

BREVI OSSERVAZIONI SU FIORENTINO D. 1.5.4 PR. (9 INST.)

Ines de Falco*

1. In D. 1.5.4 pr. è contenuta la celebre affermazione di Fiorentino¹ tratta dal suo IX libro delle *Institutiones*, in cui affrontava le questioni *de statu hominum*²:

Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur.

Per sventura degli interpreti, questo è l'unico brano superstite del libro IX, aggravato dalla circostanza che, com'è noto, dei dodici *libri Institutionum* di Fiorentino sono giunti a noi solo una quarantina di frammenti.

Tuttavia l'enunciazione continua a destare curiosità e interesse per il fascino (o la suggestione?) che la potenza delle scarse parole seguitano ad esercitare nel tempo e non solo per i giusromanisti.

Il testo si presenta come se fosse fratturato nel mezzo, diviso com'è tra l'asserzione dell'esistenza di una prerogativa universale (l'uso del pronome relativo indefinito *quisquis* non lascia spazio ad alcuna ipotesi di restrizione) e quella della sua rapida eventualità di compressione.

Nelle prime battute Fiorentino propone la definizione³ della libertà come facoltà naturale (*naturalis facultas*) e immediatamente dopo ne individua il contenuto come potere spettante ad ognuno di fare ciò che piace (...*eius quod cuique facere libet*). Se la sua fosse stata una

* Professore aggregato di Diritto romano e Diritti dell'antichità presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

¹ Per la personalità scientifica, i problemi di identificazione e datazione, v., da ultima, S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino. Etica, natura e logica nelle Institutiones*, Napoli 1996, alla quale si rinvia per fonti e letteratura; sull'analisi del testo *de quo*, v. *Eadem*, 110 ss., 241 ss. Interrogandosi sulla "ricostruzione del suo profilo intellettuale" (p. 7) *Ead.*, rinviene nel giurista uno "stoico imperfetto" (p. 245), e infatti "l'influenza dell'etica stoica non impediva ... a Fiorentino di utilizzare anche contributi di altre filosofie, interpretate tuttavia secondo il disegno coerente di diffondere una immagine della società imperiale, in cui fossero attenuate al massimo, se non addirittura eliminate, crudeltà, barbarie o, comunque, azioni 'insidiose' tali da minarne alla base le fondamenta" (p. 244), "non doveva essere neppure assente, nell'orizzonte culturale del giurista, un'attenzione per l'aristotelismo, che tra la fine del II e gli inizi del III secolo d. C. viveva un'importante fase di rinascita" (p. 241).

² Anche il titolo V dei *Digesta*, dove viene accolto il testo di Fiorentino, è denominato *de statu hominum* e non *de iure personarum*, e tale occorrenza ha condotto G. MELILLO, *Persona, status e condicio nell'esperienza romana. La dogmatica moderna*, in *Diritto ed economia in età tardoantica*, Salerno 2006, 48, ad affermare che "anche gli schiavi appaiono protagonisti del diritto non per il loro ruolo, ma per la loro appartenenza al genere umano". S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., 54, ritiene che non è possibile risalire ad un archetipo comune per le opere istituzionali di età severiana i quali non rispecchiano i canoni di una scuola ma piuttosto le singole personalità degli autori (p. 71); ad ulteriore sostegno della sua idea di una 'struttura originale' del manuale istituzionale del giurista, *Ead.*, 57, osserva che "Nel IX – dunque in uno dei libri finali – Fiorentino, seguendo un ordine espositivo privo di riscontro negli altri manuali istituzionali, affrontava le questioni di *status*" e che "risultano affinità di contenuto con le *Institutiones* di Marciano" (p. 69).

³ Gaio, a differenza di Fiorentino e seguendo una tradizione giurisprudenziale non incline alla 'definizione' ma piuttosto incentrata ad evidenziare le 'divisioni essenziali', non qualifica affatto la *libertas* ma preferisce illustrare direttamente la partizione principale riguardo alle *personae*, cfr. Gai 1.9: *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.*

formulazione di natura ‘formale’ con finalità precipuamente espositiva, un mero espediente, dunque, per introdurre la materia che si accingeva a trattare, non si comprenderebbe la successiva, precisa indicazione sulla quiddità, sulla sostanza di quella libertà che quindi è ben lontana dall’essere un proclama esteriore ma, invece, espressione di una necessità intrinseca e profondamente maturata nel giurista.

Uno sguardo alla terminologia utilizzata per identificare la *libertas*⁴ sembra effettivamente condurre verso una sorta di riconoscimento di un diritto innato spettante a tutti. L’asserto parte dalla qualificazione della libertà come istituto di *ius naturale*⁵, tutti i lemmi scelti da Fiorentino nella struttura del periodo, *facultas*, *quisquis*, *facere*, *libet* per precisarne il contenuto, confluiscono – sia considerati isolatamente, sia, *a fortiori*, assemblati nella enunciazione – verso l’individuazione di un principio, o, meglio, di un potere, di una idoneità (*facultas*) che si articola in atti concreti (*facere*) e la misura di tali atti è data dal gradimento (*libet*), cioè dalla autonoma inclinazione di ciascuno (*quisquis*).

Qualche considerazione è opportuna sull’adozione del *libet*⁶, peraltro più frequente della desueta forma *lubet*, che Fiorentino, ad avviso di chi scrive, sceglie con sapiente rigore linguistico. Ci si è interrogati sul perché il Nostro abbia preferito il *libet* al più comune *placet*. In realtà, la sinonimia tra *placet* e *libet* – l’uso del secondo è peraltro attestato esclusivamente nella forma impersonale – non è affatto integrale. Mentre in *libet*, non a caso sempre impersonale, prevale il senso di impulso spontaneo, in *placet*, impersonale, si riscontra un maggior influsso della volontà che diventa deliberativa, o che addirittura si risolve in decisione autoritativa (*quod principi placuit, legem habet vigorem*)⁷. Domina nel secondo anche una valutazione di bontà e opportunità dell’atto che si vuole compiere con un’accentuazione dell’essenza politico-morale. In *libet*, invece, è prevalente il senso di bisogno spontaneo, di pulsione istintiva⁸, il che induce a confermare la rappresentazione della libertà in Fiorentino

⁴ Secondo S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., 242, “la prima parte della definizione di *libertas* rispecchiava quella ciceroniana, che ... riecheggiava motivi stoici” e risente delle “definizioni di *libertas* fornite da Cicerone, Seneca e Epitteto, che recuperavano la nozione stoica intesa non tanto come assenza di costrizioni fisiche, quanto di vincoli interiori. Cicerone scriveva che la condizione di libero consisteva nel vivere *ut velis*” (p. 242), v. Cic., *De off.* 1.20.70, mentre “nella seconda parte Fiorentino introduceva una precisazione in netto contrasto con la nozione stoica di libertà coincidente con l’autonomia dell’*egemonikòs*. Violenza e vincoli giuridici ... erano infatti fattori ‘esterni’ che agivano sul corpo, senza limitare in alcun modo la facoltà di autodeterminazione” (p. 242).

⁵ La cui nota e controversa – sia rispetto alla genuinità del testo sia per il contenuto stesso – definizione troviamo in: D. 1.1.1.3 (Ulp. 1 *Inst.*), D. 1.1.11 (Paul. 14 *ad Sab.*). W. WALDSTEIN, *Sulla nozione di diritto naturale attraverso il diritto romano*, in *Saggi sul diritto non scritto*, Padova 2002, 60, nell’analizzare il rapporto tra *ius civile* e *ius naturale*, rileva che, nella definizione ulpiana, il primo non si trova del tutto al fuori del secondo e che “con ciò diventa chiaro che neanche il *ius civile* è stato creato dal niente grazie a un comportamento arbitrario del legislatore”. Per quanto riguarda, poi, la valenza attribuita dalla giurisprudenza romana, che in genere non propone una speculazione sull’idea di diritto naturale in generale ma piuttosto ne individua empiricamente le applicazioni rispetto alle fattispecie concrete, *Id.*, traendo spunto dai *Principi* di Schulz, osserva che “i giuristi romani – i quali certamente non erano influenzati da ideologie – nel loro tentativo sobrio, totalmente riferito alla realtà, di trovare la soluzione giusta da dare ai casi concreti, hanno applicato in maniera immediata e automatica le norme naturali, e quindi appunto il diritto naturale” (p. 80 s.); pertanto lo Studioso conclude affermando che “questo è il motivo per cui ho chiamato l’attività della giurisprudenza «prassi del diritto naturale»” (p. 81).

⁶ Cfr. A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴, Parigi 2001, s. v. *lubet*, 367; *TLL.*, Lipsia 1956 – 1979, 7, II, s. v. *libet* 1323; *Lexicon totius Latinitatis*, Padova 1965, s. v. *libet*, 76, s. v. *placeo*, 724.

⁷ D. 1.4.1 pr. (Ulp. 1 *Inst.*): *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.*

⁸ All’interno dei frammenti raccolti nei *Digesta* il ricorso a *libet* si trova attestato in due testimonianze di Paolo con significato contiguo a quello individuato nel passo di Fiorentino. In D. 4.8.32.15 (Paul. 13 *ad ed.*, [de *receptis*] [qui *arbitrium receperint etc.*]) con riguardo al *receptum arbitrii: non ergo quod libet statuere arbiter poterit nec*

come predisposizione ancestrale, congenita. Tale propensione, proprio perché innata, è comune indistintamente a tutti gli uomini.

2. L'incoraggiante esordio è tuttavia spezzato, e probabilmente non poteva essere altrimenti, dal *nisi* che introduce la proposizione eccezzuativa *nisi si quid vi aut iure prohibetur*, prodromica al § 1 del frammento dove è contenuta la definizione della schiavitù.

Prima di interrogarci sul valore del *nisi ... prohibetur*, non possiamo fare a meno di rilevare che – dall'impianto così limpido dell'intera locuzione – nel pensiero di Fiorentino sono distinte con chiarezza una 'regola', il principio della libertà – che meglio dovremmo designare adesso come 'attitudine' alla libertà – quale categoria appartenente al patrimonio umano universale, e la sua 'eccezzione', costituita dall'eventualità della soppressione (o compressione) della stessa⁹.

Orbene, ciascuno può decidere, determinarsi ed agire secondo i propri desideri e la propria volontà a meno che questo non sia negato dalla *vis* o dal *ius*. La *vis* menzionata nel testo è stata per lo più intesa come assoggettamento di un uomo ad un altro, quindi come schiavitù¹⁰, però, la successiva menzione della *servitus*, che al § 1 viene definita e resa oggetto di valutazione renderebbe ripetitivo il 'vis', se inteso esclusivamente come sottoposizione. *Vis* è anche da considerarsi come qualsiasi tipo di ostacolo scaturente da un'azione che attenti alla integrità fisica di un soggetto, da un atto di prepotenza o di minaccia ma si può estendere anche ad impedimenti inevitabili quali una *vis maior cui resisti non potest*.

La *vis*, intesa come sottoposizione di un uomo ad un altro, trae la sua ammissibilità dal *ius* che la consente: è il *ius gentium*¹¹ a riconoscere la schiavitù che Fiorentino dichiara essere addirittura *contra naturam* e confliggente con la libertà che è innata, fondata sul *ius naturae* e della quale sono titolari tutti gli esseri umani. Si ha l'impressione che il giurista percepisca la paradossale antinomia tra la *libertas*, prerogativa – scaturente dallo *ius naturale*, e per questo sussistente, in astratto, a prescindere da un atto attributivo dell'ordinamento giuridico – insita in ogni essere umano e la schiavitù, sua ripugnante, innaturale, negazione, eppure prevaricante sulla prima perché riconosciuta e tutelata dal *ius*.

in qua re libet nisi de qua re compromissum est et quatenus compromissum est, si afferma che l'arbitro non può a sua discrezione o capriccio stabilire il *thema decidendum* e su questo impostare la sua decisione ma deve attenersi ai limiti e al contenuto del *compromissum*. Parimenti, in D. 40.7.4.5 (Paul. 5 ad Sab., [de statuliberis]), in tema di calcolo del tempo da computarsi per una manomissione sottoposta a condizione sospensiva che il servo resti al servizio dell'erede per un anno, si prescrive che l'anno non deve essere calcolato arbitrariamente: '*Stichus si heredi meo anno servierit, liber esto*': *quaerendum est, annus quomodo accipi debeat, an qui ex continuis diebus trecentis sexaginta quinque constet an quibus libet. sed superius magis intellegendum Pomponius scribit*.

⁹ B. BIONDI, *Il diritto romano propagatore di libertà*, in *Scritti giuridici 3* (= *Ius*, 1952, p. 257 – 276), Milano 1965, 12, nel frammento in questione distingue una libertà di fatto da quella giuridica e osserva che quest'ultima "non deriva da concessione dell'ordinamento giuridico, ma è piuttosto un *prius*, una *naturalis facultas*, che può venire riconosciuta e anche limitata ma non attribuita dalla legge dello Stato". Aggiunge, poi, con riferimento più specifico alla libertà nell'ambito del diritto pubblico, che "non è libero non colui che sottostà alla legge, ma solo colui che è sottoposto ad un *dominus*, in guisa che gli manca qualsiasi autodeterminazione" (p. 18).

¹⁰ In questo senso v. V. GIUFFRÈ, *Una occasione mancata: i diritti congeniti dell'uomo derivanti dalla «hominum dignitas»*, in *Momenti della «iuris scientia»*. Per la coscienza del giurista moderno. *Scritti emigrati*, Madrid 2015, 750, che riassume così la definizione di Fiorentino: "... secondo natura la *persona humana* è dotata di libertà, autonomia e quindi può determinarsi come vuole a meno che ciò non sia impedito dalla *vis* – da interpretare nel contesto come sottomissione di uomo ad uomo – oppure da divieti del *ius*".

¹¹ Così com'è ricordato nelle *Institutiones*, *Inst.* 1.2.2, nei *Digesta*, D. 1.1.1.4 (Ulp. 1 *Inst.*), D. 1.1.4 (Ulp. 1 *Inst.*) dove parimenti è segnalato il conflitto con il *ius naturale* secondo cui tutti gli uomini nascono liberi.

L'opposizione alla *naturalis facultas* non è costituito solo dalla subordinazione praticata e consolidata di un essere umano ad un altro – consueta e funzionale all'assetto socio-economico romano – ma principalmente dal fatto che ad essa viene attribuita piena legittimità dall'ordinamento.

Dunque, il riconoscimento della schiavitù – istituto del *ius gentium, contra naturam* – è stato voluto e determinato dal diritto, da “quella particolare forma di violenza¹² che, per l'uomo libero, è anche il *ius*”¹³.

L'accostamento tra *vis* e *ius* meriterebbe ulteriori approfondimenti ma non appare incongruo¹⁴. Fiorentino pur consapevole della potenza coercitiva del *ius positum*, che deliberatamente legittima e ‘organizza’ la schiavitù, le antepone, menzionandola e descrivendola in via prioritaria, l'inclinazione naturale alla libertà.

Che il giurisperito mostri una profonda attenzione al tema delle posizioni sostanziali dell'individuo – il giurista moderno le segnalerebbe come situazioni preordinamentali¹⁵ – della repressione della violenza e del legame naturale che accomuna ogni essere umano per il vincolo originario di discendenza, si evince, questa volta in relazione alla possibilità della legittima difesa, ancora da un'altra testimonianza:

D. 1.1.3 (Flor. 1 *Inst.*): *ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse.*

¹² Per un inquadramento generale, fonti e letteratura intorno al concetto di *vis* e alle sue applicazioni in materia privatistica e pubblicistica, v. G. LONGO, s. v. *Vis*, in *NNDI*. 20, Torino 1957, 989 ss., M. BALZARINI, s. v. *Violenza (dir. rom.)* in *ED*. 46, 1993, 830 ss.; per la repressione della violenza nell'ambito privatistico e la nascita della tutela interdittale, L. LABRUNA, *Vim fieri veto: alle radici di una ideologia*, Napoli 1971, rist. 2017, (con una nota di lettura di L. Capogrossi Colognesi) p. 319.

¹³ Cfr. G. MELILLO, *Persona, status e condicio nell'esperienza romana*, cit., 52 s.; A. MASULLO, *L'intersoggettività originaria e il fondamento trascendentale dei diritti umani*, in *L'arcipelago dei diritti fondamentali alla sfida della critica*, I. *Il prisma dei diritti fondamentali*, Milano 2006, 25, interrogandosi sulla consistenza dei diritti umani osserva che “... i diritti fondamentali si distinguono da tutti gli altri diritti perché sono diritti caratterizzati dal loro essere eccepibili a difesa dell'individuo, verso il sistema del potere che si esprime con la parola sovranità”. Da B. ALBANESE, s. v. *Persona (storia – diritto romano)* in *Scritti giuridici 2*, Torino 1991 (= *ED*. 33, 1983, 169-181), 1610 con riferimento all'esame della condizione dei *servi*, sembra si possa cogliere un cenno, forse un semplice spunto, analogo alla valutazione che del *ius positum*, rispetto al testo *de quo*, si propone in questo scritto come sopraffazione di un'istanza alla libertà fondata sul *ius naturae*: “I servi, nel quadro di un sistema di violenza, sostanzialmente accettato come inevitabile, furono *personae* cui, per molti versi essenziali, si attribuì lo statuto di *res*”.

¹⁴ Allo stato non si può parlare che di mera congettura: si tratterebbe, infatti, di approfondire accezioni e contesti in cui *vis* è utilizzato, sia quando appare isolatamente, sia quando utilizzato congiuntamente ad altro elemento, come per esempio nel sintagma *vis ac potestas*, studiato da F. BRIGUGLIO, *Servio Sulpicio e la definizione della tutela: vis ac potestas o ius ac potestas?*, in *Studi in onore di A. Metro 1*, Milano 2009, 163 ss., solo, però, con riferimento alla tradizione testuale delle due differenti unità sintattiche presenti rispettivamente in D. 26.1.1 (Paul. 38 *ad ed.*) e in *Inst.* 1.13.1. Più di recente, invece, F. REDUZZI MEROLA, *Il concetto di 'vis' tra diritto privato e repressione criminale*, in una relazione, in corso di pubblicazione, tenuta nell'ambito di un workshop su *La violenza nel mondo romano. Discipline a confronto*, si è occupata del valore del termine *vis*, soffermandosi sugli stessi testi in tema di *tutela*, e pervenendo ad attribuirgli un duplice significato di forza e giustizia.

¹⁵ W. WALDSTEIN, *Elementi «pre-positivi» dell'ordinamento nel diritto romano*, in *Saggi sul diritto non scritto*, cit., 46 s., indica fra gli elementi che qualifica «pre-positivi» *aequitas*, *iustitia* e *iustum*: “Questi concetti si riferiscono a un fenomeno che si trova in stretto rapporto con il *ius naturale*, ma non si identifica in esso. Si tratta del fenomeno della giustizia” e formula una condivisibile opzione metodologica, *Idem*, 54: “Comunque si voglia nello specifico descrivere il rapporto concreto degli elementi «pre-positivi» dell'ordinamento con il diritto positivo, si rivela insostenibile nelle sue conseguenze che la scienza del diritto studi come oggetto della conoscenza solo ciò che il legislatore statuale, in qualsiasi condizione, le presenti come norma”.

Appare chiaro che l'*incipit* del frammento presenta una lacuna iniziale che impedisce di meglio contestualizzare l'enunciato di Fiorentino e, purtroppo anche in questo caso, non può esserci d'ausilio il contenuto di altri frammenti del suo libro I, *De iustitia et iure*, del quale il nostro testo è l'unico ad esserci giunto.

Un'ulteriore difficoltà nella comprensione del passo nasce dalla circostanza che non si riesce ad identificare con certezza una motivazione della sua disposizione da parte dei Compilatori nel titolo *De iustitia et iure* dal momento che gli altri frammenti in esso raccolti parlano dell'etimologia e del contenuto del *ius*, di cosa sia la giustizia, di partizioni del diritto, delle sue fonti di derivazione così da far apparire lo stralcio di Fiorentino – che però Lenel colloca, come si è detto, nel I libro ugualmente denominato – quasi un fuor d'opera.

Tuttavia si può pensare che il legame fosse costituito da un riferimento – che si presume fosse presente nella parte mancante – ad una esposizione del *ius naturale* precedente allo stralcio a noi pervenuto che inizia con *ut vim atque iniuriam propulsemus*. Fiorentino, infatti, dopo la presumibile illustrazione della nozione di *ius naturale* passa a spiegarne una sua fondamentale manifestazione, la possibilità di opporsi¹⁶ e di difendersi da atti di violenza e di ingiustizia, *ut vim atque iniuriam propulsemus*, per tutelare l'intangibilità del proprio corpo, *ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit*; la 'legittima difesa' deriva dal *ius naturale*, *nam iure hoc evenit: 'iure'*, infatti non può non sottintendere '*naturali*'.

Il brano continua con la motivazione¹⁷ a fondamento della prerogativa della integrità personale: ancora una volta è la *natura* che ha stabilito una parentela (*cognatio*) fra gli esseri umani in virtù della quale è cosa abominevole, contraria alla natura e al senso morale, che un uomo arrechi danno o metta in pericolo la vita del suo simile. Il focus dell'argomentazione di Fiorentino deve essere posto ancora una volta sulla sua avversione per la violenza in qualsivoglia sua manifestazione – questa volta specificatamente intesa come attentato alla integrità personale – piuttosto che sulla possibilità della legittima difesa¹⁸.

¹⁶ Com'è noto la possibilità di esercitare la legittima difesa non solo non era estranea al mondo romano sin dall'antichità (cfr. XII Tab. 8. 12-16) ma ben si ambienta nella sua *forma mentis*.

¹⁷ "La parentela di diritto naturale di tutti gli uomini è addotta per motivare il diritto all'autodifesa", cfr. W. WALDSTEIN, *Sulla nozione di diritto naturale*, cit, 68.

¹⁸ Si concorda con l'interpretazione di S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., 156, la quale rileva che: "scopo fondamentale di Fiorentino era non tanto ribadire la correttezza e l'ammissibilità della 'legittima difesa', quanto, piuttosto, valorizzare un legame naturale fra gli *homines* la cui violazione era giudicata *nefas* ... la *cognatio inter nos*, stabilita dalla natura, rendeva *nefas* ogni insidia reciproca fra gli esseri umani. Disegnava uno scenario universale di reciproco rispetto tra le persone, con una fortissima tensione etica".