Annus VIII - IX 1942 - 43 Fasc. I

PONTIFICIUM INSTITUTUM UTRIUSQUE IURIS

STUDIA ET DOCUMENTA HISTORIAE ET IURIS

DIRECTOR

AEMILIUS ALBERTARIO

CONSILIUM DIRECTIONIS

VALENTINUS CAPOCCI - JOSEPHUS ERMINI - JOHANNES IAROS
† BERTRANDUS KURTSCHEID - ARCADIUS LARRAONA - GUISCARDUS MOSCHETTI
JOSEPHUS PASQUAZI - SALVATOR RICCOBONO - FRANCISCUS ROBERTI
ANGELUS SILVAGNI

ROMAE
APOLLINARIS
PIAZZA S. GIOVANNI IN LATERANO, 4

materiali necessarii alla vita della società domestica stessa (*res mancipi*, schiavi compresi). Questa tesi, non nuovissima, è intimamente legata, per me, a quella della genuinità di *familia pecuniaque*.

Quanto al versetto "*paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legasset, i. i. e.*", io condivido pertanto, se bene per motivi alquanto diversi, la opinione che esso rappresenti il sistema del XII tavole molto meglio delle varianti a noi note. Non mi convince, peraltro, la condanna spietata, che l'A. opera in ordine ai testi che portano le varianti. È certo che le varianti in parola non hanno niente a che fare con il testo decemvirale, ma è pur certo che esse (sopra tutto la variante "*suae rei*" o "*de sua re*") corrispondono meglio del versetto ciceroniano allo stato del diritto romano classico. Nell'epoca classica, perdutosi l'originario significato di *familia*, le dodici tavole furono citate *ad sensum*: una formulazione più generale fu quella "*suae rei*", attestata da Gaio e da Pomponio, e raccolta da Giustiniano; una formulazione più vicina esteriormente all'originale, ma comunque strettamente imparentata nella sostanza con la prima, fu quella "*super pecunia tutelave suae rei*", ove la menzione della tutela fa la sua apparizione anche perchè i testi relativi (di Ulp. reg. e di Paolo) si occupano specificamente di quell'istituto.

4. — Non è il caso di addentrarsi oltre, in questa sede, nella discussione dei varî problemi. Io credo che i cenni sin qui forniti siano tali da dimostrare la fondatezza di un giudizio buono e, nel contempo, meno buono dell'opera che si recensisce.

L'A. ha ripreso a dissodare un campo particolarmente fecondo, quale è quello della nozione e della terminologia del patrimonio in diritto romano, dando prova di buona capacità nell'impresa. Attendiamo con interesse la continuazione di questo lavoro, solo augurandoci che la Lepri voglia un po' frenare, per il bene delle sue stesse tesi, l'esuberante temperamento critico.

ANTONIO GUARINO

CASTELLO CARLO, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano* — Milano, Giuffrè, 1942, p. XII-167, L. 30.

1. — In questo volume — terzo della collezione genovese dedicata ad Agostino Poggi — il Castello raccoglie tre studi di diversa ampiezza, che mirano ad un unico scopo: tentare di meglio intendere la vita della famiglia e della gente nei rapporti interni e con la "*civitas*" ed accertare "se, come e quando il diritto di questa [la *civitas*] intervenga per riconoscere, tutelare e ad un tempo limitare la grandissima libertà d'azione di cui gode ognuno di questi consorzi, facilitando così la loro comune convivenza in uno stesso territorio" (v. Introduzione).

2. — Il primo studio, che è il più lungo (p. 1-65), tratta dell'origine delle *gentes* romane e della loro partecipazione alla *civitas*. Nel primo capitolo l'A. esamina gli assai scarsi elementi di cui disponiamo per la conoscenza dell'origine delle *gentes*, insiste sul punto che queste non ebbero tutte lo stesso processo genetico e conclude che "è estremamente difficile penetrare nel problema" (p. 16). Il capitolo successivo analizza le singole manifestazioni della solidarietà gentilizia (*nomen* gentilizio, *sacra*, *sepulchra*, proprietà gentilizia), con speciale riguardo a quelli che ne sono i riflessi giuridici, dei quali trarrà frutto la *civitas* nel processo di accentramento dei poteri e di disgregamento delle *gentes*. Questo studio è integrato dall'indagine volta a stabilire i rapporti interni ed esterni (con altri gruppi politici e con la stessa *civitas*) della *gens*; indagine che forma oggetto del terzo capitolo. Il quarto capitolo, infine, riesamina in succinto il grave problema della estraneità originaria della organizzazione gentilizia rispetto alla *plebs*, mettendo in luce (con qualche richiamo comparatistico ad analoghe situazioni medioevali) il diverso modo di formazione delle singole genti plebee. L'A. conclude la sua trattazione ponendo in rilievo, tra l'altro, che essa ha servito a chiarire perchè alcune fonti (D. 50. 16. 195. 2 e 4, Varro de ling. lat. 8. 4, Isid. orig. 9. 2. 1) definiscono la *gens* dal punto di vista dell'elemento genetico, scambiandola in certo modo con la famiglia, mentre altre fonti (Fest. sv. gentiles, Cic. top. 6. 29) basano la loro definizione esclusivamente sul *nomen*: ciò è dovuto — secondo che è, del resto, generale insegnamento della dottrina — alla

molteplicità di elementi (di generazione, di aggregazione politica, religiosa, economica) che hanno concorso, con maggiore o minore intensità, a seconda dei casi, alla formazione degli organismi gentilizi.

Il secondo studio, di due capitoli (p. 67-120), riguarda i limiti alla *potestas* del *paterfamilias* nell'epoca regia e repubblicana. Nel primo capitolo il Castello esamina i limiti imposti al *paterfamilias* dal fatto della convivenza in una più ampia comunità politica (*civitas*); nel secondo egli si addentra nell'interessante analisi dei rapporti che vengono a stabilirsi, entro la *familia* romana, tra il *pater* e i suoi subordinati. L'A. nega a ragione che si possa rettamente parlare di un potere "sovrano" del *pater* sui membri soggetti della *familia* e ritiene che si debba più genericamente parlare di poteri "politici" spettanti al *paterfamilias* e riconosciuti dallo stato ancora in epoca repubblicana, salvo l'apposizione al loro esercizio di sempre più grandi e numerosi limiti: certo è che ancora in epoca molto progredita il *paterfamilias* non è tenuto a rispondere di alcuno dei suoi atti verso i propri subordinati, "ma solo verso i terzi (assieme al suo consorzio) e verso la *civitas* (anche per atti dei suoi sottoposti da lui non puniti)" (p. 117 s.). Il che porta ulteriormente l'A. a concludere che "l'ordinamento giuridico romano tutela gli interessi dei soggetti al *pater* senza conferire ai loro titolari il diritto di pretenderne la soddisfazione.... riconosce quindi ad essi un interesse a seconda dei casi legittimo oppure semplice", anzi, almeno sino alla fine della repubblica, solo un interesse semplice alla tutela contro i soprusi del *paterfamilias* (p. 119).

Nel terzo studio (p. 121-154) il Castello intende precisare se il complesso delle norme regolanti i rapporti tra *adgnati*, *cognati*, *adfines* ebbe rilevanza nel diritto arcaico e quale fu la precisa importanza di dette categorie giuridiche nell'epoca classica. Egli pensa che "la tesi della preesistenza nel mondo giuridico romano della *adgnatio* alla *cognatio* si debba considerare priva di fondamento" (p. 140); che i giureconsulti classici ebbero — sin dall'epoca della *lex Cincia* e dell'introduzione della *bonorum possessio unde cognati* — un concetto unitario della *cognatio* (*cognatio naturalis* relativamente ai rapporti di generazione per linea femminile, *cognatio civilis* o *legitima* relativamente ai rapporti di *adgnatio*), che infine sin dal diritto romano arcaico fu presa in considerazione, accanto alla *adgnatio* e alla *cognatio* ed in correlazione con esse, l'*adfinitas*. Sul che torneremo fra poco.

3. — Un giudizio di assieme sui tre contributi romanistici del Castello non è facile, dato che essi, pur essendo — come l'A. ci dichiara — frutto di un'unica ricerca, appaiono in realtà alquanto

ininterdipendenti. L'A. mi conceda, comunque, di azzardare un modesto rilievo di carattere generale.

Anche in questo lavoro, come in altri suoi precedenti, il Castello dà prova di un'accortezza di ricerca e di una sorvegliatissima cautela di formulazioni, che sono certo da tenersi in moltissimo conto; senonchè avviene talvolta, nel corso della lettura, di chiedersi se le accennate qualità non siano per avventura eccessive e non dipendano da un soverchio amore latente, da parte dell'A., per le conciliazioni eclettiche tra le opposte teorie. È una critica, questa, che il Castello non manca di prevedere, allorquando si fa ad esporre i risultati alquanto conciliativi del suo primo contributo, e dalla quale egli si difende (p. 65), affermando che "ciò non dipende da un desiderio di conciliare ecletticamente i risultati della dottrina ma dall'applicazione di un metodo, che trova quindi da queste conclusioni maggiore conferma". Ma il metodo che l'A. predilige — ce lo dice ancora egli nella premessa allo stesso primo contributo (p. 1 ss.) — consiste appunto nell'adottare un indirizzo di ricerca "intermedio", che è quanto dire eclettico, tra la corrente critica ed evoluzionistica e la vecchia corrente comparatistica: giustamente riluttando dall'ipercriticismo storiografico dei Pais e dei Meyer, l'A. intende rivendicare l'attendibilità, entro certi limiti, delle fonti letterarie relative alle origini di Roma ed alla vita preromana. Tuttavia altro è rivalutare le fonti letterarie entro i limiti di attendibilità che loro impone il metodo critico, altro è ritenere che il "metodo" comparatistico debba ritornare in onore presso gli storici, che esso vada posto cioè sullo stesso piano del metodo critico. Il metodo comparatistico è ormai definitivamente sorpassato e l'unico metodo legittimo e sano della scienza storica moderna è quello critico: salvo che la migliore dottrina moderna, ripudiando gli eccessi cui si era giunti in un non lontano passato, allarga provvidenzialmente il suo campo di indagine e di valutazione critica dei dati e non teme di mettere oggi a profitto le stesse malfide fonti letterarie, di cui si sente e si sa finalmente in grado di apprezzare il valore nella sua giusta misura.

La tesi critica dell'evoluzionismo rimane, oggi come oggi, l'unica che possa chiarire al nostro spirito i più oscuri problemi di origine, ed è dovere dello storico farvi ricorso per individuare esattamente ciascuno di questi problemi e ridurli ad una soluzione unitaria: la qual soluzione unitaria potrà variare da storico a storico, *ma deve esserci*, perchè è innegabile che gli istituti politici e giuridici, così come gli organismi umani, hanno preso ciascuno le mosse da un'unica cellula primigenia.

Se non vado fortemente errato, dunque, l'indirizzo di ricerca seguito dal Castello in questi suoi contributi è un po', proprio, quello di un eclettismo, che si ripercuote sui risultati raggiunti, rendendoli talora eccessivamente casistici. Nella sua troppa riluttanza verso quelli che possono sembrare — e non sono — gli eccessi della critica, l'A. evita a volte di creare i necessarii giochi di luci ed ombre sui dati così diligentemente ed acutamente raccolti, dando quasi l'impressione che essi abbiano bisogno di un'elaborazione ulteriore.

4. — Le osservazioni dianzi mosse sono — ripeto — osservazioni di carattere generale, che non infirmano i meriti dei singoli risultati particolari raggiunti dall'autore nella sua ricerca. Se non mi ingannano le mie particolari predilezioni, delle tre l'indagine più interessante è la terza, cui non sarà inopportuno dedicare qualche cenno meno succinto.

Ho il dovere, anzitutto, di respingere alcune critiche immeritate che l'A. mi muove. Che la distinzione tra *cognatio civilis* (*adgnatio*) e *cognatio naturalis* sia "ben chiara nei giureconsulti romani (p. 123 ss., p. 130)„ è un punto che forse non meritava l'ampia dimostrazione che gli dedica l'A.: perchè tutti ne sono *ab immemorabili* convinti di fronte alla evidenza dei testi; perchè, inoltre, nessuno può pensare che ciò infirmi la ben nota teoria familiare del Bonfante (che fra l'altro il Castello mostra di accettare in pieno, specialmente nel secondo studio, salvo precisazioni di dettaglio); perchè infine — per quanto sappia — io personalmente (visto che l'A. mi chiama in causa) non ho mai pensato di negarlo.

L'A., che spesso mi cita a questo proposito come quegli che è da convertire, avrebbe forse dovuto considerare più attentamente la dimostrazione che altrove (*Adfinitas*, p. 33 ss.) io ho dato del carattere postclassico di "*cognationis substantia bifariam apud Romanos intellegitur*„, con quel che segue, in D. 38. 10. 4. 2 (Modest.). Di questo paragrafo ho ivi negato la classicità, oltre che in base a numerosi e gravi indizi di forma e di sostanza, che anche il Castello accetta, anche perchè nel *principium* del frammento (che è anche l'inizio di un ragionamento che continua sino a tutto il paragrafo 5) Modestino parla solo della *cognatio naturalis*, dimodochè la distinzione del paragrafo 2 sembra essere, più precisamente, una suddistinzione della categoria giuridica "*cognatio naturalis*„. Ora io non ho mai negato — avrei dovuto essere cieco per farlo — che i giuristi classici configurano due categorie "giuridiche„ (cioè produttive di effetti giuridici distinti e separati), che sono quella della *cognatio naturalis* (o più semplicemente *cognatio*) e quella della *cognatio civilis* (o più propriamente *adgnatio*), ma ho negato che Modestino potesse avere in mente l'assurdo che la categoria giuridica fosse una sola, quella della *cognatio naturalis*, di cui la *cognatio civilis* fosse una specie. L'A. ha interpretato una mia critica di carattere locale ad un discorso oscuro e confusionario, quindi non genuino, come l'espressione di un pensiero che in realtà non ho mai avuto e che, anzi, ho esplicitamente negato di avere [*Adfinitas*, p. 38: "Non è, insomma, che io rifiuti di accettare una constatazione ovvia — e cioè quella che nelle fonti romane si parli, ponendo una contrapposizione fra i due casi, in un duplice senso di congiunti (*cognati*): come *cognati iure naturali* e come *cognati iure civili* (*adgnati*) —; si è invece che io rifiuto di credere che la particolare formulazione di D. 38. 10. 4. 2 corrisponda a questa innegabile contrapposizione classica„].

5. — Ma nella sua reazione ad una tesi che non è mia l'A. incorre, a sua volta, in qualche equivoco ed in qualche errore concettuale e storico. Io ho scritto che "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 lo ha mai negato — sia per linea maschile che per linea femminile". Oggi il Castello (p. 133 ss.) vuole invece dimostrare il contrario, opponendomi numerose fonti (fra cui D. 38. 10. 4. 2 cit.), ed in prima linea Gai 3. 10 (= Coll. 16. 2. 10): *Vocantur autem adgnati, qui legitima cognatione iuncti sunt; legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus coniungitur*.

A parte il fr. 4. 2 cit. (da cui peraltro lo stesso A. espunge quella frase su cui si basava la mia critica dianzi rievocata), non vedo proprio come Gai 3. 10 e gli altri passi citati dal Castello (D. 38. 16. 2. 1, 3; 38. 10. 10. 2. 4; 38. 8. 1. 4; 23. 2. 12. 4; 1. 7. 23; 38. 8. 3; 38. 10. 4. 10) ostino alle mie affermazioni, tanto più che lo stesso Castello conclude, sulla scorta di questo apparato di citazioni, che "la distinzione tra *cognatio civilis* e *cognatio naturalis* è ben chiara nei giureconsulti romani„. La *distinzione* è ben chiara, d'accordo, ma è altrettanto chiaro che i giureconsulti romani dell'epoca classica non vedono — a giudicare dai frammenti citati — nella *adgnatio* una sottospecie della *cognatio* (*naturalis*), che, cioè, il comune denominatore della loro distinzione non è la categoria *giuridica* "*cognatio*„ (*cognatio naturalis*, per intenderci), ma la categoria *extragiuridica* "*cognatio* = rapporto di generazione„ (quale, sempre

per intenderci, si ha anche fra gli animali non umani e non politicamente consociati); l'osservazione è lapalissiana, ma si ricordi che io l'avevo fatta per criticare appunto l'astrusa sussunzione della *adgnatio* sotto la categoria *giuridica* "*cognatio*" in un testo indiscutibilmente inquinato. Equivoco dogmatico, dunque, da parte del Castello, il quale non vorrà sostenere che Gaio e la giurisprudenza classica abbiano reputato la *adgnatio* una specificazione della "*cognatio*" *in senso giuridico*, tanto più che egli mi oppone come genuino proprio un testo (D. 38. 10. 10. 4) ove viceversa la *cognatio* è considerata una *species* della categoria giuridica *adgnatio* (su questo frammento, indiscutibilmente corrotto, e sul problema generale che ad esso si ricollega rimando alla mia nota su *Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis*, pubblicata *retro*).

6. Ora, il punto di vista — a mio parere erroneo — da cui si pone il Castello è quello di non voler ammettere, malgrado la dovizia delle prove che egli stesso deve riconoscere, il seguente ragionamento: se i classici distinsero la generazione (*cognatio*) per linea maschile da quella per linea femminile, in base alla diversità degli effetti giuridici ad esse collegati, ciò fu perchè il diritto romano arcaico dette importanza alla *adgnatio* molto prima che alla *cognatio*. L'inverso non è ammissibile, perchè può ammettersi che la *civitas*, dopo aver riconosciuto giuridicamente l'organismo familiare politico, si sia indotta progressivamente a dar rilievo giuridico anche ai rapporti di generazione naturali, non può invece ammettersi che la *civitas*, dopo aver riconosciuto giuridicamente la famiglia esclusivamente come organismo naturale, abbia potuto indursi a dar rilievo giuridico alla stessa come organismo politico: il decadere del carattere politico della famiglia romana in epoca storica fornisce la riprova di ciò. Ma il Castello, che non rigetta — come si è più volte avvertito — la tesi del Bonfante, sembra ammettere che, all'origine della *civitas*, siansi potuti riconoscere contemporaneamente e i rapporti di agnazione e quelli di cognazione: il che è da respingere perchè *cognatio civilis* e *cognatio naturalis* sono due ordini di rapporti che non possono concepirsi staticamente in equilibrio, ma possono concepirsi come *coesistenti* solamente in quanto l'uno è in declino e l'altro è, correlativamente, in ascesa: l'epoca classica fu appunto quella in cui l'*adgnatio* si avviava al declino, mentre la *cognatio* si avviava ad essere l'unica categoria di rapporti riconosciuta nel mondo del diritto (in cui i postclassici identificarono la prima).

Del resto, basterà precisare alcune affermazioni del Castello, per accorgersi che egli è sostanzialmente di questo parere, anche

se vi si manifesta talvolta contrario. Quali sono le prove che l'autore ci fornisce della infondatezza della tesi della preesistenza della *adgnatio* alla *cognatio*? Nessuna, mi sembra, salvo l'accurato rilievo dei varî esempi che possono addursi dell'antichissima preoccupazione del *fas* per i rapporti di cognazione (si pensi agli impedimenti matrimoniali e all'*incestum*). Ma il *fas* non è il *ius*, come l'A. riconosce: mentre i rapporti di cognazione erano ancora esclusivo dominio del *fas*, l'*adgnatio* era entrata di già nel dominio del *ius*, correlativamente all'incardinamento della famiglia nella *civitas*. Tanto è vero che il Castello finisce per concludere non, come egli crede, che la tesi della preesistenza della *adgnatio* alla *cognatio* nel mondo giuridico romano è falsa, ma solo che "la *cognatio naturalis* ha importanza nell'arcaico diritto romano" (p. 140) e per tratteggiare la storia del suo progressivo affermarsi nel mondo giuridico in una maniera perfettamente rispondente — mi pare — a quella della dottrina dominante (v. ad es. la mia *Adfinitas* 2 s.).

7. — Quanto all'*adfinitas* (142), salva l'affermazione della sua originaria correlazione con l'*adgnatio* e la *cognatio*, per cui valgono le stesse osservazioni fatte poc'anzi, il Castello non vi si sofferma molto.

Non mette conto che io riferisca qui i consensi e i dissensi che l'A. mostra di nutrire rispetto alle tesi da me sostenute nella monografia dedicata a questa specifica materia. Noterò soltanto che stupisce che egli, avendo ripudiato (a p. 143 s. e 147 s.) la mia tesi per cui il vincolo di *adfinitas* non intercorreva, *normalmente*, oltre (i coniugi e) ciascun coniuge e gli ascendenti e discendenti immediati dell'altro, dica invece nella Conclusione che "sono compresi in questa categoria [*adfinitas*] (se lasciamo da parte i coniugi) solamente patrigno e matrigna, figliastro e figliastra, e suocero e nuora, genero e suocera".

ANTONIO GUARINO