrunde[72]. Sie tritt als Zeitpacht wie als Erbpacht auf, doch

[70]) d. h. nachdiokletianischen und vorjustinianischen.
[71]) Vgl. Atti (oben N. 59) II 50.
[72]) Domänen- und Vektigalienpacht sind jedoch weithin verquickt.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

die letztere überwiegt bei weitem und würde es noch viel mehr, wenn uns nicht die Westgoten durch Ausscheidung fast aller auf die Emphyteuse gehenden Gesetze die Aussicht verbaut hätten[73]). Daß nun die Emphyteuse nicht als Typ einer normalen *locatio conductio* gelten kann, bedarf keiner näheren Ausführung. Der große Erbpächter einer kaiserlichen Domäne, den diese Quellen allein im Auge haben[74]), lebt nicht nur sozial und wirtschaftlich, sondern auch rechtlich in einer anderen Welt als der individuelle *colonus* oder *inquilinus* selbst der klassischen Ära. Er ist ein Grandseigneur, dessen Stellung der eines Großgrundbesitzers so sehr nahekommt, daß sogar die Gesetze oft genug, wenn auch keineswegs konsequent, ihn als *dominus* behandeln, und dies bereits vor dem Ausgang des vierten Jahrhunderts, also schon bevor die Emphyteuse mit dem *ius perpetuum* verschmolz.

Aber auch die Pacht von Domänenland auf Zeit[75]) wich von dem überkommenen Vertragsverhältnis erheblich ab. Begründet wurde sie, wenn nicht durch einen Akt kaiserlicher Gnade[76]), regelmäßig im Wege der Versteigerung[77]). Beendet werden konnte sie inmitten der Pachtperiode einseitig und ohne Entschädigung nach Ermessen der kaiserlichen Verwaltung[78]), und wenn ein anderer einen höheren Zins bot, konnte der derzeitige Pächter sich nur behaupten, wenn er selbst in die Steigerung willigte[79]). Auch seine Befreiung von *munera sordida* und außerordentlichen Lasten[80]) war nicht ihm zuliebe angeordnet, sondern im Interesse der Kultivierung des Landes und demnach der Staatsfinanzen[81]). Mit diesen zeitweiligen und offensichtlich kleinen *conductores* wurden also nicht viel Umstände gemacht. Sie genossen recht geringen Schutz und mochten, mindestens sozial, oft nicht besser daran sein als die ihnen unterstehenden Kolonen, neben denen sie bisweilen genannt werden[82]).

Noch tiefer auf der Stufenleiter gesellschaftlicher Wertschätzung scheinen die *conductores privatorum* (CT 16. 5. 54. 6) gestanden zu haben. Bisweilen wird zwar in der Bemessung von Strafen noch eine Abstufung gemacht zwischen einem *conductor fundi ingenuus* und demjenigen, der *servili faece descendens* wegen Armut und Niedrigkeit nicht wohl mit Geldstrafe belegt werden kann (CT eod. 21 [392]), zwischen einem *conductor*, der, wenn von einigem Rang (*si idoneus est*), bloß zu verbannen, und dem anderen, der auszupeitschen und ins Bergwerk zu schicken ist (CT eod. 40. 7 [407]). In der Regel aber wird der *conductor* unterschiedslos behandelt und zwar zumeist auf gleicher Linie mit den übrigen ebenso mißachteten Gruppen von Verwaltern fremden Vermögens, den *actores* und *procuratores*. Nach const. Sirmond. 16 Mitte (CT 5. 7. 3) [408] haben sie alle *metalla* oder (und) Deportation zu gewärtigen, nach CT 16. 6. 4. 1 (405), droht ihnen Prügelstrafe mit lebenslänglichem Exil und nach Nov. Val. 6. 1. 1 i. f. [440] sogar der Tod, während ein *dominus* in den beiden letzten Fällen mit Vermögensstrafe davonkommt[83]). In CT 16. 5. 52. 1, 4 (412) wird der *conductor* wenigstens vom Sklaven und Kolonen abgehoben, in 2, 30. 2 + 2. 31. 1 (422) dagegen fällt selbst dieser Gegensatz dahin: zweimal heißt es dort in sachlich gleicher Fassung, daß „*per servum procuratoremve colonumve vel actorem seu conductorem praeiudi-*

---

wie schon im Prinzipat: vgl. Rostowzew, Gesch. der Staatspacht (1903) 440ff., 501f.; Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich II 101f., 121.

[73]) Hierzu und zum Folgenden sei auf spätere Ausführungen verwiesen.

[74]) Mitteis, Geschichte der Erbpacht 37f.

[75]) Vgl. His, Domänen 89f.

[76]) CJ 11. 62. 8 (386); 11. 71. 5. 6 (429).

[77]) CJ 11. 71. 3 (395) und 4 (398—399).

[78]) CJ 11. 71. 5. 6 (429).

[79]) CJ 11. 71. 5. 7 (429).

[80]) CT 11. 16. 5 (343) und 20 (389).

[81]) Vgl. schon Callistratus D. 50. 6. 6. 10 zu einem die *conductores vectigalium fisci* von den *munera municipalia* befreienden Reskript der Divi Fratres: *non honori conductorum datum, ne compellantur ad munera municipalia, sed ne extenuentur facultates eorum, quae subsignatae sint fisco.* S. auch Rostowzew, Staatspacht 417f.

[82]) CT 11. 16. 5 (343); 10. 4. 3 (373).

[83]) Ein ähnlicher Gegensatz in Nov. Maj. 7. 1 (458).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

cium possessioni invito vel inscio domino inponi non posse"[84]). Aus ähnlicher Erwägung[85]) verbietet die erwähnte Nov. Th. 9 pr. — § 2 (439) Dekurionen die Übernahme der Pacht fremder Grundstücke bei Nichtigkeit des Vertrages und Konfiskation des Landes: „*conductionem namque speciem esse procurationis certissimum est*"[86]), die „*procuratio rerum alienarum*" aber sei den Curialen schon durch das Gesetz von 382 (CT 12. 1. 92) untersagt worden, und zwar, wie es dort heißt, weil es ihnen nicht anstehe, unter Außerachtlassung ihrer Freiheit und Klasse eine derart schimpfliche und niedrige Tätigkeit zu übernehmen und ihre Ehre durch sklavenmäßigen Dienst zu verscherzen; für Zuwiderhandlung war Deportation vorgesehen[87]). Vergegenwärtigt man sich die jedem Druck preisgegebene jammervolle Lage der Dekurionen, so mutet es sonderbar an, sie so nachdrücklich an die Würde ihres Standes erinnert zu finden. Um so greller also fällt das Licht auf die Kluft, die selbst sie noch von dem durchschnittlichen privaten Pächter trennt. Solch ein Pächter war ein armseliges, verachtetes Wesen, das zwar dem Buchstaben nach noch immer in einem aktionenmäßig gesicherten Vertragsverhältnis stand[88]), aber praktisch herabgesunken war zu einem Bediensteten.

[84]) Siehe auch SZ. 49, 242 N. 1.

[85]) Vgl. Gothofred ad CT 12. 1. 92.

[86]) Vgl. auch CJ 7. 39. 7. 7 (525).

[87]) *Ille vero qui immemor libertatis et generis infamissimam suscipiens vilitatem existimationem suam servili obsecundatione damnaverit, deportationis incommodo subiugetur.*

[88]) Nov. Th. 9. 2. (439): „*Conductor itaque locatori vel contra locator conductori contra hanc legem nulla tenebitur actione. Nullum enim actum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente*". S. auch CJ 11. 54. 1 pr. (468): „*quod huius rei (scil. patrocinii) gratia geritur sub praetextu donationis vel conditionis seu conductionis aut cuiuslibet alterius contractus, nullam habeat firmitatem*" (zur letzteren Stelle s. auch Lewald, SZ. 32 S. 476). Doch ist es wohl nicht ohne Bedeutung, daß in beiden Erlassen die *conductio* für nichtig erklärt wird. Wo, wie in der Fortsetzung des zweiten Erlasses (CJ 10. 19. 8), Gültigkeit vorausgesetzt wird, fehlt ein Hinweis auf die *conductio*.

Es ist kein Zufall, daß in den Gesetzen zwischen der Mitte des vierten und des fünften Jahrhunderts die Belege für den *conductor* die für *conducere* und *conductio* an Zahl weit hinter sich lassen. Der Kontrakt rückt in den Hintergrund und wird um so nebensächlicher, je mehr die im Interesse der Staatspolitik geschaffenen Rechte und Lasten die privatrechtlichen überwuchern. An seine Stelle tritt als rechtlich ausschlaggebender Faktor der persönliche Status[89]) des *conductor* oder besser der beiden *conductores*. Denn aus der einstigen Vertragspartei hatten sich zwei Typen entwickelt, in diametral entgegengesetzter Richtung, nach oben und nach unten. Der Großerbpächter auf Domänenland steigt zum Gutsherrn, zum Quasi-Dominus empor, während der kleine Zeitpächter, insbesondere auf privatem Boden, auf ein Niveau hinabgleitet, das ihn dem Kolonen und Sklaven bedenklich näherbringt. Zwischen den beiden Extremen gibt es keine Berührungspunkte. In der Mitte entsteht beinahe ein Vakuum. Der ständisch neutrale, nur vertraglich gebundene freie Landpächter ist gewiß nicht gänzlich verschwunden. Eine wesentliche, zu neuen Regelungen Anlaß gebende Rolle hat er schwerlich mehr gespielt[89a]).

Das wird auch durch die ägyptischen Papyri im wesentlichen bestätigt. Schon die Zahl der gerade aus dem fünften Jahrhundert überlieferten Pachtverträge ist auffallend gering. Darüber hinaus enthält die große Mehrheit der byzantinischen Kontrakte die Klausel ἐφ' ὅσον χρόνον βούλει, nach der der Grundherr den Pächter jederzeit ohne Kündigung herausetzen konnte, während der Pächter von sich aus wohl das Verhältnis überhaupt nicht zu lösen vermochte. Zudem erscheint die bei Teilpacht ihm zukommende Quote des Er-

[89]) Man darf von einer Rückentwicklung vom Kontrakt zum Status sprechen in Umkehrung des bekannten Wortes von Sir Henry Maine, Ancient Law (1861) ch. V am Ende: „*We may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract*". Vgl. auch etwa SZ. 50, 650 und Kaser, Eigentum und Besitz im älteren röm. Recht (1943) 156f.

[89a]) S. auch Rostowzew, Staatspacht 501ff., der jedoch seinem Thema gemäß die Verhältnisse des Dominats nur kurz berührt.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

trages als stark herabgedrückt. Der sogenannte Pächter war also auch hier schließlich nicht viel mehr als ein höriger Arbeitsmann[90]).

11. Allmählich beginnen selbst die beiden Extremtypen ihre Verbindung mit der *conductio* zu lösen. Die Interpretatio verschweigt die *conductio* völlig bei der Emphyteuse, von der sie überdies nur noch eine sehr verschwommene Vorstellung hat, und verschmäht beide Termini, wo sie auf eigene Faust eine Art Definition von der Erbpacht gibt (INMc 3). Bei der Zeitpacht folgt sie wohl in Sprache und Inhalt den Erlassen (IT 2. 30. 2; 2. 31. 1; 10. 3. 2; INT 9). Sogar von sich aus nennt sie unter den *actiones perpetuae* die *locati et conducti* (INV 35 i. f.), vermutlich nach einem alten Schema (vgl. etwa GE 2. 9. 13) oder mit Beziehung auf die praktisch gebliebene *locatio conductio operarum* und *operis*[91]). Wie wenig sie jedoch mit diesem Begriff noch vertraut ist, erhellt aus INT 9, wo *conductus* für *locatus* steht[92]). Im ganzen ist unser Einblick in die Interpretatio hier stark behindert, weil die Westgoten von den ein *locare* oder *conducere* berührenden Dekreten oder Autorenstellen nur einen winzigen Bruchteil aufgenommen haben. Wo die Vorlagen *ex professo* diesen Konsensualvertrag behandelten, beschränkt sich das Breviar auf so kümmerliche Auszüge, daß es unmöglich wäre, sich aus ihnen allein ein Bild zu machen. Im Paulusblock figuriert zwar noch die alte Rubrik „*de locato et conducto*". Was aber aus den Sentenzen über die *loc. cond. rei* beigebracht wird, besteht aus dem einen Satz (PS 2. 18. 2): „*Fundi deterioris facti et culturae non exercitatae et aedificiorum non refectorum*

[90]) Für das Nähere Waszyński, Bodenpacht (1905) 91ff., 154ff., 175ff. S. auch Mitteis, Grundzüge d. Papyruskunde I 197, Arangio-Ruiz, Riv. di filologia, N. S. 4 (1926) 96ff. und Storia di dir. rom.[5] (1947) 345, Taubenschlag, Law of Greco-Roman Egypt 273f. Über Wohnungsmiete Berger, Ztschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft 29 (1912) 370ff. Das Buch von H. Comfort, Studies in Late Byzantine Land Leases (1939) war mir nicht zugänglich.

[91]) Daß noch Isidor, Etym. 5. 25. 12, 13 eine Definition von *locatio* und *conductio* bringt, kann nicht wundernehmen.

[92]) Ein Gegenstück bildet das spätere *locare* für *conducere* in Form. Andec. 25 (vgl. Brunner, SZ., Germ. Abt., 5, 70 N. 2).

culpa arbitrio iudicis domino a conductore sarciri potest". Und auch dieser herausgerissene Satz „*interpretatione non eget*"! Ebenso kläglich ist die Ausbeute der GE, die die Ausführungen des Gaius III 142—147 durch die blasse Regel 2. 9. 15 ersetzt: „*Locatio et conductio simili ratione consistunt* (wie der Kauf), *ut consensu, etiam verbo, definitio inter consentientes firma permaneat*". Es ergibt sich die bemerkenswerte Tatsache, daß die Westgoten mit der *locatio conductio (rei)* überhaupt nichts mehr anzufangen wußten.

12. Das bestätigt die für sie selbst bestimmte Gesetzgebung. Daß der Codex Euricianus der *locatio conductio* keinen Titel widmet, versteht sich nach dem Vorgang des Theodosianus von selbst.[93]) Aber er erwähnte sie höchst wahrscheinlich überhaupt nicht mehr. Er braucht *commodare* wie für das Darleben (CE 281, 285) so für die Leihe von Fahrnis (CE 278 i. f., 282 init., 283 i. f., 284). Und wie das Geldkommodat ausdrücklich das verzinsliche umfaßt[94]), so wird auch beim Sachkommodat vermutlich das entgeltliche eingeschlossen. Viermal wird dieses Kommodat den Regeln über *commendatum* (= *depositum*) angeglichen (278 i. f., 282 init., 283 i. f., 284 i. f.), das nach 278 entweder entgeltlich oder unentgeltlich ist[95]). In 278 selbst kann das Schlußwort „*eadem et de commodatis forma servetur*", soll es überhaupt etwas bedeuten, wohl nur auf entgeltliche Sachleihe gehen, weil die unentgeltliche sofort (in 279) eine Sonderbehandlung erfährt[96]). So jedenfalls faßte Leovigild ein Jahrhundert später (568—586) die Vorschrift auf. Denn die Antiqua LV 5. 5. 1 fügt dem zunächst nur die Verwahrung erörternden Urtext die beiden eng zusammengehörigen Klammerworte ein: „*ille qui commendata (vel commodata) suscepit . . . , si tamen mercedem fuerit pro custodia consecutus (vel pro conducto)*". Die Einfügung ist ungeschickt genug, da nicht der „Kommodatar", sondern der „Kommo-

[93]) Vgl. auch Atti (oben N. 71) 50.

[94]) Hierzu SZ. 49, 246f.

[95]) Ebenso wie das *mandatum*: LV 2. 3. 7, 8 (Antiq). Im allgemeinen siehe Gierke, Deutsches Privatrecht III 570 N. 2.

[96]) Doch hält von Schwerin, Anuario de Historia del Derecho Español 1, 11ff. CE 279 für einen frühen Einschub.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

776

dant" die *merces* erhält. Doch kommt es darauf hier nicht an. Das Wesentliche ist, daß das Vermieten einer beweglichen Sache klärlich mit *commodare* bezeichnet wird. Wenn für das Mieten *conducere* auftritt, so ist das eine ganz vereinzelte Verwendung und mutmaßlich eine bloße Reminiszenz des im römischen Recht wieder mehr geschulten Verfassers[97]). Nicht einmal eine solche liegt vor in der Antiqua LV 8. 5. 11. f. Sie handelt davon, daß jemand seine Schweine abredegemäß in dem Wald eines anderen auf der Weide hat, aber vor Ablauf der Zeit von da wieder zurücknimmt: „si .... *porcos suos in silua quam conduxerat noluerit retinere*". Die Übersetzer verstehen das dahin, daß der Herr der Herde sie „im Wald, in den er sie getrieben hatte, nicht mehr belassen will"[98]). Daß er, wie der Relativsatz an sich besagen würde, den Wald gepachtet hatte, wollen sie offenbar nicht gelten lassen. In der Tat würde eine Pacht oder Leihe zumindest erfordern, daß — entgegen dem Sachverhalt — dem Schweinehalter die tatsächliche Innehabung des Waldes eingeräumt wäre. Aber dieser Gedankengang würde voraussetzen, daß der westgotische Autor noch eine klare Vorstellung davon besaß, was *conducere* einst bedeutet hatte. Und das ist nichts weniger als gewiß.

Dies sind die beiden einzigen Stellen, an denen das Verb *conducere* — und nur das Verb — in der Antiqua vorkommt. Keine hat mit Landleihe etwas zu tun. Wo solche Leihe geregelt wird, ist von *locatio* oder *conductio* nicht die Rede mehr. Die Vorschriften über Erbpacht (LV 10. 1. 11, 13—15) gehen allen Termini aus dem Wege, und die Zeitleihe wird als *per precarium epistulam* begründet angesehen (LV 10. 1. 12).[99]) Das *precarium* erscheint also hier und in den anderen oben[100]) genannten Texten, wo nach der klassischen Tradition und noch der römischen Gesetzessprache des vierten und fünften Jahrhunderts die *conductio* erwartet werden müßte. Wie ist

[97]) Zu romanisierenden Tendenzen im Codex Leovigilds siehe z. B. Zeumer, Neues Archiv 23, 432f., 477f.

[98]) Wohlhaupter in Germanenrechte 11, 243, Scott, The Visigothic Code (1910) 299.

[99]) Oben § 7. [100]) § 9 i. f.

dieser Wechsel zu deuten? Eine Antwort bietet sich von beiden Seiten her.

13. Die Verflüchtigung der *locatio conductio* kann nicht zureichend daraus hergeleitet werden, daß das ganze überkommene System des privatrechtlichen Denkens in der Auflösung begriffen war. Denn diese Tatsache hinderte nicht die Beibehaltung zahlloser Termini unter Umgestaltung und regelmäßig Verflachung ihres Sinnes. *Emptio venditio*[101]) und *commodatum* bieten die hier nächstliegenden Beispiele. Der wirkliche Grund für die Abneigung gegen die *conductio* muß wohl darin gesucht werden, daß dieser Begriff unheilbar kompromittiert war. Der *conductor* hatte sich in zwei Typen gespalten, die voneinander etwa ebenso weit entfernt waren wie der Grundherr von dem Knecht. Jeder dieser beiden Typen erhielt seinen Charakter von der Rolle, die er im sozialen und ökonomischen Aufbau der Gesellschaft spielte. Sein juristisches Wesen als das eines Vertragspartners verlor sich dahinter fast vollkommen. Und selbst wo dieser Ursprung im Bewußtsein der Zeit lebendig blieb, würde mancher freie Zeitpächter wenig Geschmack an einer Bezeichnung gefunden haben, die ihn mit einem Hörigen auf dieselbe Stufe zu stellen schien. Als daher unter den veränderten agrarischen Verhältnissen in den Germanenreichen das Bedürfnis nach einer Form schlichter Landleihe sich wieder fühlbar machte, suchte man naturgemäß nach einem anderen von jenen Assoziationen befreiten Ausdruck.

Das *precarium* bot sich dar, nicht obwohl, sondern weil es in der Praxis tot war. Wäre es im fünften Jahrhundert mit seinem einstigen Inhalte noch in Übung gewesen, so hätte man es zu dem neuen Zweck kaum recht verwenden können. So aber fand man in der Interpretatio (5. 7. 5 und 8) — und sicherlich nicht nur in ihr — das *precarium* einfach auf *preces* zurückgeführt und als ein Geschäft erklärt, durch das jemand auf sein Ersuchen zeitweiligen Besitz zugewiesen erhielt. Das war was man brauchte. Der Bedeutungswechsel, wenn er je

[101]) Siehe einstweilen Atti (oben N. 59) 39ff., American Historical Review 48 (1942), 24f.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

bemerkt wurde, erweckte gewiß keinen Anstoß. Da gab es Parallelen genug[102]). Freilich war die Bezeichnung der Landleihe als „Bittgeschäft" alles andere als prägnant. Aber wie in anderen Fällen[103]) schien die Farblosigkeit des Wortes eher eine Empfehlung. Es konnte garnicht besser gewählt werden, wenn es darauf ankam, unerwünschte Schlußfolgerungen aus den feststehenden römischen Typen zu vermeiden und einen dehnbaren Begriff zu schaffen[104]). Aus den *preces* leitete man zunächst die *precaria epistula* und *precaria possessio* ab, und als man dann für die Urkunde und später das Rechtsgeschäft als solches einen Namen brauchte, war es *precatoria* oder *precaria*, aber kaum *precarium*[105]). Wie bei Mobilien das *commodatum*[106]), so trat bei Immobilien die *precaria* in die durch das Versagen der *conductio* geschaffene Lücke. Und sie erhielt sich durch Jahrhunderte, während das *commodare*, sehr bald aus der Rechtssprache verschwindend[107]), dem weniger ausgeprägten und wohl darum wiederum bevorzugten *praestare* das Feld räumte[108]).

Wenn so die *precaria* die Nachfolge der *conductio* übernahm, so begreift es sich besonders leicht, daß sie von ihr vereinzelte Züge entlehnte. Dahin gehört die Pachtperiode von fünf Jahren, falls keine andere vereinbart war[109]). Dahin hat man weiter die Zinspflicht des Beliehenen[110]) und die Verwirkung

[102]) Man denke etwa an *condicio, peculium, ius liberorum, hereditatis petitio, redhibere, intentio, vindicare.*

[103]) Beispiele innerhalb des Themas bieten *placitum* (oben bei N. 55), *libellus* (Brunner I 291 N. 58) und *praestare* (u. N. 108).

[104]) Unten § 15.

[105]) Ein Blick in den Index von Zeumers Edition der Formulae ist belehrend. Siehe im übrigen Brunner I 290.

[106]) Siehe oben § 12.

[107]) In L. Baj. 15. 1 ist *commodare* aus CE 278 kopiert, in Form. Augienses B 35 und 39 ist es verballhornt aus *commutare*. Du Cange verzeichnet das Wort überhaupt nicht.

[108]) *Praestare* in diesem Sinne erscheint schon in der Interpretatio und in CE 279; vgl. Conrat, Der westgotische Paulus N. 487, v. Schwerin a. a. O. 13. Es wird früh auch auf Bodenleihe erstreckt.

[109]) Brunner I 291f., 304.

[110]) Voltelini 273.

der Prekarie im Säumnisfalle[111]) gerechnet. Doch da erheben sich schon Bedenken. Die *conductio* war notwendig, die Prekarie nur regelmäßig entgeltlich. Und sie war es einfach deshalb, weil Land ohne Zins nicht leicht zur Verfügung stand. Ebensowenig bedurfte die Verwirkungsnorm einer geschichtlichen Anknüpfung. Sie begegnet in spätrömischen und frühgermanischen Ordnungen auf Schritt und Tritt[112]). Ihre Herleitung aus dem längst entschwundenen Recht der *agri vectigales*[113]) ist vollends abzulehnen.

14. Die *locatio conductio* ist in den westlichen Königtümern nicht überall zu der gleichen Zeit außer Gebrauch gekommen. Im Ostgotenreich finden wir, wie gewöhnlich, die vom Vulgarrecht entwickelte Lage in höherem Grade fortbestehen. Dem *conducere* im Sinne einfacher Sachmiete (ET 136) wird nicht viel Beachtung geschenkt. Die *conductores* dagegen kommen wiederholt vor und zwar wiederum in beiden Typen[114]). Bald sind sie als *conductores domus regiae* so machtvoll, daß Theoderich es nötig findet, seinen Beamten einzuschärfen, daß sie selbst und nicht die Pächter die Höhe der Pacht zu bestimmen haben, weil sonst schließlich gar kein Unterschied mehr sei zwischen Pachtrecht und Eigentum: „*non enim nostra sed illorum rura dicenda sunt, si pro voluntate conducentis modus eveniat pensionis*" (Cass. Var. 5. 39. 6). Bald erscheint der *conductor* als der kleine Zwischenmann zwischen dem Gutsherrn und den Kolonen (z. B. ET 22, 69 i. f., 150)[115]), wie er denn auch nach dem Muster von CT 2. 30. 2 und 2. 31. 1 neben dem *procurator*, *colonus* und *servus* eingereiht wird (ET 121). Mit dieser traditionellen Einstellung hängt es vielleicht zusammen, daß das *precarium* nur ein einziges Mal (ET 76) und zwar im Rahmen der *exc. vitiosae possessionis* erwähnt wird[116]), also rückwärts gewandt ist. Und doch machte sich das Be-

[111]) Zum klassischen Recht Paul. D. 19. 2. 54. 1, zur Prekarie Loening II 712f.

[112]) Scritti Ferrini (oben N. 11) 118ff.

[113]) So Loening 714ff.

[114]) Auf die Steuerpächter ist hier wie sonst nicht einzugehen.

[115]) Hierzu auch Cass. 1. 16. 2; 8. 33. 2; 12. 5. 5.

[116]) Siehe oben N. 11.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

dürfnis nach einer standesmäßig nicht betonten Landleihe auch hier geltend. Wie Theoderich (Cass. Var. 5. 7. 1) kundtut, „*comperimus ..... patrimonii nostri praedia in Apulia provincia constituta ..... honesto viro Thomati libellario titulo commisisse (= commissa esse)*". Hier wird also bereits ein libellarisches Pachtverhältnis als bekannt vorausgesetzt, d. h. der Vertragstyp, der in Italien die Rolle der *precaria* zu spielen berufen war[117]).

Späterhin (591—599) bietet das Register Gregors des Großen ein ganz ähnliches Bild, was um so bemerkenswerter scheint, als der Papst mit Justinians Rechtsbüchern vertraut war. Nur gibt es hier den Großkonduktorat nicht mehr. Der *conductor*[118]) ist zwar den Kolonen vorgesetzt, hebt sich von ihnen aber rechtlich nicht scharf ab, weil er selbst Sklave oder doch in sklavenähnlicher Position ist. Er hat die Einkünfte des Kirchengutes von den Kolonen zu erheben und an die Kirche abzuführen. Wo dagegen die Kirche den Grundbesitz nicht in eigener Bewirtschaftung verwaltet, sondern verpachtet, „wird der Pachtnehmer niemals *conductor* genannt"[119]). Eine langfristige Pacht an gewisse Mönche wird in neutraler Wendung so ausgedrückt, daß das Land „*eis salvo iure ecclesiae nostrae in triginta annorum spatium habere concessimus*" (9. 96). In einem einzigen Schreiben (9. 194) ist von *locare* die Rede, doch nicht ohne Verwendung des nun für die Bodenleihe technisch gewordenen *libellus*[120]): „*factis libellis ei vineolam ipsam locare debeas*". Entsprechend heißt es: „*factis libellis solaticum singulis annis expondisse*" (8. 32), „*securitatis libellos de pensionibus facias*" (1. 42), „*possessionem iuris ecclesiastici sub libellorum speciem tenere*" (9. 78), „*libellario nomine habere concede*" (2. 3).

Dürftiger ist das Material von Burgund. Die Lex Gundobada

[117]) P. S. Leicht, Studi Senesi in onore di L. Moriani (1906) I 293ff., Brunner I 291 N. 58. Über die Besonderheiten der italienischen Prekarie s. auch L. M. Hartmann (oben N. 2).

[118]) Mommsen, Jur. Schriften III 186ff.; s. auch Beaudouin, Nouvelle Revue Historique de Droit 22 (1898) 212ff.

[119]) Mommsen 180.

[120]) *Precarium*, wo es vorkommt, ist militärischer Sold.

spricht einmal (38, 10) von einem *conductor*, der bald ingenuus bald *servus* ist. Sie schweigt vom *precarium*. Gerade umgekehrt kennt die Lex Romana (35, 2) die *precaria possessio* neuen Stils[121]), hat aber keine Verwendung mehr für *locatio* oder *conductio*.

15. Die *precaria* war weit elastischer als ihre Vorgängerin. Sie konnte jegliche Art erbetener und gewährter Landüberlassung umfassen, und die fränkische Zeit entwickelte bekanntlich die mannigfachsten Spielarten[122]). Schon die Dauer des Verhältnisses schwankte von jederzeitlicher Widerruflichkeit bis zu voller Erblichkeit. Besonders häufig wurde allmählich die Verleihung auf Lebenszeit[123]). Und so haben neuere Forscher im römischen *usus fructus* geradezu die Wurzel der Prekarie finden wollen[124]). Indessen wird diese Auffassung dem geschichtlichen Werdegang nicht gerecht. Keines der oben besprochenen Zeugnisse aus dem fünften und frühen sechsten Jahrhundert hat einen Hinweis auf den *usus fructus*[125]), von dem doch sonst das Vulgarrecht den ausgiebigsten Gebrauch macht[126]). Die gleichzeitige Verordnung des Kaisers Leo CJ 1. 2. 14. 9 (470), die die kirchliche Leihe auf *usus fructus* und nicht auf *precarium* aufbaut, hat auf den Westen keinen Einfluß gewonnen[127]). Eine der Verordnung sachlich einigermaßen entsprechende *precaria*[128]) scheint vor dem siebenten Jahrhundert ebenso wenig erweislich wie eine Leihe auf Lebenszeit[129]). Nur für den späteren Ausbau der

[121]) Siehe oben § 8.

[122]) Vgl. Brunner I 304ff., Heusler, Institutionen II 167ff.

[123]) Heusler 171, Voltelini 274.

[124]) Oben N. 2.

[125]) Salvian ad eccl. I. 20 (s. oben N. 43) sagt freilich in einem Atem: „*quasi precarii possessores sumus*" und „*cum possessores usufructuarii simus*". Aber diese Ausdrücke werden nur symbolisch gebraucht, um das Verhältnis des Menschen zu Gott zu veranschaulichen.

[126]) Concil. Agath. c. 7 (oben N. 65) stellt Veräußerung und Hingabe zu Usufrukt auf eine Stufe: „*ut vel in usufructu vel in directa traditione aliquid distrahatur*".

[127]) Loening 306 N. 1, s. auch Voltelini 268. Nicht dawider Brunner I 307, Heusler II 169.

[128]) Vgl. Form. Marc. II 39, 40.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Prekarie sind also die zahlreichen Texte charakteristisch, die die Leihe mit *ususfructus* umschreiben. Aber auch diese Bezeichnung wollte nur andeuten, daß das Nutzungsrecht auf längere Dauer angelegt war. Sie kennzeichnet nicht etwa einen Umschwung in der juristischen Auffassung oder eine präzise Anknüpfung an den einstigen Ususfrukt. Dahin waren die Zeiten, da er in einem *ius in re aliena* bestand und zur Herstellung schuldrechtlicher Wirkungen einer *cautio* bedurfte. Der Gegensatz von Nießbrauch, Leihe und Pacht war nicht mehr scharf zu fassen. Diese Unterscheidungen brachte das Germanentum jener Zeit naturgemäß noch nicht mit[130]). Es konnte sie aber auch nicht von den Römern lernen, weil das Vulgarrecht selbst sie weitgehend eingebüßt hatte. Doch das sind Feststellungen, die über den Rahmen dieses Aufsatzes weit hinausgehen[131]).

[130]) Vgl. Form. Andec. 7, Marc. II 5, 39.

[130]) Heusler II 165f., Gierke III 510.

[131]) Im Vorstehenden sind folgende Abkürzungen verwandt: CE = Codex Euricianus; CT = Codex Theodosianus; ET = Edictum Theoderici; GE = Gai Epitome; INMc = Interpretatio zu den Novellen des Marcian; INT = Interpretatio zu den Novellen des Theodosius; INV = Interpretatio zu den Novellen des Valentinian; IP = Interpretatio zu den Paulussentenzen; IT = Interpretatio zum Codex Theodosianus; LV = Lex Visigothorum; PS = Paulussentenzen; RB = Lex Romana Burgundionum.

II.

Dos und erneuerte Ehe.

Von

Julius H. Wolff.

Die in einigen Quellenstellen auftretende Lehre, daß bei Wiederherstellung einer geschiedenen Ehe die ersteheliche Dos, soweit sie sich noch in den Händen des Mannes befindet, automatisch wieder in den Rang der Mitgift eintrete, wird von Levy in zwei Anmerkungen[1]) zu seinem „Hergang der römischen Ehescheidung" den Klassikern abgesprochen. Die klassische Auffassung findet Levy in dem von Lenel (Paling., Papin. 497) unter Heranziehung von Paul. 7 ad Sab. D. 23. 3. 30 wiederhergestellten Text von Pap. 4 resp. D. 23. 3. 31: ⟨*Dotem, quae in prius matrimonium data est, non aliter converti in posterius matrimonium dicendum est, quam cum hoc agitur*⟩: *quod si non divortium, sed iurgium fuit, dos eiusdem matrimonii manebit.* In strenger Befolgung des damit ausgesprochenen Grundsatzes werden alle widersprechenden Äußerungen der Quellen byzantinischer Rechtsänderung zur Last gelegt. Eine Nachprüfung der von Levy kurz kritisierten Belege ergab mir, daß ich der Meinung des verehrten Verfassers nur zum Teil folgen kann. Wenn ich recht sehe, ist nachklassisch nur die dogmatische Figur der *dos tacite redintegrata*[2]). Diese aber verdankt ihre Entstehung nicht einem Bestreben, eine neue, den Klassikern unbekannte Rechtsregel zu schaffen, sondern in erster Linie der Notwendigkeit, veraltete, auf die Formel der *actio rei uxoriae* gegründete Argumente auszumerzen. Damit verband sich das byzantinischer Schulgelehrsamkeit eigene Bedürfnis nach theo-

[1]) S. 12 Anm. 5 und 6 (auf S. 13).

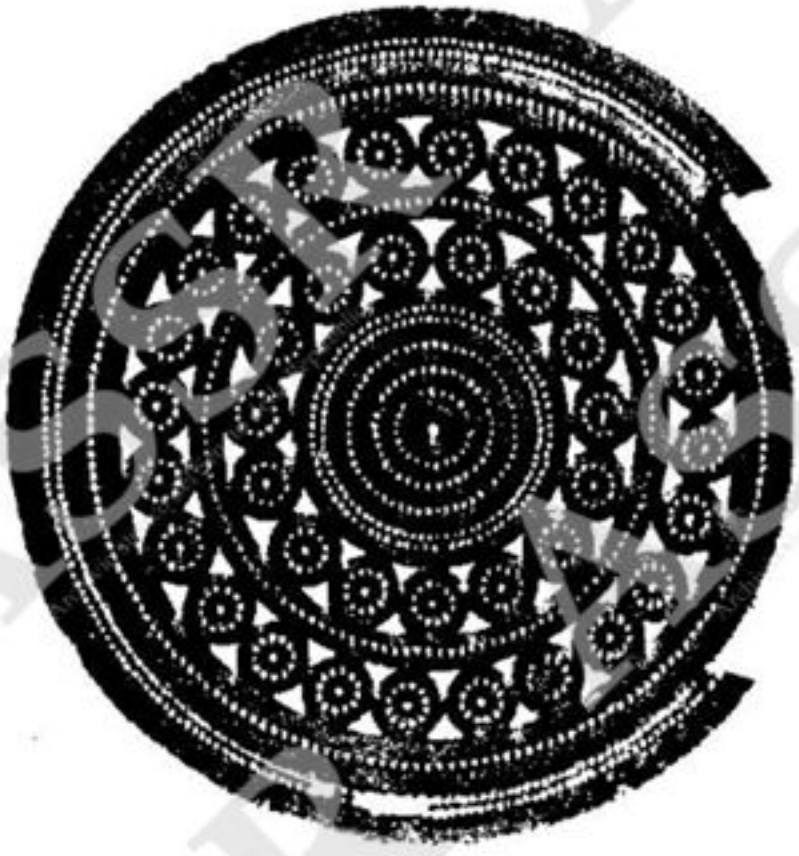
[2]) Vgl. Bonfante, Istit.[8] (1925) 197.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Abruzzo

rivista dell'istituto di studi abruzzesi

anni XXIII - XXVIII gennaio 1985 - dicembre 1990



scritti offerti a Ettore Paratore ottuagenario

Senato della Repubblica Archivio Storico

781

I *GREGES OVIARICI* DELL'ISCRIZIONE DI SEPINO (*CIL* IX 2438) E LA TRANSUMANZA IN ETÀ IMPERIALE

di *ELIO LO CASCIO*

Uno dei più insigni documenti di età romana sulla pratica della transumanza nell'Appennino centrale, la celeberrima iscrizione collocata sulla spalla esterna destra della porta di Boiano a *Saepinum* [1], è stato oggetto di un rinnovato interesse a partire dagli anni '60: soprattutto dopo la nuova lettura e commento datine da Umberto Laffi [2]. L'iscrizione,

---

[1] *CIL* IX 2438 = *FIRA* I² 61 (da collocare tra il 169 e il 172 d.C.). Riproduco l'iscrizione nel testo proposto dal Laffi (cfr. *infra* n. 2):
"*I.* Bassaeus Rufus et Macrini<i>us Vindex mag(istratibus) | Saepinat(ibus) salutem. | - Exemplum epistulae scriptae nobis a Cosmo Aug(usti) lib(erto) | a rationibus cum his quae iuncta erant subiecimus, et admonem|us abstineatis iuniuris faciendis conductoribus gregum ouiarico | rum cum magna fisci iniuria, ne necesse sit [et] cognosci de hoc | et in factum, si ita res fuerit, [ut oportet] uindicari. |
II. Cosmi Aug(usti) lib(erti) a rationibus scriptae ad Basseum Rufum et ad | Macrin<i>um Vindic(em) pr(aefectos) pr(aetorio) e(minentissimos) u(iros). – Exemplum epistul(ae) scriptae mih(i) | a Septimiano colliberto et adiutore meo subieci, et peto tanti | faciatis sc<r>ibere mag(istratibus) Saepin(atibus) et Bouian(ensibus), uti desinant iniuriam | conductoribus gregum ouiaricorum qui sunt [sunt] sub cura mea facere, | ut be<ne>ficio uestro ratio fisci indemnis sit .
III. Script(ae) a Septimiano ad Co | smum. - Conductores gregum ouiaricorum, qui sunt sub cura tua, in re presenti | subinde mihi quererentur per itinera callium frequenter iniuria<m> | se accipere a stationaris et mag(istratibus) Saepino et Bouiano eo quod in tra<n>situ | iumenta et pastores, quos conductos habent, dicentes fugitiuos esse et | iumenta abactia habere, et sub hac specie oues quoque dominicae | [diffu]giant in illo tumultu, necesse habeamus etiam scribere quietius ag|erent ne res dominica detrimentum pateretur; et cum in eadem contumacia | perseuerent, dicentes non curaturos se neque meas litteras neque si tu eis | scrips[isses]]i[ter[a]ş, t[e] rogo, domine, si tibi uidebitur, indices Basseo Rufo | et Macrin<i>o Vindici pr(aefectis) pr(aetorio) e(minentissimis) u(iris), ut epistulas emittant ad eosdem mag(istratus) et stati | onarios..... tandiu t[eme]re (?) [ir]ritum (?) factum est".

[2] U. LAFFI, *L'iscrizione di Sepino* (CIL, *IX 2438) relativa ai contrasti fra le autorità municipali e i* conductores *delle greggi imperiali con l'intervento dei prefetti al pretorio*, in "Studi Classici e Orientali" 14, 1965, pp. 177-200; tra i contributi più recenti, oltre all'articolo di M. CORBIER, *Fiscus and Patrimonium: the Saepinum Inscription and Transhumance in the Abruzzi*, in "Journal of Roman Studies" 73, 1983, pp. 126-31, si vd. in particolare J.F. SKYDSGAARD, *Transhumance in Ancient Italy*, in "Analecta Ro-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

com'è ben noto, ci informa delle controversie sorte tra i *conductores gregum saltuicorum* che utilizzavano gli *itinera callium* del territorio sepinate e bovianese e i magistrati e *stationarii* [3] delle due città, i quali, nell'effettuare i controlli sul transito del bestiame transumante, si rendevano responsabili di *iniuria* nei confronti dei *conductores*: un'*iniuria* che, di fatto, doveva configurarsi, diremmo, come ha sostenuto ragionevolmente il Laffi, come "abuso di potere" [4]. *Pastores* e *iumenta* venivano considerati *servi fugitivi* i primi e di provenienza furtiva i secondi [5], e nei disordini che nascevano al momento di questa contestazione, si dava anche il caso di una perdita di *oues dominicae*, di bestiame, vale a dire, appartenente all'imperatore. I *conductores* si erano pertanto rivolti, perché venisse a cessare questo comportamento da parte di magistrati e *stationarii*, all'*adiutor* dell'*a rationibus*, il liberto imperiale *Septimianus*; e questi aveva informato per lettera l'*a rationibus*, il liberto imperiale *Cosmus* [6], pregandolo di fare intervenire, nella vertenza, i prefetti al pretorio, giacché gli stessi magistrati e *stationarii* avevano esplicitamente dichiarato che non avrebbero tenuto alcun conto di un'eventuale lettera dell'*adiutor* o dello

mana Instituti Danici" 7, 1974, pp. 34 ss.; F. MILLAR, *The Emperor in the Roman World*, Oxford 1977, pp. 124, 187 s.; (E. GABBA) - M. PASQUINUCCI, *Strutture agrarie e allevamento transumante nell'Italia romana (III-I sec. a.C.)*, Pisa 1979, pp. 155 ss. (e letteratura ivi); E. GABBA, *La transumanza nell'Italia romana. Evidenze e problemi. Qualche prospettiva per l'età altomedievale*, in "Settimane di studio del Centro Italiano di studi sull'alto medioevo", XXXI, *L'uomo di fronte al mondo animale nell'alto medioevo*, Spoleto 1985, pp. 381 s.; Io. *La pastorizia nell'età tardoimperiale in Italia*, in *Pastoral Economies in Classical Antiquity*, ed. by C.R. Whittaker, Cambridge Phil. Soc., Suppl. vol. n. 14, Cambridge 1988, pp. 139 s.

[3] Per gli *stationarii* si vd. LAFFI, *art. cit.*, p. 188 con n. 35.

[4] *Ibid.*, pp. 189 ss.

[5] Dunque, la contestazione, più o meno pretestuosa, mossa da magistrati e *stationarii* riguardava non il bestiame transumante (come viceversa parrebbero sostenere, ad esempio, F. MILLAR, *l. cit.*, e già *The Roman Empire and its Neighbours*, London 1981², p. 142, e M. CORBIER, *art. cit.*, p. 128), ma le bestie da soma (o eventualmente da tiro) che i pastori utilizzavano nel corso del loro spostamento stagionale: cfr. correttamente LAFFI, *art. cit.*, p. 181: la precisazione è importante per quanto si dirà *infra*, p. 565.

[6] Più probabilmente il capo dell'ufficio (liberto in questo caso), che non un funzionario subalterno, com'è invece l'*adiutor Septimianus*: in questo senso LAFFI, *art. cit.*, p. 185 n. 22, contro P.R.C. WEAVER, *The Slave and Freedman Curius in the Imperial Administration*, in "Proceedings of the Cambridge Philological Society" n.s., 10, 1964, pp. 82 s.; Io., *Familia Caesaris. A Social Study of the Emperor's Freedmen and Slaves*, Cambridge 1972, pp. 236 ss., 264; cfr. anche G. BOULVERT, *Esclaves et affranchis impériaux sous le Haut-Empire romain. Rôle politique et administratif*, Napoli 1970, p. 271 n. 55.

stesso *a rationibus*. Il documento epigrafico riproduce un estratto della lettera dei prefetti al pretorio ai magistrati sepinati con la quale si ingiunge ad essi di cessare dal loro comportamento "ne necesse sit [et] cognosci de hoc 1 et in factum, si ita res fuerit, [ut oportet] uindicari" (ll. 5-6); e riproduce i suoi allegati: gli estratti, vale a dire, della lettera di Settimiano a Cosmo e di quella di Cosmo ai prefetti al pretorio.

Tra le molte indicazioni che il testo di Sepino ci fornisce su un aspetto centrale della vita economica (e sociale) delle comunità centroitaliche in età romana, una è quella che ha costituito motivo di forte interesse nella storia degli studi: e cioè l'intervento dei prefetti al pretorio in funzione di autorità di "polizia" nei confronti delle città italiche. Si tratta di un intervento che, esulando dall'originario ambito di competenze dei prefetti, è stato considerato indicativo del loro nuovo ruolo di autorità anche giurisdizionale per l'ambito italico, se non, addirittura, un'anticipazione, o prefigurazione, della giurisdizione *vice sacra* dei prefetti al pretorio nello stato tardoantico [7].

Di non minore rilievo appare, peraltro, quanto dall'iscrizione è possibile evincere circa l'organizzazione, e lo sfruttamento, dell'allevamento transumante in età imperiale: e in particolare circa il ruolo dell'amministrazione finanziaria e patrimoniale del *princeps* in quest'ambito. Si è ritenuto, di solito, pacifico che il coinvolgimento dell'*a rationibus* nell'affare fosse determinato dal fatto che, al centro della controversia, sono le greggi imperiali (le *oues dominicae*): l'*a rationibus* interverrebbe in quanto il comportamento dei magistrati e stationarii delle due città appenniniche rappresenta un attentato agl'interessi del *fiscus* imperiale ("cum magna fisci iniuria": l. 6), un "detrimentum" per la "res dominica" (l. 20), talché l'azione dei prefetti al pretorio deve valere "ut... ratio fisci indemnis sit" (l. 13). In tal modo l'epigrafe è stata considerata come una testimonianza, di grande rilievo, circa il rapporto tra *fiscus* e *patrimonium* in età antonina e circa, appunto, la divisione di competenze (e il fondamento giuridico di tale divisione di competenze) tra i vari uffici imperiali centrali [8].

Quest'interpretazione è stata, tuttavia, rimessa di recente in discussione da un acuto intervento di Mireille Corbier [9], che ripropone,

[7] Discussione del problema in A. PASSERINI, *Le coorti pretorie*, Roma 1939, pp. 254 ss., e in LAFFI, *art. cit.*, pp. 193 ss.

[8] Si vd., ad es., F. MILLAR, *The Fiscus in the First Two Centuries*, in "Journal of Roman Studies" 53, 1963, p. 31; Io., *The Emperor in the Roman World*, cit., pp. 187 ss.; LAFFI, *art. cit.* pp. 184 s.; G. BOULVERT, *Esclaves*... cit., p. 104 n. 64 bis; E. LO CASCIO, *Patrimonium, ratio privata, res privata*, in "Annali dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici", III, 1971/2 [1975], pp. 84 s.

[9] *Art. cit.* (a n. 2).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

in buona sostanza, ma con nuove argomentazioni, la ricostruzione che della vicenda aveva dato, all'inizio di questo secolo il Grenier [10]. Per la Corbier l'iscrizione di Sepino non costituirebbe una testimonianza del fatto che la competenza sul *patrimonium principis* spettasse, in un modo o nell'altro, al capo dell'amministrazione fiscale centrale, *a rationibus*, o che fosse su di lui ricaduta, per il semplice motivo che l'intervento dell'*a rationibus* non sarebbe stato motivato dal fatto che i *greges ouiarici* di cui è parola nell'iscrizione sono *greges* imperiali. Il problema, certo, avrebbe riguardato anche tali *greges*, ma non essi soltanto: "There is in fact no evidence that all the flocks involved belong to the Emperor; Imperial flocks figure in only one of the texts, the report of Septimianus, and there they are only a part of the whole. This invites the suggestion that the position of the *a rationibus* involved him in looking after the *conductores gregum ouiaricorum* in the context of a general responsibility for the processes of transhumance" [11]. Tale "general responsibility" sarebbe giustificata dal fatto che il *fiscus* imperiale sarebbe ora il titolare dei diritti di pascolo pagati per le greggi transumanti: dunque pagati, per le proprie greggi, dai p r i v a t i [12].

Non mi sembra, tuttavia, che questa nuova ricostruzione della Corbier sia in alcun modo persuasiva: non convincono né gli argomenti da lei portati per negare che la ragione del coinvolgimento dell'*a rationibus* sia il fatto che i *greges ouiarici* siano, in parte almeno, i *greges* imperiali; né le considerazioni fatte valere per affermare non solo o non tanto l'esistenza, ancora in età imperiale avanzata, della *scriptura* quanto il fatto che i proventi dei diritti di pascolo andassero alla cassa imperiale, al *fiscus*; né, infine, può dirsi davvero plausibile la ricostruzione generale dell'*affaire*: dalle lamentele dei *conductores gregum ouiaricorum* all'intervento di Settimiano, poi a quello di Cosmo, infine a quello dei prefetti al pretorio.

La Corbier osserva che di greggi imperiali si parla soltanto nella lettera di Settimiano a Cosmo. Altrove, nel resto del documento epigrafico, il riferimento è sempre a *greges ouiarici* che avrebbero ben potuto

[10] A. Grenier, *La transhumance de troupeaux en Italie et son rôle dans l'histoire romaine*, in "Mél. d'archéologie et d'histoire de l'École française de Rome", 25, 1905, pp. 307 ss. La generale interpretazione del Grenier è rasata, peraltro, contestata dal Laffi, *art. cit.*, pp. 187 s., n. 31.

[11] *Art. cit.*, p. 126.

[12] Il Gabba, *Il. cit.* (a n. 2), non prende posizione sulla ricostruzione proposta dalla Corbier e in particolare sull'idea che, a essere coinvolte nell'*affaire*, sarebbero anche greggi di privati, ma osserva che, anche accettando quest'idea, "il significato profondo del testo non muta".

essere definiti *dominici* qualora fossero effettivamente stati di proprietà imperiale [13]. L'argomento è francamente capzioso. In realtà, a leggere senza preconcetti il testo dell'epigrafe è ovvia la ragione per la quale i *greges ouiarici* non sono definiti anche *dominici*: per il fatto che, appunto, essi stessi (o, meno probabilmente, i loro *conductores*) sono *sub cura* dell'*a rationibus* ("uti desinant iniuriam | conductoribus gregum ouiaricorum qui sunt |sunt) sub cura mea facere": ll. 11 ss., nella lettera di Cosmo; "Conductores gregum ouiaricorum qui sunt sub cura tua": l. 14, nella lettera di Settimiano), ovvero per il fatto che le *iniuriae* arrecate ai loro *conductores* si risolvono nella *magna iniuria* arrecata al *fiscus* (l. 6, nella lettera dei prefetti al pretorio) [14]. Per quale mai motivo sarebbe stato necessario precisare che i *greges ouiarici* erano quelli imperiali? Solo se anche di altri *greges ouiarici* si poteva dire che erano *sub cura* dell'*a rationibus*: a mio avviso (ed esattamente all'opposto di quanto sostiene Mireille Corbier) l'assenza di un'ulteriore specificazione (come *dominici*) per i *greges ouiarici* dimostra che sono solo i *greges ouiarici* dell'imperatore ad essere *sub cura* dell'*a rationibus*, e non altri *greges ouiarici* (o i loro *conductores*), e cioè i *greges* dei privati.

Ma ammettiamo che l'indicazione che i *greges* sono *sub cura* dell'*a rationibus* non sia ritenuta sufficiente a far considerare tali *greges* come esclusivamente quelli imperiali. In che modo e in che senso di *greges* di privati (o dei loro *conductores*) si potrebbe dire che sono *sub cura* di un funzionario imperiale? Nell'interpretazione della Corbier lo si potrebbe dire perché le "fees they (scil. i *conductores*) paid for pasture rights accrued to the Fiscus" [15]. Va tuttavia osservato che con l'espressione *sub cura alicuius*, corrispondente all'altra di *curante aliquo* [16], non può in alcun modo indicarsi un rapporto quale quello che dovrebbe instaurarsi tra un contribuente e gli amministratori della cassa nella quale vanno a fluire i proventi della tassa da lui pagata ovvero dell'ufficio finanziario preposto a questo genere di entrate. *Sub cura* dell'*a rationibus*, in base al testo dell'epigrafe, sono, in effetti, come si è detto, i *greges ouiarici* ovvero i loro *conductores* e non certo gl'ipotizzati redditi derivanti dalla riscossione di ipotizzati diritti di pascolo. Con l'espressione di *sub cura*, in altri termini, non si può che fare allusione a una supervisione diretta dell'*a rationibus* sui *greges* o sui loro *conductores* ed è difficile ipotizzare che una

[13] *Ibid.*, pp. 128 s.

[14] Quale che sia il significato concreto di tale *iniuria* (o di tale *detrimentum*): cfr. le posizioni differenti, sul punto, del Passerini, *op. cit.*, pp. 253 s., e del Laffi, *art. cit.*, pp. 191 s.

[15] *Ibid.*, p. 128.

[16] Cfr. p. es. Kornemann, *RE* IV (1901), col. 1770, s.v. *cura*.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

784

tale diretta supervisione possa esercitarsi su greggi di privati o sugli appaltatori di greggi di privati, se il motivo dovesse essere soltanto il fatto che i *greges* in questione pagano al *fiscus* i diritti di pascolo.

Peraltro va messo in rilievo che noi non abbiamo nessuna indicazione esplicita non tanto del fatto che le "fees" continuassero, in età imperiale, a essere riscosse (ciò che è effettivamente plausibile) [17], quanto del fatto che andassero al fisco imperiale. Le informazioni che possiamo trarre, soprattutto da Varrone, sulle modalità di imposizione e di riscossione della *scriptura* riguardano l'età tardorepubblicana [18], mentre non abbiamo nessuna testimonianza diretta sulla *scriptura* in età imperiale e sui modi della sua riscossione [19]. Alla base della ricostruzione della Corbier vi è, dunque, una semplice presupposizione: e cioè che, continuando a persistere, nella piena età imperiale, larghe estensioni di *ager publicus* nell'Italia appenninica, soprattutto, ovviamente, per quanto riguarda i terreni pascolivi, l'amministrazione di tale *ager publicus* sia stata direttamente assunta dal *fiscus* imperiale, e i redditi da esso derivantine siano ricaduti nella cassa imperiale, senza che questo equivalesse, peraltro, all'inglobamento di tali estensioni di *ager publicus* nel *patrimonium* imperiale [20]. Sembrerebbe che, nella classica controversia che ha opposto, sin dalla polemica tra Mommsen e Hirschfeld, gli studiosi che ritengono il *fiscus* la cassa e l'amministrazione dell'imperatore e quelli che ritengono il *fiscus* la cassa e l'amministrazione dello "stato" gestita dall'imperatore [21], la Corbier segua l'opinione di questi ultimi studiosi.

[17] Si vd. quanto osserva la Corbier, *art. cit.*, p. 130, a proposito della contraddizione fra la testimonianza di Cic., *ad Att.*, II 16, 1, e quella di Varr., *Rust.*, II 1, 16.

[18] Si vd. in particolare, per la testimonianza varroniana e per quelle epigrafiche, soprattutto la *lex agraria* del 111 a.C., Gabba - Pasquinucci, *op. cit.* (a n. 2), pp. 49 s., 104 ss., 137 ss.

[19] Cfr. ad es. Rostovzev, *Geschichte der Staatspacht in der römischen Kaiserzeit bis Diokletian*, in "Phil. Anz. als Erg. d. Philologus" IX, 1902, p. 410, che sostiene che, al posto dell'appalto della *scriptura*, sono attestati *conductores pecuai*, e cioè *conductores* "des Rechtes, das Vieh auf die Weide zu treiben" (le cita, tuttavia, testimonianze relative ad ambiti provinciali: Plin., *n.h.* XIX 39 e *CIL* III 1209 e 1363), per cui "die Pächter sind also Besitzer großer Herden, die sie auf die kaiserlichen oder staatlichen Weiden treiben"; ma cfr. quanto osserva, contro Rostovzev, C. Trapenard, *L'ager scripturarius. Contribution à l'histoire de la propriété collective*, Paris 1908, pp. 217 s. Le testimonianze che possediamo sulla *scriptura* nelle province riguardano pure, in linea di massima, l'età repubblicana: cfr. ad es. quelle elencate in A.H.M. Jones, *L'economia romana*, trad. it., Torino 1984, pp. 213 s. n. 75.

[20] Come invece si sostiene comunemente, a partire da Rostovzev: cfr. *infra*, n. 26.

[21] Per un'analisi delle varie posizioni espresse vd. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV 1, Napoli 1975², pp. 892 ss., part. 906 ss.; R. Orestano, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino 1968, part. pp. 240 ss.; cfr., tra gli interventi più recenti, E. Lo Cascio, *Patrimonium, ratio privata, res privata*, cit. pp. 55 ss.; P. Veyne, *Le pain et le cirque*, Paris 1976, pp. 589 ss.; F. Millar, *The Emperor in the Roman World*, cit., part. cap. IV e appendici 1-3, pp. 621 ss.; P.A. Brunt, *Remarks on the Imperial* fiscus, in "Liverpool Classical Monthly" 9, 1, 1984, pp. 2 ss.; vd. pure G. Valera, *Esercito e fisco durante il principato: stato della questione*, in *Storia della società italiana*, 2, Milano 1983, pp. 301 ss.

E tuttavia, quale che sia la soluzione che si dà a tale più generale problema della natura giuridica del *fiscus*, va detto che non abbiamo alcuna possibilità di sostenere che i redditi dei terreni pascolivi pubblici in Italia, rimanendo il *populus Romanus* il titolare del diritto di proprietà su tali terreni, andassero, in età antonina, al *fiscus* [22]. Se dall'esistenza di un *proc(urator) vectigalior(um) [p]opuli Romani) quae sunt citra Padum*, attestato da *ILS* 1396 [23], potrebbe inferirsi che i redditi dell'*ager publicus*, che conserverebbero, appunto, la loro natura di spettanza del *populus Romanus*, siano gestiti dall'amministrazione imperiale nel III secolo [24], non vi sono indicazioni di una tale intromissione dell'amministrazione fiscale imperiale nell'Italia già nel corso del II secolo. Una famosa testimonianza di Siculo Flacco, peraltro, dimostra come fosse ben chiara, ancora nell'età in cui scrive il gromatico, non solo la pertinenza dei *montes Romani*, "in Piceno, in regione Reatina", al *populus Romanus*, ma anche la pertinenza del *uectigal* riscosso per il loro sfruttamento all'*aerarium* [25].

Attestato è, viceversa, con differenze temporali per le singole aree provinciali, il passaggio dell'*ager publicus*, dell'*ager populi Romani*, al *patrimo-*

[22] Si vd. quanto osserva F. Millar, *The Emperor in the Roman World*, cit. p. 622, a proposito della testimonianza delle Tavole alimentari e dei gromatici.

[23] Si tratta di L. Didius Marinus (H.G. Pflaum, *Les carrières procuratoriennes équestres sous le haut-empire romain*, Paris 1960-61, n. 295, pp. 765 ss.).

[24] Cfr. Lo Cascio, *Patrimonium, ratio privata, res privata*, cit., pp. 80 s., n. 49. Meno probabile (ma certo non escludibile) è che, con *uectigalia*, qui si alluda a imposte indirette (l'altra ipotesi considerata da Millar, *The Emperor in the Roman World*, cit., p. 622).

[25] Sic. Flacc., *de condic. agr.*, 137 L. = 100 Th. Si vd. ora S. Segenni, *Iscrizioni inedite della IV regio. Riflessioni sulla formazione della proprietà imperiale nei territori di Peltuinum e Marruvium*, in "Epigraphica" in c.d.s., nn. 39 e 40 e testo relativo (che ho potuto vedere grazie alla cortesia dell'A.); vd. pure Millar, *l. cit.*, (con la menzione di altri significativi luoghi del *Corpus agrimensorum*). Naturalmente la testimonianza ha, in questo caso, un particolare valore dal momento che si tratta proprio di aree nelle quali si manifesta la persistenza di forme di appropriazione collettiva, caratteristiche, appunto, di "un contesto, in prevalenza, ma non esclusivamente, silvo-pastorale" (Gabba-Pasquinucci, *Struttore agrarie e allevamento transumante*, cit., pp. 27 s.).

Senato della Repubblica - Archivio Storico

nium principis: passaggio precoce, e presumibilmente contestuale alla stessa istituzione del principato, per le province imperiali, passaggio più tardo e progressivo per le province senatorie [26]. Alla radice di tale progressivo venir meno dei beni patrimoniali del *populus* in quanto confluiti nel *patrimonium* imperiale (uno sviluppo che sembrerebbe avere un riflesso anche nella giurisprudenza, la quale, se conosce ancora, in età antonina, le *res in pecunia* o *in patrimonio populi*, contrappone, in età severiana, alle *res in publico usu* solo le *res in patrimonio fisci* [27]), è probabilmente l'esigenza affatto pratica di un mutamento nelle modalità di sfruttamento di tali beni patrimoniali, con il progressivo venir meno della pratica dell'appalto [28]. In linea di principio potremmo perciò supporre che, all'ipotizzata eliminazione degli *scripturarii* e insomma all'ipotizzata sostituzione del sistema dell'appalto con una riscossione "diretta" dei diritti di pascolo da parte dell'amministrazione finanziaria imperiale, abbia corrisposto il passaggio dei terreni pascolivi nel *patrimonium* imperiale (e cioè fiscale): dunque si arriverebbe, per altra via, alla conclusione che la Corbier considera inaccettabile [29], secondo la quale *fiscus* e *patrimonium* non si differenziano né sul piano della natura giuridica, né su quello, per certi aspetti, della distinta amministrazione, e l'intervento dell'*a rationibus* in una questione che riguarda il patrimonio imperiale (in questo caso l'*ager publicus* entrato a far parte dei *patrimonium principis*) si spiega, appunto, per questa sostanziale indistinzione.

E' probabile che un tale processo abbia effettivamente avuto luogo anche in Italia e che i beni patrimoniali dei *populus*, nella misura in cui il *princeps* va progressivamente sostituendosi al *populus* come centro di imputazione dei beni da noi definibili come "statali", siano confluiti nel *patrimonium Caesaris*. Tuttavia, in nessun modo si può dire che l'iscrizione di *Saepinum* rappresenti una testimonianza di un tale processo, per la semplice ragione che non è, in essa, allusione alcuna ai terreni pascolivi del *populus*, ma solo ai *greges ouiarici* e alle *oues dominicae* [30].

Il principale argomento a favore della tesi secondo la quale gli "Imperial flocks" sono "only a part of the whole" [31], se capisco bene il

[26] Lo Cascio, *Patrimonium, ratio privata, res privata*, cit., pp. 72 ss.

[27] *Ibid.*, pp. 68 s., a proposito della testimonianza di Nerazio (*D.* XLI 1, 14 *pr.*) e Pomponio (*D.* XVIII 1, 6 *pr.*), da una parte, e di Papiniano (*D.* XVIII 1, 72, 1), dall'altra.

[28] *Ibid.*, pp. 81 ss.

[29] Cfr. Corbier, *art. cit.*, p. 128, contro Lo Cascio e Millar.

[30] Cfr. quanto osservava già, contro Lécrivain, il Trapenard, *op. cit.* (a n. 19), pp. 215 s. n. 5.

[31] Corbier, *Fiscus and Patrimonium*, cit., p. 126.

pensiero della Corbier, è il fatto che, nella lettera di Settimiano a Cosmo, là dove si accenna ai disordini conseguenti all'azione di magistrati e *stationarii*, si nota come, in conseguenza di tali disordini, vanno perdute a n c h e *oues dominicae*: quasi che fosse evidente dal contesto che altre *oues*, che *dominicae* non sono, fanno parte dei *greges* che stagionalmente si spostano lungo gli *itinera callium*. Che sia ipotizzabile che anche *greges ouiarici* di privati continuassero a percorrere le *calles* nell'età imperiale è pacifico; che, dunque, dall'iscrizione di *Saepinum* non si possa in alcun modo dedurre l'esistenza di un "monopolio" imperiale dell'allevamento transumante nel II secolo d.C. [32], è parimenti certo. Che l'esistenza di greggi di privati risulti dalla stessa analisi interna del testo di *Saepinum* non si può, tuttavia, sostenere. Non può valere, come s'è visto, a mostrarlo l'assenza della qualificazione di *dominici* per i *greges* nelle tre lettere, e segnatamente in quella di Settimiano: ma nemmeno può valere, com'è ovvio, la presenza del *quoque* in oues q u o q u e dominicae", ché l'espressione significa, ovviamente, "a n c h e capi di bestiame di proprietà imperiale" e non "capi di bestiame di proprietà a n c h e imperiale" [33]. In altri termini, se l'intento di Settimiano fosse stato quello di mettere in rilievo che, ad andare perduti, oltre che altro bestiame di proprietà di privati, erano anche dei capi appartenenti a greggi imperiali, l'espressione adoperata sarebbe stata quella di "oues dominicae quoque" ovvero quella di "dominicae quoque oues". Da questo punto di vista la ricostruzione che il liberto imperiale fa della vicenda è chiarissima: nel corso dei controlli, a causa della particolare severità dei controlli stessi o delle loro modalità, si determina una situazione di caos, di cui (potremmo aggiungere) non sono solo i *conductores* a pagare le conseguenze (per via del fermo temporaneo o del sequestro di *serui* e di *iumenta*) ma a n c h e

[32] Come vuole il Sirago, *L'Italia agraria sotto Traiano*, Bruxelles 1958, p. 72. Cfr. pp. 147 s., ma l'opinione è antica. Il Trapenard, *op. cit.*, pp. 215 s. e 220, sostiene, per un verso, che all'epoca dei Severi "l'empereur dispose seul de presque tous les grands territoires pastoraux" e, per un altro verso, che "il ne faudrait pas soutenir avec certains auteurs que l'empereur a seul désormais la jouissance des terres pastorales, ce qui reviendrait presque à dire que les particuliers ne se livrent plus à l'élevage". Si vd. ora la posizione, parimenti sfumata, del Gabba, *La transumanza nell'Italia romana*, cit. (a n. 2), p. 381: "L'estendersi della proprietà imperiale non significa che l'imperatore detenesse una specie di monopolio del grande allevamento transumante"; cfr. anche Id., *La pastorizia nell'età tardoimperiale in Italia*, cit. (a n. 2), p. 139.

[33] Non saprei dire se su una simile interpretazione del *quoque* in "oues quoque dominicae" si basi l'affermazione del Millar, *The Roman Empire and its Neighbours*, cit., p. 142, secondo la quale "some of the flocks were Imperial property", o il modo in cui la Corbier, *art. cit.*, p. 129 con n. 12, intende quest'affermazione.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

786

la *res dominica* [34], nella misura in cui capita anche che vadano perse delle *oues dominicae*. Il testo di Sepino non ci dice se gli abusi o pretesi abusi dei magistrati e *stationarii* sepinati si esercitino anche sulle greggi dei privati e da questo silenzio non si può dedurre né che vi siano, né che non vi siano (e in numero consistente), appunto, greggi di privati. Le lamentele, comunque, riguardano solo le greggi imperiali e solo il danno ad esse portato.

In confronto con questa, che è la tradizionale ricostruzione dell'*affaire*, quella prospettata ora da Mireille Corbier si rivela estremamente meno plausibile. Se riteniamo che i *greges ouiarici* siano anche *greges* di proprietà di privati, allora vorrà dire che dovremo pervenire ad una di queste tre conclusioni parimenti assurde: o si dovrà ritenere che tutti i *greges* transumanti sono appaltati e nessuno è sfruttato direttamente dal proprietario, per esempio, attraverso propri schiavi *pastores*, ovvero che di tutti i *greges* sono solo quelli appaltati che hanno dovuto subire le vessazioni dei magistrati e *stationarii*, ovvero che sono solo i *conductores* delle greggi appaltate ad essersi lamentati con l'amministrazione del *fiscus* imperiale e non anche i proprietari dei *greges* sfruttati direttamente.

Scartata, dunque, per i motivi sopra delineati la nuova interpretazione della Corbier, è necessario, mi sembra, ritornare all'interpretazione tradizionale del testo di Sepino, ma con qualche precisazione, non tanto per quel che attiene al problema della persistenza e della consistenza dell'allevamento transumante in età imperiale, quanto per ciò che riguarda la questione del rapporto tra amministrazione del *fiscus* e amministrazione del *patrimonium*. Il problema sollevato dall'iscrizione di Sepino non è quello dell'organizzazione dello sfruttamento dei terreni pascolivi "pubblici", su cui l'iscrizione è, purtroppo, come s'è visto, muta, ma presumibilmente quello dello "scontro", se si vuole, della "concorrenza" tra allevatori transumanti, cui è garantito il passaggio, verosimilmente ancora gratuito, per i tratturi, nonché la possibilità di un uso gratuito dei pascoli *en route* [35], e gli abitanti agricoltori delle comunità attraversate. E' stata sempre sottolineata la corrispondenza temporale fra l'*affaire* e la *generalis epistula* di Marco e Commodo "qua declaratur et praesides et magistratus et milites stationarios dominum adiuvare debere inquirendis fugitivis, et ut inventos redderent, et ut hi, apud quos delitescant

[34] E' insostenibile che *res dominica* possa significare, come vuole la CORBIER, *art. cit.*, p. 129 "little more than 'the well-being of the Emperor'": *res* è certamente una sostanza patrimoniale.

[35] Come in età repubblicana: cfr. la *lex agraria* del 111 a.C. (*FIRA* I², n. 8), l. 26.

puniantur, si crimine contingantur" [36]. Una tale normativa, nel caso specifico delle comunità appenniniche attraversate dalle greggi transumanti, può fornire una formidabile opportunità per esercitare, apparentemente in piena legalità, una forma di intimidazione nei confronti dei pastori transumanti e per metterli in una condizione di inferiorità. Allorché, però, quest'azione di magistrati e *stationarii* va a colpire i *greges ouiarici* dell'imperatore e dunque i loro *conductores*, è naturale che si determini un'efficace reazione proprio perché a essere colpito è, indirettamente o direttamente [37], il *fiscus* imperiale: lo Skydsgaard molto plausibilmente ha sostenuto che, in questo senso, l'iscrizione di Sepino va interpretata quale ulteriore testimonianza di quella particolare condizione di privilegio di cui gode, nelle controversie coi privati, il fisco imperiale [38].

Dalla presenza, esclusiva, dei *greges* dell'imperatore nell'*affaire* potremo, peraltro, dedurre che tali *greges* devono occupare un posto quantitativamente di rilievo nell'allevamento transumante? Che quest'ultimo fosse, ormai, in età antonina, in larga misura in mani imperiali è certo possibile, per non dire probabile, anche se non si può, ovviamente, parlare, come s'è visto, di una sorta di monopolio. L'iscrizione di Sepino, tuttavia, non ci può dire nulla sul processo che ha portato alla costituzione di tali *greges* imperiali, né ci può illuminare sull'evoluzione della condizione giuridica dei terreni pascolivi dall'età di Varrone al II sec. d.C. La menzione di greggi imperiali non può valere in alcun modo ad informarci sulla sorte subita dai terreni pascolivi di proprietà di privati o dai terreni pascolivi pubblici, per lo sfruttamento dei quali è possibile (ma non più che possibile) che si sia continuato a pagare la *scriptura* (ma verosimilmente alla cassa del *populus*, all'*aerarium*) [39].

Il testo di Sepino ci può dire qualche cosa di più a proposito del rapporto tra *greges* imperiali e amministrazione del *fiscus* e del *patrimonium*. Essa conferma che non esiste distinzione giuridica tra *fiscus* e *patrimonium*: vale a dire che non esiste un *patrimonium fisci* diverso dal *patrimonium Caesaris* [40]. Ma ci dice pure che, sui *greges* imperiali, c'è una competenza (o una supervisione) dell'*a rationibus*. Che cosa questo possa

[36] *D.* XI 4, 1, 2.

[37] Cfr. *supra*, n. 14.

[38] Cfr. SKYDSGAARD, *art. cit.* (a n. 2), pp. 35 s., con il riferimento al luogo del libro I *de officio proconsulis* di Ulpiano in *D.* I 16, 9, *pr.*: "sane si fiscalis pecuniaria causa sit quae ad procuratorem Principis respicit, melius fecerit [scil. proconsul], si abstineat".

[39] Cfr. *supra*, n. 25.

[40] Cfr. LO CASCIO, *Patrimonium, ratio privata, res privata*, cit., pp. 83 ss.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

significare non si può dire: l'*a rationibus* sovrintende a *tutte* le *rationes* fiscali e dunque sovrintende anche a quella *ratio* che verosimilmente si occupa della sostanza patrimoniale imperiale *e cioè* fiscale, la *ratio patrimonii*, come, peraltro, potrebbe indicare, al di là della denominazione stessa di *a rationibus*, la caratterizzazione che dell'ufficio dà Stazio [41]. Si può dunque pensare che la supervisione anche sulle proprietà imperiali, spetti, o possa talora spettare, a lui [42]. Non riterrei escludibile, peraltro,

[41] STAT., *Silv.* III 3, 85 ss.: il luogo conferma non, come vuole il BRUNT, *The 'Fiscus' and its Development*, in "Journal of Roman Studies" 56, 1966, pp. 89 s., che l'*a rationibus* "is involved in both the public and private budgeting of the emperor", ma, semmai, che il "budgeting of the emperor" è, appunto, uno solo: che non c'è differenza tra *fiscus* e *patrimonium*. Parimenti la caratterizzazione del ruolo di Pallante che Plinio legge nel *senatusconsultum* in onore del liberto imperiale (*Epist.* 8, 6: "abstinentissimi fidelissimique custodis principalium opum" e possibile esempio per i "praepositi rerum eius [scil. principis]") non va intesa come vuole M. CORBIER, *Ti. Claudius Marcellinus et la procuratèle du patrimoine*, in "Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik" 43, 1981, p. 77, quando afferma che "beaucoup plus larges que le titre de a rationibus que Suétone prête à Pallas par analogie, ces appellations englobent peut-être aussi la gestion des biens patrimoniaux du Prince": il confronto tra la testimonianza pliniana e la denominazione dell'ufficio di Pallante data da SUETONIO (*Div. Claud.* 28, 2), di cui non capisco su che basi si possa dire che è data "pour analogie", testimonia, ancora una volta, che ogni distinzione tra un *fiscus* con caratteristiche "pubbliche" e un *patrimonium* privato è improponibile.

[42] E per esempio nell'ipotesi che manchi, diremmo, un "ufficio centrale" del *patrimonium*. Il BRUNT, *Princeps and Equites*, in "Journal of Roman Studies" 73, 1983, p. 70, mi attribuisce, per seccamente contestarla, la paternità di una teoria che in realtà è stata avanzata da ROSTOVZEV, *Das Patrimonium und die Ratio Thesaurorum*, in "Mitteilungen des kaiserl. deutsch. Archaeol. Inst.", röm Abt., XIII, 1898, p. 110 n. 1 e parzialmente seguita da O. HIRSCHFELD, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian*, Berlin 1905², pp. 40 s.: che, dopo Adriano, la *procuratio patrimonii* non appartenga più alle "vornehmen Prokuraturen", che la sua importanza, nell'àmbito dell'amministrazione imperiale, si sia ridimensionata (il Rostovzev, perciò, riteneva che, da Adriano in poi, il *procurator patrimonii* avrebbe visto restringersi la sua competenza ai beni patrimoniali del *princeps* in Italia e non vi sarebbe più stato un *procurator patrimonii* centrale). Non credo, tuttavia, che la documentazione che oggi possediamo sulla procuratela *patrimonii* (si vd. ora M. CORBIER, *Ti. Claudius Marcellinus*, cit., pp. 75 ss. con la tabella a p. 87) consenta di escludere una simile ipotesi, anche se è vero che non la conferma. Va comunque osservato che, nella ricostruzione generale del Pflaum, alla testa dell'ufficio a *rationibus*, a partire da Marco, c'è un procuratore trecenario, mentre il *patrimonium* continua (e continuerà poi in età severiana – pur in presenza del forte incremento dei posti di trecenario, tra cui anche quello di capo del dipartimento della *ratio privata*) a essere affidato a un procuratore ducenario e nemmeno del più elevato

una diversa giustificazione dell'intervento dell'*a rationibus* nel caso in questione. In realtà, per il modo stesso dello sfruttamento, ciò che perviene all'amministrazione fiscale, nel caso delle *oues dominicae* appaltate, è un flusso di reddito: un flusso di reddito verosimilmente 'sganciato', come s'è visto, da quello che perviene alla cassa imperiale dallo sfruttamento del proprio patrimonio *foudiario*, per il quale si pongono (e non solo nel caso, possibile, di uno sfruttamento diretto) problemi di gestione amministrativa più complessi o comunque diversi da quelli che pone la semplice rivendicazione, e l'esazione, di somme destinate alla cassa imperiale. Per di più, la *ratio patrimonii* parrebbe configurarsi – ciò che si è messo spesso in rilievo [43] – non solo come quel "conto", quel capitolo finanziario, nel quale sono computate determinate "entrate" (quelle, per l'appunto, delle proprietà imperiali), ma come quel "conto", quel capitolo finanziario, destinato a provvedere a determinate spese: quelle per il mantenimento dell'imperatore, della corte, della stessa burocrazia imperiale. Si potrà presumere che l'assenza di un intervento della *ratio patrimonii* e dei suoi amministratori nell'*affaire* si spieghi alla luce del fatto che gli specifici redditi derivanti dalle *oues dominicae* non vengono riferiti, appunto, alla *ratio patrimonii*? *

livello (cfr. H.G. PFLAUM, *Abrégé des procurateurs équestres*, Paris 1974, pp. 25 s., 34 s., 63). Il problema va indubbiamente visto in connessione con quello della data di istituzione e delle competenze (o almeno delle competenze originarie) della *ratio privata*, la *ratio* che verosimilmente assume, almeno sul versante delle spese, il medesimo ruolo assunto in precedenza dalla *ratio patrimonii*: cfr. Lo CASCIO, *Patrimonium, ratio privata, res privata*, cit., pp. 110 s. con n. 109.

[43] Cfr. ad esempio KRANZLEIN, *R.E. Suppl.* X (1965), col. 495 s., s.v. *patrimonium*.

* Ringrazio l'amico U. Laffi per i suoi preziosi commenti.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

ANALECTA ROMANA

INSTITUTI DANICI

SEPARATUM

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Rural Labour Organization in Pliny the Younger

by Pasquale Rosafio

Evidence in Pliny

Pliny's letters represent the richest literary source of information on tenancy at our disposal in Roman times.[1] They have a particular value in that, unlike the writings of the agronomists — where theoretical principles are put forward without precise historical examples of their practical application — we are given first-hand information of the author's personal experience.[2] Obviously, the information that Pliny gives us should be interpreted with caution, since we may suppose that he always tried to give a good impression of himself. Therefore, it is possible that he overlooked or modified events and facts which could cloud this impression.

The properties of Pliny the Younger certainly cannot be described as modest. From relatives and friends he had inherited numerous properties in various parts of Italy.[3] On the other hand, his patrimony, however conspicuous, did not include immense *latifundia*;[4] neither did he own those gangs of regimented slaves described by Columella (*R.R.* 1.9), nor were those horrible prisons in which some of them were kept in chains to be found on any of his holdings.

His productive properties were situated in two areas: near Comum, his native town,[5] and near Tifernum Tiberinum, where he inherited an estate from his uncle and adoptive father, Pliny the Elder.[6] This appears from a letter to his friend Naso in which he complains that the harvest *in Tuscis* had been damaged by the hail, whereas that in the North was expected to be so abundant that the prices would have to be dropped. Then he ironically says that a revenue was coming from Laurentum,[7] where he had only a villa and an orchard: there he had no farm to cultivate, but he could productively attend to his studies:

> *Tusci grandine excussi, in regione Transpadana summa abundantia, sed par vilitas nuntiatur: solum mihi Laurentinum meum in reditu. Nihil quidem ibi possideo praeter tectum et hortum statimque harenas, solum tamen mihi in reditu. Ibi enim plurimum scribo, nec agrum quem non habeo, sed ipsum me studiis excolo* (*Ep.* 4.6.1–2).

Pliny explicitly gives us information about the forms of management on his farms and the organization of manpower — which is the aim of my present investigation —, mostly when he refers to his property in Tifernum Tiberinum.[8] Therefore my analysis of Pliny's letters will concern only his farms in central Italy. I will try to analyse the most significant passages on rural tenancy following a logical order.

Tenants and slaves

In a famous letter (*Ep.* 3.19.1),[9] Pliny asks his friend,[10] whom he had consulted in other similar circumstancies, for some advice about the possibility of acquiring a property near his, saying that there were some points in favour and some against:[11]

> *Adsumo te in consilium rei familiaris, ut soleo. Praedia agris meis vicina atque etiam inserta venalia sunt. In his me multa sollicitant, aliqua nec minora deterrent* (*ib.* 1).

Amongst the points in favour, he was particularly enthusiastic, firstly, about the idea of enlarging his property.[12] Secondly, he felt it would be advantageous to him to make only one journey to inspect both the farms, so that he could rely on the same *procurator* and the same *ac-*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

tores. Thirdly, he felt it was a good idea to use just one villa, and to arrange for the simple maintainance of the other:

> *Sollicitat primum ipsa pulchritudo iungendi; deinde, quod non minus utile quam voluptuosum, posse utraque eadem opera eodem viatico invisere, sub eodem procuratore ac paene isdem actoribus habere, unam villam colere et ornare, alteram tantum tueri* (*ib.* 2).

These few words perhaps represent the most important passage in Pliny's letters from which it is possible to gain some idea about how his Umbrian properties were administered.[13] All the same, given the exiguousness of the text, the following arguments must be purely speculative. The most striking point in this passage is that Pliny gives us no hint that he wanted to join together the two estates under a single *vilicus*.[14] Moreover, in *Ep.* 2.4.3 Pliny says that his *reditus* depended only on the condition of his *agelli* and, if it was not enough, he was satisfied by his frugality; but he does not mention any villa:

> *Sunt quidem omnino nobis modicae facultates, dignitas sumptuosa, reditus propter condicionem agellorum nescio minor an incertior, sed quod cessat ex reditu, frugalitate suppletur.*

When we consult the index of Pliny, we notice that he constantly uses the terms "*agri*", "*agelli*", "*praedia*" to refer to his properties. By contrast, the word "*fundus*" — which according to Ulpianus (D. 50.16.211) is a technical expression meaning a piece of land (*ager*) with a villa — is employed by Pliny only in *Ep.* 10.4.3 to refer to the properties of his friend Voconius Romanus. If at the time of Pliny *fundus* already had the juridical sense given by Ulpianus, then it might be inferred that he used his villa in Tifernum Tiberinum as the operative, but non-productive centre of the land which he rented out in the form of separated and independent farms (*agelli*).

Therefore, the impression gained is that the two properties were divided up into *agelli*,[15] and each of these was rented to a tenant.[16] The function of the *actores* was perhaps to take care of the relations with the tenants, while the *procurator* must have had the duty of central administrator. In this case the villa would only have been used as a temporary residence of the *dominus* during his visits, and as the permanent residence of the *procurator*.[17]

It has been objected that the word *actor* could be employed with the meaning of "*vilicus*".[18] But such a meaning is rarely attested, while the term is normally associated with tenancy.[19] Carlsen has recently confirmed this connection between *actores* and *coloni* in the African evidence.[20] Moreover, in this passage of Pliny the plural *actores* would conflict with the author's intention to set up a single villa; in fact, only one *procurator* is mentioned. Finally, in the letter there is no mention of a division between a *pars urbana* and a *pars rustica*:[21] one villa needed to be lived in and to be decorated, while the other only to be kept in order.

Moreover, in the following paragraph he only mentions those men of the staff who were evidently employed in the *pars urbana*, namely household staff, landscape-gardeners and workmen.[22] Pliny says that this staff, like the equipment for hunting, for which he had a great passion (*Ep.* 1.6; 5.6.7; 9.16), could conveniently be concentrated only in one place:

> *Inest huic computationi sumptus supellectilis, sumptus atriensium topiariorum fabrorum atque etiam venatorii instrumenti; quae plurimum refert unum in locum conferas an in diversa dispergas* (*Ep.* 3.9.3).

On the other hand, Pliny is also aware of the negative aspects of buying the adjacent farm. He says that to have most of one's property in the same place meant to expose it to all the risks that a bad season might bring; therefore, it might be wiser to have two properties in two different areas in order to be better prepared to face the uncertainties of this situation:[23]

> *Contra vereor ne sit incautum, rem tam magnam isdem tempestatibus isdem casibus subdere; tutius videtur incerta fortunae possessionum varietatibus experiri* (*ib.* 4).

But soon after, he returns to consider the advantages of purchasing the neighbouring farm: the land is fertile and there are fields, vineyards

Senato della Repubblica - Archivio Storico

and woods from which one could make a modest, but permanent profit:[24]

> *Iam, quod deliberationis nostrae caput est, agri sunt fertiles pingues aquosi; constant campis vineis silvis, quae materiam et ex ea reditum sicut modicum ita statum praestant* (*ib.* 5).

But, he adds, there is a problem with this land that is so rich. It had been damaged by short-sighted and inexperienced farmers. So much so that the owner had often sold the personal property of the tenants which had been held in pledge, in order that these tenants could pay a part of their *reliqua*. But, as a result, the tenants were forced to work in worse conditions and their *reliqua* again increased:

> *Sed haec felicitas terrae imbecillis cultoribus fatigatur. Nam possessor prior saepius vendidit pignora, et dum reliqua colonorum minuit ad tempus, vires in posterum exhausit, quarum defectione rursus reliqua creverunt* (*ib.* 6).

This passage demonstrates that in practice, at least in this case, the basic juridical principles of the *locatio/conductio* contract were rigorously applied. The tenants had to leave in pledge the tools necessary for the work done on the rented fields (*invecta et illata*), including the slaves, and their landlord was authorized to sell them if they were able to pay only a part of their rent.

In the next paragraph Pliny says that he must now assume the responsibility of rebuying the slaves. In fact, he adds, he nowhere possessed slaves in chains,[25] and that no such practice existed in the area:[26]

> *Sunt ergo instruendi, eo pluris quod frugi mancipiis: nam nec ipse usquam vinctos habeo nec ibi quisquam* (*ib.* 7).

This passage is to be connected with a piece of advice given by Columella,[27] who says that slaves employed in the cultivation of vineyards should be stronger and more intelligent than ordinary slaves. For this reason, he says, they are normally chained slaves. The reason, as I unterstand it, is that such slaves were more dangerous.[28] But since Columella himself condemned that use of chained slaves, in order to avoid the impression of being contradicting himself, he remarks that honest skillful slaves are still preferable to wicked skillful slaves:[29]

> *Vineae non sic altos quemadmodum latos et lacertosos viros exigunt, nam hic habitus fossuris et putationibus ceterisque earum culturis magis aptus. Minus in hoc officio quam in ceteris agricolatio frugalitatem requirit, quia et in turba et sub monitore vinitor opus facere debet ac plerumque velocior animus est improborum hominum, quem desiderat huius operis conditio. Non solum enim fortem, sed et acuminis strenui ministrum postulat, ideoque vineta plurimum per alligatos excoluntur. Nihil tamen eiusdem agilitatis homo frugi non melius quam nequam faciet. Hoc interposui, ne quis existimet in ea me opinione versari, qua malim per noxios quam per innocentes rura colere* (*R.R.* 1.9.4–5).

But, obviously, the former are much more expensive, as Pliny tells us. It is possible, then, that hitherto it was the tenants themselves who had brought in the slaves to help them in the cultivation of the rented fields. We can suppose that Pliny now intended to establish a new type of relationship with the tenants. Since their slaves had presumably been sold out by the previous landlord as part of the *invecta et illata*, it could have been Pliny's intention to provide them with new slaves.[30]

Later, Pliny says that the value of the property that he was about to purchase had fallen from five million to three million sesterces. He says this was due to the scarcity of tenants (*penuria colonorum*) and to the general bad situation.[31]

As has been observed, this does not mean that there was an absolute scarcity of tenants, but only of suitable tenants;[32] as in fact, Pliny says in another letter (*Ep.* 7.30.3). Evidently Pliny is referring to those tenants who possessed the necessary tools and slaves, and who seemed capable of obtaining positive results from their work.

Another reason which has been adduced for the fall in the price of the property might have been the unfavourable economic situation, which some scholars have alleged for the end of the first century in Italy. But this con-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

clusion is open to serious objections, as has recently been stressed by Patterson,[33] and certainly one cannot use Pliny as a proof of such a general economic crisis.

In any case, it is clear that Pliny was able to purchase the property at a lower price. In fact, the fall in the income earned from the property had caused the fall in the price. This passage confirms the vitality of the land market:[34]

> *Superest ut scias quanti videantur posse emi. Sestertio triciens, non quia non aliquando quinquagiens fuerint, verum et hac penuria colonorum et communi temporis iniquitate ut reditus agrorum sic etiam pretium retro abiit* (*Ep.* 3.19.7).

In the final part of the letter Pliny says that his property mainly consisted of land and that he also gave something in usury,[35] but he could use the capital of his rich mother-in-law:

> *Quaeris an hoc ipsum triciens facile colligere possimus. Sum quidem prope totus in praediis, aliquid tamen fenero, nec molestum erit mutuari; accipiam a socru, cuius arca non secus ac mea utor* (*ib.* 8).

The management of the property

In another important letter (*Ep* 10.8), Pliny asks the emperor Trajan for permission to go to Tifernum in order to transfer to the town his statues of previous emperors. At the same time, he confesses to Trajan that he would also like to deal with some of his private affairs concerning his *res familiaris*:

> *Non est autem simplicitatis meae dissimulare apud bonitatem tuam obiter te plurimum collaturum utilitatibus rei familiaris meae* (*ib.* 5).

In fact, he had to renew the rents for his fields from which he already received more than 400,000 sesterces.[36] The reason for this haste is that it was almost time to entrust the pruning of the vines to a new tenant:

> *Agrorum enim, quos in eadem regione possideo, locatio, cum alioqui CCCC excedat, adeo non potest differri, ut proximam putationem novus colonus facere debeat* (*ib.*).

In addition, the continuing *sterilitates* had forced him to reflect on the opportuneness of conceding some *remissiones*. But in order to evaluate the amount of such *remissiones*, it was necessary that he should be personally present:

> *Praeterea continuae sterilitates cogunt me de remissionibus cogitare; quarum rationem nisi praesens inire non possum* (*ib.*).

The interpretation of this passage is not easy. The main difficulty is that, on a first reading, Pliny seems to say that he rented out his property to one tenant, while in other circumstances he always speaks about *coloni, cultores, rustici* in the plural. Moreover, although he refers to a single *colonus*, he says he intends to deal with the rent of his fields (*locatio agrorum*). The most generally accepted solution has been to consider the expression "*novus colonus*" as a collective singular.[37] But this interpretation has been recently rejected by de Neeve who has rightly argued that Pliny could not grant *remissiones* to new tenants.[38]

De Neeve's own interpretation is very interesting. He thinks that the *novus colonus* was the tenant of one single farm, the largest, which Pliny rented out at the price of 400,000 sesterces. In his opinion, the remaining farms, as the word *praeterea* suggests, were rented out to the other tenants, who were claiming *remissiones*. I partly accept this explanation, but I come to a different conclusion. While I do accept his distinction between the *novus colonus* and the rest of the *coloni*, I do not think that from the philological point of view it can be denied that the sum of 400,000 sesterces refers to the rent of the whole estate (*locatio agrorum*). In other words, I think that de Neeve is right when he says that Pliny referred first to a single *novus colonus*, and besides (*praeterea*) to other old *coloni*. But in my opinion the *novus colonus* rented out only one of the *agri*, while the rest of the *agri* remained in the hands of the tenants who were already there.

Pliny, therefore, was particularly worried about the farm of the *novus colonus*, who had to do the pruning of the vines for the new year. This was the main reason why he was pressed to go to Tifernum and why he asked Trajan for permission to do so. In fact, the rest of

Senato della Repubblica - Archivio Storico
783

the tenants, who had also claimed for *remissiones* which Pliny needed to evaluate personally (the second reason for the trip), would have done the pruning in any case since they were supposed to stay.

We find the same connection between tenants' complaints and the necessity of renewing tenancy contracts in a passage of another of Pliny's letters:

> *Accedunt querelae rusticorum, qui auribus meis post longum tempus suo iure abuntur. Instat et necessitas agrorum locandorum, perquam molesta: adeo rarum est invenire idoneos conductores* (*Ep.* 7.30.3).

Pliny says that he was oppressed by the complaints of his tenants (who were presumably asking for *remissiones*) and that he was also annoyed because he had to renew his tenancy contracts (with the same tenants): in fact, it was rare to find suitable tenants.[39] In my opinion, the fact that most of the old tenants usually remained on Pliny's farms at the end of their contracts finds support in the famous letter in which he announced his decision to change the tenancy contracts into share-cropping agreements.

But before proceeding to an analysis of this letter, it might be useful to summarise the conclusions we have reached on the letters so far examined. At the beginning of *Ep.* 10.8 where Pliny writes about his affairs *in longinquis agris*, this expression reminds us of Columella's advice that such fields should be rented out. But it soon becomes clear that the situation which Pliny was dealing with in this letter was very different from that which Columella referred to. In fact, Pliny's tenants were primarily occupied with the cultivation of vines, whereas in Columella's opinion they should mainly produce grain:

> *In longinquis tamen fundis, in quos non est facilis excursus patri familiae, cum omne genus agri tolerabilius sit sub liberis colonis quam sub vilicis servis habere, tum praecipue frumentarium, quem et minime, sicut vineam aut arbustum, colonus evertere potest* (*R.R.* 1.7.6).

Moreover, while Pliny wished he had the chance to look for new tenants, Columella referred to the view of Volusius who had suggested that the same tenants should be keept, even for more that one generation:

> *Sed et ipse nostra memoria veterem consularem virumque opulentissimum P. Volusium adseverantem audivi felicissimum fundum esse, qui colonos indigenas haberet et tamquam in paterna possessione natos iam inde a cunabulis longa familiaritate retineret. Ita certe mea fert opinio rem malam esse frequentem locationem fundi* (*R.R.* 1.7.3).

On the other hand, unlike Varro's *pauperculi* who personally cultivated the land *cum sua progenie* (*R.R.* 1.17.2), Pliny's tenants, as we have seen above, probably had also slaves to help them. Even when these tenants proved unsuccessful, as in the case of the tenants of Pliny's neighbour from whom Pliny wanted to buy some property, the new landowner could consider the opportuneness of acquiring other slaves for the tenants.

The social position of these tenants seems to have been somewhat higher than average.[40] They cultivated profitable produce and had a good deal of contractual bargaining power, as can be inferred from their never-ending complaints, which Pliny often mentioned.[41] On the other hand, their fortune was closely connected with good harvests and an abundance of crops. Otherwise, one bad season was enough to cause them to be in arrears with their rents.[42] If, as was often the case, their landowners were not very lenient and were not disposed to grant many *remissiones*, their tools and their slaves would be confiscated in lieu of payment.

Even though they might have become poorer and sunk deeper into debt, they could always leave and try their fortunes elsewhere, or perhaps find a more lenient landlord like Pliny, who was willing to grant more *remissiones* and even purchase new tools and slaves for them. Once Pliny assumed responsibility for part of the *instrumentum* of his tenants, the transition from a contract of fixed rent tenancy to a share-cropping agreement was but a short step.[43] In fact, in the case of share-cropping it was normal practice for the landowner to

Senato della Repubblica - Archivio Storico 796

provide part of the necessary requisites for cultivation of his land.[44]

The transition to share-cropping

At this point we may examine the letter in which Pliny writes about his decision to change the form of management he had adopted on his farms. In *Ep.* 9.37, written in 107,[45] he tells a friend that he would have to remain on his property in Umbria so as to be able to see about renting out his land for several years. To do this he assumes that he would be forced to adopt a new method:

> *... cum me necessitas locandorum praediorum plures annos ordinatura detineat, in qua mihi nova consilia sumenda sunt* (*ib.* 1).[46]

From this passage as well as from the rest of the letter we draw the impression that Pliny did not intend to change his tenants, but was looking for a system to make the same tenants more efficient.[47] In fact, in spite of the fact that in the previous five years Pliny had often granted *remissiones*, the *reliqua* of the tenants had continued to increase. Hence, these tenants, conscious as they were of their increasing debts and of the futility of their efforts to meet their payments, often consumed their produce, because they believed that they had nothing more to lose:

> *Nam priore lustro, quamquam post magnas remissiones, reliqua creverunt: inde plerisque nulla iam cura minuendi aeris alieni, quod desperant posse persolvi; rapiunt etiam consumuntque quod natum est, ut qui iam putent se non sibi parcere* (*ib.* 2).

Pliny therefore was forced to find a different solution to this problem. He was left with only one alternative, that of changing to a system of share-cropping. In order to be able to do this, he would have to use some of his slaves to control the work of the tenants and to prevent the theft of the produce:[48]

> *Occorrendum ergo augescentibus vitiis et medendum est. Medendi una ratio, si non nummo sed partibus locem ac deinde ex meis aliquos operis exactores, custodes fructibus ponam* (*ib.* 3).

This meant he would need many slaves who were trustworthy and shrewd; this was an indispensable remedy, just as a man faced with a serious illness would agree to use even the most extreme measures:

> *Ad hoc magnam fidem acres oculos numerosas manus poscit. Experiendum tamen et quasi in veteri morbo quaelibet mutationis auxilia temptanda sunt* (*ib.* 4).

In this way Pliny introduced a new form of management of his properties.[49] As has been said, with a contract of share-cropping the landowner becomes more involved in the management of the farm. He becomes the owner of half the crops and, as such, he is expected to provide not only for the harvesting of the crops, but also for their sale. This seems to be the impression given in two further letters.

In *Ep* 9.20 Pliny seems pleased by the fact that the grape-harvest was not so bad as he had been led to believe. He personally went to pick some grapes, controlled the wine press, and tasted the must. He also made a visit to the urban slaves who had been sent to oversee the *rustici* during the wine harvest:

> *Ipse cum maxime vindemias graciles quidem, uberiores tamen quam expectaveram colligo, si colligere est nonnumquam decerpere uvam, torculum invisere, gustare de lacu mustum, obrepere urbanis, qui nunc rusticis praesunt meque notariis et lectoribus reliquerunt* (*ib.* 2).

In my opinion, the best interpretation of this letter is that given by Sirago.[50] He thinks that the letter was written in Tifernum and that it postdates *Ep.* 9.37, in which he had announced his decision to adopt a system of share-cropping. With the word *rustici* Pliny referred to his tenants, while with *urbani* he meant the slaves who carried out the function of *exactores operis* announced in *Ep.* 9.37.3, i.e. slaves whose job it was to control the tenants in case they stole part of the harvest. This interpretation seems to be supported by the fact that Pliny said that he was left with his literary occupations, while the *urbani* supervised the *rustici*, although from time to time he had to drop in on them to see for himself.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

795

It is interesting to note that in this case Pliny took care of the harvesting and provided for the processing of the grapes. The *instrumentum* necessary for the processing was normally the responsibility of the landowner not only under a system of share–cropping, but also when it involved rent. This is stated in a fragment of the Digest in which Ulpian refers to the contents of a letter by the jurist Neratius who had been called to make a pronouncement on the question.[51] From this fragment we know that when a landowner rented a farm, he had to equip it with wine–press, oil–mill and containers both for olive–oil and wine: D. 19.2.19.2: *Ulpianus 32 ad edictum*:[52]

> *Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit, quae soleat instrumenti nomine conductori praestare, quaeque si non praestet, ex locato tenetur, et est epistula Neratii ad Aristonem dolia utique colono esse praestanda et praelum et trapetum instructa funibus, si minus, dominus instruere ea debere ... cetera vasa olearia dominum praestare oportere, sicuti dolia vinaria.*

In another letter, Pliny writes about the anticipated sale of the grape harvest to the *negotiatores*,[53] who had competed to buy the grapes because it had been announced that there would be a good harvest and therefore a favourable price was expected:[54]

> *Vendideram vindemias certatim negatiatoribus ementibus. Invitabam pretium, et quod tunc et quod fore videbatur* (*Ep.* 8.2.1).

But these high hopes proved false and he generously agreed to lower the price as a favour to the unfortunate *negotiatores*, to whom Pliny had sold the grapes on the vines.[55] This implies that *negotiatores* had also to attend to the grape harvest and to its processing into wine. Since it seems unlikely that *negotiatores* could attend to all these operations, de Neeve suggested that Pliny actually sold the grapes to them, but also let out the vintage to a *redemptor*, who harvested the grapes and processed them into wine with the help of some workmen.

In fact, Cato refers to the letting out of the collecting and processing of olives (*De agr.* 145), and to the selling of the olives and grapes on the plant (*De agr.* 146). These are two distinct operations. But from Cato's words it is evident that not only the owner of the crops but also the buyer could employ a *redemptor*. On the other hand, Cato also shows that the owner who sold the crops on the plant could provide the workmen who gathered and processed them and then be reimbursed by the buyer for the cost of these operations.[56] But from *Ep.* 8.2 it is impossible to say whether this was the case with Pliny and his *negotiatores*.[57]

I do not accept, however, the other hypothesis of de Neeve who suggested that the *urbani* of *Ep.* 9.20.2 should be identified with the *redemptor* and his workmen.[58] Whether we accept Sirago's suggestion or not, we do not need to suppose that Pliny sold his grapes to *negotiatores* every year or even that each year he sold all his grapes. In fact, it is sensible to suppose that he used part of the vintage to produce wine for his own use.[59] In any case, it is probable that there was no connection between *Ep.* 9.20.2 and *Ep.* 8.2 and the two letters referred to different periods and situations.

An innovation of Pliny

At this point let us take a closer look at the meaning of the passage in which Pliny announced that he intended to introduce share–cropping as a new system of tenancy. It seems that there are two possible interpretations of this: either he meant that he intended to adopt share–cropping for the first time in the management of his farms, or that he intended to introduce a system which was not very widespread in Italy up to that period. Obviously the former interpretation might be regarded as safer. It can be argued, however, that there are sufficient reasons to prefer the second interpretation.

From the evidence contained in the Digest, it is clear that share–cropping was a concept largely unfamiliar to Roman law. In fact, the fragments concerning tenancy normally referred to a rent in money.[60] A likely explanation of this phenomenon lies in the fact that — as Fustel de Coulanges pointed out long ago — the contract of *locatio/conductio* can be considered as derived from the contract of *emp-*

Senato della Repubblica - Archivio Storico 796

tio/venditio or, more precisely, that the concept of tenancy was interpreted as a form of temporary sale.[61] This close connection between the two contracts can be seen in Gaius, *Inst.* 3.24.2:

> *Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur, ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam acceperit. Et placuit non esse locationem et conductionem sed proprium genus esse contractus.*

It can be deduced that in order to draw up either a bill of sale or a contract of tenancy, it was necessary to fix a sum of money:

> *Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi* (*ib.* 3.142).

Confirmation of this point can be found in numerous fragments of the Digest. In fact, it is sufficient for our purposes merely to quote the most significant fragment: D. 25.2.25.pr. *Gaius 10 ad edictum provinciale*:

> *Si merces promissa sit generaliter, alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur ... si mercedem non potuerit definire, tunc pro nihilo esse conductionem, quasi nulla mercede statuta.*

In practice a fixed ground rent in money was the indispensable precondition without which a contract of *locatio/conductio* could not be drawn up, as we can again infer from Gaius, *Inst.* 3.162:

> *Si mercedem statuissem, locatio et conductio contraherentur.*

This conclusion, as Clausing pointed out, was largely accepted: "all writers since Fustel have agreed that the share–rent lease constituted just as much of a legal contract as a lease requiring a money payent". And Clausing himself agreed with the *communis opinio* of his time: "Yet, as the share–rent contract is only mentioned once in the Digest while the lease for money rent is mentioned frequently, it is evident that the latter was more common in Italy during the early Empire".[62] The passage of the Digest that Clausing referred to is D. 19.2.25.6: *Gaius 10 ad edictum provinciale*:

> *Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.*

The first part of the fragment corroborates the idea that the tenant paid his rent in money. The second part explains the term *colonus partiarius*: the tenant who shares with the owner the profits and the losses of the farm. Whether the latter is a real contract or not is not clear from Gaius' words. In fact, the expression "*quasi societatis iure*" could mean either that share–cropping was considered "as a *societas*" or that it effectively was a contract with some features "as if it were a *societas*", that is "like a *societas*".[63] In either case, Gaius was commenting on the *edictum provinciale* and it cannot be excluded that he was comparing a practice familiar to Roman law (*locatio/conductio*) with a practice known in the provinces (share–cropping).

The latter case would support Sirago's supposition that Pliny was influenced by the African system of share–cropping which we know from a number of inscriptions.[64] The first of these inscriptions, which was found at Henchir–Mettich (*CIL* VIII 25902 = *FIRA* 2 100), belongs to the period of Trajan, but the use of share–cropping in Africa, referred to as *ad exemplum legis Mancianae*, existed earlier.[65] Yet Sirago's other supposition, according to which soon after Pliny share–cropping became common also in Italy,[66] is more difficult to accept because it cannot be supported by any evidence. All we can say is that probably there was a tendency towards the recognition of fixed rent in kind as an alternative to fixed rent in money.[67] Clear evidence of share–cropping, however, is rare even in late antiquity.

Conclusions

The evidence offered by Pliny is of a different nature both from that of the agronomists, who gave general advice on the administration of a farm, and from that of the jurists, who enunciated juridical principles about the application

Senato della Repubblica - Archivio Storico

of the *locatio/conductio* contract. Pliny's description is based on his personal experience and, therefore, is the closest to actual reality. On the other hand, it has a limitation: it is restricted to a specific area and to a specific time.

From the analysis of Pliny's evidence I have drawn the following conclusions. First of all, it confirms that some juridical principles expressed by the jurists were applied to real situations. For example, Pliny says that a landowner sold the personal properties of his indebted tenants, which were considered as a pledge. But from Pliny we also have some information which we could not derive from the jurists. In fact, we know that the measure adopted by this landowner did not bring him any advantage. On the contrary, the impoverishment of his tenants led to the worsening of the cultivation and, consequently, to the devaluation of his land.

Pliny's own management of his land appears rather different both from that recommended by the agronomists and that enunciated by the jurists. The main evidence comes from his property at Tifernum Tiberinum. I differ from the common opinion in thinking that this estate did not include a central villa worked by slaves. Pliny does not refer to a *pars rustica*. He mentions neither a gang of slaves nor a *vilicus*. Certainly this is an *argumentum ex silentio*. It would have been strange, however, if Pliny, who gives us numerous details about other aspects of his estate's management, should have failed to mention the central villa, had it existed. On the other hand, his relationships with his tenants seem quite different from those described in other sources. Pliny was not the kind of landowner who rented out his land if he did not have any possibility of supervising it himself, as Columella suggested. Viceversa, he apparently drew his major profit from his rented land. He personally visited and took care of his property and answered the claims of his tenants. But he also had local administrators, such as a *procurator* and some *actores* at his service.

Pliny's evidence is important in other respects. While the agronomists described preconceived models of farms, Pliny shows that a landowner could be flexible enough to adapt his management to changing realities. Pliny's own experience and the lessons he drew from it seem quite original. In fact, his decision to transform his tenants, who paid a fixed rent, into share–croppers was probably not common in Italy in his period. I have argued that he borrowed this system from customs typical of some provinces. Share–cropping was not familiar to Roman law, since the jurists rarely paid attention to it. Nor do we find any reference in the literary sources.

This supposed originality of Pliny should warn us against making generalizations from his evidence. We can neither say that the villa system had changed into that of tenancy, nor can we argue that share–cropping was replacing tenancy at fixed rent. The case of Pliny shows, above all, that the transformation of Italian agriculture was a more gradual and complex process.

BIBLIOGRAPHY AND NOTES

This paper is the revised version of ch. 4 of my Ph.D. thesis, presented in Cambridge in 1991. I am most grateful to Dick Whittaker, Peter Garnsey, Elio Lo Cascio and Jesper Carlsen for their precious comments and help. The responsibility of remaining mistakes is obviously mine. English has been partly translated by Raimondo Violante and partly revised by Peter Spring.

BIBLIOGRAPHY

Backhaus, W. (1987), Plinius der Jüngere und die Perspektiven des italischen Arbeitspotentials sein Zeit, *Klio* 69, 138–151.

Barbu, N. I. (1971), Anzeichen für den Niedergang der Sklaverei bei Plinius d. J., *Das Altertum* 17, 224–229.

Capogrossi Colognesi, L. (1986), Grandi proprietari, contadini e coloni nell'Italia romana (I–III d. C.), in A. Giardina (ed.), *Società Romana e Impero Tardoantico*, Roma/Bari 1986, I, 325–365.

Duncan–Jones, R. P. (1974), *The Economy of the Roman Empire. Quantitative Studies*, Cambridge.

Fustel de Coulanges, N. D. (1885), *Le colonat romain*, Paris.

Gordon, G. B. (1965), The Letters of Pliny the Younger as Evidence of Agrarian Conditions in the Principate of Trajan, Helikon 5, 381–389.

Heitland, W. E. (1921), *Agricola. A Study of Agriculture and Rustic Life in the Greco–Roman World from the Point of*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

View of Labour, Cambridge.
Johne, K. P., Köhn, J., Weber, V. (1983), *Die Kolonen in Italien und den Westlichen Provinzen des Römischen Reiches*, Berlin.
Kehoe, D. P. (1988b), Allocation of Risk and Investment on the Estates of Pliny the Younger, *Chiron* 18, 15–42.
Kehoe, D. P. (1989), Approaches to Economic Problems in the Letters of Pliny the Younger: The Question of Risk in Agriculture, *ANRW* 33.1, Berlin/New York, 555–590.
Kuzishin, V. I. (1984), *La grande proprietà agraria nell'Italia romana*, Roma.
Martin, R. (1967), Pline le Jeune et les problèmes économiques de son temps, *REA* 69, 62–97.
De Neeve, P. W. (1984), *Colonus. Private Farm-Tenancy in Roman Italy during the Republic and the early Principate*, Amsterdam.
De Neeve, P. W. (1990), A Roman Landowner and his Estates: Pliny the Younger, *Athenaeum* 78, 363–402.
Patterson, J. R. (1987), Crisis: what Crisis? Rural Change and Urban Development in Imperial Appenine Italy, *PBSR* 55, 115–146.
Sherwin-White, A. N. (1966), *The Letters of Pliny, A Historical and Social Commentary*, Oxford.
Sirago, V. A. (1958), *L'Italia agraria sotto Traiano*, Louvain.

NOTES

1. The letters of Pliny have been considered important by most modern writers on Roman agriculture, but there are few specific studies on the subject. The "Attitude" of Pliny as a Roman landlord personally involved in the management of his landed property has been recently studied by Kehoe (1988) and (1989); de Neeve, (1990).
2. Cf. Heitland (1921), 317 ("Nor being a technical writer on agriculture, it was not his business to dwell on what ought to be done rather that what was being done"), K.D. White, *A Bibliography of Roman Agriculture*, Reading 1970, XVI and F. De Martino, *Storia economica di Roma antica*, Firenze 1979, 242. But this does not exclude that these principles had a historical value. On "the vexed question of the credibility of the Roman agronomists" see now the interesting book of M.S. Spurr, *Arable Cultivation in Roman Italy, c. 200 B.C. - c.100 A.D.*, London 1986, and the review by K.D. White, *CR*38, 1988, 95, from which the above quotation is taken.
3. See the analysis of Duncan-Jones (1974), 17-32. For the previous bibliography, cf. *ibid.*, p. 17, note 1.
4. Cf. Martin (1967), 64ff., Capogrossi (1986), 355. See *contra* T. Frank, *An Economic Survey of Ancient Rome, V, Rome and Italy of the Empire*, Baltimore 1940, 172; M. Rostovtzeff, *The Social and Economic History of the Roman Empire*, Oxford 1957, 195; Johne - J. Köhn - V. Weber (1983), 132ff. The tendency of great landowners towards the formation of huge *latifundia* had been criticized by Columella (*R.R.* 1.3.12), Seneca (*Ep.* 89.20) and Pliny the Elder (*N.H.* 18.7.35). On *latifundia* see K. D. White, "Latifundia" *BICS* 14, 1967, 62-79; M.I. Finley, *The Ancient Economy*, London 1973, 202, note 51; A. Cossarini, "Latifundia perdidere Italiam" (Plin. N.H. 18,35), in *Plinio il Vecchio sotto il profilo storico e letterario*. Atti del Convegno di Como 1979, Como 1982, 253-258; A.J.L. Van Hooff, Some More "Latifundia", *Historia* 31, 1982, 126-128; Kuzishin (1984).
5. Sirago (1958), 120–122, thinks that Pliny's properties near Comum were run through *familiae rusticae*, but it seems improbable that he should have adopted such a system in a place which he did not frequently visit. Cf. Johne–Köhn–Weber (1983), 141, where *Ep.* 5.14.8 is mentioned to prove that Pliny employed tenant farmers on these estates too. Sirago is also critized by Capogrossi (1986), 717, note 69, who insists on the integration between the work of tenants and that of slaves. According to M. Corbier, Proprietà e gestione della terra: grande proprietà fondiaria ed economia contadina, in A. Giardina/A. Schiavone (eds.), *Società romana e produzione schiavistica*, Roma/Bari 1981, 431f., the *agellus* which Pliny gave to his nurse was rented out to a tenant; *Ep.* 6.3.1. It is interesting to note here the close interrelation underlined by Pliny between the value of the land and the income which it produces.
6. From *Ep.* 5.6.45 (*ego Tuscos meos Tusculanis Tiburtinis Praenestinisque praeponam*) Frank (note 4), 179, infers that Pliny owned farms in all these places. But Sherwin– White (1966), 329, has pointed out that Pliny often visited his friends on their estates. Cf. K. D. White, *Roman Farming*, New York 1970, 522, note 74, who criticizes Frank for crediting Pliny "with many more estates than he actually possessed". Sirago (1958), 33, note 1, expresses the same opinion as Frank, but his arguments do not seem convincing.
7. Pliny gives detailed descriptions of his *villae* of Laurentum and Tifernum Tiberinum in *Ep.* 2.17 and 5.6; cf. E. Lefèvre, Plinius–Studien I: Römische Baugesinnung und Landschaftsauffassung in den Villenbriefen (2,17; 5,6), *Gymnasium* 84 (1977), 519–540.
8. This area was conveniently connected with Rome by the river Tiber, as Pliny himself says (*Ep.* 5.16.12).
9. The argument adopted by Sirago to date the letter to about 110 AD is too weak, since nowhere in the text is it implied that Pliny had introduced the share-cropping system, as he has supposed; cf. Sherwin–White (1966), 253f. For the problem of the chronological order of Pliny's correspondance in general see E. Aubrion, La 'correspondance' de Pline le Jeune: Problèmes et orientations actuelles de la recherche, in *ANRW* 33.1, Berlin/New York 1989, 304–337; but cf. the words of Pliny himself, *Ep.* 1.1.1: *Collegi non servato temporis ordine (neque enim historiam componebam), sed ut quaeque in manus venerat.*
10. Pliny is referring to his friend from Comum, Calvisius Rufus. The reference has been used to prove that the letter was written from his properties *in Tuscis*: cf. Sherwin–White (1966), 254, and Duncan–Jones (1974), 20, who offers some more arguments. *Contra* G.E.F. Chilver, *Cisalpine Gaul. Social and Economic History from 49 B.C. to the Death of Trajan*, Oxford 1941,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

150f.; some doubts are now cast also by Capogrossi (1986), 716f., note 69.

11. This letter is taken by Kehoe (1988), 16ff., as the main evidence to show that Pliny aimed at a low-risk regular income rather than maximization of income; cf. de Neeve (1990), 372, who supports this view.
12. We find the desire of *pulchritudo iungendi* also in Petronius, *Satyr.*, 68.2–3. P. Veyne, Vie de Trimalcion, *Annales H.E.S.* 16 (1961), 236, maintained that both Pliny and Trimalchio had the attitude of "grand seigneur". But Martin (1967), 71f., has rightly underlined that while the latter simply wished to extend his properties, the former mainly took practical considerations into account.
13. But what Pliny calls *agellus* could be worth 100,000 sesterces: *Ep.* 6.3.1. In *Ep.* 1.24.4 *agellus* is accompained by the synonymous *praediolum*, a term often used by Cicero to refer to his rented properties (e.g.: *Ad Att.* 13.9). On the use of the term *agellus* see also de Neeve (1990), 370.
14. Martin (1967), 81: "Nous ne voyons jamais apparaître dans ses lettres le mot de *vilicus*; c'est toujours à des cultivateurs libres qu'il a affaire". On *vilicus* see J.-J. Aubert, *Business Managers in Ancient Rome (200 B.C./A.D. 250)*, PhD Diss., Columbia Univ. 1991 and J. Carlsen, *Vilicus. A Study in Roman Estate Management*, forthcoming.
15. Cf. P.D.A. Garnsey/R.P. Saller, *The Roman Empire: Economy, Society and Culture*, London 1987, 69: "Our hypothesis is that these estates consisted of numerous farms which were operated, if not managed separately".
16. From the analysis of this letter Kehoe (1989), 576, comes to a similar conclusion, although he admits that a small part of the central villa was under direct cultivation. Cf. Rostovtzeff (note 4), 204: "Pliny ... makes use of slaves in cases of emergency only, as last resource. The main labour on his estates was that of tenants".
17. In any case, I would not share the optimism of A. Carandini, *Schiavi in Italia. Gli strumenti pensanti di Roma fra tarda Repubblica e medio Impero*, Roma 1988, 185, according to whom in Pliny's letters we find "ben descritto" the type of villa which he defines as "medio imperiale" in contrast to the three previous types ("catoniano", "varroniano" and "columelliano").
18. Sherwin-White (1966), 254, and Kehoe (1988), 16, note 6.
19. Cf. the examples given by Sirago (1958), 180ff. On the employment of *procuratores* and *actores* in a rural context see Aubert (note 14), 197ff.
20. J. Carlsen, Estate Management in Roman North Africa. Transformation or Continuity?, in *L'Africa Romana, Atti dell'VIII Conv.* (A. Mastino ed.), Sassari 1991, 637: "In most cases the *actores* made the accounts of the estates, whereas the *vilici* were responsible for the production of slave- estates".
21. Recent partial archaeological excavations have revealed the structures of the supposed *pars fructuaria*; see L. Bonomi-Ponzi, La villa romana di Colle Plinio, *Archeologia*, Ottobre 1987, 9. Cf. the description of the three parts of the villa by Carandini (note 17), 55–86.
22. For *atrienses* and *topiarii* cf. Sherwin-White (1966), 254: "D. 33.7.15.2 distinguishes between the *familia quae villam servat* including *fabri* for maintenance and those *ad usum rusticum parati*", cf. also D. 33.7.8.1. The presence of *fabri* in the *villa* was already mentioned by Varro, *R.R.* 1.16.4, who said that they were necessary when the *villa* was far from towns. Their presence, on the contrary, was taken for granted by Palladius *R.R.* 1.6.2, but the difference between the two contexts has been stressed by D. Vera, Strutture agrarie e strutture patrimoniali nella tarda antichità: l'aristocrazia fra agricoltura e commercio, *Opus* 2 (1983), p. 505.
23. De Neeve (1990), 397, refers to the climatic variations in Italy, but the instability of the climate is a peculiar feature of this region, as is pointed out in modern studies. Cf. S. Silverman, *Three Bells of Civilization. The Life of an Italian Hill Town*, New York/London 1975, 53: "The Umbrian climate permits a wide variety of cultigens, but its instability and the many seasonal dangers mean that each crop may be struck with disaster. There is a degree of insurance in not depending upon any single product and in having fields in different climatic zones". Silverman's sociological study concerns Città di Castello, the modern Tifernum Tiberinum.
24. Cf. R. Billiard, *La vigne dans l'antiquité*, Lyon 1913, 237: "La vigne est, par excellence, un végétal de la zone tempéré, mais sa préférance n'a rien d'intransigeant, et elle ne redoute en réalité que les extrêmes: les froids violents ou les chaleurs torrides". Pliny himself explains the reason why the region of Tifernum Tiberinum was not suitable for olive trees: *Ep.* 5.6.4: *Caelum est hieme frigidum et gelidum; myrtos oleas quaeque alia adsiduo tepore laetantur, aspernatur ac respuit.*
25. As we have seen above (*Ep.* 3.9.3), there were slaves belonging to the *familia urbana* in his villa *in Tuscis*.
26. But this implies that chained slaves existed elsewhere. Cf. Martin (1967), 85; Patterson (1987), 123: "Pliny mentions the use of chained slaves as a possible alternative to exploitation using "*coloni*". In fact, Martial, 9.22.4, says that there were many of them even in the rest of Etruria: *Et sonat innumera compede Tuscus ager.* *Contra* de Ste. Croix, *The Class Struggle in the Ancient Greek World*, London 1981, 238f., who thinks that Martial could have been referring to a previous period and concludes that in the age of Pliny there was a decline in the use of chain-gangs. Cf. Gordon (1965), 387f; Barbu (1971), 224–229; Johne-Köhn-Weber (1983), 145; and *contra* Backhaus (1987), 150, note 40. The traditional idea of a disappearance of the so-called "slave mode of production" after the third century A.D. has now been proved to be wrong by R. MacMullen, Late Roman Slavery, *Historia* 36, 1987, 359–382, and C.R. Whittaker, Circe's Pigs: From Slavery to Serfdom in the Later Roman World, in *Classical Slavery* (M.I. Finley ed.), 89–122.
27. Martin (1967), 80f., has mentioned various passages of

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Pliny's Letters from which it is clear that he knew and used Columella's work ("Pline lecteur de Columelle, Pline parfait connaisseur en matière d'économie rurale et domaniale").

28. Cf. the opinion of Palladius, who thought that the more intelligent a slave was, the more dangerous he might be: *De insitione liber* 2: *Mihi difficile contigit in servilibus ingeniis invenire temperiem. Ita saepissime natura haec vitiat commodum, si quod est, et miscet optanda contrariis. Velocitas procurrit in facinus; segnities figuram benignitatis imitatur et tantum recedit ab agilitate quantum recessit a scelere.*
29. Col., *R.R.* 1.3.12: *More praepotentium, qui possident fines gentium, quos ne circumire quoque valent, sed proculcandos pecudibus et vastandos ac populandos feris derelinquunt aut occupatos nexu civium et ergastulis tenent.* Such a practice was also criticized by Pliny the Elder, *N.H.* 18.6.36: *Coli rura ab ergastulo pessimum est.*
30. Columella had considered the employment of *servi vincti* to be generally feasible on the villa in a further two passages: *R.R.* 1.6.3 and 1.7.1.
31. Some commentators think that Pliny here did not intend to rebuy slaves and *instrumentum* for the new tenants, but wanted to turn these farms into slave *villae*; cf. Heitland (1921), 320, note 4.
32. Martin (1967), 84, in commenting on this passage, goes so far as to say: "Les conditions historiques qui devaient amener, au temps de Dioclétien, les classes dirigeantes à attacher le *colonus* à la glèbe commençaient donc à se réaliser dès l'époque de Trajan". The idea that the condition of Pliny's tenants anticipated that of the bound *coloni* of later antiquity can be traced back to N.D. Fustel de Coulanges (1885). I have discussed this theory in my article, Coloni imperiali e coloni privati nella legislazione del quarto secolo, *Atti del X Conv. Int. dell'Acc. Roman. Cost.*, forthcoming.
33. Sherwin-White (1966), 257. Cf. Corbier (note 6), 435; de Neeve (1990), 387, note 126.
34. Following N. Purcell, Wine and Wealth in Ancient Italy, *JRS* 75 (1985), 3–19, Patterson (1987) has criticized Rostovtzeff (note 4), 199, and the more recent scholars who have adopted his theory. Cf. the discussion of these different positions in E. Lo Cascio, Forme dell'economia imperiale, in *Storia di Roma* (A. Schiavone ed.), II 2, Torino 1991, 358ff.
35. Cf. P.W. De Neeve, The Price of Agricultural Land in Roman Italy and the Problem of Economic Rationalism, in *Opus* 4, 1984, p. 82.
36. This "*aliquid*" probably included the more than 400,000 sesterces that he earned from his tenants (see the comment of the following letter). Cf. G.G. Tissoni, Nota sul patrimonio immobiliare di Plinio il Giovane, *RIL* (1967), 165 ("è ricco chi ha terra al sole e chi ha impiegato il liquido in prestiti"), where he gives some examples from authors belonging to the first and second century A.D., among which the most striking is Sen., *Ep.* 41.7: *familiam formosam habet, pulchram, multum serit, multum fenerat.* Cf. D. 32.91.pr. (*Papinianus 7 responsorum*), which shows that it was normal for a landlord to invest for usury a part of the income derived from his rented land (*pecuniam a colonis exactam et in kalendarium in eadem regione versam*); cf. G. Giliberti, *Legatum kalendarii*, Napoli 1984, 86.
37. De Neeve (1990), 379ff., believes that this figure does not relate to one year's rent, but to the whole period of the contract which normally lasted five years. See, for instance, D.19.2.24.2 (*Paulus 34 ad edictum*): *Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit*; cf. Pliny himself, *Ep.* 9.37.2.
38. Cf. Johne–Köhn–Weber (1983), 136.
39. De Neeve (1990), 380ff.
40. The term *idoneus*, referred to a *colonus*, has a technical meaning in the legal sources: cf. my article (note 32). The term *idonues* can also be applied to a *praedium*: D. 26.7.7.2.
41. This is the conclusion reached in the most recent studies on Pliny: W. Scheidel, *Der colonus bei Columella: Image, sozialer Status und ökonomische Funktion*, Diplomarbeit Univ. Wien 1989, 81f; *contra* H.W. Plecket, Wirtschaft, in *Handbuch der Europäischen Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, Bd. 1 (F. Vittinghoff ed.), Stuttgart 1990, 93.
42. See also *Ep.* 9.15: *Refugeram in Tuscos ut omnia ad arbitrium meum facerem. At hoc ne in Tuscis quidem; tam multis undique rusticorum libellis et tam querulis inquietor.* Pliny also refers to the complaints of his *rustici* from Comum: cf. note 5.
43. Cf. E. Lo Cascio, Considerazioni sulla struttura e sulla dinamica dell'affitto agrario in età imperiale, in *De agricultura. Memorial P.W. de Neeve*, forthcoming.
44. A. Tchernia, *Le vin de l'Italie romaine*, Roma 1986, 263, thinks that even earlier Pliny's tenants were not completely autonomous: "quelle que fût leur condition, les colons n'étaient pas laissés libres de cultiver comme ils l'entendaient". See *contra* de Neeve (1990), note 68.
45. Cf. de Neeve (1984), 16f; P. W. de Neeve, Colon et colon partiaire, *Mnemosyne* 37 (1984), 129f. The basic principles of share-cropping are enunciated in the classical treatise of S. N. S. Cheung, *The theory of share tenancy*, Chicago 1969.
46. Cf. Sirago (1958), 107ff; Sherwin-White (1966), 448.
47. Cf. B. Bravo, Plinio il Giovane, Epist. IX, 37,1. L'aggettivo *tuscanus* e la storia della città di Tuscana, in *Athenaeum* 63 (1985), 504–513, suggests that we should read "*tuscanorum*" instead of "*locandorum*".
48. Cf. Lo Cascio (note 43), who thinks that the share-croppers of the African inscriptions, compared to Pliny's tenants, had a better contractual position. The conclusion that share-cropping is not necessarily less profitable than fixed rent tenancy is endorsed by the most recent studies on share-cropping; cf. A.F. Robertson, On sharecropping, *Man* 15 (1980), 411–429.
49. In my opinion Pliny's words on the necessity of employing *custodes* is another argument to support the idea that there was no area of centralized production.
50. Carandini (note 17), 30, considers the transition from fixed rent tenancy to share-cropping as the introduc-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

tion of share- cropping into the "villa pliniana".

51. Sirago (1958), 119.
52. The opinion of Neratius, however, concerns a *fundus*. In the case of Pliny's tenants it is likely that both before and after the introduction of share-cropping they used the structures of the *pars fructuaria* which was under the control of the *procurator*.
53. Cf. the detailed comment of this fragment in B. Frier, Law, Technology and Social Change: The Equipping of Italian Farm Tenancies, *ZRG* 96 (1979), 204–213.
54. Sherwin-White (1966), 449, has rejected Sirago's hypothesis because in his opinion: "Pliny could not sell his tenants' crops before the collection and division of the harvest". But Sherwin- White's objection is not appropriate since Pliny made a contract with the *negotiatores* before the vintage on the basis of a rough estimate of the harvest. A position similar to that of Sirago has now been adopted by Johne–Köhn–Weber (1983), 143.
55. Cf. Silverman (note 23), 29, who has provided the interesting modern example of Città di Castello, where the landowners of farms rented out to share-croppers preferred to sell their grapes to the cooperatives set up after the Second World War rather than continue to produce the wine themselves.
56. Most commentators have argued that it was in Pliny's interest to reduce the price to the *negotiatores*, since his income depended on their fortune; cf. Corbier (note 5), 439; Capogrossi (1986), 720, nt. 85; Kehoe (1989), 561ff.; de Neeve (1990), note 86; Carandini (note 17), 516. *Contra* A. Tchernia, Encore sur les modèles économiques et les amphores, in *Amphores romaines et histoire économique: dix ans de recherche*, Actes Coll. Siena 1986, Roma 1989, 585, who thinks that the relationship between Pliny and these *negotiatores* was a sort of clientage.
57. Cato, *De agr.* 146: *Si emptor legulis et factoribus, qui illic opus fecerint, non solverit, cui dari oportebit, si dominus volet, solvat. Emptor domino debeto.* About the controversy whether this was a case of *emptio spei* or a case of *emptio rei speratae* see Kehoe (1989), 562, note 10.
58. The advanced sale of the crops is also attested in the fragments of Digest; cf. especially Julian, who stated that the owner was obliged to allow the buyer of the vintage to gather and to process the grapes and to take away the unfermented wine (D. 19.2.25: *Iulianus 54 digestorum*).
59. According to the common opinion, these *urbani* were urban slaves sent by Pliny to help the rural slaves during the vintage. Cf., e.g., Corbier (note 5), 438, who thinks of Martial 3.58.29 as a possible parallel. Kehoe (1989), 566, believes that it was improbable that Pliny kept a group of specialized vinters for the peak season. But this is not true, since vintage is a simple operation which does not require skilled labourers. Kehoe identifies the *urbani* with the *negotiatores*; what I have above observed about de Neeve's supposition also holds good for this hypothesis.
60. In fact, from *Ep.* 9.20.2, quoted above, and 9.16.2 it seems that Pliny was dealing with his own vintage. These two passages, in addition to *Ep.* 8.2, are taken by Sherwin- White (1966), 504, as the evidence to argue that part of Pliny's villa was under direct cultivation.
61. J. Kolendo, Les réalités romaines dans la Germanie de Tacite. Le cas des esclaves et des affranchis, *Index* 17 (1989), 233, thinks that in Tac., *Germ.* 25.1, where a comparison is made between Italian and Germanic institutions, there is a reference to the Italian tenants paying rents in kind, but I think that in this passage the word "*colonus*" has the general meaning of "tenant" without necessarily reflecting an Italian situation.
62. Fustel de Coulanges (1885) 13, note 3.
63. R. Clausing, *The Roman Colonate*, New York 1925, 263.
64. The former interpretation has been maintained by M. Waaser, *Die Colonia Partiaria des römischen Recht*, Berlin 1885, 42ff., while the latter by C. Ferrini, La colonia partiaria, in *Opere* III, Milano 1929, 1–16 (1893); for further bibliography see S. Bolla, Pacht, *PWRE* 36, 2481. Cf. more recently M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I (2nd ed.), München 1971, 566. The passage is also suspected of being an interpolation because of the presence of the word "*apparet*".
65. Sirago (1958), 174–180, has suggested that also Dio Prusensis was influenced by the African example in his proposal that the share-cropping system be adopted in Greece (*Euboicus, Or.* 34–37). Sirago is followed by Sherwin-White (1966), 520, and by Corbier (note 5), 436; cf. also M. Mazza, Terra e forme di dipendenza nell'impero romano, in *Terre et paysans dépendants dans le sociétés antiques*, Coll. Besançon 1974, Paris 1979, 463f. Now *contra* Lo Cascio (note 43).
66. On the African inscriptions see now D.P. Kehoe, *The Economics of Agriculture on Roman Imperial Estates in North Africa*, Göttingen 1988.
67. Sirago (1958), 167.
68. This difference between fixed rent in kind tenancy and share-cropping was already underlined by Waaser (note 64); see now de Neeve (1984), 15, and (note 45), 127. The evidence for fixed rent in kind is represented by two rescripts of the emperors Severus Alexander and Diocletian contained in the Justinian Code under the title *De locato et conducto* (*C.J.* 4.65.8 and 21). On the basis of the papyrological evidence K. Visky, Locazione e crisi economica del III secolo, in *Studi Sanfilippo* I, Milano 1982, 667–687, has argued that there was a growth of rents in kind due to the devaluation of money under the Severans.

Senato della Repubblica - Archivio Storico 802

LANDUSE IN THE ROMAN EMPIRE

SEPARATUM

ANALECTA ROMANA INSTITUTI DANICI SUPPLEMENTUM XXII

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Slaves and *Coloni* in the Villa System

by Pasquale Rosafio

Weber's theory of the crisis of the villa system

In a brilliant essay published in 1896, Max Weber tried to explain the decline of ancient civilization through a supposed crisis of the slave economy.[1] He rejected the traditional theories on the subject, namely that of the superiority, either demographic or military, of the external enemies of the Roman empire, and of the internal weakness of its ruling class. In any case, Weber argued, the collapse of the Roman empire was not due to contingent reasons, but was the result of a long process, which had started with the concentration of landed property in the late Republic.

Land was the main source of wealth, he maintained, and the employment of a large number of slaves was the most profitable form of exploitation. Gangs of slaves, who could be easily bought at cheap prices, were settled on the estates of the rich, where intensive cultivation was carried out. Slaves worked collectively on these plantations, and lived together in barracks. Since they were debarred from having a family, or any form of property, they could not reproduce themselves. "The old slave system consumes men as the blast–furnace consumes coal", Weber said. Slaves, therefore, had constantly to be replaced. But at the end of the wars of conquest, when the slave–market was exhausted, the slave system fell into crisis.

In the late Roman empire, slaves gradually improved their conditions by being able to rent a plot of land. At the same time, previously free tenants became increasingly tied to the land. These changes led to the formation of a new category of serfs. Weber mentioned the *Capitulare de villis* of the Carolingian Age which illustrated the status of these serfs, who cultivated an independent piece of land, *mansus servilis*, and had their own families.

Nearly a century after Weber, ancient historians now believe that the main assumptions on which he based his model are wrong. First, the end of the wars of conquest did not represent the disappearance of the slave market. Slaves were still imported in the late empire, especially from the German frontiers.[2] Secondly, in all periods of Roman history slaves, although legally prohibited from forming a family, *de facto* did have wives and children.[3] Thirdly, the phenomenon of *servi quasi coloni*, slaves employed as tenants, was not confined to the late Roman empire, but can be observed as early as the first century BC.[4] Moreover, Veyne and, more recently, Whittaker have pointed out that there was no clear continuity between the *servi quasi coloni* and the *servi casati* of the Middle Ages.[5] In fact, in the laws of the late empire there is only one reference to *casarii*, who are supposed to be slaves who lived in their own cottages. But the meaning of the word is uncertain.

So Weber's account of the mechanism of the transition from Antiquity to the Middle Ages needs to be qualified. Nevertheless, in spite of these failings, Weber's essay still stands as a remarkable example of his ability to construct a comprehensive model of so complex an event as the end of ancient civilization.

The theory of the inelasticity of the villa

There is a close similarity between Weber's model and Marx's periodisation of history, where the transition from Antiquity to the Middle Ages is explained through the tranformation of the ancient economy, based on the exploitation of slavery, into the feudal econ-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

omy, characterized by the predominance of serfs.

Love has recently suggested that Weber was directly influenced by Marx, since Weber in his *Agrargeschichte*, written before the essay we have just been considering, had accepted the modernising approach of Mommsen, who defined the slave villa as a "capitalistic" enterprise. According to Love, therefore, Weber changed his view after Marx had criticized Mommsen for improper use of this definition.[6] In Marx's view, capitalism exists only in a context where some basic factors are at work, such as the massive role of labourers who were free to sell their labour–force. And obviously this was not the context of the ancient economy. Love's suggestive hypothesis, however, has been challenged by Lo Cascio, who has shown that Weber's opinion rather than being influenced by Marx, was in fact prompted by the dispute between primitivist and modernising historians, namely with the Bücher/Meyer controversy.[7]

But if Marx did not exert any direct influence on Weber, there is a large number of Marxist historians who have treated the problem of the crisis of the slave economy at the end of the Roman empire. The first was Ciccotti, who published his book entitled *The Decline of Ancient Slavery* in 1899. To tell the truth, Ciccotti did not find much about ancient slavery in Marx's works. Marx wrote only a few pages on the subject, one of which contains the famous assumption that free labour was more profitable than slave labour. The analysis of the sources concerning slavery both in Greece and in Rome, finely set out by Ciccotti, aimed to prove this assumption: that slavery declined because slaves produced less than free tenants, who were more interested in the results of their work and whose productivity was consequently higher.

This theory, generally adopted by Marxist historians, was attacked by Finley. The only way to increase production, said Finley, was through technical progress, but in agriculture no technical progress took place before the Middle Ages.[8] Moreover, Hopkins has pointed out that in pre–modern societies "peasants are typically reluctant to do more work than is sufficient to provide minimum subsistence".[9]

Among Marxist scholars, Staerman made a singular contribution to the problem of ancient slavery. The guiding line of her approach was taken from Marx's *Preface* to *A Contribution to the Critique of Political Economy* in which he posits the economic transformation which occurs in a society at the point when new relations of production enter into conflict with the existing ones: "No social order ever perishes before the productive forces for which there is room in it have developed; and new, higher relations of production never appear before the material conditions of their existence have matured in the womb of the old society itself".[10] From this Staerman argues that the transition from the ancient to the medieval world should not be interpreted as a rapid movement from point A to point B. Rather, there is an intermediary period, which is distinct both from the slave and from the feudal period.[11]

In pursuing her analysis, Staerman concentrates on the transformation of the slave mode of production into that based on the colonate. According to Staerman, the villa system, which fully developed between the second century BC and the second century AD, did not expand on the *latifundia* — as has often been maintained — but on the small and medium landholdings, where the work of the slaves could be more efficiently organized and overseen. The owners of these villas came from the municipal bourgeoisie. They benefitted from the increase in monetarised trade relations, since the produce of their villas was put on the market. In the long run, however, the municipal landowners were unable to meet the increasing revenue which the state required from them, since they could not stimulate their production beyond a certain level. In fact, Staerman argues, although the villas expanded in area, there was no corresponding growth in productivity. This depended on the disproportion between the high costs of skilled slaves and the long periods of inactivity during the year when their labour was not required. Moreover, in Staerman's opinion, the danger posed by the concentration of a large number of slaves was another negative feature of large villas. Staerman's conclusion was that small and medium sized villas entered into crisis and were ab-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

sorbed by *latifundia*, where the work of slaves was replaced by that of *coloni*.[12]

Although Staerman based her study mainly on Italy, she argued that the crisis of the slave mode of production provoked the economic collapse of the entire western Roman empire. Her thesis has been challenged by recent studies, first by Finley,[13] and then by Garnsey, Skydsgaard and Whittaker,[14] who have shown that the slave system was peculiar only in certain areas of the empire.

On the other hand, de Ste. Croix has suggested that ancient society as a whole can be considered as a slave society since "the propertied classes of the Greek and Roman world derived the bulk of their surplus from the exploitation of unfree labour".[15] Shaw, however, has remarked that this generalization of de Ste. Croix risks confusing the important distinction between slave and unfree labour and merging into the single category of "slave economy" all those different forms of exploitation which characterized the ancient economy.[16]

Staerman's theory, redifined as the theory of the inelasticity of the villa,[17] was adopted by the authors of *Società Romana e Produzione Schiavistica*, published in 1981, which fixed the chronological limits of the vitality of the villa system between the second century BC and the second century AD. But Giardina, the editor of this work, later cast some doubts on the validity of the theory of the villa's inelasticity. He observed that the expansion of the area around the villa did not necessarily exclude the possibility that various small e medium sized villas survived side by side as independent units on the same area. Moreover, he pointed out that the idea of a crisis of the villa system is not confirmed by the ancient sources, but is only the result of theoretical model, although like other models it is often presented as an empirically–founded historical reconstruction.[18]

Now, not only the theory of the villa's inelasticity, but even that of a general decline of slavery, has been challenged by Whittaker and MacMullen, who have shown that a large number of slaves survived in late antiquity both in urban and in rural contexts.[19] Such a phenomenon had already been noted by Bloch for the Middle Ages.[20] But the eminent French scholar thought of a later revival of slavery without questioning the theory of its decline at the end of the classical age. Therefore, before investigating whether (and why) there was a decline of slavery in the countryside, we should first ascertain in what forms its exploitation survived in the rural economy. In other words, did the villa system really disappear in late antiquity and, if not, did it remain unaltered or did it undergo some tranformations?

Slaves and tenants on the villa

The starting point of our analysis is the theory of de Neeve who proved that since the emergence of tenancy long predated the supposed decline of slavery, it could not have been the result of it.[21] Moreover, we have some evidence to show that tenancy was integrated within the economy of the slave villa, although these two systems of land exploitation have generally been considered as mutually exclusive. Thus, if it is now commonly accepted that temporary labour provided by free peasants was indispensable in the peak seasons to supplement the work of the slaves in the economy of the Catonian villa,[22] we should assume that the same function was also fulfilled by tenant farmers after tenancy expanded in the following period. In fact, the integration of the work of slaves and that of tenants was already observed by Fustel de Coulanges, who described it in these precise terms:

> "Nous ne devons donc pas nous figurer le domaine rural cultivé entièrement par une seule espèce de cultivateurs, d'abord par des esclaves, plus tard par des fermiers libres, plus tard par des colons. Il y a eu de tout cela à la fois sur le même domaine. Avec la *familia* travaillant en commun, c'était l'exploitation directe par le maître, qui seul avait les profits. Avec le petits fermiers libres et même les colons, c'était le système de tenure avec partage des profits. Ces deux systèmes contradictoires étaient pratiquées en même temps et comme associés sur le même sol. A cause de cela même, le domaine était en général divisé en deux parts: l'une était cultivée directement par le groupe d'esclaves; l'autre

Senato della Repubblica - Archivio Storico

était partagée en tenures et mise aux mains des petits fermiers ou des colons".[23]

Fustel mentions the case of the Sabine farm which Horace received as a gift from Maecenas. Eight rural slaves lived on this farm, as we know from the words of Horace who threatened to send the urban slave Davus to join the farm as the ninth labourer (*Sat.* II.7.117–118). In another passage Horace mentions a *vilicus* and five *boni patres*: the latter were presumably tenants who had rented out five plots around the villa and lived there (*Ep.* I.14.1–4).

In the first century AD there are other literary sources which seem to confirm Fustel's idea.[24] We arguably find the same pattern in a letter of Seneca, who tells us about his Alban estate and mentions a *vilicus* and a *colonus* (*Ep.* 123.1-2). And in one of his epigrams Martial makes fun of Selius by saying that his children and wife are well and his property is fairly run by his *vilicus* and *colonus*, but he is depressed because he did not receive any invitation for dinner (II.11.8–10). In another interesting epigram Martial describes Faustinus' villa at Baiae and mentions both slaves and *coloni*. He also refers to the *vilica* who feeds the greedy pigs (III.58.20), and to the urban slaves who are happy to avoid the control of their *pedagogus* and to work in the orchard under the *vilicus* (*ib.* 29-31). Then the daughters of the *coloni* come and bring some gifts (*ib.* 39-40). It is not certain, however, whether in all these examples the word *colonus* has the specific meaning of "tenant" or that of "farmer" in general.[25]

The complementarity of the use of slaves and tenants was also postulated by Weber who based his hypothesis on a passage of Columella, in which the author suggests how to deal with tenants:[26]

> *Comiter agat cum colonis facilemque se praebeat, et avarius opus exigat quam pensiones quoniam et minus id offendit et tamen in universum magis prodest. Nam ubi sedulo colitur ager, plerumque compendium, numquam, nisi si caeli maior vis aut praedonis incessit, detrimentum adfert, eoque remissionem colonus petere non audet* (*RR.* I.7).

From the word *opus* Weber inferred that tenants, employed on plots surrounding the villa, were obliged to carry out a sort of corvée on the central part of the villa which was cultivated by slaves. Weber sought corroboration for his hypothesis in the African inscriptions where daily *operae* owed by tenants are mentioned. Finley, however, remarked that "*opus*" never takes the meaning of "*operae*" and offered a safer interpretation of the passage. According to Finley, Columella simply meant that the landlord should not be strict in requiring rents from his tenant, but should rather control that he properly performed his work.[27]

It is also doubtful whether the African inscriptions can be used as evidence for Italy, since tenants in Roman Africa were supposed to pay their rents in kind, whereas in Italy they paid them in money. In fact, Columella explicitly refers to the *dies pecuniarum*, "the day of the payment" (*ib.* 2). Moreover, later on Columella quotes the usurer Alfius and says that *remissiones* should not entirely cancel the rent (*ib.* 3).

This passage also confirms Finley's opinion that the ultimate aim of Columella's advice was that of collecting the rent, not that of requiring more *operae*. Nevertheless, this interpretation of the passage does not preclude the correctness of Weber's idea about the existence of free tenants around the villa. To clarify the point, let us closely read the most relevant of those passages in which Columella deals with tenancy.

After describing the location and physical characteristics of the villa and its annexed buildings, Columella says that special attention must be paid to manpower, namely slaves, either in chains or not, and *coloni*:

> *Praecipua cura domini requiritur cum in ceteris rebus tum maxime in hominibus. Atque hi vel coloni vel servi sunt soluti aut vincti* (*ib.* 1).

Likewise, when summarizing the main features of the villa at the end of book I, Columella mentions *coloni* and slaves side by side:

> *Sed nimirum, dum quae maxime providenda sunt agricolae futuro praecipimus, de salubri-*

Senato della Repubblica - Archivio Storico

tate, de via, de vicino, de aqua, situ villae, fundi modo, colonorum et servorum generibus, officiorum operumque distributione (*ib.* I.9.9).

Apparently both passages show that in Columella's mind the presence of both slaves and tenants on the villa was taken for granted. But in both cases there are two problems which cast doubt on the reliabilty of this assertion. First, we are not sure whether Columella meant that these two different forms of exploitation effectively coexisted or whether he was presenting them as alternatives. The other problem is that, as Scheidel rightly points out,[28] we do not know whether the author gave the meaning of "tenants" to the word *coloni* or used it in the general sense of "peasant". In fact, in at least two passages the inference may be drawn that Columella's use of the term *colonus* was intended to include slaves.

In the first passage, the author says that the oven and the mill should be built in proportion to the number of *coloni* employed on the villa. It would have been strange if here Columella did not include the slaves who were fed by the landlord:

Circa deinceps villam haec esse oportebit: furnum et pistrinum, quantum futurus numerus colonorum postulaverit (I.6.21).

In the second passage, Columella says that the *vilicus* had the duty to control and lead the slaves to perform their work according to the seasons of the year. In particular, he adds, the *vilicus* should make sure that *coloni* started work early in the morning and were not lazy:

Igitur primus (scil. vilicus) omnium vigilet familiamque semper ad opera cunctantem pro temporibus anni festinanter producat et strenue ipse praecedat. Plurimum enim refert colonos a primo mane opus aggredi, nec lentos per otium pigre procedere (XI.1.14).

It is hard to think that here Columella was referring to tenants whose work was independent from that of the gang of slaves under the supervision of the *vilicus*.[29] Maybe he used a general term because he wanted to include other categories of permanent labourers employed on the villa, particularly those citizens who worked to pay off their debts (I.3.12) and whose juridical condition was different from that of slaves.

In sum, these passages of Columella, as well as those of Martial and Seneca, although they might presuppose the coexistence of slaves and tenants on the same villa, are in themselves not conclusive. But we have the example of Horace, who owned a single property and employed on its workforce both slaves and *boni patres*, who could hardly have been other than tenants.

Before passing to the legal evidence which Fustel also mentioned in support of his thesis, I would like to make some points on the problem of the dual economy in Columella, on which some scholars have recently focused their attention.[30] These scholars have drawn a parallel between Columella's model of labour organization and the feudal economy of sixteenth century Poland described by Kula. The parallel is interesting, but we should also take into account the fact that the economic context of the Roman empire and that of feudal Poland are manifestly very different. In fact, just from a glance at the table, in which Kula summarizes the main features of the feudal Polish economy, it is evident that the differences are more striking than the similarities between the two economic models.[31]

First of all, the peasants of the Polish farms were obliged to carry out a large number of corvées on the seigneurial part of the estate, while — as we have seen — Columella's tenants had no such obligations. Moreover, as Whittaker has pointed out,[32] in contrast with feudal Poland, both a land and a labour market existed in Italy during the High empire. In fact, in outlining his budget Columella refers not only to the expenses necessary to buy the land and the slaves, but also to the cost of seasonal labour (III.21.10; IV.18.1). Obviously, if tenants were settled around the villa, the landlord would have required them to help at vintage or harvest time. But in this case it is plausible to assume that tenants were paid for their work or, at least, that the cost of their daily wages would have been subtracted from their rents.[33]

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Another difference between Roman tenants and Polish peasants is that the former paid money rents, whereas the latter, as in any other feudal society, carried out corvées. In addition, craftmen's guilds, an important feature of feudal societies, did not play any significant role in first century Italy. Moreover, in terms of mobility, we may note that Polish peasants were tied to the land, while Roman tenants in the High empire were free to leave at the end of their contract.

Finally, we should consider an important general aspect. While the model of the bisectorial farm was predominant in the rural economy of feudal Poland, in the Roman empire landlords could choose the ways of exploiting their properties among a wide range of options. This variety of forms of exploitation corresponded to a more complex stratification of the rural Roman society under the Principate.[34]

The legal evidence

Fustel saw the coexistence of slaves and tenants also in the legal sources, which are more explicit on this point than the literary sources we have been considering.[35] He mentioned Ulpian's famous fragment on the *forma censualis*, where the Severan jurist says that a landowner was obliged to report a detailed list of his properties when making his census declaration. He had to give the name and the exact location of the *fundus* and to describe all the various types of cultivation which were carried out on it. Then he had to report the number of slaves who worked there and their specific functions (Dig. 50.15.4: Ulp. 3 de cens.). In addition, he had to declare his tenant farmers; otherwise he would have been responsible for their taxes.[36] From this description Fustel inferred that slaves and tenants worked on different parts of the same estate.

There are also some fragments in the Digest, mostly connected with legacies, in which *fundi* are mentioned together with their *instrumentum* which often included not only buildings, accessories, slaves with their *peculium*, *vilici* with their *reliqua*, but also the *reliqua* of the tenants.[37] This evidently implies that slave villas and tenants were part of the same estate.

But among the legal evidence we also find some texts which refer in juridical terms to the creation of a plot (*locus*) within the agrarian unit containing a villa (*fundus*). The legal definition of the term *fundus* is given by Florentinus, a jurist of the second half of the second century AD.[38] He says that a piece of land (*ager*) which contains a building is defined as *fundus*. The building is called *aedes* when its use is urban, *villa* when its use is rural.[39] Likewise, a plot (*locus*) without any building is defined as *area* in town, and as *ager* in the countryside:

> *"Fundi" appellatione omne aedificium et omnis ager continetur. Sed in usu urbana aedificia "aedes", rustica "villae" dicuntur. Locus vero sine aedificio in urbe "area", rure autem "ager" appellatur. Idemque ager cum aedificio "fundus" dicitur* (Dig. 50.16.211: Flor. 8 inst.).

More specifically, Ulpian says that a *locus* should be distinguished from a *fundus*, since it is only a part of the *fundus*, while the *fundus* should always be considered as a unit. And a *locus* generally concerns the part of a *fundus* which does not include the villa:

> *"Locus" est non fundus, sed portio aliqua fundi: "fundus" autem integrum aliquid est. Et plerumque sine villa "locum" accipimus* (Dig. 50.16.60.pr.: Ulp. 69 ad ed.).

Moreover, Ulpian says that a *fundus* must have precise boundaries, while the size of a *locus* does not appear until it is delimited:

> *Sed fundus quidem suos habet fines, locus vero latere potest, quatenus determinetur et definiatur* (*ib.* 2).

I would suggest that one of the reasons for delimiting a *locus* within the boundaries of a *fundus* would have been that of renting it out to a free tenant or to a *servus quasi colonus*.

From the legal evidence mentioned so far, it is already evident that at the beginning of the third century, i.e. at the time of the supposed decline of the slave system, Ulpian considered the slave villa still widespread and profitable as an economic unit. This impression is

Senato della Repubblica - Archivio Storico

even more clear from other fragments of the jurist Ulpian which in my opinion deserve special attention.

The first text describes the characteristics of the *instrumentum* of a *fundus*,[40] which should include everything necessary for the cultivation of the land and the preparation and storage of the produce. As far as cultivation is concerned, men who worked the land and their overseers are mentioned, such as *vilici* and *monitores*. Then there are animals: oxen, presumably for ploughing, and sheep for fertilizing the soil. In addition, a list of the implements necessary for the aforementioned operations is given. The text also adds that in some areas, where there were better equipped villas, the *instrumentum* could include servants and gardeners and, if there were fields and pasturage, also sheep and shepherds (Dig 33.7.8: Ulp. 20 ad Sabinum).

The second text provides a more detailed description of the *instrumentum* attached to a villa. At the beginning of the fragment Ulpian underlines the main characteristic of the *instrumentum*, which allows the landlord to exercise his rights of ownership over the land: it should include all those elements which were necessary for the cultivation of the farm and were supposed to remain there. Ulpian accordingly analyses the case of the supply of cereals intended for the manpower employed for the farm cultivation. Most jurists, Ulpian says, had maintained that, since the cereals were meant for consumption, they should not be regarded as part of the *instrumentum*. But Ulpian himself, appealing to Servius' authority, expresses the opposite view. In the same way, according to Ulpian, seeds had to be included in the *instrumentum* since, although they were consumed, they were continuously replaced (Dig. 33.7.12.pr.: Ulp. 20 ad Sabinum).

This passage clearly shows that a permanent staff was employed on the farm. These people needed to be fed, and cereals and wine were produced for them there. This implies that a sort of autarchy obtained on the farm. But the following paragraph also shows that the principle of "polyculture at the service of monoculture" (Kula), applied by the agronomists of the classical age, was still valid at the beginning of the third century. In fact, in addition to the buildings and storage containers for the conservation of produce, provision for its transportation presumably to the market also formed part of the *instrumentum*.

The stores and containers were suited to farm produce which was not perishable, like wheat (*granaria*), olive oil and wine (*urcei*) and probably dried fruit (*capsellae*). This produce was intended for the market, since the *instrumentum* included horses, vehicles, ships and containers for transport. The latter items seem to have been a new feature of the farm and could be interpreted in relation either to its larger size or to its higher degree of self-sufficiency or to both (*ib.* 1).

Unlike Alfenus, who had excluded any living beings from the *instrumentum*, Ulpian did include both animals and slaves. Ulpian's opinion, in contrast with that of Alfenus, a jurist of the first century BC, might suggest an evolution toward a more rigid conception of the *instrumentum* (*ib.* 2).

But like Labeo and Pegasus, who lived in the first century AD, Ulpian excluded the category of slaves who were employed as *quasi coloni* (*ib.* 3).[41]

Then Ulpianus mentions a *saltuarius*, who had the function either of taking care of the produce or that of guarding the boundaries of the property. While Labeo considered only the former as part of the *instrumentum*, Neratius included both (*ib.* 4).

From this passage we can gain some idea of the size of the farm, which was presumably very large since a *saltuarius* who guarded its boundaries was necessary. Here we can again remark an evolution of the concept of *instrumentum*, which tended to become more and more comprehensive in the period extending from Labeo, who was active in the Augustan age, to Neratius, who lived in the second half of the second century.

In the following paragraph a detailed list is provided of the slaves who worked to satisfy the needs of the *familia rustica*: a baker, a smith,[42] women who baked bread and those who worked in the villa, a miller, a woman in charge of the fire, the *vilica* who helped the husband in his task,[43] women who span wool

Senato della Repubblica - Archivio Storico 210

for the slaves' garments, and even a woman who prepared spices to make the poor food of the slaves tastier. This long list of labourers confirms the impression that Ulpian was describing a very large villa, on which a very numerous staff was employed (*ib.* 5).

The next section makes an interesting distinction between the *familia rustica*, which was considered the true *instrumentum*, and the slaves whose functions have just been described, and who were regarded as the *instrumentum* of the *instrumentum* (*ib.* 6).

Then we find some information about the wives and children of slaves.[44] They lived in the same villa as the slaves and would have been passed on together in hereditary succession for humanitarian reasons, since any separation would have been hard for them (*ib.* 7).[45]

The rest of the fragment describes other activities carried out on the estate. The *instrumentum* included sheep and slaves, who were hired out to other landowners for some part of the year. The income, *mercedes*, which they received was considered an integral part of the total income of the farm. Moreover, hunters and their dogs are listed in the *instrumentum*. Ulpian pointed out that hunting could be very profitable. Among the other activities bird–rearing and bee–keeping were mentioned.

In conclusion, this long fragment of Ulpian and other fragments of jurists of the same age unequivocally prove that the villa system did not collapse at the end of the second century AD. It is even doubtful whether there was a crisis, since from Ulpian's description we get the idea that farms of this kind were quite profitable.

On the other hand, it seems improbable that the structure of the villa did not change in some ways from Columella to Ulpian. Our evidence, however, is insufficient to show precisely how it did so. My impression, reinforced by the legal evidence,[46] is that villas became larger and more self–sufficient, although their production was still mainly directed at the market. I also suspect, but obviously I cannot prove, that the section rented out to free tenants or slave tenants, which surrounded the central part of the villa, was gradually increasing. This was due both to the concentration of the land in the hands of fewer rich landowners and to the increased number of small landholders who lost their property and became tenants. In this way the structural and economic features of the villa would have been transformed. In fact, the presence of the tenants around the farm would have overcome the problem of the supposed inelasticity of the villa, since they would have provided the *operae* necessary in the peak seasons. The proportion of the central part of the villa could have increased without causing a decrease in profit, because the seasonal work of the tenants would have supplemented that of the slaves. Moreover, the employment of some slaves as tenants would have offered a viable solution if slaves became too numerous on the central part and perhaps even if their ambition to become free came to pose a danger.

This villa model I have described apparently shows some similarities with the model of the feudal demesne. But there is a basic difference which in my opinion preclude any attempt to assimilate the two models.[47] As we have seen, the *operae* offered by the Roman tenants on the central part of the villa represented a supplementary work needed only in special periods of the year.[48] On the contrary, the *indominicatum* of the feudal demesne was entirely cultivated through the corvées carried out by the medieval serfs.

Finally, it is not my intention to cast any doubts on the fact that in late antiquity villas decreased in number. This could explain the relative silence of the sources. On the other hand, the more evident interest in *coloni*, especially in the legal sources, should not be overestimated. The late Roman colonate was in its period of formation and it is obvious that the emperors were particularly interested in defining the juridical features of the new institution.[49] As far as the literary sources are concerned, if we look at the last Roman agronomist, Palladius, it seems that the author's interest turned from the description of the rural structures and their manpower requirements to that of the actual rural operations. In fact, he dedicated only one book of his work to the former aspect, while the other twelve books consist of an agricultural calendar in which the rural operations are described month by month.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Palladius and the villa system in late antiquity

Ancient historians have paid close attention to writers on agriculture from the classical age. But, until recently, the later writer Palladius has been much less studied.[50] The lack of interest in Palladius is all the more striking if compared with the enormous popularity enjoyed by him in the medieval period. The reason for this neglect in modern studies can perhaps be explained by the fact that, from Gummerus onwards,[51] Palladius was considered a mere compiler, who simply repeated the ideas of previous agronomists, especially Gargilus Martialis and Columella.

But scholars are now coming to recognize Palladius' originality for several reasons.[52] First of all, the structure of his work in the form of an agricultural calendar is new and was probably suggested to the author by practical considerations. Secondly, unlike his predecessors, Palladius did not separate agriculture from animal husbandry, but considered them together as if they were complementary activities. This aspect might be connected with the increased autarchy which I have postulated from Ulpian onwards. Thirdly, he gave some details about the techniques concerning the farm buildings, which were normally to be found in manuals of architecture.

In addition, on several occasions Palladius drew on his own personal experience, citing information he had gathered in his contacts with other agriculturalists and from his own experiments.[53] When referring to other authorities, he did not cite them passively, but sometimes took issues with them.[54] It is possible that he intended to criticise Columella even in his Preface, where he says that the author of a treatise on agriculture should not use a sophisticated language, but write in a simple way, suitable for a "rustic" public.[55]

Scholars have also discussed whom exactly Palladius wanted to instruct. Certainly he could not reach the ordinary peasants who were illiterate. More likely he wanted to address other landowners like himself, although most of them would not have had a similarly elevated education. I think of men like Sidonius' friend, who presumably was a rich landlord and directly cultivated his properties.[56] Palladius himself owned farms near Rome, in Sardinia and possibly in Gaul.

Although we now have less doubts about Palladius' originality, there are still serious difficulties in using his evidence, because of uncertainty about the dating of his work and about life and career of the author himself. Martin has, however, produced some fairly convincing answers to these problems. He has established a *terminus a quo* for the date of the treatise by arguing that the title of *vir inlustris*, which is attributed to Palladius in the manuscripts, was first introduced by the emperor Valentinian in 372. Moreover, since we know that Palladius occupied an imperial post, Martin deduced that he could not have lived much later than the fall of the western Roman empire.[57]

In any case, the *terminus ante quem* can certainly be fixed before the middle of the sixth century, since Cassiodorus in his *Institutiones* cites Palladius with the cognomen of Aemilianus, defining him as a *facundissimus explanator* (*Inst.* I.28.6). Since Rutilius Namatianus had used similar expression, *facundus iuvenis*, to refer to his nephew (*De reditu suo* I.210), it has been suggested that Palladius may have been the same person and his entire name would have been then Rutilius Taurus Aemilianus, while it is known that Palladius was his *signum*. Moreover, Sidonius Apollinaris mentioned a Palladius who was possibly a praetorian prefect,[58] a post which could well fit the title of *vir inlustris*, and a Novel of Majorian of 458 names an Aemilianus as pretorian prefect (4.3). It is possible, then, that all these references concerned the same person, that is the author of the *Opus agriculturae*.

Turning from the question of the validity of Palladius' evidence to that of the actual content of his work, we are soon obliged to admit that unfortunately little information about our particular problem, that of the manpower organization on the farm, is to be found in it. Some statements are contained in the first book, where Palladius intended briefly to expound the general principles of agriculture. In the second paragraph, he mentions the four essential elements regarding agriculture: the first three, air water and land, deriving from nature, while the fourth, labour, depends on hu-

Senato della Repubblica - Archivio Storico

man activity.[59] Palladius deals with the natural elements very rapidly, but he discusses labour in slightly more detail, in the sixth paragraph. Even here, however, he refers only twice to the actual manpower, once to *coloni* and once to slaves.[60]

That scholars should have presented various, and sometimes antithetic, hypotheses about manpower organization in Palladius' work is perhaps, therefore, no cause for surprise. Nevertheless, most of them generally agree in excluding or minimising the presence of slaves. According to Staerman, for instance, from Palladius' inattention to slaves, in contrast to the previous agronomists, it should be inferred that the number of slaves employed in agricultural activities had diminished to the point of insignificance.[61] But Staerman's interpretation can be easily countered by remarking that Palladius' silence applied not only to slaves, but to labour in general, whether free or unfree.

In a recent study, Giardina has offered an original interpretation. He argues that the model of farm described by Palladius *did* include slave labour, but these slaves were used as *servi quasi coloni* on small independent plots.[62] This interpretation is, of course, possible, although, as we have already noted, problems arise about the evidence relating to *servi quasi coloni* especially in late antiquity. All the same, since Palladius says that he was taking into consideration different geographical areas and customs, he had presumably in mind different patterns of labour organization and, therefore, other interpretations cannot be excluded.[63] In a rather neglected article, Kuziscin has shown that there are sufficient clues in Palladius to prove that the structures of the farm were disposed according to a centralized organization.[64]

In fact, Palladius' principles did not substantially differ from those of the previous agronomists. First of all, Palladius emphasises the traditional view that the landlord should preferably reside in the villa (I.6.1; cf. Colum. *RR.* I.1.18). When absent, his functions should be taken over by a *procurator* (I.36.1). Moreover, Palladius mentions an *agri praesul*, and recommends hat the landlord should not choose him from among his favorite slaves, otherwise he would not be sufficiently severe with him. It is generally agreed that this *agri praesul* was the equivalent of the *vilicus*.[65] We find another hint about the hierarchical organization of labour when Palladius stresses that it was the duty of young men to obey, while the old should command.[66] The hierarchy in the distribution of functions among the work force is even more evident in the passage where Palladius describes the operation of *pastinatio* which should be performed by *fossores* under the supervision of a *custos* (II.10.3–4).

Other skilled labourers are mentioned throughout Palladius' treatise: we find references to a *bubulcus*, a *messor*, a *pastor*, a *pampinator*, a *putator* as well as to the general term *operarius*.[67] All these terms were presumably directed to slaves who permanently worked on the central part of the farm. This is confirmed by the variety of cultivations mentioned by Palladius in the first book. As well as to the cultivation of vines, olive trees and various kinds of cereals, Palladius refers to *horti*, *pomaria* and *prata* (I.8.2, 17.4, 34.1). He also includes the rearing of horses, oxen, sheep and a wide range of birds in the villa economy. Also interesting in his advice that two water–basins should be created around the villa for the needs of the animals and the use of the *rusticitas* (I.31).

The position of the buildings described by Palladius also seems to confirm Kuziscin's hypothesis. At the centre of the farm is the landlord's residence (*praetorium*), which according to the author should stand on a higher ground than the other buildings.[68] Next to the *praetorium* there is an *agrestis fabrica* with dining rooms (*triclinia*) and sleeping quarters (*cubicula*), which were presumably allocated to the slaves.[69] Obviously the domestic slaves (*ministri*) lived in the *praetorium* during the day and special attention was needed to protect them from a cold floor (I.9.4). But we do not know whether they slept in the *praetorium* or in the *agrestis fabrica*, where I assume the rural slaves lived.

The remaining buildings presuppose the presence of a permanent group of labourers who worked collectively: the buildings comprised a grain–house, cellars for wine and oil,

Senato della Repubblica - Archivio Storico

sheds for oxen and horses, an enclosure for sheep and chickens, and storage areas for straw and hay. Moreover, the presence of a water-wheel and a harvesting machine, as well as the list of tools contained in the villa at the end of the first book, seem to imply the same conclusion.[70] Finally, Palladius' recommendation that the treshing–floor should be placed near the *praetorium*, so that the landlord or his bailiff could prevent the grain from being stolen, is another element which suggests that the labour organization was centralized.[71]

Some further concluding remarks need to be made on the legal status of manpower in Palladius. At the beginning of the fifteenth book, which takes the form of a verse poem called *De insitione*, Palladius' opinion about slaves is similar to that of Columella (I.9.4): he says, in fact, that the more intelligent and able the slave, the more dangerous and inclined he was to commit crime (*De ins.* 2). Palladius' view about the use of the bath–house, on the other hand, differs from that of Columella. While the latter says that slaves should not be allowed to wash too frequently because bathing enerveted their body (I.39), the former attached great importance to baths for the workers' health (I.6.20). Although Palladius does not specify whether these workers are slaves or free, it seems more likely that he is referring to slaves.

Only in one single passage does Palladius also mention *coloni*, when he advises landlords not to rent out their land to tenants who owned some land at the edges of the villa (I.6.6). No reference can therefore be found in Palladius to tenants who rented plots around the villa. But if we accept my previous considerations about the integration of tenants and slaves, we cannot exclude that this possibility was taken into account even by the landowners instructed by Palladius. In fact, Palladius refers to the same device adopted by Columella (III.21.5–11) to reduce the number of *operae* necessary at vintage time (III.9.13). Even in the case of Palladius, then, we can postulate that the presence of *coloni* around the villa was useful when extra *operae* were needed.

At this point a systematic survey of the sources of late antiquity would be necessary in order to confirm the survival of the villa system and the practice of the integration of slaves and *coloni* within it.[72] Here I can only mention an important constitution of Valentinian and Valens which seems to corroborate both points. This law, in which the emperors prescribe what the description of the *bona proscriptorum* should contain, represents the parallel of Ulpian's *forma censualis* in the second half of the fourth century. The *plena descriptio* should include the extension of the property, the kind of cultivations practised (vines, olive trees, ploughed lands, pasture, woodland), the attractiveness of the area, buildings and ornamental goods, domestic and rural slaves with their skills,[73] *casarii* and *coloni*, animals, gold and silver, clothing and jewelry (CTH 9.42.7 = CJ 9.49.7). It is clear, then, that the details of this model of farm are not very different from those of the farms described by the Severan jurists. If we assume that the emperors, like Ulpian in the *forma censualis*, took into consideration a typical model of farm in their time, then this text should be sufficient to prove that the villa system did not disappear in the fourth century and that the coexistence of slaves and *coloni* was still an accepted practice.

Conclusions

The aim of this paper has been to offer support to those recent studies which suggest a reconsideration of the evolution of the villa system. I hope to have demonstrated that the villa system did not disappear at the end of the Principate, but underwent profound transformations which progressively modified its features. Let us summarize the main steps of this process.

In the post–Hannibalic period the villa model described by Cato presupposed the integration of the work of a permanent gang of slaves with that of temporary *operae* in particular seasons of the year. From the categories of rural labourers who provided these *operae* we should exclude tenant farmers, since the role played by tenancy was insignificant in the Roman economy in this period. The existence of tenancy was incidentally mentioned by Varro (I.2.17), but Columella was the first agronomist who explicitly recognized its importance.[74] The integration of slaves and tenants in the villa system may be postulated in Columella and is

Senato della Repubblica - Archivio Storico

proved by other sources. This integration implies a transformation of the villa system but, at the same time, permitted its survival, since it overcame the problem of the inelasticity of the villa. The last Roman agronomist, Palladius, describes a villa whose structures are basically similar to those of Columella, but which presents a higher degree of self–sufficiency; this was already evident in the description of the villa by the jurists of the Severan age. On the other hand, this model of the Roman villa cannot be confused with that of the medieval demesne, mainly because corvées were not an institutionalized feature of the system.

BIBLIOGRAPHY AND NOTES

I read an earlier version of this paper in 1988 at two seminars in Cambridge and Oxford, to which I was kindly invited by D. Whittaker and N. Purcell. I am very grateful to M. Brown for the translation of the paper and to P. Spring for the revision of the final version. I also wish to thank P. Garnsey, E. Lo Cascio, A. Marcone, J. Carlsen, J.–J. Aubert and M. De Nardis for their help and support.

BIBLIOGRAPHY

Aubert, J.–J. 1991, *Business Managers in Ancient Rome (200 B.C. — A.D. 250*, Diss. Columbia.

Bradley, K.R. 1984, *Slaves and Masters in the Roman Empire*, Bruxelles.

Capogrossi Colognesi, L. 1990, *Economie antiche e capitalismo moderno. La sfida di Max Weber*. Bari.

Finley, M.I. 1980, *Ancient Slavery and Modern Ideology*. London.

Frézouls, E. 1980, La vie rurale au Bas-Empire d'après l'oeuvre de Palladius, *Ktéma* 5, 193–210.

Fustel de Coulanges, N.D. 1889, *L'alleu et le domaine rural pendant l'époque mérovingienne*. Paris.

Garnsey, P. 1980, Non–Slave Labour in the Roman World, in: *Non–Slave Labour in the Graeco–Roman World*, (ed. P. Garnsey), Cambridge, 34–47.

Hopkins, K. 1978, *Conquerors and Slaves*. Cambridge.

Kula, W. 1962, *An Economic Theory of the Feudal System*. London.

Marcone, A. 1988, *Il colonato tardoantico nella storiografia moderna (da Fustel de Coulanges ai nostri giorni)*. Como.

Mazzarino, S. 1959, *La fine del mondo antico*. Roma (réedit. Milano 1988).

Neeve, P.W. de 1984, *Colonus. Private Farm–Tenancy in Roman Italy during the Republic and the Early Principate*. Amsterdam.

Scheidel, W. 1993, Sklaven und Freigelassene als Pächter und ihre ökonomische Funktion in der römischen Landwirtschaft (*Colonus*–Studien III), in: *De Agricultura, In memoriam P. W. de Neeve*, (eds. H. Sancisi-Weerdenburg *et al.*), Amsterdam, 182–205.

Staerman, E.M. & M.K. Trofimova 1975, *La schiavitù nell'Italia imperiale. I–III secolo*. Roma.

Vera D. 1986, Forme e funzioni della rendita fondiaria nella tarda antichità, in: *Società romana e impero tardoantico* I, (ed. A. Giardina), Roma, 367–447.

Veyne, P. 1981, Le dossier des esclaves–colons romains, *RH* 265, 3–25.

Weber, M. 1896, Die sozialen Gründe des Untergangs der antiken Kultur, *Die Wahrheit* = *The Agrarian Sociology of Ancient Civilizations*, London 1976, 389–411.

Whittaker, C.R. 1987, Circe's Pigs: from Slavery to Serfdom in the Later Roman World, in: *Classical Slavery*, (ed. M.I. Finley), London, 89–122.

NOTES

1. Weber 1896.
2. Mazzarino 1959, 150ff; for supplies of slaves both internal and external see now Whittaker 1987, 97ff.
3. Bradley 1984, 47–80.
4. The most recent and thourough study on *servi quasi coloni* is that by Scheidel 1993.
5. Veyne 1981; Whittaker 1987.
6. J. Love, Max Weber and the Theory of Ancient Capitalism, *History and Theory* 25 (1986), 152–172.
7. E. Lo Cascio, Appunti su Weber "teorico" dell'economia greco–romana, *Fenomenologia e Società* 17 (1982), 123–144. Cf. also Capogrossi Colognesi 1990, 324, who has observed that, while in the first part of his *Agrargeschichte* Weber often used the term "capitalism", in the fourth chapter Bücher's influence prevailed against this use.
8. Finley 1980, 138. The idea of a higher profitability of free labour is also rejected by Garnsey 1980, 41.
9. Hopkins 1987, 25.
10. K. Marx, *Selected Works in One Volume*, London 1968, 183.
11. E.M. Staerman, Progressive und reaktionare Klassen in spätrömischen Kaiserreich, in: *Studien über die Revolution*, Berlin 1966, 19–32.
12. Staerman & Trofimova 1975.
13. Finley 1980, 131f.
14. Garnsey 1980; J.E. Skydsgaard, Non–Slave Labour in Rural Italy during the Late Republic, and C.R. Whittaker, Rural Labour in Three Roman Provinces, in: *Non–Slave Labour in the Graeco–Roman World*, (ed. P. Garnsey), Cambridge 1980.
15. G.E.M. de Ste. Croix, *The Class Struggle in the Ancient Greek World from the Archaic Age to the Arab Conquests*, London 1981.
16. B. Shaw, Anatomy of the Vampire Bat, *Economy and Society* 13 (1984), 208–249.
17. M. Mazza, Preface to Staerman & Trofimova 1975.
18. A. Giardina, Le due Italie nella forma tarda

Senato della Repubblica - Archivio Storico

dell'impero, in: *Società romana e impero tardoantico* I, (ed. A. Giardina), Roma 1986, 2f.

19. Whittaker 1987 and R. MacMullen, Late Roman Slavery, *Historia* 36 (1987), 359–382. The most striking example is that contained in the Greek and Latin Lives of Saint Melania who owned 8,000 slaves employed on her suburban estates (G: 9ff.; 15ff.; cf. Pall. *Laus.* 61.5) and 400 on her 60 Sicilian properties (G: 18; L: 18).
20. M. Bloch, Comment et pourquoi finit l'esclavage antique, *Annales* 2 (1947), 30–44; 161–170.
21. De Neeve 1984. Cf. L. Capogrossi Colognesi, Grandi proprietari, contadini e coloni nell'Italia romana (I-III d. C.), in: *Società romana e impero tardoantico* I, (ed. A. Giardina), Roma,1986, 363f.
22. Garnsey 1980 and D.W. Rathbone, The Development of Agriculture in the "Ager Cosanus" during the Roman Republic", *JRS* 71 (1981), 10–23.
23. Fustel 1889. I do not accept Fustel's distinction between free and unfree tenants ("fermiers et colons") before late antiquity; cf. my article, Coloni privati e coloni imperiali nella legislazione del quarto secolo, *AARC* X, forthcoming.
24. The same conclusion has now been reached by Aubert 1991, 146: "Several literary and epigraphical texts show that in many cases agency existed side-by-side with tenancy and independent smallholdings, and that the various systems of management supplemented each other". Among the epigraphical sources mentioned by Aubert the most important are an inscription from Pola (*Inscr. It.* X,1, 592a and b = *AE* 1906, 100) and the African inscription of Henchir Mettich (*CIL* VIII 25902 = *FIRA* I, 100).
25. I owe much for the revision of this section to the criticism of W. Scheidel, *Grundpacht und Lohnarbeit in der Landwirtschaft des römischen Italien*, Diss. Wien 1993, 109–113.
26. M. Weber, *Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht*, Stuttgart 1891, 244--247. Cf. Capogrossi Colognesi 1990, 56.
27. M.I. Finley, Private Farm Tenancy in Italy before Diocletian, in: *Studies in Roman Property*, (ed. M.I. Finley), Cambridge 1976, 103–121. Cf. my article, Dalla locazione al colonato: per un tentativo di ricostruzione, *AION*, Sez. di Arch. e St. Ant. 13 (1991), 252f.
28. W. Scheidel, *Der 'colonus' bei Columella: Image, sozialer Status und ökonomische Funktion*, Diplomarbeit Wien 1989, 154.
29. Cf. Scheidel, *ibid* 262, n.1167, who compares this passage with XI.1.17: *Hoc igitur custodire oportet vilicum, ne statim a prima luce familia cunctanter et languide procedat.*
30. M. Corbier, Proprietà e gestione della terra: grande proprietà fondiaria ed economia contadina, in: *Società romana e produzione schiavistica* I, (eds. A. Giardina & A. Schiavone), Roma 1981, 427–444; A. Carandini, Columella's Vineyards and the Rationality of the Roman Economy, *Opus* 2 (1983), 177–204.
31. Kula 1962, 26f.
32. C.R. Whittaker, Trade and the Aristocracy in the Roman Empire, *Opus* 4 (1985), 69f.
33. But it is also possible that slaves working on the central part of the villa helped the tenants of surrounding plots, if we can interpret the words "*vineam conductam colere*" (2.21.3) in this sense. In this case a transfer of *operae* between landlord and tenants would have been possible.
34. Kula 1962, 169: "In the course of economic development the degree of rationality in economic activity increases, because the number of alternatives, from which one can choose in each particular case, increases".
35. Fustel 1889, 82f.
36. *Fustel* 1899, 8. I accept this interpretation given by Fustel: cf. my article (n. 27), 263f.
37. Dig. 33.7.20; see also Dig. 32.78.3 and 33.7.27.
38. Cf. P.W. de Neeve, Fundus as Economic Unit, *RHD* 52 (1984), 3–19.
39. This distinction between urban *aedes* and rural *villae* is already found in Plaut. *Aulul.* 505–506: *Nunc quoquo venias plus plaustrorum in aedibus videas quam ruri, quando ad villam veneris.*
40. On the *instrumentum fundi* see A. Steinwenter, *Fundus cum instrumento. Ein agrar- und rechtsgeschichtliche Studie*, Wien 1942.
41. Two different interpretations of this passage have been presented by Veyne 1981, 20, and by de Neeve 1984, 143, n.121. I am now convinced by the argument of Scheidel 1993, 185f., in favour of the latter's interpretation.
42. The presence of smiths on the villa had already been suggested by Varro and would be later recommended by Palladius; cf. the comment of D. Vera, Strutture agrarie e strutture patrimoniali nella tarda antichità: l'aristocrazia romana fra agricoltura e commercio, *Opus* 2 (1983), 505.
43. On the role of the *vilica* see J. Carlsen, The vilica and Roman estate management, in: *De Agricultura, In memoriam P. W. de Neeve*, (eds. H. Sancisi-Weerdenburg *et al.*), Amsterdam 1993, 197–205.
44. Cf. Bradley 1984, 75. The importance of the rural work of women and children would be underlined in late antiquity by Palladius: I.6.14, 27.1; VIII.7.1; XI.14.16; 12.14.
45. The same measure was adopted by the emperor Constantine. Later the compilers of the Justinian Code included also *coloni* and *inquilini* in the law of Constantine (CJ 3.38.11), which concerned only slaves in its original version reported in CTH 2.25.1.
46. But cf. also the interesting passage of the *Historia Augusta*, which refers to a *villa rustica* containing 500 slaves and thousands of horses, oxen, sheep and goats: S.H.A. *Aurel.* X.2.
47. See *contra* J. Percival, Seigneurial Aspects of Late Roman Estate Management, *EHR* 84 (1969), 449–473.
48. Evidence for compulsory *operae* is very poor even in the late empire: cfr. Vera 1986, 425–430.
49. For an introduction to the colonate see Marcone 1988.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Cf. now the most recent study by F. De Martino, Il colonato fra economia e diritto, in: *Storia di Roma* 3.1, (ed. A. Schiavone), Torino 1993, 789–822. I have tried to describe the transition from free tenancy to the bound colonate in two articles (n.27 and 32).

50. The recently increased interest in Palladius is certainly connected with the new editions of his work by Rodgers for Teubner (1975) and Martin for "Les Belles Lettres" (1976).
51. H. Gummerus, *Der römische Gutsbetrieb als wirtschaftlicher Organismus nach den Werken des Cato, Varro und Columella*, Leipzig 1906), 13: "Dieser Verfasser ... seine Vorgänger sklavisch compiliert".
52. Cf. Frézouls 1980, 193–199
53. F. Morgenstern, Die Auswertung des opus agriculturae des Palladius zu einigen Fragen der spätantiken Wirtschaftsgeschichte, *Klio* 71 (1989), 181, has counted 32 passages in which Palladius refers to his personal experience in different areas and situations. Cf. also A. Cossarini, Palladio Rutilio Tauro Emiliano: residui della ideologia della terra, *AIV* 136 (1977/1978), 181f, and Frézouls 1980, 196f.
54. Cf. R.H. Rodgers, *An Introduction to Palladius*, *BICS* Suppl. 35 (1975), 9: "Most interesting for the modern reader are those passages where Palladius disagrees with his predecessors or where he inserts revealing 'short cuts' which provide a glimpse into the crumbling world of late antiquity".
55. I.1.1: *Neque enim formator agricolae debet artibus et eloquentiae rhetoris aemulari, quod a plerisque factum est qui, dum diserte loquuntur rusticis, adsecuti sunt ut eorum doctrina nec a disertissimis possit intelligi.* Cf. G. Maggiulli, Palladio fra Sardegna e Gallia, *GIF* 34 (1982), 123.
56. Sid. *Ep.* 1.6.3, defines a friend of his as *rusticus* and invites him to take care of his person (*Non minus est tuorum natalium viro personam suam excolere quam villam*). It is also possible that Sid. *Carm.* 9.310 refers to our Palladius when he mentions a Palladius defined as *vilicus* and says that the Senate prefers him to the urban poets: cf. n.59.
57. Cf. Martin (n.50), VII-XX.
58. Cf. n.56. Martin (n.50), XIII, mentions the ingenious hypothesis of Loyen (in his "Les Belles Lettres" edition of Sidonius' *Carmina*), who connects the term "*vilicus*" used by Sidonius with the expression "*vilicus Urbi*" through which Juvenal, *Sat.* IV.77, refers to an urban prefect.
59. I.2: *Primo igitur eligendi et bene colendi agri ratio quattuor rebus constat: aere, aqua, terra, industria.*
60. I.6.6: *Domino vel colono confinia possidenti qui fundum vel agrum suum locat, damnis suis ac litibus studet; ib.* 18: *Agri praesulem non ex dilectis tenere servulis ponas, quio fiducia praeteriti amoris ad impunitatem culpae praesentis spectat.* Palladius refers to slaves also in the fifteenth book, *De ins.* 2. He also mentions domestic slaves (*ministri*) in I.9.4.
61. Staerman & Trofimova 1975, 336.
62. A. Giardina, Palladio, il latifondo italico e l'occultamento della società rurale, in: *Società romana e impero tardoantico* I, (ed. A. Giardina), Roma 1986, 31–36.
63. I.6.3: *Operarum ratio unum modum tenere non potest in tanta diversitate terrarum, et ideo soli et provinciae consuetudo facile ostendet qui numerus unamquamque rem faciat, sive in surculis sive in omni genere satorum.* Cf. Whittaker 1987, 93, and *idem*, *Les frontières de l'Empire romain*, Paris 1989, 122f.
64. V.J. Kuziscin, Le caractère de la main-d'oeuvre dans un domaine du IVe siècle d'après le traité de Palladius, in: *Actes du colloque sur l'esclavage 1975*, Warsaw 1979, 239–255.
65. I.6.18: cf. n.64. See the comment of Martin (n.50), 102.
66. I.6.3: *In rebus agrestibus maxime officia iuvenum congruunt, imperia seniorum.*
67. We find slave *aratores* and *porcarii* in *Lex Burg.* 2.6.
68. I.8.2: *Ipsius autem praetorii situs locus aliquatenus erectiore, propter iniuriam fundamentorum et ut laeto fruatur aspecto.* This notation fits with the position of the *praetorium* excavated by A.M. Small & J. Freed, S. Giovanni di Ruoti (Basilicata). Il contesto della villa tardoromana, in: *Società romana e impero tardoantico* III, (ed. A. Giardina), Roma 1986, 114.
69. I.12. In the text the *agrestis fabrica* is clearly distinguished from the *praetorium*, and this is also proved by the fact that it is built with different material.
70. I.41 for the waterwheel and VII.2.1–3 for the harvesting machine. See also the description of the latter in Plin. *NH.* XVIII.261.
71. I.36: *Area longe a villa esse non debet, et propter exportandi facilitatem et ut fraus minor timeatur, domini vel procuratoris vicinitate suspecta.* Cf. the same advice in Colum. *RR* I.6.23: *Area ... ita constituenda est ut vel a domino vel certe a procuratore despici possit.*
72. Cf. Aubert 1991, 154: "Slaves were probably used in agricultural estates throughout antiquity and even in the Early Middle Ages, even though the proportion of slaves to free men employed in agriculture might have gone through long-term variations". Aubert mentions some more sources for late antiquity and underlines the use of slaves in the central part of the demesne in the *Capitulare de villis*.
73. We find a distinction between domestic and rural slaves also in Sid. *Ep.* I.4.9 and Cassiod. *Variae* 3.18.
74. This seems to be illustrated by two similar passages of Varro (I.17.3) and Columella (I.7.4), who both discourage landowners from setting up their slave villas on properties situated in unwholesome areas where the health of the *familia* could be affected. But while the former suggests that such properties should be cultivated through *mercennarii*, the latter advices that they should be rented out to tenants.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Conosce ogni mio intimo
Esplori il cuore
e Conosca ogni pensiero

Senato della Repubblica – Archivio Storico