

reale esistenza di *Tuscianus* (dubbio in cui mi accorgo di essere stato preceduto, due secoli fa, dal Menagio: cfr. G. De Cristofaro, *Note di prosopografia e bibliografia su giuristi del II secolo d. C.*, in calce a F. Casavola, *Giuristi adrianei* [1980] 292) è un dubbio, suvvia solo un dubbio, che ha pienamente ragione di essere.

### 3. SERVIO E I PRIGIONIERI DEI LUSITANI.

Nella sua bella e diligente indagine sulla fattispecie della *negotiorum gestio* (Seiler H. H., *Der Tatbestand der « negotiorum gestio » im römischen Recht* [Köln-Graz, Böhlau, 1968] p. XIV-348) il Seiler applica fedelmente un canone critico annunciato fin dall'introduzione (§ 1, 1 ss., spec. 8 s.): un orientamento decisamente conservativo, fortemente avverso alla « radikale Quellenkritik » di un Partsch o di un Kreller, pienamente aderente alle « heute weithin anerkannten Methoden einer stärker differenzierenden und gemässigten Quellenkritik », sulle tracce segnate dalle *Textstufen* del Wieacker (1960) e dal saggio del Kaser sui metodi della giurisprudenza romana (in *AWG*. 1962). I sospetti d'interpolazione dei testi classici non mancano, ma sono generalmente limitati all'aspetto formale, mentre spesso le contraddizioni che si manifestano tra le fonti vengono giustificate con le divergenze di idee che sarebbero esistite tra i giuristi classici, oppure con opinioni del tutto singolari e isolate manifestate da qualcuno di essi.

Intendiamoci. Tutto ciò può ben essere, ed è perfettamente sostenibile. Ma non basta sempre e in ogni caso a tranquillizzare lo storico attento alle esigenze della rievocazione di una linea generale, e sia pure approssimativa, di ricostruzione dell'istituto. D'altra parte, anche in certi casi particolari il conservatorismo interpretativo dell'a. si rivela tanto rigido, da implicare, in buona sostanza, la rinuncia ad una qualsivoglia spiegazione del testo.

Si prenda, uno per tutti, il famoso racconto dei tre prigionieri dei Lusitani, di cui in

D. 3.5.20 pr. (Paul. 9 ed.): *Nam et Servius respondit, ut est relatum apud Alfenum libro trigensimo nono digestorum: cum a Lusitanis tres capti essent et unus ea condicione missus, uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti nolisset et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam*

\* In *Labeo* 15 (1969) 236 s.

*solvissent: Servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium.*

Il testo è tutt'altro che facile, e lo confermano le molte discussioni e le svariate ipotesi cui esso ha dato luogo dalla Glossa in poi (cfr. 80 ss.). Tuttavia sostenere che esso riguarda un caso del tutto singolare, di cui né Alfeno né Paolo seppero rendersi conto (sí che si limitarono a riferirlo, in una con il responso di Servio Sulpicio Rufo), significa, me lo permetta l'a., risolvere il problema della sua interpretazione semplicemente chiudendo gli occhi per non guardarlo. Non è verosimile che Alfeno, l'allievo di Servio, e Paolo, che riferisce il responso nel commento all'editto sulla *n. g.* (cfr. L. *Paul.* 1.981), mancassero di idee chiare in proposito. Perché ne avrebbero parlato, allora? È evidente dunque, che le difficoltà derivano dalla redazione giustiniana che a noi è pervenuta: una redazione in cui manca qualcosa che, nel testo genuino di Paolo, non poteva mancare, sicuramente non mancava.

Individuare la lacuna con certezza è oggi impossibile, ma avanzare delle ipotesi in proposito è tutt'altro che arbitrario: è legittimo. Quanto all'ipotesi piú probabile, sia o non sia da accogliere in tutta la sua estensione la teoria del Partsch sulla *n. g.*, certo è che qui il Partsch ha ragione: l'*actio negotiorum gestorum* non era deducibile dall'editto, non poteva essere concessa solo in via utile quando il *negotiorum gestor* avesse agito essenzialmente nel proprio interesse. Ed infatti ragioniamo. Pensare che tra i nostri tre *captivi* fosse intervenuto, durante lo stato di *captivitas*, un contratto di *mandatum* (in forza del quale i due rimasti presso i Lusitani avrebbero incaricato il terzo, quello rientrato a Roma, di provvedere al riscatto) non è serio: sia perché lo stato di prigionia in mano al nemico (si ricordi che la Lusitania fu giuridicamente sottomessa e ridotta a provincia verso la fine del sec. I a. C., quindi dopo Servio) aveva tolto loro la capacità giuridica, sia perché dal testo risulta abbastanza chiaramente che le « condizioni » non furono convenute fra i due prigionieri, ma furono ad essi imposte dai Lusitani. Escluso che i due che avevano pagato il riscatto possano aver chiesto al pretore di agire contro il terzo *ex mandato*, non rimane che la *n. g.*, e il tenore del passo (« *illi pro tertio quoque pecuniam solvissent* ») implica che le cose siano andate in questo modo: uno dei tre *captivi* si era allontanato e non aveva pagato il riscatto né per sé né per i due rimasti; dopo di che i due rimasti, per ottenere la libertà, avevano provveduto in qualche modo a versare la somma del riscatto non solo per sé stessi, ma anche per il loro compagno allontanatosi, e avevano chiesto

di agire contro costui, tornati a Roma, con l'*actio negotiorum gestorum contraria*.

Quali potevano essere le ragioni di dubbio circa la spettanza dell'azione, se non che il terzo non aveva a rigore alcun interesse al pagamento del riscatto ai Lusitani? Come altrimenti giustificare la risposta di Servio, se non pensando che egli abbia ritenuto equa la concessione di un'*actio utilis*, se non ricorrendo all'ipotesi dell'intervento privativo giustiniano? La critica interpolazionistica ha molte colpe sulla coscienza, ma non bisogna esagerare nello svalutarla.

#### 4. LA CONCEZIONE CELSINA DEL « IUS ».

1. Pietro Cerami ha dato alle stampe un primo ampio contributo alla concezione del *ius* secondo Giuvenzio Celso (C. P., *La concezione celsina del « ius »*. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche. 1: *L'interpretazione degli atti autoritativi*, estr. da AUPA. 38 [Palermo 1985] p. 250). La ricerca, limitata per ora alla sola interpretazione celsina degli atti-provvedimento (seguirà infatti un secondo volume dedicato agli atti negoziali), ha la sua ragion d'essere in una particolare esplicazione della famosa definizione del *ius* come « *ars boni et aequi* » (cfr. Ulp. D. 1.1.1 pr.) e si sviluppa in tre densi capitoli.

In che senso Celso parla di *ius*: nel senso di diritto o in quello di scienza? E in che senso il *ius* è per lui *ars boni et aequi*? Ecco il tema del primo capitolo (7 ss.) ed ecco in breve le risposte. Primo: il *ius* non è solo diritto e non è solo scienza del diritto, ma è il binomio « diritto-scienza », nel quale si risolve l'intera esperienza giuridica romana. Secondo: *ars* non va intesa come sapere teoretico, ma denota, secondo le vedute epistemologiche del secondo secolo d. C., la ricerca (*téchne*) e la prassi metodico-specialistica caratterizzata, nella specie, dal riferimento all'oggetto del *bonum et aequum*. Pertanto Celso concepì il *ius* come « costante ricerca e diuturna prassi (*ars*) volte ad individuare ed a realizzare nell'ambito dei rapporti intersoggettivi il bene dei singoli, *ratione bonae fidei*, ed il contemperamento degli opposti interessi (*aequitas*) » (cfr. 19).

Questa visione « dinamica » del diritto (non come forma, ma come ricerca volta alla qualificazione ed alla soluzione dei singoli casi) viene meglio chiarita e articolata nel secondo capitolo (28 ss.). La « perso-

\* In *Labeo* 31 (1986) 75 s.