

può fare ciò che vuole, salvo cambiare un uomo in donna, ma non è giusto che bistratti senza motivo, per pura e semplice *ignoratio elenchi*, un patrimonio di concetti, un « linguaggio », quando non ha intenzione, né capacità, di migliorarlo o comunque di cambiarlo³⁹.

Le questioni, giudiziarie o non, si moltiplicano a dismisura e, cacciato dalla porta, il giureconsulto rientra alla fine, lui e le sue inezie, dalla finestra.

POSTILLA: LA LOGICA DEI COCCODRILLI

1. Lo studio delle « logiche » di cui si serviva la giurisprudenza romana ha indotto vari romanisti a chiedersi, in questi ultimi anni, se nell'armamentario concettuale dei giuristi di Roma figurasse anche la « logica dei coccodrilli », cioè quel tipo di dilemma (*ambiguitas crocodilina*, lo chiama Quintiliano) che, esattamente all'inverso del dilemma « cornuto », porta in ambedue le ipotesi alla stessa soluzione¹.

Della logica dei coccodrilli (o, in altra versione, della logica dei briganti) aveva fatto esperienza, stando ad un vecchissimo aneddoto, quella infelice madre cui i coccodrilli avevano sottratto la figlioletta. Alle sue implorazioni di riavere la bambina i beffardi arcosauri avevano replicato invitandola a rispondere prima a questa domanda: mi sarà resa dai coccodrilli la piccola? Posto che i coccodrilli non avevano nessuna intenzione di accontentare la madre, la risposta affermativa (cioè: la bambina mi sarà resa) sarebbe stata inesatta, e dunque, la madre non avrebbe riavuto la figlia; la risposta negativa (cioè: la bambina non

Sordo alle rimostranze dei giuristi che lo richiamavano a questi principi elementari, il « legislatore » italiano ha insistito, « *frigidò pacatoque animo* », nel voler dare assolutamente alla luce il nuovo *monstrum* giuridico.

³⁹ A. GUARINO, *Perizia dell'interprete e imperizia del legislatore*, in *Dir. Giur.* 92 (1977) 1 ss., a proposito della singolare formulazione dell'a. 123 c.c. ital. nella nuova stesura dettata dalla legge di « riforma del diritto di famiglia » (l. 19 maggio 1975 n. 151).

* In *Atti Acc. Pontaniana* 32 (1983) 198 ss.

¹ Sul tema da ultimo: G. KLINGENBERG, *Das Beweisproblem beim Urkundendiebstahl. Die These der « quidam » und die Klassiker*, in *ZSS.* 96 (1979) 229 ss., con letteratura; R. BACKHAUS, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz* (1981) 149 ss., 163 ss., 171 ss., con altra letteratura; F. WIEACKER, « *Ambiguitas crocodilina* ». *Zu D. 47.2.32 pr. Paul. 9 Sab. und D. 2.13.10.3 Gai. 1 ed. prov.*, in *St. Sanfilippo* 2 (1982) 737 ss.

mi sarà resa) sarebbe stata invece esatta, ma appunto perciò la figlia non sarebbe tornata alla madre. Ed è appena il caso di aggiungere che, ove mai i coccodrilli fossero stati intenzionati ad esaudire la madre, egualmente il dilemma avrebbe avuto un'unica soluzione, consistente stavolta nella restituzione della bambina.

Bene. A conti fatti, l'*ambiguitas crocodilina* figura due volte nei frammenti a noi pervenuti dei giuristi romani: in un passo di Gaio (1 ed. prov. D. 2.13.10.3) e in un passo di Paolo (9 Sab. D. 47.2.32 pr.). Nessuna traccia del nostro paradosso, anche là dove non sarebbe stato difficile far ricorso ad esso, nei giuristi di età anteriore a quella di Antonino Pio (sotto cui pubblicò il commentario editto Gaio) e dei Severi (sotto i quali pubblicò il commento sabiniano Paolo).

Ai fini del mio limitato discorso, mi fermerò tuttavia, in questa sede, sul solo frammento di Paolo, che merita, se non erro, un particolare interesse.

2. Si avverta che il « *casus* » preso in esame dal giurista e la « *quaestio* » ad esso relativa non si leggono per esplicito nel frammento a noi pervenuto. Essi si ricavano cioè per implicito dal discorso di Paolo, che passo senz'altro a trascrivere: *Quidam tabularum dumtaxat aestimationem faciendam in furti actione existimant, quia, si iudici apud quem furti agatur, possit probari quantum debitum fuerit, possit etiam apud eum iudicem probari, apud quem pecuniam petat.*

Si tratta, dunque, di documenti scritti (*tabulae*) che sono stati rubati e per i quali il derubato agisce contro il ladro con l'*actio furti*: documenti che, a guardar meglio, costituivano la prova di un credito che il derubato vantava verso un terzo. L'*actio furti* è un'azione penale privata, che comporta la condanna del ladro al *duplum* del valore di stima (*aestimatio*) che la cosa rubata aveva al momento del furto (cfr. Gai 4.37: *quanti ea res fuit cum furtum factum sit*). Domanda: qual è il *quantum* cui il *iudex privatus*, cioè colui cui spetterà di valutare concretamente le prove, dovrà essere invitato, mediante la formula-*iudicium* predisposta davanti al magistrato (*in iure*), a condannare il convenuto: sarà il doppio del valore delle *tabulae* materialmente intese, o sarà il doppio del valore del credito documentato dalle *tabulae*? I « *certuni* » (*quidam*) menzionati da Paolo hanno la risposta pronta: se il derubato è in grado di provare, sia pure in mancanza delle *tabulae*, l'ammontare del suo credito al giudice dell'*actio furti*, evidentemente egli è in grado di provare quel *quantum* anche al giudice del processo in cui chiedi la condanna del suo debitore per inadempimento: quindi l'*actio furti* (esattamente come nell'ipotesi che al derubato non riesca

di dimostrare l'ammontare del credito) deve essere limitata al doppio valore delle *tabulae* sottratte.

La soluzione dei *quidam* è, in astratto, impeccabile.

Più che giusto che il ladro sia condannato per le *tabulae* che ha rubato e che il derubato agisca per il credito, quando gli sia possibile provarlo indipendentemente dalle *tabulae*, esclusivamente contro il suo debitore. Ma in concreto le cose non sono sempre così facili. Mettiamo che la sottrazione delle *tabulae*, unita alla mancanza di altre prove sufficienti, abbia posto il derubato in condizione di perdere la causa contro il suo debitore; mettiamo che successivamente le *tabulae* saltino fuori; mettiamo che il derubato non abbia ancora contestato la lite nell'*actio furti*; ecco che ammettere il derubato ad agire contro il ladro non solo per le *tabulae*, ma anche per il credito, diventa in qualche misura ragionevole. In quale misura? Non certo nel senso che il derubato possa davvero spingersi a chiedere al ladro il *duplum* del suo credito verso il terzo: sarebbe per lui troppo conveniente (e potrebbe indurlo a qualche deplorabile inghippo). Solo nel senso che il derubato sia ammesso a chiedere l'*id quod eius interfuit*, cioè il rimborso di ciò che è venuto a perderci per non aver avuto a disposizione le *tabulae* al momento giusto.

È proprio quanto sembra volersi dire, dopo una frase sostanzialmente esatta, ma palesemente glossatoria (*si vero in furti iudicio probari non potest, nec illud quidem ostendi quanti eius intersit*), nel periodo finale del nostro passo: *sed potest post furtum tabulas nactus esse actor, ut ex eo probet quanti sui interfuit si tabulae nactus non esset*. Senza manifestare insofferenza nei confronti della logica dei cocodrilli (una insofferenza che invece manifesta, nel frammento qui non esaminato, Gaio con un: *sed non ita est*), Paolo mette sagacemente in chiaro, una volta di più, che la logica cerebrina non sta salda sulle gambe nella valutazione dei casi giuridici e delle loro implicazioni pratiche.

3. Dopo di che direi che sono certamente nel falso gli studiosi che hanno attribuito alla giurisprudenza romana (sia essa la giurisprudenza classica nei confronti di quella postclassica, sia essa la giurisprudenza preclassica o altoclassica nei confronti della giurisprudenza tardo-classica) l'accettazione della possibilità che il derubato potesse mai chiedere al ladro delle *tabulae* il doppio dell'ammontare del credito. I *quidam* di Paolo, come ha ben visto G. Klingenberg, non sono in alcun modo espressione della giurisprudenza romana. Ma nemmeno i *quidam* sono, a mio avviso, gli esponenti di un mondo totalmente

estraneo ai giuristi romani, cioè gli esponenti del mondo dei filosofi, e più precisamente dei sofisti. Abbiamo visto or ora che l'aver fatto menzione della logica dei coccodrilli non significa affatto che Gaio e Paolo l'accettino. Tuttavia perché dire, con certi altri studiosi, che i giuristi classici, criticando le conseguenze estreme di quella logica, mostrarono di rifiutarla « *in toto* »?

In realtà la logica dei coccodrilli doveva essere piuttosto diffusa in un ambiente diverso da quello dei giuristi, ma all'ambiente dei giuristi inevitabilmente collegato: il mondo giudiziario e della retorica giudiziaria. I giureconsulti romani, anche se non erano avvocati, non potevano tralasciare sdegnosamente (e scioccamente) la conoscenza di certe argomentazioni correnti nei processi. Per dirla con Quintiliano (*inst. or.* 1.10.5), l'uomo di mondo certe sottigliezze (*ambiguitates*) non le può ignorare: non perché i dilemmi cornuti e le logiche dei coccodrilli possano rendere un soggetto veramente saggio, ma perché è necessario che egli non cada in trappola nemmeno nelle bagattelle.

Non quia « ceratinae » aut « crocodilinae » possint facere sapientem, sed quia illum ne in minimis quidem oporteat falli.