

R. UNIVERSITÀ DI ROMA

PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO DEI DIRITTI
DELL'ORIENTE MEDITERRANEO E DI STORIA DEL DIRITTO

1. VOCI P., *L'errore nel diritto romano*.
Vol. in-8 di pag. XII-296 L. 40
2. NARDI E., *I casi di indegnità*. - Vol.
in-8 di pag. XVI-380. L. 50
3. SARGENTI M., *Il diritto privato nella
legislazione di Costantino* (Persone e
famiglia). - Vol. in-8 di pag. 201 . L. 30
4. LANFRANCHI F., *Il diritto nei retori
romani*. - Vol. in-8 di pag. XXIV-687 L. 90
5. D'EMILIA A., *La compra-vendita nel
capitolo XXXIII del nomocanone di
Ibn al-Assal*. - Vol. in-8 di pag. 120 L. 20
6. LUZZATTO G. I., *Caso fortuito e forza
maggiore, come limite alla responsa-
bilità contrattuale*. - Vol. in-8 di pa-
gine 285 L. 40
7. NARDI E., *La reciproca posizione suc-
cessoria dei coniugi privi di connubium*
- Vol. in-8 di pag. VIII-102 . . . L. 15
8. PUGLIESE G., *Actio e diritto subiettivo*
- Vol. in-8 di pag. XV-446 L. 60
9. D'EMILIA A., *Il waqf ahli secondo
la dottrina di Abū Yusuf*. - Vol. in-8
di pag. IV-80 L. 12
10. P. VOCI, *Risarcimento e pena privata
nel diritto romano classico* - Vol. in-8
di pag. VIII-208 L. 35
11. L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesti*
(In preparazione).
12. A. GUARINO, *Adfnitas* - Vol. in-8
di pag. XII-110 L. 16
13. E. NARDI, *Ritenzione e pegno gor-
diano* - Vol. in-8^o di pag. VIII-112 L. 15

R. UNIVERSITÀ DI ROMA

PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO DEI DIRITTI
DELL'ORIENTE MEDITERRANEO E DI STORIA DEL DIRITTO

XII.

ANTONIO GUARINO

A D F I N I T A S.



MILANO

DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE

1939-XVII

PROPRIETÀ LETTERARIA

AL PROF. EMILIO ALBERTARIO

ABBREVIAZIONI

<i>ACP</i>	Archiv für die civilistische Praxis.
<i>AG</i>	= Archivio Giuridico.
<i>ATT</i>	Atti del R. Istituto Veneto di Scienze Lettere e Arti.
<i>UM</i>	= Annali della R. Università di Macerata.
<i>BIDR</i>	Bullettino dell'Istituto di diritto romano.
<i>F</i>	Il Filangieri.
<i>PUC</i>	Pubblicazioni dell'Università Cattolica del S. Cuore.
<i>PWRE</i>	Pauly Wissowa, Realencyclopädie.
<i>RAB</i>	Rendiconti della R. Accademia delle Scienze di Bologna.
<i>RIL</i>	Rendiconto del R. Istituto Lombardo di Scienze e Lettere.
<i>RISG</i>	Rivista italiana per le scienze giuridiche.
<i>SIGP</i>	Studi dell'Istituto giuridico della R. Università di Pavia.
<i>ZSS</i>	Zeitschrift der Savigny - Stiftung, Romanistische Abteilung.

INDICE - SOMMARIO

Introduzione.

1. Autonomia della categoria dogmatica <i>adfinitas</i> nel diritto romano classico	Pag. 1
2. La terminologia delle fonti	» 4
3. Oggetto e scopi della presente trattazione	» 7

SEZIONE PRIMA

LA CATEGORIA DOGMATICA *ADFINITAS* NEL DIRITTO CLASSICO

1. <i>Premessa</i>	Pag. 11
------------------------------	---------

CAPITOLO I. — *Gli sponsalia e l'adfinitas.*

2. Il concetto classico degli <i>sponsalia</i> , come istituto di carattere eminentemente sociale, giustifica l'asserto che dagli <i>sponsalia</i> non derivasse, in diritto classico, <i>adfinitas</i>	» 13
3. D. 12. 4. 8, che pare riconnettere l' <i>adfinitas</i> agli sponsali, è stato glossato in epoca postclassica	» 15
4. Vat. fr. 302 annovera i fidanzati fra gli <i>adfinēs</i> , ma la menzione dello <i>sponsus</i> è della <i>sponsa</i> non è genuina. Rinvio	» 21
5. Dagli sponsali non derivava, in diritto classico, impedimento matrimoniale fra un fidanzato ed i parenti dell'altro. La citazione di Augusto in D. 23. 2. 14. 4 è insiticia	» 21
6. Giuliano non si occupò delle questioni circa l'impedimento matrimoniale derivante dagli sponsali: D. 23. 2. 12. 1, 2 è interpolato. Genesi di Inst. 1. 10. 9	» 24
7. L'esclusione di un vincolo di <i>adfinitas</i> prodotto dagli sponsali non implica che terminologie di <i>adfinitas</i> (es.: <i>socer</i> , <i>socrus</i> ecc.) non fossero applicate, anche in epoca classica, ai rapporti di carattere sociale determinati dagli <i>sponsalia</i> . Testi relativi	» 26

CAPITOLO II. — *Il matrimonium e l'adfinitas.*

8. Necessità dogmatica di ammettere che anche fra i coniugi intercorresse, durante il matrimonio, un vincolo produttivo di effetti giuridici. Impossibilità di raffigurare, per diritto classico, questo vincolo nel matrimonio e critica dell'opposta opinione del LANDUCCI. Necessità logica di identificare il vincolo fra i coniugi con l'*adfinitas* Pag. 29
9. Eventuali obiezioni contro la nostra tesi. Confutazione » 32
10. Analisi di D. 38. 10. 4 pr.-5. In questo frammento Modestino trattava la questione seguente: sino a che punto valesse la corrispondenza fra *adfinitas* e *cognatio*. Perchè Modestino non ha annoverato i coniugi fra gli *adfinēs* » 33
11. Conferma esegetica delle conclusioni sul brano di Modestino. Carattere insitico del paragrafo 2, ove si fa distinzione fra *cognatio iure naturali* e *cognatio iure civili*. Il testo originario di Modestino è stato fortemente alterato e rielaborato, con intenti generalizzatori, nell'età postclassica » 35
12. Conferma della nostra tesi, tratta da Vat. fr. 262 » 41
13. Vat. fr. 218 annovera esplicitamente fra gli *adfinēs* il *vir* e la *uxor*. » 43
14. Vat. fr. 302 e difficoltà che esso solleva per il nostro tema e per il problema circa l'origine del divieto di donazioni fra coniugi. » 43
15. Esegesi di Vat. fr. 302: *vir et uxor, sponsus sponsa* sono stati inseriti nel testo di Paolo dal compilatore postclassico della raccolta vaticana. Conferma dell'origine puramente consuetudinaria del divieto di *donationes inter virum et uxorem* » 47

CAPITOLO III. — *Limiti subbiettivi dell'adfinitas.*

16. L'*adfinitas* intercorrevva anche fra ciascun coniuge ed i parenti dell'altro coniuge. Il problema circa i limiti subbiettivi dell'*adfinitas* nel diritto classico, in rapporto alla regola *gradus adfinitatis nulli sunt* » 51
17. Nostra tesi: l'*adfinitas* intercorrevva, nella normalità dei casi, fra ciascun coniuge e gli ascendenti e discendenti immediati dell'altro » 53
18. Argomento a favore, desunto dalla storia dell'impedimento matrimoniale. » 54
19. Testi favorevoli » 56
20. Dimostrazione della derivazione postclassica di D. 38. 10. 4. 6. 7. » 57
21. Anche D. 23. 2. 14. 4 è stato completamente rielaborato in epoca postclassica » 60
22. Altri testi contrarii alla nostra tesi, in cui compaiono le denominazioni di *prosocer*, *prosocera* ecc., sono alterati: tali denominazioni non sono del diritto classico. a) D. 25. 2. 15. 1. » 63
23. b) D. 2. 8. 2. » 64
24. c) D. 37. 5. 8. 4 » 66
25. d) D. 50. 16. 50 » 66

26. e) D. 3. 1. 3. 2 » 67
27. Si congettura che i cinque testi dianzi esaminati, tutti del commentario all'editto di Ulpiano, siano stati alterati da un lettore postclassico dell'opera di Ulpiano » 72
28. Testi in cui l'estensione della categoria degli *adfinēs* ha carattere classico: D. 38. 10. 6 pr. e D. 50. 16. 136. Loro portata limitata nel diritto classico » 73
29. Casi classici di ampliamento, per riflessi specifici, della categoria degli *adfinēs* » 74
30. Deformazioni classiche della categoria degli *adfinēs*, motivate da impulsi pratici. Se il *beneficium competentiae*, spettante al *promissor dotis* parente della *mulier* contro il marito agente *ex promissione*, competesse a qualunque costituente la *dos profecticia*, o soltanto al padre di sangue » 75

CAPITOLO IV. — *Limiti di durata dell'adfinitas.*

31. L'*adfinitas* era limitata, di regola, alla durata del matrimonio. Testi a sostegno di questa affermazione » 77
32. Conferma sostanziale derivante dal *beneficium competentiae* spettante, in diritto classico, agli *adfinēs (socer, mulier)* avverso il *maritus agente ex promissione dotis* » 78
33. Casi di ultrattività del vincolo di *adfinitas* dopo la sua estinzione. L'impedimento matrimoniale » 80
34. Tracce di una divergenza di scuole, fra Sabiniani e Proculiani, in ordine alla ultrattività da riconoscere alla *adfinitas*. La tendenza largheggiante dei Proculiani » 81

SEZIONE SECONDA

LA CATEGORIA DOGMATICA *ADFINITAS* NEL DIRITTO POSTCLASSICO

1. *Premessa* » 85

CAPITOLO I. — *Sponsalia, matrimonium, adfinitas.*

2. La concezione postclassica di una *adfinitas* derivante dagli sponsali. Progressivo favore riscosso dalla nuova concezione, soprattutto nella compilazione giustinianea » 87
3. L'*adfinitas servilis* come espressione del medesimo rilassamento della coscienza giuridica, che portò al riconoscimento dell'*adfinitas* generata dagli sponsali. Critica di D. 23. 2. 14. 3 e di D. 38. 10. 4. 9 » 89

4. Congettura di un duplice stadio dell'*adfinitas* nel diritto postclassico: nel primo essa fu concepita come intercorrente anche fra i coniugi (e gli *sponsi*), mentre nel secondo, per l'autonomia raggiunta dai rapporti matrimoniali, i *coniuges* (e gli *sponsi*) furono progressivamente estronei dal novero degli *adfines*. Pag. 91

CAPITOLO II. — *Adfinitas e cognatio.*

5. Progressivo accostamento, in diritto postclassico, fra le categorie dogmatiche della *cognatio* e dell'*adfinitas*. Spunti classici di questo svolgimento: la *necessitudo*. La concezione postclassica della *adfinitas* come analoga alla *cognatio*. » 93
6. Prove testuali della tendenza postclassica a ravvicinare in ogni campo, quanto al loro regolamento, *cognatio* ed *adfinitas*: a) Paul. Sent. 5. 12. 2. » 95
7. b) D. 4. 4. 27 pr. » 97
8. c) D. 47. 16. 2. » 97
9. d) D. 48. 19. 22 » 98
10. e) D. 48. 19. 28. 15 » 98
11. Completamento della dimostrazione circa il carattere postclassico dell'*exkursus* modestiniiano sull'*adfinitas*. Analisi di D. 38. 10. 4. 8, 10, 11 » 99
12. Ripercussione prima dell'accostamento postclassico fra *adfinitas* e *cognatio* fu la concezione delle linee e dei gradi della affinità, determinati per riflesso di quelli della parentela di sangue. D. 38. 10. 10 pr. è stato fortemente inquinato nelle scuole postclassiche. Carattere postclassico di *L. Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis* » 101
13. Ultima conseguenza dell'accostamento fra *cognatio* ed *adfinitas* dovette essere la concezione dell'*adfinitas* come vincolo perpetuo, protrahentesi anche *soluti matrimonio*. Prove indirette di questa congettura » 103
14. L'origine storica del concetto moderno di affinità. L'art. 76 del Libro Primo del Codice Civile » 105
- Indice delle fonti » 107
- Indice degli Autori citati » 109

INTRODUZIONE

SOMMARIO. — 1. Autonomia della categoria dogmatica *adfinitas* nel diritto romano classico. — 2. La terminologia delle fonti. — 3. Oggetto e scopi della presente trattazione.

1. La presente indagine è volta a sorprendere i lineamenti caratteristici della categoria dogmatica *adfinitas* nell'ambito del diritto romano classico ed a seguire, nei limiti del possibile, le fasi della complessa evoluzione che la categoria ha subito, attraverso i secoli, sino alla compilazione giustinianea.

La ricerca non è superflua. Pochi concetti giuridici, pochi istituti sono così evanescenti, nelle trattazioni giuridiche romanistiche di oggi e di ieri, come l'*adfinitas* (1). Vi si dedica al massimo un cenno — spesso neanche in sede di teoria generale, ma in calce alla teoria degli impedimenti al matrimonio (2) —, ponendo soprattutto in rilievo la sua limitata importanza (3) e

(1) Sull'*adfinitas* cfr. l'antiquato studio del KLENZE, *Die Cognaten und Affinen nach Römischem Rechte in Vergleichung mit andern verwandten Rechten in Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft*, 6 (1828), 1 segg.: scritto nel quale si porta all'eccesso la tendenza (che dimostreremo del diritto romano postclassico) ad identificare in ogni loro applicazione la *cognatio* e l'*adfinitas*. V. anche SELL, *Zur Lehre von der römischen Affinität* in *ACP* 22 (1839), 237 segg. Altra letteratura monografica sull'argomento manca, fatta eccezione per lo scritto (relativo ad un problema molto limitato: se vi sia affinità fra i coniugi) del LANDUCCI, *Un preteso caso di affinità ed un passo dei frammenti Vaticani* in *AIR* 68 (1909), 2, 91 segg. — Tralascio qui la citazione dei manuali di diritto romano nei punti in cui si fa cenno della *adfinitas*: sarebbe invero assolutamente inutile. Indicazioni più specifiche saranno fatte a proposito dei singoli argomenti trattati.

(2) Cfr., ad esempio, GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (riveduto da SENN), 173.

(3) Cfr., ad esempio, PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², 1, 316: « L'affinità... ha importanza solo come impedimento matrimoniale e come causa di dispensa dal far testimonianza e dal seder come giurato criminale in processi contro affini ».

la sua natura di istituto riflesso della parentela di sangue, della *cognatio* (4).

Io ritengo questo disinteresse della dottrina per la *adfinitas* del tutto ingiustificato. Ben è vero che l'affinità non ebbe, in diritto romano, un largo campo di applicazione, ma va pure notato che, nel diritto classico ed in quello postclassico, essa non fu, in fondo, produttiva di molto minor numero di conseguenze giuridiche che non la stessa *cognatio*. In ogni caso, sin dall'età classica (anzi, principalmente in questo periodo), la categoria dogmatica *adfinitas* si determinò come categoria assolutamente autonoma rispetto ad ogni altra, ed in particolare rispetto alla cognazione.

Basta riflettere, per convincersi di questa piena indipendenza della *adfinitas* rispetto alla *cognatio*, a quello che era, nel diritto romano, la parentela del sangue. Questa, cui già dai più antichi tempi ineriva una notevole importanza nei rapporti sociali, entrò nel mondo del diritto soltanto in epoca storica, assumendo ben presto una importanza preminente, che tese a scalzare dalle sue posizioni il vincolo agnatizio, caratteristico della *familia* (*proprio iure*, *communi iure*) romana. Fu così che la *cognatio* si affermò sin dall'inizio come impedimento matrimoniale, che la *lex Cincia de donis et muneribus* eccettuò i cognati, oltre che gli agnati, dal divieto di farsi donazioni per un valore superiore ai mille assi, che un diritto di accusa fu riservato in certi casi ai cognati del soggetto passivo di un delitto e che in altri casi fu vietato ai cognati del reo di sostenere l'accusa contro di lui o pur di giudicarlo, che i cognati furono esentati dall'obbligo di prestar testimonianza in cause contro i loro congiunti, ecc. Già in epoca classica la categoria dei cognati portava un fiero attacco alla roccaforte della *agnatio*, e cioè alla materia della successione *mortis causa*, tuttora fondata sul vincolo agnatizio, per la ben nota origine politica della *familia* romana: il pretore creava la *bonorum possessio unde cognati*, i senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano regolavano i rapporti successori fra madre e figli, ecc. L'*agnatio*, come istituto produttivo di conseguenze giuridiche, si indebolì talmente, nel successivo periodo postclassico, che nel diritto giustiniano essa appare del tutto abolita, sì che l'unico vincolo

(4) Cfr., ad esempio, la formulazione del WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (tr. it. FADDA e BENSA), I, 167: « L'affinità si compone di parentela e matrimonio ».

familiare derivante dalla generazione è omai quello della *cognatio*, che viene applicato senza distinzioni di sorta in ogni rapporto della vita giuridica.

Ora la *adfinitas* (a prescindere dalle discussioni che faremo in avanti, per fissarne in ogni suo particolare il concetto) si determina indubbiamente, come categoria dogmatica, anche in relazione alla *cognatio*, in quanto che rapporti di affinità corrono fra ciascun coniuge ed i parenti dell'altro, ma non trova nella *cognatio*, almeno in epoca classica, il suo fondamento dogmatico. La parentela è caratterizzata dall'elemento della generazione (5); l'*adfinitas* no. Essa ripete la sua causa da un diverso fattore, e cioè dal matrimonio, dal matrimonio *sine manu*, che, determinando la unione di due persone di sesso diverso, origina fra di loro e fra ciascuna di esse ed i parenti dell'altra un vincolo corrispondente, ma non analogo, nè tanto meno identico alla *cognatio*. Giustamente fissa Modestino, in una frase che rievocheremo più volte nel corso della presente trattazione, il principio generatore della categoria dogmatica *adfinitas* con le parole: *coniungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis* (D. 38. 10. 4. 3 i. f.).

L'origine storica della *adfinitas* è dunque collegata al sorgere del matrimonio libero. Mentre la *conventio in manum* determinava la assunzione della moglie nella *familia* del marito, e quindi il passaggio di essa da un gruppo agnatizio (quello della *familia* originaria) ad un nuovo gruppo agnatizio, il matrimonio *sine manu* determinò fra il marito e la moglie, limitatamente alla sua durata, quel vincolo familiare, che è così bene rappresentato dal termine che riassume in un'unica espressione i due membri delle *nuptiae*: *coniuces*.

Fu nel *matrimonium sine manu* l'origine prima della *adfinitas*, almeno per quanto ci è dato di indurre. La considerazione della *cognatio*, e cioè la determinazione del vincolo di affinità fra ciascun coniuge ed i parenti dell'altro, non potè venire che in prosieguo di tempo. Da allora l'*adfinitas* procedette, nel corso del diritto classico, come vincolo familiare autonomo, che aveva

(5) Cfr. D. 38. 10. 4. 1 (MODESTINUS, *libro duodecimo pandectarum*).

Cognati ab eo dici putantur, quod quasi una [communiterve] nati vel ab eodem orti [progenitive] sint.

Per la critica del testo, cfr. *infra* Sezione prima, cap. II, n. 11.

con la parentela materna pure relazioni di interferenza. Sarà soltanto il diritto postclassico, come cercheremo di dimostrare, a portare la *cognatio* in primo piano anche nei riguardi della *adfinitas* ed a far subire, in sostanza più ancora che in apparenza, alla categoria dogmatica dell'affinità le sorti della *adgnatio*: con la differenza che, mentre l'*adgnatio* (categoria omai frusta ed antistorica) rimane, nel diritto giustiniano, che conclude la lunga evoluzione, dalla *cognatio* completamente assorbita, l'*adfinitas* vi mantiene una sua apparente autonomia, ma vi è in sostanza una categoria puramente riflessa del vincolo cognatizio.

2. *Adfinis* significa, in senso proprio, « vicino », « contiguo », « confinante ». In questo significato la parola trovasi adoperata nelle fonti letterarie (6) e, qualche volta, anche nelle fonti giuridiche (7).

(6) Cfr. FORCELLINI, *Dizionario latino*, I, KLATZ, *Handwörterbuch der lateinischen Sprache*⁶, GEORGES, *Lateinisch-deutsches Wörterbuch*⁸, s. v. *adfinis*.

(7) Cfr. D. 10. 1. 12 (PAULUS, *libro tertio responsorum*).

Eos terminos, quantum ad domini quaestionem pertinet, observari oportere fundorum, quos demonstravit is, qui utriusque praedii dominus fuit, cum alterum eorum venderet: non enim termini, qui singulos fundos separabant, observari debent, sed demonstratio adfinium novos fines inter fundos constituere.

Qui *adfinis* significa « confinante » (v., in questo senso, *VIR* e HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*², s. v. *adfinis*). — Per quanto il *VIR* lo mette in dubbio, pare a me che lo stesso significato la parola abbia nei seguenti due testi:

D. 33. 7. 27 (SCAEVOLA, *libro sexto* (decimo LENEL) *digestorum*).

1. Adfini suo ita legavit: « fundum Cornelianum Titio ita ut est instructus cum omnibus rebus et mancipiis et reliquis colonorum dari volo »....

2. Idem quaesivit, an fructus eiusdem fundi, qui ibi in diem mortis coacti manserint, fideicommisso cedant, cum plenissima testatoris erga adfinem voluntas ab eo quoque manifestetur, quo reliqua colonorum eiusdem possessionis ad eum pertinere voluerit....

D. 34. 3. 28. 5 (SCAEVOLA, *libro sexto decimo digestorum*).

Testamento ita scripserat: « Titio adfini meo, quidquid mihi quacumque ex causa debebat, remitti volo eoque amplius decem do »: codicillis ita scripsit: « Titio hoc amplius adfini et debitori meo usuram pecuniae, quam mihi debet, ab herede meo donec advivet: quod si exigere ultra voluntatem meam putaverit,

In senso traslato, *adfinis* significa invece — ed è questa la accezione più comune del termine — « propinquo », « necessario », « familiare ». Ma è il significato, necessariamente generico e vago, che al termine conferiscono le fonti letterarie, le quali non possono e non debbono far distinzioni giuridiche in relazione ad espressioni che hanno invece riflessi nel campo del diritto (8). Non è il caso di soffermarci sul punto.

Se passiamo alla significazione traslata che il termine *adfinis* assume nelle fonti giuridiche, vediamo che essa si precisa compiutamente in rapporto al concetto tecnico della *adfinitas*. I giuristi romani parlano di *adfinis*, quando non usino la espressione in senso di « confinante », sempre in un medesimo significato, che non importa per ora di precisare, ma che nettamente differenzia gli *adfines* dal novero generico delle persone avvinte da legami di *necessitudo*, di *familiaritas*, di *amicitia* con altre, e che soprattutto nettamente li differenzia dai *cognati*. È ben raro che a quella progressiva identificazione concettuale, cui abbiamo accennato, fra *adfinitas* e *cognatio*, verificatasi nel corso del diritto romano (specie in epoca postclassica), corrisponda un intor-

eius sortis usuram eidem Titio ab heredibus meis donec vivit praestari volo »....

In questi due testi, mancando ogni altra indicazione, non possiamo fare a meno di credere che *adfinis* abbia il suo significato proprio e originario. Può dubitarsi piuttosto se *adfinis* significhi « congiunto » nel seguente frammento:

D. 17. 1. 59. 5 (PAULUS *libro quarto responsorum*).

« Ille illi salutem. Mandi tibi, ut Blasio Severo adfini meo octoginta credas sub pignore illo et illo »....

In ogni caso, trovo preconcetta la formulazione del dubbio, così come è fatta dal *VIR*: « Coniugis cognatos significare non est certum ». Quel che non è certo è se i termini adoperati nei testi su riferiti adombrino gli affini in senso tecnico: non è lecito identificare a priori gli *adfines* con i « coniugis cognati ».

(8) Cfr. FORCELLINI, KLOTZ, GEORGES, *op. loc. cit.* Valgano per tutti i seguenti testi:

A. GELLIUS, *Noctes atticae*, 13. 3.

...necessitas vis quaequam premons et cogens, necessitudo autem dicatur ius quoddam et vinculum religiosae coniunctionis... necessitas sane pro iure officioque observantiae adfinitatisque infrequens est: quamquam, qui ob hoc ipsum ius adfinitatis familiaritatisque coniuncti sunt, necessarii dicuntur.

FESTUS, *De verborum significatione*.

Necessarii sunt, ut Aelius Gallus ait, qui aut cognati aut adfines sunt, in quos necessaria officia conferuntur praeter ceteros.

bidamento della terminologia *adfinitis*, nel senso che questa parola possa includere nel suo significato anche i *cognati* (9): vedremo, nel corso della nostra trattazione, che non è infrequente, nel diritto postclassico, la parificazione, per questo o per quell'effetto giuridico, degli *adfines* ai *cognati*, ma vedremo anche che essa si manifesta terminologicamente con espressioni del genere *adfines vel cognati*, *cognati vel adfines*, e non con l'uso improprio e pregnante del sostantivo *adfinitis* (10).

È notevole piuttosto che il termine *adfinitis* appare alquanto raramente nelle fonti romane; ed il rilievo assume maggiore importanza, se si tien presente che non di rado *adfinitis* si trova in testi alterati, non classici. Tutto ciò non deve fare impressione: *adfinitis* è un termine generico, cui i giuristi romani (specie dell'età classica) preferiscono sostituire la indicazione specifica, di volta in volta che se ne presenti il bisogno, dei singoli affini (*coniuges*, *socer socrus*, *gener nurus*, *noverca vitricus*, *privignus privigna*). Anche il termine *cognatus* appare, relativamente alle numerose applicazioni della categoria *cognatio* e alle frequenti esposizioni dei giuristi, un numero non eccessivo di volte, nelle fonti giuridiche romane.

Il problema che ci occupa si rivela, in conclusione, tale da non poter essere affrontato dal punto di vista terminologico, o soltanto dal punto di vista terminologico. L'esame, per minuto che sia, della espressione *adfinitis*, nella sua accezione traslata, riuscirebbe il più delle volte inutile (in quanto che le fonti si limitano a discorrere generalmente di *adfines*, differenziandoli tutt'al più, genericamente, dai *cognati*) e potrebbe risultare, le altre volte, fuorviante e dannoso (in quanto che, rispetto a casi in cui la espressione *adfinitis* assume una specifica significazione, noi non saremmo previamente muniti del metro necessario a misurarne appieno il valore, la fondatezza, la classicità) (11).

(9) Cfr. D. 47. 10. 39 (VENULEIUS, libro secundo publicorum iudiciorum).

Vestem sordidam rei nomine in publico habere capillumve
summittere nulli licet, nisi ita coniunctus est adfinitati, ut invitus
in reum testimonium dicere cogi non possit.

Qui l'espressione *coniunctus adfinitati* pare alludere non pur agli affini, ma anche ai cognati. Ma giustamente ha ritenuto il MOMMSEN, che *adfinitati* abbia carattere insistito nel testo di Venuleio.

(10) V., per la dimostrazione di ciò, *infra* Sezione seconda, cap. II, n. 5-10.

(11) Nulla, del resto, potrebbe portarci a conclusioni più azzardate che non

3. Nè, tanto meno, ha da essere nostro compito di classificare e sistemare e analizzare, nei loro svolgimenti storici, quelli che sono gli effetti riconosciuti e riconoscibili dell'*adfinitas*. Neanche in tal caso avremmo raggiunto la conoscenza della categoria dogmatica *adfinitas* — *prius*, rispetto al *posterius* rappresentato dagli effetti della *adfinitas* —, mentre è proprio e soltanto alla conoscenza di essa che qui vogliamo tendere.

È nostro compito, invece, di affrontare il problema da un punto di partenza esclusivamente dogmatico. Premesso il dato di fatto incontrovertibile che una categoria dogmatica *adfinitas* esistette nel diritto di Roma, ed in ogni epoca di quel diritto, noi dobbiamo domandarci in che cosa questa categoria poteva consistere, nell'ambiente del diritto classico e, successivamente, del diritto postclassico e giustiniano. Vi fu *adfinitas* fra gli *sponsi* (nonchè fra ciascuno di essi ed i parenti dell'altro), prima ancora del matrimonio? Vi fu *adfinitas* fra i coniugi? In che ampiezza si estese il vincolo di *adfinitas* fra ciascun coniuge ed i parenti dell'altro? Quali furono i limiti di tempo dell'*adfinitas*, una volta costituita? Ed il problema è enormemente complicato dalla necessità di distinguere in ogni momento il diritto classico dal diritto postclassico, e di seguire, nel corso del diritto postclassico, tutto lo svolgersi incomposto, contraddittorio, contorto del concetto di *adfinitas*, sino alla compilazione di Giustiniano, ove esso appare tanto intimamente (ma non altrettanto organicamente) connesso alla categoria della *cognatio*.

Ora io mi riprometto di dimostrare, con questo mio studio, la tesi seguente:

a) Nel diritto classico l'*adfinitas* è un vincolo che corre, per virtù del matrimonio e quindi limitatamente alla durata del medesimo, fra i coniugi, nonchè (almeno nella normalità dei casi) fra ciascun coniuge e gli ascendenti e discendenti immediati dell'altro (*socer socrus*, *gener nurus*, *vitricus noverca*, *privignus privigna*).

b) Nel diritto postclassico l'*adfinitas* diviene — con

L'affiderei alla terminologia delle fonti. Vedremo in appresso che, alla stregua delle attestazioni del *Corpus iuris* e dei *Vaticana fragmenta*, dovrebbero essere considerati — per diritto classico — *adfines* gli *sponsi*, che invece non lo erano, e forse non *adfines* i coniugi, che invece certamente lo erano (cfr. *infra* Sezione prima, cap. I e II).

una certa varietà di sviluppi specifici — un vincolo analogo alla *cognatio*, che si instaura, a partire dagli sponsali o dal matrimonio, vita natural durante, fra ciascun *sponsus* o *coniux* ed i parenti in linea retta e collaterale dell'altro, entro i limiti dei gradi corrispondenti della *cognatio*, restandone esclusi (almeno in un secondo momento) gli *sponsi* ed i *coniuges* nei loro reciproci rapporti.

SEZIONE PRIMA

La categoria dogmatica “adfinitas,, nel diritto classico

1. *Premessa.* — Intendo dimostrare, in questa prima sezione, la tesi seguente: nel diritto classico l'*ad finitas* è un vincolo che corre, per virtù del matrimonio e quindi limitatamente alla durata del medesimo, fra i coniugi, nonchè (almeno nella normalità dei casi) fra ciascun coniuge ed i parenti immediati dell'altro.

L'affermazione non è punto pacifica. Si controverte principalmente circa la esistenza di un vincolo di affinità fra i coniugi e si accede, in genere, ad una soluzione negativa, principalmente per il fatto che i coniugi non paiono annoverati dalle fonti nella categoria degli *ad fines*, nè sono chiamati *ad fines*. Nè a tutti è ancora chiaro che fra gli *sponsi* non intercorresse, nel diritto classico, un legame di affinità, pur essendo essi, con terminologia di comodo, chiamati talvolta *ad fines*. Il punto circa la durata del vincolo di affinità, il quale non si instaura in eterno ma è limitato al perdurare del matrimonio che gli ha dato causa, è nebulosissimo nelle trattazioni romanistiche, mentre esso è invece produttivo di così importanti conseguenze dogmatiche, che merita di essere posto in debito rilievo. Che l'*ad finitas* non intercorresse, nella normalità dei casi, se non fra un coniuge ed i parenti immediati dell'altro, è affermazione nuova, la quale potrà parere azzardata a chi non si rassegni all'idea di doversi distaccare, una buona volta, dalla tradizionale concezione dell'*ad finitas* come categoria riflessa della cognazione, mentre risulterà invece estremamente logica e facilmente dimostrabile.

In considerazione delle tesi da dimostrare, ripartisco la materia di questa sezione in quattro capitoli, dedicati rispettivamente:

1° alla dimostrazione che l'*adfinitas* non sorgeva dagli *sponsalia*;

2° alla dimostrazione che l'*adfinitas* intercorreva anche fra i coniugi;

3° alla dimostrazione che l'*adfinitas* intercorreva (almeno nella normalità dei casi) fra ciascun coniuge e gli ascendenti e discendenti immediati dell'altro;

4° alla dimostrazione che l'*adfinitas* era limitata nel tempo, salvi casi di ultrattività, alla durata del matrimonio.

CAPITOLO I

GLI SPONSALIA E L'ADFINITAS

SOMMARIO. — 2. Il concetto classico degli *sponsalia*, come istituto di carattere eminentemente sociale, giustifica l'asserto che dagli *sponsalia* non derivasse, in diritto classico, *adfinitas*. — 3. D. 12. 4. 8, che pare riconnettere l'*adfinitas* agli sponsali, è stato glossato in epoca postclassica. — 4. Vat. fr. 302 annovera i fidanzati fra gli *adfinēs*, ma la menzione dello *sponsus* e della *sponsa* non è genuina. Rinvio. — 5. Dagli sponsali non derivava, in diritto classico, impedimento matrimoniale fra un fidanzato ed i parenti dell'altro. La citazione di Augusto in D. 23. 2. 14. 4 è insitica. — 6. Giuliano non si occupò delle questioni circa l'impedimento matrimoniale derivante dagli sponsali: D. 23. 2. 12. 1, 2 è interpolato. Genesi di Inst. 1. 10. 9. — 7. L'esclusione di un vincolo di *adfinitas* prodotto dagli sponsali non implica che terminologie di *adfinitas* (es.: *socer*, *socrus* ecc.) non fossero applicate, anche in epoca classica, ai rapporti di carattere sociale determinati dagli *sponsalia*. Testi relativi.

2. Dagli *sponsalia* non sorgeva, in diritto classico, vincolo alcuno di *adfinitas*.

La storia degli sponsali è ormai sufficientemente nota, dopo le ampie e convincenti ricerche del VOLTERRA (1). Gli *sponsalia* sorsero, nell'epoca antichissima del diritto quiritario, come istituto obbligatorio tipico, per cui colei che poteva formare oggetto di *cōmptio matrimonii causa*, cioè di una compravendita, poteva anche essere promessa, prima del matrimonio, al futuro

(1) Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano in *BIDR*, 40 (1932), 37 segg. L'ampia monografia del VOLTERRA rappresenta lo sviluppo e la dimostrazione completa di una acuta intuizione dell'ARANGIO RUIZ *Ist.*² (1927) 408²: « Mi astengo da quell'enumerazione che i trattati usano dare, perchè sono convinto che, almeno in parte, queste parificazioni [degli sponsi ai coniugi] sono da attribuirsi al solo diritto postclassico e giustinianeo » — Nel senso dell'ARANGIO RUIZ e del VOLTERRA è la comune dottrina moderna: cfr. [JÜRS-] KUNKEL, *Röm. R.* § 174⁴ (pur con qualche maggior cautela).

marito o all'avente potestà sul futuro marito (2). Questo primitivo carattere strettamente giuridico degli sponsali andò tuttavia perdendosi col progredire dell'età classica, che conosce in essi un istituto di natura eminentemente sociale, produttivo di insignificanti conseguenze (residui degli antichi tempi) nel campo del diritto (3). Gli *sponsalia* tornarono ad essere istituto giuridico soltanto nel diritto posclassico, per effetto dell'influsso decisivo che su di essi esercitò il Cristianesimo. Solamente in quest'epoca, perciò, poteva sorgere il pensiero che una *adfinitas* (fra gli *sponsi* e fra ciascuno di essi ed i parenti dell'altro) si sviluppasse dal fidanzamento.

I testi non ostano, anzi confermano nel migliore dei modi questa nostra affermazione.

Che di una *adfinitas* generantesi dagli *sponsalia* non fosse assolutamente a parlare, nel diritto classico, viene dimostrato dalla lettura di

D. 38. 10. 4. 3 (MODESTINUS, *libro duodecimo pandectarum*).

...adfinēs sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque coniungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis.

Non si tragga argomento, contro la tesi qui sostenuta, dalla circostanza che il testo di Modestino omette di noverare fra gli *adfinēs* anche i coniugi, oltre che gli *sponsi* ed i *cognati* di questi. Dal punto di vista della questione se il vincolo di affinità si avesse anche fra marito e moglie, il frammento sarà

(2) Cfr., fra gli altri testi:

D. 23. 1. 1 (FLORENTINUS, *libro tertio institutionum*).

Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum.

D. 23. 1. 2 (ULPIANUS, *libro singulari de sponsalibus*).

Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et sponderi sibi uxores futuras:

D. 23. 1. 3 (FLORENTINUS, *libro tertio institutionum*).

unde sponsi sponsaeque appellatio nata est.

Altri testi, delle fonti letterarie, sono addotti dal VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia* I in *RISG.* N. S. 2 (1927) 591 segg.

(3) Cfr. VOLTERRA, *BIDR.* 40. 164 segg. V. anche *infra*, n. 7.

discusso altrove (4). Ma qui giova rilevare che noi ci poniamo una questione più ampia e generica: se un vincolo di affinità, qual che si fosse, scaturisse dagli sponsali nel diritto classico. La mancata menzione dei coniugi nel brano di Modestino non esclude peraltro che dal matrimonio sorgesse l'*adfinitas*; anzi è appunto la recisa e ripetuta dichiarazione che l'*adfinitas* scaturisce dalle *nuptiae*, che deve indurci a negare senza esitazione che l'*adfinitas* sorgesse anche dagli sponsali: *coniungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis*!

Sin d'ora può invece ammettersi, in via di ipotesi, che il ricordo dell'antica natura strettamente giuridica degli sponsali, unito al fenomeno della rispondenza che essi indubbiamente avevano (pur fiorendo nella sfera dei rapporti sociali) con l'istituto giuridico delle *nuptiae*, abbia potuto influire sulla terminologia da applicarsi agli *sponsi*, e più ancora ai rapporti fra ciascuno di essi ed i futuri *adfinēs*, nel senso che ad essi siansi potuti per anticipazione, ma senza implicare alcuna conseguenza giuridica, adattare le denominazioni di *socer socrus*, *gener nurus*. Ma è un punto che metteremo in chiaro in appresso (5).

3. Tralascio la ricerca e la indicazione di altri argomenti testuali, a conferma di quello che si ricava dal frammento su riportato di Modestino, e mi limito qui all'esame dei passi della compilazione e fuori della compilazione, i quali paiono invece implicare la esistenza di un vincolo di *adfinitas* anche derivante dal fidanzamento.

Un primo testo, molto discusso, è

D. 12. 4. 8 (NEBRIUS, *libro secundo membranarum*).

Quod Servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intellegendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecunia repetitio, donec autem in eodem habitu matrimonii

(4) Cfr. *infra*, cap. II, n. 10. Circa la valutazione esegetica del brano di Modestino, cfr. *infra*, cap. II, n. 11.

(5) Cfr. *infra*, n. 7.

permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est».

Il frammento di Nerazio è stato ritenuto interpolato dal FABRO (6) per due ragioni: anzitutto perchè la parola *divortium* viene in esso adoperata per indicare la nullità del *matrimonium*; e secondariamente perchè vi si parla di una *adfinitas* fra gli *sponsi*, i quali sono invece congiunti — sempre secondo il FABRO — soltanto da un *principium adfinitatis*. Il BONFANTE (7) ha tuttavia reagito alla acuta critica, notando che almeno l'uso della parola *divortium* si può giustificare, anche senza ritenere interpolato il resto. Da ultimo è intervenuto il VOLTERRA (8), ribadendo che Nerazio non può aver discorso di *divortium* relativamente ad un'ipotesi, in cui non poteva neanche aversi il matrimonio (9), e sostenendo pertanto il carattere insitico di *si divortium - repetitio*, nonché di *autem* fra *donec* ed *in eodem*.

Fa d'uopo rilevare che ambedue le critiche del FABRO col-

(6) *Rationalia*, ahl.

(7) *Corso di diritto romano*, I (Roma 1925), 245³.

(8) *BIDR*, 40, 120 segg.

(9) Cfr.:

D. 50. 16. 101. 1 (MODESTINUS, libro nono *differentiarum*).

«*Divortium*» inter virum et uxorem fieri dicitur. «*repudium*» vero (et) sponsae remitti. [quod et in uxoris personam non absurde cadit].

V., per la critica del testo, BRSELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, 34, al quale aderisco.

D. 50. 16. 191 (PAULUS, libro trigesimo quinto *ad edictum*).

Inter «*divortium*» et «*repudium*» hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest, non recte autem sponsam divortiasse dicitur [quod *divortium* ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt qui discedunt].

Ritengo frutto di glossema il *quod divortium — discedunt*. La frase ha indubbiamente un carattere esplicativo, ma non spiega, in sostanza, un bel nulla: non l'etimologia di *divortium* (da *divertere*) può valere a chiarire la differenza fra *divortium* e *repudium*. Si aggiunga il pessimo suono di *quod ... quod ...*

gono esatissimamente nel segno. La difesa di *divortium*, tentata dal BONFANTE, non regge: proprio perchè, come egli stesso riconosce, la confusione fra divorzio e scioglimento di diritto del matrimonio è frequente nelle Novelle di Giustiniano, e proprio perchè lo scambio dell'uno con l'altro concetto sarebbe l'unico esempio che ci porgono le fonti classiche, dobbiamo sospettare che *divortium* sia insitico nel testo di Nerazio (10). D'altra parte, accontentarsi di eliminare la frase *si divortium - repetitio* dal frammento in esame, lasciando intatto o quasi tutto il resto, è del pari inammissibile: non solo perchè il taglio delle parole *priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio* è passibile di alterare notevolmente il senso logico del dettato di Nerazio, ma anche perchè la critica alla menzione dell'*adfinitas* rimane in piedi e ad essa tutta una serie di indizi può essere aggiunta per dubitarsi della purezza di *donec autem - non est*.

Certo l'esegesi del testo è delicata e dipende tutta dall'esatta interpretazione dell'insegnamento di Servio, sì che possa capirsi in quale punto Nerazio abbia potuto ritenere opportuno di chiarire e sviluppare quell'insegnamento. Ora Servio si esprimeva dicendo che, se fosse stato contratto matrimonio fra due persone, delle quali una fosse ancora immatura, si sarebbe potuta esercitare la ripetizione su ciò che nel frattempo (*interim*) fosse stato dato *dotis nomine*. È evidente che il giurista partiva dal presupposto che il matrimonio, data la immaturità di uno dei coniugi, fosse nullo, ma altrettanto evidente si è che egli riteneva il matrimonio sanato dal raggiungimento della maturità da parte del coniuge più giovane: dunque soltanto *quod interim* (cioè fra il dì delle *nuptiae* e quello della sanatoria) *dotis nomine datum sit* può essere ripetuto, in quanto che la dote data posteriormente alla sanatoria si ha per validamente costituita.

Così sviluppato l'insegnamento di Servio, salta subito agli occhi il punto oscuro di esso, o meglio ancora il punto sul

10) L'uso del termine *divortium* nel testo di Nerazio è parso straordinario anche allo scoliasta Cirillo. Cfr.:

D. 24. 1. 8 sch. 3 (H. 3, 5).

Σημείωσαι, ὅτι ἐπὶ τῶν ἀνύβλων τῶν ἐπὶ γάμῳ συνιζήσαντων, καὶ οὐ κατὰ τὸν ἀνίσταται γάμος ὥσπερ ΠΑΥΛΟΥΣ· καὶ οὗτο γενομένου δέονται σημεῖωσαι τοῦτο θαυμάσιον ὄν.

quale si è potuta esercitare la attività di interpretazione di Nerazio. Nerazio riconosce che il raggiungimento della pubertà da parte del coniuge più giovane ha per effetto di sanare il matrimonio e che perciò può essere ripetuto soltanto l'*interim dotis nomine datum*, ma precisa che questa ripetizione del *dotis nomine datum* può aver luogo — ed è sommamente logico — soltanto *interim*, cioè (per usare le sue stesse parole) *priusquam utraque persona iustam aetatem habeat*. In questo senso — proclama Nerazio — va interpretato l'insegnamento di Servio.

La strana allusione al divorzio, che si inserisce sgradevolmente nel testo genuino, è invece frutto del commento marginale di un lettore postclassico, cui è piaciuto di notare che, naturalmente, la ripetizione può aver luogo (*priusquam utraque persona iustam aetatem habeat*) soltanto se la nullità del matrimonio sia stata dichiarata, cioè — come egli con grande improprietà di linguaggio tecnico si esprime — se sia avvenuto il divorzio (*si divortium intercesserit*). Eliminare tutta una frase, e per di più una frase importante come quella dianzi esaminata, al solo scopo di soddisfare la giusta critica mossa dal FABRO all'uso del sostantivo *divortium*, significa invero esagerare: ed è perciò che ritengo di non dover aderire alla esegesi proposta — non senza esitazione, del resto (11) — dal VOLTERRA.

Tanto più apparirà giustificata la nostra difesa di *priusquam - repetitio*, quando avremo considerato le frasi seguenti e ci saremo convinti della loro derivazione postclassica. Tutto il costrutto da *donec autem* alla fine è lo sviluppo — non poco impreciso, nebuloso, ed incolegantemente espresso — del pensiero già contenuto nel glossema *si divortium intercesserit* (12).

(11) Cfr. *op. cit.*, 120 segg.: « Mi sembrerebbe quindi opportuno espungere la frase *si divortium - repetitio*, la quale, oltre che per i rilievi esposti, si rivela compilatoria anche perchè pare forse rispondere al concetto bizantino di ricercare più che la persistenza di fatto del matrimonio, l'avvenuto o meno scioglimento di esso attraverso l'atto formale del divorzio ». A parte il fatto che l'inserzione è molto poco probabilmente di derivazione « compilatoria », la critica del VOLTERRA è visibilmente affrettata: non si comprende assolutamente la ragione che avrebbe determinata la interpolazione.

(12) Al VOLTERRA *cit.* 121 pare invece superfluo il periodo *si divortium - repetitio*, « data la dichiarazione che segue: *si in eodem habitu matrimonii permaneat* » (ma il testo dice *permanent*). Ora ciò non è esatto. *Si in eodem roll.* ripete soltanto la sostanza di *si divortium intercesserit*, nel senso di mettere in luce l'esigenza

È il glossatore postclassico, presumibilmente lo stesso di prima, il quale precisa che, sino a che non sia avvenuto il divorzio, sinchè cioè il matrimonio sia continuato ad esistere in apparenza (*donec... in eodem habitu matrimonii permanent*), non può farsi luogo alla ripetizione, alla stessa guisa che non può ripetersi, durante il fidanzamento e sin che questo non si sia disciolto, ciò che sia stato costituito in dote: nè egli si ferma a questo, che anzi cerca di sviluppare ancor meglio il suo concetto con tutta la frase *quod enim - non est*.

Questi ragionamenti, che paiono genuini al VOLTERRA, non farebbero onore a Nerazio, se veramente fossero suoi. È ovvio che la ripetizione non possa succedere fintanto che l'apparenza del matrimonio perduri, ma si tratta di una impossibilità puramente di fatto, e non — come il frammento in esame vorrebbe farci credere — di una impossibilità di diritto. Nessun ostacolo giuridico si frappone alla ripetizione del *dotis nomine datum*, la quale può avvenire, *priusquam utraque persona iustam aetatem habeat*, in ogni momento, dato che il matrimonio è nullo.

Ritiene per contro il VOLTERRA (13) che la spiegazione di Nerazio si basi sul principio che « la costituzione dotale anteriore al matrimonio deve essere mantenuta sino a che sussiste la *spes* delle future nozze ». Ma, ammesso che così sia, la spiegazione risulterebbe fallace, poichè o la nullità del matrimonio non è venuta alla luce, ed allora non vi è *spes* di nuove nozze ma continua ad esservi la apparenza di un matrimonio presente, o la nullità delle *nuptiae* si è, per un qualunque motivo, data a conoscere, ed allora niuno potrà dire che vi sia una *spes* di nozze nuove.

Validi indizii di forma corroborano il sospetto che *donec autem - non est* sia insiticio nel testo classico di Nerazio. *Donec... permanent* sta per *donec... permaneat*. Il soggetto di *permanent* non è chiaro: prima si era parlato di *nuptiae, factae inter eas personas rell.*, nonchè di *repetitio eius pecuniae*, epperò

(pratica, di fatto) che la ripetizione non avvenga, sinchè la nullità del matrimonio non sia stata dichiarata.

Ma *priusquam utraque persona iustam aetatem habeat* dice molto di più che non dicano i periodi seguenti, ed è perciò che la frase non può essere cancellata dal frammento Nerazio.

(13) *Op. cit.* 121.

un *personae* davanti a *permanent* sarebbe stato opportuno. *Id* (*repeti possit*), mentre prima si parlava di *pecunia* (14). *Matrimonium*, mentre si è discusso dianzi di *nuptiae*. *In eodem habitu matrimonii permanere* è una frase visibilmente sospetta. Il carattere non genuino del periodo *quod enim - non est* non abbisogna di essere nemmeno sottolineato: il suo costrutto confuso è elemento diagnostico più che sufficiente.

E' interessante il quesito da chi provenga l'alterazione del testo. Come già ho accennato, io preferisco attribuirlo ad un glossatore postclassico, piuttosto che a Triboniano. Non si vede il motivo che avrebbe potuto spingere i compilatori alla falsificazione del dettato neraziano. Questa tenue presunzione assumerà aspetti di certezza quando vedremo, più in là, gli sviluppi storici del concetto di *adfinitas* fra gli *sponsi*.

Io propongo, in conclusione, la restituzione seguente di D. 12. 4. 8:

Neratius

Glossatore

Quod Servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intellegendum est, ut (a) priusquam utraque persona iustam aetatem habeat sit [eius pecuniae(?)] repetitio (b).

(a) *si divorcium intercesserit*

(b) *donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est.*

(14) Ma non va esclusa l'eventualità che anche *eius pecuniae* sia un glossema, per il fatto che la menzione della *pecunia* è in contrasto con la dizione *quod dotis nomine interim datum sit*.

4. Un passo dei frammenti vaticani annovera esplicitamente gli *sponsi* fra gli affini. Si tratta di

Vat. fr. 302 (PAULUS, libro septuagesimo primo ad edictum, ad Cincianum).

Excipiuntur et adfinium personae, ut privignus privigna, noverca vitricus, socer soerus, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa.

Torneremo più ampiamente su questo testo oltre, ragionando della intercorrenza dell'*adfinitas* fra i coniugi (15). Qui va ricordato che si è cercato da alcuni (16) di giustificare l'inserzione dello *sponsus* e della *sponsa* fra le *personae exceptae* dal divieto di donazioni della *lex Cincia*, col rilievo che Paolo non riferisce il diritto del suo tempo, bensì quello dell'epoca stessa in cui fu emanata la *lex Cincia* (204 a. U.); epoca nella quale gli sponsali avevano, pare, ancora una efficacia giuridica molto notevole, per quanto poco conosciuta da noi.

Ma la spiegazione, solo a prima vista ingegnosa, non regge sul terreno della logica e della verosimiglianza. Paolo, se avesse veramente voluto riferirsi alle disposizioni vetuste della legge Cincia, lo avrebbe fatto usando un ben altro linguaggio, molto ma molto meno equivoco (17). Quanto alla efficacia giuridica anticamente riconosciuta agli *sponsalia*, e di cui questa norma della *lex Cincia* ci rappresenterebbe una applicazione, essa era in diretta corrispondenza — come già abbiamo notato (18) — con il sistema del matrimonio *cum manu*, esplicantesi principalmente attraverso la *coemptio matrimonii causa*. Ora, dato che relativamente alla *conventio in manum* non vi era luogo a ragionare di *adfinitas*, perchè imperava solo ed unicamente in essa il vincolo agnatizio, tanto meno vi era luogo a ragionare di *adfinitas* in relazione agli antichi sponsali, che erano *mentio et repromissio futurarum nuptiarum* (19).

(15) Cfr. *infra* cap. II, n. 14.

(16) Cfr. ASCOLI, Sulla legge Cincia in *BIDR* 6 (1893) 223; VOLTERRA, *RIDR* 40. 191 segg.

(17) Egli dice invece *excipiuntur*; col che chiaramente intende riferirsi ad un regolamento giuridico a lui contemporaneo.

(18) Cfr. *retro*, n. 2.

(19) Cfr. *retro*, nota 2.

Nessuno più si mostra sicuro, dopo gli attacchi del SOLAZZI (20) e dell'ALBERTARIO (21), della perfetta genuinità, scevra da glossemi e da alterazioni, dei Frammenti vaticani: la critica più ampia che muoveremo fra poco al nostro passo sarà tale da convincere che anche *sponsus sponsa* non deriva dalla mano di Paolo (22).

5. Un grave colpo subirebbe la nostra affermazione circa la inesistenza di un vincolo di affinità derivante dagli sponsali, se si ammettesse, con i più, che nel diritto classico gli *sponsalia* implicavano impedimento matrimoniale fra il padre dello *sponsus* e la *sponsa*, tra la *sponsa* del padre ed il figlio, tra la madre della *sponsa* e lo *sponsus*.

Deve peraltro riconoscersi, col VOLTERRA (23), che la regola non deriva dal diritto classico. Io ritengo anzi di potermi spingere anche più oltre: il diritto classico non si pose mai di simili questioni.

Non genuina è la citazione di Augusto in

D. 23. 2. 14. 4 (PAULUS, libro trigesimo quinto ad edictum).

Nunc videamus quomodo noverca et privigna et socrus et nurus intellegantur, ut sciamus, quas nos liceat ducere. . . . itaque socrus appellatione non tantum uxoris meae matrem, sed et avia et proavia intellegitur, ut nullam earum ducere possim. nurus quoque appellatione non tantum filii uxor, sed et nepotis et pronepotis continetur, licet quidam has pronurus appellant. privigna quoque non

(20) Cfr. specialmente *La minore età* (Roma 1912) 171 segg.

(21) Cfr. specialmente *Lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori SIGP* 1. (1912) 41 segg. (= *Studi* 1. 427 segg.), *Ancora sui glossemi nei frammenti vaticani* in *RIL* 55 (1922), 520 segg. (= *Studi* 5. 551 segg., *Glossemi nel fr. vat. 102* in *Studi* 5. 559 segg.

(22) Secondo il VOLTERRA, *BIDR* 40. 94¹, « non è nemmeno da escludere che le parole *sponsus sponsa* non appartengano al testo originale, ma siano state aggiunte in seguito ». Il tentativo di dimostrazione da lui fatto è però alquanto tenue: fra *sponsus* e *sponsa* manca un *et*, che si ha invece fra *vir* ed *uxor*, e tutto ciò dovrebbe far pensare che *sponsus sponsa* sia stato vergato da una mano posteriore! Degno di molta considerazione è invece un altro rilievo operato dal VOLTERRA, quello cioè che le donazioni fra *sponsi* assunsero nell'epoca postclassica carattere di istituto autonomo e praticamente assai importante.

(23) *BIDR*, 40. 136 segg.

solum ea mihi intellegitur quae uxoris meae filia est, sed et neptis et proneptis, ut nullam earum ducere possim. [item eius matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est: fuisse enim eam socrum].

Già il BESELER (24), seguito dal PEROZZI (25), ha appuntato *fuisse - socrum*. Ma la critica è conservativa. A prescindere dall'esame esegetico dell'intero frammento, che verrà fatto altrove (26), occorre notare qui che indubbiamente tutta l'ultima frase, da *item* a *socrum*, è posticcia e rappresentata con ogni probabilità il frutto della reminiscenza sacciente di un glossatore postclassico. La menzione di Augusto (non denominato, come di solito, *divus Augustus*) piove improvvisamente dal cielo. E poi un imperatore non *interpretatur*, ma, se mai, *rescribit*.

Mi pare azzardato far leva su *interpretari* per sostenere che « deve trattarsi di una disposizione isolata di Augusto per un caso speciale, . . . disposizione ricordata dal giureconsulto classico, senza ammettervi l'importanza di una norma ancora effettivamente vigente » (27). In un commentario *ad edictum* non si riferiscono senza ragione casi speciali, nè tanto meno li si introducono con degli *item*, che implicano la equiparazione di essi agli altri casi, ai casi normali, prima enunciati. Nè si tralasci di riflettere a ciò che Paolo (ammesso che il frammento sia suo) non avrebbe detto, riferendo un caso speciale, *non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est*: l'uso di *me* può indicare o un caso personale (ma Paolo fu sensibilmente posteriore nel tempo ad Augusto!) o un caso generale, che viene esposto *exempli gratia* con la forma personale da chi scrive.

Se a tutto ciò si aggiunge che l'ipotesi, più o meno speciale, non è esposta in calce alla menzione della *socrus*, che trovasi all'inizio del frammento, bensì soltanto alla fine del passo, dopo la menzione della *privigna*, ogni dubbio circa il fatto che *item - socrum* sia un glossema postclassico (rientrando magari in un più ampio commento disordinatamente scritto ai margini del dettato paolino) deve scomparire.

(24) *Beiträge* 4. 195.

(25) *Isis*, 1. 342¹.

(26) Cfr. *infra*, cap. III, n. 21.

(27) VOLTERRA, cit. 139.

La direttiva del glossema è chiara: esso è una delle tante aggiunte che furono determinate, in epoca postclassica, dal mutato concetto degli sponsali, concepiti ormai come analoghi, negli effetti giuridici, alle *nuptiae*.

6. La questione delle nozze fra *sponsa filii* e *pater* dello *sponsus*, fra *sponsa patris* e *filius* dello *sponsus* sarebbe tuttavia stata agitata da Giuliano (ma risoltá in senso negativo), se volessimo prestare orecchi a due frammenti della compilazione giustinianea.

Inst. 1. 10. 9.

Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, haec non est quidem privigna tua: sed Iulianus huiusmodi nuptiis abstinere debere ait: nam nec sponsam filii nunc esse nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et iure facturos eos, qui huiusmodi nuptiis se abstinuerint.

D. 23. 2. 12 (ULPIANUS, libro vicesimo sexto ad Sabinum).

(1) Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt: quamquam noverca mea non proprie dicatur.

(2) Sed et per contrarium sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur.

(3) Si uxor mea post divortium alii nupserit et filiam susceperit, putat Iulianus haec quidem privignam non esse, verum nuptiis eius abstinendum.

È stato notato (28) che l'impedimento matrimoniale fra *sponsa filii* e *pater* e fra *sponsa patris* e *filius* non riappare nelle Istituzioni di Gaio nè nel *liber singularis regularum* e che la forma del frammento delle Istituzioni giustinianee non risulta così limpida, da potersi senz'altro ammettere che esso derivi da un testo classico. Ma il fatto che D. 23. 2. 12. 1, 2, 3 ripeta in sostanza quel che dice Inst. 1. 10. 9 ha indotto invece il VOLTERRA (29)

(28) ARANGIO RUIZ, *Id.*², 409².

(29) BIDR. 40, 136.

a ritenere che «il passo delle Istituzioni, quantunque modificato, e profondamente, dai compilatori di Giustiniano, serbi tuttavia ancora la sua dizione originaria, tanto da poter darci la decisione classica di Giuliano e nello stesso tempo farei comprendere il diverso concetto bizantino». Il pensiero di Giuliano sarebbe dunque che «le nozze fra la *sponsa* del figlio e il padre e quelle fra la *sponsa* del padre e il figlio non sono vietate dalla legge, tuttavia è consigliabile astenersi dal compierle». I compilatori, aggiungendo *et iure* dopo *rectius*, avrebbero mutato il saggio consiglio del giureconsulto classico (quale si conserva nel frammento ulpiano) in un austero divieto.

Ma il ragionamento è inesatto. Giuliano non era un moralista, bensì un uomo di legge e pare *a priori* assurdo che egli perdesse il tempo a prodigar consigli senza alcun significato giuridico. Inoltre è proprio il confronto fra Inst. 1. 10. 9 e D. 23. 2. 12. 1, 2, 3, che mi convince come Giuliano non abbia neanche lontanamente pensato alle due singolari ipotesi relative agli sponsali: nel passo ulpiano Giuliano viene menzionato soltanto nel paragrafo 3, a proposito del caso della figlia di secondo letto, mentre le due ipotesi che ci interessano sono nei paragrafi precedenti. Tutto questo significa almeno che, nel frammento delle Istituzioni il *nam nec sponsam* rel. — rifletta, o pur no, il diritto classico — non è farina del sacco di Giuliano.

Si discute circa la provenienza del passo delle Istituzioni giustinianee, nè una soluzione sicura pare sin oggi raggiunta (30). Io prospetto la tesi che, per una volta tanto, un passo dei Digesti (e cioè il frammento di Ulpiano) abbia direttamente influito sulla redazione di un paragrafo delle Istituzioni. Il caso della figlia di secondo letto, ma soprattutto le ipotesi circa la *sponsa patris* e la *sponsa filii*, dovettero colpire i giustiniane, forse proprio perchè essi, a quanto pare, non trovavano cenno alcuno in materia nelle fonti abitualmente adoperate per la redazione delle Istituzioni: la riprova è che fra D. 23. 2. 12. 3 e la prima parte di Inst. 1. 10. 9 vi sono coincidenze stilistiche impressionanti.

(30) Cfr., in proposito, FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni* in *Opere*, 1, 322 e 340, per il quale, nel dubbio che il passo delle Istituzioni giustinianee provenga da Marciano o da Gaio, è sempre, in definitiva, più probabile che esso sia stato estratto dalle *res cottidianae* di Gaio. Cfr. anche VOLTERRA, *BIDR.* 40, 135 segg.

D. 23. 2. 12. 3

Si uxor mea post divortium alii nupserit et filiam suscepit, putat Iulianus hanc quidem privignam non esse, verum nuptiis eius abstinendum.

Inst. 1. 10. 9

Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit haec non est quidem privigna tua: sed Iulianus huiusmodi nuptiis abstinere debere ait...

Con ciò non voglio affermare che le due ipotesi circa gli sponsali siano classiche: esse sono invece indubbiamente post-classiche. Ulpiano non poteva dire che la *sponsa patris* è denominata *noverca*, ma *non propria*, e che *nurus*, ma *non propria*, va definita la *sponsa filii*: in D. 38. 10. 6.1 egli dimostra, al contrario, di largheggiare nella terminologia, quando attesta che *generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa continentur* (31). Questo far dipendere la qualità di affine dalla denominazione di affine è l'indice siero di un'epoca in cui dagli sponsali non deriva soltanto la denominazione, ma addirittura la qualità di affini. Altri indizi di forma sono il *quamquam* usato col congiuntivo (*quamquam... dicatur*), il dubbio riferimento di *noverca mea* a *sponsa patris mei*, il *per contrarium*, sempre sospetto (32).

È probabilissimo che i paragrafi 1 e 2 di D. 23. 2. 14 fossero dei glossemi pregiustiniani al testo di Ulpiano, determinati dalla concezione postclassica degli sponsali: l'esitanza terminologica del commentatore di Ulpiano in confronto con la nettezza della regola *nuptiae contrahi non possunt* è veramente caratteristica. Ed è probabile che i compilatori delle Istituzioni giustiniane abbiano avuto chiara nozione della provenienza marginale di quegli insegnamenti, perchè, redigendo il paragrafo 9, non solamente essi hanno abbandonato gli scrupoli terminologici, ma hanno invocato, per meglio giustificare gli insegnamenti glossatori, l'autorità di Giuliano, capovolgendo del tutto la struttura della frase ulpiana dei Digesti.

7. La risoluzione del problema dogmatico che ci siamo posti in ordine al diritto classico non deve essere menoma-

(31) V. *infra* n. 7.

(32) Cfr. GUARNERI CITATI, *Indice delle parole frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani*² (Milano 1927) sv. *contrarius*. Cfr. anche VOLTERRA, *RIDR* 40. 139².

mente influenzata dal lato terminologico della questione. Il fatto che dalle fonti classiche risulti che i parenti dello *sponsus* hanno denominazioni di affini rispetto alla *sponsa* e viceversa non può impressionare. Queste terminologie si spiegano, per ragioni di pratica necessità, in relazione ai pochi effetti giuridici riconosciuti sin dal diritto classico agli sponsali. Qui, e cioè in materia di terminologia, possiamo ben ammettere che abbia in un certo senso influito il ricordo degli antichi *sponsalia*, a carattere strettamente giuridico (33). Gli sponsali erano, nella sfera sociale, una specie di istituto riflesso del matrimonio: che terminologie caratteristiche di questo possano essere state applicate anche ad essi, sin dal diritto classico, è ben possibile. Del resto la risultanza che, ad esempio, il padre dello *sponsus* viene denominato *socer* nei riguardi della *sponsa* non ha alcun carattere decisivo in ordine al problema dommatico, mentre lo avrebbe la risultanza che anche il padre del fidanzato viene annoverato fra gli affini, nei riguardi della fidanzata, alla stessa guisa che fra gli affini della *mulier* viene annoverato il padre del *vir* (34).

Al lume di questi rilievi, spiegabilissimo appare un frammento, che è stato invece, fino ad oggi, ritenuto perlomeno un po' strano dalla comune dottrina.

D. 38. 10. 8 (POMPONIUS, libro primo *enchiridii*).

Servius recte dicebat socii et socrus a et generi et nurus appellationem etiam ex sponsalibus adquiri.

Altri testi, tratti da commenti alla *lex Iulia de publicis indicis*, estendono la denominazione di *socer* *socrus*, *gener* *nurus* anche al padre (o alla madre), al figlio (o alla figlia) degli *sponsi*, in quanto che anche costoro, per il fatto di non dare sufficiente garanzia di obbiettività, sono esentati dall'obbligo di testimoniare contro i futuri affini. Con argomento *a contrario* possiamo dunque ben ritenere che tali persone non sono, per diritto clas-

(33) Cfr. anche *retro* n. 2.

(34) Testi in questo senso tuttavia non ne abbiamo. L'unico frammento che potrebbe essere addotto contro di noi è Vat. fr. 302, il quale annovera lo *sponsus* e la *sponsa*, nei loro reciproci rapporti, fra gli affini (cfr. *retro* n. 4). Ma *sponsus* *sponsa* è ivi certamente insitico (cfr. *infra* cap. II, n. 1).

sico, affini, né vengono, di regola, giuridicamente trattati come affini.

D. 22. 5. 5 (GAIUS, *libro quarto ad legem Iuliam et Papiam*).

In legibus quibus excipitur, ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogereetur, generi appellatione sponsus quoque filiae contineri placeat: item soceri sponsae patrem (35).

D. 38. 10. 6. 1 (ULPIANUS, *libro quinto ad legem Iuliam et Papiam*).

Generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa continentur: item socri et socrus appellatione sponsum parentes contineri videntur (36).

D. 48. 9. 4 (MARCIANUS, *libro primo de publicis iudiciis*).

... pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum appellatione continentur ».

(35) Cfr. il frammento che precede:

D. 22. 5. 4 (PAULUS, *libro secondo ad legem Iuliam et Papiam*).

Legis Iulia iudiciorum publicorum cavetur, ne invito denuntietur, ut testimonium litis dicat adversus socerum generum...

(36) Per la dimostrazione del riferimento di questo passo alla *lex Iulia de publicis iudiciis*, cfr. VOLFERRA, *BIDR* 40, 166 segg.

CAPITOLO II

IL MATRIMONIUM E L'ADFINITAS

SOMMARIO. — 8. Necessità dogmatica di ammettere che anche fra i coniugi intercorresse, durante il matrimonio, un vincolo produttivo di effetti giuridici. Impossibilità di raffigurare, per diritto classico, questo vincolo nel matrimonio e critica dell'opposta opinione del LANDUCCI. Necessità logica di identificare il vincolo fra i coniugi con l'*adfinitas*. — 9. Eventuali obiezioni contro la nostra tesi. Confutazione. — 10. Analisi di D. 38. 10. 4 pr. - 5. In questo frammento Modestino trattava la questione seguente: sino a che punto valesse la corrispondenza fra *adfinitas* e *cognatio*. Perché Modestino non ha annoverato i coniugi fra gli *adfinis*. — 11. Conferma esegetica delle conclusioni sul brano di Modestino. Carattere insitico del paragrafo 2, ove si fa distinzione fra *cognatio iure naturali* e *cognatio iure civili*. Il testo originario di Modestino è stato fortemente alterato e rielaborato, con intenti generalizzatori, nell'età postclassica. — 12. Conferma della nostra tesi, tratta da Vat. fr. 262. — 13. Vat. fr. 218 annovera esplicitamente fra gli *adfinis* il *vir* e la *uxor*. — 14. Vat. fr. 302 e difficoltà che esso solleva per il nostro tema e per il problema circa l'origine del divieto di donazioni fra coniugi. — 15. Esegesi di Vat. fr. 302: *vir et uxor, sponsus sponsa* sono stati inseriti nel testo di Paolo dal compilatore postclassico della raccolta vaticana. Conferma dell'origine puramente consuetudinaria del divieto di *donationes inter virum et uxorem*.

8. Il vincolo di *adfinitas* intercorrevva, in diritto classico, anzitutto fra i coniugi.

Lo si è voluto negare⁽¹⁾, ma questa negazione appare, almeno per quanto riguarda il puro diritto classico romano, completamente desuita di fondamento logico e testuale⁽²⁾.

(1) Cfr., in linea specifica, LANDUCCI, *Un preteso caso di affinità* cit. in *AtV* 68 (1909) 2. 91 segg. (ivi, pag. 95², le citazioni della dottrina anteriore). Ad-riscono al LANDUCCI il PEROZZI, *Ist.*² 1, 316¹ e, implicitamente, BONFANTE, *Ist.*¹⁰, 55, GIRARD (*Manuel*¹⁸, 173, ARANGIO RUIZ, *Ist.*⁴, 432.

(2) Nel senso della intercorrenza del vincolo di *adfinitas* anche fra i coniugi sono MAINZ, *Cours de droit romain*², 1. 411, HEINNECCHUS, *ad Brimantium* sv. *Affines*, KLEZSK, *Die Cognaten und Affinen* cit. in *Zeitschrift für gesch. Rechtswiss.*, 6. 110 segg., PICCOLI, *Paul-festschr.*, § 43, SELL, *Zur Lehre von der römischen Affinität* in *ACP*, 22. 237 segg.

Niuno potrà contestare, in primo luogo, che un qualche vincolo familiare, di natura giuridica, dovesse necessariamente instaurarsi anche fra i coniugi, per virtù del matrimonio libero. Pensare il contrario significherebbe andare incontro all'assurdo. D'altra parte vi ha, io credo, un argomento decisivo: se un legame corrispondente alla parentela sorgeva (e questo non si suol mettere in dubbio) fra ciascun coniuge ed i parenti dell'altro — legame denominato *adfinitas* —, un identico od analogo vincolo doveva necessariamente costituirsi anche tra i coniugi. Controversa può essere, a primo aspetto, la definizione giuridica di questo vincolo (*cognatio?*, *adfinitas?*, *tertium genus?*), ma non può certo revocarsene in dubbio l'esistenza.

Si assume in contrario dal LANDUCCI (3) che il vincolo giuridico fra i coniugi era rappresentato dallo stesso matrimonio: « siccome è innegabile che il rapporto che lega fra loro i coniugi è il matrimonio, ... matrimonio ed affinità sarebbero la cosa medesima: nè come ciò sia in contrasto con le fonti ad alcuno può sfuggire » (4). Ritiene, per conseguenza, il nostro romanista che l'*adfinitas* trova una giustificazione dogmatica solo in riguardo alle relazioni fra l'un coniuge ed i parenti dell'altro.

Senonchè non credo che l'argomentazione del LANDUCCI sia felice. Inesatta mi pare la affermazione che l'ammettere la esistenza di un vincolo di affinità fra i coniugi possa dover implicare la identificazione fra matrimonio ed affinità. Il matrimonio costituiva fra i coniugi, nel diritto classico, una consuetudine di vita, che, come tale, non corrispondeva in nessun modo alla parentela. La notissima definizione dello *nuptiae* come *consortium omnis vitae* e come *humani atque divini iuris communicatio* (5)

WINDSCHEID, *Pandette*, cit., § 56 n¹⁰, LEONHARD, *PWRE* sv. *Adfinitas*, FERRINI, *Pandette*², 91, JÖRS-KUNKEL, *Rom. R.*², § 89. 1.

(3) *Op. cit.*, 91¹.

(4) Più oltre (pag. 93 segg.), il LANDUCCI aggiunge: « l'affinità ebbe per iscopo di trascinare ... nei rapporti legali della famiglia persone, che, mancando d'altro legame, non vi appartenevano: i cognati hanno a base dei rapporti loro la generazione, i coniugi il vincolo alto, etico, intimissimo del matrimonio, che li fonde nella indivisibile consuetudine della vita; bisognò far posto anche ai cognati del coniuge; e ne sorsero il concetto, il nome, l'istituto dell'affinità ».

(5) Cfr.:

D. 23. 2. 1 (MODESTINUS, *libro primo regularum*).

Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, humani atque divini iuris communicatio.

— su cui amerebbe far appoggio il LANDUCCI — è stata, con molta ragione, additata, insieme con tutto il complesso dei suoi più stretti corollari giuridici, quale un prodotto della evoluzione postclassica, tipicamente influenzato in ciò dalle idee cristiane (6). Nel diritto romano puro il matrimonio costituiva una comunanza di vita fra due persone di sesso diverso, riconosciuta e tutelata dal diritto, ma non costituiva di per sè stesso un vincolo qualsivoglia intercorrente fra i coniugi (7). L'affinità era, in vece, un legame corrispondente alla parentela e derivante dal matrimonio: era perciò supremamente logico che essa insistesse anche e soprattutto fra il marito e la moglie. Confondere l'*adfinitas* col matrimonio può anche essere praticamente spiegabile, ma non deve peraltro giustificarsi dal punto di vista dogmatico.

Data dunque la insufficienza, che nell'istituto del matrimonio abbiamo riconosciuto, insufficienza a soddisfare la esigenza della determinazione di un vincolo giuridico fra i coniugi, il problema si qualifica — dal punto di vista di una logica rigorosa — nella maniera seguente:

a) era il vincolo fra i coniugi un vincolo di parentela?

b) era il vincolo fra i coniugi un vincolo di affinità?

c) era il vincolo fra i coniugi un vincolo diverso, diversamente qualificabile?

Indubbiamente da eliminare è la eventualità *sub c)*, almeno sino a quando un per che minimo indizio positivo non sarà stato avanzato in pro' della tesi circa la sua fondatezza. Parimenti da escludere è poi che il vincolo coniugale fosse considerato e considerabile, in diritto romano, come rientrante nel concetto della *cognatio*, e ciò a causa della contraddizione che nol consente.

Non rimane, in definitiva, che accogliere la soluzione *sub b)*,

(6) Cfr. SOLAZZI, *Consortium omnis vitae* in *AUM*, 5 (1923), 27 segg. Ma v. contra ALBERTARIO, *La definizione del matrimonio secondo Modestino* in *Studi*, 1, 179 segg., con argomenti, a mio avviso, poco convincenti.

(7) È degno di rilievo come anche il SELL, *ACP*, 22, 237 segg. — che pure accetta in pieno la definizione modestiniana del matrimonio — non è tratto da ciò a trovare nelle *nuptiae* il legame che unisce fra loro i coniugi. Egli fa ricorso, cioè, pur sempre alla categoria degli affini (cfr. pag. 243 segg.), anche se ha premesso al suo ragionamento che: « das Verhältnis unter den Gatten ist ... nicht bloss eine *adfinitas*, eine Annäherung der gegenseitigen Verwandtschaft, sondern eine Vereinigung (*conjunctio, societas, consortium*) für alle Verhältnisse des Lebens, eine rechtliche Einheit in allen persönlichen Beziehungen ».

ammettendo che anche fra i coniugi intercorresse, in diritto classico, il vincolo dell'affinità.

9. La tesi della esistenza di un vincolo di affinità fra i coniugi è, dunque, di quelle che si impongono soprattutto per ragioni dogmatiche. Non dovrebbe spettare a chi la sostiene addurre testi in favore, ma dovrebbe ingombrare agli avversari l'onere della prova testuale contraria.

Questa prova non è peraltro mai stata addotta, nè poteva esserlo. Gli unici argomenti contro la nostra tesi sono, tutt'al più, questi: che i coniugi non vengono chiamati con terminologie di affinità dalle fonti e che essi non paiono compresi negli elenchi degli *adfines* a noi pervenuti.

Ma il primo argomento non costituirebbe una obiezione agiustata. Asserire — come noi facciamo — che fra i coniugi correva un vincolo di affinità non significa implicare necessariamente che una terminologia specifica di *adfinitas* (del tipo corrispondente a *socer socrus, gener nurus* ecc.) dovesse venir loro, nei rapporti reciproci, adattata. Il più delle volte essi saranno stati chiamati, con la naturalezza caratteristica della terminologia giuridica romana, *vir et uxor*, anche nei reciproci rapporti di affinità. Comunque una terminologia specifica per i rapporti fra i coniugi non era inesistente: essa era appunto la terminologia di *coniux* (8).

Molto più grave potrebbe essere per noi l'argomentazione che i coniugi non paiono essere inclusi negli elenchi degli *adfines*, tramandatici dalle fonti giuridiche (9). Senonchè, da una parte, questo può essere indice di un mutato indirizzo del tardo diritto postclassico e del diritto giustiniano in merito alla qualificazione giuridica del vincolo fra i coniugi (10), mentre, dall'altra, l'esegesi dell'unico frammento che si potrebbe addurre a sostegno

(8) Cfr. *FIR* sv. *coniux*.

(9) L'argomentazione non sarebbe in ogni caso esatta: cfr. infatti Vat. fr. 218 (su cui *infra* n. 13).

(10) Cfr. infatti *infra* Sezione seconda, cap. I, n. 4. Parlo di «tardo diritto post-classico» e di «diritto giustiniano»: è evidente infatti che nei primi tempi dell'epoca postclassica il vincolo fra i coniugi era ancora considerato vincolo di affinità, come dimostra il fatto che Vat. fr. 301 è stato precisamente alterato dal compilatore postclassico della raccolta, mediante l'inserzione di *vir et uxor, sponsus sponsa* (cfr. *infra* n. 15).

della esclusione dei coniugi dall'elenco degli *adfines* (11), è tale da giustificare la mancata indicazione dei coniugi nel testo classico.

10. Stimo necessario, a sostegno della mia dimostrazione, esaminare esegeticamente la struttura di tutto il famoso frammento di Modestino, nel quale fa la sua apparizione il lungo *excursus* sugli *adfines*.

D. 38. 10. 4 (MODESTINUS, libro duodecimo *pau-dectarum*).

Non facile autem, quod ad nostrum ius attinet, cum de naturali cognatione quaeritur, septimum gradum quis excedit, quatenus ultra eum fere gradum rerum natura cognatorum vitam (vinculum MOMMSEN) consistere non patitur.

(1) Cognati ab eo dici putantur, quod quasi una communiterve nati vel ab eodem orti progenitive sint.

(2) Cognationis substantia bifariam apud Romanos intellegitur: nam quaedam cognationes iure civili, quaedam naturali conectuntur, nonnumquam utroque iure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio. et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intellegitur quae per feminas (de femina MOMMSEN) descendit, quae volgo liberos peperit, civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine iure naturali cognatio consistit per adoptionem. utroque iure consistit cognatio, cum iustis nuptiis contractis copulatur. sed naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur: civilis autem cognatio licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen adgnatio vocatur, videlicet quae per mares contingit.

(3) Sed quoniam quaedam iura inter adfines quoque versantur, non alienum est hoc loco de adfinibus quoque breviter disserere. adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae

(11) Intendo dire D. 38. 10. 4. 3, su cui v. *infra* n. 10.

diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque coniungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis.

(4) Nomina vero eorum haec sunt: socer socrus, gener nurus, noverca vitricus, privignus privigna.

(5) Gradus autem adfinitati nulli sunt.

Il frammento modestiniiano dei Digesti continua, dopo il paragrafo 5, con altri sei paragrafi, il cui esame esegetico verrà compiuto in luoghi più opportuni (12). Essenziale per la esatta comprensione del testo originario di Modestino è la prima parte del frammento, qui riportata, la quale formerebbe tutto un discorso ben costruito e connesso, se ampi e frequenti glossemi di generalizzazione non fossero venuti a snaturarne sensibilmente l'originario significato e a deformarne la struttura.

Il giurista comincia, dunque, con l'osservare che solo eccezionalmente la cognazione produce conseguenze giuridiche, nel sistema positivo romano, al di là del sesto grado (13). Questo rilievo porta Modestino a chiarire chi debbano essere intesi per *cognati* ed egli (par. 1) riferisce che *cognati ab eo dici putantur, quod quasi una... nati vel ab eodem orti... sint*. Ciò dato, appare strano, non consona alla linea seguita dal giurista classico nel suo discorso, il paragrafo 1, ove si tiene a mettere in chiaro che, *apud Romanos* (1), vi è anche una *cognatio civilis* accanto alla *cognatio naturalis* ed ove il dettato si sperde in vari rivioli, nel tentativo di chiarire la differenza fra le due cognazioni: qui è evidentemente un glossatore (la critica testuale confermerà ampiamente il sospetto), il quale ha voluto completare e generalizzare l'insegnamento di Modestino, tenendo conto non dell'argomento specifico che il giureconsulto veniva svolgendo, bensì della bella occasione offertagli dall'accenno alla concezione dei cognati. E l'occasione era, per il commentatore postclassico, veramente magnifica, se si pensa che Modestino, messa in chiaro la nozione dei *cognati*, passava a delineare subito dopo quella degli *adfinēs*: è proprio dalla mano dell'annotatore completo-

(12) Cfr. *infra* cap. III, n. 20 (ove viene dimostrata l'origine totalmente post-classica di D. 38. 10. 4. 6, 7) nonché Sezione seconda, cap. I, n. 3, cap. II, n. 11.

(13) Contro la sostituzione di *vinculum* a *vitium*, proposta dal Mommsen, è giustamente il Bussi, *RAB* 3 (1905-1910) 86 segg.

mane, che pare scaturito tutto il periodo introduttivo del brano sugli *adfinēs*, da *sed quoniam* a *disserere*. Invece, se ben si presta attenzione all'andamento del passo, si vede di leggieri che Modestino non si era indotto a discettare degli affini per una ragione così estrinseca e sforzata (né d'altronde le *quaestiones* ammetteva siffatte divagazioni (14)), ma che egli, continuando il discorso del par. 1, passava a dire, dopo di aver definiti i *cognati*, che i cognati di un coniuge sono affini rispetto all'altro coniuge (par. 3), talechè viene loro applicata una particolare terminologia nei singoli reciproci rapporti (par. 4), ma che tuttavia l'*adfinitas* non comporta gradi (par. 5).

La *quaestio* trattata da Modestino si aggirava, in somma, su questo nocciolo: sino a che punto valesse la corrispondenza fra *adfinitas* e *cognatio*, e cioè entro quale limite fosse l'*adfinitas* produttiva di conseguenze giuridiche. Modestino ha risolto la *quaestio*, mettendo in chiaro che il limite di efficacia del vincolo parentale è, di regola, il sesto grado, specificando correlativamente la nozione di *cognati*, notando che una certa qual superficiale analogia indubbiamente vi ha fra *adfinitas* e *cognatio* (in quanto che l'*adfinitas* è il risultato del congiungimento, attraverso il matrimonio, di due cognazioni, sì che i cognati di un coniuge sono affini rispetto all'altro coniuge), ma ponendo in guardia di fronte al pericolo di voler portare ad una qualsiasi conseguenza questa analogia superficiale fra i due istituti, in quanto che la *adfinitas* non comporta gradi, epperò si ferma al *socer* e alla *socrus*, al *gener* e alla *nurus*, al *vitricus* e alla *noverca*, al *privignus* e alla *privigna* (15). Il giureconsulto classico non annoverava, in questo passo, i coniugi fra gli *adfinēs*, in quanto che egli non parlava di proposito della *adfinitas*, ma era condotto a trattare della *adfinitas* dall'angolo visuale dei limiti di essa, cioè dei punti di contatto esistenti fra *cognatio* ed *adfinitas*.

II. Spetta alla critica testuale di fornire la conferma della nostra interpretazione del frammento di Modestino.

(14) Stimo che il testo originario di Modestino provenisse da una *quaestio* teorica, piuttosto che da un *responsum* pratico. Sulla composizione dei *digesta* dei giuristi classici a base di *quaestiones* e di *responsa*, cfr. da ultimo [Jörs] Kunkel, *Rom. R.* 2, 27 e Arango Ruiz, *Storia del diritto romano* (Napoli 1987), 257 segg.

(15) Cfr. *nuptiae*, per la dimostrazione di ciò, *infra* cap. III.

Enltero della esegesi è D. 38. 10. 4. 2. Esso fu già sospettato dal RAUEL (16) ed è stato ritenuto, per motivi di forma, parafrastico dall'ALBERTARIO (17). Ma il testo è, in verità, per la forma e per la sostanza, intieramente postclassico.

Vi è anzitutto, per sospettare del carattere insiticio di tutto il paragrafo 2, che esso — come si è visto — non si giustifica nel corso logico del ragionamento presumibilmente fatto da Modestino, ma che tutta la sua complessa e verbosa distinzione fra *cognatio naturalis* e *cognatio civilis* appare sin dal primo sguardo (si pensi quel che si voglia circa la classicità della distinzione in generale) come una nota marginale di carattere esplicativo e di fattura scolastica.

Io ritengo inoltre che la stessa contrapposizione fra *cognatio iure civili* e *cognatio iure naturali*, che nel paragrafo 2 si legge, non sia di Modestino, soprattutto per il fatto che essa non poté essere concepita — così come è qui formulata — da un giureconsulto classico. Ammettere la genuinità della contrapposizione, così come è qui formulata, significherebbe implicare che, per diritto classico, non sia esistita quella diversità radicale fra rapporti familiari di ordine politico e rapporti familiari di ordine naturale (nel senso moderno del concetto di famiglia), diversità che, dimostrata luminosamente dal BONFANTE (18), non dovrebbe omai più dar luogo ad incertezze. Parrebbe infatti, a leggere il paragrafo 2, che l'*adgnatio* e la *cognatio* fossero espressioni di una medesima categoria giuridica (*cognitionis substantia bifariam apud Romanos intellegitur*!), mentre esse sono esponenti di una netta antitesi.

Questa antitesi classica fra rapporti familiari politici e rapporti familiari di sangue è stata di recente posta in dubbio dal MASCHI (19), il quale ha osservato che « chi nega che la famiglia, fin dai più remoti tempi, abbia una base naturale, sia fondata cioè sul rapporto di procreazione, si pone fuori della realtà delle cose » (20). Senonchè io credo che il MASCHI sia incorso, nella

(16) *Grundzüge des röm. Privatr.* in HOLTZENDORFF-KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*?, 1. 413.

(17) *RIL* 58 (1925), 90¹ (= *Studi*, 1. 390¹).

(18) *Is^o*, 137 segg. Cfr. anche *Corso di diritto romano*, 1 (1925) 8 segg.

(19) *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani* in *PUC*, II 53. 142 segg.

(20) *Op. cit.*, 143 segg.

sua critica, in un equivoco. Del fondamento naturale unico dei rapporti di famiglia nessuno ha mai dubitato: quel che si è invece giustamente negato, in relazione alla *familia* romana, si è che i rapporti politici e quelli di sangue possano comunque, dogmaticamente e storicamente, venir riconnessi ad un fondamento giuridico unico. Tutta la struttura dei rapporti giuridici di famiglia nel diritto classico ci dimostra a sufficienza che ciò non ha potuto essere, che ciò non è stato.

Ora è indiscutibile che i classici concepirono la « generazione » (in senso lato, e cioè extragiuridico) come l'elemento naturale caratteristico sia dei rapporti familiari politici che di quelli familiari naturali, ma questo non significa affatto che essi concepirono *bifariam* la *cognatio*, come istituto giuridico, suddividendola in *cognatio naturalis* e *cognatio civilis (adgnatio)*. Quando Gaio, in testi insospettabili delle sue Istituzioni, parla della *adgnatio* come di un aspetto della *cognatio* (cioè come di una *cognatio per virilis sexus personas*), egli non si riferisce evidentemente alla *cognatio* come categoria giuridica, bensì alla *cognatio* in senso extragiuridico, come rapporto di generazione, che può concepirsi — nessuno le ha mai negato — sia per linea maschile che per linea femminile.

Gai Inst. 1. 156.

Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognitione iuncti, [quasi a patre cognati,] (21), veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve

(21) *Quasi a patre cognati* è, a mio avviso, un glossema. Quest'inciso interrompe l'armonia del discorso gaiano, che è basato tutto sulla contrapposizione fra i per *virilis sexus personas cognitione iuncti* e coloro qui per *feminini sexus personas coniunguntur*:

Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognitione iuncti, ... veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patrui filius neposve ex eo.

qui per feminini sexus personas coniunguntur, non sunt agnati, sed alios naturali iure cognati. itaque inter avunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio. item amilae, materiterae filius non est mihi agnatus, sed cognatus, et invicem ... quia qui nascuntur, patris, non matris familiam secuntur.

Il parallelo fra la prima e la seconda parte di Gai Inst. 1. 156 dimostra come *quasi a patre cognati* sia, nella prima parte, insiticio; ma la stessa sostanza di quest'inciso lo conferma ampiamente. Non solamente gli *a patre nati* sono *agnati*:

ex eo, item patruus et patrum filius neposve ex eo. at hi, qui per feminini sexus personas coniunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati. itaque inter avunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio. item amitae, materae filius non est mihi agnatus, sed cognatus, et invicem [scilicet ego illi eodem iure coniungor.] (22) quia qui nascuntur, patris, non matris familiam se euntur.

Il frammento di Gaio dimostra chiaramente come la *cognatio* che intercorre fra gli *adgnati* non abbia un significato giuridico, bensì un significato naturalistico, di rapporto di generazione.

Ma in D. 38. 10. 2 la *cognatio* appare, sin dal primo momento, non come concetto extragiuridico, nel senso di rapporto di generazione, bensì con un valore giuridico molto nettamente posto in rilievo. Modestino ha notato nel *principium* del frammento, che non è facile superare il settimo grado, almeno per diritto romano, *cum de naturali cognatione quaeritur*: egli ha già introdotto, perciò, nel suo discorso il concetto di *cognatio* (o, che è lo stesso, di *cognatio naturalis*) come categoria giuridica. Dopo di ciò il giurista è passato a definire, nel paragrafo 1, i *cognati* e lo ha fatto sempre da un punto di vista tecnico: egli ha parlato cioè di *cognati*, in quanto esponenti della categoria giuridica *cognatio (naturalis)*, cercando di mettere in evidenza l'etimologia del termine. Se poi Modestino parla, nel paragrafo 2, di una duplice *substantia cognationis*, è logico che egli lo faccia tenendo fermo il carattere giuridico della *cognatio (naturalis)*: ed è proprio in ciò il punto inammissibile, poichè è assurdo pensare che la contrapposizione fra *cognatio naturalis* e *cognatio civilis (adgnatio)* sia potuta diventare, per un giurista dell'epoca classica, suddivisione di un'unica categoria giuridica, della categoria giuridica *cognatio*. Non è, insomma, che io rifiuti di accettare una constatazione ovvia — e cioè quella che nelle fonti romane si parla, ponendo una contrapposizione fra i due casi, in un duplice senso di congiunti (*cognati*): come *cognati iure naturali* e come *cognati iure civili (adgnati)* —; vi è invece che

io rifiuto di credere che la particolare formulazione di D. 38. 10. 4. 2 corrisponda a questa innegabile contrapposizione classica. Nel paragrafo 2 appare evidentissima la mutata concezione postclassica dei rapporti di parentela, per cui questi vanno unificandosi e confondendosi nell'unica categoria giuridica della *cognatio*, che trionferà del tutto nel diritto giustiniano.

Del resto, l'esame più approfondito del paragrafo 2 sarà tale da rendere ancora più scettici circa la rispondenza di esso al diritto classico. Modestino esordirebbe bensì con la nota che la *cognatio* ha in Roma una duplice natura, ma ammetterebbe subito dopo che, in fondo, le suddivisioni della *cognatio* sono tre: *nam quaedam cognationes iure civili, quaedam iure naturali connectuntur, nonnumquam utroque iure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio*. Tutto ciò, mentre conferma che nel paragrafo 2 la *cognatio* viene concepita come categoria giuridica generale, è in netto contrasto col sistema del diritto classico, nel quale fra le due categorie della *cognatio naturalis* e della *adgnatio* non vi sono punti di concorrenza, *tertium non datur*.

Il MASCHI (23) cerca di giustificare questa aberrante concezione col rilievo che, nel diritto classico, « anche il vincolo adottivo è equiparato per certi riguardi alla parentela naturale, creando impedimento al matrimonio » e che soprattutto « l'impedimento perdurava anche dopo la emancipazione, come nel caso della *cognatio* ». Ma questo metodo di argomentare mi pare piuttosto arrischiato. Se la definizione di una categoria dogmatica dovesse esclusivamente dipendere dall'analisi dei suoi effetti giuridici, potremmo concludere sin da adesso il presente lavoro, per il fatto che anche dalla *adfinitas* derivava un impedimento matrimoniale e per di più un impedimento perdurante anche dopo lo scioglimento del matrimonio, come nel caso della *cognatio*: ragion per cui non sarebbe lecito mettere in dubbio che l'*adfinitas* avesse, anche nel sistema del diritto classico, identica o analoga natura che la parentela di sangue (24).

Inoltre la lettura delle frasi successive al primo periodo ci porta nel bel mezzo di un ragionamento torbido e contraddittorio; e lo dichiara, prima di noi, il difensore ultimo della genui-

(23) *Op. cit.*, 149.

(24) Mentre invece è proprio questa pretesa analogia fra *adfinitas* e *cognatio* che andiamo negando nel presente studio.

(22) Aderisco alla spiegazione proposta dal POLENAAR: cfr. *Gai, Inst.*, edd. SECKEL-KÜHLER, 42^a.

nità del testo, cioè il MASCHI (25). *Cognatio naturalis* si avrebbe nel caso di discendenza per linea femminile, *cognatio civilis* si avrebbe nel caso di *adoptio*, *cognatio utroque iure* nel caso di discendenza da *instae nuptiae*: «però mentre prima nella categoria della *civilis cognatio* per sè si include solo la parentela adottiva, e nella *cognatio utroque iure* si include la filiazione da giuste nozze, e quindi anche la *cognatio* per linea femminile, nella chiusa del testo *cognatio civilis* si identifica con *adgnatio*, cioè con la parentela maschile». Io non so quale prova più calzante potrebbe pretendersi per la dimostrazione dell'asserto che il paragrafo 2 contiene in sè una distinzione nebulosa e complicata, assolutamente in contrasto con il sistema del diritto classico.

E vi sono ancora i motivi di forma, che condannano il dettato del paragrafo 2. *Bifariam* (*intelligere*), che ricorre soltanto in D. 38. 10. 10. 15 e 17 (*bifariam intelligere*, *bifariam numerare*) (26), cioè in un frammento estratto da un'opera (*L. Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis*), che fu con ogni probabilità compilata in epoca postclassica (27). *Apud Romanos*, che è stranissimo di per sè, ma che diventa inaccettabile, quando si pensi che nel *principium* Modestino ha detto *quod ad nostrum ius attinet. Cognatio copulatur*, che compare due volte (28). *Plenissime*.

La derivazione postclassica di tutto il paragrafo 2, unita alla dimostrazione, che altrove sarà data, circa la non genuinità dei paragrafi 6 e seguenti del frammento modestiniano, tutti dedicati alla trattazione relativa all'*adfinitas*, conferma il sospetto che anche il periodo introduttivo del paragrafo 3 (*sed quoniam disserere*) appartenga al commentatore postclassico di Modestino. Esso è, d'altronde, troppo simile ad altre frasi tipicamente introduttive di *excursus* postclassici (29).

(25) *Op. cit.*, 146.

(26) Cfr. *VIR*, I, 576. Il rilievo è già stato fatto dal PRINGSHEIM, *Festschrift Lenel*, 241, 1 segg.

(27) Cfr. *infra* Sezione seconda, cap. II, n. 12.

(28) ALBERTARIO, *Studi cit.*, I, 300¹: «Le espressioni *copulare nuptias*, *matrimonium*, *adoptionem* non sono mai classiche». Ivi la dimostrazione.

(29) Si paragoni, ad esempio, il nostro passo con D. 38. 10. 10 pr. (sulla cui alterazione ci esprimeremo *infra* Sezione seconda, cap. II, n. 12):

Una retta esegesi deve insomma, a mio parere, portare alla seguente ricostruzione di D. 38. 10. 4. pr. 5.

Non facile autem, quod ad nostrum ius attinet, cum de naturali cognatione quaeritur, septimum gradum quis excedit, quatenus ultra cum fere gradum rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur. Cognati ab eo dici putantur, quod quasi una [communiterre] (30) nati vel ab eodem orti [progenitive] sint (31). [Cognitionis substantia bifariam rel.]. [Sed quoniam — disserere.] adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur (32) et altera ad alterius finem accedit: namque coniungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis. Nomina vero eorum haec sunt: socer socrus, gener nurus, vitricus noverca (33), privignus privigna. Gradus autem adfinitati nulli sunt.

12. La esistenza di una *adfinitas* fra i coniugi è chiaramente confermata da

Vat. fr. 262 (PAPINIANUS, libro duodecimo responsorum).

Sponsae res simpliciter donatae non insecutis nuptiis non repetuntur, sed et si adfinitatis con-

D. 38. 10. 4. 3

Sed quoniam quaedam iura inter adfines quoque versantur, non alienum est hoc loco de adfinibus quoque breviter disserere.

D. 38. 10. 10 pr.

Iuris consultus cognatorum gradus et adfinium nosse debet, quia legibus hereditates et tutelae ad proximum quemque adgnatum redire consueverunt rel.

(30) *Communiterre* è sospettato dal BESELER, *ZSSR*, 30 (1900) 29.

(31) *Progenitive* è stato inserito, a mio parere, dalla stessa mano che ha apposto al testo di Modestino *communiterre*: l'una e l'altra inserzione hanno la ridondanza caratteristica dello stile postclassico.

(32) L'uso di *copulare* non deve essere elemento di sospetto della genuinità (almeno formale) della frase. In questo caso *copulare* è rettificamente usato: due cognazioni sono congiunte (*copulantur*) mediante il matrimonio.

(33) Ho invertito l'ordine di enunciazione di questi due affini, presumendo che *noverca vitricus* rappresenti, nel testo delle Pandette, il frutto della distrazione di un *amanuensis*: le altre coppie di affini cominciano, infatti, con l'indicazione del maschio (*socer socrus, gener nurus, privignus privigna*).

trahendae causa donationes factae sunt et nuntium sponsus culpa sua remisit, aequae non repetuntur. [quod ita intellegi oportet, si revocandis donationibus condicio non comprehendatur non coniuncto matrimonio non perficiendi contractus].

Non sono disposto a giurare che tutto il brano qui riportato sia genuino, cioè di Papiniano. Ritengo anzi che vi siano, specialmente nel terzo periodo, elementi di forma sufficienti perchè si possa tranquillamente asserire che il dettato di Papiniano è stato rimaneggiato dal compilatore postclassico dalla raccolta vaticana. La costruzione *condicio non comprehendatur non coniuncto matrimonio non perficiendi contractus* è di una ineleganza del tutto estranea allo stile scintillante e complesso, adoperato di solito dal giurista classico. È probabile che il *quod ita intellegi oportet*, con quel che segue, rappresenti il commento di colui che, circa all'epoca di Costantino, si dette pena di raccogliere i *Vaticana fragmenta*.

In ogni caso genuini hanno da essere i due primi periodi del frammento papiniano, i quali non paiono esporsi a critiche, nè di forma, nè di sostanza. Come spesso, il raccoglitore postclassico si è limitato a manifestare, in calce all'insegnamento classico, a mo' di conchiusione, i suoi personali rilievi.

Dei due primi periodi il LANDUCCI (34) cerca di diminuire la forza probatoria per la tesi che qui sosteniamo: ma la fatica è vana. Gli sponsali — nella interpretazione del LANDUCCI — sarebbero considerati da Papiniano non solamente in quanto atti a stringere rapporti giuridici e morali fra i fidanzati, ma anche in quanto idonei a stringere i medesimi rapporti fra le loro famiglie e di donazione si parlerebbe in senso generico, piuttosto che nel senso specifico di donazioni fra fidanzati: da questo conseguirebbe che « il giureconsulto può alludere tanto a donazioni fatte dal fidanzato alla fidanzata, quanto da cognati suoi » e che quindi il fidanzamento è stato considerato « dal punto di vista della affinità ».

Ma, a parte ogni altra considerazione, mi sarà sufficiente notare che nemmeno al LANDUCCI ha retto l'animo sino al punto da negare che il passo di Papiniano fosse relativo a rapporti fra

(34) *ATV* cit., 107 segg.

i fidanzati. Tutt'al più può ammettersi con lui che il giurista classico prendesse in considerazione anche le ipotesi di donazioni fatte alla *sponsa* da *cognati* dello *sponsus*. Ma allora il solo aver sospettato che tali donazioni siano state fatte *adfinitatis contrahendae causa* rimane decisivo per ammettere che anche la donazione del fidanzato alla fidanzata poteva venir fatta con lo scopo di *contrahere* una *adfinitas* fra di loro, che cioè — per quel che ci concerne — una affinità si sarebbe prodotta in virtù del matrimonio anche fra coniugi.

13. Di somma importanza per noi è il seguente testo dei frammenti vaticani, nel quale i coniugi (*vir et uxor*) sono espressamente annoverati fra gli *adfines*, accanto al *socer*, alla *socrus* ecc.

Vat. fr. 218 (ULPIANUS, *libris de officio praetoris tutelaris*).

Lego autem Papia ii adfines excipiuntur, qui v[ir] et uxor et gener et nurus) et socer et socrus nunquam fuerunt.

La ricostruzione di *vir et uxor et gener et nurus* è congetturale, dato lo stato lacunoso del manoscritto, ma sicurissima (35). *Un* che ancora nel manoscritto, proprio al margine della lacuna, si legge non può essere che l'iniziale di *uir* (*vir*).

14. Qui bisogna riprendere brevemente l'esame di un frammento vaticano, che elencherebbe i coniugi, e per di più gli *sponsi*, nella categoria degli *adfines*. Intendo dire:

Vat. fr. 302 (PAULUS, *libro septuagesimo primo ad edictum, ad Cinciam*).

Excipiuntur et adfinium personae, ut privignus privigna, noverea vitreus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa.

Il passo è sfavorevolmente noto alla dottrina romanistica, come uno di quelli che le hanno dato maggiormente filo da torcere. L'inciampo fondamentale che esso implica è senza dubbio

(35) *Cfr.*, per tutti, BAVIERA. *Foeder (Auctores)*, 437.

questo: esso annovera fra le *personae exceptae* dal divieto di donazioni oltre un certo limite della *lex Cincia* anche i coniugi ed i fidanzati, nei loro reciproci rapporti, mentre tutta una serie di testi, anche di Paolo, si accorda nel testimoniare l'esistenza *ab antiquo* di un divieto delle donazioni fra i coniugi. A ciò si aggiunga l'intralcio, parimenti notevole, rappresentato dalla inclusione degli *sponsi* nella lista degli *adfines* (36), nonché, per coloro che non seguono la nostra opinione, l'ostacolo rappresentato dalla stessa inserzione, nel novero degli *adfines*, dei coniugi.

Nessuna spiegazione soddisfacente è stata sin oggi avanzata, per chiarire degnamente il problema circa le origini del divieto di donazioni fra i coniugi (37).

Giustamente il DUMONT (38) ha posto di recente in rilievo la opportunità di considerare non il solo frammento vaticano 302, preso in sé e per sé, bensì di leggere in blocco i frammenti 299-302. Ma egli ha poi, con una artificiosissima interpretazione, rovinata la sua acuta intuizione (39). Quanto all'ARU (40), l'ultimo

(36) Cfr., *retro* cap. I, n. 4.

(37) Cfr., per un riassunto delle dottrine e delle ipotesi circa l'origine del divieto di donazioni fra i coniugi, ARU, *Le donazioni fra i coniugi in diritto romano*, in *Studi di diritto privato* diretti dal ROTONDI, 29 (Padova 1938), 6 segg. — Fra le varie ipotesi ritengo più verosimile, certo la più geniale, quella dello HOFFMANN, *Schenkungen unter Ehegatten*, in *Zeitschrift für Privates und öffentliches Recht*, 8 (1881), 286 segg.: il divieto è frutto di una *releris iuris imitatio*, in quanto che esso deve essere stato la formulazione giuridica, applicata al matrimonio *sine manu*, di quella impossibilità assoluta di *donationes inter virum et uxorem*, che nell'antichissimo *matrimonium cum manu* si aveva per effetto della stessa *conventio in manum* della moglie. Inefficace è certo la critica mossa a questa teoria dal SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (tr. it. dello SCIALOJA), 4, 166^a: per la moglie in *manu mariti* non vi era un divieto, in quanto che la donazione era del tutto inconcepibile giuridicamente (v. già *contra* D'ARONA, *contronota* c. in Glück, *Commentario alle Pandette* [tr. it.], 127 seg.).

(38) *Les donations entre époux en droit romain* (Paris 1928), 5 segg. — Riporto testualmente le parole dell'acuto ricercatore: « C'est seulement d'un passage des fragments du Vatican (F. V. 302) que l'on a tiré la reconnaissance des donations entre époux par la loi Cincia. Mais ce fragment ne semble nullement contenir les termes d'un passage de la loi elle-même. Une partie du texte de cette dernière a été citée dans la F. V. 298, et Paul (dont on donne ici un extrait du livre 71 *ad edictum*) la commente dans les cinq F. V. suivants... ».

(39) *Op. cit.*, 6 segg. Cfr., *contra* VOLTERRA, *BIDR.* 40, 91^a, e, da ultimo, la diffusa critica nell'ARU, *Donazioni* cit., 15 segg., cui aderisco peraltro soltanto per quanto riguarda il ripudio della avventata (e, per mio conto, inutile) congettura

trattatista della materia, egli ritorna in vita una tesi del LANDUCCI (41) e propone di interpretare il frammento 302 come se le *exceptae personae* formassero non una sola classe, ma tre classi: quella degli *adfines* (*privignus privigna, noverca vitriens, socer socrus, gener nurus*), quella del *vir* e della *uxor*, quella dello *sponsus* e della *sponsa* (42). In questo modo verrebbe superata la obiezione che i coniugi ed i fidanzati non sono affini fra di loro, risulterebbe inoltre che Paolo si riferiva allo stato di diritto della *lex Cincia* (43) e che appunto e solamente sino all'epoca di questa

che nel Vat. fr. 298 non sarebbe da leggersi in... *manu mancipiove*, bensì in... *manu matrimoniove*.

(40) *Op. cit.*, 16 segg.

(41) *ATV*, cit., 108 segg. Va notato che il LANDUCCI non delibava nemmeno la questione circa l'origine della proibizione di *donationes inter virum et uxorem*, ma si preoccupava unicamente di escludere ad ogni costo (salvo che a quello di riesaminare con spirito critico un frammento vaticano) i coniugi e gli *sponsi* della categoria degli *adfines*.

(42) Ma gli argomenti dell'ARU, e prima di lui del LANDUCCI, sono piuttosto impalpabili. Tutto si risolve nel richiamo di

D. 38. 10. 4. 4 (MODESTINUS, *libro duodecimo pandectarum*).

Nomina vero eorum haec sunt: socer socrus, gener nurus, noverca vitriens, privignus privigna.

Il frammento di Modestino è, secondo il LANDUCCI cit., 109, « il passo fondamentale... ove sono riportati in certo modo tutti i nomi degli *adfines*, vale a dire i casi di affinità, che erano designati con un'apposita parola » ed incalza l'ARU cit., 16 segg., che « l'enumerazione fatta in questo testo... è indubbiamente tassativa, come dimostra chiaramente la frase iniziale di esso *nomina vero eorum haec sunt* ». Ora noi abbiamo già visto (*retro*, n. 10) come sia perfettamente spiegabile nel testo di Modestino (che solo l'elaborazione postclassica elevò al rango di *exarsus* generale sull'*adfinitas*) la mancata menzione dei coniugi. Aderiamo solamente, e molto di buon grado (v. infatti *infra* cap. III, n. 18), alla constatazione che l'enumerazione contenuta nel testo è tassativa, nel senso che non ammette *adfines* ulteriormente agli ascendenti e discendenti immediati di ciascun coniuge.

(43) Così la dottrina dominante, citata dal VOLTERRA, *BIDR.* 40, 91^a. — L'ARU cit., 17 ritiene che le sue deduzioni valgano a far rigettare la tesi del DUMONT, che la *lex Cincia* non contenesse il ricordo del *vir* e dell'*uxor* e che tutto il Vat. fr. fosse un commento di Paolo: « ammettendo infatti che detto frammento abbia una portata affatto generale, non è pensabile che Paolo, all'epoca nella quale le donazioni tra coniugi erano vietate, avesse menzionato i coniugi di sua spontanea iniziativa, tra le persone che potevano *capere in infinitum* ». Io opporrei che le deduzioni dell'ARU sono valse unicamente a scalzare il tentativo del DUMONT di interpretare in maniera nuova Vat. fr. 298, ma che appunto perché la tesi del DUMONT non regge ed appunto perché la menzione del *vir* e della *uxor*, fatta da Paolo, ha carattere di completa inspiegabilità, debba pensarsi alla interpolazione postclassica.

Sull'origine del divieto di donaz. fra i coniugi: benvenuto, in *Studi Filologici* 169 1.
L'unico riferimento al problema in Vat. fr. 302).

(201 a. C.) poterono i coniugi ed i fidanzati reciprocamente farsi donazioni, mentre poi, nel corso di circa due secoli dalla legge Cincia alla legislazione augustea (44), si sarebbe formata la consuetudine contraria del divieto di qualsivoglia donazione fra i coniugi. Ma anche questa teoria mi pare infondata e sensibilmente inverosimile: infondata, perchè propone del frammento vaticano 302 una interpretazione quasi altrettanto artificiosa che quella avanzata dal DUMONT; inverosimile, perchè ammette che Paolo abbia potuto riferire ai suoi tempi, in piena epoca imperiale, usando la forma verbale presente (*excepiuntur*), una disposizione superata ed abrogata, come quella permissiva delle donazioni *ultra modum legis Cinciae* fra i coniugi ed i fidanzati.

Io ritengo che i triboli della dottrina possano essere soltanto leniti dall'uso accorto, ma inesorabile dalla critica esegetica. Non Paolo, ma il compilatore postclassico della raccolta Vaticana ha aggiunto, nel fr. 302, la menzione del *vir* e dell'*uxor*, dello *sponsus* e della *sponsa*, onde rendere completo il novero delle persone legate dai vincoli di affinità (45).

(44) Che il divieto di *donationes inter virum et uxorem* abbia avuto la sua fonte nella legislazione augustea, è la tesi notissima dell'ALBRANDI, *Ricerche sull'origine del divieto delle donazioni fra coniugi* in *Opere*, I, 393 segg.: la proibizione sarebbe stata posta dalla *lex Julia decimaria* di Augusto, abolita poi da Giustiniano. Cfr., per la critica di questa tesi, DE MEDIO, *Intorno al divieto di donare fra coniugi nel diritto romano* (Modena 1902), 18 segg., con argomenti non sempre accettabili: e, da ultimo ART. cit., 26 segg. Io ritengo, appunto con l'ART., che la tesi dell'ALBRANDI non regga, in linea assoluta, ma solamente nel senso che la legislazione augustea abbia accolto un divieto già ammesso dalla consuetudine, dando ad esso « quella sanzione legislativa, per cui i giuriconsulti posteriori a quest'epoca hanno potuto parlare di divieto derivante dallo *ius civile*, dato che, se ci si vuole attenere alla testimonianza di Gaio [Inst., I, 2], non pare che la consuetudine potesse essere annoverata fra le fonti dello *ius civile* vero e proprio ». — Soprattutto mi dispone, nella direzione patrocinata dall'ART., il fatto innegabile del nesso strettissimo fra il nostro divieto e la *lex Julia et Papia* (su cui cfr., da ultimo, LAURIA, *Il divieto delle donazioni fra coniugi* in *Studi Albertoni* (Padova 1937), 2, 513 segg.: altre citazioni ivi 513¹⁻²).

(45) Nella mia idea, dunque, l'aggiunta di *vir et uxor, sponsus sponsa* in Vat. fr. 302 deve essere ricollegata all'intento completomane del compilatore della raccolta. La mia tesi risulterà fortemente rafforzata dal seguente rilievo: che l'epoca presumibile di compilazione della raccolta dei *Vaticana fragmenta* (epoca di Costantino: cfr. da ultimo, ARANJO RUIZ, *Storia del dir. romano*, 281), e cioè il primo periodo postclassico, coincide con le deduzioni di questo studio, che cioè nell'epoca postclassica vanno distinti, in ordine all'*adfinitas* due periodi: un primo, in cui anche

15. Un gruppo notevole di frammenti di indubbio significato ricollega il divieto delle *donationes inter virum et uxorem* ai *ceteres mores*, senza far mai cenno alcuno alle disposizioni in contrario della *lex Cincia* o, perlomeno, al valore limitato che questa permissione dell'antica legge repubblicana avrebbe avuto (46).

D. 24. 1. 1 (ULPIANUS, *libro trigesimo secundo ad Sabinum*).

Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes [; sed profusa erga se facilitate] (47):

D. 24. 1. 2 (PAULUS, *libro septimo ad Sabinum*).

ne cesset eis studium liberos potius educendi. Sextus Caecilius et illam causam adiciebat, quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eveniturum, ut venalicia essent matrimonia.

D. 24. 1. 3 pr. (ULPIANUS, *libro trigesimo secundo ad Sabinum*).

Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est: nam ita ait: « Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concor-

gli sponsali vengano ad essere considerati generatori di *adfinitas* e quindi — per analogia con il caso classico del *matrimonium* — anche gli *sponsi* vennero ad essere considerati *adfinēs* nei reciproci rapporti: ed un secondo, in cui — per il progressivo prevalere dell'influsso esercitato dalla *cognatio* — l'*adfinitas* venne ad adeguarsi alla *cognatio* e, per conseguenza, i rapporti fra *coniuēs* e fra *sponsi* vennero ad essere estromessi dal novero dei rapporti di *adfinitas*. Cfr., *amplius*, *infra* Sezione seconda, cap. I, n. 4.

(46) Giustamente richiama questi frammenti anche l'ART., *Donazioni* cit., 29 segg., il quale chiarisce che « la diversità fra le ragioni addotte nel fr. 1, e quelle addotte nel fr. 2, va spiegata nel senso che le prime si riferiscono all'origine consuetudinaria del divieto, le seconde alla sanzione legislativa data ad esso dalla *lex Julia et Papia* ». Cfr. anche ivi 31 segg., la critica, cui aderisco, ad altre possibili obiezioni contro la tesi dell'origine consuetudinaria del divieto.

(47) La critica del frammento è controversa: cfr. *Index interpolationum* cit. L'antitesi di *red. rell.* è del SOLAZZI, *BIDR.*, 37 (1929), 83.

dia praetio conciliari viderentur neve melior in pauperlatem incideret, deterior ditior fieret».

Solo, in cospetto di così imponenti testimonianze, è un testo di una compilazione postclassica, il quale non soltanto ammette le donazioni fra coniugi e fra fidanzati, ma iscrive inoltre costoro, alquanto inesplicabilmente, nel novero degli *adfines*. Il sospetto sulla genuinità di questo unico testo appare sin d'ora fondato.

Ora esaminiamo brevemente i frammenti vaticani 298-303.

(PAULUS, libro septuagesimo primo ad edictum, ad Cinciam).

298. Personae igitur cognatorum excipiuntur his verbis: «Sive quis cognatus cognata inter se, dum sobrinus sobrinave propriusve eo sit, sive quis in alterius potestate manu mancipiove erit, qui eos hac cognatione attinget quorumve is in potestate manu mancipiove erit, eis omnibus inter se donare capere liceto».

299. Quinque igitur gradus pleni excepti sunt et ex sexto una persona, sobrinus et sobrina.

300. Excipiuntur et ii, qui in potestate eorum vel manu mancipiove, item quorum in potestate manu mancipiove erunt.

301. Itaque si is qui in eo gradu est in potestate habeat eum, qui mihi longiore gradu sit, dare ei potero. Sic et lex Furia scripta est, eo amplius, quod illa lex sex gradus et unam personam ex septimo gradu exceptit sobrino natum.

302. Excipiuntur et adfinium personae, ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa.

303. Sed in hac adfines qui sunt tempore donationis excipiuntur, idemque etiam divus Pius rescripsit; leges enim, quae noluissent etiam eos excipere qui fuissent, nominatim id cavisser.

La tesi del DUMONT (48), che almeno i frammenti 299-301 rap-

(48) Cfr., retro nota 18.

presentino il commento di Paolo al testo della legge, riportato nel frammento 298, non può mettersi in dubbio. A parte ogni altro argomento, vi è il fatto che i tre frammenti ripetono, in sostanza, e sviluppano quanto già contenuto nel frammento 298.

Dato ciò, anche i frammenti 302-303 si pongono come un commento di Paolo alla *lex Cincia*; salvo che questa volta l'interpretazione giurisprudenziale non svolge la lettera della legge, ma segue invece un criterio di applicazione analogica: come i *cognati* possono farsi reciproche donazioni, così possono farsele anche gli affini, cioè il *privignus* e la *privigna*, la *noverca* ed il *vitricus*, il *socer* e la *socrus*, il *gener* e la *nurus*. L'analogia permetteva che si parlasse di costoro, ma non permetteva, naturalmente, che si parlasse anche dei coniugi (e tanto meno degli *sponsi*), perchè, al tempo di Paolo, il divieto, delle donazioni fra i coniugi era ormai nettissimamente stabilito nel sistema giuridico romano. E che siamo di fronte al frutto di una interpretazione della giurisprudenza creatrice del diritto viene confermata da ciò, che nel frammento 303 vien menzionato il divo Pio, come colui che si preoccupò, con un rescritto, di definire ancor meglio, per certi riguardi, la regola circa gli *adfines* creata dalla giurisprudenza: *sed in hac adfines qui sunt tempore donationis excipiuntur, idemque etiam divus Pius rescripsit*.

Se ai rilievi fin qui svolti si aggiunga che fra gli *adfines* vengono inesplicabilmente compresi anche gli *sponsi* e che il *vir* e e la *uxor* lo *sponsus* e la *sponsa*, altrettanto inesplicabilmente, vengono in coda, anzichè al principio della enumerazione degli affini, sarà più che lecita la conclusione che *vir et uxor, sponsus sponsa* sia la giunta completomane del compilatore postclassico della raccolta vaticana, cui è piaciuto di integrare con tutti i suoi esponenti la enumerazione di quelli che ai suoi tempi dovevano considerarsi *adfines*, senza por mente ai tremendi errori giuridici che avrebbe poi fatto attribuire a Paolo.

CAPITOLO III

LIMITI SUBBIETTIVI DELL'ADFINITAS

SOMMARIO. — 16. L'*adfinitas* intercorreva anche fra ciascun coniuge ed i parenti dell'altro coniuge. Il problema circa i limiti subbiettivi dell'*adfinitas* nel diritto classico, in rapporto alla regola *gradus adfinitatis nulli sunt*. — 17. Nostra tesi: l'*adfinitas* intercorreva, nella normalità dei casi, fra ciascun coniuge e gli ascendenti e discendenti immediati dell'altro. — 18. Argomento a favore, desunto dalla storia dell'impedimento matrimoniale. — 19. Testi favorevoli. — 20. Dimostrazione della derivazione postclassica di D. 38. 10. 4. 6, 7. — 21. Anche D. 28. 2. 14. 4 è stato completamente rielaborato in epoca postclassica. — 22. Altri testi contrarii alla nostra tesi, in cui compaiono le denominazioni di *prosocer*, *prosocrus* ecc., sono alterati: tali denominazioni non sono del diritto classico. a) D. 25. 2. 15. 1. — 23. b) D. 28. 2. 8 — 24. c) D. 37. 5. 8. 4. — 25. d) D. 50. 16. 50. — 26. e) D. 8. 1. 8. 2. — 27. Si congettura che i cinque testi dianzi esaminati, tutti del commentario all'editto di Ulpiano, siano stati alterati da un lettore postclassico dell'opera di Ulpiano. — 28. Testi in cui l'estensione della categoria degli *adfines* ha carattere classico: D. 38. 10. 6 pr. e D. 50. 16. 136. Loro portata limitata nel diritto classico. — 29. Casi classici di ampliamento, per ritlessi specifici, della categoria degli *adfines*. — 30. Deformazioni classiche della categoria degli *adfines*, motivate da impulsi pratici. Se il *beneficium competentiae*, spettante al *promissor dotis* parente della *mulier* contro il marito agente *ex promissione*, competesse a qualunque costituente la *dos profecticia*, o soltanto al padre di sangue.

16. L'*adfinitas* intercorreva anche fra ciascun coniuge ed i *cognati* dell'altro coniuge.

In questo senso, e solo in questo senso, si parla, come è noto, di affinità nel diritto moderno (1). Ma quivi l'affinità —

(1) Cfr. per tutti, da ultimo, De Ruggiero, *Istituzioni di diritto privato* (a cura del Mancini) (Messina-Milano, 1937), 145 segg. — V. anche *Codice civile, libro primo* (approvato con R. D. 12. 12. 1938), art. 76: «L'affinità è il vincolo tra un coniuge ed i parenti dell'altro coniuge. — Nella linea e nel grado in cui taluno è parente d'uno dei coniugi, egli è affine dell'altro coniuge. — L'affinità non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge da cui deriva, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati. Cessa se il matrimonio è dichiarato nullo, salvi gli effetti di cui all'art. 85, n. 4.»

per virtù di uno sviluppo storico attuatosi nell'epoca postclassica e che verremo delineando più oltre (2) — si prospetta omai come una categoria riflessa della parentela di sangue; sì che si parla — sia pure con improprietà — di una affinità in linea retta e in linea collaterale, nonché di gradi dell'affinità.

Il diritto romano, pintosto, non mostra di aver mai fatto differenza fra due distinte configurazioni dell'affinità, di cui si compiace soprattutto la dottrina tedesca: e cioè fra l'ipotesi dei rapporti intercorrenti tra un coniuge ed i parenti dell'altro e quella dei rapporti di una persona col coniuge dei suoi parenti (3).

Ora il problema che io qui pongo, in rapporto al diritto classico, è questo: sino a qual punto si estendesse l'*adfinitas*. Dato che essa attuava il congiungimento di due cognazioni, dobbiamo noi pensare che l'*adfinitas* importasse, anche per diritto romano classico, che ne fossero avviati, rispetto a ciascun coniuge, tutti i parenti dell'altro, senza distinzione di linee nè limitazione di gradi (4)?

Di massima importanza, per la risoluzione della questione sul piano dogmatico, è il noto testo di Modestino:

D. 38. 10. 4. 5 (MODESTINUS libro duodecimo pandectarum).

Gradus autem adfinitati nulli sunt.

Io mi richiamo alla interpretazione dianzi data di D. 38. 10. 4. pr. — 5 (5): l'unica, in sè e per sè considerata, la quale possa riuscire a rendere intelligibile il discorso di Modestino e soprattutto il perchè della menzione degli *adfines* in un brano, nel quale il giureconsulto aveva esordito parlando della *cognatio*. Di fronte a questa interpretazione (ma, ad ogni modo, anche prescindendo da essa), la dichiarazione che *gradus adfinitati nulli*

(2) Cfr. *infra* Sezione seconda, cap. II.

(3) La dottrina tedesca più antica differenziava i rapporti di *Schwägerschaft* (*socer*, *socrus*, *gener*, *nurus*) da quelli di *Stiefverwandtschaft* (*vitricus*, *noverca*, *privignus*, *privigna*). Ma cfr. ora, contro questa inutile complicazione, ENNECERUS, *Allgemeiner Teil* (in ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 1) § 92, II.

(4) Va rilevato che la romanistica ignora del tutto la presente questione, la quale pur non dovrebbe mancare di delinearsi agli occhi di chi consideri, nel pieno del suo valore, la dichiarazione modestiniiana di D. 38. 10. 4. 5.

(5) Cfr. *retro*, cap. II, n. 10.

sunt assume un valore decisivo, al fine della risoluzione della questione che ci occupa. È impossibile cioè credere che, per diritto classico, si avesse, come si aveva invece per diritto giustiniano, una correlazione tale fra *adfinitas* e *cognatio*, che i gradi di quest'ultima potessero essere sfruttati, sia pure di riflesso, per la sistemazione di quella.

Del resto, la dimostrazione, io credo, ampiamente fornita che vincolo di affinità intercorreva, nel diritto classico, fra gli stessi coniugi aiuta ad escludere nel più pieno dei modi che, nella stessa epoca, le linee e i gradi della cognazione sian potuti esser messi al servizio dell'*adfinitas* (6). Una correlazione più stretta, una analogia più intima fra *adfinitas* e *cognatio* non poté aver inizio che dal giorno in cui i coniugi vennero ad essere estromessi dal novero degli *adfines*.

Così stando le cose, il problema da me posto non può ammettere che una di queste due soluzioni:

a) il vincolo di *adfinitas* si determinava fra i coniugi e fra ciascun coniuge ed i parenti tutti dell'altro; oppure:

b) il vincolo di *adfinitas* si determinava fra i coniugi e fra ciascun coniuge ed i parenti immediati, in linea retta ascendente e discendente, dell'altro.

17. Fra le due sole possibili soluzioni del nostro problema, io ritengo fermamente che sia da escludere in ordine al diritto

(6) Non si comprenderebbe più, invero, quale posizione assegnare, rispetto alle gradazioni (sia pur riflesse) della *adfinitas*, ai coniugi. La questione è stata ampiamente discussa, nel secolo scorso dal SALL., *ACP* 22 (1839), 237 segg. (cfr. ivi specialmente 248 segg.). Le conclusioni del SALL. sono degne di rilievo proprio per la loro contraddittorietà, la quale è indizio (per chi ben guardi) della impossibilità di conciliare l'ammissione dei coniugi nel novero degli *adfines* (già dal SALL. sostenuta) con la contemporanea ammissione della applicabilità riflessa alla *adfinitas* dei gradi della *cognatio*. Cfr. 236 seg.: «Das Verhältniss der Ehegatten gehört nicht zur *affinitas* im eigentlichen Sinne, so wenig, als die Ehegatten eigentliche *affines* sind; doch werden sie *uneigentlich* zu den *affines* gerechnet, und sind dann ohne Zweifel als die *nächsten Affinen* zu betrachten; nicht aber als *Verschwägerte* des ersten Grades, sondern als solche Personen, deren Verhältniss wegen seiner *Unmittelbarkeit* als eine *Einheit der Verwandten in persönlichen Beziehungen* erscheint; worauf die Anwendung der Grade der Verwandtschaft, welche *allein* bei der Schwägerschaft zur Anwendung kommen kann, als undenkbar sich zeigt: — oder sollte dieses Verhältniss der *uneigentlichen* Affinität ohne alle *bestimmte Belege*, die ganze Gradberechnung der *eigentlichen* Schwägerschaft, welche auf *entschiedene* Quellenzeugnisse sich stützt, umzustossen vermögen — 2*.

classico, la prima e sia invece da adottare la seconda. Scopo di questo capitolo è appunto di dimostrare la verità della seguente tesi:

L'*adfinitas* intercorreva, nella normalità dei casi, fra ciascun coniuge e gli ascendenti e discendenti immediati dell'altro.

Intendiamoci. Qui si ragiona di un diritto eminentemente e genialmente pratico, scevro da ogni astrazione teorica, quale fu il diritto romano. L'*adfinitas* era un vincolo giuridico promanante dal matrimonio e condizionato in tutto e per tutto — anche in ordine alla sua durata, come appresso vedremo (7) — dal matrimonio. Praticamente il problema di una *adfinitas* senza limiti non poteva in alcun modo essere prospettato: tutt'al più potevano essere ritenute implicate da questo legame, così strettamente connesso col matrimonio, le persone che col matrimonio stesso erano più intimamente collegate, e cioè, oltre i coniugi, i genitori ed i figli di ciascuno di loro.

E soprattutto in origine, quando l'*adfinitas* fu produttiva di un numero molto insignificante di conseguenze giuridiche, altro non potè darsi. Inoltre tutta la storia dell'*adfinitas*, per quanto almeno ne sappiamo, dimostra che questo istituto tese ad estendersi progressivamente nel tempo, in ordine alle sue applicazioni.

18. Sintomatico può essere, a questo riguardo, l'accento alla evoluzione subita dall'impedimento matrimoniale derivante dall'*adfinitas*. Essa può essere riassunta in tre gradi successivi:

a) Nel diritto dell'epoca repubblicana, l'*adfinitas* non importava, probabilmente, divieto di *conubium* — *solutum matrimonio* — fra i parenti di un coniuge e l'altro coniuge (8).

b) Nel diritto classico imperiale, un impedimento al *conubium* pare scaturire dalla *adfinitas*, ma solo fra un coniuge e gli ascendenti e discendenti dell'altro: D. 23. 2. 14. 4, che ci testimonia la regola (in una forma che lascia, tuttavia, molto a desiderare (9)), precisò addirittura che il divieto di *conubium* s'ha

(7) Cfr. *infra* cap. IV.

(8) Cicerone pro Cluent. 5. 14; 6. 15. Dal discorso di Cicerone il matrimonio fra *adfines* appare sicuramente lecito, sebbene considerato, da un punto di vista sociale, come un grave *scelus*. Cfr. BONFANTE, *Corso di dir. romano*, I, 203: «L'affinità... era forse causa di impedimento nell'antico sistema del *fas* tutelato dal pontefici».

da intendere non soltanto fra genero e suocera, o fra suocero e nuora, e così via, bensì fra ciascun coniuge e tutti gli ascendenti e discendenti dell'altro, senza limite alcuno di grado.

e) Fu solo l'impero cristiano ad introdurre l'impedimento matrimoniale anche fra persone già affini in linea collaterale entro il secondo grado, come le sotto riportate costituzioni dimostrano (10):

OTH. 3. 12. 2 (*Impp. Constantius et Constans AA. et Iulianus C. ad Volusianum PP.*: a. 335).

Etsi licitum veteres crediderunt nubilis fratris solutis ducere fratris uxorem, licitum etiam post mortem mulieris aut divortium contrahere cum eiusdem sorore coniugium, abstineant huiusmodi nubilis universi nec aestiment posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari [nam spurios esse convenit qui nascentur] (11).

CI. 5. 5. 5 (*Impp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA. Cynegio PP.*: a. 393).

Fratris uxorem ducendi vel duabus sororibus coniungendi penitus licentiam submovemus, nec dissoluto quocumque modo coniugio.

Questo caratteristico sviluppo storico dell'impedimento matrimoniale, che fu — come è universalmente riconosciuto — l'applicazione preëcipua, in ogni epoca, dell'*adfinitas*, lascia chiaramente comprendere come il concetto del vincolo dell'*adfinitas* sia stato in origine molto più ristretto, che non in prosieguo di tempo.

E non solamente in ordine alle linee dovette aversi questa maggior ristrettezza originaria del concetto di *adfinitas*: non solamente, cioè, nel senso che in diritto classico la sola linea retta della *cognatio*, ascendente e discendente, dovette essere presa in considerazione, ai fini della determinazione del vincolo di af-

(9) Cfr. *infra*, n. 21 la critica a questo frammento, completamente rielaborato in epoca postclassica.

(10) Cfr. anche OTH. 3. 12. 3 (a. 336), 4 (a. 415) e — con riguardo specifico alla compilazione giustiniana — CI. 5. 5. 6 (= OTH. 3. 12. 3), 8 (a. 475), 9 (a. 476-484).

(11) *Nam nascentur* ha tutta l'aria di un glossema esplicativo, per verità alquanto insolito. *Nam!* (cfr. SOLAZZI, *Festschrift Kerschke* [Weimar 1939] I 108).

finità. Essa si dovette avere necessariamente anche in ordine ai *gradus*.

È assurdo sostenere che il diritto romano possa essere passato da una ignoranza assoluta del divieto di *conubium* ad un riconoscimento illimitato, per la linea retta, dell'impedimento matrimoniale derivante dall'*adfinitas*: logico è credere, invece, che l'impedimento sia stato riconosciuto, perlomeno al principio, con una certa cautela, cioè solo fra un coniuge ed i genitori od i figli dell'altro. E tanto più il contrario si palesa assurdo, in quanto che vediamo come nell'epoca postclassica l'impedimento al matrimonio fra un coniuge ed i collaterali dell'altro fu limitato ai collaterali immediati dell'altro coniuge: se fosse stato vero che in quell'epoca già da secoli l'impedimento funzionava invece fra ciascun coniuge e tutti gli ascendenti e discendenti dell'altro, sarebbe stato molto strano che esso subisse una così forte limitazione nei riguardi dei collaterali.

19. Tutte le circostanze sin qui esposte sono circostanze indirette, ma degne in ogni caso di molto rilievo, le quali autorizzano ampiamente alla supposizione che il vincolo di *adfinitas* sia stato concepito, nel diritto romano classico, come intercorrente, di regola, soltanto fra i coniugi e fra ciascun coniuge e gli ascendenti e discendenti immediati dell'altro. Aggiungo subito che, accanto a questa concezione pratica del vincolo, rimaneva sempre — come possibilità meramente teorica — la concezione di una *adfinitas* illimitata, per ogni linea e per ogni grado di *cognatio*, la quale può aver in certi casi funzionato, come dimostreremo (12), allorquando considerazioni di ordine pratico abbiano prodotto l'opportunità di estendere la concezione del vincolo di *adfinitas* al di là dei rapporti fra un coniuge ed i parenti immediati, in linea retta, dell'altro.

La prima conferma testuale del mio assunto la trovo nella circostanza che le fonti classiche parlano sempre e solamente (oltre che di *coniuges*) di *socer socrus*, *gener nurus*, *noverca vitricus*, *privignus privigna*, intendendo chiaramente, con questa enumerazione, di aver esaurito l'elenco delle persone affini.

(12) Cfr. *infra*, n. 2830.

Basterà che io mi richiami a

D. 38. 10. 4. 4 (MODESTINUS, *libro duodecimo pandectarum*).

Nomina vero eorum haec sunt: *socer socrus*, *gener nurus*, [noverca] *vitricus* (noverca) (13), *privignus privigna*.

nonchè a

Vat. fr. 218 (ULPIANUS, *libris de officio praetoris tutelaris*).

Lege autem Papia ii adfines excipiuntur, qui v(ir et uxor et gener et nurus) et *socer et socrus* unquam fuerunt.

219 Item *vitricus noverca privignus privigna* vel ipsorum vel eorum qui in eorum potestate (matrimoniove sunt quive) fuerunt.

Anche Vat. fr. 302 (14), che pare far soltanto una elencazione dimostrativa degli *adfines* (*ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus*), non può essere, in fondo, inteso altrimenti che come limitante al *socer* e alla *socrus*, al *privignus* e alla *privigna*, al *gener* e alla *nurus*, alla *noverca* e al *vitricus* la categoria degli *adfines*.

20. Di contro alle nostre affermazioni pare disporsi anzi tutto, in maniera nettissima, un paragrafo del frammento stesso di Modestino che tante notizie ci darebbe, se non fosse largamente inquinato (15), sulla *adfinitas* del diritto classico.

D. 38. 10. 4. 6 (MODESTINUS, *libro duodecimo pandectarum*).

Et quidem viri pater uxorisque *socer*, mater autem eorum *socrus* appellatur, cum apud Graecos proprie viri pater *ἐζαγός*, mater vero *ἐζαγά* vocitetur, uxoris autem pater *πενθεγός* et mater *πενθεγά* vocatur (vocat^{ur} del. MOMMSEN). filii autem uxor *nurus*, filiae vero vir *gener* appellatur. uxor liberis ex alia uxore

(13) Cfr. per quanto riguarda la correzione del testo, *retro* cap. II, n. 11, nota 381.

(14) Su cui ampiamente *retro* cap. II, n. 15.

(15) Cfr. già, per la critica di D. 38. 10. 4 pr. — 5, *retro* cap. II, n. 11.

natis noverca dicitur, matris vir ex alio viro natis vitricus appellatur: eorum uterque natos aliunde privignos privignasque vocant, potest etiam sic definir. socer est uxoris meae pater, ego illius sum gener: socer magnus dicitur uxoris meae avus, ego illius sum progener: et retro pater meus uxoris meae socer est, haec illi nurus: et avus meus uxoris meae socer magnus est, illa illi pronurus, item (socrus mihi uxoris meae mater est, ego illius sum gener *ins.* MOMMSEN) prosoerus mihi uxoris meae avia est, ego illius sum progener: et retro mater mea uxoris meae socrus est, illa huic nurus: et avia mea uxoris meae socrus magna est et uxor mea illi pronurus est, privignus est uxoris meae filius ex alio viro natus, ego illi sum vitricus: et in contrarium uxor mea liberis, quos ex alia uxore habeo, noverca dicitur, liberi mei illi privigni, viri frater levir, is apud Graecos δαίς appellatur, ut est apud Homerum relatum: sic enim Helena ad Hectorem dicit:

δαίς ἐμεῖο κινὸς κακομηχάνου διαβορέσης.

virī soror glos dicitur, apud Graecos γάλος, duorum fratrum uxores iantrices dicuntur, apud Graecos ἐννότρες, quod uno versu idem Homerus significat:

ἢ τις γάλων ἢ ἐλνατέρων ἐνπέλων.

(7) Hos itaque inter se, quod adfinitatis causa parentium liberorumque loco habentur, matrimonio copulari nefas est.

Già il BESELER (16) ha sospettato larghi rimaneggiamenti, nel paragrafo 6, del dettato originario di Modestino. Ma io ho la convinzione che tutto questo paragrafo, nonché il paragrafo 7 e inoltre — come vedremo (17) — i successivi, sia il frutto esclusivo di quella rielaborazione postclassica del testo di Modestino, che ha portato, fra l'altro, alla intrusione dell'intero paragrafo 2.

Non mi fermo sull'andamento sintattico irregolare del testo,

(16) Cfr. *Opera* (Leipzig 1930) 9.

(17) Par. 8: cfr. *infra* Sezione seconda, cap. II, n. 11. Par. 9: cfr. *infra* Sezione seconda, cap. I, n. 3. Par. 10-11: cfr. *infra* Sezione seconda, cap. II, n. 11.

nè sulle tante stranezze e anomalie formali che vi potrei appuntare, nè sulle incertezze di terminologia (*socer magnus* o *prosocer*? ecc.), nè infine sui richiami troppo frequenti alle terminologie greche o sulle citazioni di Omero (18). Mi basterà rilevare che il paragrafo 6 è assolutamente ingiustificabile di fronte al paragrafo 4, dove, come sappiamo (19), Modestino già ci ha detto che i nomi degli affini (a parte i coniugi) sono *socer socrus, gener, nurus, vitricus noverca, privignus privigna*. Perché mai avrebbe fatto il giureconsulto classico ritorno sui suoi passi, onde mettersi a fornir meglio tutta la terminologia degli affini, e non solamente più, questa volta, con riguardo alla linea retta dei *cognati* di ciascun coninge, ma anche con riguardo alla linea collaterale? La cosa è tanto più strana, in quanto che il paragrafo in esame non segue immediatamente l'altro, ma è separato da quello mediante il paragrafo 5, ove trovasi la dichiarazione che *gradus adfinitati nulli sunt*.

Ma vi è un argomento decisivo per procedere alla condanna senza remissione di tutto il paragrafo 6 e del successivo paragrafo 7. E l'argomento è in ciò, che il paragrafo 7 dichiara che fra tutti gli *adfinēs* menzionati precedentemente vi ha impedimento matrimoniale: senonchè l'impedimento matrimoniale derivante dall'affinità fu esteso alla *nuptiae* fra ciascun coninge ed i collaterali immediati dell'altro soltanto nei 335 (20): cioè alcun tempo dopo la morte di Modestino, che lo gabellerebbe per già esistente ai suoi tempi!

L'esame di questi altri due paragrafi di D. 38. 10. 4 sempre più mi convince, insomma, della veridicità della mia congettura, che il testo originario di Modestino sia stato grandemente rielaborato nelle scuole bizantine, al fine di dare una idea completa delle due categorie dogmatiche della *cognatio* e dell'*adfinitas*. La concezione romana della *cognatio*, almeno nella interpretazione dei glossatori postclassici, è stata prolissamente manifestata nel paragrafo 2, ove è detto che *cognitionis substantia bifariam apud Romanos intellegitur*. La concezione romana dell'*adfinitas*, anch'essa nella interpretazione fortemente deformata

(18) Rimando, per ogni appunto di forma, al già citato scritto del Beseler, (v. *nota* 16).

(19) Cfr. *nota* n. 19.

(20) Cfr. 3. 17. 2, riportato *nota* n. 18.

delle scuole bizantine, è stata introdotta dal periodo *sed quoniam disserere* del paragrafo 3 ed è stata sviluppata nei paragrafi 6 e seguenti, ove tanti richiami appaiono alle concezioni, alle terminologie ed alla letteratura greca.

Non il giurista classico, ma il commentatore bizantino è autore, in conclusione, della intrusione, nell'elenco degli *adfinēs*, del *prosocer* e della *prosocrus*, del *progener* e della *pronurus*, nonché del *terir* e della *glos*. D. 38. 10. 4. 6 non può scuotere la nostra tesi circa i limiti subbiettivi della affinità nel diritto classico.

21. Un altro frammento completamente rielaborato in età postclassica, epperò affatto probante contro la nostra opinione è:

D. 23. 2. 14. 4 (PAULUS, libro trigesimo quinto ad edictum).

Nunc videamus, quomodo noverca et privigna et socrus et nurus intellegantur, ut sciamus, quas nos liceat ducere. quidam novercam per se patris uxorem (et socrum uxoris matrem *ins.* KRÜGER) et nurum filii uxorem et privignam uxoris ex alio marito filiam intellegunt: sed quod ad hanc causam verius est nec avi uxorem nec proavi duci posse. duas ergo vel plures novercas ducere non poterit: non mirum, nam et is qui adoptivus est nec naturalis patris nec adoptivi uxorem ducere potest: sed et si plures uxores pater habuerit, nullam earum ducere possum. itaque socrus appellatione non tantum uxoris meae matrem, sed et avia et proavia intellegitur, ut nullam earum ducere possim. nurus quoque appellatione non tantum filii uxor, sed et nepotis et pronepotis continetur, licet quidam has pronurus appellant. privigna quoque non solum ea mihi intellegitur quae uxoris meae filia est, sed et neptis et proneptis, ut nullam earum ducere possim. [item eius matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est: fuisse enim eam (meam MOMMSEN) socrum].

Già dianzi abbiamo dimostrato la impossibilità che la frase

item - socrum sia stata scritta da Paolo (21). Ma il frammento si presta ad una critica molto più ampia, nè in passato sono mancati i sospetti di interpolazione a proposito di esso. Nunc - liceat ducere è un tipico periodo introduttivo degli *excursus* marginali postclassici e l'espunzione di esso è stata da più parti proposta (22). Il BESELER (23) è anzi andato più oltre, in quanto che ha cercato di depurare il resto del frammento dalle principali scorrettezze di stile e di logica, onde tentare di restituire il presumibile dettato paolino.

Ma prefiggersi una restituzione del frammento classico è, a mio parere, una fatica vana. Anche stavolta siamo di fronte ad un testo interamente postclassico.

A sostegno della mia opinione vi sono anzitutto motivi di ordine locale. Nunc videamus, quomodo noverca et privigna et socrus et nurus intellegantur, ut sciamus, quas nos liceat ducere non è e non può essere una semplice inserzione, la quale non avrebbe un perchè, ma rappresenta invece l'introduzione di un *excursus* del commentatore postclassico, esattamente come è provato essere avvenuto altrove, a proposito di altri frammenti (24).

Ed invero indubbiamente spurii sono anche i periodi seguenti. La forma di *quidam - intellegunt* è sciatta e affrettata: prova della sciatteria è il *per se* (*quidam novercam per se patris uxorem... intellegunt*), mentre la prova della fretta è la mancanza

(21) Cfr. retro cap. I, n. 5.

(22) Cfr. SECKEL-LEVY, ZSS 47 (1927), 156⁹.

(23) *Beiträge*, 4. 195. Adesivo PEROZZI, *Ist.*, 1. 942⁴.

(24) Si confronti infatti, col nostro testo, il *principium* di un famoso frammento, in cui sono state del pari dimostrate amplissime rielaborazioni postclassiche: D. 22. 1. 88 (su cui *Index interpolationum* sht. e, da ultimo, SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel dir. romano* [Napoli, 1964], 75 seg.).

D. 22. 1. 88. pr. (PAULUS, libro sexto ad Plautium).

Videamus generali (generatim HALOANDER), quando in actione quae est in personam etiam fructus veniant. Et quidem si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renuntiata adfinitas, fructus quoque restituendi sunt, utique hi qui percepti sunt eo tempore quo sperabatur adfinitas, sed et posteriores, si in re mora fuit, ut (aut facta KRÜGER) ab illo, qui reddere debeat, omnimodo restituendi sunt. sed et si per mulierem stetit, quo minus nuptiae contrahantur, magis est, ut debeat fructus recipere: ratio autem haec est, quod, si sponsus non conveniebatur restituere fructus, licuerat ei negligere fundum.

della frase *et socrum uxoris matrem (intellegunt)*, che difficilmente può ammettersi sia rimasta, tutta intera, nella penna di un amanuense (25). — In *sed quod - duci posse* il BESELER propone l'espunzione di *quod ad hanc causam*, ma la critica è insufficiente: non si capisce da qual verbo sia retta la proposizione infinitiva con *duci posse (intellegunt?)*; in ogni caso, l'antitesi fra l'opinione dei *quidam* e quella che dovrebbe essere la opinione giusta non è espressa con nessuna chiarezza, nè indubbiamente con il vigore necessario (*verius est!*); infine, a voler sottilizzare, potrebbe sempre dirsi che l'opinione dei *quidam* è errata solo rispetto al concetto di *socrus* (perchè vi ha divieto di prendersi in moglie anche la *avi uxor* e la *proavi uxor*), ma non certo rispetto alle concezioni di *noverca*, di *nurus* e di *privigna* (perchè di un divieto di sposare anche la *pronurus*, e così via, per lo meno in questo periodo, non si parla). — Nè meno condannevole è il periodo *duas ergo - possum*. Il sospetto del BESELER si ferma al *potest*, sì che rimarrebbe salva la frase *sed et si plures uxores pater habuerit, nullam earum ducere possum*; ma anche quest'ultimo periodo è indiscutibilmente spurio. Vi è anzitutto che l'ipotesi delle *plures uxores* è fatta per il *pater*, ma non anche per il *filius*; vi è il *possum*, col che viene introdotto tutto un diverso modo di procedere alla esemplificazione; vi è ancora che la frase enuncia un principio assolutamente estraneo all'argomento trattato (in quanto che qui si vuol dimostrare, che per *noverca* non s'ha da intendere soltanto la moglie del padre, ma anche quella dell'avo, del proavo e così via); e vi è soprattutto che il contenuto della frase è oltre ogni dire insulso (matrigna non è solo la seconda moglie del padre, ma logicamente anche la terza e la quarta e la quinta, sino ad esaurimento delle velleità matrimoniali del genitore: il solo venircelo a dire è segno di petulanza piuttosto infantile). — *Itaque - possim* è una ripetizione della dichiarazione *nec avi uxorem nec proavi duci posse*. — *Nurus quoque - appellant* presenta anche per il BESELER elementi di sospetto. — *Privigna - possim* non è del tutto insospettabile, ma è separato, comunque, alquanto inesplicabilmente, mediante i due periodi sulla *socrus* e sulla *nurus*, dalla menzione della *noverca*, mentre, d'altronde, sviluppa un principio tutto di-

(25) Come invece propende a credere il Krumm.

verso da quello enunciato nella frase *duas ergo - possum*. — *Item - socrum* è, ripeto, di derivazione postclassica.

Tutto quanto ho sinora esposto dovrebbe essere più che sufficiente per indurre il più riottoso degli anticritici ad accedere alla tesi della confezione postclassica di D. 23. 2. 14. 4. Ma vi è dell'altro. Il paragrafo 4 si inserisce in un frammento che presenta segni gravissimi di ampia rielaborazione postclassica. Tutto il paragrafo 3, che precede, è manifestamente spurio, come in appresso vedremo (26): l'intento che ha determinato un commentatore postclassico ad inserire il paragrafo 3 nel frammento di Paolo, e cioè l'intento di creare una nuova analogia di regolamento fra *adfinitas* e *cognatio*, deve aver anche indotto il medesimo commentatore ad allargare, mediante il paragrafo 4, il novero degli *adfinēs*, in modo che l'elenco di questi venisse a coincidere esattamente con quello dei *cognati* corrispondenti.

22. Altri testi, della compilazione e fuori, nei quali la categoria degli affini risulti determinata come comprensiva, rispetto a ciascun coniuge, anche dei parenti in linea collaterale e di quelli in linea retta oltre il primo grado ascendente e discendente dell'altro, non mi risultano. Mi risulta piuttosto — ed anche questo è degno di nota — che i termini *prosocer prosocrus*, *progener pronurus* non appaiono mai nel Codice Giustiniano, nè in quello Teodosiano, nè in qualsiasi altra compilazione giuridica romana a noi rimasta, fuori che nei Digesti (27).

Solo nelle Pandette può trovarsi qualche passo in cui *prosocer*, *prosocrus*, *progener* e *pronurus* siano usati in senso tecnico, per indicare cioè gli affini corrispondenti ai gradi ulteriori della cognazione (28). Ma mai queste menzioni sono genuine.

Esaminiamo dunque partitamente i testi.

a) D. 25. 2. 15. 1 (ULPIANUS, *libro trigesimo quarto ad edictum*).

Uxor et nurus et pronurus viro et socero et proso-

(26) Cfr. *infra* Sezione seconda, cap. I, n. 3.

(27) Ciò in base alla consultazione dei seguenti vocabolari: von MAYR, *Voc. C.I. (pars latina)*, GRADENITZ, *Index zum Th. v. Ergänzungsbuch*, Ma cfr. tuttavia *Stemma cognationum* in BARTHA, *Fontes*, 430 cfr. LEVY, *Ergänzungswörter zu Jus et Leges xv. pronurus*.

(28) Desumo i testi dalla consultazione delle voci corrispondenti del *FIR*.

cero furtum facere possunt, furti autem non tenentur nisi forte emancipatus sit filius: tunc enim nurus patri eius et furtum facit et furti tenetur.

Uxor et, nonché *viro et* sono ritenuti interpolati dal PAMPALONI (29), cui aderisce lo ZANZUCCHI (30). Ma vi è di più: il PAMPALONI riconosce in *et pronurus* e in *et prosocero* una generalizzazione a scopo didattico, nè lo ZANZUCCHI pare contestarlo. Senza addentrarmi nel merito della materia, io credo di poter accedere all'ipotesi del PAMPALONI. Forse tutta la frase costituisce la parafrasi postclassica (quindi con elementi di generalizzazione del pensiero genuino) di un dettato, almeno nella forma, sensibilmente diverso. *Nisi... tunc enim* (31)!

23. b) D. 2. 8. 2. (ULPIANUS, libro quinto ad edictum).

(2) Praetor ait: « Si quis parentem, patronum patronam, liberos aut parentes patroni patronae, liberosve suos [cumve quem in potestate habebit], vel uxorem, vel nurum in [iudicium] (ius) vocabit: qualiscumque [fideiussor iudicio sistendi causa] (vindex) accipiat ».

(3) Quod ait praetor « liberosve suos », accipimus et ex feminino sexu descendentes liberos [parentique dabimus hoc beneficium non solum sui iuris, sed etiam si in potestate sit alicuius: hoc enim Pomponius scribit, et filius [fideiussor] (vindex) pro patre fieri potest, etiam si in alterius potestate sit. [nurum etiam pronurum et deinceps accipere debemus].

L'editto è stato riferito nella ricostruzione del LENEL (32), che

(29) *Studi Senesi*, 17 (1900), 167. Il PAMPALONI propone la seguente restituzione del frammento: [*Uxor et* nurus [*et pronurus?*] (in manu filii) (viro et) socero [*et prosocero?*] (et)... Con lo ZANZUCCHI (citato *infra* nota 31) ritengo di non poter aderire, a parte ogni altra considerazione svolta nel testo, alla restituzione *nurus* (in manu filii).

(30) *RISG*, 42 (1906), 79² (inesatto è il richiamo dell'*Index interpolationum* sht.).

(31) Cfr. ALBERTARIO, I, 86. 820 segg. e GUARNERI CITATI, *Indice delle parole frasi e costrutti* ecc. sv. enim.

(32) *Dux Edictum perpetuum* 266.

va ancora per la maggiore (33). Comunque, anche a voler accogliere la ricostruzione sensibilmente diversa dello ZANZUCCHI (34), rimane chiaro, ai fini della nostra ricerca, che la terminologia *pronurus* appare soltanto nel commento al testo edittoale. Ma il commentario non è tutto ulpiano, come già il BESELER (35) ed il RABEL (36) hanno avuto a sospettare. Per parte mia, preciso che Ulpiano commentava la clausola « *liberosve suos* » (37): ragione per cui, ammesso che nel testo edittoale esistessero veramente le parole *vel uxorem vel nurum* (o pure *uxorem nurumve*) (38),

(33) Cfr. le citazioni in ZANZUCCHI, *RISG*, 47 (1910), 250². *Eumve habebit* è, per il LENEL, o un tribonianismo o un glossema: molto più verosimile è la seconda ipotesi. — La discussione si è accesa, nella dottrina romanistica, circa la genuinità di *vel uxorem vel nurum*: giustamente ha osservato l'EISELE, *ZSSR*, 21 (1900), 6 che il *vel* non è del linguaggio edittoale e che il pretore avrebbe piuttosto detto *uxorem nurumve*. Circa la nostra opinione, cfr. *infra*, nota 37.

(34) Il divieto delle azioni famose e la « *reverentia* » tra coniugi in diritto romano in *RISG*, 47 (1910), 254 segg. Lo ZANZUCCHI congettura (riprendendo una tesi del NABER, *Mnemoseyne*, N. S. 21 [1898], 377) che il vero editto contemplasse l'ipotesi « non di una lite fra congiunti con intervento come *vindex* di un estraneo, ma di una lite fra estranei con intervento come *vindex* di un congiunto del convenuto », che cioè « il vincolo di parentela, affinità, patronato ecc. doveva intercedere non tra in *ius vocans* e in *ius vocatus*, ma tra in *ius vocatus* e *vindex* ». Ecco pertanto la sua ricostruzione:

« Si quis parentem, patronum patronam, liberos aut parentes patroni patronae, liberosve suos eumve quem in potestate habebit, uxorem nurumve in *ius vocatus* vindicabit, qualiscumque sit, ut *vindex* accipiat ».

Ma questa arbitraria ricostruzione deve essere respinta. Essa si basa, invero, unicamente sul testo del paragrafo 3, che è invece — come vedremo (*infra*, nota 37) — alterato.

(35) *Beiträge*, 2. 5: il sospetto del BESELER è fondato sull'uso di *dabimus*.

(36) *Grundzüge* cit., 413⁴.

(37) *Parentique dabimus hoc beneficium non solum sui iuris, sed etiam si in potestate sit alicuius* è, a mio credere, un glossema, perchè di senso non chiaro (cfr. già ZANZUCCHI cit., 255 seg.). Tutto il paragrafo 3 è stato, con ogni probabilità, rimaneggiato in epoca postclassica, sì che non possiamo determinare con certezza il suo contenuto originario. Argomentare dal testo di questo paragrafo, per ricostruire l'editto del pretore, è pertanto fortemente arrischiato, e non possiamo seguire su questa via lo ZANZUCCHI.

(38) A me pare, tuttavia, di dover nutrire, circa l'editto di D. 2. 8. 2. 2, una opinione un po' più recisa di quella, alquanto dubitativa, che ho, per prudenza, esposto nel testo. La clausola « *uxorem nurumve* » non figurava nell'editto. Argomenti: 1) *vel uxorem vel nurum* è insitico in D. 2. 8. 2. 2, dato che il pretore avrebbe scritto *uxorem nurumve* (cfr. retro, nota 33); 2) altre alterazioni e inserzioni dimostrano l'ampia rielaborazione cui è stato sottoposto, in età postclassica, D. 2. 8. 2. 2.

non era comunque questo il luogo per commentarle. *Nurum etiam pronurum et deinceps* (1) *accipere debemus* non è genuino.

24. c) D. 37. 5. 8. 4 (ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*).

Nurus autem appellatione et pronurum ceterasque contineri nulla dubitatio est.

Questa frase commenta la dichiarazione del paragrafo 3, ove è detto che *si quid uxori nuruique fuerit legatum praeter dotem, accepta contra tabulas bonorum possessione non praestabitur*. Ma niuno vorrà negare che il testo sia fortemente sospetto. *Nulla dubitatio est* è espressione e costrutto tipico delle scuole postclassiche, come giustamente ha avuto a rilevare il BESELER (39). D'altronde la sostituzione di un *ille scribit* alla frase incriminata — sostituzione proposta dal BESELER stesso — non è, a mio parere, giustificabile, perchè non si riuscirebbe a capire la ragione della falsificazione postclassica. Non è affatto inverosimile, quindi, che l'intero paragrafo 4 fosse una osservazione marginale al testo di Ulpiano.

25. d) D. 50. 16. 50 (ULPIANUS, *libro sexagesimo primo ad edictum*).

«Nurus» appellatio etiam ad pronurum porrigenda est.

È un frammento che ripete, in altro campo, l'insegnamento contenuto in quello precedentemente esaminato, ma che può sospettarsi del pari alterato. A che argomento si riferisce il frammento? Giustamente il LENEL (40) richiama, per spiegarci il contenuto del testo, il seguente passo di Gaio:

Gai Inst. 2. 158-159.

Sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant.

(*eumve quem in potestate habebit* è itp.; *iudicium per ius*: *fideiusor iudicio sistendi causa per vindeu*); 3) l'obbligo di accettare un *qualisunque vindeu* (anche non *locuples*) dalla moglie non può essere riportato che a quella *coerentia* fra coniugi, la quale non pare essere stata mai concepita dai classici come generatrice di doveri giuridici.

(39) ZSSK, 58 (1935), 6.

(40) *Palingenesia*, 2, 787.

Idem iuris est et in uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est, et in nuru, quae in manu [filii] est, (41) quia neptis loco est.

Siamo dunque in un campo che non ha attinenza con l'argomento che ci occupa: siamo cioè nel campo dei rapporti di *conventio in manum*, nei quali non si parla di *uxor* e di *nurus* in quanto affini del marito, bensì di *uxor*, di *nurus* e di ogni altro personaggio femminile, in quanto *filiae loco*, *neptis loco*, e così via, rispetto al *paterfamilias*. In ogni caso, io ritengo che anche stavolta la terminologia *pronurus* non sia derivata dal giurista classico. E difatti è doveroso credere che Ulpiano, commentando l'editto del pretore, abbia potuto dire, tutt'al più, le stesse parole di Gaio, spiegando cioè che l'*ius abstinendi* deve intendersi come competente anche alla *uxor* e alla *nurus in manu*. Ma in tal caso egli non può aver subito dopo commentato sè stesso, mettendo cioè in rilievo che, quando egli ha parlato di *nurus*, voleva intendere anche la *pronurus* e chiunque altro: *nurus appellatio etiam ad pronurum porrigenda est*! O Ulpiano si è limitato a parlare della *uxor* e della *nurus*, lasciando alla comprensione del lettore che l'*ius abstinendi* andava concesso anche alla moglie del nipote ecc., o egli avrebbe parlato tutto in una volta di *uxor*, *nurus* *pronurus* et *ultra*.

È evidente, in conclusione, che una seconda persona, cioè (presumibilmente) un commentatore postclassico, ha commentato le parole di Ulpiano (che già a loro volta commentavano l'editto), mettendo in rilievo il significato, ovvio del resto, del termine *nurus* in questa materia, che non ha — ripeto — attinenza con l'argomento della *adfinitas*.

26. e) D. 3. 1. 3. 2 (ULPIANUS, *libro sexto ad edictum*).

Item Pomponius nurus et generi appellatione et soceri et socrus et ulteriores, quibus pro praepositio solet accedere, contineri ait.

Occorre riportare, ai fini della analisi esegetica del frammento, tutto il passo ricostruito dal LENEL, nella sua palinogenesi del commentario editto di Ulpiano.

(41) Per la dimostrazione di questo glossema, cfr. SOLAZZI, *Glosse a Gaio in Studi Riccoboni* 1, 129 seg.

LENEL *Pal.* 2. 445 (fr. 290).

(D. 3. 1. 1. 11) Deinde adicit praetor: « Pro alio ne postulent praeterquam pro parente, patrono patrona, liberis parentibusque patroni patronae » [: de quibus personis sub titulo de in ius vocando plenius diximus]. Item adicit: « liberisve suis, fratre sorore, uxore, socero socru, genero nuru, vitrico noverca, privigno privigna, pupillo pupilla, furioso furiosa ».

(D. 3. 1. 3 pr.) « Cui eorum a parente, aut de maioris partis [tutorum] < tribunorum (?) > (42) sententia, aut ab eo cuius de ea re iurisdictio fuit ea tutela [curatiove] (43) data erit ».

(1) Adfinitates non eas accipere debemus, quae quondam fuerunt, sed praesentes.

(2) Item Pomponius nurus et generi appellatione et soceri et socrus et ulteriores, quibus pro praepositio solet accedere, contineri ait.

(3) In curatoribus debuissse eum adicere: muti ceterorumque, quibus dari solent, id est surdo prodigo et adulescenti.

Ulpiano riporta, nel sesto libro del suo commentario all'editto, il testo del divieto pretorio di *postulare pro alio*, nonché, subito dopo, le concessioni fatte, in via di eccezione, dall'edificante a certe determinate persone. Si può dunque *postulare*, in particolare, *pro uxore, pro socero socru, genero nuru, vitrico noverca, privigno privigna*, cioè per i proprii *adfines*. È questo riprova che la concezione degli *adfines*, almeno nel pensiero del pretore, non andava al di là dei parenti immediati, in linea retta ascendente e discendente, di ciascun coniuge. Senonchè Ulpiano aggiungerebbe, riportando l'opinione di Pomponio, che per *nurus* e *gener*, per *socer* e *socrus*, e via dicendo, vanno intesi non soltanto i parenti immediati, ma anche gli *ulteriores*, quelli che vengono dopo, cioè quelli quibus « pro » praepositio solet accedere (*pronurus, progener, prosocer, prosocrus* ecc.).

(42) Per la sostituzione di *tribunorum* a *tutorum*, cfr., da ultimo, BONEANTE, *Corso di diritto romano*, I. 406¹. Contra: KRÜGER. Ma v. contra LENEL, *Edictum*², 78¹².

(43) TAUBENSCHLAG, SOLAZZI, KRÜGER, citati dall'*Index interpolationum* (e Suppl.). Ma v. contra LENEL, *Edictum* cit., 78¹².

Ma anche questa dichiarazione non mi convince.

Va notato, anzitutto, che il testo ulpiano presenta notevoli tracce di rielaborazione postclassica. Una se ne scorge proprio là dove il giurista classico riferisce le parole del pretore: *de quibus personis sub titulo de in ius vocando plenius diximus* (44). Inoltre palesemente alterato è il fr. 3. 3, ove è stata agevolmente messa in evidenza da altri l'opera di generalizzazione complementare di un commentatore postclassico (45).

Rimangono a noi da esaminare i paragrafi 1 e 2 del frammento 3. Nel paragrafo 1 è espresso, in forma ineccepibile, il principio ortodosso che, di regola, non si ha da tener conto delle *adfinitates* già estinte, bensì di quelle attuali, cioè di quelle corrispondenti ad un attuale matrimonio. Nel paragrafo 2 il discorso si sposta improvvisamente sul significato di *nurus* e *gener*, di *socer* e *socrus*, di cui viene accolta la accezione più lata.

Ma perchè il paragrafo 2 incomincia con un *item*? L'*item* certo non si spiega in relazione al contenuto specifico del paragrafo 1, in quanto che nel paragrafo 2 non si parla più dei limiti di tempo dell'*adfinitas*, bensì dei limiti subbiettivi di essa. Nè è credibile che fra il paragrafo 1 ed il paragrafo 2 sia intercorso un taglio, perchè Ulpiano stava proprio commentando in questo punto, le clausole edittali sugli *adfines*, sì che altro non poteva dire sull'argomento, che non si riferisse ai limiti di tempo ed ai limiti subbiettivi dell'*adfinitas*. Se un *item* apre il paragrafo 2, è dunque da credere (almeno a prima vista) che esso introducesse un insegnamento, in materia di *adfinitas*, non meno generale di quello espresso dal paragrafo 1.

Senonchè l'insegnamento del paragrafo 2 non ha per nulla un carattere generale, sebbene in un primo momento così paia. Il pretore ha parlato di tutti gli *adfines*, ivi compresi *vitricus* e *noverca*, *privignus* e *privigna*, mentre Ulpiano e Pomponio si limitano a generalizzare il solo concetto di *nurus* e *gener*, di *socer* e *socrus*. Dovremmo quindi, se mai, accettare unicamente per tali persone come classico l'insegnamento che non i soli parenti immediati di un coniuge sono affini rispetto all'altro. Ma su-

(44) Cfr. *Index interpolationum* (Suppl.) sht: ENDLICH, PRINGSHEIM, NIDERMAYER, KRÜGER.

(45) Cfr. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano* (Roma 1912) 289; RISQ, 58 (1913), 275.

bito sorge la domanda: perchè, dato che si considera affine il *prosocer*, non s'ha da considerare affine, ad esempio, la madre della matrigna, o la figlia del figliastro? Se delle ragioni militano in pro' della *postulatio* in favore del *prosocer*, altrettante ne devono militare in pro' della *postulatio* a favore del *protricus*!

Nè l'esame diretto del contesto del paragrafo 2 è tale da darci qualche sicurezza sulla sua genuinità. L'editto parlava degli *adfines* in quest'ordine: *socer socrus, gener nurus*; Pomponio ed Ulpiano ne parlano invece in quest'altro: *nurus gener, socer socrus*. Vi sono dunque due inversioni: l'una fra le due coppie di affini (essendo, nel commento ulpiano, la coppia *gener nurus* preposta all'altra), e l'altra nell'interno della coppia *gener nurus* (venendo la *nurus*, nel commento ulpiano, menzionata prima del *gener*). Per chi è uso alla precisione dei commentarii edittali di Paolo e di Ulpiano, tali inversioni sono ben degne di rilievo. Ed ancora, come mai vien detto, nel testo in esame, *nurus et generi appellatione et soceri et socrus*, anzichè (più semplicemente e correttamente) *nurus et generi, soceri et socrus appellatione*? Verrebbe il dubbio che Pomponio abbia parlato soltanto della *nurus* e del *gener* e che la generalizzazione del suo insegnamento, mediante l'indicazione del *socer* e della *socrus*, sia stata poi fatta da Ulpiano o da un postclassico: ma sarebbe un dubbio di breve durata, perchè l'editto parlava di ambo le coppie di affini, sicchè di ambo le coppie di affini ha dovuto anche parlare, commentando l'editto, Pomponio.

Il cattivo suono della frase *nurus et generi appellatione et soceri et socrus* viene accentuato dal seguito del discorso ulpiano: *et ulteriores*! Tutti questi *et*, in diverso significato (i primi tre in senso proprio e il quarto nel senso di *etiam*), avrebbero fatto vergogna ad un men che mediocre prosatore classico, sì che trovo molto difficile, che essi possano essere derivati da Ulpiano.

Ma soprattutto i sospetti della critica devono appuntarsi sulla frase *quibus pro praepositio solet accedere*, la quale allude alla consuetudine di premettere un *pro* alla menzione dei nomi degli affini *ulteriores*. Ora l'allusione non potrebbe essere fatta in modo più infelice: ed invero il *pro* non accede alle persone del suocero e della suocera, del genero e della nuora, bensì alle denominazioni di esse, in termini di *adfinitas*. Ulpiano non

avrebbe, dunque, detto *quibus pro praepositio solet accedere*, sibbene *quorum nominibus* (o *appellationibus*) *pro praepositio solet accedere*.

Dati tutti questi rilievi, non è punto azzardata l'ipotesi che il paragrafo 2 non sia classico. È da vedere piuttosto sino a che punto esso non sia genuino e che valore vada attribuito alla sua rielaborazione postclassica.

Io ritengo che un *quid* di genuino nel paragrafo 2 tuttora vi sia, e cioè la menzione di Pomponio, la quale non può certo spiegarsi, come derivante da un annotatore postclassico. Pomponio diceva dunque, a proposito dell'editto *de postulando*, qualcosa che Ulpiano riteneva degno di riferimento. Questo qualcosa — a prescindere dal paragrafo 2 — era indubbiamente (o anche) che: *in curatoribus debuisset eum adicere cum ceterorumque, quibus dari solent* (par. 3). Tuttavia, legare questa seconda dichiarazione di Pomponio con la precedente, ammesso che sia genuina, è impossibile, perchè gli argomenti sono radicalmente diversi. Eppure è notevole come il passaggio dal primo al secondo insegnamento di Pomponio sia brusco, come esso non presenti nessuno di quegli accorgimenti che sono necessari per riferire, tutto in una volta, due opinioni assolutamente indipendenti, ma provenienti dalla stessa persona. Ci si sarebbe dovuto attendere, in una parola, all'inizio del paragrafo 3, qualche frase del genere seguente: *idem Pomponius ait in curatoribus debuisset eum adicere* rel. Invece nulla di tutto questo.

Tutto ciò fa sorgere in me la congettura che, contrariamente alle prime apparenze, un taglio vi sia nel commentario ulpiano, quale oggi noi lo leggiamo, fra il paragrafo 1 (relativo ai limiti di tempo dell'*adfinitas*) ed i paragrafi successivi; che appunto perciò (oltre che per le ragioni specifiche dianzi esposte) sia da negare che Pomponio abbia espresso una opinione, e che tale opinione Ulpiano abbia riferito, circa il significato di *nurus* e *gener*, di *socer* e *socrus*; ma che Pomponio (dopo altre considerazioni di lui o di Ulpiano, che a noi non sono rimaste) dicesse semplicemente che il pretore doveva aggiungere la menzione del *curator muti* e degli altri, *quibus dari solent*. La frase *nurus et generi appellatione et soceri et socrus et ulteriores, quibus pro praepositio solet accedere*, contenuta è invece il prodotto di una nota marginale postclassica, rifusa nel corso delle trascrizioni col testo classico, così come oggi la si legge.

ULPIANUS, libro scato ad edictum.

Glossa

Adfinitates non eas accipere debemus, quae quondam fuerunt, sed praesentes.

⟨ ⟩

Item Pomponius (a) ait in curatoribus debuisse eum adicere: multi ceterorumque, quibus dari solent (b).

(a) *nurus et generi appellatione et soceri et socrus et anteriores, quibus pro praepositio solēt accedere, contin[ri]ntur*.
(b) *id est surdo, prodigo et adulescenti* (46).

27. La congettura che espongo vien rafforzata — oltre che dalle considerazioni di ordine dogmatico, che mi hanno spinto ad approfondire in questa sede l'analisi dei limiti subbiettivi dell'*adfinitas* — da una considerazione di ordine critico, che mi pare della massima importanza. Si parla, dunque, come abbiamo visto, di *prosocer* e di *prosocrus*, di *progener* e di *pronurus*, solo in testi delle Pandette e, dirò di più, soltanto in frammenti (a parte due) del commentario *ad edictum* di Ulpiano. A proposito dei più vari argomenti, ecco dunque, in questo o in quel libro *ad edictum* di Ulpiano, che fa capolino la menzione dei «*pro*»: ma questa terminologia è ignota ad ogni altro autore classico, è indubbiamente non genuina in un passo di Modestino ed in un passo di Paolo, ed è fortemente sospetta in tutti i frammenti di Ulpiano, che la riportano. Vi è di più: quando, in frammenti genuini, lo stesso Ulpiano allarga, per casi specifici, il novero degli *adfines*, egli non adopera la terminologia col *pro*, ma ricorre a circonlocuzioni varie.

Sono, questi, elementi parecchio decisivi per sostenere, come io sostengo, che la nuova terminologia corrispose ad un allargamento postclassico della categoria degli *adfines*, che essa fu particolarmente cara ad un annotatore postclassico del commentario di Ulpiano all'*edictum* e che appunto da questo annotatore deriva l'intrusione di essa entro cinque frammenti esaminati negli ultimi numeri.

(46) *Id est* — *adulescenti* è, a mio parere, un glossa esplicativo, dello stesso o di altro commentatore postclassico. Visto che ha parlato di tutti i sottoposti a cura, perchè Ulpiano non ha poi detto, più semplicemente: *multi, surdi, prodigi et adulescentis*? *Id est*!

28. La tesi qui sostenuta — che l'*adfinitas* si avesse, oltre che fra i coniugi, anche e solamente fra ciascun coniuge e gli ascendenti e discendenti immediati dell'altro — non deve essere (già l'ho detto) interpretata come un dogma assoluto, che non ammetta eccezioni. A tanto sarebbe contrario proprio quel carattere pratico delle costruzioni giuridiche romane, che dianzi ci ha indotti a rivedere la tradizionale dottrina della illimitatezza della *adfinitas* e a sostenere la nuova teoria. Io affermo cioè che la giurisprudenza romana del diritto classico dovette intendere, di regola, come *adfines* i soli coniugi e, rispetto a ciascun coniuge, i soli ascendenti e discendenti immediati dell'altro; ma non nego affatto che, per eccezione, la categoria degli *adfines* possa essere stata allargata, per questa o quella applicazione giuridica, nè che, per singoli casi, un identico regolamento possa essersi applicato anche ai rapporti fra ciascun coniuge ed i parenti non immediati dell'altro.

Ma si tratta, in tutti questi casi, di eccezioni, meglio di ipotesi speciali, le quali non possono sminuire la verità del principio che l'*adfinitas* non supera i rapporti fra *socer socrus, gener nurus, vitricus noverca* e *pricignus pricigna*.

Anzitutto va notato che una estensione della categoria *adfines* è attestata, nella *sedes* della nostra materia, da

D. 38. 10. 6 pr. (ULPIANUS, libro quinto ad legem Iuliam et Papiam).

Labeo scribit nepotis ex filia mea nati uxorem nulum mihi esse.

E l'estensione della categoria *adfinitas* viene confermata, in sede generale, nei Digesti (*de verborum significatione*), da

D. 50. 16. 136 (ULPIANUS, libro quinto ad legem Iuliam et Papiam).

‘Generi’ appellatione et neptis et proneptis tam ex filio quam ex filia editorum ceterarumque maritos contineri manifestum est.

I due testi potrebbero impressionare forse, a prima vista, un tepido sostenitore della nostra tesi. Ma basta uno sguardo alla *inscriptio* di essi per tranquillare chiunque. Parla Ulpiano, nel libro quinto *ad legem Iuliam et Papiam*, in quello stesso libro ed in quello stesso punto nel quale egli ci ha spiegato che,

agli effetti della *lex Julia de publicis iudiciis*, s'hanno da intendere per *adfinēs* anche i parenti degli *sponsi* (47). Le stesse considerazioni di ordine opportunistico, che hanno ivi motivato l'estensione eccezionale della categoria anche ai rapporti derivanti dagli sponsali, motivano ora l'estensione, non meno eccezionale, della categoria anche ai parenti (ma non a tutti!) al di là del primo grado in linea discendente.

Che Triboniano abbia voluto conferire a questi frammenti carattere di affermazioni generali, è evidente; tanto che egli ne ha disposto uno nel titolo D. 38. 10 ed un altro nel titolo D. 50. 16. Ma che egli, volendo sancire il principio della non limitazione al primo grado della *adfinitas*, non abbia potuto trovare di meglio, fra i testi classici, che questi due passi così limitati, oltre che nell'argomento, anche nella enunciazione, è sintomatico.

Probabilmente D. 50. 16. 136 è stato ritoccato nella forma: soprattutto il *continenti manifestum est* ha l'aria di aver sostituito un più semplice e spontaneo *continentur*. In ogni caso, anche nella versione attuale, non è esso che, in relazione al sistema del diritto classico, menomamente ci smentisca.

29. Altre volte, nello stesso diritto classico, la categoria degli *adfinēs* appare estendersi oltre i suoi limiti normali e determinarsi di riflesso alla categoria dei cognati. Un esempio ci è fornito da

Vat. fr. 216 (ULPIANUS, *libris de officio praetoris tutelaris*).

Excipiuntur autem lege quidem Julia cognatorum (sex gradus et ex septimo) sobrino sobrinave natus, sed et nata per interpre(t)ationem, quive in alicuius horum potestate sunt quaeve in matrimonio, vel hi qui su(n)t cognatarum nos(trarum hoc gradu nos contingentium mariti, ve(l eorum, qui sunt in potes)tate nostra, cognati contingentes eos ea cognati(ōe, quae supra scriptum gradum) non excedit.

(47) Cfr. *retro* cap. I, n. 7.

(217) Item nuptarum nobis co(gnati a nobis ad eundem) gradum vel nostri cognati ab uxoribus nostris ex(cipin)tur.

Ma sono casi eccezionali. E lo conferma, in ordine alla ipotesi specifica enunciata dai frammenti in esame, il seguito di quei frammenti, nel quale viene finalmente portata alla ribalta la terminologia *adfinēs*, ma limitando correttamente l'enumerazione di questi ai parenti immediati di ciascun coniuge.

Vat. fr. 218 (ULPIANUS *cod.*).

Lege autem Papia ii adfinēs excipiuntur, qui v(ir et uxor et gener et nurus) et socer et socrus unquam fuerunt.

(219) Item vitricus (noverca privignus) privigna vel ipsorum vel eorum qui in eorum potestate (matrimoniove sunt quive) fuerunt.

30. Vi sono infine ipotesi, nelle quali fa d'uopo credere che la categoria *adfinitas* si sia in un certo senso deformata sotto l'influsso di altre categorie dogmatiche.

Una di queste ipotesi, molto interessante, è relativa al *beneficium competentiae* spettante nel diritto classico al *promissor dotis* contro il marito, che agisse *constante matrimonio* per l'adempimento della promessa (48). Non ripeterò qui una dimostrazione svolta ampiamente altrove, ma mi limiterò a ricordare che la *condemnatio* limitata non spettava, nel puro diritto romano, a tutti i *promissores dotis*, bensì soltanto a quelli fra i *promissores* che fossero legati da vincoli di parentela con la moglie: in particolare — per limitarci alle attestazioni delle fonti — al *socer* e alla *mulier*, i quali godevano della *taxatio in id quod debitor facere potest manente adfinitate*, cioè sin che il matrimonio non fosse stato sciolto.

Il fondamento su cui ebbe a basarsi il pretore per la concessione del beneficio fu indiscutibilmente l'*Adfinitas* intercorrente

(48) Cfr., sull'argomento, GIANNI, *Il beneficium competentiae del promissor dotis in RISG* 14 (1939) estr. V. anche, per la dimostrazione che la *condemnatio* limitata non spettò mai, contro il marito, alla persona che non fossero legata da vincoli di parentela con la moglie, GIANNI, *Sul beneficium competentiae dell'extraneus a promissor dotis*, in *Festschrift Koschaker* (Weimar 1939) 2. 49 segg.

fra *promissor dotis* e *maritus* (49). Ma se così è stato, dobbiamo noi credere che il beneficio spettasse al *socer* (costituente della *dos profecticia*) soltanto se egli si trovasse ad essere nel contempo il *paterfamilias* ed il padre naturale della *uxor*? E dobbiamo noi credere che il *beneficium* spettasse, per virtù della *adfinitas*, soltanto alla madre della moglie, e non anche agli altri ascendenti femminili, qualora la costituzione della dote fosse provenuta da questi?

Indubbiamente sono, questi, problemi che ci poniamo noi oggi, riesaminando con ponderazione (forse con troppa ponderazione) il materiale giuridico romano. Alla giurisprudenza romana, che sdegnava la vuota teoria ed era tutta per la pratica e per il realismo, questioni simili non dovettero nemmeno prospettarsi, salvo che non si siano presentate in pratica. Ma è difficile che in pratica il problema possa essersi manifestato per altri che per il *pater* costituente la *dos profecticia*.

Ora, per quanto nessuna prova io possa portare a favore di questa opinione, non credo che la prassi giurisprudenziale abbia potuto ammettere il *beneficium* soltanto in favore del padre di sangue che avesse promesso la *dos* (50). Proprio perchè la limitazione della *adfinitas* ai parenti immediati di ciascun coniuge fu determinata da considerazioni eminentemente realistiche, e proprio perchè ancor più comune era il caso, nel diritto classico, che la *dos profecticia* fosse costituita dal *paterfamilias* della *uxor*, che non ne fosse il padre di sangue, e proprio perchè nel diritto classico il concetto di *pater* appare essenzialmente poggiato sulla concezione della *potestas* piuttosto che su quella della generazione, io credo che il pretore non abbia esitato un momento a dare il *beneficium competentiae* avverso il marito al *promissor* della *dos profecticia*, chiunque egli si fosse.

CAPITOLO IV

LIMITI DI DURATA DELL'ADFINITAS

SOMMARIO. — 31. L'*adfinitas* era limitata, di regola, alla durata del matrimonio. Testi a sostegno di questa affermazione. — 32. Conferma sostanziale derivante dal *beneficium competentiae* spettante, in diritto classico, agli *adfines* (*socer, mulier*) avverso il *maritus* agente *ex promissione dotis*. — 33. Casi di ultrattività del vincolo di *adfinitas* dopo la sua estinzione. L'impedimento matrimoniale. — 34. Tracce di una divergenza di scuole, fra Sabiniani e Proculiani, in ordine alla ultrattività da riconoscere alla *adfinitas*. La tendenza largheggiante dei Proculiani.

31. L'*adfinitas* era limitata, di regola, alla durata del matrimonio.

Data la peculiare natura del vincolo dell'*adfinitas*, e data la intima dipendenza di esso dal matrimonio (*adfinitatis causa fit ex nuptiis*), anche questa ultima affermazione, relativa al nostro istituto nella sua struttura classica, deve apparire di per sè stessa evidente.

Il vincolo di *adfinitas* era condizionato dalla esistenza, quindi anche dalla durata del matrimonio. Disciolto il matrimonio doveva anche necessariamente dileguarsi il legame giuridico sorto con esso e per esso fra i coniugi e fra ciascun coniuge e gli ascendenti e discendenti immediati dell'altro.

È logico che i testi non si preoccupino di mettere in evidenza questo requisito naturale della *adfinitas*, che è la sua limitazione alla durata del matrimonio. Tuttavia qualche passo può pure essere citato, in quanto che indirettamente conferma la regola circa i limiti di tempo dell'*adfinitas*.

Gai Inst. 1. 63.

Item amitam et materteram uxorem ducere non licet. Item eam quae mihi quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit, ideo autem dixi-

(49) Cfr., per la dimostrazione compiuta di ciò, GRARISO, *RISG* 14, estr., n. 6 C.

(50) Si è sostenuto di recente che la *dos profecticia* fosse, anche in diritto classico, soltanto quella costituita dal *pater* di sangue della moglie: cfr. LAURIA, *La dote romana* in *Atti Accad. Sc. Reale di Napoli*, 58 (1936), estr., 29 segg. Ma la dimostrazione non sembra riuscita: cfr. GRARISO, *Festschrift Korschaker*, 2. 559.

nus quondam, quia si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest neque idem duas uxores habere.

D. 3. 1. 3. 1 (ULPIANUS, *libro sexto ad edictum*).

Adfinitates non eas accipere debemus, quae quondam fuerunt, sed praesentes.

Vat. fr. 218 (ULPIANUS, *libris de officio praetoris tutelaris*).

Lege autem Papia ii adfines excipiuntur, qui v[ir] et uxor et gener et nurus et socer et socrus umquam fuerunt.

Vat. fr. 303 (PAULUS, *libro septuagesimo primo ad edictum, ad Cinciam*).

Sed in hac adfines qui sunt tempore donationis excipiuntur. Idemque etiam divus Pius rescripsit: leges enim, quae voluissent etiam eos excipere, qui fuissent, nominatim id cavisse.

Tutti questi frammenti non mettono certo in evidenza il fatto ovvio che la durata della *adfinitas* dipende dalla durata del matrimonio, ma è sufficiente che essi pongano in rilievo come l'*adfinitas*, a differenza della *cognatio*, non sia un legame che si estingue con la morte. La circostanza che l'impedimento matrimoniale sia stabilito — per eccezione, come vedremo — fra quelli che un tempo furono affini, la circostanza che si distinguano a più riprese, in altri campi, le *adfinitates praesentes* da quelle passate, la circostanza che un frammento vaticano esplicitamente dichiarare che occorre una espressa statuizione del potere statale perchè si possano ricollegare effetti giuridici alle affinità ormai estinte, sono tali da dare la più tranquillante conferma della nostra tesi.

32. Una conferma sostanziale delle nostre affermazioni circa i limiti di tempo della *adfinitas* si può avere studiando il regime classico del *beneficium competentiae* concesso dal pretore al suocero, alla moglie, presumibilmente ad ogni altro affine, contro il marito agente *ex promissione dotis*.

Altrove ho dimostrato la assoluta necessità di ritrovare il fondamento dogmatico di questo beneficio nella *adfinitas* intercorrente fra *promissor dotis* e *maritus* (1). Ed invero l'*extraueus*, cioè colui che non fosse legato da vincoli di parentela alla moglie, non godeva, nel diritto classico, della *condemnatio* limitata (2). Di questa usufruivano, stando alle attestazioni delle fonti, soltanto il *socer* e la *mulier*, e ne usufruivano alla stessa maniera.

Ora è soprattutto notevole, ai fini della presente dimostrazione, che il *beneficium competentiae* era concesso agli *adfines* avverso il marito soltanto se questi agisse in costanza di matrimonio, cioè esattamente entro i limiti di tempo della *adfinitas*. I testi, se ben criticati e soprattutto se ponderatamente interpretati, ce lo confermano con assoluta chiarezza.

D. 23. 3. 84 (LABEO, *libro sexto pithanon a Paulo epitomatum*).

«Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum qui promisit. PAULUS: immo quod ad extraueum attinet, semper hoc verum est. ceterum si manente adfinitate dotem promissam gener a socero petit, utique in quantum facere potest socer condemnabitur. [si dirupto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum puto: quid enim si socer specie futurae dotis induxerit generum et, cum sciret se praestare dotem non posse, id egerit, ut genero insidiaretur?] (3).

D. 42. 1. 22 pr. (POMPONIUS, *libro vicesimo primo ad Quintum Mucium*).

«Si de dote promissa agitur, socer in solidum condemnandus est.» Sed hoc ita accipiendum est, si a socero dos petatur soluto matrimonio: verum si manente matrimonio dos ab eo petatur,

(1) GUARINO, *Il beneficium competentiae del promissor dotis* in *RISG*, 14 (1939), estr.: cfr. specialmente n. 6 C e 7.

(2) Cfr. GUARINO, in *Festschrift Kerschbamer*, 2, 49 segg.

(3) Cfr. per la critica del passo, *RISG*, cit., n. 9 e 10.

succurrendum utique est, ut ne maioris summae condemnemur, quam quantum facere potest (4).

D. 24. 3. 17 pr. (PAULUS, libro septimo ad Sabinum).

Ex diverso si (sc.: *soluta matrimonio*) socer ex promissione dotis a marito conveniatur, solet quaeri an idem ei honor (sc.: *condemnationis in id quod facere potest*) habendus sit: Neratius libris membranorum et Proculus scribunt hoc iustum esse (sed alio iure nos uti) (5).

(1) [Item] (idem dicendum esse) si mulier ex promissione dotis conveniatur, [magis placuit defendendam eam per exceptionem: idem et] Proculus ait [: sicuti cum socia fuit, dabitur ei exceptio, quamvis iure civili sit obligata] (6).

D. 42. 1. 21 (PAULUS, libro sexto ad Plantium).

Sicuti autem cum marito agitur (sc.: *rei uxoriae*, ergo: *soluta matrimonio*), ita et cum socero (sc.: *mariti patre*), ut non ultra facultates damnetur. an si cum socero (sc.: *mulieris patre*) ex promissione dotis agatur, in id quod facere potest damnandus sit? quod [et id] aequum esse videtur: sed alio iure utimur, ut et Neratius scribit (7).

33. La regola che il vincolo di *adfinitas* fosse condizionato alla esistenza, epperò limitato alla durata del matrimonio, non è sminuita dal fatto che, per singoli casi, il vincolo stesso fosse preso in considerazione dal diritto dopo la sua cessazione, cioè *solutio matrimonio*.

L'ipotesi più ragguardevole di questa ultrattività dell'*adfinitas* è quella dell'impedimento matrimoniale, sulla cui storia ci siamo già diffusi in precedenza (8). Giustamente rileva Gai Inst. l. 63 (9) che, *constante matrimonio*, non vi ha un divieto di

(4) Cfr., per la ricostruzione del passo, *RISU* cit., n. 11.

(5) Cfr., per la analisi del passo, *RISU* cit., n. 12 e *infra*, n. 34.

(6) Cfr., per la critica del passo, *RISU* cit., n. 14.

(7) Cfr., per la analisi del passo, *RISU* cit., n. 18.

(8) Cfr. *retro*, n. 18.

(9) Riportato *retro*, n. 31.

nuptiae fra gli *adfinēs*, ma piuttosto la impossibilità assoluta per i coniugi di contrarre matrimonio con chiechessia. Tuttavia ragioni di opportunità consigliarono, nel corso del diritto romano, di tener conto del vincolo di affinità ormai trascorso per vietare le nozze fra il coniuge ed i parenti dell'altro, dopo lo scioglimento del matrimonio. Trattandosi di una eccezione, fu necessaria all'uopo una esplicita serie di norme le quali potessero essere assunte a fondamento della proibizione di *uxorem ducere* colui che fu, *quondam*, la *socrus* o la *nurus*, la *noverca* o la *privigna*.

34. Ma i testi, dianzi riportati, circa il *beneficium competentiae* degli *adfinēs* avverso il marito agente *ex promissione dotis*, permettono forse di sorprendere le tracce, se pur alquanto vaghe, di una divergenza fra le scuole classiche dei Sabiniani e dei Proculiani in ordine alla ultrattività da riconoscere alla *adfinitas* (10).

Da D. 24. 3. 17 pr. e 1 (itp.), nonché da D. 42. 1. 21, risulta, come si è visto, che, di fronte alla *communis opinio* della spettanza del beneficio al suocero e alla moglie *manente adfinitate* (e cioè *constante matrimonio*), Proculo e Nerazio espressero la tesi che fosse giusto concedere tale beneficio agli *adfinēs* anche *soluta matrimonio*. La questione era certo frequente fra i giuristi classici, se D. 24. 3. 17 pr. addirittura ci dice: *ex diverso si socer ex promissione dotis a marito conveniatur, solet quaeri, an idem ei honor habendus sit*.

In ogni caso, mi pare più che sicuro che la opinione dei Proculiani non varcò mai i confini della teoria, e che gli stessi giuristi che la espressero non intesero perciò applicarla, ma vollero soltanto, per così dire, patrocinarne la adozione, in nome di quella tendenza largheggiante che fu caratteristica, in generale, di tutto l'indirizzo proculiano. Decisivo in proposito è il seguente confronto.

D. 42. 1. 21

... an si cum socero ex promissione dotis agatur, in id quod facere potest damnandus sit?

D. 24. 3. 17 pr.

Ex diverso si socer ex promissione dotis a marito conveniatur, solet quaeri, an idem ei honor

(10) V. già *RISU* cit., n. 16 C.

*quod [et id] acquum esse videtur : habendus sit : Neratius libris
sed alio iure utimur, ut et Ne- membranorum et Proculus scri-
ratius scribit. bunt hoc iustum esse (sed alio
iure nos uti).*

Il confronto fra i due testi di Paolo dimostra l'arbitrarietà della congettura del KRÜGER, che vorrebbe mutare così l'ultimo periodo di D. 42. 1. 21: *ut et Neratius scribit, sed alio iure utimur*. È evidentissimo invece che un *sed alio iure nos uti* è caduto da D. 24. 3. 17 pr., là dove veniva riferito, in discorso indiretto, l'insegnamento di Proculo e di Nerazio.

SEZIONE SECONDA

La categoria dogmatica "adfinitas", nel diritto postclassico

1. *Premessa.* — Nel diritto postclassico l'*ad finitas* diviene un vincolo analogo alla *cognatio*, che si instaura, a partire dagli sponsali o dal matrimonio, per sempre, fra ciascun *sponsus* o *coniux* ed i *cognati* dell'altro.

La dimostrazione di questo assunto è già in parte scaturita dalla prima sezione di questo lavoro, allorchè abbiamo dovuto — quando qua, quando là — negare l'appartenza al diritto classico di principii aberranti, contenuti nei testi. Qui non rimane che riassumere i risultati precedenti, inquadrarli in una visione d'insieme e coronarli di una dimostrazione generale circa la progressiva identificazione dei fondamenti concettuali della *ad finitas* e della *cognatio*, sino al diritto giustiniano.

Va avvertito, tuttavia, che i contorni del nostro istituto sono, in epoca postclassica, molto meno netti e precisi, che non lo sian stati nel diritto romano puro. Bisogna tener conto soprattutto, per potersi spiegare il fenomeno, della molteplicità di rivoli tortuosi e divergenti, in cui si sparse, nel periodo postclassico, la pura fonte unitaria del diritto romano.

La compilazione di Giustiniano risente fortemente della evoluzione postclassica: senonchè, mentre alcuni punti sono in essa omai sicuramente fissati, altri vi rimangono contraddittorii ed oscuri. Ma anche queste contraddittorietà della compilazione sono più formali che sostanziali: di modo che deve, a mio avviso, serenamente concludersi, almeno in linea generale, che le tendenze postclassiche hanno trovato nel *Corpus iuris* un forte impulso, un notevole sviluppo ed una adeguata sistemazione.

Pur con la ripetuta avvertenza che io non posso far altro,

in questa sede, se non cercare di individuare nei limiti del possibile le tendenze evolutive cui soggiacque nel periodo postclassico la categoria dogmatica *adfinitas*, mi riprometto di dimostrare, in questa sezione, con altrettanti capitoli, quanto segue:

1° che l'*adfinitas* scaturì anche dagli sponsali, ma che, in un secondo momento, il vincolo fra gli *sponsi* e quello fra i coniugi furono considerati come autonomi e non più rientrati nei rapporti di *adfinitas*;

2° che l'*adfinitas* tese a diventare e diventò un istituto analogo allo *cognatio*: instaurato fra ciascun coniuge ed i *cognati* dell'altro, perpetuantesi al di là dello scioglimento del matrimonio, equiparato nel suo regolamento alla *cognatio*.

CAPITOLO I

SPONSALIA, MATRIMONIUM, ADFINITAS

SOMMARIO. — 2. La concezione postclassica di una *adfinitas* derivante dagli sponsali. Progressivo favore riscosso dalla nuova concezione, soprattutto nella compilazione giustiniana. — 3. L'*adfinitas servilis* come espressione del medesimo rilassamento della coscienza giuridica, che portò al riconoscimento dell'*adfinitas* generata dagli sponsali. Critica di D. 29. 2. 14. 3 e di D. 38. 10. 4. 9. — 4. Congettura di un duplice stadio dell'*adfinitas* nel diritto postclassico: nel primo essa fu concepita come intercorrente anche fra i coniugi (e gli *sponsi*), mentre nel secondo, per l'autonomia raggiunta dai rapporti matrimoniali, i *coniuces* (e gli *sponsi*) furono progressivamente estromessi dal novero degli *adfines*.

2. Una delle principali conseguenze della evoluzione subita in epoca postclassica dagli *sponsali* (i quali, da istituto eminentemente sociale che erano, divennero progressivamente istituto caratteristicamente giuridico) (1) fu appunto la concezione di una *adfinitas* derivante dagli sponsali.

L'evoluzione degli sponsali dovette incominciare ben presto, nell'ambiente del diritto postclassico. Probabilmente essa era già avviata all'epoca di Costantino, dato che, come sappiamo, Vat. fr. 302 annovera fra gli *adfines* anche gli *sponsi* (2). In ogni caso, non è inutile porre in rilievo che, sin dai primi tempi del diritto postclassico, non solo le relazioni reciproche fra i fidanzati, ma anche, per conseguenza, quelle fra ciascun fidanzato ed i parenti dell'altro dovettero essere concepite sotto l'angolo visuale della *adfinitas*. La riprova ne è proprio in Vat. fr. 302: se questo testo annovera, al termine di una enumerazione degli *adfines*, anche gli *sponsi* fra questi, ciò deve significare che, per colui il quale ha aggiunto la menzione dei fidanzati, i concetti di *socer socrus, gener nurus, ritricus noverca, privignus privigna*

(1) Cfr. *retro*, Sezione prima, cap. I, n. 2.

(2) Cfr. *retro*, Sezione prima, cap. I, n. 4.

hanno ormai assunto un valore non più limitato ai rapporti derivanti dal matrimonio bensì esteso anche ai rapporti scaturiti dal fidanzamento.

Va notato infine sin d'ora — a parte tutto quel che diremo in appresso circa la concezione di una *adfinitas* fra gli *sponsi* e fra i *coniuges* (3) — che i giustinianei dovettero assegnare una tale importanza alla nuova concezione degli sponsali, generatori di *adfinitas*, da interpolare minuziosamente tutti quei frammenti (forse il maggior numero), che fossero a loro pervenuti, attraverso le scuole postclassiche, senza contenere una particolare accentuazione della concezione giuridica degli sponsali. Ciò risulta in particolar modo dal confronto fra due testi di una stessa costituzione di Costantino, dell'anno 319, quali ci sono stati tramandati, rispettivamente, dal Codice Teodosiano e dal Codice Giustiniano (4).

OTH. 3. 5. 2.

(Imp. Constantinus A. ad Maximum p. u.: a. 319).

Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nubilis quoque non secutis decrevit valere, ea, quae, largiendi animo inter sponsos et sponsas iure celebrantur, redigi ad huiusmodi condiciones iubemus, ut, sive in potestate patris degere, sive ullo modo proprii videantur esse inris, et tamquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponte vir sortiri noluerit uxorem, id quod ab eo donatum fuerit, nec repetatur

CI. 5. 3. 15.

(Imp. Constantinus A. ad Maximum p. u.: a. 319).

Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis decrevit valere, ea, quae, largiendi animo inter sponsos et sponsas iure celebrantur, redigi ad huiusmodi condiciones coeundae causa sive non ita, vel in potestate patris degentes vel ullo modo proprii iuris constituti, tamquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponsus vel parens eius sor-

(3) Cfr. *infra*, n. 4.

(4) Cfr. MARELLI, *Le interpolazioni risultanti dal confronto tra il Gregoriano, l'Ermo-geniano e il Teodosiano, le Novelle post-teodosiane, il Codice Giustiniano*, in *BIDR.*, 18 (1918), 5, segg.

tradtum est, si quid apud donatorem resedit, ad sponsam submotis ambagibus transferatur.

Quod si matrimonii non contrahendi causa ab sponsa, vel in cuius agit potestate, detegatur extitisse, tunc sponso eiusque heredibus sine aliqua deminutione redhibeantur.

Quae similiter observari oportet et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit...

tiri noluerit uxorem, id quod ab eo donatum fuerit nec repetatur traditum est, si quid apud donatorem resedit, ad sponsam et heredes eius submotis ambagibus transferatur.

Quod si sponsa vel is in cuius agit potestate causam non contrahendi matrimonii prae-buerit, tunc sponso eiusque heredibus sine aliqua deminutione per conditionem aut per utilem in rem actionem redhibeantur.

Quae similiter observari oportet et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit.

3. Espressione del medesimo rilassamento della coscienza giuridica, che portò il diritto postclassico alla ammissione di una *adfinitas* derivante dagli sponsali, fu l'*adfinitas servilis*, e cioè il vincolo giuridico costituentesi mediante il *contubernium* fra *servi* ed eventualmente anche fra *servi* e liberi.

Nel diritto classico era giuridicamente impossibile che una *adfinitas* si stabilisse fra *servi*, nonchè fra *servi* e liberi, per il semplice fatto che fra *servi* e fra *servi* e liberi non vi era possibilità di matrimonio, bensì unicamente di *contubernium*. Solo eccezionalmente la *servilis cognatio* costituiva un impedimento matrimoniale, nei limiti dei gradi entro i quali il naturale *ius et pudor* sarebbe stato offeso da un congiungimento (5). Per conseguenza — salvo, come al solito, che dal punto di vista terminologico — non era menomamente a parlarsi in questi casi di *adfinitas*, anche se qualificata *servilis*: e ciò specialmente qualora si fosse a considerare i rapporti fra liberi e *servi*.

In diritto postclassico le cose cambiarono e di un impedimento matrimoniale derivante dalla cosiddetta *adfinitas servilis* ci parla un frammento sicuramente alterato.

(5) Cfr. D. 28, 2, 14, 2; D. 29, 2, 8.

D. 23. 2. 14. 3 (PAULUS, *libro trigesimo quinto ad edictum*).

Idem tamen, quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est, veluti ut eam, quae in contubernio patris fuerit, quasi novercam non possim ducere, et contra eam, quae in contubernio filii fuerit, patrem quasi nurum non ducere: aequae nec matrem eius, quam quis in servitute uxorem habuit, quasi socrum. cum enim cognatio servilis intellegitur, quare non et adfinitas intellegatur? sed (et MOMMSEN) in re dubia certius (rectius HALOANDER) et modestius est huiusmodi nuptiis abstinere.

Si è discusso parecchio, dal FABRO (6) in poi (7), intorno alla esegesi di questo testo, per quanto tutti si trovino fondamentalmente d'accordo nel ritenere che esso esprima una regola che non fu del diritto classico (8). Io non ritengo utile insistere nella critica del frammento. Mi limito soltanto a manifestare la mia piena adesione alla tesi del totale inquinamento di esso e ad aggiungere che è sommamente probabile che il paragrafo 3 ed il paragrafo 4 (9) di D. 23. 2. 14: siano ampi glossemi scolastici, apposti al testo originario di Paolo in epoca postclassica, nell'intento di meglio mettere in evidenza quella analogia fra *cognatio* ed *adfinitas*, che, in diritto postclassico appunto, venne fortemente affermandosi (*idem tamen, quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus observandum est*!).

Espressione del medesimo indirizzo, assolutamente non genuino, è

D. 38. 10. 4. 9 (MODESTINUS, *libro duodecimo pandectarum*).

Libertini libertinaeque inter se adfines esse possunt.

(6) *Jurisprudentiae papinianae scientia* (Lugliani 1907) 9, 2, 1 (866); 9, 6, 1 (458): tutto il paragrafo 3 sarebbe triboniano. Adesivi: DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano* I (Palermo 1909), 40; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 1, 204¹.

(7) Cfr. *Index interpolationum* sht.

(8) Cfr., in questo senso, PEROZZI, *Ist.*, I, 200².

(9) Su questo paragrafo v. retro Sezione prima, cap. IV, n. 21.

Di questo frammento si propone da molte parti (10) una restituzione, mediante la inserzione di un *non* fra *esse* e *possunt* (*libertini libertinaeque inter se adfines esse non possunt*). Ma la congettura non può e non deve essere da noi accolta, dopo i gravissimi segni di rielaborazione postclassica, che abbiamo a più riprese riscontrato nel frammento modestiniano di D. 38. 10. 4 (11). Anche questo paragrafo 9 è interamente postclassico e rientra in tutto l'ampio commento generalizzatore del testo genuino di Modestino, del quale sono espressioni — come sappiamo — i paragrafi 2, 3 (da *sed quoniam* a *disserere*), 6 e 7.

4. Io avanzo la congettura che il concetto dogmatico dell'*adfinitas* sia passato, nell'epoca postclassica, attraverso un duplice grado di evoluzione, che mi par reso abbastanza chiaramente visibile dallo stato dei testi.

Un primo momento si ebbe allorchè la concezione classica dell'*adfinitas* venne, come abbiamo visto (12), ad allargarsi, per effetto del carattere giuridico attinto dall'istituto degli *sponsalia*, sì che anche le relazioni scaturenti dal fidanzamento furono incluse nella categoria *adfinitas*. Questa evoluzione dovette verificarsi sin dagli albori dell'epoca postclassica, perchè ci è attestata dai frammenti Vaticani.

Un secondo momento si ebbe allorquando, per effetto della autonomia concettuale raggiunta, sotto l'influsso del Cristianesimo, dall'istituto del matrimonio, che fu concepito come *consortium omnis vitae*, come *humani atque divi iuris communicatio* (13), i rapporti fra i coniugi (e, corrispondentemente, quelli fra gli *sponsi*) tesero ad essere concepiti come qualcosa di diverso e più alto, che non i consueti rapporti di *adfinitas*. Fu allora che dovè cominciare a delinearsi la evoluzione della *adfinitas* nel senso della estromissione dei coniugi e degli *sponsi* dal novero degli *adfines*.

Difficile è stabilire il punto di partenza di questa ulteriore

(10) PEROZZI, *Ist. cit.*, 201³; COLT, *Saggi critici sulle fonti del diritto romano* I (Firenze 1922), 24¹.

(11) Cfr. *retro*, Sezione prima, cap. II, n. 11, e cap. III, n. 20. V. anche *infra* cap. II, n. 11.

(12) Cfr. *retro*, n. 2.

(13) Cfr. *retro* Sezione prima, cap. II, n. 8.

evoluzione postclassica della categoria dogmatica *adfinitas*. Certo è che ai tempi di Costantino doveva essere ancora molto chiaro il principio che il *vir* e la *uxor* (cui furono aggiunti proprio allora lo *sponsus* e la *sponsa*) fossero *adfinēs*, nelle loro relazioni reciproche. La evoluzione incominciò a verificarsi, molto probabilmente, un secolo dopo, verso la fine del secolo quarto e gli inizi del secolo quinto, quando cioè si fece — per quanto almeno ne sappiamo — fortemente sentire la attività delle scuole postclassiche, di Occidente e di Oriente. Solo allora poté avere inizio in grande stile quella equiparazione fra *adfinitas* e *cognatio*, cui accenneremo in appresso (14), la quale, aggiungendosi alla già rilevata concezione nuova del matrimonio come *consortium omnis vitae*, portò decisamente alla esclusione dei coniugi e dei fidanzati dalla categoria degli affini.

CAPITOLO II

ADFINITAS E COGNATIO

SOMMARIO. — 5. Progressivo accostamento in diritto postclassico, fra le categorie dogmatiche della *cognatio* e dell'*adfinitas*. Spunti classici di questo svolgimento: la *necessitudo*. La concezione postclassica delle *adfinitas* come analoga alla *cognatio*. — 6. Prove testuali della tendenza postclassica a ravvicinare in ogni campo, quanto al loro regolamento, *cognatio* ed *adfinitas*: a) Paul. Sent. 5. 12. 2. — 7. b) D. 4. 4. 27 pr. — 8. c) D. 47. 16. 2. — 9. d) D. 48. 19. 22. — 10. e) D. 48. 19. 28. 15. — 11. Completamento della dimostrazione circa il carattere postclassico dell'*exkursus* modestiniano sull'*adfinitas*. Analisi di D. 88. 10. 4. 8. 10. 11. — 12. Ripercussione prima dell'accostamento postclassico fra *adfinitas* e *cognatio* fu la concezione della linea e dei gradi della affinità, determinati per riflesso di quelli della parentela di sangue. D. 88. 10. 10 pr. è stato fortemente inquinato nelle scuole postclassiche. Carattere postclassico di *L. Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis*. — 13. Ultima conseguenza dell'accostamento fra *cognatio* ed *adfinitas* dovette essere la concezione dell'*adfinitas* come vincolo perpetuo, protraentesi anche *soluti matrimonio*. Prove indirette di questa congettura. — 14. L'origine storica del concetto moderno di affinità. L'art. 76 del Libro Primo del Codice Civile.

5. Per impulso ed opera precipua delle scuole postclassiche, l'*adfinitas* tese a diventare, nel periodo che va approssimativamente dalla fine del quarto secolo alla compilazione giustiniana, un istituto analogo alla *cognatio*.

Il fenomeno è espressione, oltre tutto, di quel prepotere assoluto che assunse, nell'epoca postclassica, la categoria dogmatica della *cognatio*, la quale giunse — come sappiamo (1) — addirittura ad assorbire, nel diritto giustiniano, il vincolo vetusto della *adgnatio*. A questo fattore storico va poi aggiunto, nei riguardi specifici della *adfinitas*, la tendenza alla estromissione dei coniuges e degli sponsi dal novero degli *adfinēs*, manifestan-

(14) Cfr. *infra*, cap. II.

(1) Cfr. *retro* Introduzione, n. 1.

tesi all'incirca nello stesso periodo di tempo (2), e quindi la via aperta lasciata da questa circostanza alla identificazione, per riflesso, dei vari rapporti fra gli *adfines* con le diverse linee ed i diversi gradi della *cognatio*.

Spunti di una equiparazione fra *cognatio* ed *adfinitas* si ebbero — bisogna riconoscerlo — già nel diritto classico. L'uno e l'altro vincolo furono accomunati, anche da giuristi classici, sotto l'angolo visuale della *necessitudo*, come il seguente passo di Marciano dimostra:

D. 1. 1. 12 (MARCIANUS, *libro primo di institutionum*).

Nonnumquam ius etiam pro necessitudine dicimus, veluti «est mihi ius cognationis vel adfinitatis».

Noi non abbiamo nessun motivo di dubitare della genuinità di questo frammento, per quanto non vada omissso di notare che esso proviene dall'opera di un giurista fortemente influenzato dalla retorica greca. Abbiamo invece motivo di sospettare, anche per quanto almeno concerne la menzione della *adfinitas*, dei seguenti testi:

D. 26. 10. 9 (MODESTINUS, *libro singolari de hereditariis*).

Si tutor aliquo vinculo necessitudinis vel adfinitatis pupillo coniunctus sit vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit et quis eorum a tutela removens videatur, optimum factum est curatorem ei potius adiungi quam eundem cum notata fide et existimatione removeri.

D. 35. 1. 34 pr. (FLORENTINUS, *libro undecimo institutionum*).

Nominatim alicui legatur ita «Lucio Titio» an per demonstrationem corporis vel artificii vel officii vel necessitudinis vel adfinitatis, nihil interest: nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur, nec interest falsa an vera sit, si certum sit, quem testator demonstraverit.

Tanto il primo, quando il secondo frammento sono stati

(2) Cfr. retro cap. 1, n. 4.

attaccati dalla critica. Nel primo, argomenti molteplici hanno convinto a ritenere interpolata, oltre tutto, *vel si — gerit* (3), nonché *potius* e *quam eundem* rell. (4): inoltre *curatorem* è stato probabilmente sostituito a *tutorem* (5). Nel secondo testo è manifestamente adiettizio *nec interest* rell. (6), nè altre ragioni mancano per congetturare una più ampia alterazione (7).

Io opino, senza addentrarmi nell'esame minuto dei testi, che non manchino elementi per ritenere, tanto nell'uno quanto nell'altro, insitica la menzione dell'*adfinitas*. Il frammento di Modestino è stato indubbiamente tutto quanto rielaborato in epoca tarda, sì che si spiega la ridondanza rappresentata dall'*aliquod vinculum necessitudinis vel adfinitatis*. Quanto al frammento di Florentino, non è improbabile che anche *vel adfinitatis* sia stato aggiunto, assieme a tutto il resto, da mano di giurista non classico.

6. Ma la tendenza a fare della *adfinitas*, anche e soprattutto nei riflessi del regolamento sostanziale dei rapporti giuridici, un istituto analogo alla *cognatio*, ad essa quindi equiparato, si manifestò solo ed unicamente nel diritto postclassico e giustiniano. Darò qui qualche esempio delle alterazioni che ebbero a subire, per effetto di questo indirizzo, i testi dei giuristi classici, tanto se pervenutici attraverso la compilazione, quanto se giunti a nostra conoscenza indipendentemente da essa.

a) Paul. sent. 5. 12. 2.

Et etiam velut indigno aufertur hereditas, qui [adfinem] (adgnatum) vel cognatum, cui ipse ab intestato successurus erat, testamentum facere prohibuit aut ne iure subsisteret operam dedit.

L'interpolazione di *adfinem* è riconosciuta dai più antichi tempi: l'*adfinitas* non determinava alcun diritto di successione

(3) Cfr. TAUBENSCHLAG, SOLAZZI, LAPRAT, PEROZZI citati in *Index interpolationum* sht.

(4) Cfr. SOLAZZI, *Istituti tutelari* (Napoli 1929), 216 seg.

(5) Cfr. SOLAZZI *BIDR.*, 28 (1915), 161², *RIL* 52 (1919), 228.

(6) Cfr. i citati dall'*Index interpolationum* sht.: EISELE, KRÜGER, DONAUTI, GROSSO, LAURIA.

(7) Cfr. *Index interpolationum* sht.: BÄCK, SIEBER, BRESLER.

ab intestato, come due costituzioni di Diocleziano ancora confermano (8). Lo SCHULTING (9) ha congetturato che *adfinem* sia in luogo di *adgnatum* e che la sostituzione sia stata operata dai compilatori della *lex Romana Visigotorum*. Ma giustamente ha rilevato, in contrario avviso, il SOLAZZI (10) che, se è vero che l'eredità agnatzia doveva essere in forte decadenza sul finire del V secolo, non pertanto è improbabile che i compilatori visigoti si siano curati di cancellare, in questo punto, la menzione degli *adgnati*, mentre hanno riportato intatto, nel titolo 4. 8, un lungo squarcio paolino relativo al diritto ereditario degli *adgnati*: più verosimile è che la sostituzione sia avvenuta in un manoscritto romano delle *Sententiae* (11). Al che io vorrei aggiungere — onde rafforzare la tesi che *adfinem* sia stato sostituito ad *adgnatum*, piuttosto che inserito *ex novo* nel testo classico — che una inserzione della menzione dell'*adfinis* non avrebbe potuto portare che ad una locuzione siffatta: *qui cognatum vel adfinem* rell. Evidentemente, perciò, siamo in cospetto di una sostituzione di termini, facilitata forse dalla distrazione, ma determinata anche dalla decadenza postclassica della categoria dogmatica *adgnatio*.

Per quel che qui ci interessa è, comunque, della più grande importanza il poter indicare quella tendenza postclassica ad accumulare, un po' alla cieca magari, gli affini con i cognati. E che tale tendenza si sia, col procedere del tempo, talmente ingigantita, da diventare addirittura strampalata, lo dimostra la *interpretatio* del *Breviarum Alaricianum* a Paul. Sent. 4. 8. 11, richiamata dallo SCHULTING (12).

In his septem gradibus omnia propinquitatum
nomina continentur: ultra quos nec affinitas inve-
niri, nec successio potest amplius propagari.

(8) Cfr. C. 6. 59. 3, 7.

(9) *Jurisprudentia vetus antejustiniana*, ad Paul. 2. 12 n. 14. Consente, ma dubitativamente, da ultimo, il NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano* (Roma 1937), 206^a.

(10) *Note di diritto romano*: III, *La successione dei cognati nelle interpolazioni pre-justiniane* in *Atti Accad. Soc. Reale di Napoli*, 58 (1936), estr. 71.

(11) Cfr. SOLAZZI cit., 71: «non attribuisco a chi fece la sostituzione scopi lungimiranti; credo semplicemente che egli non comprendesse bene lo stato e il diritto degli agnati, perchè non avevano riscontro nella pratica della vita».

(12) *Op. loc. cit.*

7. b) D. 4. 4. 27 pr. (GAIUS, *libro quarto ad edictum provinciale*).

Patri pro filio omnimodo praestanda restitutio est, licet filius restitui nolit, quia patris periculum agitur, qui de peculio tenetur. [ex quo apparet ceteros cognatos vel adfines alterius esse condicio-nis, nec aliter audiri oportere, quam si ex voluntate adulescentis postulent aut eius vitae sit iste adulescens, ut merito etiam bonis ei debeat interdici].

Il carattere palesemente infitticio nel periodo *ex quo apparet* rell., carattere già da altri riconosciuto (13), mi esime da qualsiasi ulteriore cenno di dimostrazione.

8. c) D. 47. 16. 2 (PAULUS, *libro singulari de poenis paganorum*).

Eos apud quos adfinis vel cognatus latro conservatus est, neque absolvendos neque servare admodum puniendos: non enim par est eorum delictum et eorum, qui nihil ad se pertinentes latrones recipiunt.

L'ALBERTARIO (14) ha appuntato la genuinità di *non enim* rell. Ma tutto il pensiero del frammento è di evidentissima marca postclassica. Il criterio della medieta, indicato attraverso la drastica contrapposizione degli estremi, è caratteristico della ridondanza stilistica dei postclassici. E poi non mancano, anche nella prima parte del testo, indizi gravissimi di forma: *latro conservatus est*!

Non esito ad attribuire il frammento, che certo non farebbe proprio onore a Paolo, ad uno studioso postclassico; probabilmente lo stesso che ha compilato, sulla base di reminiscenze delle opere paoline, questo altro apocrifo *liber singularis* di Paolo, il *liber singularis de poenis paganorum* (15).

(13) Cfr. BESELER *Beiträge*, I, 57, KRÜGER, *Suppl.*

(14) Cfr. *Delictum et crimen nel diritto romano classico e nella legislazione giustiniana* in *PUC*, VII, 14, 20 (= *Studi* 3, 155).

(15) E' mia ferma convinzione che non pochi dei *libri singulares*, che vediamo attribuiti nei Digesti ai giuristi classici, siano di confezione postclassica. La di-

9. d) D. 48. 19. 22 (MODESTINUS, *libro primo differentiarum*).

In metallum damnati si valetudine aut aetatis infirmitate inutiles operi faciundo deprehendantur, ex rescripto divi Pii a praeside dimitti potuerunt [qui extimabit de his dimittendis, si modo vel cognatos vel adfines habeant et non minus decem annis poenae suae functi fuerint].

Tutto il frammento pare sospetto al FERRINI (16). Glossatoria o emblematica è, comunque, l'intera frase *qui extimabit — fuerint* (17). Avere rimessa la pena, ma a patto che si abbiano cognati od affini, non significa proprio niente ed è strano che Antonino Pio o Modestino abbiano potuto dirlo, od anche pensarlo.

10. e) D. 48. 19. 28. 15 (CALLISTRATUS, *libro sexto cognitionum*).

Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, [furca] < cruce > figendos compluribus placuit, ut et conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus [et solacio sit cognatis et adfinibus interreptorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent]: nonnulli etiam ad bestias hos damnaverunt.

La direttiva della alterazione di questo frammento è stata

mostrazione di questo assunto verrà fornito in un lavoro che ho in elaborazione. Rimando, per ora, al fine di una prima conferma di questo generico sospetto, alle citazioni di FREUDENTHAEGER, *Die Literatur zur Echtheitsfrage der römischen Juristenschriften in Symbolae Priburgenses in honorem Otonis Lenel* 351 segg. Per quanto riguarda la confezione postclassica di *L. Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis*, cfr. *infra* n. 12. Ricordo, infine, che la conferma del dubbio del PRINGSHEIM, *Festschrift Lenel*, 292, circa la derivazione postclassica di *L. Pauli variarum lectionum liber singularis* (« spätes Sammelwerk? ») è stata ultimamente data in una mia nota esegetica di prossima apparizione in *SDIII*, 5 (1989).

(16) *Esposizione storica del diritto penale romano* in *Enciclopedia del diritto penale* (diretta dal PESSINA), I, 153. — Nella prima parte del testo è stato sospettato il glossema *per aut aetatis infirmitate* dal SOLAZZI, *AG*, 104 (1980). 10.

(17) Cfr. SOLAZZI, *RISG*, 51 (1914). 284 e, più tardi, per *qui extimabit de his dimittendis* *AG*, 101. 10. — *Si modo — fuerint* è appuntato anche dal GONZ, *Saggi critici*, I, 100.

molto ben espressa dal BRASIELLO (18). La crocifissione, come pena straordinaria, scomparve non appena trionfò definitivamente, con l'imperatore Costantino, il Cristianesimo (19); per conseguenza la menzione della croce fu cancellata da alcuni luoghi senza lasciar traccia, mentre in altri punti essa fu sostituita dalla menzione della forca. Ora, come rileva il BRASIELLO (20), « per quanto siano tutte le alterazioni giustiniane, è certo che la prassi postclassica ha sempre interpretato in questo senso le fonti, forse con glosse marginali interpretative, che i compilatori non hanno potuto limitarsi a riprodurre, perchè la croce andava totalmente eliminata ».

È appunto ad un'ampia glossa marginale, apposta al frammento di Callistrato, che io penso, leggendo il surriportato frammento. Il giurista classico parlava di condanna alla crocifissione, stabilita per atterrire con lo spettacolo della atrocità del supplizio gli eventuali imitatori del *latro* incappato nelle mani della giustizia: il commentatore postclassico deve avere invece annotato come la condanna avesse omai da essere alla pena della forca e come essa, perciò, più che il fine di atterrire, o perlomeno oltre a questo fine, perseguisse lo scopo di dare, in un certo senso, mediante la esecuzione sul luogo del delitto, consolazione ai parenti ed affini del soggetto passivo del reato. Mentre la giustificazione (classica) del supplizio particolarmente atroce era il fine di *deterre*, la giustificazione (postclassica) di una pena meno spaventosa, ma da eseguirsi sul luogo del delitto, fu la consolazione che ne avrebbero ricevuto i parenti e gli affini della vittima.

Che la frase *et solacio sit fecissent* non sia genuina è, d'altronde, certo. Non solo la giustificazione della località del supplizio è alquanto puerile, ma il *fecissent*, per *fecerint*, tradisce formalmente la giunta tardiva.

11. Tutti casi — come ognuno può vedere — nei quali commentatori postclassici e compilatori giustiniani dimostrano per chiarissimi segni una forte tendenza a considerare come categorie intimamente connesse gli *adfines* ed i *cognati*. Ora io non

(18) Cfr. *La repressione penale nel diritto romano* (Napoli 1937), 493 seg.

(19) Cfr. BRASIELLO cit., 458 seg.

(20) *Op. cit.*, 494.

voglio trarre senz'altro da ciò le più estreme deduzioni, ma non posso fare a meno di conferire, ai fini del presente studio, un notevole valore a questa circostanza, che l'elaborazione postclassica abbia sensibilmente avvicinati, nella considerazione dottrinale e nel regolamento giuridico, i cognati agli affini.

Questo sensibile ravvicinamento postclassico delle due categorie dogmatiche (*cognatio* ed *adfinitas*) è comprovato dal lungo *excursus* pseudo modestiniano sull'*adfinitas*, del quale ben poco appartiene veramente — come omai sappiamo (21) — al giurista classico. Tutto il complesso dei paragrafi 6-11 di D. 38. 10. 4 è frutto di un commento generalizzatore postclassico: lo abbiamo visto per i paragrafi 6 e 7, nonché per il paragrafo 9, ma i segni della rielaborazione postclassica sono non meno percettibili attraverso i paragrafi rimanenti, che qui riporto.

D. 38. 10. 4. 8 (MODESTINUS, libro duodecimo *pandectarum*).

Sciendum est neque cognationem neque adfinitatem esse posse, nisi nuptiae non interdictae sint, ex quibus adfinitas coniungitur.

(10) In adoptionem datus aut emancipatus quascumque cognationes adfinitatesque habuit, retinet, adgnationis iura perdit, sed in eam familiam, ad quam per adoptionem venit, nemo est illi cognatus praeter patrem eosve, quibus adgnascitur: adfinis autem ei omnino in ea familia nemo est.

(11) Is cui aqua et igni interdictum est aut aliquo modo capite diminutus est ita, ut libertatem et civitatem amitteret, et cognationes et adfinitates omnes, quae ante habuit, amittit.

Il paragrafo 8, volendo darci un chiarimento (*sciendum est*), enuncia in forma oscura e, in ogni caso, assai sgradevole (*esse posse*!) un principio per metà ovvio e per metà sorprendente. Che non vi sia luogo ad *adfinitas* se le *nuptiae* sieno *interdictae* è indubbiamente ovvio; ma che, in questo caso, non vi sia luogo a *cognatio* è una dichiarazione sibillina. Intendere cosa si sia agitato, in questo punto, nella mente del commentatore postclassico

(21) Cfr. *retro* Sezione prima, cap. II, n. 10 e 11; cap. III, n. 20. Cfr. anche *retro* cap. I, n. 3.

è, a mio parere, impossibile. — Anche nel paragrafo 9 riappare il binomio *cognatio-adfinitas* (anzi, enfaticamente, *cognationes et adfinitates*) e sono enunciati in forma trita e contorta principii abbastanza ovvii. *Cognationes et adfinitates habere, retinere* non può essere una locuzione classica. *Adfinis autem ei omnino in ea familia nemo est* può avere anche un preciso significato, ma confesso che esso mi sfugge. — Circa il paragrafo 11, basterà che io mi riporti alla condanna che di *aut aliquo - amitteret* hanno pronunciato il COLI (22), il DESSERTREUX (23) ed il BESELER (24). Senonchè, più che accedere alla ipotesi della inserzione a carattere generalizzativo, fa duopo ammettere omai che anche questo periodo sia interamente stillato dalla penna di un commentatore postclassico. Del resto un grave indizio formale contro la classicità del passo si rinnova anche stavolta, al di fuori della frase già incriminata: *et cognationes et adfinitates omnes, quas ante habuit, amittit!*

12. La ripercussione fondamentale di questo ravvicinamento postclassico fra le due categorie dogmatiche della *adfinitas* e della *cognatio* si dovette avere in materia di *gradus*.

È ben vero che anche nella compilazione giustinianea Modestino rimane ad affermare che *gradus adfinitati nulli sunt* (D. 38. 10. 4. 5), ma altrettanto rimarchevole è: 1) che, ad esempio, il compilatore del *Breviarum Alaricianum* parla, confusamente, di *gradus* delle *propinquitates*, *ultra quos nec affinitas inveniri, nec successio potest amplius propagari* (25); 2) che, nel titolo 38. 10 dei Digesti, figura, a breve distanza dalla dichiarazione modestiniana, un lunghissimo frammento estratto dal *liber singularis de gradibus et adfinibus et nominibus eorum* di Paolo.

Già da tempo è stato riconosciuto che il *liber singularis de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*, attribuito dalla *inscriptio* di D. 38. 10. 10 a Paolo, non è affatto un'opera classica, sibbene una compilazione scolastica del tardo periodo postclas-

(22) *Saggi critici*, I, 23 seg., 32 seg.

(23) *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 8 (1928), 174¹.

(24) *ZSSR* 53 (1933), 3.

(25) Cfr. *retro*, n. 6.

sico (26). In ogni caso io mi pongo il problema se Paolo abbia mai, nel suo commentario edittale, scritto un *excursus* sugli *adfines*, e mi pare di dover rispondere in senso negativo: non può combattersi la esistenza di una categoria dogmatica *adfinitas* nel diritto classico, ma è dubbio che ad essa — che era di applicazione così sporadica ed eccezionale — si sia dedicata dai giuristi, in sede di commento all'editto, una trattazione organica, per breve che fosse. Si noti poi che il frammento di Paolo (l'unico che appaia tratto, nei Digesti, dal *liber singularis* tamigerato) non parla degli *adfines* che nel *principium*, ove il dettato è tuttavia caratteristicamente postclassico.

D. 38. 10. 10 pr. (PAULUS, *libro singulari de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*).

Iuris consultus cognatorum gradus et adfinium nosse debet, quia legibus hereditates et tutelae ad proximum quemque adgnatum redire consuerunt: sed et edicto praetor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem: praeter ea lege iudiciorum publicorum contra adfines et cognatos testimonium inviti dicere non cogimur.

Che il giureconsulto classico abbia potuto iniziare, nel commentario edittale, il suo *excursus* sui *cognati* con l'osservazione che ad essi appunto viene riservata dal pretore una classe della *bonorum possessio sine tabulis* (e cioè la classe *unde cognati*), può darsi. Deve escludersi, peraltro, che di Paolo sia la ridicola premessa che *iurisconsultus cognatorum gradus et adfinium nosse debet* (!). Quanto alla menzione degli *adfines*, nego che essa possa essere derivata anche indirettamente dal frammento genuino di Paolo: *et adfinium* ed il periodo *praeterea lege* rel. che lo chiarisce hanno, nel testo postclassico del frammento paolino, un carattere insitico che li condanna, nè gli affini fanno più capolino nei paragrafi seguenti.

(26) Cfr. soprattutto PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna in Festschrift Lenel* (Leipzig 1921), 279 seg., nonché — con ripetute critiche — BESELER, *ZSSK* 47 (1927), 370, 59 (1933), 87, 56 (1936), 55, 57 (1937), 5 al fr. 10 «enthält das Wort *ratio* mehrfach» ed è da considerarsi «von nachpaulinischer Hand überarbeitet». V. anche ERRAND *ZSSK* 45 (1925), 117, e ARANGIO RUZZI, *Di alcune fonti postclassiche del Digesto* in *Atti Accad. Soc. Reale Napoli* 24 (1931), 131. Cfr., da ultimo, DE MAESTRO «*Fel etiam*» nelle *fonti giuridiche romane* in *Atti Accad. Soc. Reale Napoli*, 58 (1936), estr. 44.

Ma intanto le conseguenze di questi rilievi sono degne di nota. Il compilatore postclassico dell'operetta pseudo-paolina ha dunque sfruttato, pur rielaborandolo ampiamente, un testo originario di Paolo (probabilmente del commentario edittale), relativo alla *cognatio* ed ai *gradus cognationis*, e lo ha esteso agli *adfines*, implicando perciò anche per essi, di riflesso, la distinzione delle linee e dei gradi.

La congettura del MOMMSEN, che vuole integrare il primo periodo così: *iuris consultus cognatorum gradus et adfines et nomina cognatorum et adfinium nosse debet*, è gratuita, nè cambia di molto le cose. Il titolo dell'operetta pseudo-paolina basta ad adombrare il pensiero del compilatore postclassico: *de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*! Nè Giustiniano ha, in sostanza, alcunchè di contrario alla stretta connessione, instaurata dal compilatore postclassico, fra *cognati* ed *adfines*: egli denomina, difatti, il titolo D. 38. 10 esattamente con la medesima denominazione che il *liber singularis* del frammento 10.

Un contrasto vi è, dunque, nel titolo D. 38. 10, tra il frammento 4. 5 ed il frammento 10 pr.: ed il contrasto assurge ad intima contraddizione, che pervade tutto il lungo titolo dei Digesti, il quale, mentre si denomina *de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*, accoglie pure la dichiarazione che *gradus adfinitati nulli sunt*. Ma è un contrasto più di forma che di sostanza. Decisiva, ed in maniera schiacciante, è la equiparazione *adfines-cognati* del frammento 10 e di tutto il titolo: alla luce di essa la dichiarazione di Modestino (*gradus autem adfinitati nulli sunt*) non può essere interpretata — mi riferisco al diritto della compilazione — se non nella maniera seguente: gli *adfines* non hanno *gradus* proprii, ma hanno una ripartizione in gradi, che è come un riflesso di quella dei *cognati*.

13. L'ultima è necessaria conseguenza di questo stato di cose postclassico, per cui l'*adfinitas* venne ad essere strettamente connessa alla *cognatio*, dovette essere la concezione che l'*adfinitas* non dipendesse, per la sua durata, dal matrimonio, bensì che essa si estinguesse soltanto con l'estinguersi delle persone fisiche.

Già nel diritto classico l'*adfinitas* era presa in considerazione, come impedimento matrimoniale, a matrimonio disciolto (Gai

Inst. I. 63(27): le si concedeva, dunque, in questo caso speciale, un effetto ultrattivo. Abbiamo anzi addirittura creduto di trovar qualche traccia di una concezione oltranzista dei proculeiani, nel diritto classico, per cui la ultrattività dell'*adfinitas* non si sarebbe dovuta considerare come eccezione, bensì come regola(28). Se non si andava più oltre, nel diritto romano puro, se cioè non si considerava il vincolo della *adfinitas* perdurante, una volta costituito, anche *soluto matrimonio*, egli era unicamente per l'intima connessione fra *adfinitas* e matrimonio: questo era la condizione di esistenza di quella, quindi anche il limite della sua durata.

Ma nel diritto postclassico inoltrato, allentatisi fortemente i legami fra *matrimonium* ed *adfinitas*, entrata questa, come satellite, nell'orbita della imperante categoria dogmatica della *cognatio*, configuratasi quindi l'*adfinitas* come una forma speciale e riflessa di cognazione, non poteva essa essere tuttora concepita come limitata nel tempo al perdurare del matrimonio. È duopo ammettere, come corollario logico della nostra dimostrazione, che l'*adfinitas* si estinguesse omai unicamente con l'estinguersi delle persone fisiche degli *adfinēs*.

Certo di questo mutato indirizzo sarebbe impossibile dare una conferma testuale diretta. Pure, una conferma indiretta ci è fornita dai testi nella materia — già altrove richiamata, in ordine al diritto classico — del *beneficium competentiae* spettante al *promissor dotis*. Mentre, come sappiamo, la *condemnatio* limitata all'*id quod debitor facere potest* era concessa, nel diritto classico, agli *adfinēs* del marito soltanto *manente matrimonio*, essa fu indubbiamente concessa loro, in diritto postclassico, anche *soluto matrimonio*, come è provato da

D. 23. 3. 84 (LABEO, *libro sexto pithanon a Paulo epitomatorum*).

Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari cum qui promisit. PAULUS: immo quod ad extraneum attinet, semper

(27) Cfr. *retro* Sezione prima, cap. III, n. 18.

(28) Cfr. *retro* Sezione prima, cap. IV, n. 31.

hoc verum est. ceterum si manente adfinitate dotem promissam gener a socero petit, utique in quantum facere potest socer condemnabitur. [si dirempto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum puto: quid enim si socer specie futurae dotis induxerit generum et cum sciret se praestare dotem non posse, id egerit, ut genero insidiaretur?]

Non mi nascondo che la mia dimostrazione non può apparire assolutamente sicura a chi pensi che esistono ancora, nella compilazione giustiniana, altri testi in piena contraddizione con D. 23. 3. 84. Ma a me basta di aver fatto cenno ad una tendenza, quale si manifesta in un testo alterato, tendenza che corrisponde a puntino con le logiche deduzioni che dobbiamo trarre dall'esame della evoluzione postclassica della categoria dogmatica *adfinitas*. Nè va tralasciato che se il diritto giustiniano, anche in materia di *beneficium competentiae* del *promissor dotis*, appare contraddittorio nelle soluzioni, e quindi incerto nella concezione novella dell'*adfinitas*, incerto non par punto il diritto postgiustiniano, come la lettura di B. 29. 1. 79 (II. 3. 426), che è la *summa* greca di D. 23. 3. 84, con la sua formulazione tassativa, ampiamente dimostra.

B. 29. 1. 79 (II. 3. 426).

Ὁ μὲν ἔξοτικὸς ἐπαγγελάμενος προῖκα εἰς τέλειον καταδικάζεται· ὁ δὲ πενθερὸς συνεστῶτος μὲν τοῦ γάμου μέχρις εὐπορίας· μετὰ δὲ λύσιν ἐκ τῆς αἰτίας καὶ τοῦ προσώπου τοῦτο τὸ δίκαιον ἔχει. τὴν γὰρ, ὅτι γινώσκων, μὴ εὐπορεῖν, τὸν γαμβρὸν ἠπάτησεν;

14. È in questo punto del diritto postclassico, quale abbiamo cercato con queste note di porre in luce, la genesi della concezione moderna dell'affinità, di cui è espressione, per il diritto italiano, Part. 76 del Libro Primo del Codice Civile:

(Affinità). L'affinità è il vincolo tra un coniuge ed i parenti dell'altro coniuge.

Nella linea e nel grado in cui taluno è parente d'uno dei coniugi, egli è alline dell'altro coniuge.

L'affinità non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge da cui deriva, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati. Cessa se il matrimonio è dichiarato nullo, salvi gli effetti di cui all'art. 85. n. 4. (29).

INDICE DELLE FONTI

(Sono contrassegnati con asterisco i testi particolarmente discussi
o di cui è stata sostenuta l'alterazione)

A) FONTI PREGIUSTINIANEE

CICERO, *pro Cluent.*

5 . 14 : 54⁸.

6 . 15 : 54⁸.

FESTUS, *de verb. signific.*

* *necessarii* : 5⁸.

GAI, *Institutiones.*

1 . 2 : 46⁴⁴.

1 . 68 : 77 s., 80, 103.

* 1 . 156 : 37 s.

2 . 158 : 66.

2 . 159 : 67.

GELLIUS, *Noctes Atticae.*

18 . 3 : 5⁸.

L. PAULI, *Sententiarum libri.*

* 5 . 12 . 2 : 95 s.

Vaticana Fragmenta.

216 : 74.

217 : 74.

218 : 43, 57, 75, 78.

219 : 57, 75.

* 262 : 41 ss.

298 : 44³⁸, 44³⁹, 45⁴⁰, 48 s.

299 : 44, 48 s.

300 : 44, 48 s.

301 : 44, 48 s.

* 302 : 21 s., 27³⁴, 32¹⁰, 43 ss., 48 s.,
57, 87.

303 : 48 s., 78.

Codex Theodosianus.

3 . 5 . 2 : 88.

3 . 12 . 2 : 58, 59²⁰.

3 : 55¹⁰.

4 : 55¹⁰.

B) FONTI GIUSTINIANEE

Institutiones.

* 1 . 10 . 9 : 24 ss.

3 . 1 . 1 . 11 : 68.

3 pr. : 68.

3 . 1 : 68 ss., 78.

3 . 2 : 67 ss.

* 3 . 3 : 68 s.

Digesta.

1 . 1 . 12 : 94.

2 . 8 . 2 . 2 : 64 ss.

2 . 8 : 64 ss.

* 4 . 4 . 27 pr. : 97.

10 . 1 . 12 : 17.

* 12 . 4 . 8 : 15 ss.

(29) Art. 85, n. 4.: «(non possono contrarre matrimonio tra loro): gli affini in linea retta: il divieto sussiste anche nel caso in cui è stato dichiarato nullo il matrimonio dal quale l'affinità derivava».

17 . 1 . 59 . 5 :	47.	*	4 . 4 :	34 ss., 45 ⁴² , 52,
22 . 1 . 38 pr. :	61 ⁴⁶ .			57, 59.
22 . 5 . 4 :	28 ³⁶ .	*	4 . 5 :	34 ss., 52, 59, 101,
	5 :			103.
23 . 1 . 1 :	14 ² .	*	4 . 6 :	34 ¹² , 57 ss., 91.
	2 :	*	4 . 7 :	34 ¹² , 58 ss., 91.
	3 :	*	4 . 8 :	27, 100 s.
23 . 2 . 1 :	80 ⁸ .	*	4 . 9 :	90 s.
	8 :	*	4 . 10 :	100 s.
* 12 . 1 :	24 ss.	*	4 . 11 :	100 s.
* 12 . 2 :	24 ss.		6 pr. :	73 s.
* 12 . 3 :	24 ss.		6 . 1 :	28.
	14 . 2 :	*	10 pr. :	40 ²⁹ , 102 s.
* 14 . 3 :	90.		15 :	40.
* 14 . 4 :	22 ss., 54 ss., 60 ss.		17 :	40.
23 . 8 . 84 :	79, 104 s.	42 . 1 . 21 :	80 ss.	
24 . 1 . 1 :	47.	22 pr. :	79 s.	
	2 :	47 . 10 . 39 :	6 ⁹ .	
24 . 8 . 17 pr. :	80 ss.	* 47 . 16 . 2 :	97.	
17 . 1 :	80 s.	48 . 9 . 4 :	28.	
* 25 . 2 . 15 . 1 :	63 s.	* 48 . 19 . 22 :	98.	
26 . 10 . 9 :	94.	* 48 . 19 . 28 . 15 :	98 s.	
33 . 7 . 27 . 1 :	47.	* 50 . 16 . 50 :	66 s.	
	27 . 2 :	50 . 16 . 101 . 1 :	16 ⁹ .	
34 . 2 . 28 . 5 :	47.	50 . 16 . 136 :	73 s.	
35 . 1 . 34 pr. :	94.	* 50 . 16 . 191 :	16 ⁹ .	
* 37 . 5 . 8 . 4 :	66.			
* 38 . 10 . 4 pr. :	33 ss., 52.	<i>Codex Justinianus.</i>		
* 4 . 1 :	35, 33 ss., 52.	5 . 5 . 5 :	55.	
* 4 . 2 :	33 ss., 36 ss., 52,		6 :	55 ¹⁰ .
	58, 91.		8 :	55 ¹⁰ .
* 4 . 3 :	3, 14 s., 33 ss.,		9 :	55 ¹⁰ .
	52, 91.			

C) FONTI POSTGIUSTINIANEE

Basilica.

24 . 1 . 8 sch. 3 :	17 ¹⁰ .
29 . 1 . 79 :	105.

Codice civile, Libro primo (R.D. 12-12-1938).

art. 76 :	51 ¹ , 105 s.
art. 85, n. 4 :	106 ²⁹ .

INDICE DEGLI AUTORI CITATI

ALBERTARIO, 22, 31, 36, 40, 64, 97.
 ALIBRANDO, 46.
 ARANGO REIZ, 13, 24, 29, 35, 46, 102.
 ARU, 44, 45, 46, 47.
 ASCOLI, 21.

BAG, 95.
 BAYLIER, 46, 63.
 BEASA, 2.
 BESELER, 16, 23, 41, 58, 59, 61, 62, 65, 66,
 95, 97, 101, 102.
 BONFANTE, 13, 17, 29, 36, 54, 68, 90.
 BRASIELLO, 99.
 BRINI, 34.

COLI, 91, 98, 101.

D'ANCONA, 44.
 DE MARTINO, 102.
 DE MEDIO, 46.
 DE RUGGIERO, 51.
 DESSERTAUX, 101.
 DI MARZO, 90.
 DONATUTI, 95.
 DUMONT, 44, 45, 46, 48.

EDWARD, 102.
 EISELE, 65, 85.
 ENDRICH, 69.
 ENNECERUS, 52.

FABRO, 16, 90.
 FADDA, 2.
 FELGENHAUER, 97 (98).
 FERRINI, 25, 29 (30), 98.
 FORCELLINI, 4, 5.

GEORGES, 4, 5.
 GIRARD, 1, 29.
 GLÜCK, 44.
 GRADENWITZ, 63.
 GROSSO, 95.
 GUARINO, 75, 76, 79, 97 (98).
 GUARNERI CITATI, 26, 64.

HALOANDER, 90.
 HENNECERUS, 29.
 HEUMANN, 4.
 HOFFMANN, 44.
 HOLTZENDORFF, 36.

JÖRS, 13, 29 (30), 35.

KIPP, 52.
 KLENZE, 1, 29.
 KLOTZ, 4, 5.
 KOHLER, 36.
 KRÜGER P., 60, 62, 68, 69, 95, 97.
 KÜBLER, 88.
 KUNKEL, 13, 29 (30), 35.

LANDUCCI, 1, 29, 30, 31, 42, 45.
 LAPRAT, 95.
 LAURIA, 46, 76, 95.
 LENEL, 4, 64, 65, 66, 67, 68.
 LEONHARD, 29 (30).
 LEVY, 61, 63.

MAINZ, 29.
 MARCII, 88.
 MAROI, 51.
 MASCH, 36, 39, 10.
 MOMMSEN, 6, 33, 34, 37, 53, 99, 100.

NABER, 65.

NARDI, 96.

NIEDERMEYER, 69.

PAMPALONI, 64.

PEROZZI, 1, 28, 29, 90, 91, 95.

PESSINA, 98.

POLENAAR, 88.

PRINGSHEIM, 40, 69, 97 (98), 102.

PUCETA, 29.

RABEL, 86, 65.

ROTONDI, 44.

SAVIGNY, 44.

SCIALOJA, 44.

SCHULTING, 96.

SECKEL, 4, 88, 61.

SELL, 1, 29, 81, 53.

SENN, 1.

SIBER, 95.

SOLAZZI, 22, 81, 47, 55, 61, 67, 68, 69, 95,
96, 98.

TAUBENSCHLAG, 68, 95.

VOLTERRA, 18, 14, 16, 18, 19, 21, 22, 23,
24, 25, 26, 28, 44, 45.

WINDSCHEID, 2, 29 (30).

WOLFF M., 52.

ZANZUCCI, 64, 65.