

Annus V

1939

PONTIFICIUM INSTITUTUM UTRIVSQUE IURIS

STUDIA ET DOCUMENTA
HISTORIAE ET IURIS

DIRECTOR

AEMILIUS ALBERTARIO

CONSILIUM DIRECTIONIS

VALENTINUS CAPOCCI - EVARISTUS CARUSI - BERTRANDUS KURTSCHIED -
ARCADIUS LARRAONA - GUISCARDUS MOSCHETTI - IOSEPHUS PASQUAZI -
SALVATOR RICCOBONO - FRANCISCUS ROBERTI - SILVIUS ROMANI -
ANGELUS SILVAGNI

ROMAE

APOLLINARIS

PIAZZA S. GIOVANNI IN LATERANO, 4

tentiam meruit...», dove l'«*insimulabat*» e il «*meruit*» mi sembrano proprio messi — e specialmente il primo — a sottolineare la mala fede dell'attore; tanto più se si tengano presenti l'analogia di cui sopra e la logica.

Ma al LAVAGGI tutto ciò non dice nulla, perchè egli confida di poter concludere in senso opposto in base ad altri passi. Il primo di questi è C. 6. 35. 2. 1 Idem (Impp. Severus et Antoninus) AA. Vero [a. 204]

«*Sed si pupilli nomine falsum dicere vis testamentum, de quo per Pollam transactum est, potes experiri, dum memineris, si in causa non obtinueris, et portionem, quam ex eo testamento pupillus habet, te ei salvam facturum, quam adimi pupillo necesse erit secundum iuris formam, et de calumnia tua praesidem deliberaturum, quamvis pupilli nomine agere videaris, cum retractas ea quae finita sunt per coheredem.*»

In ordine al suo tenore il LAVAGGI ragiona nel modo che segue: «Due conseguenze derivano dal fatto *obbiiettivo* del *non obtinere*: la prima è la confisca al pupillo della porzione lasciategli, la seconda un giudizio del *praeses* sull'esistenza o meno dell'*animus calumniandi* nel tutore che ha agito per lui: ma quella non è in niente subordinata alle positive risultanze di questo. Gli imperatori non dicono, infatti, come altrimenti dovrebbero, *si in causa non obtinueris et de calumnia tua constiterit, portionem salvam facturum quam adimi rell.*, ma sibbene *si non obtinueris et portionem... adimi rell.*, *ET de calumnia tua praeses deliberaturum rell.*».

A me, forse per l'impressione che mi fanno i gravi elementi favorevoli alla mia tesi, sembra che l'interpretazione da dare al testo possa essere un'altra. Essendoci già stata una transazione sul falso a cura della coerede Polla («*de quo per Pollam transactum est*»), Severo ed Antonino ritengono che una eventuale causa sfavorevole provi automaticamente la non buona fede del tutore, e per questo lo avvertono che il pupillo perderà la porzione ereditaria che egli dovrà poi *salvam facere* e gli dicono che il *praeses* non mancherà di giudicarlo per la sua *calumnia*. La sentenza contraria sarà la prova della *calumnia*, e quindi della mala fede dell'attore — scrivono gli Augusti — «*cum retractas ea quae finita sunt per coheredem.*»

Il secondo ed ultimo testo richiamato dal LAVAGGI a proprio favore ⁽¹⁶⁾ è D. 38. 2. 19 pr. ULPIANUS libro quarto disputationum

«*Si patronus ex minore parte quam legitima heres institutus falsum testamentum dixisset nec optinisset, non est ambiguum contra tabulas ei non deferri bonorum possessionem eo quod facto suo perdidit hereditatem, cum temere falsum dixit.*»

In esse, «tenuto conto della duplicità di motivazione [?], del *cum causale*

⁽¹⁶⁾ Che vi sian dei passi — in specie C. 9. 22. 6 — che non accennino alla mala fede, non significa nulla. Basta che il principio in proposito risulti da uno. Anche in tema di inofficioso ci si accontenta di poterlo desumere da un solo ed unico testo: il fr. 8. 14 D. 5. 2.

con l'indicativo, ed infine del fatto che l'indicazione di un eventuale presupposto soggettivo dell'indegnità avrebbe potuto meglio esser fatta nella frase *si falsum dixisset nec optinisset*, non mi sembra improbabile — dice il LAVAGGI — che le parole finali *cum temere falsum dixit* siano state aggiunte al testo genuino»; e del resto «il loro valore» non sarebbe neanche «ben chiaro».

Per me, e forse non soltanto per me, non v'ha dubbio che l'avverbio «*temere*» sta chiaramente ad indicare una accusa temeraria e quindi non in buona fede, così come non v'ha dubbio che le critiche testuali del LAVAGGI non reggono ⁽¹⁷⁾ ed hanno solo il trasparente e non raggiunto scopo di far passare per «equivoca ed incerta» una testimonianza limpida e non favorevole. Chiunque legga senza preconcetti la nitida e genuina chiusa ulpiana non può non vedere in essa — se io non mi inganno — la più precisa e più tranquillante conferma dell'esattezza della mia vecchia tesi.

In fondo credo che ne sia un po' convinto anche il LAVAGGI ⁽¹⁸⁾.

ENZO NARDI

«Insidiari», nei testi giuridici.

1. — Il significato proprio di *insidiari* è «insidiare», «mettere in pericolo». In tal senso questo verbo viene usato nelle fonti letterarie, sia con il dativo della cosa (*alicui rei*) o della persona (*alicui*) insidiata, sia assolutamente ⁽¹⁾.

Pochissimi esempi nelle fonti giuridiche ⁽²⁾. Anche qui *insidiari* compare nel senso proprio già notato ⁽³⁾ — sempre col dativo della cosa o della persona e due sole volte ⁽⁴⁾ assolutamente, in testi non classici.

⁽¹⁷⁾ Se pur fosse vero che «*cum... dixit*» è spurio, non si otterrebbe che l'infelice risultato di provare se mai che il presupposto della mala fede non è originario: dico infelice risultato perchè sarebbe poco logico che di sancire quel presupposto non avesse sentito l'inderogabile bisogno già la giurisprudenza classica. E sarebbe sorprendente che Ulpiano non la pensasse qui in tema di falso come la pensava in D. 5. 2. 8. 14 in tema di inofficioso.

⁽¹⁸⁾ Sempre a n. 30, chiudendo le sue argomentazioni: «È poi, ad ogni modo, circostanza etc.».

⁽¹⁾ Cfr. KLOTZ, *Handwörterbuch der lateinischen Sprache* ⁶ shv.; GEORGES LAPEYRIÈRE, *deutsches Wörterbuch* ⁸ shv.

⁽²⁾ a) VIR: D. 9. 2. 4 pr.; 37. 6. 1. 23; 23. 3. 84; 1. 1. 3; 27. 2. 5; 48. 19. 28. 11.

b) LEVY *Ergänzungsindex zu Ius et Leges*: Coll. 1. 5. 1.

c) MAYR *VocCI (pars latina)*: Summa 1; C. 2. 57 (58). 1; 5. 17. 8.

d) GRADENWITZ *Index zum Th.*: CTh. 16. 2. 41.

e) GRADENWITZ *Ergänzungsband*: Nov. ad CTh. (Valent. 8. 1).

⁽³⁾ Cfr. HEUMANN-SECKEL *Handlexikon* ³ shv. (i quali si limitano a segnalare due soli esempi di uso di *insidiari* col dativo della cosa).

⁽⁴⁾ V. infra n. 2, sub c) ed e).

Insidiari alicui è espressione tecnicamente povera, del tutto inadatta a fornire una idea precisa della violazione cui si riferisce. Mettere in pericolo qualcuno si può in mille modi, ma deve essere del linguaggio giuridico lasciare intendere come, in che cosa (salute fisica, integrità morale, complesso patrimoniale o altro) la messa in pericolo avviene.

Mi rivolgo perciò, con queste note, contro l'uso puro e semplice (non correlato con l'accento ad una situazione che lo specifichi) di questo equivoco e sibillino costruito e nego, proponendomi di dimostrarlo, che esso possa essere classico. Aggiungo che mi pare di poter parimenti negare — nei limiti del possibile anche dimostrandolo — che l'espressione sia stata usata dai commissari giustiniani.

Trattasi — a mio parere — di un tipico indizio della annotazione nebulosa ed empirica da parte di lettori post-classici delle opere classiche. Modesto contributo alla rinnovata critica del *Corpus iuris*.

2. — Cinque volte compare *insidiari* in costituzioni imperiali post-classiche ⁽⁵⁾:

a) Const. Summa. 1 (a. 529): *Sed cum sit necessarium multitudinem constitutionum tam in tribus veteribus codicibus relatarum quam post eorum confectionem posterioribus temporibus adiectionum ad brevitatem reducendo caliginem earum rectis iudicium definitivibus insidiantes penitus exstirpare...*

b) CI. 5. 17. 8 (Theod. et Valent. Hormisdæ, a. 449): *...si suae vitae veneno aut gladio vel alio simili modo insidiantem...*

c) Nov. ad CTh. (Valent. 8. 1, a. 440): *...aut quae patrimoniorum potest esse securitas, si totiens insidietur inuasor, quotiens possessores esse contingit absentes?*

d) CTh. 16. 2. 41 (Hon. et Theod. Melito p. p., a. 412): *...si quis ergo circa huiusmodi personas non probanda detulerit, auctoritate huius sanctionis intellegat se iacturae famae propriae subiaccere, ut damno pudoris, estimationis dispendio discat sibi alienae verecundiae impune insidiari saltem de cetero non licere...*

e) CI. 2. 57 (58). 1 (Constant. et Const. Marcellino praes. Phoen., a. 342): *Iuris formulae aucupatione sillabarum insidiantes cunctorum actibus radicatus amputentur.*

Va notato che, anche in queste costituzioni post-classiche, mai appare l'uso di *insidiari* col dativo della persona. Ciò dipende dal fatto che questo uso è aborrito non tanto dal linguaggio classico, quanto dal buon linguaggio giuridico in generale. Ora, come vediamo che ad esso non si abbandonano le cancellerie imperiali, così possiamo presumere che esso non sia stato prediletto dai giuristi della commissione giustiniana; nell'un caso e nell'altro la più elementare tecnica della terminologia giuridica ha tenuto lontano il

⁽⁵⁾ Qui riportate in ordine inverso di data.

nebuloso costruito. Il che rafforza la congettura di una predilezione di esso da parte di oscuri e sporadici commentatori post-classici.

3. — Non utilizzabile, ai fini di questo studio, è:

Coll. 1. 5. 1: *Si autem subito non per inimicitias immisit super eum aliquid vas non insidians...*

Ammesso pure che questo testo possa avere una qualche importanza per determinare un uso ancor vicino al diritto classico (e da me non combattuto) di *insidior* in senso assoluto — il che dipende dal concetto che si ha circa la data della *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* ⁽⁶⁾, nonché dall'idea che si può nutrire circa il valore probante delle traduzioni in essa contenute delle leggi mosaiche ⁽⁷⁾ —, è buonissima congettura dello SCHULZ ⁽⁸⁾ che il testo vada restituito: *ex insidiis* ⁽⁹⁾.

4. — Rimangono i frammenti dei Digesti.

In due di essi l'uso di *insidior* è impeccabile, col dativo della cosa messa in pericolo. Mi limiterò dunque a citarli.

a) D. 27. 2. 5 (Ulp. 3 de off. procons.): *Si disceptetur, ubi morari vel educari pupillum oporteat, causa cognita id praesidem statuere oportebit. in causae cognitione evitandi sunt qui pudicitiae impuberis > post sunt insidiari.*

b) D. 48. 19. 28. 11 (Call. 6 de cogn.): *Igni cremantur plerumque servi, qui salutem dominorum suorum insidiaverint, nonnunquam etiam liberi plebei et humiles personas.*

5. — In altri quattro testi delle Pandette, infine, appare l'uso di *insidiari* col dativo della persona. Ma in tutti questi casi il verbo mi pare chiaramente interpolato.

⁽⁶⁾ Cfr. specialmente VOLTERRA *Mem. Acc. Lincei* VI. 3. 1; SMITS *Mos. et Rom. leg. Collatio* Haarlem 1934. Quanto alla data dell'operetta, non si discende oltre gli ultimi anni dell'impero di Diocleziano (in questo senso LEVY ZSS 50. 702 s.). Cfr. da ultimo SOLAZZI *Atti Accad. Sc. morali e politiche della Soc. Reale di Napoli* vol. 57 (1935).

⁽⁷⁾ L'autore della raccolta è, secondo il VOLTERRA loc. cit. (tesi discussa), un ebreo. Trattasi certo di giurista di limitatissimo calibro (per tutti ARANGIO RUIZ *Storia* 282): non vi è quindi molto da fidare sulla purezza e tecnicità del suo linguaggio, là dove egli ha operato traducendo brani del Pentateuco. Più probabile ancora è che l'anonimo abbia sfruttata una modesta traduzione latina dei passi biblici anteriore alla Volgata, modificandola di quel tanto che serviva ai fini dell'operetta (SCHULZ SDHI 2. 20 s.).

⁽⁸⁾ SDHI 2. 24 s.

⁽⁹⁾ « Alle Handschriften lassen *ex weg*; stat *insidiis* liest B(erliner Handschr.) *insidiant*. V(eyelli's Hschr.) *insidiaris*, W(iener Hschr.) *insidiaverit*. MOMMSEN konjiziert *insidians*. Aber der Verfasser hat eben, Coll. 1, 1, *ex insidiis* geschrieben und wird das auch hier beibehalten haben...; später fiel *ex* durch Schreiberversehen aus, spätere Abschreiber veränderten das unverständlich gewordene *insidiis* (an das noch *insidiaris* in V erinnert). »

a) D. 1. 1. 3 (Flor. 1 inst.): *ut vim ac iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur* [et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse].

Questo testo è addotto dal PEROZZI (10) a sostegno della sua tesi della ordinaria illimitatezza della cognazione nel diritto romano classico. Senonché — a parte la poca attendibilità della intera dimostrazione da lui tentata (11) — false sono, come già il BESELER (12) ha avuto a notare, le deduzioni specifiche che il PEROZZI vorrebbe trarre da questo testo. «L'idea di una specie di cognazione che unisce tutti gli uomini — dice il PEROZZI — poggia evidentemente sul concetto naturale di cognazione, come comunanza senza limiti di grado; ed è da questo concetto che il giurista trae la giustificazione di un precetto giuridico che vale appunto per tutti gli uomini, cioè per i cognati all'infinito». La prima parte di questa affermazione non è affatto convincente; quanto alla seconda, essa è assurda, ché al contrario — quale che sia stato lo spunto della presunta osservazione di Florentino — è chiarissimo che non è su quello che il giurista fonda la decisione che *hominem homini insidiari nefas esse*, bensì solo ed esclusivamente sulla *quaedam cognatio* stabilita fra noi da madre natura.

Ma l'insegnamento non è da buon giurista, non è quindi da giurista classico. Come può Florentino — che poco fa ha detto stringatamente che *iure aliquid evenit* — basare ora una decisione su questa *quaedam cognatio*? E (spunto iniziale di questo articolo) che significato più preciso dare allo *hominem insidiari*? Di qual messa in pericolo si parla: persona fisica, patrimonio, o altro? L'accento alla *natura* è poi decisivo per chi, come noi, aderisca all'idea, primamente posta dallo stesso PEROZZI (13), della non classicità della tricotomia (14).

Due gravi indizi formali consolidano il sospetto della non genuinità di *et cum* — esse: 1) l'uso di *cum* causale con l'indicativo *constituit* (15); 2) la evidentissima frattura sintattica fra questo ed il periodo iniziale (16).

(10) St. Brugi 272.

(11) V. per tutti, da ultimo, ARANGIO RUIZ *Ist.* 2 26 s. e 27¹. Alla tesi peroziana aderisce, da ultimo, ma senza specifica dimostrazione, MASCHI *La concezione naturalistica* ecc. PUC Serie II 53. 144 s.

(12) *Beiträge* 3. 62¹.

(13) *Ist.* 1 I 66¹, 73³; *Ist.* 2 I 91 s. — Con lui, fra gli altri, MITTEIS *RömPrivR.* 63, BESELER *Beiträge* 3. 131. Contra LONGO RIL 40 (1907) 632 s., MASCHI cit. passim.

(14) Accorte precisazioni di questa suggestiva teoria — nel senso della genesi post-classica della tricotomia — in ALBERTARIO (RIL) 57 (1924) 168 (= *Studi* V 279 s., che promette uno studio di più ampio respiro (v., per ulteriori citazioni, ivi nota *).

(15) Così BESELER *Beiträge* 3. 62, che è stato il primo ad avvedersi della alterazione. Aggiungì ora KRÜGER *Suppl.* e VIR sv. *insidiari*.

(16) ... *evenit, ut quod* — *fecerit* — *fecisse existimetur, et cum* — *natura constituerit, consequens est* —

Non mi par dubbio che la seconda parte del frammento in esame fosse una vivace nota marginale di un commentatore post-classico (17), che a compagna va (18) il testo classico in questo modo:

FLOR. 1 inst. («iure»).	Glossatore («natura»).
...nam iure hoc evenit, ut quod	et cum inter nos cognationem
quisque ob tutelam corporis sui fece-	quandam natura constituit, con-
rit, iure fecisse existimetur.	sequens est hominem homini insidiari
	nefas esse.

Il Leitmotiv tecnico di Florentino cede, nella nota marginale, il posto al Leitmotiv atecnico del suo lettore (19).

6. — b) Altra sicura interpolazione di *insidiari* col dativo della persona è in

D. 23. 3. 84 (Labeo 6 phñ. a Paulo epitomat.): *Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum qui promisit. PAULUS: immo quod ad extraneum attinet, semper 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 tribuendam puto] [: quid enim si socer specie futurae dotis induzerit generum et cum sciret se praestare dotem non posse, id egerit ut genero insidiaretur?].*

Il frammento è famoso nella annosa questione relativa alla concessione del *beneficium competentiae* al suocero che sia convenuto dal marito in base alla *promissio dotis* (20). Lascio da parte ogni considerazione critica su di esso per fermarmi sull'ultimo periodo, *quia-insidiaretur*, così slegato dal resto del discorso (21) e, nel contempo, così palesemente non genuino.

(17) L'aggettivazione «postclassico» è intesa nel senso di «pregiustiniano» ed ha carattere essenziale dopo lo scritto dell'ALBERTARIO cit. retro nota 14. In particolare, è in errore il VIR sv. cit., che, se dubita di questo passo, ne dubita in quanto pensa a Triboniano.

(18) Si confronti infatti il perfetto parallelismo formale dei due costrutti *evenit, ut* (di Florentino) e *consequens est* (del glossatore).

(19) Persino i Basilici hanno tralasciato di riportare la stollida glossa. Cfr.: Bas. 2. 1. 3 (HEIMB. I 35): *Φλορ. και το αποθεσθαι την επιπροσμένην βίαν η ββριν. οσα γάρ τις εις φυλακήν του ιδίου σώματος ποιει, νομιμος ποιει. (Et ut vim et iniuriam illatam repellamus: nam quae quis ad tutelam corporis sui facit, iure facit).*

Solo nella glossa βίαν a questo testo appare l'accento che φυσικώς έφεται τοζ κινδυνόθουαν ένωτος έδικαιεν (*naturaliter permissum est periclitantibus, se ipsos defendere*).

(20) V. sull'argomento, da ultimo, GUARINO *Il beneficium competentiae del promissor dotis* in RISG. NS 14 (1939): *Sul beneficium competentiae dell'extraneus promissor dotis in Festschrift Koschaker* 2. 49 s. Una esegesi completa di D. 23. 3. 84 è nel primo studio, n. 9-10.

(21) SOLAZZI cit. 220, a sostegno dell'affermazione che D. 23. 3. 84 è espressione del diritto giustiniano (v. infra testo e nota 25), definisce la frase *quid-insidiaretur* come un esempio col quale si spiega «la discrezionalità del giudizio sulle

La non classicità di questa frase fu rilevata, a suo tempo, dal BESSELER:⁽²²⁾ — in base all'indizio formale dell'uso di *id agere, ut* — e fu, più tardi, riaffermata dal PEROZZI:⁽²³⁾ La povertà del suo contenuto conferma in pieno queste opinioni.

Io nego tuttavia che il periodo sia triboniano. Si oppone principalmente ad una simile credenza il carattere dubitativo della frase: Triboniano decide, non dubita, come è universalmente riconosciuto. Ammettendo pure, col SOLAZZI:⁽²⁴⁾ che D. 23. 3. 84 esprima il diritto giustiniano⁽²⁵⁾, non è certo da dirsi che di fattura giustiniana ne sia anche la chiusa.

7. — c) D. 9. 2. 4 pr. (Gai. 7 ad ed. prov.) *Itaque si servum tuum latronem [insidiante[m] mihi] occidero, securus ero [; nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere]*.

Le alterazioni sono state indicate dal PEROZZI:⁽²⁶⁾ e, quanto ad *insidiantem mihi*, riconfermate dal SOLAZZI:⁽²⁷⁾ Il solo confronto fra questo testo e Coll. 7. 3. 1 varrà a dimostrarlo.

circostanze che (*il testo*) intende affidare al magistrato». La definizione mi pare ottimista: 1) per la incertezza della fattispecie ipotizzata; 2) per la formulazione meramente interrogativa e il contenuto puramente dubitativo del periodo. Non trattasi, no, di un esempio (quale anche un post-classico avrebbe potuto, a margine, formulare) ma di un dubbio tapino (quale solo un post-classico — chi sa quale ipotesi adombrando — poteva porsi). Che Triboniano, invece, non abbia sforbiciato a questo punto il testo, eliminando l'oscuro *quid - insidiaretur*, ma si sia compiaciuto di trascriverlo in tutto è cosa più che possibile e che può combaciare con l'accennato giudizio del SOLAZZI (v. tuttavia infra nota 25).

⁽²²⁾ Beiträge 3. 101. Cfr. anche KRÜGER Suppl.

⁽²³⁾ Ist. 2 5 381^s. Anche il VIR sv. *insidiari* dubita se attribuire a Triboniano il periodo in esame.

⁽²⁴⁾ Op. cit. 219.

⁽²⁵⁾ Il LEVET *Le bénéfice de compétence* 127 s. tende a dar maggior rilievo, per quanto riguarda il diritto giustiniano, alle affermazioni più recise di D. 42. 1. 22 (*il beneficium competentiae* è concesso al suocero soltanto *manente matrimonio*), ma v. contra SOLAZZI cit. 220^s. L'argomento su cui fonda l'opinione del SOLAZZI è che D. 23. 3. 84 è posto sotto il titolo «de iure dotium». Ma forse le osservazioni fatte retro, nota 21, sulla frase *quid - insidiaretur* possono dar luogo a dubbi circa la tesi del SOLAZZI: Se Triboniano avesse effettivamente voluto sostenere il punto della concessione del *beneficium competentiae* al suocero anche *dirempto matrimonio*, avrebbe, se non altro, rafforzato o surrogato il dettato *quid - insidiaretur*, in modo da creare un esempio che confermasse esplicitamente l'insegnamento che nel testo vediamo provenire da Paolo. Egli, invece, non solamente non ha cancellato né modificato D. 24. 3. 17 pr., 42. 1. 21, 42. 1. 22 pr., ma si è limitato a mantenere in vita un dubbio marginale, che potrebbe anche essere interpretato come limitativo della regola *si dirempto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum puto*. Certo è — e ai nostri fini è sufficiente — che tanto meno avrebbe lo stesso Triboniano creato *ex novo* il periodo *quid - insidiaretur*.

⁽²⁶⁾ Ist. 1 II 260^s. Una conferma, sia pure generica, del carattere emblematico (che, peraltro, come tale, noi combattiamo) di *insidiantem mihi* è in Ist. 2 II 160^s, 223^s.

⁽²⁷⁾ Studi Albertoni I 40. Il SOLAZZI non esclude che l'interpolazione possa essere stata pregiustiniana (cfr. loc. cit. 40^{so}).

Coll. 7. 3. 1 (Ulp. 8 ad ed. sub titolo si quadrupes pauperiem dederit⁽²⁸⁾): *Iniuria occisum esse merito adicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum. Proinde si quis servum latronem occiderit, lege Aquilia non tenetur; quia iniuria non occidit*.

Il diritto classico non portava alcuna limitazione al principio che non soggiace alla legge Aquilia l'uccisore del *servus latro*. Ciò era logico: l'offesa del *latro*, a differenza del caso del *fur*, non poteva essere che una offesa violenta, diretta al patrimonio attraverso una intimidazione fisica⁽²⁹⁾. Reagire ad essa era dunque giustificato dalla necessità, era una esimente di legittima difesa che sottraeva alla applicazione della *lex Aquilia* (*quia iniuria non occidit*)⁽³⁰⁾. L'indirizzo caritatevole dei post-classici⁽³¹⁾ ha indotto invece, in questo caso, a condizionare la reazione all'offesa del *latro* al caso di una messa in pericolo, che è esclusa a priori dal concetto stesso del *latrocinium*. In tal modo si è venuto a confondere il *latro* con il *fur*, e tanto per l'uno quanto per l'altro sono state create delle limitazioni alle regole più energiche del diritto classico, tutte concretantesi nel concetto della necessaria difesa.

Nel caso nostro è probabilissimo che un lettore post-classico, non intendendo il senso proprio del termine *latro* e confondendolo grossolanamente con il *fur*, abbia ragionato, secondo la nota tendenza dei suoi tempi⁽³²⁾, nel senso che in tanto la *naturalis ratio* permette l'uccisione del servo, in quanto questi metta in pericolo il derubato: onde la caratteristica precisazione (invero non necessaria) con la non meno caratteristica giustificazione.

GAI 7 ad ed. prov.

Itaque si servus tuum latronem ()*

Glossatore («*naturalis ratio*»).

() insidiantem mihi: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.*

⁽²⁸⁾ Il SOLAZZI loc. cit. 36^s avverte che la citazione di Ulpiano è errata. Il confronto di Coll. 7. 3. 1-3 con D. 9. 2. 3, 5 (estratti dal libro 18 ad edictum) lo prova.

⁽²⁹⁾ Cfr. gli esempi addotti da HEUMANN-SECKEL *Handlexicon* sv. *latro*, e specialmente D. 50. 16. 118. Solo nel più antico diritto facevasi rientrare il delitto di banditismo nella generica figura del *furtum* (onde Cic. pro Tull. 21. 50 sul termine *latro* a proposito del *fur* nel senso delle XII tavole). Cfr. MOMMSEN *Röm-StrafR.* 629^s.

⁽³⁰⁾ Per il *fur* il regime originario era quello ricordato, fra l'altro da: D. 9. 2. 4. 1 (Gai. 7 ad ed. prov.): *Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequo clamore testificetur*.

Le alterazioni a questo testo sono giustiniane per il RICCOBONO *Fontes* I 47, *Communis* 78 s.; postclassiche (secondo noi, con maggior ragione) per il SOLAZZI loc. cit. 39.

⁽³¹⁾ Post-classici e non giustiniane, chè le limitazioni al diritto di uccidere il ladro appaiono già in frammenti (non immacolati) della Collatio: SOLAZZI loc. cit. 41.

⁽³²⁾ V. retro nota 14.

8. — *d*) D. 37. 6. 1. 23 (Ulp. 40 ad ed.): *Conferatur autem etiam si quid eius non fuerit, dolo malo autem factum sit quo minus esset; sed hoc sic accipiendum est, ut hoc demum conferatur, quod eius esse desinit dolo malo: ceterum si id egit ne acquireret non venit in collationem: nam hic et sibi insidiatus est*].

Per quanto mi consta, il frammento non è stato toccato dalla critica moderna. Pure ritengo indubbiamente insiticio tutto il brano finale *ceterum si insidiatus est*.

Vigeva, per la *collatio emancipati*, la regola che dovesse essere conferito ai *sui heredes* tutto quanto si trovasse in *bonis* dell'*emancipatus* al momento della morte del *paterfamilias* (33). L'editto del pretore non si riferiva dunque all'acquisto dei beni da parte dell'*emancipato*, ma — conforme alla concezione classica del patrimonio (34) — si rivolgeva al fatto ulteriore che l'*emancipato* conservasse in *bonis suis* i beni acquistati (35).

Vi era tuttavia un caso in cui quella stessa *acquitas* che lo aveva indotto alla formulazione della regola generale e spingeva il pretore a stabilire una eccezione: l'oggetto del conferimento doveva rapportarsi al momento dell'acquisto dei singoli cespiti, qualora risultasse che di essi l'*emancipato* si era sbarazzato *dolo malo* prima della morte del padre (36). E il senso dell'eccezione era chiaro: nel caso predetto di *dolus malus* da parte dell'*emancipato*, non più i soli beni appartenentigli, ma anche i beni non più rientranti nel suo patrimonio dovevano essere conferiti. Se la regola si fondava sul concetto di appartenenza dei beni, l'eccezione doveva rapportarsi a quel medesimo concetto, non poteva cioè riferirsi ai beni omessi di acquistare, anche se *dolo malo*, dall'*emancipato*: *sed hoc sic accipiendum est* — spiegava appunto il giurista nel suo commentario editale — *ut hoc demum conferatur, quod eius esse desinit dolo malo*.

Qui il dettato classico evidentemente terminava. Senonchè — ritengo — 1) la completomania di un pedante lettore post-classico portò, con la frase *ceterum - collationem*, a sviluppare l'esplicazione ulpiana, *videndum est* -

(33) Cfr. Ulp. Reg. 28. 4, C. 2. 39 (40). 2, C. 6. 20. 6.

(34) V. in proposito il chiaro insegnamento del BETTI *Dir. rom.* 635 s.

(35) La ricostruzione del testo editale in questo senso è, sostanzialmente, pacifica. Cfr. ALIBRANDI *De bon. possessionibus* in *Opere* I 73 s., LENEL *EP* 3 § 144, GUARINO *Collatio bonorum* 204.

(36) La regola era certamente editale: 1) perchè essa non era implicita, ma eccezionale, nel concetto del conferimento dei *bona emancipati*; 2) perchè è palese l'adattamento del testo di Ulpiano alle parole stesse dell'editto « *dolo malo... factum sit quo minus esset* »; 3) perchè il *videndum est* interpretativo che segue dimostra come il giurista si sentisse invitato ad esplicitare una frase troppo stringata e pregnata dell'edicente.

dolo malo, nel senso di ripeterla sotto l'angolo visuale degli oggetti non sottoposti a collazione (37); 2) la incompienza di un secondo, più tardo, lettore provocò, con la frase terminale *nam rell.*, una esplicazione del principio editale (chiarito da Ulpiano e, superflualmente, dal suo commentatore), che faceva precisamente a pugno con la lettera e lo spirito dell'editto *de collatione*. E valga il vero.

a) Il carattere di glossa di *ceterum - collationem* si evince non tanto dal motivo sostanziale della completomania (38), quanto da sicuri indizi formali: 1) *ceterum si* è legamento prediletto dai post-classici (39); 2) la forma impersonale della frase ulpiana (— *hoc - conferatur, quod eius esse desinit* —) diventa qui personale (— *non venit in collationem*); 3) manca il soggetto di *id egit*, che invece sarebbe necessario alla chiara comprensione della frase; 4) è logico che l'*emancipato* sia sottratto alla collazione in ogni caso in cui *id egit ne acquireret*, ma la necessità di riferirsi al dettato del pretore imponeva che il suo commentatore (Ulpiano o non) indicasse come non soggetto alla collazione colui che *dolo malo id egit ne acquireret*; 5) *venire in collationem* è espressione confusa e sciatta assolutamente non classica (40).

b) Altra glossa è *nam hic et sibi insidiatus est*. Preseindendo dall'indizio sostanziale dell'uso di *insidiari* col dativo della persona, altri motivi, sia di forma che di contenuto, reclamano la cancellazione della frase dal testo classico e l'attribuzione ad uno scrittore post-classico. — Si noti, per la forma: 1) l'uso di *hic*, che è equivoco, in quanto facilmente confondibile con l'avverbio di luogo (41), e — interpretato come pronome — è incoerente rispetto all'uso del dimostrativo *is* (anzichè *hic*) che troviamo applicato nella frase

(37) Ulpiano aveva chiarito il dettato pretorio dicendo che *erano*, in conseguenza, sottoposti a collazione le cose che l'*emancipato dolo malo* avesse cessato di possedere. Cioè — completa il lettore post-classico — non sono sottoposte a collazione le cose che l'*emancipato dolo malo* abbia o messo di acquistare.

(38) La completomania di per sé non basterebbe, dato il carattere un po' prolisso e formalmente sciatto dei commentari ulpiani. Cfr. ARANGIO RUIZ *Storia* 278.

(39) Cfr. GUARNERI *CITATI Indices* 2 e *Suppl.* sv. *ceterum*. Aggiungi BESELER *ZSS* 56. 36.

(40) La frase è ἡπαρὶ λεγόμενον nei Digesti (cfr. VIR sv. *collatio*) e fa il paio, per la sua imprecisione e sciattezza, con *collationem implere* (D. 37. 6. 1. 13 itp.; v. in proposito GUARINO cit. 168 e citazioni ivi) e con quante altre i bizantini sono stati indotti dalla loro involuta mentalità ad adoperare in luogo del classico e luminoso *conferre*.

(41) Interpretare lo *hic* nel senso di « in tal situazione », « in questo caso » sarebbe l'unico modo per accomunare sotto un unico autore le due glosse *ceterum - collationem* e *nam rell.*, che io ritengo distinte e successive l'una all'altra. Ma l'interpretazione sarebbe sforzata, come indirettamente prova lo scolio dei Basilici, che traduce lo *hic* in οὗτος.

sed hoc - dolo malo; 2) l'uso, anche in questa frase, di un costrutto personale (*hic - insidiatus est*) in antitesi alla costruzione impersonale del periodo *sed hoc - dolo malo*.

Ma il periodo si condanna soprattutto per il suo contenuto.

a) *Hic et sibi insidiatus est dà* (o tende a dare) alla esenzione dal conferimento un fondamento nuovo, contrario a quello edittale dianzi chiarito. Mentre nel resto del frammento vediamo che la regola edittale della pertinenza dei beni da conferire cede, limitatamente al caso del *dolus malus*, di fronte al criterio dell'*aquisto* e mentre vediamo che Ulpiano ed il suo primo glossatore rettamente chiariscono che non sono, dunque, da conferire i beni, che non solamente non fossero pertinenti all'emancipato, *moriente patre*, ma che non fossero nemmeno stati da lui prima acquistati (per poi sbarazzarsene *ante mortem patris*), la nuovissima glossa, pur nella sua assurda e nebbiosa formulazione, capovolge il sistema. Essa implica invero l'assunzione di un altro criterio, che non è più quello della pertinenza, bensì quello della frode, ed elimina il criterio derogativo del *dolus malus*: l'emancipato deve conferire tutti i beni, di cui sbarazzandosi, egli è venuto a danneggiare maliziosamente (*dolo malo*) i *sui heredes*, ma egli non deve del pari conferire i beni omessi di acquistare, perchè con questa omissione, mentre ha danneggiato i *sui heredes*, ha danneggiato nel contempo sè stesso. Ma questo non era certo il pensiero nutrito dal pretore, nè dai suoi commentatori (Ulpiano e il primo glossatore).

β) Nè il nuovo criterio sarebbe *a priori* condannabile, se non fosse per dippiù formulato in maniera poco degna di un giurista. Esso implica infatti — come sempre il concetto di frode — l'idea di un danno patrimoniale; ma il glossatore non solamente si compiace dell'adozione di uno svagato oggetto di persona (*insidiari sibi*, anziché *suis bonis* o altro), ma presceglie l'uso del verbo *insidiari*, che anche nel suo significato assoluto («mettere in pericolo») appare alquanto fuori di posto. Omettendo di acquistare l'emancipato non mette in pericolo il suo patrimonio (oltre che quello dei suoi eredi), ma — se mai — lo danneggia: se si vuole cioè adoprare questo discutibile argomento della diminuzione patrimoniale cui sarebbe collegata una omissione di acquisto⁽⁴²⁾, bisogna parlare di danno, e non di messa in pericolo. In verità il patrimonio dell'emancipato, come quello dei *sui heredes*, non può essere nè messo in pericolo, nè tanto meno danneggiato da una omissione di acquisti: meglio sarebbe dire che l'emancipato, come non

⁽⁴²⁾ Ma nessuna diminuzione patrimoniale discende e può discendere da una omissione di acquisto. Basterà che mi riporti per analogia al caso della *fraus creditorum* e alla ben nota regola di D. 50. 17. 134 pr. (Ulp. 21 ad ed.): *non fraudantur creditores, cum quid non adquiritur a creditore, sed cum quid de bonis demittitur*. Non vi è frode, cioè non vi è danno, nel caso di omissione di acquisti. Cfr. SOLAZZI *Revoca degli atti fraudolenti*² 237 s., il quale dimostra non classica, e più precisamente post-classica, la presente eccezione costituita dall'astensione del *suus heres* (D. 36. 1. 69. 1, 2; cfr. p. 112 e 239 s.).

danneggia il patrimonio dei *sui heredes*, così non reca vantaggio al suo stesso patrimonio. Ma tutto ciò non fa che confermare la glossa.

γ) Sin qui siamo di fronte ad un criterio non edittale impropriamente formulato. Ma il criterio è inoltre inesatto per diritto classico. Se *insidiatus est* non può riferirsi (come si è dimostrato) che ad una ipotesi di danno, cioè di frode⁽⁴³⁾, dobbiamo negare che un classico abbia potuto formulare quest'ultima. Il concetto di *fraus*, se anche non è sempre intimamente legato con quello di dolo, inerisce sempre ad un rapporto giuridico intercorrente fra *fraudator* e danneggiato, almeno nel diritto classico⁽⁴⁴⁾. Ora tale rapporto giuridico manca assolutamente fra *emancipatus* e *sui heredes*, nel tempo anteriore alla morte del padre (o anche, nel tempo anteriore alla *stipulatio collationis*). Può dunque concludersi che *nam - insidiatus est* altro non è, se non il parto infelice di un commentatore post-classico.

ε) L'autore della seconda glossa non è lo stesso della prima ed è presumibilmente a lui posteriore.

Ed invero: 1) che l'autore della seconda glossa non sia il medesimo dell'altra dimostra l'*hic*, che trovasi nel secondo, anziché nel primo periodo insidioso (*ceterum si - collationem*): se il glossatore fosse stato unico, ciò non sarebbe avvenuto; 2) che l'autore di *nam* rel. sia posteriore a quello di *ceterum-collationem* mi par chiaro, se si pensa che la frase *nam* rel. non ha senso vicino a *sed hoc - dolo malo*, mentre trova il suo presupposto proprio nella formulazione *ceterum - collationem*, che vorrebbe giustificare.

Propongo, in conclusione, la seguente ricostruzione del nostro testo:

ULP. 40 ^a ad ed.	I glossatore	II glossatore
<i>Confertum autem etiam si quid eius non fuerit, dolo malo autem factum sit quo minus esset: sed hoc sic accipiendum est, ut hoc demum conferatur, quod eius esse desinit dolo malo.</i>	<i>ceterum si id egit ne acquireret non venit in collationem.</i>	<i>nam hic et sibi insidiatus est.</i>

ANTONIO GUARINO

Professore incar. nella R. Università di Napoli.

⁽⁴³⁾ Ciò discende dal fatto che non è concepibile che si raggiri sè stesso (ipotesi di dolo), ma solo che — non volendolo — si danneggi sè stesso. Che danno equivalga a frode (e non sempre a dolo) è rilevato dal SOLAZZI cit. 112^a, 4.

⁽⁴⁴⁾ GUARINO cit. 62 s., con l'indicazione di un altro caso post-classico di frode in senso atecnico.