

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*¹, 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 patria². È sintomatico, a questo proposito che due studiosi, perfetta-

* In ZSS. 61 (1941) 58 ss.

¹ 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.

² 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 Beseler³, coerentemente alla sua teoria sul carattere giustiniano della regola che il *reversus ab hostibus* vale come non fosse stato mai prigioniero⁴, ha condannato il frammento là ove si parla, addirittura, di un diritto singolare *in retinendo iura rerum suarum*⁵. Dall'altra, il Ratti⁶, pur osteggiando la tesi del Beseler⁷, 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*⁸.

Unanime invece è la dottrina⁹ nell'accogliere l'espunzione di *corporaliter*, proposta, or è già parecchio tempo, dal Rotondi in uno dei suoi studi più belli¹⁰. 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*¹¹.

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.

³ ZSS. 45 (1925) 205.

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

⁵ 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.*

⁶ *Studi* 3 cit. estr. 11, 15 nt. 1.

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

⁸ 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.

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

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

¹¹ 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'Ambrosino¹² in favore della sua classicità¹³.

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*^{13 bis}.

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).

¹² 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.

¹³ 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.

^{13 bis} Da questo punto di vista, migliore è il costrutto 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 1.129¹⁴, Ulp. reg. 10.4¹⁵, Gai epit. 1.6.1¹⁶, Paul. sent. 2.25.1¹⁷

¹⁴ 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*² 281 s.).

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

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

