

Ecco la spiegazione della soluzione contenuta in D. 30.12.1: non si fa questione di *dies impossibilis* che si abbia « *pro non scripto* »; il problema è se si verifichi o meno quella impossibilità iniziale della prestazione per cui si dice che « *impossibilium nulla obligatio* ». E, trattandosi di impossibilità soggettiva, la soluzione è negativa.

Anche qui dunque il *dies impossibilis* sfuma nella inconsistenza del tentativo di farne una categoria generale parallela a quella della condizione impossibile.

GIUSEPPE GROSSO

* * *

L'EDITTO EDILIZIO E IL DIRITTO ONORARIO

1. La dottrina romanistica, anche recentissima ¹, non ha mai dubitato che l'*edictum aedilium curulium* fosse, nel concetto dei giuristi classici, una fonte del *ius honorarium*. Ne dubita invece, anzi lo contesta il Volterra ², in un saggio, da cui non sono stato per nulla affatto persuaso.

La *ratio dubitandi*, è bene porlo in rilievo, è scaturita dall'esame di alcuni paragrafi del libro siro-romano di diritto, che trattano della redibizione in ordine alla vendita di schiavi ³. Come è noto, il Nallino aveva, già da tempo, sostenuto che l'originale greco, di cui si sarebbero serviti i redattori dell'opere, non avrebbe trattato di istituti del *ius honorarium* ⁴. Di fronte alla smentita portata dai citati paragrafi sulla redibizione, il Talamanca ⁵ aveva saggiamente segnalato l'avventatezza, almeno parziale, di questa ipotesi ⁵. Ma il Volterra non ritiene attaccabile, nemmeno in parte, la teoria del Nallino e preferisce affermare che « dalle opere dei giuristi classici non risulterebbe che l'editto degli edili curuli facesse parte del *ius honorarium* » ⁶.

¹ Cfr. da ultimo: IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli* (1955) I, 109, che deliberatamente si astiene (p. I nt. 1) dal prendere in esame gli argomenti del Volterra. ² *Intorno all'editto degli edili curuli*, in *Scritti Borsi* (1955) estr. ³ *Lib. S. Rom.* (ms. L) 39, 113, 113a, 113b. ⁴ *Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano*, in *Studi Bonfante* (1929) I, 203 ss.

⁵ *L'arra nella compravendita in diritto greco e in diritto romano* (1953) 39 nt. 2. Cfr. anche: PEZZANA, *D. 21.1.45. Contributi alla dottrina romana dell'actio redhibitoria*, in *RISG.* 5 (1951) 284. ⁶ Cfr. anche: VOLTERRA, *Un'ipotesi intorno all'originale greco del Libro siro-romano di diritto*, in *Mem. Acc. Lincei* 8.8 (1953) 33 ss. Da rilevare che, in contrario avviso, il Talamanca (nt. 5) ha già osservato che, in realtà, il Volterra è riuscito soltanto a dimostrare « che, pur appartenendo al diritto onorario, le norme dell'Editto degli Edili potevano essere lo stesso ricomprese nell'originale del Siro-Romano, perchè di esse si trattava nelle opere dedicate, principalmente, allo *ius civile* ».

2. Un primo gruppo di testi, che val la pena di considerare, è costituito da fonti giustiniane e postgiustiniane: I. 1.2.7, c. *Omnem* 4, c. *Tanta* 5, Theoph. par. I. 1.2.8. Giustamente il Volterra⁷ assume che dette fonti fanno prova per l'età giustiniana e per la precedente età postclassica⁸, ma vorrei rilevare che I. 1.2.7 fornisce, a rigor di metodo, un qualche indizio anche per l'età classica.

I. 1.2.7: *Praetorum quoque edicta non modicam iuris optinent auctoritatem. haec etiam ius honorarium solemus appellare, quod qui honores gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt. proponebant et aediles curules edictum de quibusdam casibus, quod edictum iuris honorarii portio est.*

La derivazione classica del passo è evidente e riconosciuta⁹. Da esso risulta che gli antichi, e ormai immutabili, testi edittali del *praetor urbanus*, del *praetor peregrinus*, degli *aediles curules* contribuiscono a costituire, ancora ai tempi di Giustiniano, il *ius honorarium*, di cui sono altrettante « *portiones* »¹⁰. Creata da Giustiniano o dai postclassici questa categoria del *ius honorarium*? Non direi. A parte il fatto che essa è confermata, come vedremo, da fonti classiche e genuine, vi è da considerare che le materie dell'editto edilizio furono addirittura fuse, sostanzialmente, in età postclassica, con quelle del *ius civile*¹¹. I postclassici e Giustiniano non avrebbero fatto dell'*edictum aedilium curulium* una « *iuris honorarii portio* », se già non lo fosse stato in periodo classico¹².

V. *infra* nt. 26. ⁷ Cit. (nt. 2) 4 ss. ⁸ Strano però che il Volterra, dopo aver sostenuto questa tesi a p. 4 ss., dichiara, a p. 19, di non aderire ai miei dubbi circa la tradizione relativa alla « codificazione » giuliana dell'editto, stante « l'estrema difficoltà di superare le testimonianze esplicite dei testi ». Le « testimonianze esplicite dei testi » sulla codificazione, oltre che fra loro concatenate e interdipendenti, sono, infatti, (vedile riportate in VOLTERRA, cit. 17 s.) tutte di marca postclassica e giustiniana. Per la mia tesi, cfr. in particolare: GUARINO, *L'esaurimento del ius honorarium e la pretesa codificazione dell'Editto*, in *Studi Albertario* (1953) 1. 627 ss.; *La leggenda sulla codificazione dell'Editto e la sua genesi*, in *Atti Verona* (1953) 2. 167 ss.

⁹ Alla derivazione dalle Istituzioni di Ulpiano pensa il FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere* 2 (1929) 333 s.

¹⁰ Inesatta l'interpretazione del Volterra (nt. 2) 4 s., secondo cui Giustiniano direbbe che il *ius honorarium* è costituito dall'editto pretorio, sicché l'editto edilizio sarebbe quindi parte, secondo Giustiniano, dell'editto pretorio. « Con l'espressione *edictum iuris honorarii* si vuole evidentemente indicare l'editto del pretore »: ma l'espressione « *edictum iuris honorarii* » io nel testo non riesco a scorgere.

¹¹ Cfr. in proposito: IMPALLOMENI (nt. 1) 265 ss. ¹² Il Volterra, partendo dall'errato presupposto (v. *retro* nt. 10) che I. 1.2.7 (e così pure Theoph. par. I. 1.2.8) testimonii « l'aggiunta dell'editto degli edili curuli all'editto del pretore urbano già in epoca classica » (così, testualmente, a p. 9 dell'art. cit. *retro* nt. 2), si sforza di combattere questa opinione anche attraverso il confronto tra l'Indice della Fiorentina (in cui i libri *ad edictum aedilium curulium* di Gaio, Paolo e Ulpiano figurano come appendice delle

3. Ma veniamo ai testi classici. Tralasciando quelli non sicuramente utilizzabili¹³, rimangono: D. I.1.7.1, D. I.8, D. I.2.2.10 e 12 e Gai I.6.

D. I.1.7.1 (Pap. 2 *defin.*). *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuuandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam, quod et honorarium dicitur [ad honorem] <ab honore> praetorum sic nominatum.*

D. I.1.8 (Marcian. I *inst.*). *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis.*

Secondo il Volterra¹⁴, « nella definizione di *ius praetorium* od *honorarium* di Papiniano non si fa parola dell'editto degli edili ». Ma Papiniano non definisce il *ius honorarium*: egli definisce il *ius praetorium* e dice che questo *ius* è anche detto *honorarium* « *ab honore praetorum* ». I pretori non avevano un *honor* particolare, ma erano rivestiti di *honor* in quanto magistrati: ogni *ius* promanante da magistrati è, dunque, implicitamente, *ius honorarium*; e magistrati, titolari di *iurisdictio*, sono anche gli edili curuli.

D. I.2.2 (Pomp. *sing enchir.*). 10. *Eodem tempore et magistratus iura reddebant et ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset, seque praemunirent, edicta proponebant, quae edicta [praetorum] ius honorarium constituerunt. [honorarium dicitur quod ab honore praetoris venerat]... 12. Ita in civitate nostra ... est magistratuum edictum, unde ius honorarium nascitur...*

Dice il Volterra¹⁵: « anche qui sembra che nel concetto di Pomponio il *ius honorarium* si identifichi col *ius praetorium* ». Ma aggiunge subito che, data la generica dichiarazione del § 12, non può escludersi che anche le norme dell'editto edilizio fossero comprese nel *ius honorarium*. Ora io, non tanto in forza del sospettabilissimo § 12¹⁶, quanto in forza della intima logica del § 10, sono dell'avviso che in quest'ultimo paragrafo « *praetorum* » e « *honorarium - venerat* » sono interpolati: chi ha parlato di « *magistratus* » che « *iura reddebant* », e di « *edicta* » proposti dagli stessi *magistratus*, non può continuare dicendo « *quae edicta praetorum* »

rispettive trattazioni *ad edictum praetoris*) e i frammenti dei *Digesta* (che risultano, invece, estratti da opere autonome): cfr. p. 7 ss. Ma è una battaglia, a mio avviso, inutile, perchè non scalfisce l'affermazione di fondo della *communis opinio*, secondo cui l'autonomo e indipendente *edictum aedilium curulium*, concorreva con gli altri due editti (parimenti autonomi e indipendenti) a costituire il *ius honorarium*.¹³ Mi riferisco a D.1.1.11 e a D.44.

7.52.6, su cui VOLTERRA (nt. 1) 10 s.; a D. 46.3.95.3, su cui VOLTERRA (nt. 1) 12; e infine ai passi indicati dallo stesso Volterra in nt. 11: ma con l'avvertenza che i passi di questo elenco parlano di *ius honorarium* con riferimento all'editto pretorio, ma non presentano il *ius honorarium* « come avente la sua fonte nell'attività del pretore ». ¹⁴ Cit. (nt. 2) 10. ¹⁵ Cit. (nt. 2) 10. V. anche *infra* n. 5. ¹⁶ Sul *liber singularis enchiridii* di Pomponio ho espresso il mio pensiero in: GUARINO, *Il « ius publice respondendi »*, in *RIDA*.

ius honorarium constituerunt », con quel che segue. La riduzione del *ius honorarium* agli *edicta praetorum* è frutto di una seconda mano ¹⁷.

Gai 1.6. *Constant autem iura populi Romani ex ... edictis eorum, qui ius edicendi habent ... Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani; sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini ...; item in edictis aedilium curulium ...*

Il testo non deve essere sottovalutato ¹⁸. Vero è che Gaio non parla di *ius honorarium*, ma è vero anche che egli: a) equipara in una sola categoria il *ius* promanante dagli editti pretori a quello promanante dall'editto edilizio; b) segnala, nell'ambito di tale categoria, la maggiore importanza dell'attività giurisdizionale pretoria. Siccome la questione che qui si dibatte non è di parole, ma di concetti e di categorie, ne risulta che: a) i classici includevano nel quadro del diritto onorario anche quello edilizio; b) si spiega perchè diritto onorario per antonomasia fosse da essi considerato quello pretorio.

4. Altri argomenti del Volterra ¹⁹ sono i seguenti:

(a) Nel D. 21.1 *de aedilicio edicto* e nel CI. 4.58 *de aediliciis actionibus* « non vi è il benchè minimo accenno al *ius honorarium* e nulla che possa far pensare che tale materia fosse raccolta insieme all'*edictum perpetuum* e formare un'appendice di esso ». Ma già si è detto che l'accenno esplicito al *ius honorarium* non è indispensabile e che la *communis opinio* non ha mai fatto leva su un una presunta fusione, o comunque sulla materiale connessione, degli editti pretori e di quello edilizio.

(b) In D. 21.1 si incontrano, oltre ai frammenti *ad edictum aedilium curulium*, passi estratti dalle opere più varie (*ad Sabinum, ex Minicio, epistularum, quaestionum, posteriorum Labeonis, responsorum, disputatum, regularum, differentiarum, actionum*), ma solo tre frammenti *ad edictum* ²⁰: « La constatazione che i giuristi classici commentavano l'editto degli edili curuli a parte, in opere dedicate specialmente ad esso e non nei commenti *ad edictum praetoris urbani*, costituisce una prova contro la notizia di Teofilo e dell'Indice della Fiorentina circa l'aggiunta dell'editto edilizio all'altro editto come un'appendice di questo » ²¹. Innegabile ²². Ma ciò, ripetiamo, non prova che il diritto promanante dagli edili curuli non fosse *ius honorarium*.

5. Ecco, pertanto, le facili conclusioni, sul piano esegetico e sul piano storico-giuridico, del mio ragionamento.

2 (1949) 402 ss. ¹⁷ E' stata, forse, un'altra mano che ha scritto, inesattamente, « *ab honore praetoris* », laddove avrebbe dovuto dire « *praetorum* ». Solo in età postclassica, svanita la differenza tra *praetor urbanus* e *praetor peregrinus*, si poteva essere indotti a questa inesattezza. ¹⁸ Cfr. VOLTERRA (nt. 1) 9 s. ¹⁹ Cit. (nt. 1) 12 ss. ²⁰ Ulp. D. 21.1.59 (74 *ad ed.*); Ulp. D. 21.1.61 (80 *ad ed.*); Paul. D.21.1.60 (69 *ad ed.*). ²¹ Cfr. anche lo scritto cit. *retro* nt. 6. ²² Così pure è innegabile l'arbitrarietà della palingenesi del

(a) Sul piano esegetico, da respingere mi sembra la ricostruzione di D. 1.2.2.10 e 12 proposta dal Volterra²³, secondo cui sarebbe da espungere nel § 12 l'inciso « *unde ius honorarium nascitur* ». L'espunzione non eliminerebbe l'illogicità del discorso, da me posta in luce dianzi²⁴.

(b) Sul piano storico-giuridico è da ribadire che fonti del *ius honorarium* erano classicamente tanto l'*edictum praetoris urbani*, quanto gli *edicta* degli altri magistrati giurisdicenti, ivi compresi gli *aediles curules*: solo in età postclassica si determinò la tendenza a limitare il concetto di *ius honorarium* a quello di *ius praetorium*. Quanto al fatto che le materie dell'*edictum aedilium curulium* risultano tanto ampiamente commentate nelle opere civilistiche, non vedo perchè mai debba stupire: le clausole di tale editto riguardavano principalmente l'*emptio-venditio*, cioè un istituto del *ius civile novum*, ed erano prese in considerazione relativamente a quell'istituto²⁵.

Bisogna distinguere tra « concetto » di *ius honorarium* e « istituti » concretamente introdotti da esso: non tutti gli istituti concettualmente rientranti nel *ius honorarium* furono concretamente presi in considerazione, nel periodo romano classico, separatamente dal *ius civile*. Quando fra tali istituti civilistici non vi fosse una vera contrapposizione (del genere di quella tra *Publiciana* e *reivindicatio*, o tra *bonorum possessio* e *hereditas*); quando tali istituti apparissero integrativi di lacune del sistema civilistico (come fu appunto il caso dei contratti consensuali prima, degli istituti edilizi poi); i giuristi romani non ebbero molte difficoltà, prima o poi, ad accoglierli nelle trattazioni civilistiche. Il vero e grave punto di resistenza fu rappresentato, persino (sia pur residualmente) in età post-classica, dal *ius praetorium* per quella sua caratteristica di contrapporre ai regolamenti civilistici di determinate situazioni altri e diversi regolamenti: regolamenti diversi ma, almeno teoricamente, non abrogativi²⁶.

ANTONIO GUARINO

Lenel, giustamente segnalata dal VOLTERRA (nt 2) 13 s. ²³ Cit. (nt. 2) 16.

²⁴ *Retro* n. 3. ²⁵ Del resto, nessuno si è mai stupito del fatto che l'*emptio-venditio* e altri istituti introdotti dal *praetor peregrinus*, quindi di *ius honorarium*, siano passati, in età classica, ad essere trattati nel quadro del *ius civile*.

²⁶ Quanto alla teoria del Nallino in ordine al libro siro-romano (v. *retro* nt. 4), essa va corretta e limitata così: l'originale greco dell'operetta non trattò di istituti del *ius praetorium*.