



REALE ISTITUTO LOMBARDO
DI SCIENZE E LETTERE

RENDICONTI

Vol. LXXII. — 3° della Serie III. — Fasc. 1.

Parte Generale e Atti Ufficiali

INDICE

Processo verbale dell'adunanza solenne del 30 ottobre 1938	Pag.	3
Processo verbale dell'adunanza del 17 novembre 1938.	»	4
Processo verbale dell'adunanza del 1° dicembre 1938.	»	5
Processo verbale dell'adunanza del 15 dicembre 1938.	»	7
Processo verbale dell'adunanza del 29 dicembre 1938.	»	9
Processo verbale dell'adunanza del 12 gennaio 1939.	»	10
Processo verbale dell'adunanza del 26 gennaio 1939.	»	11
Processo verbale dell'adunanza del 9 febbraio 1939.	»	13
Processo verbale dell'adunanza del 23 febbraio 1939.	»	14
Pubblicazioni pervenute in omaggio.	»	16
<i>Ad Conlegas Mediolanenses Salutatio annum 1939 bene ominatura (PATRONI)</i>	»	19
Programma dei Concorsi a Premi.	»	21
BRUNI G. Discorso del Presidente.	»	45
BRUNI G. Achille Ratti (S. S. Pio XI).	»	68
GALBIATI G. Commemorazione di Achille Ratti (S. S. Papa Pio XI).	»	71
MARIANI E. Carlo Fabrizio Parona.	»	98
RANELLETTI O. Il Partito Nazionale Fascista nello stato Italiano.	»	52

n. d. 3705

ULRICO HOEPLI

Libraio del R. Istituto Lombardo di Scienze e Lettere

1938-39 - MILANO - A. XVII



poichè — risolvendosi in un processo di chiarificazione naturale dell'esperienza penale alla luce dei suoi effettivi risultati e riflessi l'antico conflitto tra la scuola classica e positiva — il concetto di pena si orienta in senso prettamente giuridico, come affermazione e restaurazione dell'ordine di diritto nella e per la persona stessa del delinquente, la scienza criminologica sbocca a una concezione concreta e universale insieme della sanzione giuridica, accompagnata da una serie di provvedimenti di prevenzione e di sicurezza che rappresenta la forma di una continuativa e progressiva restaurazione, estensione, radicalizzazione dell'ordine di diritto nel sistema generale dell'eticità.

Certo l'impostazione del suo stesso problema proviene alla criminologia da un senso etico approfondito ed affinato attraverso le complesse e varie esperienze spirituali dell'età moderna. Certo alle analisi criminologiche sono di guida le scienze tutte biologiche, psicologiche, sociologiche, storico-culturali. Ma le precedenti osservazioni sembrano anche mostrare che la filosofia stessa — quando sia libera da presupposti dogmatici nella determinazione dei metodi teoretici e nella comprensione della vita spirituale — offre alla criminologia la coscienza del suo significato teoretico e pratico, ne garantisce la piena libertà di sviluppo anche oltre i limiti sinora raggiunti, ne conforta ed universalizza i risultati in una teoria generale della vita etica e della cultura spirituale. Giacchè la verità più alta a cui la filosofia sembra poter giungere è proprio questo concetto dello spirito come della potenza che in un'infinita dialettica oppone il negativo al positivo — il male al bene, l'errore al vero, il disumano all'umano — solo per trarre dal negativo una positività più concreta e più ampia, un più grande bene, un più universale vero, una più libera umanità.

SULL'ORIGINE DEL TESTAMENTO DEI MILITARI NEL DIRITTO ROMANO

Nota di ANTONIO GUARINO

(Adunanza dell'11 maggio 1939, XVII)

Sunto. — Si dimostra che il privilegio del *testamentum militis* non fu introdotto nel diritto romano da Giulio Cesare, ma soltanto da Tito: la menzione di Cesare in D. 29, 1, 1 pr. è interpolata. Conseguenze dottrinarie e storico-sistematiche di questo risultato. In particolare: rapporti fra il trattamento giuridico del *testamentum militis* e quello del *peculium castrense*.

1. — Una ipotesi dell'ARANGIO RUIZ (1), ampiamente confermata dal ritrovamento del Gnomon dell'Idiologo (2), ha già da tempo convinto la dottrina romanistica a distaccarsi dalla tradizionale opinione che il *testamentum militis* scervro di forme, riconosciuto nell'epoca imperiale, fosse una derivazione o un residuo dell'antichissimo *testamentum in procinctu* (3). L'origine storica del *testamentum militis* fu dall'ARANGIO RUIZ luminosamente scoperta nel fatto che l'*exercitus romanus* ebbe a comporsi, nell'epoca delle guerre civili a Vespasiano, in misura vieppiù impressionante con l'andar del tempo, di contingenti provinciali, sino ad essere — appunto sotto l'impero di Vespasiano — esclusivamente o quasi esclusivamente formato di militi oriundi delle provincie. « Da questa *ratio* della disposizione risultano anche i modi della sua applicazione pratica: non già che i soldati dichiarassero le loro ultime volontà in forme arbitrarie, bensì secondo il costume dei loro paesi di origine, ... e massime

(1) L'origine del « *testamentum militis* » e la sua posizione nel diritto romano classico, in *Bullettino dell'Ist. di dir. romano*, 18 (1906), p. 157 ss.

(2) Cfr. §§ 34, 35. V. anche su ciò *Atene e Roma*, 1922, p. 221 ss.

(3) Cfr. per tutti, nel nuovo senso, JÖRS-KUNKEL, *Römisches Recht*², § 204. 2, n. 2.

secondo il costume greco largamente diffuso nelle provincie ellenistiche; non già che beneficiassero ogni specie di stranieri, bensì i loro compatriotti di origine, e fra questi principalmente i congiunti » (1).

Questa acuta teoria è fondamentalmente inoppugnabile. Neanche essa sfugge tuttavia — come tutte le teorie veramente innovative — a critiche di dettaglio. Io ritengo, dal mio canto, che la dimostrazione dell'ARANGIO RUIZ si offra, così come è formulata dal suo autore ed accolta dalla romanistica moderna, ad un triplice ordine di obiezioni. — a) Obiezioni di ordine dommatico. L'A. R. nega che la *ratio* dell'istituto del *testamentum militis* sia quella *simplicitas*, quella *imperitia*, quella *ignorantia iuris*, che pur sono addotte dagli stessi mandati imperiali che concedono il privilegio (2), e vi sostituisce la propria ricostruzione storica. Ma dato che il fenomeno della virtuale saturazione dell'esercito romano con elementi provinciali non fu portato a compimento che con Vespasiano, e dato che il *testamentum militis* risulta concesso primamente (se pur come *temporalis concessio*) da Cesare (3), come giustificare il nostro istituto anteriormente al 69-79 d. C.? Ed inoltre, anche a voler considerare il solo tempo da Vespasiano in poi, dato che l'esercito non era solo formato da elementi provinciali, bensì (se pur in minima parte) anche da romani puro sangue, e dato ancora che i *militēs* non erano tutti oriundi delle medesime provincie, bensì delle provincie romane più varie, come poter configurare dommaticamente la *ratio* del *testamentum militis*, altrimenti che con la generica giustificazione della *simplicitas* dei militari? La *ratio legis* non va confusa con l'*occasio legis*. — b) Obiezioni di ordine sistematico. L'A. R., seguendo in ciò il FIRTING, si sbarazza della vecchia discussione circa i rapporti fra *testamentum militis* e *peculium castrense* (4): i due istituti non vanno ravvicinati troppo, giacché fioriscono in settori giuridici assolutamente diversi. Giustissimo. Ma il *peculium castrense* ed il *testamentum militis* sono peraltro accomunati, sistematicamente, dal fatto di essere

(1) Questa è la formulazione riassuntiva più recente dell'ARANGIO RUIZ: cfr. *Istitutus*, p. 524.

(2) Cfr. D. 29, 1, 1 pr., riportato *infra* num. 2.

(3) Cfr. ancora D. 29, 1, 1 pr., riportato *infra* num. 2.

(4) Cfr. *Bullettino* cit., p. 164, n. 2. Per le citazioni della dottrina anteriore, v. *infra* num. 4.

ambo privilegi militari, istituti tipici dell'*ius singulare* (1). Ora, dato che il testamento militare appare già concesso (ma soltanto come *temporalis concessio*) da Giulio Cesare, e dato che il *peculium castrense* appare stabilmente introdotto da Augusto (2), rimane inspiegabile come Augusto ed i suoi successori non abbiano rinnovata la concessione del *testamentum militis* e come questo si sia risvegliato da un più che secolare letargo soltanto con Tito. — c) Obiezioni di ordine storico. L'A. R. ammette, con l'unanime dottrina, che la *concessio* di Giulio Cesare fu sporadica e che il *testamentum militis* si ripresentò alla ribalta del diritto soltanto con Tito ed i suoi discendenti (3). Ma concepire storicamente uno svolgimento siffatto è presso che assurdo. Possibile che gli imperatori si siano ricordati, dopo qualche secolo, della vecchia concessione di Cesare, ritornandola in vita? E dato che si sia trattato di un puro ricorso storico, possibile che un giurista classico sia andato a rivangare per una tarda concessione imperiale l'antiquato ricordo del conquistatore delle Gallie? Ed in fine, dato che è ben presumibile, se non certo, che Cesare abbia abbondato in concessioni verso i suoi militi, perchè solamente per questa è stata fatta menzione di lui? O la *concessio* di Cesare ebbe un rilievo politico e giuridico particolarmente notevole — ed allora è oscuro perchè sia stata ripresa soltanto dopo un così *longum aevi spatium* —, o quella *concessio* non esorbitò dai limiti di un qualsiasi provvedimento occasionale di carattere militare — ed allora è oscuro perchè il ricordo di Cesare sia apparso nel commentario ulpiano.

(1) Parlo di *ius singulare* nel senso che noi moderni affidiamo alla parola (cfr., da ultimo, ARANGIO RUIZ *Istitutus* cit., p. 31 s.). In altro scritto (*Ius singulare*, di prossima pubblicazione) dimostrerò che la categoria dommatica *ius singulare* non appartiene al diritto classico, bensì è il prodotto di astrazioni scolastiche del diritto postclassico. Torna spesso, in materia di *testamentum militis* e di *peculium castrense*, la denominazione *ius militare*, ma è una pura denominazione di comodo, usata dai giuristi classici per poter raggruppare sotto un unico titolo espressivo disposizioni le più diverse attinenti ai militari, in contrapposizione con i civili: cfr., su questa terminologia e per una critica delle teorie che hanno addirittura cercato di costruire un sistema giuridico autonomo dell'*ius militare*, ARANGIO RUIZ *Bullettino* cit., p. 170 s., cui aderisce, da ultimo, ORESTANO *Ius singulare e privilegium in diritto romano*, estr. da *Annali R. Università Macerata* 11 (1937), p. 120, n. 2.

(2) Cfr. i testi citati *infra* num. 4.

(3) Cfr. *Bullettino* cit., p. 164.

Ognun vede che molte delle difficoltà che ancora presenta il tema delle origini del *testamentum militis* si accentrano intorno ad un punto: la menzione di Giulio Cesare, fatta da Ulpiano in D. 29, 1, 1 pr., come del primo creatore dell'istituto. Storicamente, dommaticamente, sistematicamente il *testamentum militis* si spiega soltanto come un prodotto dell'epoca imperiale già adulta, dell'epoca storica dei Flavi: fu solo allora che, per la estesa provincializzazione degli ambienti militari, la *simplicitas* dei militi acquistò un rilievo così preminente, da essere elevata a fondamento di un istituto di privilegio tanto importante; nè potremmo spiegarci altrimenti lo sviluppo pienamente autonomo seguito dall'altro privilegio militare del *peculium castrense*.

Qui mi propongo di additare la via per il superamento di queste difficoltà, che incontra sul suo cammino la ricostruzione storica della teoria del *testamentum militis*. Anche su questo punto è compito di una accorta ma inflessibile critica esegetica di tagliar netto il nodo delle contraddizioni.

2. — Tutta la nostra scienza circa le origini storiche ed il fondamento dommatico del *testamentum militis* si basa su un testo della compilazione, che mi piace riportare per intero.

D. 29, 1, 1 pr. (Ulp. 45 ad ed.) Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Iulius Caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat. postea vero primus divus Titus dedit: post hoc Domitianus: postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque et Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale. Caput ex mandatis: « Cum in notitiam meam prolatur sit subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam: secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris ».

(1) Miles autem appellatur vel a militia, id est duritia, quam pro nobis sustinent, aut a multitudine, aut a malo, quod arcere milites solent, aut a numero mille hominum, ductum a Graeco verbo, tractum a tagmate: nam Graeci mille hominum multitudinem *τάγμα* appellant, quasi millensimum quemque dictum: unde ipsum ducem *χιλίαρχον* appellant. exercitus autem nomen ab exercitatione traxit.

Già da parecchio il frammento ulpiano ha dato la stura a dubbiezze e discussioni molteplici. Si è discusso, soprattutto, circa il significato della frase *sed ea concessio temporalis erat*, la quale segue immediatamente, a mo' di limitazione, la dichiarazione iniziale, che Giulio Cesare fu il primo a concedere il privilegio. Mentre alcuni si sono attenuti alla interpretazione più semplicistica, che cioè la *concessio* di Giulio Cesare ebbe a terminare automaticamente con la morte di lui (1), altri hanno, con maggior ponderazione, avanzata la spiegazione che Giulio Cesare pensasse *a priori* di limitare alla durata del proprio regime politico la concessione del privilegio (2); altri, infine, senza far mostra di fermarsi a sottilizzare sul significato letterale della frase, ne hanno pienamente accettata la dichiarazione in rapporto al fatto che il privilegio, concesso la prima volta sporadicamente da Cesare, non accennò a divenire usuale che con i Flavi (3). Tre spiegazioni diverse, che si accordano tuttavia nell'essere per nulla affatto soddisfacenti. Non soddisfa di certo la prima, perchè — a parte le obiezioni dianzi genericamente svolte — è inammissibile che Ulpiano abbia potuto dire che la *concessio temporalis erat*, volendo significare che invece essa *temporalis fuit*. Nè tanto meno resiste alla critica la seconda, se si pensa che essa, non soltanto sforza (e molto) la lettera del testo ulpiano, ma contraddice al concetto stesso del privilegio militare circa la *libera testamenti factio* dei *milites*: che la concessione fosse limitata e dovesse essere *a priori* considerata da tutti come limitantesi alla durata del potere politico del concedente, era ovvio, sì che non v'era necessità di dichiararlo, mentre l'averlo dichiarato per Giulio Cesare potrebbe implicare, d'altra parte, che Tito ed i suoi successori intendessero la concessione come perpetua, il che sarebbe stato semplicemente ridicolo (4). L'unico significato

(1) In questo senso è il MÜHLENBRUCH *Fortsetzung des Glücks-Kommentars*, vol. 42, p. 26.

(2) Così FERRING *Das castrense peculium*, Halle 1871, p. 10.

(3) ARANGIO RUIZ *Bullettino* cit., p. 158: « ... il *t. militis*, a parte la *temporalis concessio* di Cesare, non ebbe sviluppo autonomo che a partire dall'età dei Flavi... ».

(4) Invece proprio il fatto che Tito ed i suoi successori rinnovarono di volta in volta la concessione, sin che essa divenne tralatizia nei mandati imperiali, dimostra, se pure è necessario, che ciascuno dei Flavi non considerò affatto come perpetua nè la *concessio* del predecessore, nè quindi la propria.

plausibile della frase in discussione, quando non la si esamini peraltro da vicino e col metro della sintassi, è quello di una constatazione del carattere sporadico della concessione di Giulio Cesare, la quale fu ripresa e rinnovata soltanto a distanza di un secolo da Tito e dai suoi successori: ma deve essere appunto questa stonatura, questa innegabile discrepanza fra l'ambiguo significato letterale ed il necessario significato logico della frase, a darci adito a sospettare che essa non provenga dallo stilo di Ulpiano.

Ed il sospetto iniziale si corrobora quando, con un'analisi più accurata, si cerchi di penetrare il senso, per vero non perfettamente chiaro, del periodo ulpiano. Giulio Cesare viene dunque additato come colui che *primus* concesse ai militi la facoltà di testare *quomodo volent, quomodo poterint*. Ma seri dubbi vanno elevati circa la fondatezza di questa indicazione: essa è — lo ripeto — altamente inverosimile, non tanto perchè forse il *testamentum in procinctu* non era ancora, ai tempi di Cesare, del tutto scomparso (1), quanto perchè è incredibile che Cesare, in un periodo di disfacimento della compagine repubblicana ma non certo ancora orientato verso il sistema augusteo del principato, sia potuto giungere a tanto da concedere la *libera testamenti factio* ai militari, e da concederla, a quanto pare, con la stessa ampiezza con cui essa fu ammessa dai Flavi e consacrata nei mandati dei loro successori (2). Nè basta. Contraddizione patente si ha — è inutile negarlo — fra le due affermazioni *primus quidem divus Iulius Caesar concessit* e *postea vero primus divus Titus dedit*: o fu primo Cesare, e non fu primo Tito, o fu primo Tito, e non fu primo Cesare. E non si obietti che la contraddizione è eliminata dalla frase *sed ea concessio temporalis*

(1) È quanto sostiene lo Zocco Rosa in *Annuario dell'Istituto di Storia del diritto romano di Catania*, 8 (1901-1902), p. 125 ss., confutato dall'ARANGIO RUIZ *Bullettino* cit., p. 158 (specialm. nn. 3-4). Non pare contestabile la opinione della migliore dottrina (in questo senso JÖRS-KUNKEL *Röm. R.* cit. § 203, 1) che l'antico *testamentum in procinctu* sia caduto, a partire da circa il 150 a. C. in desuetudine.

(2) Strano poi che di questa concessione di Giulio Cesare non si abbia alcuna altra notizia, mentre egli stesso, ed altri ancora, tanto si sono diffusi sulle vicende della sua vita militare e politica. Degno di nota è che Cicerone (*de nat. deor.* 2, 3; *de oratore* 1, 53) si lagna della scomparsa del *testamentum in procinctu*, dando mostra di ritenerlo l'unico modo di cui potrebbero avvalersi i militari, onde disporre *mortis causa* durante le campagne e nell'imminenza delle battaglie.

erat: così vorrebbe essere, ma così non è. Invero, dato e non concesso che quella frase sbiadita provenga proprio da Ulpiano, quale che sia la interpretazione che se ne voglia accogliere, rimane sempre che la *concessio* fu *temporalis* per Tito alla stessa maniera come fu *temporalis* per Cesare: tanto per l'uno quanto per l'altro si trattò, a distanza di più di un secolo, di una concessione della medesima ampiezza (*libera testamenti factio*) e parimenti limitata nel tempo alla durata del loro potere. Non può credersi, in conclusione, che lo stesso giurista — con o senza la frase *sed ea concessio temporalis erat* — abbia potuto assegnare la priorità nella concessione del *privilegium* tanto a Cesare, quanto a Tito: o l'una o l'altra assegnazione di priorità è indubbiamente posticcia. Ed io penso che, nel concorso della menzione di Cesare e di Tito, bisogna dare, per una volta tanto, a Tito quel che è di Tito e bisogna riconoscere perciò che solamente quest'ultimo introdusse a favore dei militari la *libera testamenti factio*. Ammesso infatti il carattere insitico della proposizione *sed ea concessio temporalis erat*, e preso atto di ciò, che l'unico possibile significato di essa è nella constatazione del carattere sporadico della concessione di Giulio Cesare, chiaro è che il glossatore di Ulpiano non avrebbe aggiunto *postea vero primus divus Titus dedit*, bensì presumibilmente solo *postea vero divus Titus dedit*: il secondo *primus* non si giustifica, nel nostro frammento, se non ammettendo che già figurasse nel testo genuino ulpiano. Quivi mancava invece la prima dichiarazione (e cioè *primus quidem divus Iulius Caesar concessit*) ed il commentatore postclassico — stante il *primus*, che già qualificava Tito rispetto alla concessione del *testamentum militis* — doveva quanto meno dire che Cesare (al quale era dedicata la sua osservazione marginale) era stato lui il primo, il vero *primus* a concedere il privilegio (1).

Certo è che non siamo di fronte ad un emblema dei commissari giustiniane. Difficile è ammettere che possa essersi trattato giusto di loro, perchè essi non avrebbero perso il tempo a resuscitare il ricordo di Giulio Cesare. Ma un lettore postclassico sì. Io congetturo senza esitazione che il frammento di Ulpiano sia passato per le mani di un glossatore pedante e completomane,

(1) Il commentatore postclassico avrebbe anche dovuto cancellare, a rigore, il *primus* che nel testo ulpiano precedeva *divus Titus*. In ogni caso, ben altro sarebbe stato se egli stesso avesse scritto quel *primus*, ed altro è che egli invece abbia ommesso di cancellarlo.

che si è deliziato a postillarlo in maniera minuta e balorda, ma fortunatamente visibile. Se stramba reminiscenza saccente è la menzione di Cesare come primo elargitore del privilegio, riempitivo da completomane è il *post hoc Domitianus*, frase sgrammaticata ed inelegante (*post hoc!*), con la quale si è tenuto ad indicare l'imperatore intermedio fra Tito e Nerva, Domiziano.

E si noti, a complemento di questi cenni, che postclassico, e probabilmente dello stesso commentatore pregiustiniano (1), è tutto il paragrafo 1, del quale il giurista classico avrebbe potuto soltanto arrossire. Non mi sfugge che anche i giureconsulti dell'età aurea erano alquanto dilettaanti in materia di etimologie, ma da questa verità sino all'ammettere che Ulpiano potesse addirittura scrivere la filza di osservazioni banali che si leggono in D. 29, 1, 1, 1 ci corre, e molto. *Vel ... aut ... aut ...* è già indizio grave della provenienza non classica di questo paragrafo. Si aggiunga poi che Ulpiano avrebbe scritto, se dovessimo prestar fede al testo, che *miles ... appellatur a militia, id est duritia* (!) *quam pro nobis sustinent*, e che, se anche il costrutto non fosse scompaginato, l'osservazione ora riportata rimarrebbe pur sempre di una scipitaggine esemplare. E che dire delle etimologie *miles a multitudine*, oppure *a malo, quod arcere milites solent*, o infine *a numero mille hominum* con tutto lo scomposto conversare sul *rayua* che segue (2)? E cosa c'entra l'etimologia di *exercitus*? E perchè, da ultimo, tutto questo complesso di etimologie strampalate, gettato lì alla rinfusa come merce di scarto su un banchetto alla fiera? La tesi dell'inquinamento postclassico si impone (3).

Io ritengo, per concludere su questo punto, di dover proporre la seguente ricostruzione di D. 29, 1, 1:

(1) Salvo le parole *ductum a Graeco verbo tractum a tagnate*, su cui v. *infra* n. 2.

(2) Il MOMMSEN, non sospettando la genuinità di questo paragrafo, proponeva tuttavia la espunzione di *ductum a Graeco verbo tractum a tagnate*, parole di evidentissimo carattere glossatorio rispetto alla menzione del *rayua*. Io ritengo invece che queste parole siano un glossema apposto alla glossa primitiva del dettato ulpiano.

(3) Le parole *caput ex mandatis*, con le quali viene introdotto il riferimento letterale dei mandata sul *testamentum militis*, sono riconosciute inesistenti da tempo: v. *Index interpolationum* s. h. t..

Ulp. 45 ad ed.

Commentatore postclassico.

Militibus liberam testamenti factionem (a) *primus divus Titus dedit*: (b) *postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque et Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale* (c): "*Cum in notitiam — testatoris* „ (d).

(a) *primus quidem divus Iulius Caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat. [postea vero]* (1)
(b) *post hoc Domitianus:*

(c) *Caput ex mandatis*

(d) *Miles autem — traxit.*

3. — Non insisterò oltre sul punto che il fondamento razionale del *testamentum militis* non può essere altro che quella *simplicitas*, di cui appunto parla il *caput ex mandatis* riferito da D. 29, 1, 1 pr.. Il contestarlo significa, a mio avviso, creare discussioni su punti che dovrebbero essere pacifici per la loro stessa evidenza.

ALL'ARANGIO RUIZ, che tende a fare del frutto della sua intuizione storica circa le origini del privilegio la *ratio*, addirittura, del medesimo, io mi permetterei di obbiettare questo. Come egli ha (e molto giustamente) criticata la teoria che la ragione del *testamentum militis* fosse da ricercare nelle difficoltà del tempo di guerra — soprattutto in base alla considerazione che il milite godeva del privilegio anche in tempo di pace (2) —, così, con ragionamento analogo, può dirsi contro la sua teoria che non tutti i *milites* erano poi oriundi delle provincie, che in ogni caso, anche se ridotti a pochi, i soldati originari di Roma rimanevano sempre la regola, di fronte alla eccezione rappresentata da quelli di altra origine. L'ARANGIO RUIZ ha enunciato perciò, se mai, il fondamento storico, ma non certo quello razionale della concessione imperiale del privilegio.

Per ricercare la *ratio* del *testamentum militis*, bisogna contentarsi di un elemento più astratto e generico: intendo dire la *simplicitas*, la *imperitia*, la *ignorantia iuris* dei militari, ed

(1) *Postea vero* è il segno della giunzione della glossa postclassica con il testo genuino di Ulpiano. Se tale giunzione sia avvenuta ad opera dei compilatori giustiniane, o pur di un qualche precedente scriba, è questione che non possiamo risolvere e ch'è, comunque, inutile.

(2) Cfr. *Bullettino* cit., p. 167 ss..

in specie dei militari di professione. Solo questa giustifica nella sua interezza, in ogni suo lato, il *testamentum militis* da un punto di vista dogmatico, anche se in pratica i singoli imperatori, rinnovando la concessione, avranno di volta in volta tenuto sempre maggiormente presente la opportunità di andare incontro alla inesperienza dei militi oriundi delle province. — Se anche, insomma, il *caput ex mandatis* non ci avesse esplicitamente attestato la ratio del *testamentum militis*, rappresentata dalla *simplicitas* dei militari, proprio a questo concetto della *simplicitas* avremmo dovuto far ricorso per chiarirci dommaticamente il perchè dell'istituto.

4. — Oscuro è rimasto, fin oggi, perchè i due massimi istituti dell'*ius militare* romano (1) — *testamentum militis* e *peculium castrense* — non presentino interferenza alcuna nei loro regolamenti. La romanistica del secolo scorso si è espressa in vario senso, ma senza raggiungere risultati concreti e soprattutto, a mio avviso, senza ben quadrare la questione.

L'istituto del *peculium castrense* fu introdotto dall'imperatore Augusto, come le fonti seguenti ci attestano:

Ulp. Reg. 20, 10: ...divus Augustus [Marcus] (mandatis) (2) constituit, ut filius familiae miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit.

Inst. 2, 12 pr.: ...quod quidem initio tantum militibus datum est, tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervae, nec non optimi imperatoris Traiani; postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est.

Il privilegio consistette dunque, in origine, nella concessione fatta ai *fili familiarum* in attività di servizio militare di testare liberamente sopra i beni che essi avessero acquistato *in castris*. Tali beni formavano di già, a quanto pare, una sorta di patrimonio materialmente separato da quello rimanente del *miles (sui iuris)*, o del *paterfamilias del miles (alieni iuris)*, un *peculium*.

(1) Sul significato della locuzione *ius militare*, v. le precisazioni svolte *retro* pag. 357, n. 1.

(2) Gli editori si limitano in generale ad espungere la curiosa ed inspiegabile menzione di *Marcus*. A me pare di poter aderire all'arguta congettura del FITTING, *Peculium cit.*, p. 12 s., che *Marcus* sia il risultato di un guasto del termine *mandatis*.

castrense (1). Il privilegio non dovette consistere in altro, nei primi tempi, che nel dare sanzione giuridica ad una situazione di fatto: quella per cui il *peculium castrense* del *filius familiae* era, per necessità di cose, sensibilmente indipendente dal patrimonio del *pater*.

Ora, già la dottrina dello scorso secolo si fece non poca meraviglia del fatto che i due istituti del *testamentum militis* e del *peculium castrense* apparissero, anche nella contingenza relativa alla loro prima introduzione, del tutto indipendenti. Vi fu chi ritenne che il *divus Iulius Caesar* di D. 29, 1, 1 pr. altri non fosse che lo stesso Augusto (2), e chi ritenne, viceversa, che il *divus Augustus* di Ulp. Reg. 20, 10 e di Inst. 2, 12 pr. altri non fosse se non lo stesso Cesare (3); altri ancora sostennero, con una certa qual disinvoltura bisogna dire, che il privilegio del *peculium castrense* era implicito in quello del *testamentum militis*, sì che la concessione del divo Augusto fu in sostanza la ripetizione di un *minus* contenuto già nel *maius* concesso da Cesare (4). Ma il contrasto rimaneva tal qual era, nè a risolverlo bastò la giusta affermazione del FITTING (5), pur oggi universalmente seguita (6), per cui ogni contraddizione veniva negata, in quanto che i due istituti fiorirono in sfere giuridiche assolutamente diverse. Qui stava appunto il problema: perchè i due istituti si svolsero così separati e come mai il *peculium castrense*, essendo stato introdotto dopo il *testamentum militis*, non fu, come pur sarebbe stato logico, nè regolato nè giuridicamente trattato quale uno speciale capitolo della teoria relativa al testamento dei militari?

Degna di considerazione è la circostanza che, in materia di *peculium castrense* così come in materia di testamento dei militari, difetta nel modo più assoluto qualunque attestazione più esplicita delle fonti circa le concessioni fatte dai primi impera-

(1) Cfr., in questo senso, FITTING, *Peculium cit.*, p. 18 n. 10: « Und sehr wohl möglich, dass davon und nicht von dem gewöhnlichen peculium der Sklaven und Kinder die Benennung unseres Institutes ausgegangen ist ».

(2) Cfr., da ultimo, FITTING, *Ueber den Begriff der Rückziehung*, p. 10 n. 9.

(3) V., per le citazioni, FITTING, *Peculium cit.*, p. 15 n. 5.

(4) Cfr., per le citazioni, FITTING, *Peculium cit.*, p. 15 n. 6.

(5) *Peculium cit.*, p. 16 ss.

(6) Cfr. infatti la adesione dell'ARANGIO RUIZ, *Bullettino cit.*, p. 164 u. 2.

tori e che, soprattutto, soltanto dal secondo secolo in poi paiono i giuristi occuparsi un pochino (con l'andar del tempo, sempre un pò di più) tanto del primo, quanto del secondo istituto (1). Questo disinteresse della giurisprudenza è, in relazione al *testamentum militis*, addirittura sorprendente: trattavasi, in questo caso, di un privilegio generale, il quale importava una eccezione troppo notevole al sistema ereditario romano, perchè non potesse interessare anche e soprattutto — se veramente fosse stato introdotto da Giulio Cesare — i giuristi anteriori a quelli dell'epoca adrianea, e cioè Giuliano e Pomponio, che paiono invece essere stati i primi a parlarne (2). Anzi — sempre che si tenesse per vera la introduzione del *testamentum militis* operata da Cesare — il disinteresse della giurisprudenza romana sino al secondo secolo dovrebbe produrre sorpresa anche in ordine al *peculium castrense*. Quest'ultimo è un privilegio particolare e limitato di cui può concedersi che sia esistito qualche tempo ai margini del diritto, sì da non generare appositi commenti giurisprudenziali (3), ma se esso fosse venuto in vita dopo il *testamentum militis* non avrebbe potuto che incardinarsi in questo, che rappresentarne una applicazione particolare rispetto al *militis filifamiliarum*; o perlomeno avrebbe dovuto la *temporalis concessio* di Cesare ripetersi, ad opera di Augusto, limitatamente ai *castrensia peculia* dei *milites*. Ma in questo caso non ci sapremmo spiegare perchè la evoluzione storica posteriore del *peculium castrense* abbia assunto caratteri così spiccati di indipendenza rispetto a quella del *testamentum militis*; non ci sapremmo spiegare perchè, in una parola, il *peculium castrense* non si sia storicamente sviluppato secondo la

(1) L'osservazione è stata già fatta dal FITTING, *Peculium cit.*, p. 20 n. 12. I giuristi più antichi che paiono occuparsi (ma molto di sfuggita) dell'istituto del *peculium castrense* sono Giuliano (D. 38, 2, 22; 39, 6, 15) e Pomponio (D. 38, 17, 10 pr.; 49, 17, 10). Anche per il *testamentum militis* i giuristi che primi ne parlano sono Giuliano (D. 29, 1, 20; 17, 1) e Pomponio (D. 29, 1, 3). Come giustamente osserva il FITTING, quello che veramente stupisce si è che ambedue gli istituti non paiono menomamente trattati, malgrado l'enorme interesse che avrebbe dovuto suscitare nel mondo della giurisprudenza, da giuristi anteriori: nemmeno un richiamo si ha infatti ai predecessori di Giuliano e Pomponio.

(2) Cfr. *retro* n. 1.

(3) È indiscutibile, infatti, che la genesi dei *privilegia* presentasse un carattere eminentemente politico. Cfr., da ultimo, sull'argomento, ORESTANO, *Annali Macerata cit.*, p. 106 ss.

direttrice della facoltà di testare concessa ai *filifamiliarum*, secondo la direttrice, tanto divergente, del carattere peculiare dei *bona castrensia* (1).

La conclusione storica dianzi raggiunta nel campo esegetico tranquillizza circa il silenzio della giurisprudenza anteadrianea e circa l'autonomo sviluppo subito dai due istituti in esame. Da Augusto a Nerva il *peculium castrense*, sorto come privilegio a carattere essenzialmente politico, seguì una sua linea progressiva di sviluppo, che lo portò ad immettersi nella teoria dei rapporti giuridici patrimoniali della famiglia romana; solo molto tempo dopo Augusto, con Tito, fu introdotto il nuovo ed amplissimo privilegio del *testamentum militis*, che, anch'esso al tempo di Nerva (*qui plenissimam indulgentiam in milites contulit*), entrò a far parte del sistema giuridico romano, in un campo naturalmente ben diverso, cioè nel settore del diritto ereditario generale.

La vera ragione per cui la connessione fra *testamentum militis* e *peculium castrense* rimase, nel diritto romano, entro la sfera del generico e per cui non può farsi leva sull'uno ai fini dello studio dell'altro, sta, per concludere, in ciò: che il *peculium castrense*, istituto anteriore, aveva ormai già raggiunta una sua approssimativa fisionomia e sistemazione dommatica, quando venne introdotto nel mondo del diritto il testamento dei militari.

(1) Sullo sviluppo storico del *peculium castrense* come *peculium*, almeno per un primo periodo del diritto classico, cfr. FITTING, *Peculium cit.*, p. 92 ss..



REALE ISTITUTO LOMBARDO
DI SCIENZE E LETTERE

RENDICONTI

Vol. LXXII. — 3° della Serie III. — Fasc. 1.

Parte Generale e Atti Ufficiali

INDICE

Processo verbale dell'adunanza solenne del 30 ottobre 1938	Pag.	3
Processo verbale dell'adunanza del 17 novembre 1938.	»	4
Processo verbale dell'adunanza del 1° dicembre 1938.	»	5
Processo verbale dell'adunanza del 15 dicembre 1938.	»	7
Processo verbale dell'adunanza del 29 dicembre 1938.	»	9
Processo verbale dell'adunanza del 12 gennaio 1939.	»	10
Processo verbale dell'adunanza del 26 gennaio 1939.	»	11
Processo verbale dell'adunanza del 9 febbraio 1939.	»	13
Processo verbale dell'adunanza del 23 febbraio 1939.	»	14
Pubblicazioni pervenute in omaggio.	»	16
<i>Ad Conlegas Mediolanenses Salutatio annum 1939 bene ominatura (PATRONI)</i>	»	19
Programma dei Concorsi a Premi.	»	21
BRUNI G. Discorso del Presidente.	»	45
BRUNI G. Achille Ratti (S. S. Pio XI).	»	68
GALBIATI G. Commemorazione di Achille Ratti (S. S. Papa Pio XI).	»	71
MARIANI E. Carlo Fabrizio Parona.	»	98
RANELLETTI O. Il Partito Nazionale Fascista nello stato Italiano.	»	99

n. d. 3705

ULRICO HOEPLI

Libraio del R. Istituto Lombardo di Scienze e Lettere

1938-39 - MILANO - A. XVII

