

Riccardo Cardilli

Archetipi dell' *oportere* nell' *oportere ex sponsione*

1. *Precisazioni introduttive: l'oportere ex sponsione nella storia dell'obbligazione.*

La scienza romanistica dell'ultimo mezzo secolo ha tendenzialmente superato il modello evoluzionistico di ricostruzione della nascita dell'obbligazione, caro invece alla scuola storica ed alla fase interpolazionistica dei nostri studi¹.

Chiave di volta per detto superamento è stata la adeguata contestualizzazione del ruolo del *nexum* all'interno delle

¹ Al riguardo, le concezioni di obbligazione come «signoria su una prestazione» di F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840 [Aalen, 1981], I, 338-339, e «come diritto alla prestazione» di G. F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1848, 317 ss. (cfr. su di esse, quanto ho avuto modo di precisare in R. CARDILLI, *Considerazioni storico-dogmatiche sul legame tra contratto e obbligazione*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, 2006, 5 ss.) hanno pesato meno di quanto si creda sulle prime ricostruzioni storicamente orientate della obbligazione. Ciò è dovuto oltre che alle critiche di R. VON JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1885, 10 e 261, e di A. BRINZ, *Begriff der Obligation*, in *Kritisches Blätter civilistischen Inhalts*, III, Erlangen, 1853, 3-11, alla poderosa costruzione concettuale dello stesso Brinz, della obbligazione romana come 'responsabilità' (A. BRINZ, *Der Begriff obligatio*, in «Grünhuts Zeitschrift», I, 1874, 11 ss.; Id., *Lehrbuch der Pandekten*, II.1², Erlangen, 1879, 1 ss.). Il modello dell'obbligazione romana come 'responsabilità' è, infatti, penetrato (non sempre consciamente) con forza nelle costruzioni d'inizio novecento (vd. per tutti, L. MITTEIS, *Über das Nexum*, in «ZSS», XXIII, 1901, 96 ss.; Id., *Über die Herkunft der Stipulation. Eine Hypothese*, in *Aus römischem und bürgerlichem Recht. E.I. Bekker zum 16. August 1907 überreicht*, Weimar, 1907 [rist. Aalen, 1970], 107 ss.; S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903 ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, 311 ss.) ed ha condizionato il modello evoluzionistico (dalla 'responsabilità' al 'debito') della fase interpolazionistica dei nostri studi; per tutti G. BESELER, *Bindung und Lösung*, in *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 92 ss.; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e la sua genesi*, Milano, 1955, 3 ss.

strutture che possono aver concorso alla costruzione concettuale unitaria della *obligatio*², nella quale la giurisprudenza tardo-repubblicana farà poi confluire una serie estesa di rapporti in origine disomogenei.

La delimitazione sempre più evidente del ruolo del *nexum* è andata di pari passo con la valorizzazione dell'*oportere ex sponsione*, tra le strutture arcaiche che hanno interagito nell'ambito problematico dell'«obbligazione», quale momento di alto significato al fine di cogliere già *in nuce* le caratteristiche principali dello schema giuridico³.

Al riguardo, va, invece, segnalata nella storiografia romanistica successiva una più profonda resistenza dell'isolamento operato dalla germanistica di due elementi di struttura dell'obbligazione, il «debito» e la «responsabilità»⁴, quali momenti autonomi ritenuti idonei a cogliere nella sua essenza lo schema giuridico dell'obbligazione. Tale resistenza mi sembra debba essere sottoposta a verifica, in quanto in essa rischia di nascondersi una sovrastruttura concettuale estranea alla configurazione monolitica dell'*oportere ex sponsione*, nella quale tali due momenti potrebbero essere inscindibili, evidenziando proprio grazie a questa inscindibilità la forza di tensione nel tempo diretta a «plasmare» il futuro giuridico in una determinata direzione avente rilevanza patrimoniale⁵.

La monoliticità strutturale dell'*oportere*, in sostanza, potrebbe esprimere una «forma» giuridica unitaria capace di ge-

² Fondamentali, al riguardo, M. KASER, *Das altrömische ius*, Göttingen, 1949, 232 ss.; ID., *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, 166-167; M. TALAMANCA, s. v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, in «ED», XXIX, 1 ss., in particolare 5-8.

³ Si vd., al riguardo, TALAMANCA, s. v. *Obbligazioni*, cit., 10-11; C. A. CANATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, Torino, 2003, 61 ss.

⁴ BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., II.1, 1-2. La distinzione di struttura è valorizzata, ad es., in BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana*, cit., 3 ss. Importante per gli studi successivi è stata, altresì, la configurazione delle figure arcaiche interagenti nella problematica dell'obbligazione in termini distinti di *Haftungsgeschäfte (nexum, sponsio ecc.)* e *Haftungsverhältnisse (iniuria, furtum nec manifestum ecc.)* di KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 146 ss., 165 ss.

⁵ D'altronde, lo stesso Brinz non nega la inscindibilità tra i due momenti di struttura, ma, poi, valorizzando il momento della responsabilità personale, degrada il debito, il *Leistenmüssen*, a mero onere morale per il «debitore»; BRINZ, *Der Begriff obligatio*, cit., 39, sulla inscindibilità, in particolare per l'*oportere*, vd. 21; sulla centralità della nozione su *Haftung*, vd. 39-40.

stire la complessità insita nel rapporto tra necessità e tempo. La prima si calerebbe nel secondo attraverso una 'risultato atteso' attualmente 'impotente' sul piano dell'effettività, in quanto collegato funzionalmente al comportamento di un altro *pater familias*, ma vigente e sentito quale 'dovere' nell'ambito del *ius civile*, idoneo a generare in chiave di aspettativa una attesa soddisfazione dell'interesse del *pater familias* 'creditore'. In sostanza, non uno schema nel quale si legherebbero un onere ed una responsabilità⁶, ma un legame che si considera già rilevante giuridicamente sul piano del dovere, tale da trovare plastica espressione nella *iudicis postulatio* come affermazione (*aio*) dello stipulante e diretta all'esistenza di un *ex sponsione dare oportere* contro la persona dello *sponsor* (*actio in personam*), che conserva la pienezza dei suoi *status*⁷. La differenza è enorme, non soltanto sul piano della struttura dello schema giuridico, ma anche su quello della funzione perseguita con la *sponsio*, in quanto il giuridico – e non il fatto – dà veste e plasma il 'legame' nel futuro tra i due *patres familias*⁸.

⁶ Già BRINZ, *Der Begriff obligatio*, cit., 11 ss. Di recente, R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *Iuris Antiqui Historia*, I, 2009, 61-124, ora in *Scritti minori*, II, Torino, 2009, 655 ss., ha ritenuto che anche nell'*oportere ex sponsione* sia presente lo schema onere-responsabilità, in conseguenza della centralità nello studioso palermitano dell'*actio* quale consustanziale al diritto vantato. Va, però, rilevato che la *iudicis postulatio, legis actio* nella quale si afferma *ex sponsione dare oportere aio* valorizza la presenza e la compenetrazione del debito e della responsabilità a differenza di altre posizioni giuridiche come il *iudicatus* ed il *damnatus* direttamente soggette alla *manus iniectio*; cfr. esattamente CANNATA, Corso, cit., 71 ss. Per una ricostruzione convincente del passaggio dalla posizione del *iudicatus* al *iudicatum facere oportere* vd. ora A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, in particolare 125 ss.

⁷ Esattamente, ora, A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana. Lezioni*, Torino, 2006, 70; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*², Torino, 2011, 475 che parla di «garanzia di uguaglianza».

⁸ L'ipotesi di origine di MITTEIS, *Über die Herkunft der Stipulation* cit., 109 ss., che, accentuando l'ampio ed attestato ricorso agli etero garanti (*praedes, vades, vindices*) nelle *legis actiones*, ritiene di riconoscere inizialmente alla *sponsio* funzione di eterogaranzia, e soltanto in un secondo momento di auto garanzia, è fondata su argomenti che possono essere interpretati in senso esattamente opposto; al riguardo, fondamentale, E. LEVY, *Nachträgliches zu den Anfängen der römischen Bürgschaft*, in «ZSS», XXVIII, 1907, 398 ss., ora in *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz, 1963, 298 ss.

Che ciò possa poi condurre lo *sponsor*, esperita con successo dal *pater familias* stipulante la *iudicis postulatio*, nella nuova posizione giuridica di *iudicatus*, a subire una esecuzione personale sproporzionata al risultato atteso attraverso la *manus iniectio*⁹ non deve far smarrire il dato inconfutabile che quanto promesso con *sponsio* sia azionabile non in termini autonomi di *manus iniectio*, ma appunto di *iudicis postulatio*.

Tenuto conto di queste due precisazioni, ritengo in questo breve contributo di dover chiarire il significato attribuibile all'*oportere* all'interno dell'*actio* dichiarativa, ove esso è legato alla *sponsio* realizzata tra i due *patres familias*.

2. *Oportere e sponsio.*

Attraverso due luoghi gaiani, conosciamo la *conceptio verborum* della *sponsio* e i *certa verba* della *iudicis postulatio* come introdotta dalla Legge delle XII Tavole. La prima recita 'DARI SPONDES ? SPONDEO' (Gai. 3, 92). I secondi, grazie al ritrovamento del P.S.I., 1132, recitano 'EX SPONSIONE TE MIHI X MILLA SESTERTIORUM DARE OPORTERE AIO' (Gai. 3, 17a). Dal confronto di tali testimonianze si evince che l'*oportere* non è parola dei *verba sponsionis*, mentre il *lege agere* specializzato del *pater familias* 'creditore' che ad essa viene connesso con la *iudicis postulatio* parla espressamente di *ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio*.

L'adeguata contestualizzazione dell'innovazione decemvirale impone di valorizzare l'importanza del 'credito' nella società romana dell'epoca e della *sponsio* quale negozio che si percepisce come più giusto a dare forma giuridica ai rapporti di credito, rispetto ad altri schemi giuridici esistenti, come il *nexum*¹⁰.

⁹ Sull'accentuazione della 'sproporzione' vd. G. PUGLIESE, 'Actio' e diritto subbieltivo, Milano, 1939, 208-209; P. RESCIGNO, s. v. *Obbligazioni (dir. priv.)*, in «ED», XXIX, 1979, 133 ss., in particolare 142.

¹⁰ Importante, sul punto, O. BEHREND, *Der Zwölfstafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, 1974, 33 ss., restando peraltro sul piano di un'ipotesi suggestiva la esecutività immediata della *sponsio* in età predecemvirale. Non convincente, invece, quanto l'A. sostiene rispetto ad una mancata funzione creditizia del *nexum*; vd. sul punto esattamente F. HO-

Il collegamento non può che essere ricondotto al come i pontefici sentono, dal punto di vista giuridico-religioso, il 'rapporto' che la *sponsio* induce tra due *patres familias*¹¹.

Per cogliere, però, la portata di tale collegamento, che l'*oportere ex sponsione* condivide col *votum* realizzato con *sponsio*, pur restando i due atti profondamente diversi sul piano della struttura e della funzione¹², è necessario approfondire l'ambito di significati che l'*oportere* assume nelle varie sfere di *ius* che le fonti ci testimoniano per le epoche precedenti alle XII Tavole. Soltanto una volta accertata l'eventuale esistenza di un significato o più significati archetipici dell'*oportere*, se ne potrà poi verificare la tenuta rispetto alla *sponsio*.

3. *Oportere e res repetere.*

Una prima ricorrenza tecnica di *oportere* si ha nel rito giuridico-religioso dei feziali del *res repetere*. Esso è, per altro, ricondotto a tradizioni italiche, ed inglobato pienamente nel si-

RAK, *Kreditvertrag und Kreditprozeß in den Zwölfstafeln*, in «ZSS», XCIII, 1976, 261 ss., in particolare 265-267.

¹¹ Sulla importanza e sulle criticità della distinzione 'negozi di responsabilità' e 'rapporti di responsabilità' proposta da Max Kaser (vd. supra n. 4), vd. ora i contributi in L. CAPOGROSSI COLOGNESI - M. F. CURSI (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, 2008.

¹² Sul *votum* ed il collegamento problematico – attestato dalle fonti – sia con l'*oportere* che con la differente *damnatio*, si vd. A. PERNICE, *Zum römischen Sacralrechte*, I, in *Sitzungsberichte der königlich preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin*, 1885, 1143 ss., in particolare 1146-1149, le cui conclusioni sul rapporto tra negozi sacrali e loro incidenza sul *ius civile* restano, a mio modo di vedere, valide. Il tentativo operato, più o meno coscientemente, dalla dottrina in materia (cfr. a titolo di esempi J. TURLAN, *L'obligation ex voto*, in «RHDfE», XXXIII, 1955, 502 ss.; K. VISKY, *Il votum in diritto privato romano*, in «Index», II, 1971, 313 ss.; W. EISENHUT, s. v. *Votum*, in «PWRE», Suppl. XIV, 1974, 964-973) di avvicinare *votum* e *sponsio*, accentuando profili di bilateralità negoziale nel primo, non è da considerarsi riuscito, dovendosi in esso accentuare, strutturalmente, il fondamento unilaterale; esattamente O. DILIBERTO, *La struttura del votum alla luce di alcune fonti letterarie*, in *Studi Biscardi*, IV, 1983, 297 ss.; F. SITZIA, s. v. *Promessa unilaterale (storia)*, in «ED», XXXVII, 1988, 22 ss., in particolare 29-30; da ultima, R. HASSAN, *Votum spondit. Considerazioni a margine di Hercules Oetaeus 1295 ss.*, in «SDHI», LXXVI, 2010, 503 ss. Sul rapporto tra *obligatio* e *votum*, vd. F. SINI, *La règle 'in iussu populi vivere non posse': le peuple et la religion dans la Rome républicaine*, in «Diritto@Storia», IV, 2010, § 5.

stema romano e nella concezione ad esso sottesa¹³, tesa ad evidenziare una comunanza di *ius*, fondata su *Juppiter*, che regola i rapporti tra i ‘popoli’ anche in assenza di *foedera* tra essi. Costruzione concettualmente distante dal moderno ‘diritto internazionale’ e proiettata a considerare Roma centro di un «sistema sovranazionale»¹⁴.

Il rito feziale del *res repetere* si colloca all’interno della *indictio belli*, rappresentandone un presupposto necessario, al fine di qualificare – come è stato autorevolmente detto – il *bellum* quale *iustum*¹⁵.

Rileggiamone il formulario:

Liv. 1, 32,11: *Confestim rex his ferme verbis patres consulabat: QUARUM RERUM LITIIUM CAUSARUM CONDIXIT PATER PATRATUS POPULI ROMANI QUIRITIUM PATRI PATRATO PRISCORUM LATINORUM HOMINIBUSQUE PRISCIS LATINIS, QUAS RES NEC DERERUNT NEC FECERUNT NEC SOLVERUNT, QUAS RES DARI FIERI SOLVI OPORTUIT DIC - inquit ei qui primum sententiam rogabat - QUID CENSES?*

La formula di consultazione che il re recita davanti ai *patres* per ottenerne *consultum* favorevole alla guerra¹⁶, segnala come momento accertato la mancata soddisfazione della precedente intimazione formale di restituzione (*condictio*)¹⁷ di *res*

¹³ L’origine del rito è collocata nelle tradizioni della *gens Aequincolana* (Liv. 1, 32, 5) ed avrebbe avuto in Anco Marzio momento inclusivo nel sistema romano (Serv. *ad Aen.* 10, 14; *De vir. ill.* 5, 4).

¹⁴ Fondamentale, P. CATALANO, *Il sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, 14 ss.

¹⁵ B. ALBANESE, *Res repetere e bellum indicere nel rito feziale* (Liv. 1, 32, 5-14), in «Ann. Palermo», XLVI, 2000, 5 ss.

¹⁶ Sull’importanza della *consultatio patrum* vd. ora, G. TURELLI, *Audi Iupiter. Il collegio dei feziali nell’esperienza giuridica romana*, Milano, 2011, 101 ss.

¹⁷ In dottrina si è talvolta tentato di costruire un parallelismo tra la *condictio* del rito feziale della *rerum repetitio* ed il *lege agere*, proponendosi poi soluzioni diverse (*legis actio sacramento in rem*, in *personam*, *legis actio per condictionem*); vd. ad es. U. COLI, *Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma*, in «SDHI», IV, 1938, 68 ss., in particolare, 82-84; E. VOLTERRA, *L’istituto della clarigatio e l’antica procedura delle legis actiones*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, IV, 243 ss.; G. DONATUTI, *La clarigatio o rerum repetitio e l’istituto parallelo dell’antica procedura civile romana*, in

e *personae* connessa all'incursione nemica. Il fatto giuridicamente rilevante a fondamento della richiesta di parere ai *patries* da parte del *rex* è proprio tale connessione tra la realtà delle cose valutata al momento del parere (*quas res nec dederunt nec fecerunt nec solverunt*) e quanto doveva accadere secondo il piano della 'doverosità' (*quas res dari fieri solvi oportuit*)¹⁸. Il mancato rispetto di ciò che doveva essere fatto dà fondamento giuridico-religioso al *bellum* quale *iustum*.

Per quanto è di rilievo nell'ambito di queste pagine, è significativo che la sanzione minacciata non sia proporzionata alla considerazione dell'evento contestato, ma determini un *bellum iustum* tra il popolo romano (ed ogni cittadino romano) ed il popolo aggressore (ed ogni cittadino di tale popolo)¹⁹. La 'sanzione' non è posta direttamente in connessione all'aggressione, ma al mancato rispetto di una riparazione invocata dai feziali. Si tocca con mano quella incredibile capacità romana di giuridicizzare il reale anche nell'ambito di situazioni che sfuggono invece ad una loro adeguata inclusione nel 'diritto' da parte della prospettiva statual-legalista.

La sfera di 'doverosità' è posta nel passato rispetto alla mancata restituzione e alla futura dichiarazione di guerra ed è espressa dal verbo *oportere*²⁰.

«Iura», VI, 1955, 31 ss.; H. HAUSMANINGER, *Bellum iustum und iusta causa belli im älteren römischen Recht*, in «Österr. Zeitschrift für öffentliches Recht», XI.3-4, 1961, 335 ss., in particolare 340-342; A. WATSON, *International Law in Archaic Rome. War and Religion*, Baltimore-London, 1993, 20 ss. È chiaro che tale parallelismo è una nostra preoccupazione, tesa ad evidenziare momenti di omogenità rituale sul piano delle 'forme' di giuridicizzazione della realtà, più che una regola di simmetria sentita nel diritto arcaico come vincolante; esattamente A. CALORE, *Forme giuridiche del bellum iustum*, Milano, 2003, 91 e ss. Con un approccio problematico e sensibile alle differenze, esemplare ALBANESE, *Res repetere e bellum indicere*, cit., 36 ss.

¹⁸ La duplicazione è stata interpretata come indizio di alterazione del formulario o di sua successiva integrazione (vd. sul punto, DONATUTI, *La clarigatio*, cit., 31 ss., in particolare 39-40), ma al contrario essa riflette esattamente un dato giuridico di grandissimo significato. Presuppone il passaggio dalla mancata restituzione alla sua doverosità sul piano giuridico religioso.

¹⁹ Sulla 'pluralità' del *populus Romanus* nella *indictio belli*, fondamentale P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1974, 118.

²⁰ «Il verbo era usato certo per sottolineare la doverosità dei comportamenti, che lo straniero non aveva realizzato, alla stregua dei valori normativi chiamati in causa dal *pater patratus* nelle sue richieste. In concreto il ri-

Esso viene, quindi, ad essere considerato idoneo ad esprimere una relazione tra due popoli indipendenti e sovrani nei quali si affermi che uno, nella prospettiva romana, deve riparare un torto inflitto a Roma, riparazione alla quale non è tenuto, necessariamente, in forza di un preesistente *foedus*, ma riparazione che si considera adeguata in base ad una costruzione sovranazionale del *ius* assata su *Iuppiter*. Non interessa, qui, approfondire l'ideologia sottesa alla formalizzazione del presupposto della 'guerra' ed a sue eventuali strumentalizzazioni – che la storia di Roma attesta – ma si impone la sua struttura formalizzante che centra la 'conformità a *ius*' della guerra sul mancato rispetto dell'*oportere*²¹. Ciò significa che esso evocava, all'interno del rito feziale del *res repetere*, ben prima delle XII Tavole, non un'idea di 'onere', ma un'idea di 'doverosità' strutturalmente unitaria che legava due centri autonomi e sovrani come i popoli. La 'responsabilità' introdotta con la *indictio belli* rituale, infatti, si innesta in una già esistente e qualificata 'doverosità' che trova evidente espressione nella ripetizione nella *rogatio* del *rex* ai *patres* «... *quas res nec dederunt nec fecerunt nec solverunt, quas res dari fieri solvi oportuit*». La ripetizione è indizio dello slittamento nella percezione dei contemporanei dell'evento rilevante da mero fatto a comportamento dovuto.

4. *Oportere negli opima spolia.*

Un uso significativo dell'*oportere* si ha, anche, nella cerimonia, antichissima, degli *opima spolia*. La testimonianza più significativa è di Festo, che esprime una stratificazione di prospettive che potrebbe riflettere una diversità di fonti, alle quali attingono anche altri testi.

chiamo era a *iustitia* e *pietas*, e probabilmente anche alla *fides* dell'*exposcere* (Liv. 1, 32, 6-7). Sorge spontaneo un richiamo all'*oportere* ed all'*oportere ex fide bona* del processo privato romano; ed in particolare al semplice *oportere* affermato dall'attore nella *l.a. per conditionem* (Gai 4,17b: *Aio te mihi ... dare oportere*)», così ALBANESE, *Res repetere e bellum indicere*, cit., 38. Sull'importanza della ricorrenza del verbo in un ambito diverso dal *ius civile* vd. M. KASER, *Oportere und ius civile*, in «ZSS», LXXXIII, 1966, 10.

²¹ Esattamente CALORE, *Forme giuridiche*, cit., 43 ss., in particolare 102-106.

Fest. *de verb. sign.* s.v. *opima spolia* (LINDSAY, 202, 24): *unde spolia quoque, quae dux populi Romani duci hostium detraxit; quorum tanta raritas est, ut intra annos paulo [...] trina contigerint nomini Romano: una, quae Romulus de Acrone; altera quae [consul] Cossus Cornelius de Tolumnio; tertia, quae M. Marcellus <Iovi Feretrio de> Viridomaro fixerunt. M. Varro ait opima spolia esse, etiam si manipularis miles detraxerit, dummodo duci hostium, [...] non sint ad aedem Iovis Feretri poni, testimonio esse libros pontificum; in quibus sit: 'PRO PRIMIS SPOLIIS BOVE, PRO SECUNDIS SOLITAURILIBUS PRO TERTIIS AGNO PUBLICE FIERI DEBERE'; esse etiam Pompilii regis legem opimorum spoliorum talem: 'CUIUS AUSPICIO CLASSE PROCINCTA OPIMA SPOLIA CAPIUNTUR, IOVI FERETRIO DARIER OPORTEAT, ET BOVEM CAEDITO, QUI CEPIT AERIS CC<C> [...] SECUNDA SPOLIA, IN MARTIS ARA IN CAMPO SOLITAURILIA UTRA VOLUERIT CAEDITO [...] TERTIA SPOLIA, IANUI QUIRINO AGNUM MAREM CAEDITO, C QUI CEPERIT EX AERE DATO. CUIUS AUSPICIO CAPTA, DIS PIACULUM DATO'...*

Le fonti a cui attingono Festo e Varrone non sono omogenee, né sul piano della tecnicità del formulario della cerimonia, né dal punto di vista dei presupposti della sua necessità sul piano giuridico-religioso romano.

Dal primo punto di vista può evidenziarsi una stratificazione tripartita: una prima prospettiva, storico-annalistica, una seconda pontificale, una terza legata alla tradizione delle leggi regie.

Dal secondo punto di vista, la dottrina ha cercato di chiarire le contraddizioni esistenti tra i presupposti della concezione annalistica, che fa riferimento alle spoglie tolte dal *dux* romano al *dux* nemico, occasione occorsa nella tradizione romana solo tre volte, nelle spoglie di Acrone sottratte da Romolo, in quelle di Tolumnio, tolte da Cornelio Cosso, ed in quelle di Viridomaro da parte di Claudio Marcello. La qualifica di 'duce' assume una coloritura unificante rispetto alle cariche magistratuali ricoperte dai vincitori al momento dello spoglio, dato che Romolo era *rex*, Cornelio Cosso, anche se qualificato nella fonte annalistica quale console, era in realtà al momento dello spoglio *tribunus militum*, mentre Claudio Marcello era sicuramente console.

La constatazione della rarità della ricorrenza avvalorata una interpretazione rigorosa degli *spolia*, connessa a modalità di ingaggio più coerenti allo scontro 'eroico' che non ad esiti casuali della battaglia²². Una tale prospettiva illumina la reinterpretazione del fenomeno in chiave restrittiva, in connessione sia alla successiva espansione della ricorrenza del diverso istituto del trionfo, rispetto agli *opima spolia*²³, sia alla lettura delle imprese belliche romane e dei suoi condottieri in aperta polemica con l'annalistica di «ispirazione gentilizia e celebrativa», lettura evidente nelle *Origines* di Catone il Censore²⁴.

A mio modo di vedere, la complessità e la diversificazione delle testimonianze in materia devono tenere conto della contestualizzazione storica della 'codificazione rituale'. In sostanza, la lettura storico-annalistica e la tradizione pontificale si collocano su strati recenziatori della ritualizzazione e possono aver in parte determinato problematiche di lettura dei presupposti del rito rispetto agli esempi storici che lo hanno determinato. A questo riguardo, non considero corretto metodologicamente rileggere la tradizione connessa alla *lex Numae opimorum spuliorum* attraverso i casi di Cosso e Marcello, sicuramente ad essa successivi. Semmai essi, e soprattutto quello di Cornelio Cosso, possono aver indotto dinamiche nella *interpretatio* pontificale della *lex Numae* e non il contrario come suppone Magdelain²⁵.

Visto che soltanto nella *lex Numae* il rito prevede che gli *opima spolia* siano dedicati a Giove Feretrio e si sancisce un *darius oportere*, con il sacrificio del bue e l'offerta o il premio di trecento assi, cosa non ricordata per i *secunda spolia*, dedicati

²² Vd. sul punto S. P. OAKLEY, *Single Combat in the Roman Republic*, in «The Classical Quarterly», XXXV.2, 1985, 392 ss.; per una riconsiderazione prudente della tesi di Oakley, vd. A. MAFFI, *Opima spolia*, in *Mélanges Magdelain*, Paris, 1998, 298 ss.

²³ Sul punto, vd. A. PETRUCCI, *Il trionfo nella storia costituzionale romana dagli inizi della Repubblica ad Augusto*, Milano, 1996, 16 ss.

²⁴ Sull'importanza della lettura antieroica ed antipersonalistica dell'opera catoniana, fondamentale M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1984, 7-10.

²⁵ A. MAGDELAIN, *Quirinus et le droit*, in «MEFRA», XCVI, 1984, 195 ss., in particolare, 209 ss., ora in ID., *Jus Imperium Auctoritas. Études de droit romain*, Rome, 1990, 229 ss.

rispettivamente a Marte col sacrificio di *solitaurilia* e per i *tertia* dedicati a Giano Quirino, col sacrificio di un agnello, un'offerta o un premio di C assi²⁶, ritengo che tale testimonianza vada letta in relazione alla sola ed unica ipotesi che storicamente la presupponeva, cioè l'uccisione in battaglia 'eroica' da parte di Romolo del re dei Cicinni, Acrone.

Da una tale prospettiva, il confronto tra realtà dell'evento e sua dinamica ritualizzazione da parte di Romolo, almeno secondo quanto risulta dalla tradizione annalistica riflessa sia in Livio che in Plutarco, evidenzia due importanti condizioni. Da un lato la preesistenza di un *votum* di Romolo, ricordato da Plutarco (*Vit. par. Romulus* 16, 3 ss.), su cui ha puntualmente posto l'accento Bernardo Albanese²⁷; d'altro lato, la scelta di far precedere lo scontro tra gli eserciti (così Plut. *Vit. par.: Romulus* 16, 4) da un ingaggio tra i *duces* riflette costumi di guerra 'eroici', che Roma nelle epoche successive supererà.

Tenuto conto di queste due precisazioni, emerge a mio avviso con maggiore chiarezza la ritualizzazione precettiva operata da Numa nella sua *lex regia* rispetto all'avvenimento storico. La triade *Juppiter, Mars, Quirinus* riflette l'ordine gerarchico delle divinità romane in epoca preetrusca²⁸, dove il rito romuleo si era posto esclusivamente in connessione con *Juppiter*.

Non acconcio al contesto reale del rito romuleo, codificato poi da Numa, pensare ad una scissione tra *qui cepit* e chi offre gli *spolia*. Nel caso, l'unico che Numa aveva davanti agli occhi, quello di Romolo, una tale scissione non è attestata da nessuna tradizione, ed anzi è espressamente negata.

Il *darier oporteat* esprime tecnicamente ciò che il *vovens* deve alla divinità, cioè, *in primis*, gli *opima spolia*. Il momento puramente sacrificale del *bovem caedito* non ricade, invece, nel contenuto dell'*oportere*, e valorizza il ruolo dei sacerdoti. Ciò trova conferma nella tradizione presente nei *libri pontificum* nei

²⁶ Vd. al riguardo R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-istituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 465-467.

²⁷ B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano. V. Note sugli opima spolia*, in «Ann. Palermo», XLII, 1992, 71-94, in particolare, 87 ss.

²⁸ FIORI, *Homo sacer*, cit., 465.

quali il rito è codificato nella esclusiva prospettiva del sacrificio, qualificando gli *opima spolia* come *prima* (*pro primis spoliis bove, pro secundis solitaurilibus, pro tertiis agno publice fieri debere*).

Si può, allora, ipotizzare come il *rex* romano che avesse fatto un voto di offerta in caso di vittoria in scontro ‘eroico’, fosse sentito come ‘obbligato’ a rispettare il voto assunto con *Juppiter*, su una posizione di doverosità e non di sottomissione²⁹, non meno sentita di quella che imponeva al popolo straniero, pena il *bellum iustum*, di restituire *res* e *personae*, preda dell’incursione in territorio romano.

La tradizione pontificale si misurerà, invece, con i necessari adeguamenti di tale disciplina rispetto alla realtà costituzionale in movimento dopo la cacciata dei re, ponendosi problemi di coerenza con la *lex Numa*³⁰.

5.A. *Oportere e ius sacrum. - Flamen Dialis.*

Le fonti in nostro possesso ricordano, all’interno di precetti rituali relativi al *flamen Dialis* e alle *leges Numa* sull’uomo folgorato, usi di *oportere* che indicano una valenza di significato diretta ad esprimere una conformità giuridico-religiosa di comportamenti da tenere.

Rispetto al *flamen Dialis*³¹ sono significativi alcuni precetti ricordati da Aulo Gellio (*noct. Att.* 10, 15,1-32). Tra le fonti di Aulo Gellio spiccano i *libri de sacerdotibus publicis* ed in particolare il richiamo al primo dei *libri* di Fabio Pittore. Quinto Fabio Pittore è un fine conoscitore degli *annales* pontificali; la sua opera fondamentale, gli *Annales*, non sono posseduti nella versione originale in greco da Aulo Gellio. Quest’ultimo ri-

²⁹ Sulla gerarchia parallela e sull’importanza del rango dell’offerente nel rito degli *opima spolia*, vd. per tutti FIORI, *Homo sacer*, cit., 465-466.

³⁰ Sulle ipotesi successive, vd. R. M. RAMPENBERG, *Les dépouilles opimes à Rome, des débuts de la République à Octave*, in «RHDFF», LVI, 1978, 191 ss.; ALBANESE, *Brevi studi*, cit., 71 ss.; MAFFI, *Opima spolia*, cit., 285 ss.

³¹ Sul *flamen Dialis* e su una sua contestualizzazione nel sistema giuridico-religioso romano, vd. J. MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung*, III, Leipzig, 1878, 315-318; G. DUMÉZIL, *Le rex et les flamines maiores*, in *La regalità sacra*, Leiden, 1959, 407 ss.; W. PÖTSCHER, *Flamen Dialis*, in «Mnemosyne», IV.21, 1968, 215 ss., in particolare 230 ss.; R. DÜLL, *Rechtsprobleme im Bereich des römischen Sakralrechts*, in «ANRW», I.2, 1972, 283 ss.

corda espressamente di aver trovato una edizione dell'opera antica in latino (*noct. Att.* 5, 4, 1-5)³², il che impone di valutare con prudenza le ricorrenze terminologiche relative ai precetti relativi al *flamen Dialis* ricondotte all'opera dell'annalista.

Innanzitutto è da notare come la terminologia dei precetti sacrali esprime con forme diversificate la conformità dei comportamenti da tenere (*religio est* nel divieto di trasportare il flamine a cavallo; *fas numquam est* nel divieto di giuramento del flamine; *fas non est*, in relazione al divieto di portare anelli; *ius non est* rispetto al divieto di portare via fuochi dalla *domus* del flamine; si usa un congiuntivo presente per il taglio di capelli del flamine da parte di un uomo libero; *mos est* in relazione ai divieti relativi alla carne di capra, alla carne cruda, alle fave e all'edera; *oportet* e *fas est* rispetto ai precetti relativi al contatto costante del flamine con la terra e continuato con la *domus*; ecc.).

La varietà di espressioni, pur indicando una idea comune di conformità o meno del comportamento al sistema giuridico religioso romano, non sembra permettere conclusioni stringenti sulle specificità che imponessero tale diversificazione o se essa non sia frutto della complessità della tradizione connessa a tali precetti.

Più significativo quanto, *in fine*, viene detto rispetto al luogo – sembrerebbe l'unico – nel quale il *flamen Dialis* è menzionato nel secondo dei *libri Rerum divinarum* di Varrone (*Gell. noct. Att.* 10, 15, 32).

Is solum album habet galerum, vel quod maximus, vel quod Iovi immolata hostia alba id fieri oporteat.

La qualifica di *maximus* del *flamen Dialis* è coerente alla gerarchia presente in *Fest de verb. sign.* s. v. *ordo sacerdotum* (LINDSAY, 198 e 200)³³.

³² Fondamentale su Quinto Fabio Pittore, A. MOMIGLIANO, *Linee per una valutazione di Fabio Pittore*, in «Rendiconti dell'Accademia dei Lincei. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche», s. VIII, XV, 1960, 310 ss., ora in *Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, I, Roma, 1966, 55 ss.

³³ Al riguardo, in rapporto alla *maiestas*, fondamentale FIORI, *Homo sacer*, cit., 117.

Suggestiva è, poi, la seconda ragione indicata. Si coglie uno stretto collegamento tra l'esclusività del colore bianco del *pilleus* del *flamen Dialis* e il rito sacrificale a *Juppiter*. In particolare, si tratta della *immolatio*, cioè dell'aspersione con la mola salsa dell'animale oggetto di sacrificio (*immolata hostia*)³⁴ al quale, se destinato a *Juppiter*, è preposto appunto il *flamen Dialis*.

Le fonti attestano come, nell'espletamento dell'ufficio sacrificale, al *flamen* fosse imposta una rigidità rituale marcata, tanto da determinare, come ricorda Livio 26, 23, 8, nel caso del *flamen Dialis* Gaio Claudio, la rinuncia al sacerdozio *quod exta perperam dederat flamonio*³⁵.

Si può, quindi, supporre che la previsione di una modalità della *immolatio* presieduta dal *flamen Dialis* in termini di *oportere* evocasse, a differenza di *fas est*, la 'doverosità' di un comportamento del *flamen Dialis* stesso che veniva sentita come congrua per un corretto legame giuridico-religioso con la divinità suprema, con la quale egli – lo dimostrano a tacer d'altro i precetti continuativi di vincolo – era indissolubilmente legato quale *adsiduus sacerdos* (Liv. 1, 20, 1).

5.B. *Oportere e ius sacrum. - Leges Numae sull'uomo folgorato.*

Nel *De verborum significatione* di Festo (LINDSAY, 190) si ricordano due precetti relativi all'uomo ucciso dal fulmine, scritti in *Numae Pompili regis legibus*.

*Si hominem fulminibus occisit, ne supra genua tollito
Homo si fulmine occisus est, ei iusta nulla fieri oportet.*

Il *fulmen* impone, se si abbatte sulla terra, un *piaculum* espiatorio³⁶. Il rito necessita il rispetto rigido di formalità. Ne

³⁴ Sui *genera hostiarum*, Macrob. *Sat.* 3, 5, 1 ricorda la definizione presente nel libro primo *de religionibus* di Trebazio Testa; cfr. sul punto FIORI, *Homo sacer*, cit., 38 ss.

³⁵ MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung*, cit., III, 318.

³⁶ *Scholia in Iuvenalem vetustiora*, 6, 587 (P. Wessner, 1931, 112): *condi fulgura dicuntur, quotienscumque pontifex dispersos ignes in unum redigit et quadam tacita ignorata praece locum adgestionem consecratum*. Cfr. al riguardo R. SCHILLING, *Juppiter Fulgur. À propos de deux lois archaïques*, in *Mélanges de philosophie, de littérature et d'histoire ancienne offerts à P. Boyancé*, Rome, 1974, 681 ss.; C. M. A. RINOLFI, *Livio*, 1, 20, 5-7: *pontefici, sacra, ius sacrum*, in «Diritto@Storia», IV, 2005, in particolare §§ 7-8.

è prova il timore religioso riconosciuto nei confronti del *fulgur sacrum*, tanto da imporre iscrizioni relative ai luoghi colpiti³⁷.

È allo stesso Numa che la tradizione fa risalire l'estensione delle competenze dei pontefici anche agli *iusta funebria* (Liv. 1, 20, 9), oltre ai riti espiatori per i luoghi colpiti da folgori³⁸.

L'uomo folgorato, quindi, doveva porre al diritto pontificale un caso di complessa configurazione, tale da determinare divieti e riti adeguati per l'inumazione³⁹. In questa prospettiva, è significativo che il secondo divieto, rispetto al primo, sembri accentuare il momento 'pubblico' dei *iusta funebria*⁴⁰.

Anche in questo caso, il precetto giuridico religioso sembra avere un destinatario privilegiato nel collegio sacerdotale preposto ai riti funebri, esprimendo il *iusta nulla fieri oportet* una eccezione (quella dell'uomo folgorato) a che non venissero rispettati i doveri propri dei riti funebri imposti da Numa e ai quali lo stesso re aveva preposto l'attività vigile dei pontefici⁴¹.

6. *La struttura 'nascosta' dell'oportere arcaico e sua importanza per l'oportere ex sponsione.*

È ora possibile cercare di tirare le somme del discorso svolto. L'*oportere* era sentito in diverse sfere del *ius* predecemvirale quale schema giuridico-religioso idoneo ad esprimere un'idea di 'doverosità'. Di fronte alla necessità di vestire con

³⁷ *Schol. ad Lucan. Phars.* 1, 607: *colligitur enim fulmen et conditur: est autem in iisdem locis ubi F.S.C. videris scriptum*; cfr. MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung*, cit., III, 252 e n. 6.

³⁸ Sul punto, si vd. ora RINOLFI, *Livio*, 1, 20, 5-7, cit., §§ 7-8.

³⁹ Sull'antichità dell'inumazione in Roma, vd. G. FRANCIOSI, *Sepolcri e riti di sepoltura delle antiche gentes*, in *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, I, Napoli, 1984, 35 ss. Il cadavere andava inumato nel luogo ove era stato colpito dal fulmine; così [Quint.] *Decl. min.* 274, su cui FIORI, *Homo sacer*, cit., 230-231 e n. 245.

⁴⁰ Per una stratificazione temporale della redazione di una stessa *lex Numae*, fondamentale, S. TONDO, *Introduzione alle leges regiae*, in «SDHI», XXXVII, 1971, 1 ss., in particolare 54 ss.; ID., *Leges regiae e paricidas*, Firenze, 1973; A. GUARINO, *Fulminibus occisum*, in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 64 ss. ipotizza un'unica redazione originaria di cui i due precetti menzionati da Festo e ricondotti alle *leges Numae Pompili* non sarebbero che attestazioni successive formulate in modo diverso.

⁴¹ Sui precetti giuridico-religiosi in materia di inumazione, sul rispetto dei quali vigilano i pontefici, vd. Varr. *de ling. Lat.* 5, 23.

una forma giuridica idonea un impegno teso ad essere proietato nel futuro, che non potesse risolversi in un effetto giuridico immediato – come accadeva nei *gesta per aes et libram* di questo periodo – i pontefici plasmarono l'impegnatività della *sponsio* tra due *patres familias* in termini di *oportere*.

A differenza dei diversi modelli potestativi che venivano concentrati nella forma unitaria del *meum esse ex iure Quiritium*, l'*oportere ex sponsione* salvaguardava la piena conservazione degli *status libertatis, civitatis e familiae* dello *sponsor* rispetto allo stipulante. Altresì lo schema, per come è concepito nelle XII Tavole, non espone lo *sponsor* ad una esecuzione immediata sulla sua *persona* in caso di mancato rispetto di quanto promesso. Non si tratterebbe, quindi, come nel *iudicatus*, nel *damnatus* e forse nel *nexus*, di una struttura in cui la 'responsabilità' è l'unica protagonista a fronte di un onere del 'debitore'. La condotta promessa con *sponsio* è sentita come dovuta, tanto che se lo *sponsor* non adempie spontaneamente, lo stipulante afferma nella *iudicis postulatio: ex sponsione te mihi centum sestertiorum dare oportere aio*. È una struttura innovativa, che pone l'*actioe teneri* su un piano di riconoscimento di un comportamento dovuto non adempiuto. In caso di condanna dello *sponsor* da parte del *iudex*, la sua posizione giuridica cambia, diventando *iudicatus* e quindi soggetto direttamente ad una *manus iniectio* qualora non adempia entro 30 *dies iusti*, secondo quanto stabiliscono le XII Tavole.

Non vi è né uno sviluppo lineare, né una evoluzione da un vincolo materiale ad un vincolo giuridico, ma al contrario l'emersione di uno schema giuridico nuovo che inizialmente si affianca e per alcuni secoli convive con schemi giuridici diversi, nei quali, invece, fa fatica ad emergere l'idea della 'doverosità' del comportamento rispetto alla responsabilità della *persona*.

È, però, uno schema, quello dell'*oportere ex sponsione*, che ha dalla sua il futuro, perché strutturalmente veicola una idea di eguaglianza giuridica delle parti nel tempo, pur a fronte di un dovere ad una prestazione di una di esse. La forza di tensione nel tempo indotta dall'*oportere* è diretta a 'plasmare' il futuro giuridico in una determinata direzione senza incidere direttamente, sul piano dei 'poteri', sulla *persona* del debitore.