

## GIAVOLENO E IL « IUS POSTLIMINII »

1. — Lo scopo di questa nota è molto limitato. Esso vuol essere soltanto quello di additare, attraverso la retta esegesi di un testo quant'altri mai famigerato, la via della soluzione di due gravi problemi che si dibattono in tema di *ius postliminii*:

a) se il *ius postliminii* sia stato realmente concepito dai giuristi classici come *ius singulare*;

b) se esso sia veramente consistito, in un primo periodo del diritto classico, in un *retinere iura rerum suarum* durante la prigionia di guerra, anziché — come la *communis opinio* insegna, sulla base di innumerevoli frammenti — nel riacquisto dei propri diritti da parte del *postliminio reversus*.

Veniamo, dunque, senz'altro ad analizzare esegeticamente il testo controverso.

2. — D. 41.2.23.1 (Iavol. 1 *epist.*): *In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: corporaliter tamen possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit.*

Il frammento di Giavoleno è stato appuntato dalla critica per più di una ragione. Molto se n'è discusso in tema di *ius postliminii*<sup>1</sup>, per la difficoltà di conciliare il *retinere iura rerum suarum* di Giavoleno con le altre attestazioni delle fonti romane, le quali tutte sono concordi nel dirci che, durante la *captivitas*, il prigioniero di guerra non *retinet* un bel niente, ma che egli riacquista i suoi diritti all'atto del suo ritorno in patria<sup>2</sup>. È sintomatico, a questo proposito che due studiosi, perfetta-

\* In ZSS. 61 (1941) 58 ss.

<sup>1</sup> La bibliografia sul *postliminium* è molto vasta. Cfr. da ultimo RATTI, *Studi sulla captivitas* 1 (Roma 1926), 2 (BIDR. 1926), 3 (AUMA. 1927), 4 (RISG. 1927). Ampio ragguaglio bibliografico in RATTI, *cit.* 1, ntt. a p. 3 e 4.

<sup>2</sup> Cfr. fra gli altri, D. 1.1.5.1; 11.7.36; 32.1 pr.; 50.16.3.1; 28.3.6.5; 49.15.4;

mente in antitesi in materia di *postliminium*, abbiano concordato nella espunzione di *in bis — est*. Da una parte il Beseler<sup>3</sup>, coerentemente alla sua teoria sul carattere giustiniano della regola che il *reversus ab hostibus* vale come non fosse stato mai prigioniero<sup>4</sup>, ha condannato il frammento là ove si parla, addirittura, di un diritto singolare *in retinendo iura rerum suarum*<sup>5</sup>. Dall'altra, il Ratti<sup>6</sup>, pur osteggiando la tesi del Beseler<sup>7</sup>, ha aderito alla sua critica ed alla sua ricostruzione del dettato classico di D. 41.2.23.1 perché, a suo modo di vedere, il contenuto del *ius postliminii* classico non era neanche in un *retinere* ma in un *recipere, ex novo*, per fenomeno dunque di reviviscenza, i propri *iura* da parte del *reversus ab hostibus*<sup>8</sup>.

Unanime invece è la dottrina<sup>9</sup> nell'accogliere l'espunzione di *corporaliter*, proposta, or è già parecchio tempo, dal Rotondi in uno dei suoi studi più belli<sup>10</sup>. Dire che la *possessio* è perduta *corporaliter* significa voler limitare l'interezza di questa perdita, cioè riconoscere implicitamente che la *possessio*, anche durante la prigionia di guerra, può essere conservata *solo animo*, mentre questo tipo eccezionale di conservazione del possesso fu ammesso dai classici, *utilitatis causa*, nei soli casi dei *saltus hiberni et aestivi* e, secondo la dottrina che io reputo migliore, del *servus fugitivus*<sup>11</sup>.

49.15.5.1,3; 49.15.8; 49.15.12.3; 49.15.7; 50.4.1.4; 37.6.1.17; 36.3.5; 28.3.6.5; 28.1.8; 29.1.10.

<sup>3</sup> ZSS. 45 (1925) 205.

<sup>4</sup> Teoria suggestiva, ma cui non può accedersi anche perché soltanto abbozzata dal suo autore. V. anche *infra* nt. 7.

<sup>5</sup> Egli ha proposto pertanto la seguente ricostruzione che noi sostanzialmente accettiamo (v. *infra* n. 6): *Qui in hostium potestatem pervenerunt possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit.*

<sup>6</sup> *Studi* 3 cit. estr. 11, 15 nt. 1.

<sup>7</sup> Ivi 110 s. V. anche GUARNERI CITATI, *Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano*, in *Ann. Messina* 1 (1927) estr. 26.

<sup>8</sup> Contrario alla tesi della reviviscenza dei diritti è il GUARNERI CITATI (*cit.* alla nt. precedente), che preferisce ritenere — forse a ragione — che la quiescenza dei diritti fosse fenomeno già noto in diritto classico.

<sup>9</sup> V. le citazioni raccolte dall'*Index interpolationum* sht. Più vaste alterazioni sospetta l'ALBERTARIO, *Ann. Perugia* (1915) 10.

<sup>10</sup> « *Possessio quae animo retinetur* », in *BIDR.* 30 (1921) 84 s.

<sup>11</sup> Seguo in ciò le idee del ROTONDI, *cit. spec.* 46 s. Contro la classicità della regola sulla conservazione del possesso del *servus fugitivus* e sulla possibilità di

Io ritengo che tutti questi motivi di sospetto siano piú che validi a condannare il brano ove parlasi di *ius singulare postliminii*. Ma l'assunto è troppo delicato perché possano bastarci queste citazioni, anche se di autorevoli scrittori. Comunque, la necessità di esaminare con somma attenzione il frammento di Giavoleno è resa piú imperiosa da un vivace e sagace intervento recente dell'Ambrosino<sup>12</sup> in favore della sua classicità<sup>13</sup>.

3. — Ed incominciamo con i rilievi formali, per quel poco che possono valere ad indiziare come non genuino il contesto del primo periodo.

Si badi anzitutto alla inelegante, cacofonica ripetizione di tre « in » nel corso di due righe: *in his . . . in hostium potestatem . . . in retinendo*. Si aggiunga la impagabile espressione *in his . . . singulare ius est*, là dove in buon latino non potevamo che attenderci: *hi, qui in hostium potestatem pervenerunt . . . singulare ius habent*. Si rilevi infine la violenta rottura sintattica tra il primo ed il secondo periodo: 1) *in his . . . singulare ius est* — 2) *corporaliter tamen possessionem amittunt*. Solo uno sforzo di pensiero può fare intendere che, in fondo, il soggetto di *amittunt* è rappresentato dagli *hi, qui in hostium potestatem pervenerunt*<sup>13 bis</sup>.

Se l'anticritica vorrà addebitare, nonostante questi rilievi, una sciatteria stilistica, una locuzione aberrante ed uno sgraziato anacoluto — il

acquisto del possesso *per servum fugitivum* si è posto l'ALBERTARIO, *I problemi possessori relativi al servus fugitivus*, Pubblicaz. Università Cattolica 2.22 (Milano 1929): in diritto classico, Nerva e Pomponio erano per l'assoluta negativa, mentre Cassio, Giuliano, Ulpiano e Paolo ammisero il possesso del *servus fugitivus* al solo effetto dell'usucapione. Aderiscono all'Albertario lo STOLL, in *ZSS*. 51 (1931) 489 s.; DE VISSCHER, in *RHD*. 1931; DULCKERT, *Erblasserwille und Erwerbswille bei Antretung der Erbschaft* 32 s. V. *contra* RABEL, *Studi Riccobono* 4.220 s.; CARCATERRA, *Il servus fugitivus e il possesso*, in *AG*. 1939 estr. (alla cui dimostrazione non saprei in tutto aderire).

<sup>12</sup> Da Giavoleno a Gato in tema di *postliminio*, in *SDHI*. 5 (1939) 202 s. Nel testo di Giavoleno l'Ambrosino non vede che la intrusione di *corporaliter*, aderendo in pieno alla esegesi del Rotondi.

<sup>13</sup> Tanto piú è necessario riesaminare l'argomento, in quanto che l'AMBROSINO, *cit.* 215, dichiara « che la nostra scienza (che non è scienza esatta) raramente consente di raggiungere dimostrazioni cosí sicure » come quella che egli ritiene di aver « avuto la fortuna » di poter dare.

<sup>13 bis</sup> Da questo punto di vista, migliore è il costruito di D. 41.2.23 pr., che analizzeremo *infra* nt. 37 bis.

tutto nel breve spazio di due periodi — allo stilo del giurista classico, faccia pure. Aggiunga anzi — se vorrà perlomeno accedere alla espunzione di *corporaliter* — la quarta irregolarità al presunto dettato classico, e lasci che il *tamen* del secondo periodo venga ad assumere in esso il primo posto, mentre il buon latino avrebbe preferito, se mai: *possessionem tamen amittunt*.

Io, per mia parte, sono costretto a sospettare della genuinità del passo di Giavoleno. Più indizi portano a credere che, quanto meno, la mano di un parafraste si sia poggiata su di esso.

4. — Ma prima di continuare nella mia critica e di passare al lato sostanziale di essa, occorre che mi difenda dalla accennata reazione dell'Ambrosino.

Secondo l'Ambrosino, il *retinere iura rerum suarum*, che si legge nel testo di Giavoleno, contrasta non solo con la dottrina classica, ma anche con quella postclassica e giustiniana. Ed a riprova egli adduce Gai 1.129<sup>14</sup>, Ulp. reg. 10.4<sup>15</sup>, Gai epit. 1.6.1<sup>16</sup>, Paul. sent. 2.25.1<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Gai 1.129: *Quod si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii, quo hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt*... L'epoca di compilazione delle Istituzioni parrebbe doversi riportare verso gli ultimi anni del regno di Antonino Pio (morto nel 161) e i primi del regno di Marco Aurelio: ma il punto è opinabile (cfr. amplius ARANGIO-RUIZ, *Storia del dir. romano*<sup>2</sup> 281 s.).

<sup>15</sup> Ulp. reg. 10.4: *Si pater ab hostibus captus sit, quamvis servus hostium fiat, tamen cum reversus fuerit omnia pristina iura recipit*... I *Tituli ex corpore Ulpiani*, detti anche *Ulpiani liber singularis regularum*, son ritenuti ormai da tempo una compilazione postclassica (ma v., tuttavia, KÜBLER, *Geschichte des römischen Rechts* 281, che li reputa ancora una edizione del *liber singularis regularum*, di cui qualche brano ci è conservato nei Digesti). V., in questo senso, ARANGIO-RUIZ, in *BIDR.* 30 (1920) 178 s., di cui non pare tuttavia assolutamente convincente il tentativo di dimostrare che essi sarebbero una epitome delle Istituzioni di Gaio, in una seconda edizione non pervenutaci, con l'aggiunta di qualche raro glossema desunto dalle opere ulpianee. Molto più opportunamente, a mio parere, ha sostenuto l'ALBERTARIO, in *BIDR.* 32 (1921) 73 s., che i *Tituli ex corpore Ulpiani* sono effettivamente una compilazione di brani ulpianei, ricavati da più opere elementari di quell'autore. Ancor più vicino al vero pare a me lo SCHULZ, *Die epitome Ulpiani* (Bonn 1926), per il quale servirono di base alla compilazione anche le Istituzioni di Gaio, come chiaramente induce a ritenere, ad esempio, il confronto fra il frammento riportato in questa nota e Gai 1.129, riportato nella nota precedente.

<sup>16</sup> Gai epit. 1.6.2: *... Sed si de captivitate evaserit, iure postliminii omnem, sicut in aliis rebus, ita et in filiis recipit potestatem*. Cfr., sul testo, ARCHI, *L'epitome Gai* 176, 280 s.

<sup>17</sup> Paul. sent. 2.25.1: *Pater ab hostibus captus desinit habere filios in potestate*:

e 4.8.22<sup>18</sup>: i quali testi dimostrerebbero che in Occidente, tanto in epoca classica che in epoca postclassica, il *postliminium* comporta un *recipere* che presuppone necessariamente un *amittere*. Non basta: le Istituzioni di Giustiniano<sup>19</sup>, ricalcate su Gai 1.129, dimostrano che a questa concezione aderiva anche il diritto giustiniano.

Il passo di Giavoleno esprime dunque, senza dubbio, un principio nuovo: ma mentre da ciò il Ratti<sup>20</sup> traeva il sospetto dell'interpolazione, l'Ambrosino<sup>21</sup> ne ricava la certezza della genuinità, e ciò perché « per poter dichiarare con una certa attendibilità che un dato passo è interpolato, non basta che questo si discosti dalle teorie classiche, ma bisogna mettere in luce lo scopo dell'interpolazione, la quale — è ovvio — deve avere un minimo di compatibilità con le teorie giustiniane ».

Sicché, in conclusione, a detta dell'Ambrosino, nel tempo intercorrente fra Giavoleno<sup>22</sup> e Gaio<sup>23</sup> il *postliminium* subì una evoluzione: da un *retinere*, che era in un primo tempo, divenne, attraverso il regno degli Antonini, un *recipere* dopo un periodo di pendenza.

5. — A me pare che le affermazioni dell'Ambrosino, già in se stesse inverosimili, non manchino di qualche inesattezza né di qualche errore.

Anzitutto noto che l'Ambrosino prende le mosse, per la sua reazione anticritica, dalla constatazione di quella che a lui sembra una inverosimiglianza: l'inverosimiglianza della interpolazione. Io obietterò che egli, col suo protezionismo ad oltranza, ha raggiunto livelli di inverosimiglianza ancora maggiori. Da Giavoleno a Gaio — in così breve spazio di tempo<sup>24</sup> — vi sarebbe dunque stata non tanto una evoluzione,

*postliminio reversus tam filius quam omnia sui iuris in potestatem recipit, ac si nunquam ab hostibus captus sit...* Le *Sententiae* sono, probabilmente, della prima età postclassica. V. *amplius* ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 294 nt. 2.

<sup>18</sup> Riportato *infra* n. 5.

<sup>19</sup> Cfr. Inst. 1.12.5. V. anche Theoph. *Parl.* 1.12.5. Cfr., infine, Bas. 34.1.15, corrispondente a D. 49.15.19 pr.

<sup>20</sup> *Cit. retro* nt. 6.

<sup>21</sup> *Loc. cit.* 203.

<sup>22</sup> Vissuto sotto Traiano. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 279.

<sup>23</sup> V. *retro* nt. 14.

<sup>24</sup> Meno di un secolo, se si pensa che Giavoleno fu console fra l'83 e il 90 e che le Istituzioni di Gaio furono interamente scritte, secondo alcuni (APPLETON, *RHD.* 1929, 219 s.), anche prima della morte di Antonino Pio, e che certamente anteriore a quella data (cioè al 161 d.C.) è il libro primo di esse, ove parlasi

quanto un'ardita riforma (e quale riforma!): tuttavia di essa non sarebbe rimasta traccia alcuna, proprio mentre vediamo che gli scritti dei giuristi classici rimembrano ad ogni piè sospinto le opinioni e le dispute dei giuristi piú antichi. Si sarebbe addirittura trattato, secondo l'Ambrosino, di una riforma collegata col regno degli Antonini<sup>25</sup>, ma non un accenno rimane alla fonte di essa, mentre tanto frequente è (a dirne una) la citazione dei *rescripta divi Pii* negli scritti classici.

Ma, soprattutto, che dire di un *ius postliminii*, che nasce perfetto, in quanto realizza il *maximum* di trattamento di favore per il prigioniero di guerra (la cui prigionia è notoriamente considerata *iniusta*<sup>25 bis</sup>), ma diventa col progredire dei secoli meno perfetto, riducendosi da un originario *retinere* ad un successivo *omittere* — *recipere*?

Pare all'Ambrosino<sup>26</sup> che l'aver scoperto che il *retinere iura rerum suarum* corrisponda allo stadio originario dell'istituto del *postliminium*, ponga il testo di Giavoleno a riparo di ogni attacco. Ma ciò sarebbe, se i testi di autori successivi a Giavoleno parlassero essi pure di *retinere iura rerum suarum* o addirittura rafforzassero e perfezionassero il concetto del *retinere*. Poi che invece ciò non è, poi che quei testi parlano soltanto di un *recipere iura*, presupponendo quindi un *amittere*, è impossibile credere che il *retinere* corrisponda veramente ad uno stadio originario dell'istituto, perché è inverosimile che la tutela del *captivus*, da questo perseguita, sia andata indebolendosi, anziché rafforzandosi con gli anni<sup>27</sup>.

di *imperator Antoninus* e non di *divus Pius* (come invece in 2.195, probabilmente glossato).

<sup>25</sup> Sulla importanza del periodo degli Antonini nella evoluzione del diritto romano promette un lavoro l'AMBROSINO, *cit.* 215.

<sup>25 bis</sup> Cfr. D. 49.15.19. È improbabile tuttavia che la prigionia di guerra sia stata considerata *iniusta* dalla notte dei tempi: è improbabile quindi che dalla notte dei tempi sia scaturito — come tende a credere l'Ambrosino — il rudimentale concetto del *retinere iura*.

<sup>26</sup> *Loc. cit.* 216 s.

<sup>27</sup> Né varrebbe, in verità, opporre che la concezione di Giavoleno (*retinere*), ha un carattere grezzo e antiquato di fronte a quella « giuridicamente piú fine » (*pendere* — *recipere*) di Gaio e dei successivi scrittori. Ammesso che la tradizione abbia potuto superare l'ostacolo rappresentato, per il *retinere iura*, dalla perdita della personalità da parte del Romano fatto prigioniero di guerra, non sarebbero certo stati Gaio e i suoi successori a rompere la costruzione tradizionale, in omaggio ad una problematica finezza di costruzione giuridica. Vero è, piuttosto, che parlare di un originario *retinere*, in cui si sarebbe concentrato il *ius postliminii*, è di per se stesso assurdo. Né va, infine, tralasciato che Giavoleno non è poi quel giurista

Tutte ragioni di grave inverosimiglianza, che minano alla base la nuova concezione dell'Ambrosino.

In ogni caso, inesatto mi pare l'asserto dell'Ambrosino che il testo di Giavoleno contrasti con tutte le affermazioni del diritto postclassico. È proprio uno dei frammenti che egli adduce a suo sostegno, a farmi invece pensare che già nei maestri postclassici occidentali una tendenza, seppur nebulosa, si manifesta verso una concezione del contenuto del *postliminium*, che richiama il *retinere* di D. 41.2.23.1. Si legga, difatti, senza spirito preconetto:

Paul. *sent.* 4.8.22: *Ab hostibus captus neque sui neque legitimi heredis ius amittit postliminio reversus.*

Colui che è stato fatto prigioniero dal nemico non perde, quando abbia fatto ritorno in patria, i suoi diritti ereditari. L'espressione è barocca e criticabile, ma indubbiamente sorprende più il concetto del *retinere iura rerum suarum* durante la prigionia, che non quello del *recipere* tali *iura* dopo che sono stati *amissa*. *Non amittere* non è, infatti, un *retinere*<sup>28</sup>.

Senza prendere posizione nella polemica Beseler - Ratti circa il contenuto classico del *postliminio*<sup>29</sup>, io posso dire dunque, con poca tema

primordiale, che potrebbe apparire dalle costruzioni che gli attribuisce l'Ambrosino, ma è invece uno dei più fini ed eleganti rappresentanti della scuola sabiniana (di quella stessa scuola sabiniana — noto di passata — tanto seguita dal Gaio delle Istituzioni).

<sup>28</sup> Non si opponga che, mentre nel testo delle *Sententiae* si legge (*ius non amittit*) *postliminio reversus*, nel frammento di Giavoleno si discorre di un *retinere iura rerum suarum* da parte di coloro, *qui in hostium potestatem pervenerunt*. A me pare evidente che l'espressione *qui in hostium potestatem pervenerunt* comprenda non soltanto coloro che sono attualmente in prigionia, ma anche coloro che dalla prigionia sono comunque evasi: se colui che è in un dato momento prigioniero conserva (*retinet*) immutati tutti i suoi diritti, a maggior ragione dovrà dirsi che egli li conserva quando in prigione non è più. *Qui in hostium potestatem pervenerunt* significa, dunque, anche *qui in hostium potestate fuerunt* e corrisponde pienamente, per questo riguardo, alla espressione *postliminio reversus*. — Orbene il dire che il *postliminio reversus* non perde i suoi diritti equivale a dire che egli li mantiene intatti, come li ha mantenuti durante la *captivitas*; altrimenti avremmo letto *recipit, ac si nunquam ab hostibus captus sit*, come in Paul. *sent.* 2.25.1. — Che poi le *Sententiae* di Paolo discorrono in un luogo di *recipere* ed in un altro di *non amittere* (cioè di *retinere*), è un punto che va constatato e che può servire a rafforzare la convinzione generale che le *Sententiae* paoline siano una compilazione postclassica, che ha preso lo spunto da brani vari di giuristi classici (v. *retro* nt. 17).

<sup>29</sup> V., tuttavia, *retro* nt. 4.

di andare errato, che indubbiamente nel diritto postclassico si tende, in un certo qual modo, ad avere un concetto del *postliminium* per cui il *reversus ab hostibus* trova i suoi diritti tal quale non li avesse mai perduti o non fossero nemmeno rimasti *in suspenso*<sup>30</sup>.

Di questa mia tesi è luminosa riprova:

D. 28.5.32.1 (Gai. 1 *de test. ad ed. praet. urb.*): *Is qui apud hostes est recte heres instituitur quia iure postliminii omnia iura civitatis in personam eius in suspenso retinentur . . .*

All'Ambrosino fa comodo ritenere che questo passo sia genuino<sup>31</sup>. Ma il testo è invece alterato<sup>32</sup>, perché formalmente scorretto e perché parla di una sospensione di diritti probabilmente estranea alle concezioni classiche. Ora qui si parla di *is qui apud hostes est* e pertanto si dice: *in suspenso retinentur*. Il frammento non è dunque inconciliabile col testo alterato di Giavoleno, che anzi denuncia e in certo senso chiarisce quella stessa tendenza postclassica, cui ho sopra accennato<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Parlo di « tendenza » perché le considerazioni svolte nel testo inducono a credere che il *retinere* di D. 41.2.23.1 non ha poi quel significato rigido e assoluto che gli attribuisce l'Ambrosino (*retinere iura rerum suarum* durante la prigionia), ma piuttosto il significato (quanto mai improprio) di un sicuro ed immancabile riacquisto dei *iura rerum suarum*, quasi che non fossero stati mai *amissa*. A maggior ragione, pertanto, è da credere che il *retinere* sia indice di mentalità postclassica.

<sup>31</sup> *Op. loc. cit.* 216. L'Ambrosino tuttavia non esclude recisamente la possibilità di interpolazioni: cfr. p. 203 nt. 3.

<sup>32</sup> Cfr. RATTI, *Studi* 3 cit. estr. 11, 15 nt. 5. V. anche *Index interpolationum* sht.

<sup>33</sup> Alle molte ragioni di inverosimiglianza della tesi dell'Ambrosino ne aggiungerò, per concludere, un'altra. Giavoleno avrebbe ancor detto *retinere*; Gaio non più (cfr. Inst. 1.129); senonché lo stesso Gaio (D. 28.5.32.1) dice *in suspenso retinere*. La tetimologia ibrida di questo frammento non induce l'Ambrosino ad ammettere che il testo sia alterato: ed è logico, perché altrimenti egli stesso appresterebbe agli avversari l'appiglio per sostenere che il *retinere* di D. 41.2.23.1 è, per lo meno, conciliabile con qualche attestazione sicuramente postclassica. Egli sostiene invece (cfr. p. 216) che il fr. 32.1 vale solo per il tempo di Gaio e che *retinere* è un relitto delle vecchie concezioni. Ecco dunque che Gaio, messo fra la vecchia concezione del *retinere* e la nuova concezione del *recipere*, non sa più nemmeno esprimersi; immaginiamocelo, dunque, timido ed esitante, a pronunciare, fra il « sí » e il « no », un cauto « ni ». Ciò non basta. La « fantasia fervida » dell'Ambrosino (cui mi permetto di ritorcere un appellativo, molto onorevole del resto, che egli rivolge [cfr. p. 216 nt. 29] ai possibili avversari della sua tesi) è indotta addirittura ad immaginare (cfr. p. 216 nt. 30) che, forse, l'*in suspenso retinere* del fr. 32.1 (che non è ancora il *recipere* di Inst. 1.129) è indice di ciò, che i *libri de testamentis ad edictum praetoris urbani* sono stati scritti da Gaio prima delle Istituzioni. Ora, se al paladino della classicità di D. 41.2.23.1 vien fatto di pensare che Gaio, nel giro di pochi anni, abbia potuto modificare furtivamente le proprie idee e la propria

Possiamo dunque andare avanti nella critica del testo, e dimostrare, anche in base a considerazioni di sostanza, che il periodo *in his — est* non è certo della mano di Giavoleno.

6. — Non insisterò sulla interpolazione evidente di *corporaliter*, che è fra i risultati più sicuri cui la critica esegetica sia giunta<sup>34</sup>. Né, tanto meno, giova porre in luce la mancanza di motivi per sospettare le ultime frasi del testo di Giavoleno: *neque enim — possideantur* è, in specie, un periodo, in sé e per sé, assolutamente genuino, sia di forma che di sostanza. Contro la sua classicità si è, invero, dichiarato il Sertorio<sup>35</sup>, ma ha giustamente obiettato il Rotondi<sup>36</sup> che non può essere insiticio un argomento (« non può possedere chi è posseduto da altri »), il quale è tanto esattamente parallelo alla giustificazione tradizionale data alla *possessio per servum*.

Senonché, va pure notato che tra *neque enim — possideantur* e *in his — est* vi è una insormontabile discrepanza di carattere logico. Se un *ius singulare* esiste *in retinendo iura rerum suarum*, è evidente che non vi è, che non vi può essere compreso il possesso, il quale — nella concezione classica — non è un diritto, ma un rapporto di fatto<sup>37</sup>. Solo concependo la *possessio* come uno dei *iura rerum suarum* del primo periodo, può giustificarsene la perdita in base alla considerazione che non può possedere chi è posseduto da altri<sup>37 bis</sup>. Ed allora i casi sono

terminologia, non è forse molto più legittima l'ipotesi — una volta che si sia ammessa l'alterazione del fr. 23.1 — che un lettore postclassico o Giustiniano abbiano impropriamente usato, interpolando Giavoleno, un *retinere*, che è tanto più vicino alla concezione dei loro tempi?

<sup>34</sup> V. *retro* nt. 9.

<sup>35</sup> *Lo ius postliminii e i suoi effetti* 75 nt. 1.

<sup>36</sup> *Loc. cit.* (*retro* nt. 10) 85 nt. 1.

<sup>37</sup> Cfr., per tutti ARANGIO-RUIZ, *Istituz.*<sup>4</sup> 296; BONFANTE, *Corso di dir. rom.* 3.177 s. Dal punto di vista testuale, v. ad es. D. 41.2.12.1: *Nihil commune habet proprietatis cum possessione* (formulazione postclassica ma sostanza classica: SCHULZ, *Prinzipien* 50 nt. 24).

<sup>37 bis</sup> Come è chiaro, la mia critica si basa, prima che sul lato terminologico, sul fattore sostanziale della questione se il possesso sia un fatto o un diritto: è la motivazione di Giavoleno che mi pare soprattutto inconciliabile col periodo *in his — est*. Dal punto di vista formale, gioverà notare che la terminologia *ius possidendi* (diritto di possedere la cosa) è ignota alle fonti, e che rarissima è la terminologia *ius possessionis*, la quale si incontra tuttavia sempre nel pieno di contesti postclassici o alterati: cfr. D. 41.2.44 pr. (itp.: v. *Index interp. sht.*), D. 43.8.2.38 (itp.: v. *Index sht.*), D. 48.6.5.1 (su cui BONFANTE, *cit.* 180), C. 7.32.10 (Costantin.

tre: 1) o Giavoleno concepisce il possesso come diritto, per modo che ne giustifica la perdita, non in base alla considerazione (implicita) che esso non è che un rapporto di fatto, ma in base alla considerazione che non può possedere chi è posseduto da altri; 2) o la giustificazione *neque enim — possideantur* non è di Giavoleno, sicché può ammettersi che questi escluda la *possessio* per l'ovvia ragione che trattasi di un rapporto di fatto; 3) o il periodo introduttivo, circa il diritto del *postliminio reversus* di *retinere i iura rerum suarum*, non è di Giavoleno.

Dato che la prima eventualità è palesemente assurda, rimangono le altre due. Ma a quale bisognerà dare la prevalenza?

La risposta è, a mio parere, evidente. Nel contrasto fra due osservazioni, di cui una deve essere interpolata, non può essere interpolata che quella che presenta maggior copia di sospetti. E a tanto maggior ragione deve ritenersi alterato il periodo *in bis — est*, in quanto che, anche eliminando *neque enim — possideantur*, rimane strano che Giavoleno, avendo premesso che *qui in hostium potestatem pervenerunt retinent i iura rerum suarum*, abbia sentito la necessità di chiarire che essi tuttavia (*tamen*) perdono la *possessio*: ciò è, invece, più che logico ed ovvio, se è vero che la *possessio* non è un *ius rerum suarum*.

a. 314), C. 7.16.5.2 (probabilm. itp.: *ad se recipit*: manca il soggetto; *qui, si adfermationem suam rell.*: *qui* è l'adsertor?; *adfermationem implere; inconcussum ius*). Su questi frammenti v., in generale, BONFANTE, cit. 181, 183; ALBERTARIO, *Il possesso* (Milano 1939) 110 s. Occorre qui esaminare rapidamente anche D. 41.2.23 pr., che è il cavallo di battaglia per i sostenitori della natura giuridica del possesso: *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet*. Il BONFANTE, cit. 181, nega che il *tamen* possa implicare che anche il possesso è un diritto, benché gli eredi debbano operarne l'apprensione, ma non si diffonde in giustificazioni. Io invece riterrei che soprattutto in questo testo il *tamen* sia particolarmente significativo: da esso può risultare, se non vado errato, che « tutti i diritti, e così anche la *possessio naturaliter comprehensa*, passano all'erede », il che è altamente erroneo. — In ogni caso, può dimostrarsi che il brano è alterato. Il parlare di adizione dell'eredità, dopo che si è detto in generale *si heredes instituti sumus*, non può essere di Giavoleno: l'*aditio* è relativa unicamente agli *heredes extranei*. Ma insufficiente e inapprovabile è la restituzione del SOLAZZI, *Dir. ereditario rom.* 2.145 nt. 1, il quale sostituisce *extranei ad heredes: si extranei instituti sumus* significa « se siamo stati istituiti come *h. extranei* », mentre il senso vorrebbe *si extranei sumus et heredes instituti sumus*. Si aggiunga il *nisi naturaliter comprehensa* (*possessio*), più equivoco del *tamen* e formalmente deprecabile (meglio: *nisi naturaliter eam comprehendamus*). Dati questi indizi, il fatto che il testo paia voler far implicitamente rientrare la *possessio* nel novero degli *omnia iura* assume carattere decisivo, per potersi ritenere che il dettato originario di Giavoleno sia stato ampiamente rimaneggiato.

L'originario contesto di Giavoleno — a meno che non abbia subito più profonde alterazioni<sup>38</sup> — può, in conclusione, così ricostruirsi:

[*In his,*] *qui in hostium potestatem pervenerunt* [, *in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: corporaliter tamen*] *possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit.*

7. — Una domanda, che può avere il suo interesse, è ora la seguente: chi ha alterato il testo di Giavoleno, Giustiniano o uno scoliaste precedente?

Pur con tutte le riserve necessarie, io credo di poter giudicare improbabile che l'alterazione di D. 41.2.23.1 sia dipesa dai compilatori giustinianei. Non si vede, invero, quale utilità avrebbero potuto essi sentire per interpolare nel frammento la affermazione di carattere generale, per cui al prigioniero di guerra spetta un *ius singulare in retinendo iura rerum suarum*. Se i compilatori avessero veramente voluto modificare il periodo nel senso di affermare che il *captivus* perde unicamente la *possessio corpore* (e non pare che altro fine abbiano potuto avere, dato che il brano di Giavoleno è situato in D. 41.2 *de acquirenda vel amittenda possessione*) essi si sarebbero limitati ad inserire *corporaliter* davanti a *possessionem*: che anzi, con tutta probabilità, essi avrebbero modificato, secondo il solito, la proposizione *possessionem amittunt* in *solo animo possessionem retinent*<sup>39</sup>.

Più credibile pare perciò che ci si trovi dinanzi ad un testo rimaneggiato dalle scuole postclassiche. Tanto più credibile, se si accede alla teoria del Beseler<sup>40</sup> per cui i *libri epistularum* di Giavoleno costituiscono nella loro totalità un'opera apocrifa: la quale tesi del Beseler non può che essere, a sua volta, confermata dalla constatazione che D. 41.2.23.1<sup>40 bis</sup>, pur presentando elementi di sicuro sospetto, non presenta ben definite interpolazioni, ma piuttosto le tracce di un complessivo rifacimento apocrifo.

8. — Ammessa la tesi del rimaneggiamento postclassico, può ricostruirsi per induzione la direttiva della alterazione di D. 41.2.23.1.

<sup>38</sup> A questa opinione possono indurre le osservazioni che faremo *infra* n. 8.

<sup>39</sup> V. i numerosi esempi addotti dal Rotondi, nel suo articolo cit. *retro* nt. 10.

<sup>40</sup> Cfr. *Studi Bonfante* 2.72.

<sup>40 bis</sup> E così D. 41.2.23 pr., esaminato *retro* nt. 37 bis.

Di fronte all'affermazione di Giavoleno, che i *captivi possessionem amittunt*, il lettore postclassico ha sentito, da un lato, la necessità di emendare il testo da quello che, secondo la sua concezione giuridica, era ormai un errore, ed ha afferrato, dall'altro, l'occasione per affermare in linea generale che la *possessio*, come ogni altro *ius rerum suarum*, non è perduta dal *postliminio reversus*. Traspaiono evidenti, in questa sua opera di alterazione, i segni di concezioni, che non son più quelle del diritto classico: 1) la *possessio* non è più rapporto di fatto, ma un diritto reale, un *ius rerum suarum*; 2) il principio dell'*animo retinere possessionem* non ha più carattere eccezionale, ma — conforme alla nuova concezione della *possessio* — carattere di vera e propria regola generale. Si osservi infatti che D. 41.2.23.1 non parla di *iura*, ma discorre specificamente di *iura rerum suarum*, cioè dei diritti reali; e si osservi ancora che esso non parla di *iura in re*, ma di *iura rerum suarum*, cioè del diritto di proprietà e di altri diritti affini, fra i quali — non certo dai classici, sibbene dai postclassici — era annoverato il possesso<sup>40 ter</sup>. Chi vorrà ancor dire, dopo di ciò, che *in his — est* è stato scritto da Giavoleno? Nessuno, io credo, perché faremmo offesa al giurista classico, se ritenessimo che egli ha implicitamente considerato la *possessio* un *ius rerum suarum*.

Ora, ammesso che la direttiva dell'alterazione postclassica sia stata quella di sancire la regola che la *possessio animo retinetur*, ecco che ci si spiega infine anche la genesi del *retinere*, che si legge nel primo periodo. Ma è chiaro. Alla *possessio animo retenta* pensava appunto il postclassico, scrivendo il primo periodo, ed è stato questo assillo che lo ha indotto ad alterare le parole originarie di Giavoleno nella maniera seguente:

*In his ... in retinendo iura rerum suarum ... corporaliter tamen possessionem amittunt ...*

Il postclassico voleva dunque porre in luce la regola della conservazione del possesso *solo animo*: senonché, dato che per lui la *possessio* era un *ius rerum suarum*, egli si è ricordato che in ordine ai *iura rerum suarum* del *captivus* esisteva un regime speciale, cioè — come egli dice — un *ius singulare*. Attratto da questo pensiero, egli non ha riflettuto che il regime speciale dei *captivi* non consisteva in un *retinere*, ma ha senz'altro usato il *retinere*, caratteristico per esprimere la regola

<sup>40 ter</sup> La nostra interpretazione è confortata dal fatto che D. 41.2.23 pr. parla di *omnia iura*, cioè della totalità dei diritti.

postclassica della conservazione del possesso *solo animo*. Di qui, chiaro come la luce del sole, si spiega il valore della alterazione:

*In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est...*

9. — L'analisi sin qui pazientemente svolta ci pone in grado di affermare, senza tema di errore, che nemmeno l'accenno al concetto di *ius singulare* può essere scaturito dalla penna di Giavoleno.

Val la pena di premettere qualche considerazione piú generale.

Se noi ammettiamo, in omaggio alla famosa definizione di D. 1.3.16<sup>41</sup>, che il diritto singolare è *quod contra tenorem rationis introductum est*, è indubitabile che il *postliminium* è un diritto singolare, perché trattasi di un istituto che è chiaramente eccezionale rispetto alla *ratio iuris*, paleisissimamente contrario cioè al *tenor rationis* della definizione famosa. Tuttavia lo storico del diritto romano non può limitarsi a riscontrare che questo o quell'istituto classico risponde o meno ad un determinato concetto della dogmatica giuridica: egli deve andare oltre e chiedersi se realmente quella rispondenza fra istituto e categoria dogmatica era vista dalla giurisprudenza classica, anzi addirittura se realmente quella categoria dogmatica era nota alla giurisprudenza classica. Bisogna, in una parola, ricostruire, come prima cosa, la dogmatica giuridica romana.

Che la giurisprudenza classica non abbia formulata la categoria dogmatica *ius singulare*, ho cercato di dimostrare in altra sede<sup>42</sup>. Si pensi, infatti, che il frammento pseudo-paolino di D. 1.3.16 definirebbe il diritto singolare come *quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*, e che ad esso pertanto debbono necessariamente riferirsi (sempre che se ne ammetta la classicità) le dichiarazioni delle fonti, per cui *quod contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias*<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> D. 1.3.16 (Paul. *l. sing. de iure singulari*): *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*. Giustamente fu rilevato dal COPPA ZUCCART (*Diritto singolare e diritto territoriale* 1.71) che la definizione paolina, pur presentando tante difficoltà di applicazione al diritto romano, «nella sua esuberanza, scolpisce mirabilmente il concetto di diritto singolare».

<sup>42</sup> *Ius singulare*, in *Atti Soc. Reale Napoli* 65 (1939-40).

<sup>43</sup> D. 1.3.14 = D. 50.17.141 pr. (Paul. 55 *ad ed.*). Cfr. anche D. 1.3.15 (Julian. 27 *digest.*).

Senonché: a) è sorprendente che istituti definiti esplicitamente come di *ius singulare* (es.: *codicilli*)<sup>44</sup> o implicitamente riguardati come tali (es.: *taxatio in id quod facere potest*)<sup>45</sup> non presentino carattere alcuno di contrarietà alla *ratio iuris*, cioè di eccezionalità rispetto al sistema o ad una norma qualsivoglia di esso<sup>46 47</sup>; b) dato che *auctoritate constituentium* implica certamente una limitazione delle fonti del *ius singulare*, e dato che essa esclude, come unanimemente si riconosce<sup>48</sup>, per lo meno la consuetudine dal novero delle fonti del diritto singolare<sup>49</sup>, è sorprendente che istituti logicamente concepibili come *iura singularia* (es.: divieto delle donazioni fra coniugi)<sup>50</sup> o esplicitamente definiti come tali (es.: *postliminio*)<sup>51</sup> siano invece di origine consuetudinaria; c) è sorprendente che gli istituti del *ius singulare* romano siano stati tutti, quale più quale meno, liberamente interpretati per analogia<sup>51 bis</sup>.

Di fronte a questo stato di cose, la via della conciliazione di elementi così discordanti appare impraticabile ed occorre seguire la via del superamento, supponendo che la concezione del *ius singulare* sia una concezione postclassica. Ne risulta, pertanto, in ordine al diritto classico, che non esistevano regole speciali per determinati istituti, ma che esisteva unicamente la regola, molto ovvia, che le disposizioni contrarie alla *ratio iuris*, cioè le norme giuridiche in senso puramente formale, e cioè i privilegi (cui facevano difetto i caratteri di astrattezza e di generalità della norma giuridica materiale), non andavano applicate per analogia.

Questa mia teoria, mentre dà a Cesare quel che è di Cesare, libera

<sup>44</sup> Cfr. D. 29.7.2.2 (Iulian. 37 *digest.*), giustamente ritenuto interpolato dallo SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* 53 s.

<sup>45</sup> Cfr. D. 24.3.54 (Paul. *l. sing. de iure singulari*).

<sup>46</sup> Per i *codicilli*, sono le stesse Istituzioni di Giustiniano (Inst. 2.25 pr.) ad asserire che essi furono introdotti nel mondo giuridico perché Augusto non vi trovò nulla di *absonans a iuris ratione*.

<sup>47</sup> Per la *taxatio*, v. la dimostrazione data da me in *Taxatio in id quod facere potest* 1, in *SDHI.* 7 (1941).

<sup>48</sup> V., da ultimo, ORESTANO, in *AUMA.* 11.67.

<sup>49</sup> L'ORESTANO, *cit.* si spinge pertanto a ritenere interpolato *auctoritate constituentium*.

<sup>50</sup> Cfr. PEROZZI, *Istituzioni*<sup>2</sup> 1.105 nt. 1; GUARINO, *Adfinitas* 47 s.

<sup>51</sup> Se si ammette, per un solo momento, che *ius singulare* in D. 41.2.23.1 sia stato scritto da Giavoleno.

<sup>51 bis</sup> V. *amplius* sul punto ORESTANO, *cit.* 190 s., al cui tentativo di spiegazione non mi pare, peraltro, di poter aderire.

sopra tutto tanti istituti del diritto classico dall'accusa di essere stati interpretati per analogia, in isfregio ad una regola che si soleva sin oggi riferire non alle norme giuridiche formali, ma invece alla presunta categoria dogmatica del *ius singulare*<sup>52</sup>.

10. — Comunque sia, quale *ius singulare* non pare essere stato definito il *postliminium* da Giavoleno, così come non lo fu definito — a quanto ci risulta — dagli altri giuristi classici.

Abbiamo visto<sup>53</sup> che i *iura rerum suarum* non possono adombrare che il diritto di proprietà ed i diritti affini. Se dunque ammettessimo che *ius singulare*, nel primo periodo, è di Giavoleno, dovremmo credere che Giavoleno abbia veduto la « singolarità » del *ius postliminii* solo rispetto al diritto di proprietà e non anche rispetto ad ogni altro diritto. Ora i casi sono questi: o Giavoleno ha veramente concepito il *postliminium* come diritto singolare, ma in tal caso doveva parlare di *omnia iura*; o Giavoleno non ha concepito il *postliminium* come diritto singolare, ma in tal caso *ius singulare*, nel primo periodo di D. 41.2.23.1, non è suo.

Al che si potrebbe obiettare che forse, nel testo genuino, Giavoleno ha parlato di un *ius singulare in retinendo omnia iura*. Ma allora perché il postclassico avrebbe limitato l'asserto ai soli *iura rerum suarum*?

Pensare che il glossatore, animato da intento generalizzativo (tale da voler fare rientrare anche la *possessio* fra i *iura*), abbia potuto, a questo punto, restringere il pensiero del giurista classico, è assurdo.

Ed allora non rimane che credere che Giavoleno non abbia definito, in questo testo, il *postliminium* come *ius singulare*. Ma siccome in nessun altro dei testi classici sul *ius postliminii* appare mai la definizione di esso come diritto singolare, dobbiamo pur concludere essere molto improbabile che i classici abbiano applicato al *postliminium* l'etichetta di quella categoria dogmatica.

<sup>52</sup> Concepita, dal Windscheid in poi, come relativa a norme giuridiche sostanziali, ben diverse dai privilegi.

<sup>53</sup> V. *retro* n. 8 e nt. 40 ter.