

PUBBLICAZIONI
DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO ROMANO, STORIA E TEORIA DEL DIRITTO «F. DE MARTINO»
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI «FEDERICO II»

XXXVI

QUID EST VERITAS?

UN SEMINARIO SU VERITÀ E FORME GIURIDICHE

a cura di

COSIMO CASCIONE CARLA MASI DORIA



SATURA EDITRICE

NAPOLI 2013

Direttore della Collana: CARLA MASI DORIA

COMITATO SCIENTIFICO

SEZIONE: DIRITTO ROMANO

Francesco Amarelli - Cosimo Cascione - Lucio De Giovanni - Jean-François
Gerken - Vincenzo Giuffrè - Settimio di Salvo - Carla Masi Doria - Antonio Palma -
Francesca Reduzzi Merola - Martin Schermaier.

Opera accolta nella collana il 27.2.2012 su proposta
di Carla Masi Doria
e finanziata con un contributo
del Polo delle Scienze Umane e Sociali
dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

In redazione: Valeria Di Nisio, Alessandro Manni

DIRITTI DI AUTORE RISERVATI – COPYRIGHT 2013 SATURA EDITRICE S.R.L.
Via G. Gigante, 204 - 80128 – Napoli tel. 081 5788625 - fax 081 5783097
e-mail: saturaeditrice@tin.it – sito web: www.saturaeditrice.it
ISBN 978-88-7607-136-2

INDICE SOMMARIO

<i>Avvertenza dei curatori</i>	VII
CARLA MASI DORIA <i>Linee per una storia della 'veritas' nell'esperienza giuridica romana.</i> I. <i>Dalle basi culturali al diritto classico</i>	1
COSIMO CASCIONE <i>Linee per una storia della 'veritas' nell'esperienza giuridica romana.</i> II. <i>Diritto tardoantico</i>	65
ROBERTO FIORI <i>La gerarchia come criterio di verità: 'boni' e 'mali' nel processo romano arcaico</i>	169
JOHANNES PLATSCHEK <i>'Contra fidem veritatis'. Documenti greci nella prospettiva romana con un excursus sui 'nomina arcaria' negli archivi campani</i>	251
MASSIMO MIGLIETTA <i>'Est vir qui adest'</i>	277
TOMASZ GIARO <i>Verità fattuale e verità normativa nell'argomentazione dei giuristi romani</i>	359
ANDREAS WACKE <i>'Res iudicata pro veritate accipitur'? Le finalità della procedura civile romana fra principio dispositivo e principio inquisitorio</i>	381

NATALE RAMPAZZO	
<i>Vero e falso nel diritto pubblico romano</i>	423
GIUSEPPE FALCONE	
<i>La 'veritas' delle 'leges': C. 7.62.39.2a; cost. 'Tanta' §§ 10 e 12</i>	451
FRANCESCO VIOLA	
<i>Il diritto tra arte ed etica</i>	459
GIOVANNI MARINO	
<i>Arianna, il filo, il labirinto. Divagazioni su diritto, verità, tempo</i>	483

LA GERARCHIA COME CRITERIO DI VERITÀ: 'BONI' E 'MALI' NEL PROCESSO ROMANO ARCAICO

ROBERTO FIORI

(Università degli Studi di Roma Tor Vergata)

1. *Una regola e tre processi.* — Nelle *Noctes Atticae*, Aulo Gellio ci fornisce una preziosa testimonianza circa le difficoltà che poteva incontrare un *iudex privatus*¹ in un processo *per formulas*².

Nominato giudice, egli stesso si era trovato nella difficile situazione di dover valutare la pretesa di un attore il quale asseriva di essere creditore, nei confronti del convenuto, di una somma di denaro, ma non aveva mezzi di prova – né *tabulae* né *testes* – e forniva argomenti molto esili³.

Il convenuto e i suoi numerosi patroni chiedevano che fossero esibite le prove in questi casi consuete: annotazioni sul *codex accepti et expensi*, registri contabili delle banche, documenti sottoscritti dal debitore o da entrambe le parti, testimoni; e chiedevano che il convenuto fosse assolto e l'attore condannato per calunnia⁴. Lo stesso ripetevano gli *amici* di Gel-

¹ Sul punto cfr. P. DE FRANCISCI, *La prova giudiziale (a proposito di Gellio, N. A. 14, 2)*, in *Helikon* 1/4 (1961) 594, anche in relazione a Gell. 12.13.1 (altro caso in cui Gellio viene nominato *iudex*, ma *extra ordinem*).

² Così G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo romano per formulas*, in *RIDA*. 3 (1956) 413 [= *Scritti giuridici scelti I. Diritto romano* (Napoli 1985) 243].

³ Gell. 14.2.4: *petebatur apud me pecunia, quae dicebatur data numerataque; sed qui petebat, neque tabulis neque testibus id factum docebat et argumentis admodum exilibus nitebatur*.

⁴ Gell. 14.2.7-8: *is tamen cum suis multis patronis clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis: expensi latione, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione; 8. ex quibus omnibus si nulla re probaretur, dimitti iam se oportere et adversarium de calumnia*

lio che egli aveva convocato come *consilium iudicis*: persone esperte e celebri per la loro attività nel foro⁵.

Tuttavia l'attore era un *vir bonus* che godeva di una nota e verificata affidabilità (*fides*), la cui vita era senza macchia e costellata di comportamenti corretti e sinceri; mentre il convenuto era uno spiantato che conduceva una vita turpe e sordida, spesso accusato di dire il falso e aduso a violazioni della *fides*.

Gell. 14.2.5-6: sed eum constabat virum esse firme bonum notaeque et expertae fidei et vitae inculpatissimae, multaque et industria exempla probitatis sinceritatisque eius expromebantur; 6. illum autem, unde petebatur, hominem esse non bonae rei vitaeque turpi et sordida convictumque volgo in mendaciis plenumque esse perfidiarum et fraudum ostendebatur.

Di tutto ciò i *patroni* del convenuto si rendevano conto, ma affermavano che la questione riguardava la restituzione di una somma dinanzi a un *iudex privatus*: non era un giudizio censorio, e perciò la vita e i comportamenti delle parti non potevano rilevare⁶:

Gell. 14.2.8. ... Quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus.

Gellio non riesce a decidersi, e dispone un rinvio.

Volendo assolvere con scrupolo il proprio compito, nella carenza di insegnanti di diritto (*magistri*)⁷, si rivolge a libri

damnari ... Per l'interpretazione dei mezzi di prova cfr. DE FRANCISCI, *La prova giudiziale* cit. (nt. 1) 597 s.

⁵ Gell. 14.2.9: *tunc ibi amici mei, quos rogaveram in consilium, viri exercitati atque in patrociniis et in operis fori celebres semperque se circumundique distrahentibus causis festinantes, non sedendum diutius ac nihil esse dubium dicebant, quin absolvendus foret, quem accepisse pecuniam nulla probatione sollemni docebatur.*

⁶ Gell. 14.2.7-8, riportato *supra* nt. 4.

⁷ Sulla carenza di insegnanti di diritto in quest'epoca cfr. per tutti, con specifico riferimento alla dichiarazione di Gellio, DE FRANCISCI, *La prova giudiziale* cit.

scritti in latino e greco sull'*officium iudicis* – soffermandosi in particolare sulle regole di procedura fissate dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum* e trattate dai *commentarii* di Sabino e di altri giuristi⁸ – ma non vi trova quei principi generali che egli ritiene possano aiutare il giudice a regolarsi nei casi difficili⁹.

Allora, per ottenere un consiglio, si rivolge al filosofo Favorino, che in quel periodo frequentava molto¹⁰, e gli espone le sue preoccupazioni.

Favorino rileva che il problema dell'*officium iudicis* è complesso, e non può essere trattato nella sua interezza in breve tempo. Pertanto fornisce a Gellio alcuni esempi, ma rinvia la discussione a un momento in cui non vi sarà urgenza, facendo anche riferimento all'opera *de officio iudicis* di Q. Elio Tubero¹¹. Rispetto invece alla questione sottoposta al giudizio di Gellio, il filosofo suggerisce di seguire il consiglio di M. Cato-

(nt. 1) 595; sul problema dei testi ricercati da Gellio, cfr. D. NÖRR, *L'esperienza giuridica di Gellio (noctes Atticae XIV, 2)*, in *Filellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'impero* (Atti Roma 1995) (Roma 1996) 36 ss.

⁸ Gell. 14.2.1: *quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia quae appellantur privata susciperem, libros utriusque linguae de officio iudicis scriptos acquisivi, ut homo adulescens a poetarum fabulis et a rhetorum epilogis ad iudicandas lites vocatus rem iudicariam, quoniam vocis, ut dicitur, vitae penuria erat, ex mutis, quod aiunt, magistris cognoscerem. atque in dierum quidem diffisionibus conperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperorum commentariis commoniti et adminiculati sumus.*

⁹ Gell. 14.2.2-3: *in his autem, quae existere solent, negotiorum ambagibus et in ancipiti rationum diversarum circumstantia nihil quicquam nos huiusmodi libri iuverunt. 3. Nam etsi consilia iudicibus ex praesentium causarum statu capienda sunt, generalia tamen quaedam praemonita et praecepta sunt, quibus ante causam praemuniri iudex praepararique ad incertos casus futurarum difficultatum debeat, sicut illa mihi tunc accidit inexplicabilis reperiendae sententiae ambiguitas.*

¹⁰ Gell. 14.2.10-11: *sed enim ego homines cum considerabam, alterum fidei, alterum probri plenum spurcissimaeque vitae ac defamatissimae, nequaquam adduci potui ad absolvendum. 11. Iussi igitur diem diffindi atque inde a subselliis pergo ire ad Favorinum philosophum, quem in eo tempore Romae plurimum sectabar, atque ei de causa ac de hominibus quae apud me dicta fuerant, uti res erat, narro omnia ac peto, ut et ipsum illud, in quo haerebam, et cetera etiam, quae observanda mihi forent in officio iudicis, faceret me, ut earum rerum essem prudentior.*

¹¹ Gell. 14.2.12-20. Su Tubero e la sua opera, con specifico riferimento al passo, cfr. DE FRANCISCI, *La prova giudiziale* cit. (nt. 1) 600 ss.

ne che, nella *pro L. Turio contra Cn. Gellium*, ricorda una regola processuale seguita dai *maiores* nei giudizi in cui le pretese dell'attore fossero sfornite di prova. In questo caso, afferma Catone, in assenza di *tabulae* e di *testes*, prima di *credere* al convenuto e *iudicare secundum eum*, occorre chiedersi se le parti fossero *boni* o *mali*: solo quando questa verifica andasse a favore del convenuto o le parti fossero *pares* si sarebbe potuto procedere all'assoluzione:

Cat. or. fr. 206 Malcovati = Gell. 14.2.26: atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi, unde petitur, ei potius credendum esse.

Nella sua orazione, Catone aggiungeva che, se Gneo Gellio avesse fatto con Lucio Turio una *sponsio* condizionata all'essere il primo *vir melior* del secondo, nessuno sarebbe stato così folle da giudicare Gellio *melior* rispetto a Turio. E che perciò occorre, anche in assenza di *sponsio*, dare credito al convenuto:

Cat. or. fr. 206 Malcovati = Gell. 14.2.26: '... nunc si sponzionem fecisset Gellius cum Turio, ni vir melior esset Gellius quam Turius, nemo, opinor, tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium: si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi, unde petitur'.

Poiché anche nella causa sottoposta a Gellio non vi sono testi, ma l'attore è *optimus* e il convenuto *deterimus*, Favorino consiglia di seguire la regola, attribuendo credito (*credas*) all'attore e condannando il convenuto, perché i litiganti non sono *pares* e il primo è *melior*¹².

¹² Gell. 14.2.21-23: *quod autem ad pecuniam pertinet, quam apud iudicem peti dixisti, suadeo hercle tibi, utare M. Catonis, prudentissimi viri, consilio, qui in oratione, quam pro L. Turio contra Cn. Gellium dixit, ita esse a maioribus traditum observatumque ait, ut si, quod inter duos actum est, neque tabulis neque testibus planum fieri possit, tum apud iudicem, qui de ea re cognosceret, uter ex his vir melior*

Tuttavia, nonostante il suggerimento di Favorino, Gellio rinuncia ad impiegare il criterio. Un giudizio basato sui *mores*, afferma, sarebbe analogo¹³ a quello compiuto dai censori, ossia da magistrati che avevano raggiunto l'ultimo gradino del *cursus honorum*, cui si accedeva dopo il consolato, che in età repubblicana non era ammesso prima dei quarantatré anni e in età augustea (forse) prima dei trentatré¹⁴. Compiere un simile giudizio non appare a Gellio conveniente alla sua età – alla data della pubblicazione delle *Noctes Atticae* egli aveva forse circa quarant'anni¹⁵, ma l'episodio si è verificato quando era ancora *adulescens*¹⁶ – e alla sua condizione. Pertanto Gellio pronuncia il giuramento '*sibi non liquere*', con il quale il giudice romano poteva liberarsi dal dovere di emettere la sentenza¹⁷.

La scelta di Gellio non è un caso isolato. Nel *de officiis*, Cicerone ricorda che C. Flavio Fimbria, ex-console del 104

esset, quaereretur et, si pares essent seu boni pariter seu mali, tum illi, unde petitur, crederetur ac secundum eum iudicaretur. 22. In hac autem causa, de qua tu ambigis, optimus est qui petit, unde petitur deterrimus, et res est inter duos acta sine testibus. 23. Eas igitur et credas et qui petit, condemnesque eum de quo petitur? quoniam, sicuti dicis, duo pares non sunt et qui petit melior est.

¹³ Riterrei che solo di analogia si possa parlare: al contrario, mi sembrerebbe che DE FRANCISCI, *La prova giudiziale* cit. (nt. 1) 603, tenda a spiegare il rifiuto di giudicare di Gellio come un problema di incompetenza del *iudex privatus* (competenza che invece c'era, come testimonia il frammento di Catone).

¹⁴ Mi limito a rinviare a TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* I³ (Berlin 1887) 568 e 574.

¹⁵ Gellio era nato intorno al 130 d.C., e l'opera dovette essere pubblicata intorno al 170 d.C. (M. VON ALBRECHT, *Geschichte der römischen Literatur*² [Bern-München 1994] = *Storia della letteratura latina* [Torino 1996] 1499).

¹⁶ Ipotizza un Gellio «probabilmente venticinquenne» NÖRR, *L'esperienza giuridica di Gellio* cit. (nt. 7) 34. Sul problema della datazione del processo cfr. anche T.A.J. MCGINN, *Communication and the capability problem in Roman law: Aulus Gellius as iudex and the jurists on child-custody*, in *RIDA*. 57 (2010) 278 nt. 49.

¹⁷ Gell. 14.2.24-25: *hoc quidem mihi, tum Favorinus, ut virum philosophum decuit, suasit. 25. Sed maius ego altiusque id esse existimavi, quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer; ut absolverem tamen, inducere in animum non quivi et propterea iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum.* Su questo giuramento cfr. per tutti G. PUGLIESE, *Il processo civile romano I. Le legis actiones* (Roma 1962) 422 s.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² (München 1996) 121 e nt. 3, 370 e nt. 3, con bibliografia.

a.C.¹⁸, era stato scelto come *iudex unus* in un processo privato¹⁹ per decidere in ordine a una *sponsio* pronunciata da M. Lutazio Pinzia, un cavaliere romano del tutto onesto, e formulata con le parole ‘*ni vir bonus esset*’. Fimbria, come più tardi Gellio, rifiuta di giudicare. Egli, ex-console, ben avrebbe potuto effettuare un giudizio analogo a quello dei censori – e forse non è casuale che Cicerone precisi il suo rango – ma non vuole decidere per non spogliare della fama un uomo stimato, in caso di un giudizio negativo, o per non dover asserire in positivo che qualcuno fosse un *vir bonus*, posto che una simile qualità contiene innumerevoli doveri e lodi:

Cic. *off.* 3.77: C. Fimbriam consularem audiebam de patre nostro puer iudicem M. Lutatio Pinthiae fuisse, equiti Romano sane honesto, cum is sponsionem fecisset ni vir bonus esset. Itaque ei dixisse Fimbriam se illam rem numquam iudicaturum, ne aut spoliaret fama probatum hominem, si contra iudicavisset, aut statuisse videretur virum bonum esse aliquem, cum ea res innumerabilibus officiis et laudibus contineretur²⁰.

Le fonti relative a questi tre processi ci mostrano la persistenza di una regola molto antica, e la sua differente percezione nel tempo. Il senso della regola non è tuttavia di immediata evidenza. Per comprenderne il significato e la storia è necessa-

¹⁸ FR. MÜNZER, s.v. «*Flavius* (87)», in *PWRE*. VI (Stuttgart 1909) 2598 ss.; T.R.S. BROUGHTON, *The magistrates of the Roman republic* I (New York 1959) 558.

¹⁹ L'essere egli *iudex unus* depone per la natura privata del processo: B. ALBANESE, *La sponsio processuale sulla qualifica di vir bonus*, in *SDHI*. 60 (1994) 151.

²⁰ L'episodio è riportato – verisimilmente attingendo da Cicerone (ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. [nt. 19] 152) – anche da Valerio Massimo, il quale però compie diversi errori, sbagliando il *praenomen* di Fimbria e soprattutto il contenuto della *sponsio*, che nel suo resoconto, invece di essere una promessa condizionata all'essere *vir bonus*, diviene una affermazione del possedere tale qualità (ALBANESE, *op. cit.* 152 nt. 41): Val. Max. 7.2.4: *quid illud factum L. Fimbriae consularis, quam sapiens. M. Lutatio Pinthiae splendido equiti Romano iudex addictus de sponsione, quam is cum adversario, quod vir bonus esset, fecerat, numquam id iudicium pronuntiatione sua finire voluit, ne aut probatum virum, si contra eum iudicasset, fama spoliaret aut iuraret virum bonum esse, cum ea res innumerabilibus laudibus contineretur.*

rio, preliminarmente, tentare di chiarire le condizioni processuali entro cui essa operava nei diversi *iudicia*.

2. I dati di diritto processuale emergenti dalle testimonianze.

2.1. *La regola dei maiores*. — È abbastanza sicuro che la regola operasse nel processo privato: lo dimostra sia l'uso del verbo *petere*²¹, sia il fatto che il principio fosse richiamato a proposito dei successivi processi privati di Gellio e Catone.

È invece difficile determinarne con certezza la risalenza, dato il generico riferimento di Catone ai *maiores*. Abbiamo alcuni indizi. In primo luogo, poiché il processo di Catone non può essere più tardo della prima metà del II secolo a.C.²², è ragionevole pensare che la regola, per essere attribuita ai *maiores*, sia da collocare almeno al III secolo a.C.²³. In secondo luogo, il fatto che non si compia un generico riferimento all'assenza di prove, bensì uno specifico richiamo ai soli *testes*²⁴, induce a ipotizzare che la regola dovesse operare in un contesto processuale nel quale il ricorso a prove documentali era assente, o almeno non tanto rilevante da giustificarne un'espressa menzione²⁵. E

²¹ ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. (nt. 19) 137.

²² Le probabili date della vita di Catone sono 234-149 a.C.

²³ Così, esattamente, ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. (nt. 19) 144, seguito da G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana (a proposito di Cato, or. frg. 186 Sblend. = 206 Malc.)*, in *AUPA*. 54 (2011) 58 e nt. 4.

²⁴ Il rilievo è ancora di ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. (nt. 19) 145 nt. 26, seguito da FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus'* cit. (nt. 23) 58 e nt. 4.

²⁵ Così anche ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. (nt. 19) 145; non mi sembra però possa seguirsi questo studioso allorché rileva un contrasto con quanto affermato da Favorino in relazione al processo che vedeva Gellio quale *iudex*, allorché si parla di *testes* e *tabulae* (ALBANESE, *op. cit.* 145 nt. 26): a mio avviso, è probabile che queste *tabulae* non siano strumenti probatori diversi dalla testimonianza, bensì documenti in cui erano versate le testimonianze rese in sede stragiudiziale (così anche KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² cit. [nt. 17] 369 nt. 67; sulle *tabulae* cfr. G. PUGLIESE, *La preuve dans le procès romain de l'époque classique*, in *La preuve* [Bruxelles 1964] 277 ss. [= *Scritti giuridici scelti I. Diritto romano* (Napoli 1985) 377]).

questo rilievo, mi sembra, indirizza verso un'epoca ancora più risalente, nella quale non era diffuso l'uso della scrittura nella prassi negoziale. Queste considerazioni rendono verisimile l'ipotesi che la regola dei *maiores* non sia nata nel processo formulare – che, a meno di non pensare a una fase originaria nella quale al posto della *formula* era impiegata una «Spruchformel»²⁶, presupponeva una alfabetizzazione diffusa e un uso quotidiano della scrittura – bensì nel processo *per legis actiones*²⁷. Per le medesime ragioni di datazione, escluderei che il principio sia nato in relazione alla *legis actio* introdotta per ultima, tra la fine del III e l'inizio del II secolo a.C., ossia alla *condictio*²⁸: esso deve essere più antico e – considerando che il verbo *petere* può riferirsi tanto ad *actiones in rem* che ad *actiones in personam*²⁹, e che l'espressione *alter ab altero* può indicare anche una reciprocità di richieste – è possibile, oltre che logico, che esso fosse valido per ogni genere di *legis actio* dichiarativa, *in rem* e *in personam*. Né contro questa possibilità vale l'inciso *quod duo res gessissent*, che può riferirsi anche a un negozio di trasferimento della proprietà.

²⁶ Sull'ipotesi di una fase storica inizialmente orale del processo formulare cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Sulla scrittura della formula nel processo romano*, in *PP.* (1948, Fasc. fuori commercio per nozze Pugliese-Liguori) = *Iura* 1 (1950) [= *Scritti di diritto romano* IV (Napoli 1977) 135 ss.]; F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della litis contestatio nel processo formulare*, in *Studi in memoria di E. Albertario I* (Milano 1953) 71 e nt. 5 (con bibliografia). L'ipotesi era accolta anche da M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Göttingen 1949) 292 ss., successivamente mostratosi più cauto (ID., *Das römische Zivilprozessrecht* [München 1966] 113 s.; cfr. KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² cit. [nt. 17] 158 s.).

²⁷ Il dato parrebbe essere scontato per H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* (Paris 1960) 218; C.ST. TOMULESCU, *An aristocratic Roman interpretation at Aulus Gellius*, in *RIDA.* 17 (1970) 315, e KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² cit. (nt. 17) 118 nt. 29.

²⁸ PUGLIESE, *Il processo civile romano* I cit. (nt. 17) 411, ipotizza che il processo di Catone fosse una *legis actio per conductionem*, e sembra ritenere che anche la regola dei *maiores* si riferisse a una *condictio*. Cfr. anche F. DE SARLO, *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. Spunti di storia e dogmatica sulla regola in diritto romano*, in *AG.* 114 (1935) 187, che pensa a una qualunque *legis actio* dichiarativa.

²⁹ ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. (nt. 19) 137.

Parrebbe inoltre possa desumersi, dal tenore letterale della testimonianza, che l'applicazione della regola non dipendesse dall'iniziativa delle parti, ma potesse essere compiuta d'ufficio dal giudice.

La frase *si ambo pares essent, sive boni sive mali essent* («se siano pari, o *boni* oppure *mali*») induce poi a ritenere che la valutazione del giudice potesse essere graduata in modo alquanto articolato. Poteva infatti verificarsi: (i) che entrambi i litiganti fossero *boni*, ma l'uno *melior* dell'altro; (ii) che entrambi fossero *boni*, e in ciò *pares*; (iii) che l'uno fosse *bonus* e l'altro *malus*; (iv) che entrambi fossero *mali*, ma l'uno *melior* dell'altro; (v) che entrambi fossero *mali*, e in ciò *pares*. La verifica del *iudex* sembrerebbe perciò strutturata in due fasi: dapprima, egli doveva verificare se i litiganti fossero *boni* o *mali*; poi, se fossero *pares* nell'essere entrambi *boni* o *mali*, oppure se vi fosse tra loro una gradazione anche all'interno di queste due categorie. In altre parole, sembrerebbe che il giudice non dovesse limitarsi ad affermare che una parte era 'migliore' dell'altra, ma che alla comparazione tra i litiganti dovesse accompagnarsi una attestazione del loro essere *boni* o *mali*. È chiaro che un simile accertamento non doveva avere come esito una dichiarazione formale della condizione di *boni* o di *mali*, ma è altrettanto chiaro che la decisione sul *sacramentum*, così come fissava nel *ius* la pretesa che aveva portato le parti in giudizio pur non pronunciando direttamente su di essa, allo stesso modo avrebbe implicitamente fissato la qualificazione del soggetto.

2.2. *Il processo di Catone (prima metà del II secolo a.C.).*
— A giudicare dal tenore del passo, all'epoca di Catone la regola funzionava diversamente. In primo luogo, il giudizio non prevedeva più una qualificazione 'assoluta' dei litiganti come *boni* o *mali*, ma solo 'relativa' sull'essere una parte *vir melior* dell'altra.

La pronuncia sulla qualifica delle parti appare poi non essere disposta d'ufficio dal giudice – lo mostra il congiuntivo

iudicaret – bensì indotta dall’iniziativa di una parte, sembrando necessaria una *sponsio* in merito.

Anche la *sponsio* pone una serie di problemi³⁰. Il primo è chi fosse, tra le parti, il soggetto promittente: nel processo di Catone, Turio viene indicato come convenuto (*unde petitur*) e Gellio come attore, e a me sembra sia stato efficacemente dimostrato che nella fattispecie la *sponsio* (qualora fosse stata effettivamente impiegata) sarebbe stata pronunciata da Gellio³¹. Non mi sembra invece necessario pensare che l’attore fosse a ciò indotto da un ordine del magistrato titolare di *iurisdictio*, nell’interesse del convenuto³²: posto che la *sponsio* (e il relativo giudizio sulla qualifica di *vir bonus*) è puramente eventuale³³ – e nel caso specifico non è stata pronunciata – ciò significa che all’epoca di Catone il giudice era in condizione di decidere, in assenza di prove, anche senza un simile giudizio; e allora diviene estremamente probabile che già all’epoca di Catone si applicasse la regola ‘moderna’ ricordata da Gellio secondo cui in assenza di elementi di prova il convenuto doveva essere assolto senza alcuna valutazione sulla condizione delle parti. Se si ammette tutto ciò, diviene estremamente improbabile che il convenuto avesse interesse a pronunciare la *sponsio*: l’interesse era tutto dell’attore che, ritenendo di essere *vir melior* e non disponendo di prove, cercava di far pesare la propria condizione in comparazione con quella del convenuto. D’altronde, se si ritenesse che fosse cura del convenuto far pronunciare la *sponsio* all’attore, occorrerebbe concludere che l’argomento di Catone rischiava di essere controproducente, in quanto il giudice avrebbe potuto valutare negativamente l’inerzia processuale di Turio³⁴. Al contrario, nell’interpretazione che qui si propone, la

³⁰ Su di essi è fondamentale ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. (nt. 19) 135 ss.

³¹ ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. (nt. 19) 138 ss.

³² Così invece ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. (nt. 19) 149.

³³ Cfr. in questo senso anche A. RUELLE, *Aulu-Gelle sur les bancs des juges et la sponsio ‘ni vir melior esset’ de Caton: enquête sur un silence*, in *Libellus ad Thomasiolum. Essays Ph.J. Thomas* (Pretoria 2010) 368.

³⁴ Deve riconoscerlo lo stesso ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. (nt. 19) 150, la cui interpretazione impone di pensare ad una certa «audacia» della tesi difen-

difesa di Catone appare attenta ed efficace: egli rileva che Gellio, contro il suo interesse, non ha pronunciato la *sponsio*, benché questa gli permettesse in astratto di preconstituirsì una posizione di vantaggio, e che non lo ha fatto perché Turio è *melior* di lui. In tal modo Catone ricorda al giudice che Turio è una persona maggiormente affidabile di Gellio, e allo stesso tempo sottolinea l'assenza di prove a carico del suo assistito.

Un ulteriore problema riguarda l'oggetto della promessa: si trattava del pagamento di una somma simbolica, come nel caso delle *sponsiones praeiudiciales* di Gai. 4.93 ss., oppure era prevista una vera *poena* a carico del promittente, come nei casi di cui parla Gai. 4.162 ss.³⁵? Si è ritenuto che la funzione della *sponsio* fosse «essenzialmente probatoria», e che con questa funzione si accordi meglio un pagamento simbolico³⁶. Tuttavia, a ben vedere, la *sponsio* mirava a ottenere un giudizio che non costituiva una 'prova' in senso proprio, ma la determinazione di una condizione di affidabilità del soggetto, solo in parte mitigata dalla circostanza che ciò che si chiedeva al giudice non era di valutare se egli fosse in assoluto *bonus*, quanto piuttosto se egli fosse *melior* relativamente alla controparte. Questa peculiarità rendeva il giudizio estremamente grave perché incideva sulla *fama*, essendo per certi versi analogo a un giudizio censorio (che però era 'assoluto'). Per quanto non sia possibile giungere a risultati certi, non mi parrebbe dunque da escludere che la *sponsio* prevedesse una vera *poena* con funzioni di deterrenza rispetto a un uso avventato della richiesta di accertamento.

Non abbiamo elementi neanche per capire se il processo di Catone fosse *per legis actiones*³⁷ o formulare: a ben vedere, una

siva di Catone, per quanto forse mitigata dalla notorietà dell'essere Turio *vir bonus*: «l'organo giudicante avrebbe potuto valutare come circostanza sfavorevole a Turio proprio il fatto che egli non aveva curato, *in iure*, la realizzazione della *sponsio* ipotizzata».

³⁵ L'alternativa è posta da ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. (nt. 19) 149 e nt. 34.

³⁶ ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. (nt. 19) 149 e nt. 34.

³⁷ Come ad es. pensano DE SARLO, *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* cit. (nt. 28) 187 (che ammette una qualunque *legis actio* dichiarativa), e PUGLIE-

sponsio quale quella ipotizzata poteva essere impiegata in entrambi³⁸.

2.3. *Il processo di Fimbria (fine del II o inizio I secolo a.C.)*³⁹. — La testimonianza di Cicerone sul processo di Fimbria pone essenzialmente due problemi.

In primo luogo, in questo processo la formulazione della *sponsio* era diversa da quella ricordata da Catone: lì si chiedeva al giudice di effettuare un giudizio ‘relativo’ sulla condizione delle parti, decidendo se il promittente-attore fosse o meno *melior* del promissario-convenuto; qui si chiede invece al giudice di effettuare un giudizio ‘assoluto’ – per certi versi simile a quello richiesto al giudice arcaico – sull’essere il promittente-attore *vir bonus*. Le ragioni di una simile formulazione della domanda potrebbero essere state diverse. La prima, e più semplice, è che non vi fosse ancora un processo ‘principale’, e dunque un avversario con cui compararsi: Pinzia, futuro attore, avrebbe perciò chiesto una pronuncia sull’essere egli *vir bonus* in vista dell’esercizio dell’azione, sapendo di non avere elementi di prova. Una simile dichiarazione, naturalmente, avrebbe avuto valore solo qualora il futuro convenuto fosse stato notoriamente *malus*⁴⁰: qualora infatti anch’egli fosse stato *bonus*, la decisione del giudice sulla *sponsio* non avrebbe avuto alcuna utilità, perché si sarebbe dovuto ulteriormente stabilire se l’attore fosse *melior* del convenuto. Meno probabile è che Pinzia fosse

SE, *Il processo civile romano* I cit. (nt. 17) 411 (che ipotizza una *legis actio per conditionem*; cfr. anche *ibidem* 414). Occorre rilevare che, almeno per quanto riguarda il De Sarlo, l’ipotesi discende dall’errato presupposto che la *lex Aebutia* abbia introdotto il processo formulare, e dal collegamento tra l’ipotetica datazione di quest’ultima e la morte di Catone (cfr. *ibidem* 186 nt. 3).

³⁸ Così anche FALCONE, *L’attribuzione della qualifica ‘vir bonus’* cit. (nt. 23) 57 nt. 1.

³⁹ Fimbria doveva essere già morto nel 91 a.C.: cfr. Cic. *de or.* 2.91, su cui MÜNZER, s.v. «*Flavius* (87)» cit. (nt. 18) 2599.

⁴⁰ È questa l’ipotesi, nel suo pensiero residuale rispetto a quella che considera Pinzia convenuto (cfr. *infra* nt. seg.), di ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. (nt. 19) 151 s.

convenuto in un processo⁴¹, perché in tal caso una dichiarazione dell'essere egli *vir bonus* non avrebbe avuto una grande utilità: in assenza di prove da parte dell'attore, egli sarebbe stato assolto comunque.

La seconda questione rilevante è la reazione di Fimbria, che non solo è del tutto diversa da quella del giudice arcaico, ma viene interpretata dalla società – Cicerone ricorda che l'episodio gli era stato raccontato da suo padre, dunque è da presumere che fosse divenuto in certo senso proverbiale – in senso positivo, come esempio di *prudentia*.

2.4. *Il processo di Gellio (metà del II secolo d.C.)*. — Il processo di Gellio è anch'esso privato, e non pone particolari problemi in relazione alla nostra regola, se non dimostrarne il quasi completo oblio.

È evidente che tra l'età arcaica e la tarda repubblica è intervenuto un capovolgimento di valori. Ma, in fondo, il comportamento di Fimbria e di Gellio è per noi maggiormente comprensibile. Più oscura è la regola dei *maiores* evocata da Catone, ed è su questa che converrà concentrarci. Per comprenderne il senso credo sia innanzi tutto necessario tentare di chiarire meglio il valore degli attributi di *bonus* e *malus*.

3. Bonus, malus.

3.1. *Bonus vir e boni nella tarda repubblica*. — È abbastanza paradossale che l'immagine del *vir bonus* che per prima si presenta alla mente dell'interprete moderno sia quella offerta dal *de officiis* di Cicerone⁴². È paradossale perché in quest'ope-

⁴¹ Come propone ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. (nt. 19) 151, in coerenza con la sua lettura della *sponsio* come atto favorevole al convenuto.

⁴² Per quanto segue cfr. più diffusamente R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone* (Napoli 2011) 74 ss. (καλοχάγια), 108 ss. (*bonus vir* nella cultura romana arcaica), 125 ss. (*bonus vir* nel *de officiis*).

ra Cicerone tenta un'operazione alquanto innovativa e isolata, utilizzando la figura del *vir bonus* propria della tradizione romana per adattare al suo pubblico l'ideale del σοφός stoico.

Gli stoici, assecondando una tendenza propria già della filosofia socratica e della sofistica, avevano ricondotto al saggio gli attributi tradizionali della καλοκάγαθία. Si trattava, com'è noto, di caratteri molto risalenti, che possiamo nella sostanza⁴³ riferire già all'opposizione omerica tra ἀγαθοί e κακοί. È questa un'antitesi che a mio avviso sarebbe errato leggere tanto in chiave esclusivamente 'sociale', quanto in chiave esclusivamente 'etica'. Se si adotta una simile alternativa, infatti, le fonti appaiono contraddittorie: in alcuni passi sia ἀγαθός che κακός denotano certamente una condizione sociale⁴⁴, ma in altri indicano con altrettanta evidenza un riferimento alle capacità della persona⁴⁵, talora addirittura – benché in senso polemico – in opposizione con la condizione sociale⁴⁶. Evidentemente, alla base di queste concezioni c'è l'idea – certo aristocratica, ma non contestata dalle classi più umili – che alla ricchezza e nobiltà si connettano, fino a prova contraria, appropriatezza, congruità e benessere, fisici e comportamentali allo stesso tempo. In una società che attribuisce valore al coraggio, alla ricchezza, alla nobiltà di stirpe, la condizione di 'positività' significata da ἀγαθός non può che esprimere tutte queste cose.

Nella città democratica, mutati i valori di riferimento, la condizione di ἀγαθός si è indirizzata in senso maggiormente comportamentale. Alla fine del V secolo la καλοκάγαθία –

⁴³ La correlazione καλός και ἀγαθός / καλοκάγαθία non è presente in Omero (cfr. FIORI, *Bonus vir* cit. [nt. 42] 75 e nt. 69), comparando per la prima volta in fonti del V secolo a.C. (*ibidem* 77 nt. 75).

⁴⁴ Per ἀγαθός cfr. Hom. *Il.* 21.109; *Od.* 4.611; 14.441; 16.324; 18.276; 21.335. Per κακός cfr. *Il.* 14.472; 24.64 (Hera ingiuria Apollo chiamandolo ἑταῖρος di κακοί); *Od.* 4.64; 8.554.

⁴⁵ Per ἀγαθός cfr. Hom. *Il.* 13.238 (riferito ai guerrieri, nel senso di 'forti'). Per κακός, *Od.* 10.64, riferito agli ἑταῖροι; 2.270 e 278, ove si compie un raffronto tra padri e figli; 21.131, riferito a Telemaco da lui stesso.

⁴⁶ Cfr. le accuse di viltà in Hom. *Il.* 2.190 e 365; 8.153 e 164 (riferite a Diomede); 8.94 (Odisseo); 17.180 (Ettore); *Od.* 10.64 (riferito agli ἑταῖροι); 2.270 e 278 (raffronto tra padri e figli); 21.131 (Telemaco).

forse assunta come autodefinizione da un preciso partito politico, quello dei conservatori moderati⁴⁷ – esprime la condizione del buon cittadino, prescindendo dalla nobiltà di nascita⁴⁸. Socrate sembra addirittura rovesciare il paradigma tradizionale, identificando il *καλοκάγαθος* con l'uomo virtuoso, a prescindere non solo dalla nobiltà, ma anche da quella coincidenza tra valutazione sociale, estetica e morale che aveva caratterizzato – almeno in modo tendenziale – la cultura precedente⁴⁹. E questa nuova prospettiva⁵⁰ – benché non divenuta esclusiva al punto di annullare gli usi tradizionali del termine nella cultura greca – viene recepita dagli stoici, i quali utilizzano *ἀγαθόν* per indicare sia i beni esterni e il sommo bene, sia la condizione di chi si comporta in modo conforme al bene; e *καλόν* per denotare la caratteristica del sommo bene di essere proporzionato (*σύμμετρος*) e il comportamento umano

⁴⁷ F. ROSCALLA, *Kalokagathia e kaloi kagathoi in Senofonte*, in CHR. TUPLIN (ed.), *Xenophon and his world* (Stuttgart 2004) 115 ss.

⁴⁸ J. JÜTHNER, *Kalokagathia*, in *Charisteria A. Rzach* (Reichenberg 1930) 99 ss.; A.W.H. ADKINS, *Merit and responsibility. A study in Greek values* (Oxford 1960) [= *La morale dei Greci da Omero ad Aristotele* (Roma-Bari 1987) 274 s.]; H. WANKEL, *Kalos kai agathos* (Diss., Würzburg 1961) 51 ss.; W. DONLAN, *The origin of καλός κἀγαθός*, in *American Journal of Philology* 94 (1973) 365 ss. F. BOURRIOT, *Kalos Kagathos - Kalokagathia. D'un terme de propagande de sophistes à une notion sociale et philosophique. Étude d'histoire athénienne I* (Hildesheim-Zürich-New York 1995) 113 ss., ipotizza uno sviluppo ben più complesso: l'espressione sarebbe nata a Sparta, nel linguaggio militare; poi sarebbe stata introdotta ad Atene da Alcibiade – che con Sparta aveva legami familiari – intorno al 430 a.C., per denotare un gruppo politico contrapposto ai partiti aristocratico e democratico; e infine sarebbe divenuto una espressione indicante la classe nobile (sul volume di Bourriot cfr. i rilievi critici di D.L. CAIRNS, *Review* di BOURRIOT, in *Cl. Rev.* 47 [1997] 74 ss.; G. COLESANTI, *Rec.* di BOURRIOT, in *Rivista di filologia e di istruzione classica* 126 [1998] 314 ss.; ROSCALLA, *Kalokagathia e kaloi kagathoi in Senofonte* cit. [nt. 47] 115 ss.).

⁴⁹ Coincidenza le cui premesse vengono spiegate da Aristotele: i ricchi traggono dalla loro condizione fama di essere *καλοὶ κἀγαθοί*, e per questo si ritiene che le oligarchie siano costituite da *καλοὶ κἀγαθοί* (Arist. *pol.* 1293b 39-42). Sul passo (e sul problema) cfr. K.J. DOVER, *Greek popular morality in the time of Plato and Aristotle* (Oxford 1974, rist. con corr., Indianapolis-Cambridge 1994) 43 ss.

⁵⁰ Sull'uso del termine nelle opere di Senofonte e Platone ove si riporta il pensiero di Socrate cfr. J. BERLAGE, *De vi et usu vocum καλός κἀγαθός, καλοκάγαθία*, in *Mnemosyne* 60 (1933) 24 ss.; WANKEL, *Kalos kai agathos* cit. (nt. 48) 59 ss.

conforme a natura che conduce al sommo bene in modo proporzionato⁵¹.

Per tradurre la nozione stoica Cicerone utilizza, come dicevo, l'espressione *vir bonus*. Ma poiché questa, nella sua epoca, si legava indissolubilmente al valore politico assunto dagli epiteti *boni*, *optimi*, e *optimates*⁵², se da una parte il concetto latino si carica di connotazioni etico-filosofiche, dall'altro esso recupera alla nozione valori socio-economici che l'impiego filosofico del termine greco aveva ridimensionato.

3.2. Bonus: *la terminologia*. — Le testimonianze tardo-repubblicane dell'uso di *bonus* sono numerose: più difficile è l'analisi delle fonti relative al periodo precedente. Due soluzioni sono teoricamente possibili: che l'uso a un tempo etico, socio-economico e politico di *bonus* costituisca un'innovazione del I secolo a.C., oppure che esso ripeta un significato più antico del termine.

Un'analisi degli usi dell'aggettivo *bonus* mostra che esso è legato innanzi tutto all'idea di abbondanza, di prosperità: è termine del linguaggio agricolo, indicando beni produttivi; applicato alle persone, denota la qualità di compiere perfettamente la propria funzione; non a caso, il superlativo *optimus* si forma su *ops*⁵³. Questi vocaboli non esprimono però semplicemente la 'ricchezza' di un individuo, bensì la capacità efficiente di un bene o di una persona⁵⁴, così come, per converso, lat. *pauper* (< **pau-per-os*) significa etimologicamente 'che produce poco'⁵⁵. La 'ric-

⁵¹ Cfr. Diog. Laert. 7.100, su cui mi sia permesso di rinviare a FIORI, *Bonus vir* cit. (nt. 42) 79 s.

⁵² Sul rapporto tra questi termini cfr. per tutti J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la république*² (Paris 1972) 484 ss., e, con specifico riferimento a Cicerone, a G. ACHARD, *L'emploi de boni, boni viri, boni cives et de leurs formes superlatives dans l'action politique de Cicéron*, in *Les Études Classiques* 41 (1973) 207 ss.

⁵³ FIORI, *Bonus vir* cit. (nt. 42) 109 s.

⁵⁴ Particolarmente efficace Liv. 4.3.16: *vir fortis ac strenuus, pace belloque bonus*.

⁵⁵ A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴ (Paris 1959, rist. 2001) 490.

chezza' viene letta, in altre parole, non come una condizione statica, ma come una dimensione positiva di benessere che indica in certa misura anche il favore divino – come mostra l'evoluzione semantica di un termine come *fēlix*, etimologicamente 'fertile'⁵⁶ – e dunque implica anche un giudizio etico. Dal punto di vista del significato, insomma, lat. *bonus* ha le medesime potenzialità di gr. ἀγαθός nell'esprimere un giudizio di positività – o addirittura di eccellenza nel superlativo *optimus* – al tempo stesso economica, sociale ed etica.

Il dato terminologico, per quanto significativo, non è però sufficiente. Occorre verificare, oltre alle potenzialità del termine, che esso sia stato effettivamente impiegato in questa pluralità di sensi.

3.3. Bonus/bona e *optimus* tra monarchia e prima repubblica: epigrafia e teologia. — Tra le testimonianze più antiche, le fonti epigrafiche non appaiono pienamente risolutive.

L'opposizione *boni-mali* è rinvenibile già nel noto vaso di Duenos del VII-VI secolo⁵⁷, e un'iscrizione falisca del VII secolo fa riferimento a una donna 'bona tra i boni' (*duenom duena[s]*⁵⁸). L'interpretazione di questi testi si lega al problema del-

⁵⁶ ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. (nt. 55) 224.

⁵⁷ Per la datazione cfr. per tutti O. SACCHI, *Il tri-vaso del Quirinale. Implicazioni giuridico-culturali legate alla destinazione/fruizione dell'oggetto*, in *RIDA*. 48 (2001) 278 s.

⁵⁸ Villa Giulia, inv. 43110: *ecoquto[n?]euotenosiotitiasduenomduenassaluet[to]-duotene*. Cfr. E. VETTER, *Handbuch der italischen Dialekte* I (Heidelberg 1953) 242b; G. GIACOMELLI, *La lingua falisca* (Firenze 1963) 44 ss. G. COLONNA, *Duenos*, in *Studi Etruschi* 47 (1979) 169, segue in parte l'interpretazione di E. PERUZZI, *Iscrizioni falische*, in *Maia* 16 (1964) 149 ss., spec. 169 ss., di *titias duenom duenas* '(di) Titia bona tra le *bonae*' rilevando che la desinenza *-om* è propria del gen. pl. maschile, cosicché sarebbe meglio intendere *duenom* come 'tra i *boni*'; mi sia permesso di notare che diverso sarebbe se si potesse ipotizzare che la forma *-om* conservi la desinenza arcaica delle lingue italiche (< i.e. **-ōm*), precedente la sostituzione con desinenza **-(eb₂)-sōm* > **-āsōm* > **-ārum*: ma si ritiene in genere che le forme latine con gen. pl. in *-um* della prima declinazione non dipendano dalla conservazione della desinenza indoeuropea (M. LEUMANN, J.B. HOFMANN, A. SZANTYR, *Lateinische Grammatik* I². *Lateinischen Laut- und Formenlehre* [Mün-

le cd. 'iscrizioni parlanti', e ha indotto alcuni studiosi a interpretare *bonus* nel senso di fisicamente 'bello' (riferito all'oggetto), in contrapposizione a *malus* 'brutto' e in senso distintivo rispetto a *mānus*, che invece esprimerebbe caratteristiche morali⁵⁹; altri a ipotizzare una etimologia di *bonus* da **duo-no*- 'capace' con riferimento alla capacità di usare entrambe le mani (in una formazione parallela a *ūnus* < **oi-no*-) e correlativamente di *malus* da **ma(n)-lo*- 'incapace' «con riferimento ad un cattivo o insufficiente uso della mano o delle mani»⁶⁰. A me sembra che i valori giuridico-religiosi risultanti dalle testimonianze letterarie – su cui più avanti – rendano preferibile una terza ipotesi, che spiega l'uso latino mediante un parallelismo o addirittura un'influenza della nozione greca di ἀγαθός⁶¹: un'in-

chen 1977] 421). Per altri autori *duenom* sarebbe un nominativo neutro, formalmente o semanticamente avvicinabile a lat. *donum*: sulla questione cfr. per tutti L. AGOSTINIANI, *Duenom duenas*: καλὸς καλῶ *mlax mlakas*, in *Studi Etruschi* 49 (1981) 95 ss., spec. 103 ss.; A. MORANDI, *Note su alcuni formulari epigrafici etrusco-italici di età arcaica*, in *Studi Miscellanei* 29 (1997) 215 ss.; cfr. ID., *Due brevi note di epigrafia italica*, in *Revue belge de philologie et d'histoire* 79 (2001) 57 ss.; G.C.L.M. BAKKUM, *The Latin dialect of the ager Faliscus. 150 Years of Scholarship II* (Amsterdam 2009) 55 (scettico al riguardo). Più problematica è la ricostruzione del testo dell'epigrafe del Garigliano, databile intorno al 500 a.C., su cui cfr. per tutti M. MANCINI, *Latina antiquissima II: ancora sulla coppa del Garigliano*, in *Studi E. Coseriu* (Udine 2004) 229 ss. (ove stato della dottrina).

⁵⁹ L. AGOSTINIANI, *Modelli e metodi di ricostruzione di Restsprachen*, in D. MAGGI, D. POLI (a cura di), *Modelli recenti in linguistica* (Roma 2003) 125 s.

⁶⁰ D. SILVESTRI, *L'etimologia: implicazioni cognitive ed evidenze testuali (a proposito di bonus, malus e del 'vaso dell'artefice capace'*, in *Linguistica Zero* 2 (2010) 179 ss. spec. 185 ss.

⁶¹ Per il vaso di Duenos è questa l'interpretazione di COLONNA, *Duenos* cit. (n. 58) 163 ss., che mi sembra resista alle critiche formulate da FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus'* cit. (nt. 23) 66 nt. 18: (a) innanzi tutto, quand'anche si volesse interpretare il termine *duenos* del testo (*duenos med feced en manom einom duenoi. ne med malo[s] statod*) non in senso aggettivale, ma come il nome dell'artefice, si dovrebbe necessariamente intendere in senso aggettivale la successiva opposizione *duenos/malos*; (b) poi, un'influenza dell'ideale greco dell' ἀγαθός non solo non è «tutta da dimostrare», ma è anzi estremamente probabile, in considerazione della circolazione di modelli culturali greci attestata in questo periodo (cfr. nt. seg.); (c) infine, una stretta connessione tra condizione sociale della donna e *boni mores* è presente anche in età classica (R. FIORI, *Materfamilias*, in *BIDR.* 96-97 [1993-1994] 479 ss.), ed è in realtà pervasiva dell'intera storia di Roma, divenen-

fluenza estremamente probabile in una società come quella della Roma etrusca, caratterizzata da una κοινή fortemente ellenizzante sia nelle forme figurative sia sul piano ideologico⁶², e che potrebbe aver influenzato anche etr. *mlac*⁶³, un termine alla base di una famiglia di vocaboli ancor più legata a lat. e fal. *duenos* che a gr. καλός⁶⁴.

Occorre però riconoscere che, allo stato delle nostre conoscenze, i dati offerti dall'epigrafia non offrono prove, ma solo indizi. Maggiormente chiari sono, come dicevo, i dati risultanti dalle fonti letterarie che trattano di questioni giuridico-religiose.

Innanzitutto, la qualifica di *boni* è avvicinata⁶⁵, nel linguaggio arcaico e in particolare decemvirale, ad altri aggettivi come *validi*, *forctes* (forse forma arcaica per *fortes*⁶⁶), *sanates*⁶⁷: tutte espressioni che parrebbero indicare delle categorie di *sta-*

do maggiormente stringente man mano che si va indietro nel tempo (R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, in *BIDR.* 105 [2011] 228 ss.).

⁶² Si tratta di cose note: cfr. per tutti M. MENICETTI, *Archeologia del potere. Re, immagini e miti a Roma e in Etruria in età arcaica* (Milano 1994) 44 ss. e i numerosi contributi apparsi in A. SCHIAVONE, A. MOMIGLIANO (dir.), *Storia di Roma I. Roma in Italia* (Torino 1988).

⁶³ AGOSTINIANI, *Duenom duenas: καλος καλῶ: mlaχ mlakas* cit. (nt. 58) 103 ss.; D.F. MARAS, *La dea Thanr e le cerchie divine in Etruria: nuove acquisizioni*, in *Studi Etruschi* 64 (1998) 173 ss. e spec. 185 ss.

⁶⁴ MARAS, *La dea Thanr* cit. (nt. 63) 185 e nt. 36.

⁶⁵ Molte altre fonti raccolte in T. SINKO, *De Romanorum viro bono* (Cracovia 1903) 3 ss.

⁶⁶ ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. (nt. 55) 250.

⁶⁷ Fest. s.v. «*sanates*» [L. 474] (cfr. tab. 1.5): in *XII* (sc. *tabulis*) *cautum est, ut idem iuris esset sanatibus quod forctibus, id est bonis*; la fonte di Verrio Flacco era qui probabilmente Antistio Labeone (F. BONA, *Contributo allo studio della composizione del 'de verborum significatione' di Verrio Flacco* [Milano 1964] 52 s.). Cfr. anche Fest. s.v. «*sanates*» [L. 426 e 428], molto lacunosa (la ricostruzione di MÜLLER, 321 è ampiamente congetturale); Paul.-Fest. s.v. «*forctes*» [L. 74]: *forctes, frugi et bonus, sive validus*; s.v. «*horctum forctum*» [L. 91]: *horctum et forctum pro bono dicebant* (su questa pronuncia dialettale, cfr. M. LEJEUNE, *Problèmes de philologie venete I-VI*, in *Revue de Philologie* 25 [1951] 222 nt. 85). *Sanates* non indica una categoria di 'rinsaviti' (rispetto all'alleanza con Roma) – come sostiene Festo con una paretimologia che interpreta l'espressione come sinonimo di *sanati* (ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. [nt. 54] 594 parlano di «*étymologie populaire*») – ma esprimono, attraverso una formazione in *-āti-* (LEUMANN, HOFMANN, SZANTYR, *Lateinische Grammatik I*⁵ cit. [nt. 58] 345) l'appartenenza alla categoria dei *sani*, così come ad es. *optimates* indica l'appartenenza alla categoria degli *optimi*.

tus interne alla cittadinanza⁶⁸ e che si legano a termini indoeuropei della sfera del potere e della ricchezza⁶⁹.

In secondo luogo vi sono indizi nella più antica teologia – rispetto alla quale però i problemi sono talmente complessi che in questa sede possono essere solo accennati.

⁶⁸ Nell'esegesi del passo festino che riporta la norma decemvirale, un tempo si era inclini a ritenere che si trattasse dell'attribuzione di diritti (in particolare dello *ius commercii*) a popolazioni limitrofe: cfr. la letteratura più risalente in E. HOFFMANN, *Das Gesetz der Zwölf-Tafeln von den Forcten und Sanaten. Nebst einem Anhang über die accensi velati und über das altrömische Schuldrecht* (Wien 1866) 3 ss., cui adde A. ROSENBERG, *Zur Geschichte des Latinerbundes*, in *Hermes* 54 (1919) 127 ss. (seguito da H. PHILIPP, s.v. «Manates», in *PWRE*. XIV.1 [Stuttgart 1928] 985 ss.); LEJEUNE, *Problèmes de philologie venete I-VI* cit. (nt. 67) 220 ss.; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte I* (München 1988) 265 nt. 134 che pensano a una corrispondenza con i *Foreti* e i *Manates* di cui parla *Plin. nat. hist.* 3.69 (su cui cfr. da ultimo A. GRANDAZZI, *La liste plinienne des populi dits Albenses [nat. hist. III, 69]. Anciennes et nouvelles hypothèses*, in *Revue des études Latines* 77 [1999] 30 ss., con un quadro ampio della letteratura). Più di recente si è rilevato che doveva trattarsi di una distinzione interna alla *civitas*, sia per il fatto che le XII tavole si occupano solo di diritto cittadino, sia perché Gell. 14.10.8 inserisce i *sanates* tra categorie di garanti processuali (... *sed enim cum 'proletarii' et 'adsidui' et 'sanates' et 'vades' et 'subvades' et 'viginti quinque asses' et 'taliones' furtorumque 'quaestio cum lance et licio' evanuerint ...*); si noti che gli esempi sono raggruppati per 'materie': dapprima forme di garanzia [*adsidui, proletarii, vades, sub vades*], poi illeciti, e in particolare *iniuria* [*viginti quinque asses, taliones*] e furto [*quaestio cum lance et licio*]: così HOFFMANN, *op. cit.*, *passim*, spec. 6 e 30 («Staats- und Privat-Clienten»); TH. MOMMSEN, *Römische Geschichte I*⁸ (Berlin 1888) 99 nt. (*Latini prisci cives Romani* inseriti nella plebe); A. GUARINO, *Le origini quiritarie* (Napoli 1973) 280 s. (plebei che vivevano fuori dal *pomerium*); non prende posizione B. KÜBLER, s.v. «Sanates», in *PWRE*. I.A.2 (Stuttgart 1920) 2230 s.

⁶⁹ Per *validus* cfr. airt. *flaith* 'signore', sudpic. *velaimes* (gen. sg. m.?) (< **ua/elaimo-*) 'best', e una serie di vocaboli, soprattutto germanici; la radice indoeuropea è **h₂ulh₁-eh₁-* 'to be strong' (A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*³ II [Heidelberg 1958] 727 s.; ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. [nt. 55] 712; M. DE VAAN, *Etymological dictionary of Latin and the other Italic languages* [Leiden-Boston 2008] 651 s.). Cfr. anche *probus* (< i.e. **pro-*b^b(h₂)u-o-*) e ved. *pra-bhū-* 'eminente, potente' (WALDE, HOFMANN, *op. cit.* II 366; ERNOUT, MEILLET, *op. cit.* 537; DE VAAN, *op. cit.* 490). Per FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus'* cit. (nt. 23) 71 nt. 27 queste corrispondenze «potrebbero essere frutto di interpretazioni recenti non necessariamente fedeli all'originaria portata concettuale di quei termini». A me però sembra che debbano attribuirsi a Festo (o, più probabilmente, a Verrio Flacco) non tanto le equipollenze tra i termini – che lo scrittore dice di trovare nelle XII tavole – quanto la loro spiegazione, come ad es. l'interpretazione di *sanates* nel senso di *sanati* (*quasi sanata mente*).

Un primo dato è l'attribuzione a *Iuppiter* – già a partire dal VI secolo a.C. – dell'epiteto di *Optimus* accanto a *Maximus*: così come quest'ultimo si riferisce a una condizione di *maiestas*, ossia a una posizione di gerarchia, è probabile che anche *optimus* mantenga il senso etimologico che ne evidenzia il rilievo socio-economico.

Un secondo dato è l'attribuzione – a una divinità il cui nome non poteva essere pronunciato – degli epiteti di *Bona dea*⁷⁰ e di *Maia*⁷¹ (quest'ultimo era presente nei *libri pontificum* ricordati da Cornelio Labeone⁷²; per Calpurnio Pisone, il termine era invece *Maiesta*⁷³) oltre che dei nomi connessi *Ops*⁷⁴ e (forse) *Fauna*⁷⁵.

⁷⁰ Su *Bona dea* come epiteto cfr. per tutti H.H.J. BROUWER, *Bona Dea. The sources and a description of the cult* (Leiden 1989) 231 ss.

⁷¹ Sul fatto che anche *Maia* sia un epiteto cfr. D. SABBATUCCI, *La religione di Roma antica dal calendario festivo all'ordine cosmico* (Milano 1988) 161.

⁷² Macrob. *Sat.* 1.12.21: *banc* (sc. *Maiam*) *eandem Bonam Faunamque et Opem et Fatuam pontificum libris indigitari*; sul rapporto diretto tra Cornelio Labeone e i *libri pontificum* cfr. P. MASTANDREA, *Un neoplatonico latino. Cornelio Labeone (testimonianze e frammenti)* (Leiden 1979) 51 s. Il rapporto tra *Bona dea* e *Maia* non è puramente teologico, ma anche culturale: alle calende di maggio si sacrificava sia a *Maia*, da parte del *flamen Volcanalis* (Macrob. *Sat.* 1.12.18; Lyd. *mens.* 4.80; cfr. Gell. 13.23.2) sia a *Bona dea* (Ovid. *fast.* 5.148 ss.). I due culti sono posti in connessione da Cornelio Labeone allorché scrive che a *Maia* è stata dedicata una *aedis* 'sub nomine Bonae Deae': *auctor est Cornelius Labeo huic Maiiae, id est terrae, aedem Kalendis Maiis dedicatam sub nomine Bonae Deae* (Macrob. *Sat.* 1.12.21).

⁷³ Macrob. *Sat.* 1.12.18: *Piso uxorem Vulcani Maiestam, non Maiam, dicit vocari*. Pisone, come si vede, non metteva necessariamente in connessione *Maiesta* con *Bona dea*.

⁷⁴ Sull'etimologia di *Ops* e il suo rapporto con *optimus* cfr. per tutti ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. (nt. 55) 463 s.

⁷⁵ Per immaginare un collegamento con *Fauna* dovrebbe accettarsi l'ipotesi di una derivazione da i.e. **b^hh₂u-n-* 'favourable' (la stessa radice di [*pro-*]bus) e il rapporto con airt. *búan* 'good, favourable; firm', proposto da Whitley Stokes in W. STOKES, K. MEYER (hrsgs.), *Archiv für keltische Lexikographie* (Halle 1904) 232 (n. 220) e oggi riaffermato da DE VAAN, *Dictionary* cit. (nt. 69) 205, contro ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. (nt. 55) 221 e A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*³ I (Heidelberg 1938) 468. Si noti però che, secondo il *Dictionary of the Irish Language based mainly on Old and Middle Irish materials* (Dublin 1913-1976, compact ed. 1983, rist. 2007) B-228, il significato proprio di *búan* sarebbe 'lasting, enduring; constant, firm, persevering', mentre quello di 'good' sarebbe secondario e successivo.

Il culto pubblico di questa dea era antichissimo⁷⁶ e strettamente aristocratico⁷⁷. Esso era officiato, in età storica, dalla madre o dalla moglie⁷⁸ di un magistrato *cum imperio*⁷⁹ insieme alle donne più nobili (*nobilissimae feminae*⁸⁰, *matronae honestissimae*⁸¹) e alle Vestali⁸². Benché celebrato *pro salute populi Romani*⁸³, esso appare 'rovesciato' rispetto ai culti cittadini, e in particolare a quelli di Giove⁸⁴. Dal culto era infatti escluso

⁷⁶ Cic. *har. resp.* 37 lo rimanda all'età regia; in generale, lo rappresentano come un culto antichissimo, e legato al mitico *Faunus*, anche Propert. 4.9.21-70; Plut. *quaest. Rom.* 20; *Caes.* 9.4; Iuven. *sat.* 6.335 (*ritus veteres*); Arnob. *adv. nat.* 1.36; Lact. *div. inst.* 1.22.9; Serv. auct. *Aen.* 8.314. Non mi sembra vi sia alcun dato per sostenere, con K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte* (München 1960) 228, che si sia trattato di un culto importato dalla Grecia e che il nome della dea fosse «eine unmittelbare Übersetzung des griechischen ἀγαθή θεός».

⁷⁷ BROUWER, *Bona Dea* cit. (nt. 70) 256. Questa natura aristocratica si riferisce naturalmente al culto ufficiale, *pro populo*: la venerazione privata era a ogni livello sociale e comprendeva anche i maschi: cfr. *ibidem* 267 ss. Occorre poi distinguere tra partecipazione al culto e semplice presenza durante i riti, come avveniva per le *ancillae*: una distinzione non considerata da A. STAPLES, *From Good Goddess to Vestal Virgins. Sex and category in Roman religion* (London-New York 1998) 30 s.

⁷⁸ Plut. *Cic.* 19.4; *Caes.* 9.7 parla invece solo della moglie (del console o del pretore). In FIORI, *Materfamilias* cit. (nt. 61) 474 nt. 89, ipotizzavo che si trattasse della *materfamilias*, ossia della donna (o di una delle donne) non *in potestate* della casa, che poteva essere la moglie o la madre a seconda della condizione di *alieni* o *sui iuris* del magistrato. Ma in una casa potevano esserci più *matresfamilias*: per es., nell'episodio di Clodio, del 62 a.C., la cerimonia si svolse nella casa di Cesare, in quanto pretore, il quale era certamente *sui iuris* perché il padre era morto nell'85 a.C., ma non sappiamo se la cerimonia sia stata officata dalla moglie Pompeia o dalla madre Aurelia (come è incline a pensare BROUWER, *Bona Dea* cit. [nt. 70] 271).

⁷⁹ Cic. *har. resp.* 37: *in ea domo quae est in imperio*; cfr., oltre alle fonti citate nella nt. prec., anche Cass. Dio 37.45.1.

⁸⁰ Cic. *Mil.* 7.2.

⁸¹ Sch. Bob. in *Clod. et Curion.* p. 85 STANGL.

⁸² Cic. *har. resp.* 37; Cic. *Att.* 1.13.3 (*virgines*); Sch. Bob. in *Clod. et Curion.* p. 85 STANGL; Plut. *Cic.* 19.4 e 20.1; Cass. Dio 37.35.4; 37.45.1.

⁸³ Cic. *har. resp.* 12 e 37; *ad Att.* 1.12.3; 1.13.3; *leg.* 2.21; *Schol. Bob. in Cl. et Cur.* p. 85 STANGL; *Ascon. Mil.* 43 e 46 CLARK; *Sen. ep. ad Luc.* 16.97.2; Iuven. *sat.* 6.335 e 9.117; Cass. Dio 37.35.4.

⁸⁴ Parla dell'antitesi con i culti maschili J. SCHEID, *Indispensabili 'straniere'. I ruoli religiosi delle donne a Roma*, in *Storia delle donne in Occidente I. L'antichità* (Roma-Bari 1990) 442 («tutte le fonti presentano questo culto come un 'mondo a rovescio'»); per una più diretta opposizione al culto di Giove cfr. SABBATUCCI, *La religione di Roma antica* cit. (nt. 71) 163.

tutto ciò che era maschile⁸⁵, come a voler affermare uno spazio in cui è assente l'ordine naturale che vede l'uomo preminente e la donna subordinata ed è invece fissata una gerarchia che vede queste ultime al primo posto.

Le donne, durante le cerimonie, potevano bere il vino puro (*temetum*) normalmente loro interdetto perché bevanda sacrificale del culto di Giove⁸⁶ in quanto attributo di regalità⁸⁷, ma legato anche a Venere, ossia a una dea femminile la cui libertà di comportamenti non è antitetica rispetto al predominio maschile⁸⁸. Il vino però veniva chiamato 'latte', e il recipiente dove era conservato era detto *mellarium*⁸⁹.

Dal culto era invece bandito il mirto⁹⁰, una pianta che parrebbe legata a rituali di purificazione maschili e femminili, e in particolare – ancora una volta – ai culti di Giove e Venere.

Per quanto attiene agli uomini, il mirto veniva usato in contesti di lustrazione militare che coinvolgevano entrambe le divinità: nel mito, può ricordarsi la tradizione secondo cui, dopo gli scontri seguiti al ratto delle Sabine, Romani e Sabini si purificarono con il mirto nel luogo ove furono collocate le statue di *Venus Cloacina*⁹¹; nel rito, la cerimonia dell'*ovatio* – il

⁸⁵ La proibizione si estendeva anche agli animali di sesso maschile e addirittura alle pitture raffiguranti maschi: cfr. Iuven. *sat.* 6.339 s. e Sen. *ep.* 97.2, su cui G. PICCALUGA, *Bona Dea. Due contributi all'interpretazione del suo culto*, in *SMSR*. 35 (1964) 198 nt. 10.

⁸⁶ La mia spiegazione dell'interdizione è in R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa* (Napoli 1996) 240 ss.

⁸⁷ Cfr. G. DUMÉZIL, *Fêtes romaines d'été et d'automne* (Paris 1976) = *Feste romane* (Genova 1989) 91 ss.

⁸⁸ È nota la discussione, già degli antichi, sull'essere i *Vinalia* una festa di Giove o di Venere: Ovid. *fast.* 4.877; Plut. *quaest. Rom.* 45; Varr. *ling. Lat.* 6.20. Benché sia maggiormente probabile che la festa sia di Giove, la sola posizione del dubbio lascia intuire l'esistenza di un rapporto di qualche tipo tra Venere e il vino (M. TORELLI, *Lavinio e Roma. Riti iniziatici e matrimonio tra archeologia e storia* [Roma 1984] 87 ss.). Secondo R. SCHILLING, *La religion romaine de Vénus depuis les origines jusqu'au temps d'Auguste* (Paris 1954) 91 ss. (cfr. anche G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque*² [Paris 1974] = *La religione romana arcaica* [Milano 1977] 409), vi sarebbe un rapporto anche tra *Venus* e *Iuppiter*.

⁸⁹ Macrobian. *Sat.* 1.12.25.

⁹⁰ Plut. *quaest. Rom.* 20.

⁹¹ Plin. *nat. hist.* 15.119.

‘trionfo minore’⁹² che costituiva verisimilmente un fossile della Roma pre-etrusca⁹³ – in cui il comandante vittorioso indossava una corona di mirto⁹⁴ espressamente connessa a *Venus Victrix*⁹⁵, ma all’interno di una celebrazione che terminava con un sacrificio a Giove (in età storica, al Giove Capitolino⁹⁶, in epoca pre-etrusca forse a Giove Feretrio)⁹⁷. Peraltro, è possibile che questi rituali di purificazione fossero connessi alla posizione gerarchica di alcune famiglie all’interno della città: Plinio il Vecchio racconta che in epoca antichissima c’erano due piante di mirto dinanzi al tempio di Quirino, la prima detta patrizia, la seconda plebea, e che la preminenza (*maiestas*) di ciascuna si legava alla maggiore o minore *auctoritas* del senato⁹⁸.

⁹² Sull’*ovatio* come ‘trionfo minore’ cfr. Plin. *nat. hist.* 15.19; Dion. Hal. 8.67.10; Serv. *Aen.* 4.543.

⁹³ Plut. *Rom.* 16.4-8 riferisce a Romolo l’*ovatio* con esplicita contrapposizione con il trionfo etrusco; Plin. *nat. hist.* 15.29 e Dion. Hal. 5.47.2 affermano che il primo a celebrarlo fu P. Postumio Tuberto, nel 503 a.C., ma si trattò invece della sua reintroduzione, verisimilmente a seguito di una certa avversione per il trionfo – cfr. Plut. *Popl.* 9.9 con riferimento a Publicola (benché Plutarco ne escluda la verisimiglianza); l’avversione potrebbe essere confermata dall’archeologia: F. COARELLI, *Il Foro Boario dalle origini alla fine della repubblica* (Roma 1988) 431 – che sarebbe stato reintrodotta solo da Camillo (Liv. 5.23.1 ss.; Diod. 14.93.3 e 14.117.5; Plut. *Cam.* 7.1; Cass. Dio 52.13.3, *vir. ill.* 23.4). Sull’origine pre-etrusca dell’*ovatio* cfr. soprattutto L. BONFANTE WARREN, *Roman triumphs and Etruscan kings. The changing face of the triumph*, in *JRS.* 60 (1970) 49 ss.

⁹⁴ Al posto dell’alloro: Gell. 5.6.21; Plin. *nat. hist.* 15.125; Plut. *Marcell.* 22.2; Paul.-Fest. *verb. sign.* s.v. «*ovalis corona*» (L. 213).

⁹⁵ Secondo Plin. *nat. hist.* 15.125, P. Postumio Tuberto, celebrando l’*ovatio* nel 503 a.C. sarebbe stato *myrto Veneris victricis coronatus*.

⁹⁶ H.S. VERSNEL, *Triumphus. An enquiry into the origin, development and meaning of the Roman triumph* (Leiden 1970) 166.

⁹⁷ BONFANTE WARREN, *Roman triumphs and Etruscan kings* cit. (nt. 93) 54.

⁹⁸ Plin. *nat. hist.* 15.120-121: *inter antiquissima namque delubra habetur Quirini, hoc est ipsius Romuli. in eo sacrae fuere myrti duae ante aedem ipsam per longum tempus, altera patricia appellata, altera plebeia. 121. patricia multis annis praevaluit exuberans ac laeta; quamdiu senatus quoque floruit, illa ingens, plebeia retorrida ac squalida. quae postquam evaluit flavescere patricia, a Marsico bello languida auctoritas patrum facta est ac paulatim in sterilitatem emarcuit maiestas.* STAPLES, *From Good Goddess to Vestal Virgins* cit. (nt. 77) 101, vi vede un implicito riferimento al culto di Venere, su cui *infra*.

Per quanto attiene alle donne, il mirto è pianta sacra a Venere⁹⁹ e si lega al ciclo mestruale e in generale a situazioni di impurità o *impudicitia* femminile¹⁰⁰: la famosa uccisione di Virginia, insidiata da Appio Claudio, da parte del padre, si svolge proprio presso il tempio di *Venus Cloacina*¹⁰¹. Ma anche la *pudicitia* si connota in senso gerarchico: parrebbe che maggiore è il rango delle donne, maggiore sia la presunzione di *pudicitia*. Se infatti a *Venus Erycina* sacrificavano addirittura le meretrici¹⁰², e nel culto di *Venus Verticordia* la statua della dea era lavata da donne di ogni classe¹⁰³ – benché solo le donne ‘rispettabili’ (σεμναί) fossero ammesse a fare il bagno nel *fanum* della dea, mentre le donne più umili (αἱ δὲ τοῦ πλήθους γυναῖκες, *humiliores*) si lavavano nei *balnea* coprendosi alla vista degli uomini con fronde di mirto¹⁰⁴, così come nel mito aveva fatto Venere vista dai satiri¹⁰⁵ – nel culto di Bona dea sembra esservi

⁹⁹ Sul rapporto tra *Venus* e il mirto cfr. Plaut. *vidul.* 17 (= Porph. in *Hor. Carm.* 1.38.7); Plin. *nat. hist.* 15.120; Verg. *ecl.* 7.62 e Serv. auct. *ad loc.*; Ovid. *fast.* 4.869. Plut. *quaest. Rom.* 20 spiega direttamente l’interdizione del mirto nel culto di Bona dea con l’essere la pianta sacra a Venere.

¹⁰⁰ Cfr. C.C. VAN ESSEN, *Venus Cloacina*, in *Mnemosyne* 9 (1956) 137 ss. Sul valore purificatorio della pianta cfr. anche SCHILLING, *La religion romaine de Venus* cit. (nt. 88) 217 ss.

¹⁰¹ Liv. 3.44.1 ss.

¹⁰² Secondo la tradizione, il primo tempio di Venere (*Venus Obsequens*, secondo Serv. *Aen.* 1.720) fu dedicato dall’edile curule Q. Fabio Massimo Gurgite nel 295 a.C., essendo scelto come *dies natalis* il 19 agosto, giorno dei *Vinalia rustica*: la somma per la costruzione fu raccolta con le multe inflitte alle donne adultere (Liv. 10.31.9). Il secondo tempio fu quello di *Venus Erycina*, dedicato dal dittatore Q. Fabio Massimo nel 217 a.C., e alla stessa fu dedicato nel 181 a.C. un altro tempio presso la Porta Collina dal console L. Porcio Licinio il 23 aprile, giorno dei *Vinalia priora*. Infine, nel 114 a.C., a seguito di un incesto di tre vestali, si dedicò un tempio a *Venus Verticordia*, il cui *dies natalis* era l’1 aprile (riferimenti in G. WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*² [München 1912] 289 ss., anche rispetto ai templi più recenti). Dei culti relativi a *Venus* sappiamo poco, ma è noto che nel tempio vicino alla Porta Collina sacrificavano le meretrici, la cui festività era fissata al *dies natalis* dello stesso (Ovid. *fast.* 4.865 s.).

¹⁰³ *Fasti Praenestini* in *CIL*. I² 314; Ovid. *fast.* 4.133-134; Lyd. *mens.* 4.65.

¹⁰⁴ I *Fasti Praenestini* specificano che le *humiliores* compivano il rito *etiam in balineis*; Lyd. *mens.* 4.65 chiarisce che solo queste si coronavano di mirto; Ovid. *fast.* 4.139 parla di una *lavatio* effettuata *sub viridi myrto* senza distinguere.

¹⁰⁵ Ovid. *fast.* 4.141-144.

una presunzione assoluta di *pudicitia*: essendo le cerimonie compiute solo dalle Vestali e dalle donne più nobili della città, si riteneva forse che non vi fosse alcun bisogno di purificazione, e pertanto il mirto non poteva essere accettato.

È a mio avviso a questa presunzione, piuttosto che nei tardi αἰτίαι elaborati dai commentatori – Fauno avrebbe utilizzato un ramo di mirto per fustigare la moglie ubriaca¹⁰⁶ oppure, in un rovesciamento della funzione lustrale della pianta, per abusare della figlia¹⁰⁷ –, che bisogna guardare per spiegare l'interdizione del mirto nel culto di Bona dea¹⁰⁸. Nell'ordine di Giove – nel quale Venere si colloca senza contrasti – è necessario che le donne si purifichino dalle impurità sessuali, così come gli uomini dalle impurità del sangue versato in guerra; nell'ordine di Bona dea – alternativo a quello di Giove – le impurità sessuali sono bandite come sono banditi gli uomini, perché l'elemento femminile non è visto come espressione della sfera sessuale ma come centro della gerarchia cosmica.

Se questa ricostruzione è accettabile, potrebbe sostenersi che a *Iuppiter Optimus Maximus* si opponesse una dea anonima¹⁰⁹, detta *Bona* e *Maia*, che ne rappresentava una sorta di

¹⁰⁶ Plut. *quaest. Rom.* 20; Arnob. *nat.* 5.18; Lact. *div. inst.* 1.22.9-11; gli ultimi due autori citano il *de diis* di Sesto Clodio.

¹⁰⁷ Macrob. *Sat.* 1.12.24.

¹⁰⁸ Per STAPLES, *From Good Goddess to Vestal Virgins* cit. (nt. 77) 126, il mirto sarebbe escluso dal culto di Bona dea perché quest'ultima non riconoscerebbe – come invece Venere – il ruolo distinto di donna e uomo, e sarebbe per ciò 'mitologicamente' punita; per PICCALUGA, *Bona Dea* cit. (nt. 85) 219 ss., e BROUWER, *Bona Dea* cit. (nt. 70) 336, l'interdizione andrebbe spiegata per il legame tra il mirto e la fertilità, contraria alla *castitas*; per M. BETTINI, *In vino stuprum*, in O. MURRAY, M. TECUSAN (eds.), *In vino veritas* (London 1995) = *Affari di famiglia. La parentela nella letteratura e nella cultura antica* (Bologna 2009) 248, la proibizione dovrebbe essere spiegata sulla base di un rapporto tra mirto e *libido* indotta dall'ubriachezza.

¹⁰⁹ Cornelio Labeone afferma che nei *libri pontificum* essa era chiamata *Fauna* o *Ops* o *Fatua* (fr. 5 MASTANDREA = Macrob. *Sat.* 1.12.21); il nome *Fatua* era ricordato anche da Gavio Basso e da Varrone (a giudicare da Lact. *div. inst.* 1.22.10, ma in Varr. *ling. Lat.* 7.36 la moglie di *Faunus* è chiamata *Fauna*), mentre Sesto Clodio tramandava forse *Fenta Fatua* (Arnob. *nat.* 1.36, 5.18; cfr. Lact. *div. inst.* 1.22.11). Per Gavio Basso, Varrone e Sesto Clodio, era la moglie di Fauno (cfr. anche Plut. *quaest. Rom.* 20; *Caes.* 9.4; Isid. *etym.* 10.103), di cui sarebbe stata anche sorella

‘pendant’ femminile, e il cui culto consisteva – secondo modelli storico-religiosi ben noti – in un rovesciamento rituale dell’ordine cittadino, finalizzato a dare spazio all’elemento femminile ma allo stesso tempo a controllare l’ordine alternativo in cui la preminenza è delle donne¹¹⁰. Il dato per noi importante è però che entrambi i ‘vertici’ del sistema teologico, maschile e femminile, ricevono epiteti connessi agli aggettivi *bonus* e *maius*: e il fatto che *bonus-optimus* siano legati ai criteri di gerarchia espressi da *maius-maximus* induce a ritenere che anche i primi aggettivi contengano sfumature sociali.

3.4. *Bonus/bona e optimus nella media repubblica: gli elogi degli Scipioni e le fonti letterarie.* — Queste ultime considerazioni potrebbero illuminare l’uso di *optimus* e *bonus* che troviamo in alcune testimonianze del III secolo a.C., ove si ricorda l’attribuzione dell’epiteto di *optimus* a due membri della famiglia degli Scipioni: L. Cornelio Scipione (cos. 259 a.C.), definito nel proprio *elogium* ‘*vir optimus tra i boni*’ (*duonoro optumo viro*)¹¹¹; e suo nipote P. Cornelio Scipione Nasica (cos. 191), indicato nel 204 a.C. dal senato come *vir (bonorum) optimus*. Se rispetto al primo caso non abbiamo elementi per comprendere il senso dell’attribuzione, rispetto al secondo è possibile formulare qualche ipotesi.

Nel pieno delle guerre puniche¹¹², fu trovata nei Libri Sibillini una profezia secondo cui si sarebbe potuto sconfiggere il nemico straniero che avesse portato guerra in Italia, se si fosse

(Lact. *div. inst.* 1.22.9), ma per altri autori era la figlia (Tert. *nat.* 2.9.22; Serv. auct. *Aen.* 8.314; Macrob. *Sat.* 1.12.24 e 27). Sul rapporto tra queste fonti cfr. per tutti MASTANDREA, *Cornelio Labeone* cit. (nt. 72) 55.

¹¹⁰ SABBATUCCI, *La religione di Roma antica* cit. (nt. 71) 163.

¹¹¹ *CIL*. I² 9. Sulla questione della datazione dell’epigrafe cfr. per tutti H.I. FLOWER, *Ancestor masks and aristocratic power in Roman culture* (Oxford 1996) 177 ss.

¹¹² Sul problema del contesto, cfr. E.S. GRUEN, *Studies in Greek culture and Roman policy* (Leiden 1990) 5 ss. e P.J. BURTON, *The summoning of the Magna Mater to Rome (205 B.C.)*, in *Historia* 45 (1996) 36 ss.

condotta a Roma la *Mater Idaea*. L'oracolo di Delfi, consultato in proposito, aveva suggerito di far accogliere a Roma l'immagine di Cibele dal *vir optimus in civitate*¹¹³.

L'oracolo aveva verisimilmente utilizzato il termine ἄριστος, riportato dalle fonti greche che narrano la vicenda¹¹⁴, facendo così riferimento a una nozione – quella di καλοκἀγαθία – che, come si è detto, nel III secolo a.C. aveva connotazioni etiche, sociali e politiche¹¹⁵, e che per alcuni in quest'epoca aveva assunto connotazioni monarchiche¹¹⁶. L'*interpretatio Romana* dell'oracolo parrebbe tuttavia esser stata differente: è vero che la maggioranza delle fonti parla di *vir optimus populi Romani*¹¹⁷ o semplicemente di *vir optimus*¹¹⁸ / ἄριστος τῶν ἀνδρῶν¹¹⁹, ma Livio – dopo aver ricordato in diversi luoghi che l'oracolo aveva richiesto che l'immagine della dea fosse accolta a Roma dal *vir optimus Romae* (loc.) / *in civitate*¹²⁰ – scrive che Nasica fu giudicato essere *vir bonorum optimus*¹²¹: una formulazione la cui parziale difformità è forse indice di una citazione letterale del senatoconsulto¹²², anche in considerazione del suo ricorrere

¹¹³ Tutte le numerose fonti sono state raccolte da E. SCHMIDT, *Kultübertragungen* (Gießen 1909) 1 nt. 1.

¹¹⁴ Cass. Dio fr. 57.71 e Diod. fr. 34.33.1: ἄριστος τῶν πολιτῶν; App. *Hann.* 56: ἄριστος.

¹¹⁵ Cfr. *supra* § 3.1.

¹¹⁶ J. VOGT, *Vorläufer des optimus princeps*, in *Hermes* 58 (1933) 88; TH. KÖVES, *Zum Empfang der Magna Mater in Rom*, in *Historia* 12 (1963) 323; J. ALVAR, *Escenografía para un recepción divina: la introducción de Cibele en Roma*, in *Dialogues d'Histoire Ancienne* 20/1 (1994) 157.

¹¹⁷ Cic. *bar. resp.* 27.

¹¹⁸ Cic. *fin.* 5.64; Plin. *nat. hist.* 7.34; *vir. ill.* 46.3; Augustin. *civ. Dei* 2.5; Solin. 1.126. Cfr. anche Pomp. *ench.* (D. 1.2.2.37), ove si afferma che *Gaius Scipio Nasica ... optimus a senatu appellatus est*, facendo confusione tra P. Cornelio Scipione Nasica e suo figlio P. Cornelio Scipione Nasica Corculo (cos. 162 e 155), cui si somma l'errore nel prenome: cfr. VOGT, *Vorläufer des optimus princeps* cit. (nt. 116) 84 e nt. 1.

¹¹⁹ Diod. fr. 34.33.2; App. *Hann.* 56.

¹²⁰ Liv. 29.11.6 e 8; 29.14.6.

¹²¹ Liv. 29.14.8: *P. Scipionem Cn. filium eius qui in Hispania ceciderat, adolescentem nondum quaestorium, iudicaverunt in tota civitate virum bonorum optimum esse*.

¹²² Così VOGT, *Vorläufer des optimus princeps* cit. (nt. 116) 88 nt. 2; KÖVES, *Zum Empfang der Magna Mater in Rom* cit. (nt. 116) 325 s.

nell'elogio di L. Cornelio Scipione. Se potessimo considerare affidabile questo dato, potremmo ritenere che la richiesta dell'oracolo sia stata interpretata dai Romani in senso aristocratico, ossia che i senatori abbiano scelto all'interno di un ceto dirigente composto da persone che, pur se a un grado minore, condividono le stesse qualità del *vir optimus*, connotandosi come *virī boni*¹²³, e abbiano invece voluto evitare di attribuire una qualifica che poteva essere intesa in senso monarchico, soprattutto se si tiene presente che appena pochi anni prima, nel 217 a.C., in un analogo episodio, i Libri Sibillini avevano chiesto che il voto di dedicare un tempio a *Venus Erycina* fosse compiuto da chi detenesse il *maximum imperium*, ossia dal dittatore¹²⁴.

D'altronde, che la scelta sia stata compiuta all'interno della classe dirigente è ulteriormente dimostrato dal fatto che, secondo quanto scrive Livio, la selezione compiuta dal senato era stata alquanto impegnativa perché ciascuno aspirava alla qualifica di *vir optimus* più che a tutti gli *honores* magistratuali¹²⁵.

Non solo. Tutte le nostre fonti menzionano, accanto alla nomina di Scipione Nasica, quella di una o più donne scelte in virtù della loro condizione sociale. Livio scrive che erano *matronae primores civitatis*, Dione Cassio parla di ἐπιφανεστάται γυναῖκες¹²⁶, e tutti ricordano l'episodio di Quinta Claudia (o Claudia Quinta)¹²⁷, una matrona¹²⁸ – figlia di P. Claudio Pul-

¹²³ VOGT, *Vorläufer des optimus princeps* cit. (nt. 116) 88.

¹²⁴ Liv. 22.10.10.

¹²⁵ Liv. 29.14.6-7: *haud parvae rei iudicium senatum tenebat qui vir optimus in civitate esset; veram certe victoriam eius rei sibi quisque mallet quam ulla imperia honoresve suffragio seu patrum seu plebis delatos.*

¹²⁶ Cfr. H. GRAILLOT, *Le culte de Cybèle mère des dieux à Rome et dans l'empire romain* (Paris 1912) 55: «on avait respecté la hiérarchie sociale».

¹²⁷ Il nome Quinta Claudia si trova in Cicerone e Valerio Massimo (che ricorda l'epigrafe sulla sua statua nel tempio della *Magna Mater*; cfr. anche Tac. *ann.* 4.64.3) e probabilmente costituisce la forma più antica; la sequenza Claudia Quinta si trova invece in tutte le altre fonti: cfr. SCHMIDT, *Kultübertragungen* cit. (nt. 113) 7 nt. 8.

¹²⁸ Parlano di *matrona* Cic. *har. resp.* 27 (in *Cael.* 34 ad essa viene accostata la vestale Claudia del 143 a.C. [J. RÜPKE, *Fasti sacerdotum* II (München 2005) 874]; lo stesso in Augustin. *civ. Dei* 10.16, dove si distingue tra Q. Claudia e la vestale Tuccia [RÜPKE, *op. cit.* II p. 1327]), Ovid. *fast.* 4.303 (*mater*), e forse – per l'accosta-

cro (cos. 249) e sorella di Appio Claudio (cos. 212) – che era stata accusata di adulterio e che per scagionarsi avrebbe invocato una prova ordalica a riprova della propria innocenza: essendosi incagliata nel Tevere la nave che portava il simulacro, Claudia avrebbe legato lo scafo alla propria cintura tirandolo fuori dalla secca.

Il racconto presuppone che la scelta delle *matronae* non fosse stata compiuta esclusivamente in considerazione della loro virtù, altrimenti i sospetti su Claudia la avrebbero verisimilmente esclusa. Tuttavia è stato da tempo rilevato che la leggenda dell'ordalia deve essersi formata successivamente¹²⁹, essendo forse stata addirittura oggetto di una rappresentazione

mento a Sulpicia – Plin. *nat. hist.* 7.35. È una *virgo* per Stat. *silv.* 1.2.245-246 e Claudian. *laus Ser.* 18, e diviene una vestale per Sen. *matr.* fr. 80 HAASE (se l'espressione *virgo vestalis* è da attribuire a Seneca e non a Hieron. *adv. Iovinian.* 1.25: ne dubita GRAILLOT, *Le culte de Cybèle* cit. [nt. 126] 63); *vir. ill.* 46.2; Iulian. *or.* 5.160b-c). È possibile che questa trasformazione nelle fonti del III-IV secolo d.C. sia l'esito di una confusione con l'omonima vestale del 143 a.C. (GRAILLOT, *op. cit.* 64; J. SCHEID, *Claudia, la vestale*, in A. FRASCHETTI [ed.], *Roma al femminile* [Roma-Bari 1994] 3 ss.; E. WINSOR LEACH, *Claudia Quinta (Pro Caelio 34) and an altar to Magna Mater*, in *Dyctinna* 4 [2007] 5); o con la vestale Claudia che dedicò il tempio di Bona dea (Ovid. *fast.* 5.155-156; le identifica anche H.H.J. BROUWER, *The Great Mother and the Good Goddess. The history of an identification*, in *Hommages M. J. Vermaseren* I [Leiden 1978] 151; ID., *Bona dea* cit. [nt. 70] 270); ma potrebbe aver concorso anche la vicenda (che Plin. *nat. hist.* 7.35 accosta a quello di Claudia Quinta) della introduzione del culto di Venere Verticordia (cfr. *supra*): la festa di quest'ultima era fissata al 1 aprile e quella della Grande Madre al 4 dello stesso mese, e la dedica del tempio nel 114 a.C. fu – secondo il racconto tradizionale – causata dall'incesto di tre vestali (Iul Obs. 37 [97]; cfr. WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*² cit. [nt. 102] 290).

¹²⁹ La spiegazione di GRAILLOT, *Le culte de Cybèle* cit. (nt. 126) 60, mi sembra ancora convincente: «la légende se forme par un phénomène de renversement de la cause et de l'effet. Ce fut l'intervention de Claudia dans la cérémonie d'Ostie qui, aux yeux de tous, manifesta sa vertu; cette vertu était donc suspecte; cette intervention fut donc fortuite. Quelque incident, grossi par l'imagination populaire, vint déplacer l'intérêt au détriment du rôle officiel, qui finit par être oublié». Così anche DUMÉZIL, *La religione romana arcaica* cit. (nt. 96) 419. L'ipotesi di J.PH. LÉVY, *Le problème des ordalies en droit romain*, in *Studi P. de Francisci* II (Milano 1954) 415 nt. 5 [= *Autour de la preuve dans les droits de l'antiquité* (Napoli 1992) 41 nt. 5], che la storia dell'ordalia sia stata cancellata in Cicerone (e Diodoro) a seguito della scomparsa della pratica delle ordalie non riesce a spiegare perché in fonti successive essa si sia mantenuta.

durante i *ludi Megalenses*¹³⁰. Benché sia verisimile che la leggenda fosse già stata raccolta dall'annalistica, essa è infatti ancora assente nelle fonti del I secolo a.C. – Cicerone e Diodoro Siculo – e viene valorizzata solo negli autori di età augustea, forse anche in connessione con una voluta analogia tra Claudia e Iulia, la figlia di Augusto, che il padre, a dispetto delle apparenze, considerava come una donna onesta paragonandola proprio a Claudia Quinta¹³¹.

Che vi sia un nucleo di verità nella partecipazione femminile alla cerimonia di accoglienza della dea parrebbe dimostrato dall'esistenza, già nel II secolo a.C., di una statua dedicata a Claudia Quinta nel *vestibulum* del tempio della dea sul Palatino¹³², inaugurato nel 191 a.C.¹³³ – l'anno del consolato di Nasica. Tuttavia, se Cicerone e Diodoro Siculo costituiscono le fonti più affidabili della vicenda¹³⁴, dobbiamo ritenere che l'intervento di Claudia non sia stato spontaneo, bensì che anch'ella sia stata scelta dal senato e che l'immaginazione popolare abbia invertito cause ed effetti¹³⁵. Cicerone scrive infatti che Nasica fu giudicato *vir optimus populi Romani* e Claudia *femina matronarum castissima*; Diodoro che Nasica fu individuato come τῶν ... ἀνδρῶν τὸν ἀρίστον e Valeria – non Claudia: si è ipotizzato da alcuni che quest'ultima fosse sposata a un Valerio e che le due donne siano la medesima¹³⁶, da altri che la

¹³⁰ J.G. FRAZER (ed.), *Publius Ovidius Naso. Fastorum libri sex* III (London 1929, rist. Hildesheim 1973) 241; BURTON, *The summoning of the Magna Mater to Rome (205 B.C.)* cit. (nt. 112) 55.

¹³¹ Macrobi. *Sat.* 2.5.4: *inde blandiebatur sibi Augustus laetum in filia animum usque ad speciem procacitatis, sed reatu liberum: et talem fuisse apud maiores Claudiam credere audebat*. Su questo rapporto cfr. per tutti D. PORTE, *Claudia Quinta et le problème de la lavatio de Cybèle en 204 av. J.-C.*, in *Klio* 66 (1984) 98 s.

¹³² Val. Max. 1.8.11 e Tac. *ann.* 4.64.3, che raccontano che essa sopravvisse a due incendi, nel 111 a.C. e nel 3 d.C.

¹³³ Liv. 36.36.3; WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*² cit. (nt. 102) 318.

¹³⁴ SCHMIDT, *Kultübertragungen* cit. (nt. 113) 15 ss.; GRAILLOT, *Le culte de Cybèle* cit. (nt. 126) 60; PORTE, *Claudia Quinta* cit. (nt. 131) 94 ss.

¹³⁵ Cfr. *supra* nt. 129. Per Plin. *nat. hist.* 7.35 furono le *matronae* a scegliere Claudia (*matronarum sententia*).

¹³⁶ GRAILLOT, *Le culte de Cybèle* cit. (nt. 126) 53 e nt. 1.

diversa denominazione sia dovuta a due diverse tradizioni analistiche, una facente capo a Claudio Quadrigario, l'altra a Valerio Anziate¹³⁷ – come τῶν γυναικῶν ... τὴν ἀγαθὴν¹³⁸ (peraltro, una eco della versione più antica si trova forse anche in Appiano, allorché scrive che la dea fu portata a Roma δι' ἀνδρῶν καὶ γυναικῶν ἀρίστων). E potrebbero anche rintracciarsi le ragioni religiose di questa duplice scelta nel fatto che per il culto frigio della dea era impiegata una coppia sacerdotale, che accompagnò la nave a Roma: è possibile che si sia ritenuto che anche per l'accoglienza della divinità nella sua nuova sede fosse necessaria la partecipazione di un uomo e di una donna, anche in linea con il ruolo attribuito alle donne romane nei culti delle divinità femminili¹³⁹.

Messi da parte gli elementi leggendari, la *ratio* della scelta di Claudia tra le *matronae* appare riconducibile alla sua *castitas* – e non è improbabile che nella selezione abbia inciso il fatto che suo cugino, C. Claudio Nerone, nel 204 a.C. era censore¹⁴⁰. Ma deve notarsi che la scelta sembrerebbe compiuta tra le sole *matronae*, ossia tra donne di condizione elevata: una selezione che potrebbe essere stata compiuta secondo modalità non dissimili da quelle attestate nella vicenda, di poco precedente (216 a.C.), dell'introduzione del culto di Venere Verticordia, allorché Sulpicia, moglie di Q. Fulvio Flacco (cos. 237, 224, 213), fu scelta per la sua *castitas* dopo un primo sorteggio tra tutte le matrone, un successivo tra cento e una scelta finale tra dieci¹⁴¹. D'altronde non bisogna dimenticare che per i ro-

¹³⁷ SCHMIDT, *Kultübertragungen* cit. (nt. 113) 12 e 16.

¹³⁸ Diod. fr. 34.33 (DINDORF).

¹³⁹ Così, in modo convincente, GRAILLOT, *Le culte de Cybèle* cit. (nt. 126) 52. Cfr. anche PORTE, *Claudia Quinta* cit. (nt. 131) 95; SCHEID, *Claudia, la vestale* cit. (nt. 128) 15 ss. Contrario alla possibilità di un ruolo femminile nel culto – ma in modo, mi sembra, ingiustificato – VOGT, *Vorläufer des optimus princeps* cit. (nt. 116) 86.

¹⁴⁰ Lo rilevano E. FANTHAM, *Ovid. Fasti, Book IV* (Cambridge 1998) 153 s. e WINSOR LEACH, *Claudia Quinta* cit. (nt. 128) 4.

¹⁴¹ Val. Max. 8.15.12: *merito virorum commemorationi Sulpicia Servi Paternuli filia, Q. Fulvi Flacci uxor, adicitur. quae, cum senatus libris Sibyllinis per decemviros*

mani l'*honestas* deve essere valutata non in assoluto, ma in relazione al rango di ciascuno, posto che essa non ha un valore esclusivamente etico (in senso kantiano) ma consiste nel comportamento conforme all'*honoros*¹⁴². La stessa *pudicitia*, come abbiamo già avuto modo di rilevare, è stata per lungo tempo una virtù di classe, così come sono state riservate ai ceti elevati una serie di segni distintivi del *pudor*¹⁴³. Un esempio significativo è nell'episodio – riferito al 296 a.C. – di Virginia, patrizia sposata ad un plebeo, che, pur essendo *univira* e vivendo secondo *pudicitia*, fu esclusa dalle *matronae* patrizie dall'altare della *Pudicitia* per aver sposato un uomo non appartenente all'ordine dei *patres*, al punto che, per poter compiere il culto, Virginia dovette dedicare un nuovo altare alla *Pudicitia Plebeia*: ma anche questo culto era in origine riservato alla *nobilitas* plebea, definendo l'*honoros* delle *matronae* che vi sacrificano, e solo più tardi vi si recheranno *omnis ordinis feminae*¹⁴⁴. Lo

inspectis censuisset ut Veneris Verticordiae simulacrum consecraretur, quo facilius virginum mulierumque mens a libidine ad pudicitiam converteretur, et ex omnibus matronis centum, ex centum autem decem sorte ductae de sanctissima femina iudicium facerent, cunctis castitate praelata est. Plinio il Vecchio accosta esplicitamente i due episodi: Plin. *nat. hist.* 7.35: *pudicissima femina semel matronarum sententia iudicata est Sulpicia Paterculi filia, uxor Fulvi Flacci, electa ex centum praeceptis quae simulacrum Veneris ex Sibyllinis libris dedicaret, iterum religionis experimento Claudia inducta Romam deum matre.* Per TORELLI, *Lavinio e Roma* cit. (nt. 88) 81, l'episodio dovrebbe essere invece «datato al 174 a.C. e collegato con la consultazione dei libri sibillini provocata dall'*omen infaustum* dell'estinzione del fuoco di Vesta».

¹⁴² FIORI, *Materfamilias* cit. (nt. 61) 480 ss. La situazione peraltro non è esclusiva di Roma, ma dura, nella cultura occidentale, sino all'Illuminismo: cfr. ID., *Bonus vir* cit. (nt. 42) 147 ss.

¹⁴³ La ricerca di R. LANGLANDS, *Sexual morality in ancient Rome* (Cambridge 2006) sulla *pudicitia* viene così sintetizzata dall'a. (365): «this study of *pudicitia* has brought out strongly just how far Roman ethics was concerned with the positioning of the individual within a network of hierarchical social relations. *Pudicitia* was instrumenting in regulating this system, keeping some individuals apart, drawing boundaries and emphasising differences and distances between individuals – between, for instance, Roman and foreign, free and slave, male and female, young and old, plebeian and patrician».

¹⁴⁴ Liv. 10.23.3-10. La storicità dell'episodio (su cui cfr. per tutti, S.P. OAKLEY, *A commentary on Livy. Books VI-X IV. Book X* [Oxford 2005] 247 ss.) è ai nostri fini poco rilevante, perché esso esprimerebbe in ogni caso una forma mentale.

stesso deve ripetersi rispetto al sacerdozio delle vestali, il modello massimo di *pudicitia*: ancora nel II secolo d.C. era necessario che il padre dell'aspirante vestale fosse *honesto loco natus*¹⁴⁵, ossia non solo *ingenuus*, ma addirittura di famiglia socialmente altolocata¹⁴⁶.

Se la valutazione etica è, rispetto a Claudia, inscindibile da quella sociale¹⁴⁷, come dobbiamo interpretare l'attribuzione del titolo a Nasica? È stato sostenuto che la scelta di un *adulescens, nondum questorius* sia del tutto improbabile, anche in considerazione del fatto che egli non sarebbe stato neanche in futuro un personaggio di primo piano, e che pertanto la storia sarebbe un'invenzione dell'annalistica dell'età dei Gracchi, e in particolare di L. Calpurnio Pisone, avverso a questi ultimi¹⁴⁸. In realtà è proprio il fatto che una simile scelta appare poco giustificabile a fornire la prova migliore della storicità dell'episodio. Ma effettivamente le ragioni della decisione del senato appaiono poco chiare.

Diodoro afferma che Nasica primeggiava per *pietas* (εὐσέβεια) verso gli dèi e appariva versato negli affari pubblici (πολιτικός) e assennato (συνετός) nel manifestare la propria opinione – ma la spiegazione è motivata, con un'anticipazione, richiamando la posizione moderata che Nasica assumerà anni

¹⁴⁵ Gell. 1.12.12.

¹⁴⁶ In questo senso è utilizzata la locuzione nella altre fonti: cfr. Caes. *bell. civ.* 3.61.1 (nobili Allobrogi); Cic. *Verr.* 2.5.31.4 (la moglie di Escrione, nobile siracusano); *Flacc.* 18 (il nobile Decimo Lelio); *Tusc.* 5.58 (Dionisio, tiranno di Siracusa); Plin. *min. epist.* 8.6.16 (i senatori, in opposizione al liberto Pallante); Porph. *Hor. serm.* 1.5.37 (una nobile famiglia di Formia); cfr., nel medesimo senso, Tac. *ann.* 14.21: *honesto loco ortus*.

¹⁴⁷ Rispetto all'episodio della *Pudicitia plebeia*, e in particolare al *certamen pudicitiae* cui allude Virginia in Liv. 10.23.7, è stato giustamente rilevato che «puzzlingly perhaps for a reader who comes with a prejudice that pudicitia equals 'chastity', the speech suggests that *pudicitia* is a quality of which there are degrees and in which it is possible to compete», e ciò si spiega perché il comportamento femminile non è «a personal moral issue as we might understand it today», ma piuttosto è «intimately bound up with the civic and religious duty of the individual, and with the wellbeing of the community as a whole» (LANGLANDS, *Sexual morality* cit. [nt. 143] 51).

¹⁴⁸ H. BERNEDER, *Magna Mater Kult und Sybillinen. Kulttransfer und annalistische Geschichtsfiktion* (Innsbruck 2004) 38 ss., 82 ss., 128 ss.

dopo sulla distruzione di Cartagine¹⁴⁹; Dione Cassio scrive che sarebbe stato scelto perché εὐσεβής και δίκαιος¹⁵⁰; Valerio Massimo addirittura trasforma l'epiteto da *vir optimus* in *vir sanctissimus*¹⁵¹; e Giovenale ne parla come di un *sanctus hospes numinis Idaei*¹⁵².

Si noti che si tratta sempre di virtù 'politiche': le stesse *pietas* e *sanctitas*, in una religione 'civile' come quella romana, sono virtù che non rilevano al livello della morale individuale, ma i cui effetti positivi si riverberano su tutto il gruppo. E tuttavia l'affidabilità storica di tali notizie è abbastanza incerta: a differenza degli altri scrittori, Livio ammette di non saper spiegare le motivazioni del senato, percependo, con raffinato senso storico, di non poter utilizzare le proprie concezioni per comprendere eventi accaduti secoli prima, e lasciando intuire che nell'annalistica mancavano indicazioni al riguardo¹⁵³. Questa cautela induce a sospettare che le spiegazioni delle cause della nomina siano effettivamente, come è stato sostenuto, il risultato di successive speculazioni letterarie¹⁵⁴, e che la scelta di Nasica debba piuttosto essere spiegata sul piano politico,

¹⁴⁹ Diod. fr. 34.33.

¹⁵⁰ Cass. Dio 17.61: οτι τοῦ Πυθίου κελεύσαντος τοῖς Ῥωμαίοις τῷ ἀρίστῳ τῶν πολιτῶν ἐπιτρέψαι τὴν θεὸν τὴν ἐκ Πεσινούντος κομιζομένην ἐς τὸ ἄστυ, Πούπλιον Σκιπίωνα, παῖδα τοῦ Γναίου τοῦ ἐν τῇ Ἰβηρίᾳ τελευτήσαντος ὄντα, ἀπάντων προέκριναν καὶ προετίμησαν. αἴτιον δὲ ὅτι ἄλλως τε ... καὶ εὐσεβής και δίκαιος ἐνομίζετο. ὃς ταύτην τότε ἐς τὴν πόλιν και ἐς τὸ Παλάτιον μετὰ τῶν ἐπιφανεστάτων γυναικῶν ἀνήγαγεν.

¹⁵¹ Val. Max. 8.15.3: *rarum specimen honoris <in> Scipione quoque Nasica oboritur: eius namque manibus et penetibus nondum quaestori senatus Pythii Apollinis monitu Pessinunte accersitam deam excipi voluit, quia eodem oraculo praeceptum erat ut haec ministeria Matri deum a sanctissimo viro praestarentur. explica totos factos, constitue omnes currus triumphales, nihil tamen morum principatu speciosius reperies. Cfr. anche 7.5.2: ... qui matrem Idaeam e Phrygiis sedibus ad nostras aras focusque migrantem sanctissimis manibus exceptit ...*

¹⁵² Iuven. sat. 3.137-138: *da testem Romae tam sanctum quam fuit hospes / numinis Idaei ...*

¹⁵³ Liv. 29.14.6: *id quibus virtutibus inducti ita iudicarint, sicut traditum a proximis memoriae temporum illorum scriptoribus libens posteris traderem, ita meas opiniones coniectando rem vetustate obrutam non interponam.*

¹⁵⁴ KÖVES, *Zum Empfang der Magna Mater in Rom* cit. (nt. 116) 324 s.

come una vittoria del partito degli Scipioni¹⁵⁵. Non certo nel senso che il prescelto fosse l'esponente di punta della famiglia – che in questa fase era di sicuro Scipione Africano – ma piuttosto immaginando che vi sia stato un accordo politico che ha indotto, da un lato, a scegliere uno Scipione che non rappresentava ancora, sul piano personale, un pericolo politico, non essendo ancora in età di assumere magistrature; dall'altro, ad affiancargli una donna della *gens Claudia*, che degli Scipioni era oppositrice¹⁵⁶. In una simile prospettiva, si spiegherebbe la stessa scelta senatoria di nominare non – come richiesto dall'oracolo – semplicemente il *vir optimus*, ma il *vir bonorum optimus*, a evidenziare che il prescelto era *optimus* tra i *boni*, all'interno cioè di una categoria che condivide, benché in grado minore, le medesime qualità¹⁵⁷.

Il culto della Grande Madre si connota dunque da subito in senso aristocratico¹⁵⁸, e non a caso – accanto al culto pubblico – sin dal 204 a.C. furono istituite ufficialmente¹⁵⁹ delle *sodalitates* tra soli *patricii* in cui i membri si invitavano reciprocamente a banchettare, come avveniva tra plebei durante i *ludi Ceriales*¹⁶⁰. L'opposizione tra i due culti è evidentemente politica: come i

¹⁵⁵ Cfr. in questo senso anche KÖVES, *Zum Empfang der Magna Mater in Rom* cit. (nt. 116) 324 ss.; L.E. ROLLER, *In search of God the Mother. The cult of Anatolian Cybele* (Berkeley-Los Angeles 1999) 282.

¹⁵⁶ KÖVES, *Zum Empfang der Magna Mater in Rom* cit. (nt. 116) 325 s.; PORTE, *Claudia Quinta* cit. (nt. 131) 96 s.; G. THOMAS, *Magna Mater and Atthis*, in *ANRW*. II.17.3 (Berlin-New York 1984) 1506.

¹⁵⁷ Meno persuasiva l'ipotesi che abbiano concorso fattori religiosi, ossia che sia stato scelto un *adulescens* per il rapporto tra Cibele e la dea romana *Iuventas*, al punto che Nasica avrebbe rappresentato una sorta di Attis (KÖVES, *Zum Empfang der Magna Mater in Rom* cit. [nt. 116] 329 ss.), o che la scelta sia stata indotta dall'ideologia propugnata dal partito degli Scipioni, che a partire dal 210 a.C. circa, avevano tenuto uffici straordinari in età molto giovani: cfr. P. LAMBRECHTS, *Cybèle divinité étrangère ou nationale?*, in *Bulletin de la Société Royale Belge d'Anthropologie et de Préhistoire* 62 (1951) 60; THOMAS, *Magna Mater and Atthis* cit. (nt. 156) 1505.

¹⁵⁸ DUMÉZIL, *La religione romana arcaica* cit. (nt. 96) 419.

¹⁵⁹ Cic. *Cato mai.* 45: *sodalitates autem me quaestore constitutae sunt sacris Idaeis Magnae Matris acceptis*.

¹⁶⁰ Gell. 18.2.11; cfr. 2.24.2 (dove parla di *principes civitatis*) e si ricorda che un senatoconsulto ne limitò le spese.

Ceriales erano organizzati dagli edili della plebe, i *Megalenses* da quelli curuli¹⁶¹; come i primi si svolgevano sull'Aventino, i secondi sul Palatino. Tuttavia gli uni e gli altri si rivolgono a divinità legate alla terra e alla produttività delle festività di aprile (Cerere, Tellus, Venere, Fortuna, Cibele), e allora viene naturale immaginare che la scelta di importare il culto di Cibele sia stata dettata da una reazione aristocratica al culto plebeo¹⁶² e da un recupero del passato 'troiano', e dunque aristocratico, di Roma¹⁶³, in un periodo di tempo in cui evidentemente – lo mostra l'episodio delle due *Pudicitiae* – la parificazione politica seguita al processo introdotto dalle *leges Liciniae Sextiae* aveva lasciato forti strascichi sul piano sociale e religioso.

Al termine dell'esame, non sembra dunque possa ritenersi «cosa scontata che l'attribuzione della qualifica *bonorum optimus virum* si fondava sulle *virtutes* dell'onorato» intese in senso etico¹⁶⁴. Sembra invece che la classe dirigente romana volesse autorappresentarsi come campione di un'etica aristocratica che identifica l'eccellenza nel perseguimento di virtù comportamentali rilevanti per il gruppo, delle quali in qualche modo si riserva però il monopolio, e che quest'etica si esprimesse sin dall'età più arcaica, e in continuità con la media repubblica, in forme giuridico-religiose mediante l'attribuzione degli epiteti di *bonus/optimus* agli uomini e *bona* alle donne.

3.5. *La formazione di una nozione astratta di bonus vir nei rapporti commerciali durante la media repubblica.* — Sarebbe però errato dimenticare che assai probabilmente la nozione di

¹⁶¹ TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* II³ (Berlin 1887) 509; WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*² cit. (nt. 102) 300 e 456 nt. 2.

¹⁶² È l'ipotesi di SABBATUCCI, *La religione di Roma antica* cit. (nt. 71) 147 s.

¹⁶³ Che naturalmente era anche funzionale a una legittimazione della politica espansionistica verso l'Asia Minore voluta dagli Scipioni: cfr. GRAILLOT, *Le culte de Cybèle* cit. (nt. 126) 43 s.

¹⁶⁴ FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus'* cit. (nt. 23) 73.

vir bonus ha subito, nel corso del III secolo a.C., una metamorfosi rilevante, in coincidenza con l'affermazione della potenza di Roma nel Mediterraneo¹⁶⁵.

In età arcaica la maggior parte dei rapporti sociali e giuridici di Roma erano limitati alla sfera ristretta della comunità, e ciò permetteva di imperniarli sulla nozione di *fides*, ossia sul 'credito' di ciascuno nel gruppo, sulla concreta e specifica 'affidabilità' del soggetto. Questo valore spiega il rapporto spesso riscontrabile nei testi latini tra il termine *fides* e concetti come quelli di *honor*, *decus*, *dignitas*, *fama* ecc., che si legano a una etica di rango: l'*honestas* come comportamento conforme all'*honor*¹⁶⁶, la *dignitas* come l'effetto del riconoscimento, da parte del gruppo, dei meriti di ciascuno secondo appropriatezza e del rango che ne consegue – si pensi al rapporto tra *decēre*, *decus* e *dignus* –, cui si lega etimologicamente gr. δόξα 'fama'¹⁶⁷ e semanticamente lat. *fama*.

¹⁶⁵ Per quel che segue, maggiori dati in R. FIORI, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* III (Napoli 2008) 237 ss.

¹⁶⁶ Per la formazione del termine da *honor* cfr. Prisc. *inst. gramm.* 4.20 (KEIL II 128); WALDE, HOFMANN, *Wörterbuch*³ I cit. (nt. 75) 656; ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. (nt. 55) 298. Per il significato, HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin*² cit. (nt. 52) 387; FIORI, *Materfamilias* cit. (nt. 61) 480 ss.

¹⁶⁷ Dalla radice i.e. **deh-* derivano lat. *decēre*, *decus*, *dignus* (< **dec-nos*) (cfr. WALDE, HOFMANN, *Wörterbuch*³ I cit. [nt. 75] 330 s.; J. POKORNY, *Indogermanisches etymologisches Wörterbuch* [Bern 1959] 189 s.; ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. (nt. 55) 167; DE VAAN, *Dictionary* cit. [nt. 69] 164) e gr. δοκέω 'sembrare, valutare', δόξα 'fama, opinione' (P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*² [Paris 1999] 269 s. e 290 s.). Cfr. anche ved. **daśas-* (forma presupposta dal verbo denominativo *daśasyāti* 'servire, adorare' [con l'acc.] o 'accordare a, favorire' [con il dat.]: cfr. M. MONIER-WILLIAMS, *A Sanskrit-English dictionary* [Oxford 1899, repr. 1964], 472; cfr. anche *daśā* 'stato, condizione, fato', *ibidem* 473); airl. *dech* 'ottimo', che è superlativo di *maith* 'buono': è stato però ipotizzata l'esistenza di un originario sostantivo con valore analogo a lat. *decus* (R. THURNEISEN, *A grammar of Old Irish* [Dublin 1946] 236; POKORNY, *op. cit.* 190; J. VENDRYES, *Lexique étymologique de l'irlandais ancien [D]*, par le soins de P.-Y. LAMBERT [Paris 1996] D-31). Alla medesima radice è forse da ricondurre aingl. *teohþian* 'pensare, giudicare' (J. BOSWORTH, T. NORTHCOTE TOLLER, *An Anglo-Saxon dictionary* [Oxford 1898] 976 s.) e got. *tēwa* 'ordine' (W.P. LEHMANN, *A Gothic etymological dictionary* [Leiden 1986] 343).

Quando però, tra il IV e il III secolo a.C., Roma si è aperta al confuso e mutevole mondo dei mercati e dei traffici internazionali, i rapporti più rilevanti sono divenuti quelli realizzati tra persone che – non appartenendo alla medesima comunità – non hanno contezza l'uno del 'credito' dell'altro. È allora verisimile che la prassi commerciale abbia sviluppato, e che il pretore romano abbia adottato¹⁶⁸, un parametro oggettivo, astratto, desunto dall'esperienza romana ma imposto anche agli stranieri che avessero chiesto una tutela entro la *iurisdictio* del pretore romano; un parametro coincidente con una *fides* fittizia, convenzionale, svincolata dalla realtà concreta delle parti del rapporto, delle quali non si verifica – non può verificarsi – l'affidabilità. Per costruire un simile parametro si richiama invece un paradigma comportamentale che, per quel che abbiamo potuto vedere, era condiviso dai Greci e forse dagli Etruschi – benché non necessariamente inteso in termini identici – e che coincideva con la figura del *bonus vir*¹⁶⁹. Così come la *fides* da qualità personale diviene parametro astratto, allo stesso modo la qualifica di *bonus* dal riferirsi a soggetti concreti passa a connotare un modello di buon cittadino che fa propri i valori aristocratici – che coincidono con i valori tradizionali – ma non necessariamente appartiene alla *nobilitas*: i rapporti tutelati da *iudicia bonae fidei* sono perfettamente paritari, e anzi la loro disciplina è primariamente indirizzata al mantenimento dell'equilibrio contrattuale tra le posizioni delle parti, senza tener conto della loro condizione sociale nella costruzione del rapporto¹⁷⁰ – come invece accadeva in rapporti arcaici quali ad esempio la clientela.

¹⁶⁸ Ma è verisimile anche il contrario, così come è probabile che la novità sia stata introdotta, per il tramite del pretore, su impulso dei giuristi.

¹⁶⁹ Cfr. in questo senso già A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*² II.1 (Halle 1895) 80 s.; H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, in ZSS. 11 (1890) 177; L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides* (Milano 1961) 181; D. NÖRR, *Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronzetafel von Alcántara* (München 1989) 153.

¹⁷⁰ R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato IV* (Napoli 2011) 111 e 240 s.

Ciò non significa, naturalmente, che le connotazioni sociali vengano meno: abbiamo visto che esse si mantengono ancora nel III-II secolo a.C.¹⁷¹, e sappiamo che residuano nella qualifica di *boni/optimi* attribuita ai *principes civitatis* alla fine della repubblica, non sparendo nemmeno nel *de officiis* di Cicerone, nonostante l'ulteriore caratterizzazione della nozione in senso filosofico. Ma il concetto di *bonus vir* diviene maggiormente polisemico. E ciò spiega, a mio avviso, l'apparente ambiguità rinvenibile nelle fonti letterarie del II secolo a.C.¹⁷² – e in par-

¹⁷¹ Non direi dunque, con FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus'* cit. (nt. 23) 92, che nella media repubblica «la qualifica *'vir bonus'* – come attestano univocamente le fonti in relazione al linguaggio comune, alla prassi giudiziaria e ai documenti ufficiali – ... esprime di per sé una connotazione positiva che concerne esclusivamente il profilo morale».

¹⁷² Abbiamo anche esempi relativi ai rapporti internazionali di Roma, dove si usa l'espressione *καλὸς καὶ ἀγαθός* con riferimento a popoli e ad ambasciatori: *SC de Narthaciensibus et Melithaensibus* (150 e 147 a.C.) (*IG*. IX/2 89; *Syll.* 674; GIRARD, SENN, 23 ss. n. 4) lin. 62-63; cfr. lin. 16-18 e 39-41; *Ios. Flav. ant. Iud.* 13.9.2 (264) e 14.8.5 (146), con riferimento a due senatoconsulti nel 139 e 135 a.C. circa; *SC de foedere cum Astypalaeensibus* (105 a.C.) (*CIGr.* 2485; *IG*. XII/3 173; *IGRR*. IV 1028) lin. 3-4; *SC de Stratonicensibus* (81 a.C.) (*Syll.* 523; DITTEMBERGER, *OGIS*. 441) lin. 68. Secondo FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus'* cit. (nt. 23) 85 s., «poiché in relazione al δῆμος la qualifica non può che riferirsi al comportamento leale e fedele verso il *populus* Romano, può concludersi che anche in relazione agli ambasciatori a venire in questione è il profilo delle qualità personali (per le quali, certo, essi sono stati scelti a rappresentare la comunità straniera), e non già quello della loro posizione sociale». Nel medesimo senso dovrebbe essere intesa l'attribuzione dei titoli di *καλοὶ καὶ ἀγαθοί* nel *SC de Asclepiade et Clazomenio sociique* del 78 a.C. (*FIRA*. I 35) e di *viri boni socii et amici* ai Locresi nel 205 a.C. (*Liv.* 29.19.7), nonché il riconoscimento dell'essere il re Gerone *vir bonus egregiusque socius* (*Liv.* 22.37.10). A me sembra che anche in questi casi a una valutazione etica si accompagni un riconoscimento sociale: come rilevavo già in FIORI, *Fides e bona fides* cit. (nt. 165) 248 (con rinvio a FIORI, *Homo sacer* cit. [nt. 86] 124 e 162 ss.) i Romani proiettavano la loro visione della gerarchia anche nei rapporti internazionali, ed è in questa prospettiva che devono essere valutati i riferimenti alla *fides* e alla *maiestas populi Romani*: i popoli fedeli sono 'buoni', e perciò rispettabili, perché si comportano in conformità con la gerarchia, e lo stesso si ripete per i loro ambasciatori (peraltro, non credo si sia mai dato un caso, nella politica estera romana – ma riterrei che le cose non mutino quando si guardi ad altri popoli – in cui un'ambasceria sia stata affidata a soggetti non appartenenti alla *nobilitas*: il che poi non esclude che, nello scegliere all'interno di questa, siano state valutate anche le concrete capacità delle persone, che tuttavia non devono necessariamente corrispondere a una virtù 'etica').

icolare in Plauto, Terenzio e Catone – dove accanto a passi in cui l'espressione è innegabilmente impiegata in senso etico-comportamentale¹⁷³, vi sono brani in cui gli aggettivi *bonus* e *malus* indicano con chiarezza il rango sociale¹⁷⁴.

¹⁷³ Li ha raccolti e discussi FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus'* cit. (nt. 23) 68 ss. e 76 ss. (Plauto), 78 (Terenzio) e 78 ss. (Catone). Sulla definizione catoniana di *vir bonus* come *dicendi peritus*, S. AUBERT, *Stoïcisme et romanité. L'orateur comme 'homme de bien habile à parler'*, in *Camena* 1 (2007) 1 ss., ipotizza influenze socratiche.

¹⁷⁴ Basti richiamare Plaut. *aul.* 212-238, in cui il vecchio Megadoro, rivolgendosi a Euclione per chiedere la mano della figlia, gli domanda da quale *genus* ritiene che egli discenda (*dic mihi, quali me arbitrare genere prognatum?*) – e l'altro risponde: *bono*; quale ritenga sia la sua *fides* (*quid fide?*) – ed Euclione: *bona*; quali i comportamenti (*quid factis?*) – e l'altro: *neque malis neque improbis*. Ma, alla richiesta di matrimonio, Euclione, che è di livello sociale inferiore, contesta a Megadoro che il suo comportamento non è appropriato (*haud decorum facinus tuis factis facis*): Megadoro infatti è ricco, pieno di rapporti, mentre lui è povero, e chi cerca di passare da una classe sociale all'altra si ritrova contro sia i membri della nuova che quelli della vecchia; al che Megadoro oppone che avvicinarsi ai *probi* sarebbe per Euclione *optimum*. Cfr. anche Plaut. *cistell.* 705, dove le espressioni *bona femina* e *malus masculus* si riferiscono rispettivamente a una matrona e al suo servo (entrambi i brani non sono fra quelli analizzati da FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus'* cit. [nt. 23] 68 ss. e 76 ss.). In una serie di passi (Plaut. *Cas.* 724; *capt.* 954; *Curc.* 610; *Pers.* 778; *Pseud.* 1145) Plauto attribuisce il titolo a uno schiavo, con una ironia che si spiega solo in chiave sociale (così SINKO, *De Romanorum viro bono* cit. [nt. 65] 9; in assenza dell'univocità di testimonianze supposta da FALCONE, *op. cit.* 77, mi sembra forzato concludere che in questi testi – e più precisamente in Plaut. *Cas.* 724 – Plauto abbia «giocato sulla considerazione dell'abbigliamento e dell'incedere 'aristocraticamente' eleganti quali indicatori di un distinto atteggiamento interiore», come propone FALCONE, *op. cit.* 78). Per Catone, cfr. *orat.* fr. 58 MALCOVATI = Gell. 10.3.14: Catone critica l'operato di Minucio Termo che aveva fatto fustigare i *decemviri* di un municipio alleato, e rileva che una simile *contumelia*, un simile *imperium*, una simile *servitus* sono intollerabili, essendo rivolta a *boni(s)*, *bono genere gnati(s)* (sull'interpretazione dell'espressione immediatamente successiva, *boni consultis*, cfr. FALCONE, *op. cit.* 82 nt. 62). Concordo con FALCONE, *op. cit.* 83, nel ritenere che le due espressioni indichino due condizioni differenti, ma non mi pare che il primo termine possa essere letto in senso morale, anche perché non si comprende per quale ragione dovrebbe essere contrapposta alla *servitus* la fustigazione di persone moralmente corrette: mi sembra invece che Catone intenda indicare la condizione sociale elevata dei magistrati coinvolti e il loro provenire da famiglie parimenti altolocate (che nell'espressione *bono genere gnati* – che ha un valore analogo a quella, rinvenibile in altre fonti, di *honesto loco natus* – *bonus* ha certamente valore sociale è riconosciuto dallo stesso FALCONE, *op. cit.* 83;

3.6. *Conclusioni.* — L'opposizione *boni~mali* parrebbe insomma disegnarsi in forme differenti in relazione al complessivo mutare della società romana, mantenendo però rilevanti linee di continuità.

Alle origini, l'aggettivo *bonus* sembra legarsi a una condizione di positività – o, nel superlativo *optimus*, addirittura di eccellenza – che si esprime a tutti i livelli: la posizione socio-economica determina uno *status* anche giuridico che reca con sé dei doveri di comportamento parametrati all'*honos* del soggetto. In questo senso sul piano storico non vi è alcuna contraddizione¹⁷⁵ tra un valore etico e un valore sociale della nozione: per evitare di proiettare sull'antichità distinzioni e categorie moderne, occorre infatti interrogarsi sull'esistenza di un'autonomia della sfera morale e sul contenuto di queste *virtutes* nell'esperienza romana. In studi sulla Grecia arcaica, ad esempio, si è sostenuto che poiché i valori della società erano incentrati sulla competizione e sul valore guerriero, l'intera sfera etica sarebbe stata influenzata dalla necessità del successo, tralasciando ogni profilo di colpevolezza, all'interno di una perfetta *shame culture*¹⁷⁶: al di là della maggiore o minore divisibilità di queste ipotesi¹⁷⁷, credo debba riconoscersi il fatto che nelle fonti antiche si parli di 'virtù' (ἀρετή, *virtus*) non implica necessariamente un riferimento alle virtù morali dell'etica moderna.

l'espressione ricorre anche in Plaut. *aul.* 213; *merc.* 969): due condizioni che – com'è noto – distinguevano sul piano sociale gli aristocratici dagli *homines novi* e costituivano un ulteriore motivo di onore. La medesima espressione ricorre in Ter. *Phorm.* 115, dove si parla di una ragazza *bonis bona prognata* (il passo non è tra quelli esaminati da FALCONE, *op. cit.* 78) e in *rhet. Her.* 3.7.13. Tranne forse che in Ter. *adelpb.* 556, mi sembra abbia invece ragione FALCONE, *op. cit.* 78 nell'escludere che l'espressione *vir bonus* abbia l'accezione sociale che vi ravvisa SINKO, *op. cit.* 9 (cfr. Ter. *Andr.* 616 e 846; *eun.* 850; *adelpb.* 961).

¹⁷⁵ Quale quella che FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus'* cit. (nt. 23) 75 nt. 39, imputa, ad es., a M. MASSARO, *Questioni di epigrafia scipionica*, in *Epigraphica* 70 (2008) 62 s.

¹⁷⁶ Cfr. soprattutto ADKINS, *La morale dei Greci* cit. (nt. 48).

¹⁷⁷ Che a mio avviso sono solo in parte persuasive: cfr. FIORI, *Bonus vir* cit. (nt. 42) 151 nt. 45.

Con il passaggio a una 'economia-mondo'¹⁷⁸ si sviluppa una concezione del *bonus vir* impersonale e astratta, che non è legata ai concreti *viri boni*, ma costituisce un modello di comportamento nei traffici commerciali adottato nella tutela dei *iudicia bonae fidei*. È probabilmente a partire da questo momento che la connotazione etica della nozione, sinora legata allo *status* sociale, si affranca dai caratteri di classe, che tuttavia – come era accaduto in Grecia – non vengono meno.

Alla fine della repubblica l'influenza della filosofia greca, mediata dall'opera di Cicerone, compie un'ulteriore trasformazione. Neanche ora viene meno l'accezione sociale del termine *bonus* che – soprattutto se declinata al plurale, e anche al superlativo *optimi* – indica la classe dirigente: come è stato scritto, «character, or way of life, in the Roman view, was intimately connected with social position: *boni mores*, good character, were nothing less than the virtue of the higher orders»¹⁷⁹. Ma il distacco operato dalle filosofie di impostazione socratica, e in particolare dallo stoicismo, tra la condizione dei potenti e l'esercizio delle virtù, per quanto accolta solo in parte da Cicerone, favorisce una estensione dei valori tradizionali aristocratici a tutti i cittadini che rispettino la gerarchia della *res publica* e che perciò, benché non identificabili con gli *optimi*, possono tuttavia essere ricompresi nei loro sostenitori.

Chiarito il significato di *bonus*, resta poco da dire del suo contrario *malus*. Se il *bonus* è il soggetto che, per la sua posizione sociale ed etica di *probus*, ossia per la sua *fides*, è particolarmente in grado di *probare*, il *malus* sarà sino a prova contraria meno dotato di *fides* e addirittura *inprobus*: e io credo sia difficile negare il valore formulare dei frequenti accostamenti

¹⁷⁸ Seguo il mio Maestro nel recepire il modello di Fernand Braudel per questa fase della storia economica di Roma: cfr. F. SERRAO, *Dalle XII tavole all'editto del pretore*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana* (Atti Pavia 1985) (Padova 1987) 51 ss. e spec. 89 ss. [= *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale* (Pisa 1989) 263 ss. e spec. 299 ss.].

¹⁷⁹ P. GARNSEY, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire* (Oxford 1970) 210.

delle qualifiche di *malus et improbus*¹⁸⁰, *improbis* e *intestabilis*¹⁸¹, *malus e intestabilis/detestabilis*¹⁸².

4. Un processo 'irrazionale'?

4.1. *Le teorie su un'originaria irrazionalità del processo.* — Se quanto detto sin qui è condivisibile, dovremo ritenere che il giudice, in assenza di prove, dovesse decidere tenendo conto dello *status* delle parti, valutato sul piano etico, sociale e giuridico.

È un dato che stupisce relativamente. La regola si pone in linea con quanto sappiamo del ruolo – attestato ancora all'epoca di Cicerone – di figure che partecipavano al giudizio al solo scopo di deporre favorevolmente sull'affidabilità e sullo *status* della persona, come i *laudatores* o gli *advocati*¹⁸³, e con il rilievo

¹⁸⁰ Plaut. *aul.* 213; Cic. *Verr.* 2.2.101; Liv. 23.4.7-9 (riferito al senato); Ascon. *toga cand.* 64 (CLARK); Sen. *ben.* 4.28.3; Val. Max. 4.1(ext).5; Fest. s.v. «*Sacer mons*» [L. 124]; Serv. auct. *Aen.* 4.386. Cfr. anche Plaut. *merc.* 969-970; *mil.* 732-735; *most.* 873; *Pseud.* 1130 (*boni-improbi*); Cic. *Verr.* 2.1.37; 2.3.154 (*malitia e improbitas*); *leg. agr.* 2.8 (*boni-improbi*); *nat. deor.* 3.81 (*boni-improbi*); *Att.* 1.13.3 (*boni-improbi*).

¹⁸¹ Sall. *bell. Jug.* 67.3; Gell. 7.7.3; 15.13.11; I. 2.10.6.

¹⁸² Liv. 23.3.1; Porph. in *Hor. serm.* 2.3.181 (HAUTHAL II 274). Il commento di Porfirione si riferisce a un verso di Orazio (*sat.* 2.2.181) in cui si diceva di uno spergiuro che sarebbe divenuto *intestabilis et sacer*: si ricordi al riguardo che la qualifica di *homo malus et improbus* di Fest. s.v. «*Sacer mons*» [L. 424] si riferiva proprio a un *homo sacer*. Mi sembra evidente che ci troviamo di fronte a un linguaggio formulare.

¹⁸³ Cfr. J.-PH. LÉVY, *Cicéron et la preuve judiciaire*, in *Mélanges H. Lévy-Brubl* (Paris 1959) 194 [= *Autour de la preuve* cit. (nt. 129) 30]. Non mi sembra condivisibile la lettura che FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus'* cit. (nt. 23) 63 ss., offre di Cic. *Mur.* 11-14, secondo cui le *laudes* del patrono sarebbero indirizzate solo alle qualità morali e alla condotta di vita di Murena: tutto il discorso di Cicerone è infatti finalizzato a esaltare allo stesso tempo sia le capacità personali, sia le origini di Murena, che vengono ancor più discusse dal § 15, ove inizia un vero e proprio confronto tra la *dignitas* di Murena e quella di Servio in relazione ai loro antenati; d'altronde, l'accusa contro Murena è rivolta all'*honor*, alla *fama*, alle *fortuna*e di quest'ultimo (§ 2). La valutazione di Cic. *Rosc. com.* 17-21 (su cui FALCONE, *op. cit.* 64 s.) è più complessa. Il procedimento è nato da un'*actio certae creditae pecuniae* con cui Fannio ha convenuto Roscio all'interno di un rapporto di società che tuttavia non viene azionato. Pertanto, benché il *iudicium* sia *stricti iuris*,

attribuito alla *dignitas* dell'accusato¹⁸⁴. Ma che significato dare a una simile logica decisionale?

La regola potrebbe essere assunta come prova dell'ipotesi – diffusa tra gli studiosi molto più di quanto si potrebbe pensare – di un'originaria 'irrazionalità' del processo arcaico.

Secondo questa teoria, in una prima fase della storia del processo, la soluzione del conflitto sarebbe stata rimessa all'intervento della divinità. Questa si sarebbe manifestata attraverso gli *auspicia* o gli *auguria* di cui il giudice (alle origini, il *rex* o i *pontifices*) è interprete¹⁸⁵, oppure attraverso prove ordaliche – come dimostrerebbe la presenza del *sacramentum*, ossia di un giuramento assertorio che chiama gli dèi a testimoni e a giudici, e che può avere come conseguenza la *sacratio* dello spergiu-

Cicerone richiama continuamente regole e valori propri dei *iudicia bonae fidei*, sostenendo che l'accusa di Fannio getta implicitamente discredito su Roscio: anche se nella formula della *condictio* non vi sono riferimenti alla *fides*, una eventuale condanna – posto il rapporto di società sullo sfondo – avrebbe inciso necessariamente sull'*existimatio* del convenuto. Pertanto Cicerone decide di far seguire alla *oratio necessaria*, finalizzata alla *condictio*, un'*oratio voluntaria* che mira unicamente a salvaguardare la *bona existimatio* del suo assistito (§ 15) (una sintesi di questi problemi in R. FIORI, *Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della 'recezione' dei iudicia bonae fidei*, in *BIDR.* 101-102 [1998-1999] 179 ss.). È chiaro che, in un simile contesto, Cicerone non può che enfatizzare i profili comportamentali di Roscio, in conformità con i dettami della *bona fides* – che, come abbiamo detto, non è gerarchica – anche perché, da abile oratore, sa bene che non è il caso di porre l'accento sullo *status* sociale di un attore. Ma che il termine di riferimento del suo discorso sia anche la *dignitas* sociale delle parti, è mostrato dall'ardito paragone (*audacter dico*) che egli instaura tra le capacità di Roscio come attore e le sue doti di *vir*, tali queste ultime che egli, così com'è *dignissimus* per la *scaena* in virtù dell'arte, potrebbe essere considerato addirittura *dignissimus* per la *curia* in virtù della propria *abstinentia* (§ 17).

¹⁸⁴ Cfr. LÉVY, *Cicéron et la preuve judiciaire* cit. (nt. 183) 193 [= *Autour de la preuve* cit. (nt. 129) 29]; ID., *Dignitas, gravitas, auctoritas testium*, in *Studi B. Biondi* II (Milano 1963) 31 ss. [= *Autour de la preuve* cit. (nt. 129) 63 ss.].

¹⁸⁵ L'ipotesi della consultazione degli *exta* è stata sostenuta particolarmente da LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* cit. (nt. 27) 74 s., il quale ha suggerito che le viscere lette dal *rex*, assistito dagli auguri, fossero quelle degli animali originariamente oggetto del *sacramentum*; l'idea degli *auguria* è invece di G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus* 11 (1960) [= *Coniectanea* (Milano 1966) 157]; R. DÜLL, *Vom vindex zu iudex (Fortsetzung und Schluß)*, in *ZSS.* 55 (1935) 17 ss., ha ipotizzato l'uso della *sortitio*. Per una critica di queste congetture mi sembra sufficiente rinviare a PUGLIESE, *Il processo civile romano* I cit. (nt. 17) 56 ss.

ro¹⁸⁶. In un simile contesto, più che di mezzi di prova, sarebbe corretto parlare di mezzi di decisione¹⁸⁷.

In una seconda fase, caratterizzata dalla graduale laicizzazione del processo¹⁸⁸ – uno sviluppo, questo, che sarebbe iniziato non prima del VI-V secolo a.C. e si sarebbe concluso forse solo tra il II e il I secolo a.C.¹⁸⁹ – allorché ai testimoni divini si sarebbero sostituiti i testimoni umani¹⁹⁰, si sarebbe anche pervenuti a una maggiore razionalità della prova. Anche in questa fase, però, la testimonianza sarebbe concepita come ‘prova globale’, non tanto sul fatto quanto sulla persona del reo¹⁹¹: i testimoni sarebbero infatti stati chiamati a prendere le parti dell’uno o dell’altro dei litiganti, esprimendo così un giudi-

¹⁸⁶ Cfr., variamente, H. LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain (Essai de solutions sociologiques)* (Paris 1934) 109 nt. 3; ID., *Recherches sur les actions de la loi* cit. (nt. 27) 69 ss.; C. GIOFFREDI, *Ius, lex, praetor. (Forme storiche e valori dommatici)*, in *SDHI.* 13-14 (1947-48) 105 e nt. 185; PH. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil* (Paris 1949) 277 ss.; LÉVY, *Le problème des ordalies* cit. (nt. 129) 428 ss. [= *Autour de la preuve* cit. (nt. 129) 54 ss.]; BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico* cit. (nt. 185) 154 ss.; PUGLIESE, *Il processo civile romano I* cit. (nt. 17) 97 ss., 183, 407, 412 ss., 424 ss.; ID., *La preuve* cit. (nt. 25) 279 ss. [= *Scritti giuridici scelti I. Diritto romano* (Napoli 1985) 343 ss.]; R. SANTORO, *Potere e azione nell’antico diritto romano*, in *AUPA.* 30 (1967) 357 e 558; A. BISCARDI, *Testes estote. Contribution a l’étude du témoignage en droit romain*, in *RHD.* 49 (1971) 386 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano I. Le legis actiones* (Torino 1980) 17 ss., 57 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano I* (Torino 1986) 128 ss.; U. VINCENTI, *Duo genera sunt testium. Contributo alla storia della prova testimoniale nel processo romano* (Padova 1989) 4 ss. È da notare che non è la stessa cosa che l’ordalia sia imposta dal costume, dal giudice o richiesta dalla parte, come afferma LÉVY, *op. ult. cit.* 425 [= *Autour de la preuve* cit. (nt. 129) 51]: esempi (per quanto leggendari) come quelli di Tuccia o Quinta Claudia potrebbero anche rispecchiare una realtà storica, ma un conto è che eccezionalmente l’accusato offra una prova ordalica che convince il giudice, un altro è che strutturalmente il processo si fondi su prove ‘irrazionali’ invece che sul fatto.

¹⁸⁷ PUGLIESE, *Il processo civile romano I* cit. (nt. 17) 407 e 412; CANNATA, *Processo privato romano* cit. (nt. 186) 20.

¹⁸⁸ BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico* cit. (nt. 185) 162 ss.

¹⁸⁹ PUGLIESE, *La preuve* cit. (nt. 25) 283 s. [= *Scritti giuridici scelti I* cit. (nt. 25) 347 s.]; ID., *Il processo civile romano I* cit. (nt. 16) 407, 410, 412.

¹⁹⁰ BISCARDI, *Testes estote* cit. (nt. 186) 397.

¹⁹¹ PUGLIESE, *La preuve* cit. (nt. 25) 298 [= *Scritti giuridici scelti I* cit. (nt. 25) 362]; ID., *Il processo civile romano I* cit. (nt. 17) 414.

zio¹⁹². In tal senso dovrebbero infatti essere spiegate le fonti in cui vengono avvicinati *testes* e *arbitri*, *testes* e *advocati*. I testimoni, quando chiamati a certificare l'esistenza e la validità di un negozio formale, si comporterebbero come «dei giudici, pronti a giustificare, a testimoniare di fronte all'intero gruppo» la conformità dell'atto all'ordine giuridico¹⁹³. Quando invece chiamati a deporre in giudizio, i testimoni coinciderebbero con quei vicini chiamati a verificare un evento per poterlo attestare nel processo¹⁹⁴ – e in ciò è stata ricordata, forse con fiducia eccessiva, l'ipotesi etimologica di una derivazione di *arbiter* da *ad-bītere*¹⁹⁵ – con il compito di fornire non «tanto la conoscenza certa di fatti concreti ... quanto un giudizio (*sese arbitrar*) soggettivo a favore od a sfavore della personalità dell'imputato»¹⁹⁶.

Naturalmente, la prima fase può essere immaginata solo a condizione di escludere l'esistenza di un sistema di regole prefissate, quantomeno umane ma forse anche divine, che indirizzino 'razionalmente' verso il giudizio. Questo aspetto – che per la verità la maggioranza degli autori non discute – è affrontato

¹⁹² PUGLIESE, *L'onere della prova* cit. (nt. 2) 413 ss.; ID., *La preuve* cit. (nt. 25) 282 [= *Scritti giuridici scelti* I cit. (nt. 25) 346], con rinvio a Broggin, citato *infra*, nelle ntt. segg.

¹⁹³ BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico* cit. (nt. 185) 160.

¹⁹⁴ G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters* (Köln-Graz 1957) 40 ss.; ID., *La prova nel processo romano arcaico* cit. (nt. 185) 174 s.

¹⁹⁵ BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit. (nt. 194) 41 nt. 45 (cfr. ID., *La prova nel processo romano arcaico* cit. [nt. 185] 174), cita WALDE, HOFMANN, *Wörterbuch*³ I cit. (nt. 75) 62, ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. (nt. 55) 43 e A. PARIENTE, *Notas al vocabulario jurídico latino*, in *AHDE*. 17 (1946) 932 ss. Tuttavia nella seconda opera il rapporto con *baeto* è definito «douteux», mentre la proposta etimologica di Pariente è del tutto differente (*arbiter* < **ambbro-ter*, «el que es de una y de otra parte, el que hace a una y otra parte, el que concuerda las dos partes litigantes, el intermediario o árbitro»). Una rassegna delle altre proposte etimologiche in P. MARTINO, *Arbiter* (Roma 1986) 14 ss.

¹⁹⁶ BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico* cit. (nt. 185) 153. L'affermazione, compiuta in relazione al processo penale, riproduce anche il pensiero dell'a. sul processo privato (*ibidem* 154 ss.) che, peraltro, per l'a. è dal primo sostanzialmente indistinto (*ibidem* 143 ss.).

da uno dei lavori maggiormente interessanti sul tema, quello di Raimondo Santoro, il quale inserisce il problema del giudizio all'interno di una ricostruzione complessiva del diritto romano arcaico e della concezione del *ius*. Un approccio che conferisce all'ipotesi del processo irrazionale una forza dimostrativa inconsueta.

Per Santoro, l'atto del *iudicare* consisterebbe nella «interpretazione di una volontà superiore»¹⁹⁷, poiché lo *ius* che viene svelato attraverso l'opera del *iudex* non coinciderebbe alle origini con un ordine necessario giuridico o naturale, ma – e in ciò l'autore si colloca nella linea di Hägerström e del de Francisci dei *Primordia civitatis*¹⁹⁸ – con una «forza rituale»¹⁹⁹: se i termini indoiranici etimologicamente corrispondenti – avest. *yaož-(dā-)* e ved. *yóh* – indicano l'ottenimento o il ripristino di una condizione positiva, il termine latino indicherebbe «la forza ristabilita attraverso la cerimonia di purificazione»²⁰⁰. Questa forza si identificherebbe con l'azione²⁰¹, all'interno di una visione del mondo «dominata da un'atmosfera di rischio» che dà vita all'«antica credenza nella magia», nella quale «in assenza dei limiti obiettivi dell'ordine naturale e dell'ordine giuridico, il soggetto può imporre, in virtù della sua sola forza personale, la sua legge», purché espressa «in modalità d'azione efficaci»: la realtà sarebbe dunque azione e «i valori in tal modo affermati non hanno il grado di certezza delle 'verità' ottenibili attraverso l'astrazione logica»²⁰². La 'giustizia' del *ius* non deriverebbe dunque dalla sua corrispondenza con valori oggettivi, ma dall'essere ritualmente corretta e «approvata dall'alto»²⁰³.

¹⁹⁷ SANTORO, *Potere e azione* cit. (nt. 186) 559.

¹⁹⁸ A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung* I (Uppsala 1927) 558 e P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis* (Roma 1959) 378 ss., citati dallo stesso SANTORO, *Potere e azione* cit. (nt. 186) 205 nt. 2.

¹⁹⁹ SANTORO, *Potere e azione* cit. (nt. 186) 202 ss.

²⁰⁰ SANTORO, *Potere e azione* cit. (nt. 186) 220.

²⁰¹ SANTORO, *Potere e azione* cit. (nt. 186) 357.

²⁰² SANTORO, *Potere e azione* cit. (nt. 186) 355 s.

²⁰³ SANTORO, *Potere e azione* cit. (nt. 186) 371.

4.2. *Critica della teoria irrazionalista. a) Le difficoltà di ordine giuridico.* — Le ipotesi sopra descritte non sono fondate su dati testuali molto significativi²⁰⁴, e sembrano dipendere più che altro da premesse ideologiche sulle quali ci soffermeremo²⁰⁵. Al di là di ogni altra considerazione, occorre però rilevare che esse danno luogo a una serie di difficoltà innanzi tutto sul piano strettamente giuridico.

In primo luogo, le teorie irrazionaliste sostituiscono indebitamente la funzione degli dèi come *testes* del giuramento, dei quali si invoca la *fides*, con quella ‘ordalica’ di giudici. E ciò o senza alcuna motivazione, oppure facendo perno sull’accostamento tra *testis* e *arbiter*, non tenendo conto del fatto che proprio la conservazione di due termini distinti per designare il ‘terzo’²⁰⁶ rispetto alla lite indica che essi dovevano indicare soggetti con funzioni diverse: in latino *testis* non ha assunto il significato di ‘arbitro’ sviluppatasi ad esempio nel russo antico *tretiji* ‘terzo, mediatore, arbitro, giudice’²⁰⁷. In realtà, è piuttosto il ruolo dell’*arbiter* che può essere spiegato mediante quello del *testis*, che non il contrario. Secondo un’ipotesi storicamente credibile, lat. *arbiter* è derivato dal fenicio ‘*arb* ‘garante (nelle compravendite)’ nel periodo della monarchia etrusca, quando Roma era coinvolta nei traffici del Mediterraneo i cui principali attori erano etruschi, greci e punici²⁰⁸, e la vicinanza del termine con i vocaboli *arra* e *arrabo* — che com’è noto esprimono un

²⁰⁴ Mi limito a rinviare a F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana* I² (Napoli 1972) 210 s.; M. TALAMANCA, s.v. «Processo civile (diritto romano)», in *ED. XXXVI* (Milano 1987) 23 s. In generale, per una critica alle concezioni evolucionistiche che ipotizzano una fase magica della cultura romana, cfr. P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* I (Torino 1960) 111 ss. e 168 ss. (critica a de Francisci).

²⁰⁵ Cfr. *infra* § 4.3.

²⁰⁶ Cfr. WALDE, HOFMANN, *Wörterbuch*³ II cit. (nt. 69) 676; ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. (nt. 55) 689: **tristis* > **terstis* > *testis*; cfr. osc. *trstus* (nom. pl.) < **tristo-*. La forma latina è un tema in *i-*, mentre quella osca è un tema in *o-*: si suppone una forma comune **tri-sto-* dal numerale **tri-* ‘tre’ e dalla radice verbale **stā-* ‘stare’ (cfr. anche MARTINO, *Arbiter* cit. [nt. 195] 23). Sull’etimologia di *arbiter* cfr. *infra*.

²⁰⁷ MARTINO, *Arbiter* cit. (nt. 195) 24.

²⁰⁸ È l’ipotesi di MARTINO, *Arbiter* cit. (nt. 195).

istituto che in diritto romano aveva valore probatorio²⁰⁹ – potrebbe essere dovuta al fatto che il ruolo di questo arcaico *arbiter* era fra gli altri quello di conservare la garanzia, essendo egli stesso ‘teste’ dell’avvenuta *conventio*²¹⁰ oltre che dell’esito del procedimento arbitrale, verisimilmente realizzato in via stragiudiziale nei mercati.

In secondo luogo si dimentica che gli *auspicia* e gli *auguria* sono forme di consultazione della volontà divina orientate al futuro, e non alla verifica del passato²¹¹. Né si tiene conto del fatto che la scienza augurale era nota agli *augures*, mentre la materia (civile e criminale) del processo era studiata dai *pontifices*: con il che, tramontata la figura del *rex – iudex* e *augur* – non si riesce a comprendere come i pontefici potessero trarre gli *auspicia* o gli *auguria* se non con l’assistenza di un augure che avrebbe avuto il controllo giuridico della consultazione effettuata dal giudice-pontefice, sostanzialmente passivo.

Si confonde poi la sacralità del giuramento con l’accertamento della sua verità o falsità. Sono cose diverse: è certo possibile immaginare che si contragga un vincolo di natura giuridico-religiosa (*sacramentum*) le cui conseguenze (*sacratio*) sono condizionate a un accertamento della verità di tale affermazione (che cioè il *sacramentum* sia *iustum*), ma ciò non implica che un tale accertamento non possa essere compiuto dagli uomini – alle origini, dal *rex* assistito dai pontefici²¹² – con pro-

²⁰⁹ Gai. 10 *ad ed. prov.* (D. 18.1.35 pr.): *quod saepe arrae nomine pro emptione datur ... pertinet ... ut evidentius probari possit convenisse de pretio.*

²¹⁰ Per sostenere questa ipotesi, non c’è alcun bisogno di pensare, con MARTINO, *Arbiter* cit. (nt. 195) 92, a un’originaria compravendita reale: il contratto romano, in quanto *obligatio contracta*, non può che aver avuto sempre e solo effetti obbligatori; se Gaio (3.139 e 10 *ad ed. prov.* [D. 18.1.35 pr.]) si preoccupa di precisare che l’*arra* non è necessaria al fine del sorgere del contratto, non è perché «ancora ai suoi tempi doveva sopravvivere memoria di una diversa più antica consuetudine», ma perché ai suoi tempi le prassi provinciali stavano mettendo in crisi la regola tradizionale romana.

²¹¹ TALAMANCA, *Processo civile* cit. (nt. 204) 24 nt. 158, con rinvio a CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* cit. (nt. 204) 42 ss., 124 ss.

²¹² Non risulta invece da alcun luogo che a decidere circa i giuramenti fossero direttamente i pontefici. Non può certo deporre in questo senso la testimonianza di

cedimenti razionali²¹³, né più né meno che in ogni altra ipotesi di processo avente come sanzione la *sacratio*²¹⁴.

Oltretutto, occorre prestare attenzione a non confondere i soggetti processuali chiamati a deporre sulla persona (*laudatores, advocati*) e quelli chiamati a deporre sul fatto (*testes*). Per sostenere una sostanziale identità tra queste figure si è rilevato che in alcuni passi si parla di *testes advocati*²¹⁵; ma non si è no-

Varr. *ling. Lat.* 5.180, come vorrebbero PUGLIESE, *Il processo civile romano* I cit. (nt. 17) 52 s., 97 ss. e CANNATA, *Processo privato romano* cit. (nt. 186) 17 nt. 9 e 59, per il quale la somma sarebbe stata dapprima deposta «presso la sede dei pontefici» e poi, in caso di sconfitta, confluita nella «cassa dei pontefici» (CANNATA, *op. cit.* 17 nt. 9 e 10). Varrone si limita ad affermare che *qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus uterque quingenos aeris ad pont<ific>em deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero actum; qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat* (l'emendazione di *pontem* in *pontificem* è dovuta ad Antonius Augustinus, cd. *Editio Vulgata* [Romae 1554]), ossia che la *summa sacramenti* veniva depositata presso il tempio di Saturno, ove era conservato l'*aerarium*. E tuttavia: (1) l'*aedes Saturni* fu inaugurata nel 497 a.C. (Dion. Hal. 6.1.4 e Liv. 2.21.2, su cui WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*² cit. [nt. 102] 205 nt. 3), cosicché la consuetudine cui fa riferimento Varrone non può precedere di molto la normativa decemvirale, ossia il momento in cui abbiamo notizia di un processo in cui era già presente il *iudex privatus* (cfr. gli stessi PUGLIESE, *op. ult. cit.* I 407 e CANNATA, *op. cit.* 59 s.); (2) la sede dei pontefici era piuttosto la *regia* (WISSOWA, *op. cit.* 502), cosicché, qualora fosse mai esistita una «cassa dei pontefici», questa sarebbe stata custodita in quella sede; (3) i pontefici potevano, al massimo, pronunciare la *consecratio* del *caput* e dei *bona* (quando queste erano, in età risalente, le conseguenze dello spergiuro), ma non risulta mai nelle fonti un loro ruolo giudiziale: il potere coercitivo che in età repubblicana era riconosciuto al *pontifex maximus* sugli altri membri del collegio era piuttosto di natura amministrativa (cfr. per tutti ancora WISSOWA, *op. cit.* 510 s.). Io credo che i pontefici avessero, come più tardi i giuristi laici, solo un ruolo di *consilium* per il *iudex*, in quanto esperti di diritto.

²¹³ Così, nella sostanza, TALAMANCA, *Processo civile* cit. (nt. 204) 24.

²¹⁴ Sulle forme di accertamento – preventive o successive – della *sacratio*, cfr. FIORI, *Homo sacer* cit. (nt. 86) 479 ss.

²¹⁵ BISCARDI, *Testes estote* cit. (nt. 186) 399 afferma che «dans les comédies de Plaute ... les allusions aux *testes advocati* sont nombreuses et fréquentes», ma poi cita una serie di luoghi che non supportano una simile affermazione (*ibidem* 399 nt. 46): in Plaut. *Amph.* 1037-1038, *Cas.* 566-569, *Epid.* 422-423, *mil. gl.* 663 e 1419, *rud.* 890-891, si parla solo di *advocati*; in *Men.* 590-595 solo di *testes*; in *trin.* 651 né degli uni né degli altri, ma solo di *dare operam amicis*. L'unico testo rilevante è *Poen.* 503-816, su cui cfr. però in testo e nt. seg. L'a. (*ibidem* 398 s.) aggiunge l'osco *akkatus inim trstus* 'advocatus et testes', dal quale però non si deduce una identità tra le due figure, ben potendo la congiunzione coordinare figure diverse.

tato che tale identificazione si riferisce non ai testi processuali, bensì ai testi chiamati ad assistere il derubato allorché si introduce nella casa del ladro per cercare la *res furtiva* (*furtum conceptum*)²¹⁶. Dato un simile contesto, è possibile che con il termine *advocatus* si indicassero in età repubblicana due diverse categorie di soggetti, accomunate solo dal riferirsi a ‘chiamati in aiuto’ (*ad-vocati*): da un lato, i testi chiamati da una parte a proprio vantaggio (nel principato si parlerà di *testes rogati*)²¹⁷ per assistere stragiudizialmente al negozio o alla verifica dell’illecito, e che in giudizio diverranno solo *testes*; dall’altra gli *advocati* convocati in giudizio da una parte, che non sono *testes* sul fatto, ma parlano a favore della persona. E che le due funzioni restino altrimenti distinte mi sembra sia mostrato dal fatto che solo il rifiuto di comparire in giudizio come *testis* aveva quale conseguenza una sanzione – di cui discuteremo tra breve –, mentre l’*advocatus* è libero di partecipare o meno²¹⁸.

Ma, soprattutto, l’ipotesi che in età arcaica i testi fossero sulla persona si pone in contrasto con una serie di risultanze testuali.

In primo luogo, sappiamo che vi erano una serie di strumenti atti a predisporre le testimonianze sul fatto. L’*endoploratio*, innanzi tutto, che sappiamo avesse anche valore di *testificatio*²¹⁹ e che è certamente antichissima, risalendo forse al passato indoeuropeo²²⁰. Poi, in caso di giurisdizione domestica, la

²¹⁶ Cfr. Plaut. *Poen.* 503-816. Sulla regola del *furtum conceptum* cfr. Gai 3.186.

²¹⁷ Pomp. 33 *ad Sab.* (D. 22.5.11); Ulp. 2 *ad Sab.* (D. 28.1.21.2); Cels. 15 *dig.* (D. 28.1.27).

²¹⁸ Da Plaut. *Cas.* 566-569 ed *Epid.* 422-423 (*ei volo / ire advocatus*) appare chiaro che tra la fine del III e l’inizio del II secolo a.C. l’*advocatus* era libero di non presentarsi in giudizio.

²¹⁹ Cic. *Tull.* 50 e Gai. 7 *ad ed. prov.* (D. 9.2.4.1).

²²⁰ W. SCHULZE, *Beiträge zur Wort- und Sittengeschichte*, in *Kleine Schriften* (Göttingen 1933) 160 ss.; F. WIEACKER, *Endoplorare. Diebstahlsverfolgung und Gerüft im altrömischen Recht*, in *Fest. Wenger I* (München 1944) 143 ss.; C. WATKINS, *Studies in Indo-European Legal Language, Institutions and Mythology*, in G. CARDONA, H.M. HOENIGSWALD, A. SENN (eds.), *Indo-European and Indo-Europeans* (Philadelphia 1970) 339 ss. Le obiezioni di L.L. HAMMERICH, *Clamor. Eine*

chiamata dei *propinqui*, con il probabile scopo di preconstituire testimoni per il possibile processo successivo a carico del marito che avesse punito la moglie o del *pater* che volesse esporre i figli di età inferiore a tre anni²²¹. La richiesta di prestare testimonianza rivolta ai quanti siano presenti al rifiuto del convenuto di presentarsi *in iure*²²². La necessità – cui abbiamo già accennato – della presenza di testimoni nel caso in cui la *res furtiva* sia cercata e trovata presso qualcuno (*furtum conceptum*). E, a ben vedere, la medesima funzione avevano gli stessi *testes* presenti in atti negoziali come la *mancipatio*, nella quale il formalismo aveva proprio funzione di pubblicità: se è bene mantenere la distinzione tra testimonianze strumentali e giudiziarie – ne abbiamo visto un esempio a proposito dei *testes rogati* o *advocati* – il divario non deve essere esagerato, perché è chiaro che la testimonianza *ad sollemnitatem* ha uno scopo di pubblicità che comprende in sé anche la precostituzione di una prova²²³. In questo senso, potrebbe essere significativa l'etimologia di *antestor* da **ante-testor*²²⁴.

Inoltre, qualora la funzione del teste fosse quella di deporre sulla persona, e non sull'evento, non si comprenderebbe la concreta operatività di una norma come quella stabilita dalle XII tavole, ma certo più antica, relativa alla *obvagulatio* per la mancata testimonianza²²⁵.

rechtsgeschichtliche Studie (København 1941) *passim* (diritto romano *ibidem* 22 ss.) non sono convincenti.

²²¹ Sulla *endoploratio*, e sugli strumenti di pubblicità delle attività coercitive private, mi sia permesso di rinviare a FIORI, *Homo sacer* cit. (nt. 86) 480 ss.

²²² Tab. 1.1. Un'analisi molto accurata del versetto è in NICOSIA, *Il processo privato romano* II cit. (nt. 186) 17 ss.

²²³ BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico* cit. (nt. 185) 169; G. MACCORMACK, *Witnesses in the law of the Twelve tables*, in *BIDR.* 76 (1973) 229 ss. Critico PUGLIESE, *La preuve* cit. (nt. 25) 282 nt. 1 e 311 s. [= *Scritti giuridici scelti* I cit. (nt. 25) 346 nt. 1 e 375 s.].

²²⁴ WALDE, HOFMANN, *Wörterbuch*³ II cit. (nt. 69) 676; ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. (nt. 55) 689. Meno affidabile l'ipotesi di NICOSIA, *Il processo privato romano* II cit. (nt. 186) 25, di **am-testor*, nel senso di 'chiamo testimoni tutt'intorno'.

²²⁵ Tab. 2.3: *cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito*.

Questa, con ogni verisimiglianza, consisteva nella proclamazione ad alta voce, dinanzi alla casa del mancato testimone, del suo rifiuto di testimoniare²²⁶, con la conseguenza del discredito del medesimo, perché chi ascoltava non poteva non ritenere che vi fosse una causa per una simile denuncia²²⁷. Il destinatario aveva a questo punto verisimilmente tre possibilità: o presentarsi a deporre come testimone; oppure rimanere silente, sostanzialmente ammettendo la propria colpa; o infine instaurare a sua volta un processo per 'diffamazione'²²⁸ – realizzata nelle forme dell'*occentatio* o del *malum carmen incantare*, ossia nell'aver pronunciato parole che, chiamando ingiustamente *malus* il destinatario o il suo comportamento²²⁹, erano tali da provocare un'ingiusta *infamia* – e che poteva determinare per la controparte una *poena capitis*²³⁰ verisimilmente consistente in una analoga *infamia*²³¹.

²²⁶ H. USENER, *Italische Volksjustiz*, in *RhM.* 56 (1901) 22 s. Che in questa occasione si pronunciasse formule magiche (come vorrebbero V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷ [Napoli 1957] 75; BISCARDI, *Testes estote* cit. [nt. 186] 402 ss.; F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nella Grecia e nella Roma pagana: aspetti essenziali e linee di sviluppo*, in A. CALORE [a cura di], *Seminari di storia e diritto II. Studi sul giuramento nel mondo antico* [Milano 1998] 81 ss.; VINCENTI, *Duo genera sunt testium* cit. [nt. 186] 21 ss.), non risulta da alcuna fonte.

²²⁷ Fest. s.v. «occentassint» [L. 190]: ... *quod turpe habetur, quia non sine causa fieri putatur*.

²²⁸ Vede un rapporto tra *occentatio*, *malum carmen incantare* e *obvagulatio* anche BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico* cit. (nt. 185) 177.

²²⁹ Il (*malum*) *carmen*, definendo ingiustamente 'malus' il destinatario, è detto esso stesso *malum*: per questo Porph. in *Hor. sat.* 2.1.81 ne può parlare come di un *maledicum carmen*.

²³⁰ Sul significato di *poena capitis* come sanzione che fa perdere i diritti civili cfr. FIORI, *Homo sacer* cit. (nt. 86) 55 ss.

²³¹ Tab. 8.1a: *qui malum carmen incantassit ...* 1b. (Cic. *rep.* 4.12) *nostrae XII tab. cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sancienda putaverunt: si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri*. Su questa norma si è sviluppata una notevole letteratura (riassunta in A. MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano I. Età repubblicana* [Milano 1979] 5 ss.) che vede sostanzialmente due posizioni: da un lato, i sostenitori di una interpretazione 'magica' della norma, dall'altro quanti vi vedono una repressione della diffamazione (ma senza talora escludere un valore magico del *malum carmen*, che viene distinto dall'*occentatio*: cfr. ad es. E. FRÄNKEL, *Rec. di F. BECKMANN, Zauber und Recht in Roms Frühzeit* [Diss., Münster 1923], in *Gnomon* 1 [1925] 194 ss.

Quando il destinatario dell'*obvagulatio* fosse rimasto silente o fosse stata accertata giudizialmente la legittimità del *carmen*²³², questa procedura – che verisimilmente valeva per le testimonianze di soggetti che non erano stati chiamati a presenziare ad atti pubblici e solenni come la *mancipatio*, per i quali non era necessaria l'*obvagulatio*, determinandosi automaticamente gli effetti infamanti²³³ – doveva avere l'esito di escludere il soggetto dal novero dei *probi* (*improbitas*), così da non poter più dare o ricevere testimonianza (*intestabilitas*)²³⁴.

= *Kleine Beiträge zur klassischen Philologie* II [Roma 1964] 408 ss.). Non è possibile approfondire, in questa sede, il problema. Mi limito a rilevare che, essendo Plin. *nat. hist.* 28.17 l'unica fonte da cui risulta un valore magico del *malum carmen incantare*, a fronte di numerose altre che parlano di sola diffamazione (Cic. *Tusc.* 4.4; Horat. *epist.* 2.1.152-155; *sat.* 5.82-85; Porph. *in Horat. epist.* 2.1.154; *in Horat. sat.* 2.1.81; Arnob. *nat.* 4.34; [Corn.] *in Pers.* 1.123; PS. 5.4.6; Augustin. *civ. Dei* 2.9 = Cic. *rep.* 4.12) è molto più agevole pensare che l'interpretazione di Plinio sia il frutto di un accostamento con la norma sulle *fruges*, che effettivamente parrebbe avere contenuti magici.

²³² Non può sostenersi con USENER, *Italische Volksjustiz* cit. (nt. 226) 1 ss. che le XII tavole abbiano inteso vietare una pratica arcaica di autotutela: le norme decemvirali puniscono i *carmina* ingiustificati, ma ammettono l'*obvagulatio*, ossia le grida giustificate (fino a prova contraria).

²³³ Mi sembra debba risolversi in questo senso il rapporto tra Tab. 2.3 e 8.22 (*qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium [fatiatur,] improbus intestabilisque esto*), e non in termini di sviluppo storico (su quest'ultima ipotesi cfr. per tutti VINCENTI, *Duo genera sunt testium* cit. [nt. 186] 17 ss., con bibliografia).

²³⁴ Il rapporto tra *improbitas* e *intestabilitas* è stato interpretato in vari modi. Per alcuni, *improbis* indicherebbe l'incapacità di essere testimone e *intestabilis* l'incapacità di invocare testimoni (cfr. per tutti TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* [Leipzig 1899] 990 s. nt. 9; cfr. *ibidem* 991 nt. 1, seguito da F. PRINGSHEIM, *Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque*, in *RIDA.* 6 [1951] 170 s.); per altri *improbis* indicherebbe in generale la sanzione della «impossibilità di fare o di ricevere prova», specificata da *intestabilis* come «non poter più fare, né ricevere testimonianza» (cfr. per tutti S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* I [Roma 1928] 543). In realtà è *probare* a venire da *probus*, e non il contrario (ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. [nt. 54] 537; cfr., pur in un contesto ormai slegato dai valori originari dei termini, Cic. *Caec.* 1.3): l'essere *probi* è una condizione socio-giuridica di affidabilità che, quando viene persa, determina tra l'altro l'*intestabilitas*, ossia l'incapacità di dare o ricevere testimonianza. Non a caso, mentre nelle XII tavole si parla congiuntamente di *improbitas* e *intestabilitas* (Tab. 8.22) nelle successive norme in materia (o nelle ripetizioni della regola decemvirale: la questione non è per noi interessante), quando il tessuto sociale entro cui si giustificava l'*improbitas* è mutato, resta solo l'*intestabilitas* (Ulp. 1 *ad Sab.* [D. 28.1.18.1]; 56 *ad ed.* [D. 47.10.5.9]; Arc.

Egli, comportandosi da *malus*, cessava di essere un *bonus vir*, ossia un soggetto affidabile per il gruppo.

Ebbene, se compito del teste fosse quello di sostenere la parte al pari di un *advocatus*, e non di deporre su una specifica questione, non solo non si comprenderebbe la necessità di pre-costituire dei testimoni per il negozio o per il fatto illecito, ma l'*obvagulatio* potrebbe teoricamente estendersi a tutti i parenti e amici della parte processuale, in quanto tutti potrebbero appoggiarlo in giudizio. Il che è francamente poco credibile.

Non solo, ma non bisogna dimenticare che le XII tavole stabilivano per la falsa testimonianza la sanzione della *deiectio e saxo* – pena che assai difficilmente costituisce un aggravio del regime precedente²³⁵ –: dovremmo ritenere che in caso di condanna del reo sarebbero stati giudicati colpevoli di *falsum testimonium* tutti coloro i quali si fossero pronunciati a favore della complessiva affidabilità della persona o addirittura della sua *dignitas*?

L'ipotesi maggiormente verisimile è dunque che anche in età risalente i testi fossero chiamati a deporre sul fatto, e non sulla persona della parte processuale. Il *testis* è un 'terzo' che ciascuna parte invoca per testimoniare a proprio favore, ma che non cessa per questo di essere 'terzo'; se si rifiuta di testimoniare, non è più considerato *bonus* e non potrà più vantare alcuna *fides*, ma se depone il falso rischia la vita, perciò se non è effettivamente in grado di testimoniare potrà rifiutarsi, e l'eventuale *obvagulatio* della parte processuale potrà essere vanificata da un processo che dichiara che il *carmen* era *malum*, ossia ingiustificatamente infamante²³⁶.

Con ciò, tuttavia, non intendo affatto sostenere che nel processo arcaico la *dignitas* delle parti e degli stessi *testes* non avesse alcun rilievo.

Char. test. [D. 22.5.21 pr.]. Su questi testi cfr. ora M. HUMBERT, *Intestabilis*, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di L. Labruna IV*, a cura di C. CASCIONE e C. MASI DORIA (Napoli 2007) 2543 ss.

²³⁵ Tab. 8.23 (= Gell. 20.1.53). Sulla riconducibilità della norma anche all'età predecemvirale cfr. anche VINCENTI, *Duo genera sunt testium* cit. (nt. 186) 29.

²³⁶ Cfr. *supra* nt. 229.

Ancora in età tardo-classica, le fonti giurisprudenziali affermano che la condizione sociale dei testimoni era considerata al primo posto nella valutazione della loro affidabilità (*fides*), poi venendo il comportamento²³⁷. Ma il dato era molto più risalente. Le opere di Cicerone mostrano chiaramente che la *dignitas* dei testi era considerata centrale nel soppesare la prova, e che questa *dignitas* aveva un valore al tempo stesso morale e sociale, esprimendo una qualità riconosciuta alla classe dirigente²³⁸. L'affidabilità del teste, infatti, è strettamente connessa con la sua *gravitas*, che non è soltanto la sua importanza o il suo 'peso'²³⁹, ma una garanzia di stabilità che si esprime anche nell'aderenza a un ordine sociale avvertito come intrinsecamente positivo, e che spiega la vicinanza con la nozione di *maiestas*²⁴⁰.

4.2. *Critica della teoria irrazionalista. b) Evoluzionismo e filologia.* — Accanto a queste difficoltà di ordine tecnico-giuridico, credo debbano essere tenuti presenti alcuni problemi storiografici. È infatti abbastanza significativo che l'ipotesi irrazionalista non sia costruita a partire dalle fonti, ma sovrapponendo sui testi antichi una chiave interpretativa di ordine generale, consistente in una visione del pensiero romano arcaico che, per brevità di sintesi, potremmo denominare 'primitivista'.

Le premesse di un simile orientamento sono rinvenibili nelle discussioni sul pensiero primitivo e sul fenomeno religioso sviluppatesi tra la seconda metà del XIX e la prima metà del XX secolo. Com'è noto, le scoperte etnologiche e le analisi

²³⁷ Call. 4 *de cogn.* (D. 22.5.3 pr.-4); cfr. anche Mod. 8 *reg.* (D. 22.5.2).

²³⁸ Cfr. soprattutto LÉVY, *Dignitas, gravitas, auctoritas testium* cit. (nt. 184) 31 ss., ma anche GARNSEY, *Social status and legal privilege* cit. (nt. 179) 210 ss.

²³⁹ Cfr. ancora LÉVY, *Dignitas, gravitas, auctoritas testium* cit. (nt. 184) 48 ss.

²⁴⁰ Sul rapporto tra le due nozioni cfr. G. DUMÉZIL, *Majestas et gravitas. De quelques différences entre les Romains et les Austronésiens*, in *Revue de Philologie de Littérature et d'Histoire anciennes* 1 (1952) 7 ss. = *Idées romaines* (Paris 1969) = *Idee romane* (Genova 1987) 125 ss., adesivamente seguito da LÉVY, *Dignitas, gravitas, auctoritas testium* cit. (nt. 184) 49 s., che questa volta critica le soluzioni magiche di Wagenvoort e de Francisci.

condotte soprattutto in Africa, Oceania e America Settentrionale, nonché le teorie di Darwin, avevano indotto a ripensare l'approccio filologico che aveva caratterizzato gli studi storico-giuridici e storico-religiosi della prima metà dell'Ottocento, condizionati da una visione 'olimpica' dell'antichità classica e dall'idea che la storia dell'Occidente fosse tutto sommato eccezionale – si pensi alla opposizione di Henry Sumner Maine tra *progressive* e *stationary societies*²⁴¹ e alle affermazioni di Rudolph von Jhering circa l'emersione a Roma della distinzione tra giuridico e non-giuridico²⁴².

Alla base della nuova prospettiva era l'idea che «the history of the human race is one in source, one in experience, and one in progress»²⁴³, e che pertanto, poiché i differenti popoli della Terra testimonierebbero differenti stadi di un medesimo processo di civilizzazione, sarebbe possibile dedurre le fasi primitive della civiltà classica dall'accostamento alle culture studiate dall'etnologia²⁴⁴.

²⁴¹ H.S. MAINE, *Ancient law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas* (London 1861) 22 ss. (= 10 ed. [London 1915] 20 ss.).

²⁴² R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*⁵ II.1 (Leipzig 1894) 58 e 295. Su questi passaggi e sul rapporto con i *Prinzipien* di Fritz Schulz cfr. A. MANTELLO, *Un'etica per il giurista? Profili d'interpretazione giurisprudenziale nel primo principato*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Studi F. Gallo III* (Napoli 1997) 573 ss. L'idea di una sorta di eccezionalità della storia giuridica di Roma si ritrova anche in opere recenti: cfr. ad es. A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente* (Torino 2005) 5 ss.; ID., *Prefazione a Il trattato di Manu sulla norma*, a cura di F. Squarcini, D. Cuneo (Torino 2010) vii ss.

²⁴³ L.H. MORGAN, *Ancient society, or researches in the lines of human progress from savagery, through barbarism to civilization* (New York 1877) vi.

²⁴⁴ Cfr. ancora MORGAN, *Ancient society* cit. (nt. 243) 3 s.: «as it is undeniable that portions of the human family have existed in a state of savagery, other portions in a state of barbarism and still other portions in a state of civilization, it seems equally that these three distinct conditions are connected with each other in a natural as well as necessary sequence of progress. Moreover, that this sequence has been historically true of the entire human family, up to the status attained by each branch respectively, is rendered probable by the conditions under which all progress occurs, and by the known advancement of several branches of the family through two or more of these conditions». Cfr. anche E.B. TYLOR, *Primitive culture: researches into the development of mythology, philosophy, religion, art, and cus-*

Uno snodo molto importante nell'applicazione agli studi classici delle categorie emerse nelle ricerche etnologiche è costituito dai lavori di William Robertson Smith – un semitista influenzato dagli studi sul totemismo di John F. McLennan²⁴⁵ e grande amico di James G. Frazer, che gli dedicherà *The Golden Bough*²⁴⁶. Le sue opere, caratterizzate dalla valorizzazione dei rituali come strumento per la comprensione della religione, hanno influenzato, in Gran Bretagna, i lavori dei cd. 'ritualisti di Cambridge' – Jane Harrison, Gilbert Murray e Francis M. Cornford²⁴⁷ – e in Francia la cd. Scuola sociologica francese raccolta intorno ad Émile Durkheim²⁴⁸ – il quale, com'è noto,

tom I (London 1871) 28. La prima affermazione di quest'idea si troverebbe, per C. SANTI, *Totemismo e mondo classico* (Roma 2011) 24, in J. LUBBOCK, *The origin of civilization and the primitive condition of man. Mental and social condition of savages* (London 1870) 1 ss. (che l'a. data erroneamente al 1865), ma essa è già in J.F. MCLENNAN, *Primitive marriage. An inquiry into the origin of the form of capture in marriage ceremonies* (Edinburgh 1865) 8 ss.: «in the sciences of law and society, old means not old in chronology, but in structure: that is most archaic which lies nearest to the beginning of human progress considered as a development, and that is most modern which is farthest removed from that beginning. ... So unequally has the species been developed, that almost every conceivable phase of progress maybe studied as somewhere observed and recorded».

²⁴⁵ Cfr. W. ROBERTSON SMITH, *Kinship and marriage in early Arabia* (Cambridge 1885) 258 s.

²⁴⁶ Sul rapporto tra Frazer e Robertson Smith cfr. per tutti R. ACKERMAN, *J.G. Frazer. His life and work* (Cambridge 1987) 53 ss.; ID., *The Myth and Ritual school: J.G. Frazer and the Cambridge ritualists* (London-New York 2002) 39 ss.; M. SMITH, *William Robertson Smith*, in W.W. BRIGGS, W.M. CALDER III (edd.), *Classical Scholarship. A Biographical Encyclopedia* (New York-London 1990) 251 ss.

²⁴⁷ Cfr. J.E. HARRISON, *Prolegomena to the study of Greek religion* (Cambridge 1903, 3 ed. 1922); EAD., *Themis. A study in the social origins of Greek religion* (Cambridge 1912, 2 ed. 1927); G. MURRAY, *A history of ancient Greek literature* (London 1897); F.M. CORNFORD, *From religion to philosophy* (London 1912); ID., *Principium sapientiae: The origin of Greek philosophical thought* (Cambridge 1952). Cfr. in generale H.S. VERSNEL, *Transition and reversal in myth and ritual. Inconsistencies in Greek and Roman religion II* (Leiden 1993) 15 ss.; ACKERMAN, *The Myth and Ritual school* cit. (nt. 246), e L. BERTELLI, *J.E. Harrison e i 'Ritualisti di Cambridge': la riscoperta del 'primitivo'*, in *Itaca* 21 (2005) 111 ss. Bibliografia in SH. ARLEN, *The Cambridge Ritualists. An annotated bibliography* (London 1990).

²⁴⁸ Che aveva rapporti anche con i 'ritualisti di Cambridge': su Jane Harrison ed Émile Durkheim cfr. R. DI DONATO, *Per un'antropologia storica del mondo antico* (Firenze 1990) 255 ss. e ACKERMAN, *The Myth and Ritual school* cit. (nt. 246)

rintracciava le forme elementari della vita religiosa nelle manifestazioni religiose delle popolazioni cd. 'primitive', e in particolare nel totemismo (australiano), concentrandosi sulla nozione di *mana* – e le successive analisi di Marcel Mauss.

Il limite di queste ricostruzioni è nel fatto che quando dalle affermazioni generali si passa alla effettiva dimostrazione degli assunti, le prove di una fase primitiva sono assai difficili da trovare nelle fonti classiche – come rilevava anche un autore comunque attento al dato filologico come Frazer²⁴⁹. I sostenitori dell'ipotesi primitivista hanno tentato di superare questa difficoltà osservando che, nelle culture classiche, la fase primitiva è stata superata molto tempo prima dell'emersione delle prime testimonianze: per la Grecia, essa è stata collocata sempre più indietro nel tempo – nell'epoca pre-omerica²⁵⁰, nell'età pre-micenea²⁵¹, prima dell'arrivo degli indoeuropei²⁵² o addirittura nel neolitico²⁵³ – al più rilevando, nell'età classica, la sopravvivenza di una 'mentalità' primitiva²⁵⁴. L'effetto di questo approccio è stato una grave frammentarietà delle ricerche, e una comparazione imperniata sul mero accostamento tra fenomeni esteriormente assimilabili, senza che si tentasse di cogliere il nesso esistente, nelle diverse culture, tra i singoli dati studiati e i relativi contesti.

Con ciò, naturalmente, non si vuole negare che l'apertura all'etnologia abbia avuto effetti molto positivi sugli studi classici, perché ha sottolineato l'importanza di un'interpretazione dei testi contestualizzata entro quadri antropologici.

73, 78, 124 s.; per il debito di Francis Cornford cfr. lo stesso CORNFORD, *op. ult. cit.* 43 ss. – e, in generale, ACKERMAN, *op. ult. cit.* 43, 64, 102 ss.

²⁴⁹ Cfr. J.G. FRAZER, *Totemism and exogamy* I (London 1910) 86; *ibidem* IV 13.

²⁵⁰ A. LANG, *Custom and myth* (London 1884) 118.

²⁵¹ A.B. COOK, *Animal worship in the Mycenaean age*, in *JHS.* 14 (1894) 81 ss., spec. 158 s.

²⁵² G. THOMSON, *Aeschynes and Athens. A study in the social origins of drama*² (London 1946) 11 ss.

²⁵³ S. REINACH, *Cultes, mythes et religions* (Paris 1907) 10 ss., ravvisa il punto di svolta nell'abbandono di concezioni totemiche pervasive nell'inizio dell'allevamento e nel conseguente diverso rapporto uomo-animale.

²⁵⁴ HARRISON, *Themis* cit. (nt. 247) 128 ss.

Basti pensare all'attenzione portata sul rito nella formazione dei miti, sui lati 'oscuri' della religione greca e sui debiti della filosofia verso la religione, e al fatto che l'influenza di simili schemi ha dato vita a ricerche importanti come quelle di Eric Dodds, di Walter Burkert, di Louis Gernet, della scuola di Jean-Pierre Vernant²⁵⁵. Ma l'affidabilità di questi ultimi studi è dovuta a un deciso ritorno alla filologia e a un complessivo ridimensionamento dell'applicazione meccanica, sulle culture classiche, di schemi interpretativi elaborati in relazione ad altre culture. Soprattutto, ciò è avvenuto grazie al superamento dell'idea evolucionistica di un percorso unitario, benché diversificato sul piano cronologico, di tutte le culture in una medesima direzione. Una nuova consapevolezza cui si è giunti non solo attraverso la critica degli storici delle religioni maggiormente legati al metodo filologico, ma anche grazie all'opera degli stessi antropologi, che hanno rivendicato la specificità delle culture da essi studiate e criticato la creazioni di categorie teoriche come, ad esempio, quella di 'totemismo' – si pensi soprattutto all'opera di Claude Lévi-Strauss²⁵⁶. Superato questo presupposto, la comparazione con le civiltà cd. primitive ha cessato di apparire come un confronto storico tra diverse fasi (benché contemporanee) del progresso umano, e si è mostrato per quello che in realtà è, e cioè un semplice accostamento tipologico, del tutto arbitrario, tra culture giudicate 'primitive'.

²⁵⁵ Cfr. E.R. DODDS, *The Greeks and the Irrational* (Berkeley-Los Angeles 1951) = *I Greci e l'Irrazionale* (Firenze 1959) (Dodds lesse e approvò la pubblicazione dell'opera postuma, curata dall'allievo W.K.C. Guthrie, di CORNFORD, *Principium sapientiae* cit. [nt. 247]; cfr. *ibidem* vii); ADKINS, *La morale dei Greci* cit. (nt. 48), allievo di Dodds (cfr. *ibidem* 7); sul rapporto tra le numerose ricerche di W. Burkert e l'opera di Dodds cfr. G. ARRIGONI, *Walter Burkert e la religione greca in Italia*, in W. BURKERT, *La religione greca di epoca arcaica e classica*² (Milano 2003) 15. Sulle scuole francesi di scienza dell'antichità e sui loro rapporti con l'antropologia e la sociologia è fondamentale DI DONATO, *Per una antropologia storica del mondo antico* cit. (nt. 248), cui è sufficiente rinviare. BURKERT, *op. cit.* 59 s. pone giustamente l'accento anche sull'influenza delle opere di Wilhelm Mannhardt.

²⁵⁶ C. LÉVI-STRAUSS, *Le totémisme aujourd'hui* (Paris 1962); cfr. ID., *La pensée sauvage* (Paris 1962).

In questo processo di ridimensionamento dell'approccio primitivista, gli studi di diritto romano, appaiono muoversi con un certo ritardo²⁵⁷. Per limitarci ad alcuni esempi, ancora nella seconda metà del Novecento si è affermato che il pensiero romano sarebbe passato da una fase 'dinamistica', ossia di credenza nell'esistenza di potenze indistinte, a una fase 'animistica', in cui le potenze assumono forme personali²⁵⁸; in altri casi le strutture familiari romane sono state ricostruite assumendo come termine di confronto le culture cd. primitive²⁵⁹, o si è inteso in senso magico la nozione di *obligatio*²⁶⁰ o le formule rituali²⁶¹ e diffamatorie²⁶², talora non senza una certa fantasia: così, ad esempio, la norma decemvirale sul *partes secare* – che se si presta attenzione alle fonti si spiega agevolmente entro la logica della religione romana²⁶³ – è stata intesa, senza alcun supporto testuale, immaginando che fossero tagliati solo

²⁵⁷ Benché un analogo ritardo sia rintracciabile anche in altri settori dell'antichistica: SANTI, *Totemismo e mondo classico* cit. (nt. 244) 174 ss. ricorda giustamente, tra gli storici, S. MAZZARINO, *Il pensiero storico classico*³ (Roma-Bari 1994) II 308 s. e III 412 ss., e tra gli archeologi A. CARANDINI, *La nascita di Roma. Dèi, eroi e uomini all'alba di una civiltà* (Torino 1997). Meno giustificata la critica dell'a. ai riferimenti assai veloci alla lupa come «animale totem» in J. HEURGON, *Rome et la Méditerranée occidentale jusqu'aux guerres puniques* (Paris 1969) = *Il Mediterraneo occidentale dalla preistoria a Roma arcaica* (Roma-Bari 1986) 208 s.; A. GRANDAZZI, *La fondation de Rome. Réflexion sur l'histoire* (Paris 1991) = *La fondazione di Roma. Riflessione sulla storia* (Bari-Roma 1993) 196 e 200; A. FRASCHETTI, *Romolo il fondatore* (Roma-Bari 2002) 8. L'interpretazione della lupa come «Totemtier» assume invece un rilievo maggiore nell'opera di A. ALFÖLDI, *Die Struktur des vor-etruskischen Römerstaates* (Heidelberg 1974) 69 ss.

²⁵⁸ È la nota teoria di DE FRANCISCI, *Primordia civitatis* cit. (nt. 198) 202 ss.

²⁵⁹ G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*⁶ (Napoli 1999) 1 ss. Una critica molto dura – forse troppo – dell'opera di questo a. dal punto di vista storico-religioso in SANTI, *Totemismo e mondo classico* cit. (nt. 244) 150 ss.

²⁶⁰ Mi riferisco alla nota opera di A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung I-II* (Uppsala 1927-1941), ancora valorizzata, ad es., da DE FRANCISCI, *Primordia civitatis* cit. (nt. 198) 200 e *passim*.

²⁶¹ Basti il rinvio ad A. MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio* (Paris 1943) 33.

²⁶² Mi limito a richiamare MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano* cit. (nt. 231) 1 ss. (con bibliografia).

²⁶³ La mia ricostruzione è in FIORI, *Homo sacer* cit. (nt. 86) 252 ss.

capelli e unghie del debitore, in quanto parti del corpo cariche di forza magica²⁶⁴, oppure che i brani del cadavere dell'*addictus* fossero seppelliti per favorire la fertilità dei campi²⁶⁵ o addirittura che forze infernali compissero uno smembramento mistico²⁶⁶.

Le ipotesi di un processo irrazionale risentono ancora fortemente di un simile condizionamento, e anzi addirittura appaiono influenzate dal pensiero di Lucien Lévy-Bruhl, uno dei rappresentanti della Scuola sociologica che ha assunto, sul pensiero primitivo, una posizione tra le più radicali²⁶⁷, secondo la quale le culture primitive vivrebbero in una dimensione prelogica e mistica, orientata costantemente verso le forze occulte²⁶⁸. La lezione di Lévy-Bruhl, accolta da studiosi della religione spesso citati nei lavori di diritto romano come Gerardus van der Leeuw e Hendrik Wagenvoort²⁶⁹ e veicolata dalle opere del figlio Henri²⁷⁰, è – a ben vedere – alla base di quasi tutte le ricostruzioni del processo arcaico sopra criticate.

²⁶⁴ V.A. GEORGESCO, *Partes secanto*, in *RIDA*. 2 (1949) 367 ss.

²⁶⁵ G. FRANCIOSI, *Partes secanto tra magia e diritto*, in *Labeo* 24 (1978) 263 ss.

²⁶⁶ LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain* cit. (nt. 186) 152 ss. e spec. 160 ss.

²⁶⁷ L. LÉVY-BRUHL, *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures* (Paris 1910, 9 ed. 1951); ID., *La mentalité primitive* (Paris 1922) = *La mentalità primitiva* (Torino 1966) cfr. spec. 209 ss., sulle ordalie. Criticato dallo stesso Durkheim, egli ha, com'è noto, nel corso degli anni ridimensionato le proprie affermazioni: cfr. M. LEENHARDT, *Les Carnets de Lucien Lévy-Bruhl* (Paris 1949).

²⁶⁸ Così, esplicitamente, BISCARDI, *Testes estote* cit. (nt. 186) 391: «la société romaine originelle étant, comme toutes les sociétés n'ayant pas atteint un certain niveau de civilisation, imprégnée de mysticisme, il serait inexplicable que les institutions judiciaires fussent alors réglées selon les principes d'une pensée rationnelle». Cfr. anche LÉVY, *Le problème des ordalies* cit. (nt. 129) 422 e 424; SANTORO, *Potere e azione* cit. (nt. 186) 542 nt. 5; NICOSIA, *Il processo privato romano I* cit. (nt. 186) 132 nt. 37. Cfr. anche *infra* nt. 270.

²⁶⁹ Alla memoria di Lucien Lévy-Bruhl è dedicato G. VAN DER LEEUW, *De primitieve mensch en de religie* (Groninga 1937) = *L'uomo primitivo e la religione* (Torino 1961) e lo studioso francese è indicato tra i «guides» di H. WAGENVOORT, *Imperium. Studiën over het 'mana' begrip in zede en taal der Romeinen* (Amsterdam 1941) = *Roman dynamism. Studies in ancient Roman thought, language and custom* (Oxford 1947) 5.

²⁷⁰ H. LÉVY-BRUHL, *Le très ancien procès romain*, in *SDHI*. 18 (1952) 1 ss.; ID., *Aspects sociologiques du droit* (Paris 1955) 113 ss.; ID., *Recherches sur les actions*

L'impiego delle categorie primitivistiche doveva però essere maggiormente meditato. Come si è detto, gli studiosi che hanno ritenuto di rinvenire tracce di 'pensiero primitivo' nella civiltà greca hanno collocato la 'fase totemica' molto indietro nel tempo, talora addirittura in età preistorica, e si sono limitati a ipotizzare il permanere di fossili. Lo stesso è stato fatto dagli storici della religione romana, che non pretendono di poter trovare, in età storica, nulla più che *survivals*²⁷¹. Anche Pietro de Francisci – che tra i giuristi ci ha lasciato una delle opere 'primitiviste' più informate e coerenti –, immaginando il passaggio da una fase dinamistica, nella quale le potenze sono impersonali, a una animistica, in cui si ha una maggiore 'personalizzazione' della forza, sino a una fase propriamente religiosa²⁷², doveva collocare l'età primitiva in un'epoca precivica²⁷³ e limitarsi a parlare, per l'età storica, di «sopravvivenze», perché quantomeno l'esistenza di una triade pre-etrusca Iuppiter Mars Quirinus impone di pensare che la Roma delle origini già visse in una fase religiosa.

Ma se si parla di 'sopravvivenze' di elementi magici nei riti religiosi e giuridici, è chiaro che deve limitarsi la loro incidenza ad aspetti marginali²⁷⁴. Se invece li si riconnette a concezioni centrali nella *Weltanschauung* romana, quest'ultima dovrebbe essere piuttosto rappresentata come una visione sostanzial-

de la loi cit. (nt. 27) 27 ss. Le opere di Henri Lévy-Bruhl sono citate adesivamente – ma non acriticamente – da LÉVY, *Le problème des ordalies* cit. (nt. 129) spec. 429 ss. [= *Autour de la preuve* cit. (nt. 129) 55 ss.] (l'a. ne è allievo); BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico* cit. (nt. 185) 142 nt. 21 e 153 nt. 57; BISCARDI, *Testes estote* cit. (nt. 186) 386 nt. * (l'articolo gli è dedicato); PUGLIESE, *La preuve* cit. (nt. 25) 279 nt. 2 e 280 nt. 1 [= *Scritti giuridici scelti I* cit. (nt. 25) 343 nt. 2 e 344 nt. 1].

²⁷¹ Cfr. per tutti WAGENVOORT, *Roman dynamism* cit. (nt. 269) 3; MAZZARINO, *Il pensiero storico classico*³ II cit. (nt. 257) 309.

²⁷² Cfr. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis* cit. (nt. 198) 208 s.

²⁷³ DE FRANCISCI, *Primordia civitatis* cit. (nt. 198) 361.

²⁷⁴ Cfr. in questo senso anche J. BAYET, *Histoire politique et psychologique de la religion romaine* (Paris 1957) = *La religione romana. Storia politica e psicologica* (Torino 1992) 45 s.: «non è difficile ritrovare in tante pratiche romane di che richiamarsi all'animismo. ... Ma è arbitrario raggruppare tutti questi fatti, per ricostruire un periodo animista della religione romana o per affermare che una mentalità animista è perpetuata a lungo in essa».

mente magica accompagnata da marginali elementi religiosi. Come può allora pensarsi che la razionalizzazione di un fenomeno importante come quello processuale abbia avuto luogo tra il VI-V secolo a.C. e il II e il I secolo a.C.²⁷⁵, e che addirittura il concetto di *ius* fosse essenzialmente magico²⁷⁶? Più in generale, come può pensarsi che in quest'epoca fossero stati elaborati, a livello teologico e culturale – cioè in forme rituali e prescrittive –, i rapporti tra e con gli dèi, nonché, al livello dei rapporti umani, le strutture costituzionali della città, le relazioni interne alla *familia* e alla *gens*, gli strumenti negoziali ecc., ma che mancasse la percezione di un ordine giuridico? Che valore avrebbero le *leges regiae*, gli impegni privati e pubblici assunti con la *sponsio* – per non parlare, se si sostiene il permanere della mentalità primitiva in età repubblicana, delle *leges publicae* – nonché le stesse regole procedurali, se la loro violazione non determinasse con certezza la sanzione, ma rimettesse tutto alla consultazione, caso per caso, della volontà divina? E che rapporto vi sarebbe stato tra i *iudicia* criminali – rispetto ai quali le fonti ci mostrano, all'inizio della repubblica, lotte tra patrizi e plebei per individuare l'assemblea competente²⁷⁷, escludendo perciò *in radice* l'ipotesi che il giudizio fosse risolto dai sacerdoti – e quelli privati: dovremmo pensare che nel diritto criminale i Romani avessero raggiunto un grado di razionalità maggiore che nel diritto privato?

²⁷⁵ Cfr. *supra* § 4.1.

²⁷⁶ Non è sufficiente affermare, con SANTORO, *Potere e azione* cit. (nt. 186) 363 s. e 462 ss., che il rapporto tra la dimensione magica e quella religiosa non deve essere posto in senso evolutivo, ma come realtà coesistenti. Innanzi tutto, se si accetta la possibilità di una coesistenza, non si comprende perché si debba parlare di «*Weltanschauung* primitiva» (*ibidem* 352 ss.) o della «razionalizzazione del processo» come «un aspetto di un ben più ampio fenomeno di razionalizzazione del diritto e della vita» (*ibidem* 358) – sostanzialmente vanificando la critica portata all'evoluzionismo, quando è stata da tempo individuata la presenza di concezioni magiche anche nelle pratiche religiose moderne. Ma, soprattutto, è chiaro che è tutto un problema di proporzioni: quando si afferma la sostanza magica di una concezione importante come quella del *ius* e si postula l'originaria assenza di un ordine giuridico-naturale a tutto favore dell'esistenza di 'forze' o 'potenze', si immagina, più che una coesistenza di dimensioni, un universo essenzialmente magico con elementi di religiosità.

²⁷⁷ Mi limito a rinviare a FIORI, *Homo sacer* cit. (nt. 86) 362 ss.

A mio avviso, l'ipotesi che in età monarchica o addirittura nella prima repubblica fosse assente la stessa idea di 'ordine giuridico'²⁷⁸ crea tali e tanti problemi da risultare inaccettabile.

5. *L'idea di ordine nelle culture indoeuropee: la disegualianza come principio di giustizia e verità.* — Le insufficienze delle teorie primitiviste non devono tuttavia indurre a rigettare l'utilità della comparazione — spesso imprescindibile negli studi di diritto arcaico, considerando che i dati apparivano di difficile comprensione per gli stessi Romani delle epoche successive. Esse inducono piuttosto a orientarsi verso l'unica comparazione storicamente fondata, e cioè quella con altre culture indoeuropee: un confronto condotto sui testi e sull'analisi linguistica e istituzionale, che trae la sua forza dimostrativa proprio da quello che ai 'primitivisti' dell'Ottocento appariva il suo limite, e cioè dall'aver ad oggetto non l'intera storia dell'umanità²⁷⁹, ma una vicenda storica e culturale circoscritta.

Certo, nonostante questa limitazione, anche su questo tipo di comparazione potrebbero essere sollevati dei dubbi, in considerazione della grande distanza che separa, non solo nello spazio, ma anche nel tempo, le testimonianze pervenuteci²⁸⁰: oltre tremila anni dividono le fonti ittite, greco-micenee, vediche e avestiche del II-I millennio a.C., e i testi medievali irlandesi e norreni, e per risalire a un passato comune occorre spingersi an-

²⁷⁸ Naturalmente non nel senso moderno di 'ordinamento': cfr. FIORI, *Homo sacer* cit. (nt. 86) 169 ss.

²⁷⁹ Cfr. MCLENNAN, *Primitive marriage* cit. (nt. 244) 6 ss.: «the facts disclosed by philology as to the civil condition of the Indo-European race before its dispersion from its original headquarters, the earliest, chronologically considered, which we possess respecting the social state of mankind — cannot be said to tell us anything of the origin or early progress of civilization. ... Those Aryan institutions are to the language of geology post-pliocene, separated by a long interval from the foundations of civil society, and throwing back upon them no light. Marriage laws, agnatic relationship, and kingly government, belong, in the order of development, to recent times. For the features of primitive life, we must look, not to tribes of the Kirghiz type, but to those of Central Africa, the wilds of America, the hills of India, and the islands of the Pacific».

²⁸⁰ Cfr. ad es. LATTE, *Römische Religionsgeschichte* cit. (nt. 76) 9.

cora più indietro nel tempo. Le ricerche linguistiche e storico-religiose hanno però dimostrato la persistenza, attraverso i secoli, di ideologie e forme espressive in culture anche molto distanti tra loro²⁸¹. E anzi, rispetto alle istituzioni giuridico-religiose, le maggiori analogie si rinvencono proprio nelle aree 'marginali' del dominio indoeuropeo – Roma, Irlanda²⁸², India e Iran –, ove è stata da tempo verificata la conservazione di un vocabolario giuridico-religioso che nelle aree 'centrali' appare invece, in misura maggiore o minore, modificato. L'ipotesi, formulata già all'inizio del Novecento da Joseph Vendryes²⁸³, è che una simile conservazione sia dovuta all'esistenza, nelle civiltà 'marginali', di collegi sacerdotali che si sono occupati dell'elaborazione delle regole del diritto e della religione.

Entro un simile contesto appare chiara l'importanza di verificare, innanzi tutto nelle altre culture 'marginali', l'esistenza o l'assenza dell'idea di un ordine oggettivo preesistente al giudizio. È sufficiente in questa sede qualche rinvio, posto che si tratta di temi sui quali si è accumulata una notevole letteratura.

In ambito indoiranico l'idea di ordine è espressa nell'avest. *aša-* (apers. *arta-*) e nel ved. *ṛtá-* (più tardo *satyá-*²⁸⁴). È un

²⁸¹ Basti pensare alla formularità del linguaggio poetico: cfr. da ultimo C. WATKINS, *How to kill a dragon. Aspects of Indo-European poetics* (Oxford 1995) con bibliografia.

²⁸² È bene parlare solo dell'esempio irlandese, perché esso potrebbe rappresentare un modello particolarmente arcaico nella stessa cultura celtica, posto che le popolazioni continentali appaiono interessate dalla 'crisi della regalità' sviluppatasi nelle aree centrali del dominio indoeuropeo: cfr. D. POLI, *Protostoria, lingua e cultura nell'area del Mare del Nord III*, in *AION(germ.)* 20 (1977) 213 s.

²⁸³ J. VENDRYES, *Les correspondances de vocabulaire entre l'indo-iranien et l'italo-celtique*, in *Mémoires de la Société Linguistique* 20 (1918) 3 ss. L'ipotesi è stata autorevolmente seguita: basti ricordare A. MEILLET, *Esquisse d'une histoire de la langue latine*³ (Paris 1933) 21; G. DEVOTO, *Storia della lingua di Roma*² (Bologna 1944, rist. Bologna 1983), 6 e 17 ss. (che parla per le aree centrali, di 'rivoluzione democratica'); E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes* (Paris 1969) = *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee* (Torino 1976) 291 ss.; DUMÉZIL, *La religione romana arcaica* cit. (nt. 88) 83 ss.; S. MAZZARINO, *Dalla monarchia allo stato repubblicano*² (Milano 1992) 24 e 213 nt. 3.

²⁸⁴ Cfr. av. *haiṛya*, apers. *hašiya-*. La radice è vicina a quelle di germ. **sanþa-* (cfr. *supra* nt. 114), lat. *sons*, gr. *ἐτός* (H. FRISK, 'Wahrheit' und 'Lüge' in den In-

ordine a un tempo religioso, etico, giuridico, sociale, naturale e divino²⁸⁵ che, in quanto ‘giusto’²⁸⁶, ‘vero’²⁸⁷ ed ‘esistente’²⁸⁸, si contrappone all’ingiusto, al falso e al non-esistente (cfr. avest. *druj-*)²⁸⁹. In Irlanda, l’ordine viene espresso in senso maggiormente dinamico-comportamentale, attraverso il termine *fír* (‘vero, giusto’, ‘verità, giustizia’²⁹⁰), etimologicamente

dogermanischen Sprachen I. Einige morphologische Beobachtungen, in *Göteborgs Högskolas Årsskrift* 30 [1935], ora in *Kleine Schriften zur Indogermanistik und zur griechischen Wortkunde* [Göteborg 1966] 16 e 28).

²⁸⁵ Cfr. per tutti J. GONDA, *Die Religionen Indiens I. Veda und älterer Hinduismus* (Stuttgart 1960) 78; J. DUCHESNE-GUILLEMIN, *La religion de l’Iran ancien* (Paris 1962) 194 ss.; M. BOYCE, *A history of Zoroastrianism I. The Early Period* (Leiden-Köln 1975) 5 e 27; G. WIDENGREN, *Die Religionen Irans* (Stuttgart 1965) = *Les religions de l’Iran* (Paris 1968) 24, 31, 86, 97, 100 (altra bibliografia in FIORI, *Homo sacer* cit. [nt. 86] 91 s. nt. 108).

²⁸⁶ Hanno evidenziato il valore giuridico dei concetti, resi con ‘legge, giustizia, diritto’, A. BERGAIGNE, *La religion védique d’après les hymnes du Rig-veda III* (Paris 1883) 210 ss., per *ṛtá-*; R.G. KENT, *Old Persian. Grammar, text, lexicon*² (New Haven 1953) 170, per *arta-*; B. GEIGER, ‘*Rta*’ und Verwandtes, in *Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes* 41 (1934) 107 ss., per il concetto indo-iranico nel suo complesso.

²⁸⁷ H. LÜDERS, *Varuṇa I. Varuṇa und die Wasser* (Göttingen 1951) 13 ss. e 27; II (Göttingen 1959) 402 ss. e 652 ss., ha proposto di intendere i concetti piuttosto nel senso di ‘verità’ che non di ‘ordine’, seguito fra gli altri da M. MAYRHOFER, *Kurzgefasstes etymologisches Wörterbuch des Altindischen - A Concise etymological Sanskrit dictionary I* (Heidelberg 1953) 122; H. HUMBACH, *Die Gāthas des Zarathustra I. Text, Übersetzung, Paraphrase* (Heidelberg 1959) *passim*, spec. 72 s. (che però propende per una molteplicità di significati); J. DUCHESNE-GUILLEMIN, *Heraclitus and Iran*, in *History of Religions* 3 (1963) 44 ss.; I. GERSHEVITCH, *The Avestan hymn to Mithra* (Cambridge 1959) *passim*, ma spec. 6 s., 9 ss., 153 ss., 190 s.; S. INSLER, *The Gāthās of Zarathustra* (Leiden-Teheran-Liège 1975) *passim*. Come è stato notato, è possibile che «questa disputa derivi in gran parte da un punto di vista pregiudiziale moderno», poiché «nella cultura vedica e sanscrita i due concetti erano compresenti in un’unica entità lessicale» (P. BERRETTONI, *L’atto di verità nella cultura indoeuropea*, in *Studi e Saggi Linguistici* 44 [2006] 36).

²⁸⁸ W. NORMAN BROWN, *The Rigvedic equivalent for hell*, in *Journal of the American Oriental Society* 61 (1941) 79; ID., *The creation myth of the Rig Veda*, in *Journal of the American Oriental Society* 62 (1942) 85 e 88 s.; ID., *Theories of creation in the Rig Veda*, in *Journal of the American Oriental Society* 85 (1965) 24.

²⁸⁹ Per questo concetto, basti rinviare per tutti a BOYCE, *A history of Zoroastrianism I* cit. (nt. 285) 200 s.

²⁹⁰ *Dictionary of the Irish Language* cit. (nt. 75) F-146 ss. Cfr. H. WAGNER, *Studies in the origins of early Celtic civilisation*, in *Zeitschrift für celtische Philologie*

legato a lat. *vērūm*²⁹¹ ed usato anche per indicare il giuramento²⁹²: il rispetto del *fír* determina abbondanza dei raccolti e vittoria in guerra, mentre violare la giustizia aprendo le porte alla falsificazione e alla menzogna (*gó*²⁹³) significa violare l'ordine naturale²⁹⁴, causando sconfitte, fame e pestilenze²⁹⁵. Il che av-

31 (1970) 34: «the true behaviour in relation to the cosmic law». H. HARTMANN, *Was ist 'Wahrheit'? Ein Vergleich französischer, keltischer, indischer, iranischer und griechischer Vorstellungen von der Verwirklichung der Wahrheit. Eine kulturgeschichtliche Analyse II.4*, in *Zeitschrift für celtische Philologie* 55 (2006) 5 ss. ipotizza una differenza tra il neutr. *fír* e il femm. *fírinne*: «das erstere der kosmischen, das letztere der irdischen Ebene angehört».

²⁹¹ Da i.e. **yer-*. La radice si ritrova anche in diverse lingue germaniche (cfr. aisl. *várar* [pl.] 'giuramento', aingl. *wār* 'fides, contratto', ted. *wahr*; cfr. ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. [nt. 54] 233 e 727; POKORNY, *Indogermanisches etymologisches Wörterbuch* cit. [nt. 167] 117 e 1166), ma in concorrenza con l'altra radice, di eguale significato, **sanþa-* (cfr. aisl. *sanr*, aingl. *sóþ*, nonché got. *sunjis*, *sunjeins* < **sundja-*). Poiché quest'ultima radice è recessiva e la prima parrebbe essere stata originariamente diffusa solo in alto tedesco, e di qui propagatasi verso nord (W. WISSMANN, *Nomina postverbalia in den altgermanischen Sprachen nebst einer Voruntersuchung über Deverbative ö-Verba I. Deverbative ö-Verba* [Göttingen 1932] 116), si è pensato per **yēra-* a un prestito italo-celtico (*ibidem* 117 nt. 6; contrario FRISK, 'Wahrheit' und 'Lüge' cit. [nt. 284] 7).

²⁹² THURNEYSEN, *A grammar of Old Irish* cit. (nt. 167) 338.

²⁹³ Su *gáu*, *gó*, *gú-*, cfr. *Dictionary of the Irish Language* cit. (nt. 75) G-51, G-127 e G-168.

²⁹⁴ Lo conferma il termine *córus*, che indica non solo il 'diritto', ma il 'diritto conforme all'ordine' (N. MCLEOD, *The concept of law in ancient Irish jurisprudence*, in *The Irish Jurist* 17 [1982] 356 ss., 360 s.; cfr. *Dictionary of the Irish Language* cit. [nt. 75] C-488). L'espressione è connessa con il termine *cóir*, che ha i significati basilari di 'appropriatezza, ordine, congruenza', ma ha presto sviluppato il senso di 'giustizia' intesa come osservanza e adeguamento all'ordine cosmico (D. POLI, *Diritto giustizia uguaglianza: un confronto di ideologie in Irlanda*, in *Romanobarbarica* 4 [1979] 204 ss.; ID., *La distribuzione nel banchetto celtico* [Roma 1984] 6 e 16; ID., *La 'interpretatio hibernica' del diritto*, in S. SCHIPANI, N. SCIVOLETTO [a cura di], *Il latino del diritto [Atti Perugia 1992]* [Roma 1994] 275 s. Cfr. *Dictionary of the Irish Language* cit. [nt. 75] C-313; J. VENDRYES, *Lexique étymologique de l'irlandais ancien [C]*, par le soins de E. BACHELLERY, P.-Y. LAMBERT [Paris 1987] C-152). Non è possibile discutere, in questa sede, del valore del termine 'natura' (*aicned*), reso costantemente dagli interpreti come 'diritto naturale', al punto di sostenere che la natura sia la 'base del diritto' (cfr. *Dictionary of the Irish Language* cit. [nt. 75] A-97): mi sembra che sia l'espressione *aicned*, sia la nozione di 'diritto naturale' (*recht n-aicnid*) non abbiano nei testi sempre lo stesso valore.

²⁹⁵ Il testo fondamentale è *Audacht Morainn* 12-28 (*fír flathemon*), 56 (*gó flathemon*); l'opposizione tra *gó* e *fír* è evidente in 54*m* (KELLY, 6-8 e 16). Cfr. D.A.

viene non solo quando a comportarsi ingiustamente sia il signore (*flaith*), ma anche quando un giudice (*brithem*) pronunci una sentenza, anziché giusta (*fírbreth*), sbagliata (*gúbreth*): i raccolti si impoveriscono, gli animali non producono più e gli uomini vengono colti dalle malattie²⁹⁶.

È agevole notare la corrispondenza tra queste concezioni e quelle – maggiormente familiari al classicista – rinvenibili nelle fonti greche arcaiche e imperniata sulle nozioni di τιμή e μοῖρα. La τιμή coincide con il rango del soggetto – visto dal punto di vista dell'altrui riconoscimento (cfr. gr. τίω, 'onoro') – divino o umano, in coerenza con l'ordine instaurato da Zeus, e la sua privazione comporta la proscrizione e la perdita di ogni esistenza giuridica all'interno del gruppo (ἀτιμία), cosicché il colpevole può essere ucciso impunemente, νηπιονεῖ (senza risarcimento: ποινή). La μοῖρα è per così dire la misura oggettiva della τιμή²⁹⁷, di cui è espressione quasi sinonimica αἴσα²⁹⁸, e può indicare sia l'oggetto di una partizione sociale – si tratti di beni concreti (la porzione di carne nel banchetto o la parte di

BINCHY, *Celtic and Anglo-Saxon kingship* (Oxford 1970) 10; WAGNER, *Studies* cit. (nt. 290) 9, 21 e 42; T. Ó CATHASAIG, *The heroic biography of Cormac Mac Airt* (Dublin 1977) 64 s.; C. WATKINS, *Is tre fírbrethemon. Marginalia to Audacht Morrainn*, in *Ériu* 30 (1979) 181 ss.; POLI, *La distribuzione nel banchetto celtico* cit. (nt. 294) 3 ss.; F. KELLY, *A guide to early Irish law* (Dublin 1988) 18 ss.; N.B. AITCHISON, *Kingship, society and sacrality. Rank, power and ideology in early medieval Ireland*, in *Traditio* 49 (1994) 45 ss. Sul rapporto tra il re irlandese e l'ordine del creato e sul vantaggio che da un giusto regno ricava il popolo, cfr. anche M. DRAAK, *Some aspects of kingship in pagan Ireland*, in *La regalità sacra - The sacral kingship* (Leiden 1959) 651 ss.; PH. O' LEARY, *A foreseeing driver of an old chariot: regal moderation in early Irish literature*, in *Cambridge Medieval Celtic Studies* 11 (1986) 1 ss.

²⁹⁶ KELLY, *A guide to early Irish law* cit. (nt. 295), 55 e 197.

²⁹⁷ Cfr. J.-C. RIEDINGER, *Remarques sur la τιμή chez Homère*, in *Revue des études Grecques* 89 (1976) 255 s.: «moira et mesures objectives de τιμή signifient la même chose, l'existence d'une structure sociale, où se trouve délimitée la place de chacun». Per i luoghi omerici, basti il rinvio a S. EITREM, s.v. «Moira», in *PWRE*. VII (Stuttgart 1932) 2453 ss.

²⁹⁸ Benché ne sia stata evidenziato un valore più statico, ad indicare una 'condizione' di cui la μοῖρα, intesa come 'ruolo', è espressione: G. DI MAURO BATTILANA, *Μοῖρα e αἴσα in Omero. Una ricerca semantica e socio-culturale* (Roma 1985) 56 ss. e spec. 61; gr. αἴσα deve essere connesso con osc. *aeteis* 'parte' (H. FRISK, *Griechisches etymologisches Wörterbuch* I [Heidelberg 1960] 44).

bottino), di riconoscimenti positivi o negativi (la ‘spettanza’ di onore o di vergogna), o di sfere di influenza, come nella ripartizione del cosmo tra Zeus Poseidone e Hades²⁹⁹ – sia, sul piano esistenziale, la ‘sorte’³⁰⁰. È dall’attribuzione appropriata delle parti (gr. νέμειν; cfr. ted. *nehmen*) che nascono sia l’ordine giuridico (νόμος), sia il sentimento sociale che deriva dalla sua violazione (νέμεσις)³⁰¹; lo stesso termine δίκη indica verisimilmente alle origini il ‘segno di confine’ (< **deik-*) che delimita l’attribuzione a ciascuno³⁰². Ma anche nella cultura greca l’attribuzione delle parti non è un fatto meramente giuridico, bensì anche naturale, al punto che φύσις e νόμος coincidono³⁰³: come in Irlanda, quando il βασιλεύς segue la δίκη ed evita la ὕβρις, la città e il popolo prosperano, c’è pace nella terra, i raccolti sono copiosi, le pecore danno lana abbondante, le donne partoriscono bambini come i loro genitori, e non c’è bisogno di partire per mare, perché la terra fornisce tutto ciò di cui vi è bisogno; mentre quando non si rende giustizia in modo ‘retto’

²⁹⁹ Hom. *Il.* 15.187-193.

³⁰⁰ DI MAURO BATTILANA, Μοῖρα e αἶσα in *Omero* cit. (nt. 298) 14. Il termine discende da una radice *(s)mer- da cui derivano una serie di termini greci che indicano il ‘ricevere una parte’ (μείρομαι, μέρος) o il destino (μόρος, εἰμασμένη), e che trovano una serie di corrispondenze in ambito indoeuropeo, dal lat. *mereor*, al gall. *Rosmerta*, dea dell’approvvigionamento e della preveggenza (cfr. FRISK, *Wörterbuch* cit. [nt. 298] 196 s.; CHANTRAINE, *Dictionnaire*² cit. [nt. 167] 678 s.). Cfr. anche ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. (nt. 55) 399; POKORNY, *Indogermanisches etymologisches Wörterbuch* cit. (nt. 167) 969 s.; DI MAURO BATTILANA, *op. cit.* 13. Si è pensato anche all’hitt. *mar-k-* ‘dividere una vittima’ (E. BENVENISTE, *Sur le consonantisme hittite*, in *Bulletin de la Société Linguistique* 33 [1932] 140), ma l’ipotesi postula una radice *mer-: dubbiosi FRISK, *op. ult. cit.* II 197 e CHANTRAINE, *op. cit.* 679.

³⁰¹ Cfr. É. BENVENISTE, *Noms d’agent et noms d’action en indo-européen* (Paris 1948, rist. 1993) 79 ss.; L.R. PALMER, *The Indo-European origins of Greek justice*, in *TAPhA.* 49 (1950) 163; CHANTRAINE, *Dictionnaire*² cit. (nt. 167) 742 ss. Cfr. anche E. LAROCHE, *Histoire de la racine *nem- en grec ancien* (νέμω, νέμεσις, νόμος, νομίζω) (Paris 1949) 92, su cui però, a proposito di νέμεσις, cfr. la recensione di P. CHANTRAINE, in *Revue de Philologie* 77 (1951) 256 s. Sul punto, non è possibile seguire CORNFORD, *From religion to philosophy* cit. (nt. 247) 31 ss.

³⁰² Trovo convincente la proposta etimologica di PALMER, *The Indo-European origins of Greek justice* cit. (nt. 301) 149 ss.

³⁰³ M. GIGANTE, *Νόμος βασιλεύς* (Napoli 1956, rist. con appendice 1993) 12.

(ἰθύς) bensì ‘distorto’ (σκολιός: cfr. lat. *scelus*³⁰⁴), c’è carestia e malattia, gli uomini muoiono, le donne non partoriscono, le case deperiscono, gli eserciti e le mura vengono distrutti e le navi affondano³⁰⁵.

Il dato per noi più interessante è però che nelle culture ‘marginali’ – e come abbiamo visto in certa misura anche in Grecia, prima dell’affermazione della forma democratica della città-stato – troviamo una rappresentazione dell’ordine in termini di gerarchia.

Nell’India vedica, il gruppo sociale è suddiviso in ‘colori’ (*varṇa-*) che contraddistinguono la gerarchia di sacerdoti, guerrieri e agricoltori-allevatori, secondo uno schema che assume valore cosmologico, perché viene proiettato alla società divina, all’ordinamento dello spazio, del tempo, della natura³⁰⁶, e che darà vita al sistema induista delle caste³⁰⁷. E per quanto risulti in modo meno netto, la gerarchia vedica sembra riprodursi anche in ambito iranico dove troviamo in avest. *pištra-* l’omologo di ved. *varṇa-*³⁰⁸.

In Irlanda³⁰⁹ il parametro fondamentale di riferimento per ciascun membro del gruppo è il ‘prezzo dell’onore’ (*lóg*

³⁰⁴ Sul rapporto etimologico cfr. CHANTRAINE, *Dictionnaire*² cit. (nt. 167) 1013 (cfr. anche POKORNY, *Indogermanisches etymologisches Wörterbuch* cit. [nt. 167] 928; *contra*, ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*⁴ cit. [nt. 54] 601).

³⁰⁵ Hesiod. *op.* 225-247.

³⁰⁶ B.K. SMITH, *Classifying the universe. The ancient Indian varṇa system and the origins of caste* (Oxford 1994).

³⁰⁷ L. DUMONT, *Homo hierarchicus. Le système des castes et ses implications*² (Paris 1979) = *Homo hierarchicus. Il sistema delle caste e le sue implicazioni* (Milano 1991).

³⁰⁸ BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee* cit. (nt. 283) 215 ss.; cfr. Chr. BARTHOLOMAE, *Altiranisches Wörterbuch* (Strassburg 1904) 908 (con riferimento a Y. 19.17).

³⁰⁹ Alcuni studiosi tendono a dubitare dell’affidabilità delle testimonianze irlandesi, giuridiche e non giuridiche, per l’epoca precedente la loro composizione e in particolare per la comparazione indoeuropea: cfr. per tutti, sul problema, K. MCCONE, *Pagan past and Christian present in early Irish literature* (Maynooth 1990) 1 ss. (più specificamente, sulla partecipazione di chierici alla redazione di alcuni di questi trattati e sulla conseguente influenza del diritto ecclesiastico, cfr. anche KELLY, *A guide to early Irish law* cit. [nt. 295] 232 ss. con bibl., cui *adde* M. GERRIETS, *Theft, penitentials, and the compilation of the early Irish laws*, in *Celtica*,

n-enech)³¹⁰, che coincide con la sanzione pecuniaria dovuta per le maggiori offese rivolte al soggetto, ma che costituisce anche il limite entro il quale è possibile contrarre, testimoniare, garantire, nonché un parametro per i matrimoni e la pratica del *fosterage*³¹¹. E la ‘giustizia-verità’ (*fír*) è rappresentata come la conservazione di quest’ordine gerarchico: essa è così connessa alla gerarchia, che in un processo ciascuno può testimoniare solo nei limiti del proprio ‘prezzo dell’onore’³¹² e il peso delle testimonianze processuali varia in relazione al rango del testimone, cosicché il giuramento di un soggetto di rango maggiore supera la prova fornita dal giuramento di un soggetto di rango minore (è il cd. *fortach*)³¹³. Non a caso, nella rappresentazione mitica dell’origine del diritto irlandese offerta dall’introduzione della principale raccolta di trattati giuridici, il *Senchas Már*, si afferma che prima dell’arrivo di tale raccolta il mondo era nell’uguaglianza (*i cutruma*), mentre dopo a ciascuno fu assegnato un rango e un ‘prezzo dell’onore’ corrispondente al rango (*miad*)³¹⁴. Nel diritto tra-

22 [1991] 18 ss.; T.M. CHARLES-EDWARDS, *Early Irish law*, in D. Ó CRÓINÍN [ed.], *A new history of Ireland I. Prehistoric and early Ireland* [Oxford 2005] 350 ss.). Si noti però che anche gli studiosi più scettici riconoscono che le caratteristiche della regalità e l’idea di ‘verità/ordine’ come attestate nei testi irlandesi testimoniano la conservazione di temi indoeuropei (MCCONE, *op. cit.* 107 ss.).

³¹⁰ Letteralmente il ‘prezzo della faccia’; altri termini sono *eneclann* (lett. ‘pulitura della faccia’: cfr. R. THURNEISEN, *Aus dem irischen Recht I. Das Unfrei-Leben*, in *Zeitschrift für celtische Philologie* 14 [1923] 342) e *díre* ‘riparazione’, il primo proporzionato – in caso di morte della vittima – allo *status* del destinatario della riparazione, in secondo (nel composto *corpdíre*) allo *status* del deceduto. Il *lóg n-enech* si aggiungeva a una somma fissa, pagata in relazione all’illecito (*éraig*): KELLY, *A guide to early Irish law* cit. (nt. 295) 126 ss.

³¹¹ KELLY, *A guide to early Irish law* cit. (nt. 295) 8, 73, 87, 126, 158; N. PATTERSON, *Cattle-lords and clansmen. The social structure of early Ireland*² (Notre Dame-London 1994) 181 ss. Si noti che il limite è stabilito non necessariamente per ragioni di pura gerarchia, ma anche per garantire i terzi circa l’effettiva solvibilità del soggetto: cfr. ad es., rispetto ai contratti, N. MCLEOD, *Early Irish contract law* (Sidney 1992) 83 ss.

³¹² KELLY, *A guide to early Irish law* cit. (nt. 295) 203.

³¹³ KELLY, *A guide to early Irish law* cit. (nt. 295) 199 s.

³¹⁴ CIH. II 348.10-11: *ar ro·buí in bith i cutruma conid-tanic Senchas Mar* «Denn die Welt war in Gleichheit (ohne Standesunterschiede), bis die große Über-

dizionale, in altre parole, l'uguaglianza (*cutrummae*) è vista come una condizione caotica, precedente l'instaurazione dell'ordine giuridico³¹⁵: solo il diritto canonico – dove, si osserva, tutti hanno lo stesso 'prezzo dell'onore'³¹⁶ – propugnerà una nozione positiva di uguaglianza, al punto che lo stesso termine acquisirà, in una formazione linguistica più recente (*comthrom*) il significato di 'giustizia'³¹⁷.

6. *Un'ipotesi sulla regola dei maiores: il rango sociale come garanzia di affidabilità.* — Naturalmente anche la comparazione indoeuropea, per quanto importante, non può che avere un valore euristico, non potendosi sostituire all'esame delle fonti relative alla storia di Roma. Non è però questa la sede per discutere in ogni aspetto le corrispondenze giuridico-religiose tra le culture sopra ricordate e quella romana: è stata da tempo sottolineata la riconducibilità della figura del rex latino-sabino alla concezione del re indoeuropeo³¹⁸ e la corrispondenza linguistica tra una serie di termini del linguaggio sacerdotale; e sul piano teologico è riconosciuta l'analogia non solo tra le diverse 'divinità sovrane', ma anche tra alcune figure minori romane – in realtà epiclesi di Iuppiter: *Fides* e *Terminus* –

lieferung' (*Senchas Már*) zu ihr kam» (trad. R. THURNEISEN, *Aus dem irischen Recht* IV.6. *Zu den bisherigen Ausgaben der irischen Rechtstexte*, in *Zeitschrift für celtische Philologie* 16 [1927] 179).

³¹⁵ È una nozione puramente 'quantitativa', senza alcuna accezione 'etica': *Dictionary of the Irish Language* cit. (nt. 75) C-638.

³¹⁶ *Bretha Crólige*, 5 (VIII secolo), in CIH. 2287.16-20 = D.A. BINCHY, *Bretha Crólige*, in *Ériu* 12 (1938) 8 (cfr. *ibidem* 57). Il testo è legato al passo dell'introduzione allo *Senchas Már* ricordato sopra (nt. 105), come mostra il fatto che nella gl. 9 (CIH. 2287.26) se ne riporta il testo.

³¹⁷ *Dictionary of the Irish Language* cit. (nt. 75) C-419; cfr. anche *comthromas* 'giustizia' (*ibidem* 420); nella nuova formazione, il significato originario del termine si conserva in *com-thrumma* 'peso' (*ibidem* 421). Lo sviluppo storico tra i termini è stato rilevato da POLI, *Diritto giustizia uguaglianza* cit. (nt. 294) 212 ss., sulla base del diverso esito del prefisso *com-* davanti a /t/: nella fase più antica, nasalizzazione; nella più recente, lenizione (cfr. THURNEISEN, *A grammar of Old Irish* cit. [nt. 167] 502 ss.).

³¹⁸ La letteratura è enorme: credo sia sufficiente rinviare a M.L. WEST, *Indo-European poetry and myth* (Oxford 2007) 413 ss.

con paralleli indo-iranici³¹⁹. Si potrebbe continuare: ma ai nostri fini è importante sottolineare un dato spesso trascurato, e cioè che anche la percezione romana della giustizia e della verità è gerarchica.

Non certo nel senso che esistano regole che discriminino, in materie di rilievo economico, tra i cittadini: non vi sono, ad esempio, limiti di *status* alla possibilità di contrarre. Ma la diversa *dignitas* dei cittadini costituisce un criterio rilevante nelle materie in cui la condizione personale è maggiormente coinvolta.

Basti pensare alle regole in tema di matrimonio, il cui *proprium* è, nella concezione romana, coincidente con la condivisione della *dignitas* tra i soggetti, essendo giudicato inopportuno o addirittura vietato in caso di disparità sociale³²⁰; o in materia di *iniuria*, dove il delitto è giudicato maggiormente grave (*atrox*) quando l'offesa è rivolta a un senatore, un cavaliere, un decurione o un *vir spectatae auctoritatis*³²¹, e dove – rispetto all'*ademptata pudicitia* – l'esistenza di una *dignitas* da tutelare incide sulla stessa esistenza dell'illecito³²²; di esecuzione personale, le cui conseguenze infamanti possono essere evitate dai senatori e alle *clarae personae* attraverso la *distractio bonorum*³²³; di *actio de dolo*, che si negava quando richiesta da un *humilis* contro *qui dignitate excellet* allo stesso modo in cui era negata nei confronti del *parens* o del *patronus*³²⁴; del rilievo della condizione sociale nell'affidamento pretorio degli impuberi o nella decisione sull'assegnazione di un lascito in caso di contro-

³¹⁹ G. DUMÉZIL, *Les dieux souverains des Indo-Européens* (Paris 1977) = *Gli dei sovrani degli indoeuropei* (Torino 1985) 137 ss.

³²⁰ FIORI, *La struttura del matrimonio romano* cit. (nt. 61) 197 ss.

³²¹ Gai 3.225.

³²² Su Gai 3.220 e sul valore di *materfamilias* nel passo cfr. FIORI, *Materfamilias* cit. (nt. 61) 488 nt. 159.

³²³ Cfr. per tutti V. SCARANO USSANI, *Diritto e politica nell'origine della bonorum distractio ex senatus consulto*, in *Labeo* 22 (1976) 178 ss.

³²⁴ Ulp. 11 *ad ed.* (D. 4.3.11.1), su cui – nel prospettiva della *dignitas* – cfr. J.M. KELLY, *Roman Litigation* (Oxford 1966) 66 ss.; GARNSEY, *Social status and legal privilege* cit. (nt. 179) 182 ss. Altra letteratura in FIORI, *Ius civile, ius gentium, ius honorarium* cit. (nt. 183) 174 nt. 45.

versia³²⁵; e occorre ricordare la possibilità che la tarda e rilevante distinzione fra *honestiores* e *humiliores* si sia determinata a partire dall'accezione tradizionale di *honestas* come comportamento conforme al proprio *honor*³²⁶. D'altronde, è noto che ancora Quintiliano inserisce la *fama* tra i mezzi di prova processuali³²⁷.

L'incidenza di questi schemi nel diritto arcaico è ancora maggiore. In un sistema negoziale basato sull'assistenza di testimoni e sull'eterogaranza, e tutelato da un meccanismo processuale che – come abbiamo detto – è interamente imperniato sulla *fides* e sulla *dignitas* del soggetto, ossia sul suo 'credito' socio-giuridico, appare chiaro che lo *status* non costituisce un ostacolo assoluto alla contrattazione, ma interferisce con essa in concreto. La regola del diritto irlandese sopra richiamata, per cui si può contrarre solo entro il proprio 'prezzo dell'onore' è finalizzata a garantire i terzi circa la solvibilità del contraente³²⁸; allo stesso modo, le XII tavole stabiliscono che chiunque possa garantire per il *proletarius*, ma solo un ricco per l'*adsiduus*³²⁹; ed è chiaro che un ricco troverà molte più persone pronte ad assumersi l'onere di garantire per lui, di quanto ne troverebbe un povero.

Gli stessi correttivi del sistema operano nella logica della gerarchia. Possiamo richiamare nuovamente l'istituto irlandese del *fortach*, ossia della possibilità che un soggetto di rango maggiore superi la prova fornita dal giuramento di un soggetto di rango minore³³⁰: nella Roma arcaica doveva esistere di fatto una regola simile, sia nel senso che – coincidendo la *fides* con il 'credito' socio-giuridico – la testimonianza di un soggetto di rango superiore doveva essere giudicata più affidabile di quella

³²⁵ V. SCARANO USSANI, *Caratteristiche delle persone e criteri giurisdizionali nell'età di Antonino Pio*, in *Fraterna munera. Scritti L. Amirante* (Salerno 1998) 392 ss.; MCGINN, *Communication and the capability problem in Roman law* cit. (n. 15) 287 ss.

³²⁶ Sul rapporto fra la divisione *honestiores/humiliores* e il diritto matrimoniale augusteo cfr. G. CARDASCIA, *La distinction entre 'honestiores' et 'humiliores' et le droit matrimonial*, in *Studi E. Albertario II* (Milano 1953) 653 ss.

³²⁷ Quint. *inst. or.* 5.3.

³²⁸ Cfr. *supra* nt. 311.

³²⁹ Tab. 1.4.

³³⁰ Cfr. *supra* nt. 313.

di un soggetto di rango inferiore, sia nel senso che la posizione ‘debole’ di un cliente nel processo poteva – anzi doveva, rientrando tra gli *officia* richiesti dalla *fides*³³¹ – essere rafforzata dall’intervento del suo *patronus*, il quale forniva *auctoritas* al cliente mediante la propria *fides* non sostituendosi ad esso, ma operando come teste o come *laudator*.

A mio avviso, un simile contesto aiuta a comprendere la regola dei *maiores*.

In assenza della *fides* dei *testes*, è la *fides* delle parti a guidare il giudice. Il maggiore o minore ‘credito’ dei litiganti – derivante dall’appartenere alla categoria sociale dei *boni* o *mali* e dall’essere, entro queste categorie, più o meno *boni* oppure più o meno *mali* – che si esprime già normalmente nel contributo di *advocati* e *laudatores*, assume un ruolo ulteriore in mancanza di prove testimoniali, indirizzando il *iudex* verso la *iudicatio*, ossia verso il disvelamento dello *ius*³³². La parola del *vir bonus*, in quanto *probus*, ‘provava’ più di quella di un *homo malus et improbus* – espressione, quest’ultima, che come si è detto alle origini doveva avere un valore generico, indicando non solo colui al quale era interdetta la testimonianza per aver commesso un illecito, ma anche colui che, per il suo *status*, non era in grado di *probare* efficacemente.

È significativa in questo senso la già richiamata corrispondenza tra *maiestas* e *gravitas*³³³: al rango più alto corrisponde un maggiore ‘peso’, ossia a un tempo una più elevata affidabilità e una più marcata responsabilità nel tenere comportamenti corretti³³⁴. E poiché la gerarchia è un sistema di ordinamento

³³¹ Cfr. Dion. Hal. 2.10.1.

³³² R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano* (Milano 2003) 87 ss. e 119.

³³³ Cfr. *supra* nt. 240.

³³⁴ Interpretano la regola in senso etico e sociale anche KELLY, *Roman litigation* cit. (nt. 324) 43 e nt. 1; J.J. DE LOS MOZOS TOUYA, *Presupuestos formalistas del derecho romano arcaico en materia de prueba*, in *AHDE*. 51 (1981) 671; ALBANESE, *La sponsio processuale* cit. (nt. 19) 139 nt. 17; SCARANO USSANI, *Caratteristiche delle persone e criteri giurisdizionali* cit. (nt. 325) 402 nt. 32; RUELLE, *Aulu-Gelle sur les bancs des juges et la sponsio ‘ni vir melior esset’ de Caton* cit. (nt. 33) 366 ss. (con riferimento alla *sponsio* catoniana cfr. anche GARNSEY, *Social status and legal privilege*

sociale percepito come giusto e ‘ordinato’, mentre l’eguaglianza degli *honores* è percepita come caotica e dunque ingiusta, la ‘verità’ dello *ius* può – e anzi, fino a prova contraria: deve – essere conforme a quest’ordine.

Naturalmente, la prova delle falsità delle affermazioni di una parte supera ogni valutazione sociale. Ma se si ammette – secondo l’ipotesi che a chi scrive appare più probabile – che alle origini dal *sacramentum* giudiziale *iniustum* derivava la *sacratio* dello spergiuro³³⁵, ossia (non necessariamente la morte, ma la possibilità dell’uccisione come conseguenza del)l’annullamento socio-giuridico, ci si avvede della stretta connessione esistente tra la ‘verità’ dei comportamenti e il rango sociale: per ‘esistere’ giuridicamente nel gruppo occorre essere ‘veri’ e affidabili, e maggiore è la rilevanza nel gruppo, maggiore è il grado di ‘verità’ e affidabilità riconosciuti³³⁶.

Lungi dall’essere ‘irrazionale’, la regola dei *maiores* e il processo più risalente sono dunque perfettamente coerenti con la visione arcaica della verità e dell’ordine come sistema gerarchico.

7. *Gli sviluppi della regola.* — Come intendere, allora, i riferimenti alla regola contenuti nei più tardi processi di Catone, di Fimbria e di Gellio?

cit. [nt. 179] 211 nt. 1). La leggono invece in senso unicamente sociale: TOMULESCU, *An aristocratic Roman interpretation at Aulus Gellius* cit. (nt. 27) 315 ss.; VINCENZI, *Duo genera sunt testium* cit. (nt. 186) 99 nt. 19; in senso unicamente morale: DE SARLO, *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* cit. (nt. 28) 187; LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* cit. (nt. 27) 217; PUGLIESE, *Il processo civile romano I* cit. (nt. 17) 411; J. ZABŁOCKI, *Appunti sull’officium iudicis nelle noctes Atticae*, in *Au-delà des frontières. Mélanges W. Wołodkiewicz II* (Varsovie 2000) 1124; G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell’evoluzione storica delle forme processuali: ‘iura vi mihi non liquere’*, in *Scritti B. Bonfiglio* (Milano 2004) 342; MCGINN, *Communication and the capability problem in Roman law* cit. (n. 15) 272.

³³⁵ E forse nel medesimo senso bisogna intendere la *deiectio e saxo* del falso testimone: cfr. FIORI, *Homo sacer* cit. (nt. 86) 219 e nt. 194 con bibliografia.

³³⁶ Non mi sembra pertanto che la regola possa essere letta in termini di semplice confronto di classe, come la intende TOMULESCU, *An aristocratic Roman interpretation at Aulus Gellius* cit. (nt. 27) 315, secondo il quale si sarebbe trattato di «a rule made by the patrician creditors against the plebeian debtors».

All'epoca di Catone, la nozione di *bonus vir* aveva già subito importanti trasformazioni, e ciò potrebbe aver indotto il mutamento del giudizio previsto dalla regola dei *maiores*: se è possibile che in età arcaica il giudice pronunciasse (forse) d'ufficio prima sulla condizione 'assoluta' di *bonus* e *malus* e poi comparativamente tra le parti (*si pares essent*), invece nella procedura attestata da Catone la pronuncia del giudice muove da una iniziativa di parte ed è solo comparativa (cfr. *supra* § 2). È bene, poi, ricordare nuovamente che, poiché la *sponsio* viene solo evocata da Catone, ma non è stata effettivamente usata, è verisimile che la regola fosse già obsoleta nella seconda metà del II secolo a.C.

La formulazione della *sponsio* '*ni vir melior esset*', implicando un giudizio meramente comparativo, era comunque tale da non svolgere effetti al di là dei rapporti processuali tra le due parti coinvolte: essa non determinava, come nel processo arcaico, una valutazione assoluta dell'essere *bonus* o *malus*. Diverso è il caso che viene proposto innanzi a Fimbria. Questi è chiamato a decidere su una *sponsio* formulata in termini di '*ni vir bonus esset*', ossia a pronunciarsi in assoluto sulla qualifica di *vir bonus* della parte.

È quel che era richiesto anche al giudice arcaico, ed è impossibile non pensare che nella richiesta di Pinzia si celi un residuo della regola dei *maiores*. Ma in età arcaica una simile pronuncia era ammissibile in considerazione del valore concreto delle nozioni di *fides* e di *bonus vir*, determinate essenzialmente sulla base di valori di classe, e dunque oggettivamente riconoscibili in capo al soggetto. Tra il II e il I secolo a.C., quando la nozione di *bonus vir* era divenuta – nelle sue applicazioni processuali – un paradigma astratto e ideale, la pronuncia avrebbe determinato conseguenze gravissime, che sarebbero andate molto al di là dello specifico procedimento³³⁷. La sentenza avrebbe infatti creato una volta per tutte uno *status* indiscusso:

³³⁷ D'altronde, come abbiamo rilevato *supra* § 1, è verisimile che Pinzia abbia chiesto una pronuncia sull'essere egli *vir bonus* in vista dell'esercizio di una futura azione, sapendo di non avere elementi di prova.

stabilito giudizialmente che Pinzia era un *bonus vir*, cosa sarebbe accaduto se egli fosse stato parte di un differente giudizio relativo, ad esempio, all'adempimento di un *oportere ex fide bona*? Come avrebbe potuto, il giudice di questo secondo giudizio, condannarlo, posto che l'*oportere ex fide bona* coincide con il dovere di un *bonus vir*? Pinzia, a ben vedere, sarebbe assunto a nozione giuridica vivente: la sua condotta sarebbe divenuta non oggetto di valutazione, ma parametro di giudizio, in quanto espressione del comportamento di un *bonus vir*. Ed effetti non meno gravi, benché limitati alla persona di Pinzia, avrebbe avuto un giudizio negativo: dato che, al contrario della *fides* – che è propria di tutti, siano o meno socialmente *boni* –, la *bona fides* ha come parametro unico la figura astratta del *bonus vir*, l'accertamento giudiziale avrebbe avuto l'effetto di interdire non solo le attività giuridiche per le quali in età arcaica era richiesto un certo *status* – testimonianze, garanzie ecc. – ma tutti i rapporti nei quali il parametro di comportamento è la condotta di un *bonus vir*.

È per questo che il *non liquet* di Fimbria, benché in contrasto con la tradizione dei *maiores*, viene avvertito dalla società come altamente positivo: egli non è chiamato a giudicare su uno *status* sociale da cui derivano conseguenze sul piano etico-giuridico, ma a decidere direttamente su quest'ultimo piano. E su un tale piano la valutazione diviene sostanzialmente impossibile perché – come scrive Cicerone – costringerebbe ad affermare *a priori* la capacità del soggetto di compiere tutti gli *officia* e di meritare tutte le *laudes* che si riferiscono a un *bonus vir*.

Anche la decisione di Gellio deve essere letta in questo nuovo contesto: ma la novità non deve essere sopravvalutata. È chiaro che nel II secolo d.C. la regola dei *maiores* non era più applicata, né era chiesto al giudice di pronunciarsi sull'essere le parti *bonus* o *malus*, nemmeno in termini di comparazione. Ed è altrettanto chiaro che il consiglio di Favorino doveva apparire come un recupero in certo modo antiquario, che per quanto legittimo – nella vigenza dei principi ereditati dallo *ius* tradizionale – avrebbe verisimilmente sconcertato i con-

temporanei: in quest'epoca la sentenza doveva evidentemente basarsi esclusivamente sui fatti. Ma è impossibile non notare che Gellio, se da un lato non ritiene di condannare solo sulla base della *fama*, d'altra parte non si sente neanche di assolvere il convenuto, pur in assenza di prova. Anch'egli mostra, cioè, di non essere del tutto insensibile a quel sistema di valori che aveva indotto, qualche decennio prima, Plinio il giovane a scrivere al suo amico Calestrio Tirone, proconsole della Betica, di *custodire*, nell'amministrazione della giustizia, i *discrimina ordinum dignitatumque* perché non c'è nulla di più *inaequalis* di una *aequalitas* che confonda i ceti sociali³³⁸; e che, in tempi più vicini a Gellio, aveva portato Adriano a precisare, in alcuni rescritti, che per valutare l'affidabilità (*fides*) dei testi occorre tener conto della loro *dignitas, existimatio* ed *auctoritas*³³⁹.

Dovremo dunque concludere che ancora nel principato, come una sorta di condizionamento antropologico, i valori alla base della regola arcaica – la gerarchia sociale come criterio di individuazione della verità – continuavano a influenzare la percezione comune.

³³⁸ Plin. ep. 9.5: ... *quod eum modum tenes ut discrimina ordinum dignitatumque custodias; quae si confusa turbata permixta sunt, nihil est ipsa aequalitate inaequalius*. Sulla lettera – da datare probabilmente al 107-108 d.C. – cfr. nella prospettiva qui indicata, GARNSEY, *Social status and legal privilege* cit. (nt. 179) 77 s.; V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio* (Milano 1988) 209 s.; SCARANO USSANI, *Caratteristiche delle persone e criteri giurisdizionali* cit. (nt. 325) 403 s. In generale, sul problema del rilievo dello *status* nell'amministrazione della giustizia nel II secolo d.C cfr. GARNSEY, *op. cit.* 153 ss. e 181 ss.; MAROTTA, *op. cit.* 209 ss.

³³⁹ Call. 4 *de cogn.* (D. 22.5.3.1-2) (cfr. *supra* nt. 237), su cui SCARANO USSANI, *Caratteristiche delle persone e criteri giurisdizionali* cit. (nt. 325) 404 nt. 37.