

PUBBLICAZIONI
DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO ROMANO E STORIA DELLA SCIENZA ROMANISTICA
DELL'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI « FEDERICO II »

VII

ANTONIO GUARINO

PAGINE DI DIRITTO ROMANO

V



CASA EDITRICE DOTT. EUGENIO JOVENE
NAPOLI 1994

Pubblicazione finanziata dal Consiglio Nazionale delle Ricerche
sotto la responsabilità del professore Vincenzo Giuffrè

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 1994 by Casa editrice Jovene - Napoli

Stampato in Italia

Printed in Italy

Tipografia G. Pipola - Via Anticaglia, 17 - Napoli

INDICE GENERALE

SEZIONE VII

LA GIURISPRUDENZA E I GIURISTI

	<i>pag.</i>
Il diritto e i mistagoghi	3
Postilla prima: L' « inevitabilità » dell'ignoranza giuridica, p. 26	
Postilla seconda: « Et ego Gaia », p. 28	
« Ineptiae iurisconsultorum »	31
Postilla: La logica dei coccodrilli, p. 42	
Appio Claudio « de usurpationibus »	46
« Catus logistoricus »	52
Catone giureconsulto	55
Tuberone e Tuberone	66
1. Tuberone adolescente, p. 66	
2. L'autore di Dione, p. 69	
3. Tuberone e Menenio Agrippa, p. 70	
Quinto Mucio e i « boni viri »	73
Cicerone come e quando	78
Un responso di Trebazio?	93
Trebazio ed il caso di Terenzia	98
Labeone giurista meridionale	109
Labeone e gli schiaffi	125
« Pro Ateio Capitone »	131

	<i>pag.</i>
Trebazio, Labeone e i codicilli	135
Postilla: Codicello e i codicilli, p. 151	
Giavoleno e le definizioni	155
Postilla prima: La « sanitas » di Giavoleno, p. 164	
Postilla seconda: I « libri » giuridici di Giavoleno, p. 166	
Giavoleno e il « ius postliminii »	168
Salvius Iulianus. Profilo bio-bibliografico	183
Postilla prima: CIL. 8.24094, p. 255	
Postilla seconda: Spunti sul metodo di Giuliano, p. 257	
Alla ricerca di Salvio Giuliano	260
La pista dell'« avunculus »	275
Il convitato di pietra	283
Giuliano e il « liber de ambiguitatibus »	293
« Libri ad »	300
Divagazioni masuriane	304
Noterelle pomponiane	312
Postilla: « Cottidie in medium produci », p. 319	
Variazioni su Gaio	321
1. Gaio Felice?, p. 321	
2. Per la data delle Istituzioni, p. 322	
3. Sulla genuinità del Veronese, p. 323	
4. Preziosità gaiane, p. 324	
5. Il « classicismo » di Gaio, p. 326	
6. L'intelligenza di Gaio, p. 329	
7. Il ragioniere Gaio?, p. 331	
8. Gaio il festevole, p. 335	
« Ad Vitellium »	337
« Pauli de iure codicillorum liber singularis »	355
« Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis » e la compilazione di D. 38.10.10	392

	<i>pag.</i>
« L. Pauli variarum lectionum liber singularis »	415
Note di taccuino	420
1. Quale Nasica?, p. 420	
2. Tuscianus, p. 421	
3. Servio e i prigionieri dei Lusitani, p. 423	
4. La concezione celsina del « ius », p. 425	
5. I « libri definitionum » di Papiniano, p. 427	
6. Le « disputationes » di Trifonino, p. 429	
7. La data della morte di Ulpiano, p. 431	
8. Interpolazionisti, vil razza dannata, p. 433	
9. Uccidere i morti, p. 435	

SEZIONE VII

LA GIURISPRUDENZA E I GIURISTI

IL DIRITTO E I MISTAGOGHI

1. — Ho letto da qualche parte, ma non riesco a ricordare dove, che nell'impero cinese di altri tempi (in quel « celeste impero » di maniera ove erano diffuse, secondo l'opinione corrente, le piú strane usanze) requisito essenziale delle leggi era il mistero. La gente comune non aveva il diritto di sapere in forza di quale legge un certo comportamento fosse permesso o vietato. Quando il cittadino qualunque compiva

* Pubblicato in *ANA*. 95 (1984) 241 ss. e qui riedito con correzioni e integrazioni principalmente ispirate alla letteratura successiva (cfr. anche: A. GUARINO, in *Labeo* 31 [1985] 371).

Sul punto: A. GUARINO, *Appunti sull' « ignorantia iuris » nel diritto penale romano*, in *AUMA*. 15 (1942) 166 ss., con la bibliografia precedente. *Adde*: F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (1946) 255; M. SCARLATA FAZIO, *Ignoranza della legge (dir. rom.)*, in *ED*. 20 (1970) 1 ss., con altra bibliografia; M. BRETONE, *Giuristi e profani*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (1982) 120 ss.; M. SCHERILLO, *Note critiche su opere della giurisprudenza romana*, in *Iura* 1 (1950) 221 ss.; M. SOUBIE, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste* (1960) 116; U. ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del dir. rom.* (1961) 165 ss.; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Traiano, Studi su Nerazio e Celso* (1979) 6 ss. (nonché: *Id.*, *Empiria e dogmi, La scuola proculiana fra Nerva e Adriano* [1989] 43 ss.); P. FREZZA, *Rc. a SCARANO USSANI*, in *SDHI*. 46 (1980) 569; H. KUPISZEWSKI, « *Ignorantia iuris nocet* », in *Scr. Guarino* (1984) 1357 ss.; L. WINKEL, « *Error iuris nocet* »: *Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung* (1985) spec. 77 ss.; P. CERAMI, « *Ignorantia iuris* », in *SC*. 3 (1993) 57 ss., con bibliografia. Per i frequenti richiami alle mie concezioni in ordine alla storia giuridica romana: A. GUARINO, *Storia del diritto romano*⁹ (1993) *passim*. Sulla derivazione postclassica-pregiustiniana del tit. D. 22.6 (il quale, diversamente da *CI*. 1.18 e da *B*. 2.4, non è situato all'inizio della compilazione giustiniana, ma fa seguito a *D*. 22.3-5, titoli rispettivamente intestati « *De probationibus et praesumptionibus* », « *De fide instrumentorum et amissione eorum* », « *De testibus* »): F. EBRARD, *Die Lehre von Rechtschulen und Rechtsliteratur römischer Juristen im Licht eines vorjustinianischen Digestentitels*, in *ZSS*. 45 (1925) 118 ss., cui aderisco tuttora pienamente, tanto piú che sono notoriamente un convinto sostenitore dell'ipotesi secondo cui i *Digesta* di Giustiniano furono messi insieme con il ricorso a compilazioni postclassiche precedenti, i cd. « *predigesti* » (sul che, da ultimo: A. GUARINO, *Lo spettro dei Digesti*, in *Iusculum iuris* [1985] 38 ss.).

un'azione illecita, ci pensavano i mandarini imperiali a rivelarglielo e ad avviarlo « in nome della legge » al carcere o al patibolo. Quando poi tra il popolo grosso si diffondeva la conoscenza di una legge, questa era da intendersi automaticamente abrogata e bisognava subito sostituirla con un'altra.

Si tratta, è probabile, di una grottesca deformazione della caratteristica dottrina di Kōng Fúzi (Confucio: 555-479 a. C.), secondo cui la ricerca del « *dao* », del giusto equilibrio di vita, è impresa strettamente personale di ciascuno e le leggi servono solo a correggere coloro che, appartenendo ai ceti inferiori, mancano della capacità aristocratica di avviarsi nel senso giusto. Stando a questa concezione, è comprensibile che il « vile meccanico », una volta giunto a conoscenza della legge, si premurerà di rispettarla solo per evitarne i rigori, tralasciando perciò la ricerca spontanea del « *dao* », ed è ovvio, di conseguenza, che la legge dovrà essere per il suo bene cambiata.

Ma lasciamo da parte le disquisizioni filosofiche. Accettiamo la « cineseria » per come viene solitamente narrata. Diremo davvero che essa è tanto stramba e priva di senso?

2. — Si rifletta. Da che mondo è mondo, il mistero del diritto è stato, ed è forse tuttora, una delle condizioni principali della sua autorevolezza. Meno il volgo ne sa, piú lo riverisce: non solo quando esso si confonde totalmente o parzialmente col sacro, che è misterioso per sua natura, ma anche quando esso ha carattere profano.

Per arrivare alla conoscenza del diritto vigente, per poterlo scrutare bene in faccia, per riuscire a sostenerne oppure a contestarne l'applicabilità ad un proprio caso personale, l'uomo della strada molto difficilmente ce la fa da solo. È pressoché inevitabile che egli debba ricorrere, come per il sacro, ai suoi « iniziati »: i quali nella specie non sono i sacerdoti, ma i giuristi. E i giuristi (o nella veste di consulenti, o in quella di avvocati, o in quella di giudici) lo inizieranno a loro volta, proprio a guisa di mistagoghi (*μυσταγωγοί*), nella ricerca dei principi che si attagliano al caso suo e nella comprensione intima di quei principi e delle inevitabili interpretazioni contraddittorie che essi implicano.

D'altra parte, che cosa succede quando il pubblico dei non specialisti, avendo conseguito la possibilità di attingere il diritto alla fonte, si misura con i problemi della sua applicazione alle proprie faccende? Anche per la naturale tendenza di ciascuno a piegare la norma ai propri interessi specifici, succede il piú delle volte che i soggetti controvertano vivacemente tra loro, col risultato di dare ad ogni principio giuridico

non uno, ma due e spesso anche piú significati diversi, quindi col risultato di render quel principio incerto, di svalutarlo, di disapplicarlo. Dal che segue in definitiva che la legge, o piú in generale la norma giuridica, slitta fatalmente, proprio per la conoscenza che il popolo ne ha acquisito, verso la paralisi, verso la sua pratica abrogazione.

Beninteso, io non voglio sostenere che quei tali imperatori cinesi avessero ragione. Prima che qualche sicofante (ve n'è sempre qualcuno che agguata dietro l'angolo) corra a denunciarmi al sinedrio per opinioni antidemocratiche, mi affretto dunque a concludere che le leggi, che le norme del diritto debbono essere tutte alla portata conoscitiva di tutti, anche a costo che vengano meno rispettate.

Cerchiamo peraltro di non chiudere gli occhi di fronte alla realtà. La realtà del diritto è talmente intricata, che abbandonare l'uso di esso alla iniziativa dell'uomo della strada significherebbe tradire gli interessi di quest'ultimo e seminar l'anarchia. Non solo occorrono i giudici, per risolvere in qualche modo (augurabilmente, nel modo migliore) le divergenze di interpretazione degli interessati. Occorrono anche i consulenti e gli avvocati, che svelino agli interessati gli aloni di mistero da cui in qualunque società, e non solamente nel « celeste impero », è circondato il diritto.

E siccome il principio di libertà giustamente esige che solo gli interessati possano decidere delle proprie iniziative giuridiche, i consulenti e gli avvocati non dovranno assumere nei riguardi dei loro clienti l'atteggiamento insindacabile dell'oracolo (questo è concesso, entro certi limiti, solo ai giudicanti), ma dovranno svolgere nei loro confronti, insisto, l'opera paziente del mistagogo. Del mistagogo che li illumini sui « *pro* » e sui « *contra* », che si ponga eventualmente a loro disposizione per ciò che vi sarà da fare in sede processuale o extraprocessuale, ma che si astenga nel modo piú rigoroso dallo spingersi piú in là.

3. — Ai tempi nostri, nei paesi ufficialmente civili (tanto per intenderci, nei paesi membri dell'ONU), non vi è dubbio che tutti i soggetti interessati siano in condizione di conoscere parola per parola le leggi vigenti, i provvedimenti ad esse equiparati o coordinati, gli usi di cui quelle leggi ammettono la vigenza e via di questo passo.

Ciò vale, peraltro, in astratto. Ben diversa è la situazione in concreto.

In concreto, quasi mai se non proprio mai, il « soggetto », cioè colui che deve sottostare all'ordinamento giuridico, conosce realmente l'ordinamento stesso. Molto di rado egli è in grado di verificarlo in tempo utile per decidere con tempestività il comportamento da assumere,

sopra tutto se in relazione a comportamenti giudiziali o extragiudiziali assunti nei suoi confronti da altri. Non sempre egli è comunque capace di « leggere », cioè di capire sufficientemente, il diritto con cui ha da fare. Il rischio di violare il diritto a causa dell'ignoranza o dell'incomprensione dello stesso è insomma per lui concretamente fortissimo.

Se il soggetto è un minore di età, un demente o un altrimenti incapace (anche momentaneo) di agire, di badare oculatamente ai fatti suoi, tutto si accomoda per lui in modi che sappiamo e che non mette conto di stare qui a riferire. Ma il soggetto può avere la piena capacità di intendere e di volere ed essere tuttavia impedito nella conoscenza del diritto vigente dalla sua limitata esperienza della lingua del paese (il che vale quanto meno per gli stranieri ammessi liberamente a viaggiare o a dimorare entro i confini del paese stesso). Oppure il soggetto può trovare difficoltà di comprensione a causa della sua poca o punta dimestichezza con la lingua scritta (il che vale per la vasta gamma degli analfabeti, dei quasi analfabeti, degli analfabeti così così e degli analfabeti di « ritorno »: tutte persone che, anche se da noi l'istruzione di base è obbligatoria, hanno il pieno diritto, se non di sottrarvisi, almeno di non trarne frutto e di conservarsi ignoranti). O anche può avvenire che il soggetto sia versatissimo in lettere, ma abbia scarsa o punta familiarità col linguaggio tecnico del diritto: il che, l'ho già detto, vale per la massima parte dei profani.

Non basta. Mettiamo pure che il soggetto sia un uomo di solida e profonda cultura generale, di facoltà intellettive addirittura superiori al livello normale e di vasta e pronta memoria. Egualmente gli sarà assai difficile (dico io: praticamente impossibile) ricordarsi puntualmente di tutto, tenersi pienamente aggiornato su tutto, avere tutto a rapida disposizione per consultazioni e controlli. Sia aggiunto a titolo consolatorio: neanche un rifinito giurista ce la farebbe facilmente al suo posto.

E allora? Allora la non lieta realtà dei paesi civilizzati è che noi tutti, giuristi e non giuristi, siamo spesso costretti a « vivere pericolosamente », come diceva quel tale. Siamo costretti cioè a fare le nostre scelte di comportamento nella fiducia, nulla più che nella fiducia, che il nostro agire corrisponda approssimativamente a quanto esige, nelle sue mille e mille pieghe dispositive, il diritto vigente.

4. — Voglio dirlo in altre parole. Molte delle nostre azioni giuridicamente rilevanti non sono solo fondate sulla convinzione che il criterio sul momento da noi adottato sia un criterio di buon senso, ma sono basate anche (è bene essere chiari) sulla scommessa (il termine di sapore

pascaliano ci sta bene) che il diritto vigente, in particolare la legislazione vigente, obbedisca a sua volta ai dettami del buon senso. E mi si può credere sulla parola se affermo (sia in nome di una lunga esperienza di giurista del contemporaneo, sia anche in ricordo di una breve, ma intensa attività spesa nelle aule parlamentari) che le leggi (o disposizioni di legge) asintattiche, sconclusionate o addirittura estrose (« *vulgo* »: campate in aria), scaturite da momenti di passione e di scontro o da accomodamenti ed emendamenti frettolosi ed abborracciati, quanto meno nel nostro paese davvero non sono poche.

Bene. Quando un'attività produttiva di effetti giuridici sia stata compiuta non per crassa ignoranza o per equivoco grossolano, ma a causa di una ignoranza o di una incomprendione del diritto vigente o del suo linguaggio, della quale qualunque persona di normale cultura sarebbe potuta essere vittima, qual è la soluzione da adottare?

A metterci la coscienza in pace, la prima risposta che vien fatto di dare è quella « *pollice recto* », cioè la soluzione favorevole all'agente. Assolto. Il soggetto andrebbe pertanto esentato dalle conseguenze giuridiche a lui sfavorevoli, se dipendenti da atti posti in essere per ignoranza o per errore di diritto. Il contratto che ha fatto, ma che non era giuridicamente tenuto a fare, non lo obbligherebbe; la somma che ha pagato, ma che non era tenuto a pagare, gli andrebbe restituita; la pena inflittagli per l'infrazione commessa gli andrebbe revocata o disapplicata. E via di questo passo.

Sarebbe, è evidente, l'« *optimum* » delle soluzioni per un mondo di uomini moralmente impegnati e socialmente corretti, ma è altrettanto evidente, direi, che nel basso mondo in cui effettivamente viviamo la soluzione sarebbe parecchio pernicioso. Pernicioso soprattutto per quanto riguarda l'ipotesi dell'ignoranza delle norme penali. A parte le innumerevoli contestazioni giudiziarie cui darebbe luogo (non fosse altro, nel tentativo di ritardare o di ostacolare la sanzione penale), essa metterebbe in crisi la tenuta stessa dell'ordinamento, quindi la tenuta stessa della compagine sociale. Ne verrebbe fuori un disordine a dir poco paralizzante.

Si può capire dunque (e anche giustificare) la ragione per cui gli ordinamenti giuridici moderni, pur favorendo in vari modi la possibilità di giungere per vie indirette all'assoluzione delle ipotesi più umanamente scusabili di ignoranza del diritto, sono orientati nel senso della inescusabilità delle ipotesi di operazioni giuridiche, e sopra di tutto di violazioni di norme penali, commesse per pura ed esclusiva « *ignorantia iuris* ». E su questa linea è anche il diritto italiano vigente, il quale, a scanso di

equivoci, presenta, nella specifica materia del diritto penale, addirittura una norma espressa: « nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale » (art. 5 c.p.). Una norma, quella del codice penale italiano, che solo in minima parte è stata poi « affievolita » da una sentenza (24 marzo 1988 n. 364), non so quanto apprezzabile, della Corte costituzionale.

5. — Il principio ora ricordato, secondo cui l'ignoranza del diritto va sempre a carico di chi vi incorre, risale alle fonti giuridiche romane. Lo si legge in un testo famoso (variamente rielaborato in età postromana), che parla espressamente di « *regula* » e che figura estratto da un *liber singularis de iuris et facti ignorantia* del giurista severiano Giulio Paolo.

Il testo paolino (D. 22.6.9 pr.) suona precisamente così: *regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* (di regola, l'*ignorantia iuris* nuoce senza remissione a chiunque, l'*ignorantia facti* no). Ma non affrettiamoci a ritenere, come certuni fanno, che dunque il diritto romano fu sempre fermamente ancorato alla regola dell'inescusabilità dell'ignoranza o dell'errore di diritto.

Il diritto romano si espresse lungo almeno tredici secoli di storia e il giurista Paolo fiorì sullo scorcio del secondo e agli inizi del terzo secolo dopo Cristo, circa nove secoli dopo Romolo (o chi per lui), circa sei secoli dopo le XII tavole, per di più nel pieno di una svolta marcatamente assolutistica impressa dalla dinastia dei Severi al principato. Il *liber singularis* a lui attribuito compare solo in un frammento riprodotto dai *Digesta* di Giustiniano (D. 22.6.9), compilati questi nei primi decenni del sesto secolo dopo Cristo, e può aver subito, nelle varie edizioni che hanno preceduto la recezione nelle Pandette, alterazioni più o meno intense. Se nulla di tutto ciò è avvenuto, se il *liber singularis* è veramente stato scritto da Paolo, se è comunque genuina la *regula iuris* con cui il brano a noi giunto si inaugura, ebbene non possiamo evitare la deduzione che, almeno nell'età dei Severi ed in particolare a mente di Paolo, il principio dell'inescusabilità dell'*ignorantia iuris* aveva ben altro che « carattere pragmatico », cioè puramente e genericamente orientativo per gli operatori giuridici, come è stato, invece, sostenuto da P. Cerami (1993). Se non proprio « carattere normativo » (qualifica che mi sembra alquanto precipitosa), esso aveva veste di constatazione di uno stato di diritto ben saldo e del tutto inequivocabile, insomma di rappresentazione di un *ius non controversum*. Il che, a mio parere, non è suggerito solo dal buon senso, ma è corroborato proprio da Paolo in un passo

famoso (17 *ad Plaut.*, D. 50.17.1), nel quale si ammonisce: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.*

Pertanto, non solo è lecito, ma è doveroso che noi ci si chieda se la regola sulla *ignorantia iuris* che *nocet* fu realmente formulata nell'età severiana da Paolo e, piú in generale, se essa valse e si mantenne sempre conforme, per tutti i settori e per tutte le epoche del diritto romano, da Romolo a Giustiniano I. E se non fu cosí, quali furono le vicende ad essa relative?

6. — Il problema sta tutto nel valore da dare alle non poche deviazioni dalla « *regula* » del testo paolino, che si incontrano qua e là nelle fonti di cui disponiamo.

Fuori della materia penalistica, si è unanimi, o quasi, nel qualificare quelle devianze come « eccezioni », non interpretabili estensivamente: eccezioni che quindi confermano la regola della inescusabilità dell'errore di diritto, almeno ai tempi di Paolo. In ordine alla sfera del diritto penale, invece, si diverge. Le ipotesi di *error iuris* che *excusat* (o *non nocet*) sono state anche esse definite come eccezioni da studiosi autorevolissimi, quali W. Rein (1844) e Th. Mommsen (1901), ma un illustre penalista del secolo scorso, K. Binding (1877), analizzando con grande (direi eccessiva) sottigliezza le asserite « eccezioni », ha sostenuto che esse furono in realtà, malgrado gli enunciati puramente astratti di Paolo e di altri, l'espressione viva e immediata di una regola del tutto diversa: la regola per cui la *ignorantia iuris* era nociva solo se dipendeva da colpa dell'agente, cioè da una sua azione volontaria (pur se non intenzionale, se non dolosa), mentre allo stato puro, cioè quando fosse del tutto incolpevole, non era nociva per niente, anzi aveva la stessa efficacia scusante dell'*error facti*.

Il fascino della provocazione esercitata da un autore smagliante come il Binding ha successivamente indotto altri studiosi a distinzioni di vario genere. Per A. Pernice (1895), per C. Ferrini (1899), e piú tardi per P. Voci (1937), l'*ignorantia iuris* non ebbe mai il potere di scusare la violazione di norme penali di evidente fondamento etico (per esempio, la norma incriminatrice dell'unione incestuosa tra genitori e figli), mentre valse di solito come scusante nei confronti delle norme incriminatrici dettate da mera opportunità politica (per esempio, la norma incriminatrice di certe ipotesi di falso documentale). Per E. Volterra (1930) la regola del diritto romano « classico » fu rigidamente quella della inescusabilità in ogni caso, mentre solo in diritto giustiniano si passò a distinguere, come ben visto dal Pernice e dal Ferrini, tra viola-

zioni dei fondamenti dell'etica e crimini di stampo contingente. Per F. De Martino (1937), seguito più tardi da C. Gioffredi (1970), *Pignorantia iuris* fu, al contrario, ammessa come scusante proprio in età classica, mentre venne largamente combattuta, sino al punto da formularsi la *regula* generale ad essa ostile, dall'assolutismo imperiale postclassico.

Nel lontano 1942, intervenendo a mia volta nella discussione penalistica, io riuscii forse, con un saggio che ha poi riscosso l'approvazione dello Zilletti (1961), a sottrarmi ai troppo rigidi schemi che avevano angustiato le precedenti ricerche.

Rifutandomi di riportare il discorso ad un diritto penale romano astrattamente unitario e ad una generica distinzione tra età classica ed età postclassico-giustiniana, mi sforzai, in quell'occasione, di fare una cosa che, salvo errore, ancora non era stata fatta in precedenza. Mi sforzai, questo sí, di differenziare il classico dal postclassico, ma di guardare all'interno dei diversi assetti che la reazione penale ha assunto nel quadro complesso, e non sempre coerente, dell'evoluzione giuridica romana: diritto penale privato, repressione criminale ordinaria, repressione criminale *extra ordinem*. Sopra tutto mi sforzai di mettere in chiaro che la tendenza contraria alla ignoranza del diritto vi fu anche a Roma, ovviamente, da sempre, ma che la « *regula* » che formalizza e assolutizza questa tendenza non fu espressa da Paolo, bensí, parecchio dopo di lui, da un compilatore postclassico del *liber singularis de iuris et facti ignorantia*: opericciuola visibilmente raccapazzata, a fini didattici o anche pratici, mettendo insieme (e in parte adattando ai tempi nuovi) brani estratti dalle opere di Paolo e forse di altri giuristi « classici » del tempo suo.

7. — Non credo sia il caso che io torni, nelle pagine che seguono, sulla mia vecchiaia, ma, credo, tuttora valida argomentazione, che peraltro approfitterò per difendere, sia pur molto brevemente, da critiche mossemi in tempi successivi o da osservazioni fatte nell'ignoranza della prima stesura (1984) del presente scritto.

In questa sede il mio interesse è rivolto ad altro. A spiegarmi come e perché l'*ignorantia iuris*, dentro e fuori il diritto penale, abbia « fatto problema », cioè abbia costituito oggetto di discussioni giuridiche (di così detto *ius controversum*) e di interventi del potere politico, in modo tanto blando e comunque con tanto ritardo. E la tesi che mi pare di poter sostenere è questa.

Ai Romani (lo sanno tutti) mancò in ogni tempo un sistema di sufficiente ed esauriente pubblicità del loro diritto, scritto o non scritto

che fosse. Pertanto mancò ai Romani in ogni tempo la sicurezza astratta (oltre che concreta) che il « *quivis de populo* » fosse nella possibilità di una diretta conoscenza e comprensione dell'ordinamento giuridico. Questa deficienza venne a lungo sottovalutata, nella convinzione che il soggetto avveduto non mancasse di rivolgersi tempestivamente al mistagogo giuridico. Più tardi, nel corso della così detta età classica (I-III sec. d. C.) l'impalcatura mistagogica, giurisprudenziale, si indebolì e venne meno, sí che fu prudente rivolgersi per consiglio ai *principes*. Infine, nell'età dell'assolutismo postclassico, varie motivazioni concorsero a far sí che il problema della *ignorantia iuris* fosse impostato alla maniera in cui lo hanno poi, molto più rigidamente ancora, regolato gli ordinamenti postromani, e alla maniera in cui lo regola, ad esempio, l'ordinamento italiano vigente. La « ragion di stato », prevalendo (sia pure non ingiustamente) su ogni altra considerazione, ha portato, in tal modo, alla moderna (e tutta ipocrita) conclusione che il soggetto non possa non conoscere il diritto (e se non lo conosce tanto peggio per lui). Del che non sarà male tentare una spiegazione più articolata.

8. — « *Ab ovo* ». Sicuro al cento per cento non è. È tuttavia estremamente probabile, quasi ai confini della certezza, che il problema dell'ignoranza del diritto non si sia posto, anzi non abbia avuto ragione di porsi, in tutto il corso del periodo arcaico della storia giuridica romana: diciamo, dalle origini sino al quarto secolo avanti Cristo.

Mi astengo qui deliberatamente dal fare riferimento alla mia personale, indubbiamente opinabile, ricostruzione di quel periodo. Mi basterà ricordare che anche chi, diversamente da me e da altri, presta largamente fede al racconto della tradizione annalistica (la tradizione secondo cui la *respublica Romanorum* successe d'un sol colpo al *regnum* intorno agli inizi del quinto secolo) suole comunque ammettere che i circa due secoli successivi alla espulsione di Tarquinio il Superbo presentarono solo in embrione i tratti essenziali della repubblica successiva alla così detta « legislazione » licinio-sestia del 367 e di tutta la ulteriore vicenda di assestamento protrattasi, quanto meno, sino alla fioritura di Appio Claudio Cieco (censore nel 312 a. C.).

Veniamo al concreto. Prescindendo da ogni questione circa la piena coincidenza (altra cosa che io personalmente contesto) del *ius civium Romanorum* con l'intero ordinamento statale romano, si può essere tutti d'accordo nel distinguere, per il periodo arcaico (sec. VIII-IV a. C.), tra principî regolatori della così detta « vita privata », quella dei rapporti interfamiliari, e principî regolatori della così detta « vita pubblica »,

quella attinente all'organizzazione e al funzionamento della *res publica Romanorum*. Ebbene, sia rispetto all'una, sia rispetto all'altra sfera dell'ordinamento arcaico, non risulta proposto o proponibile un discorso relativo al grado di conoscenza (o di ignoranza) delle rispettive norme da parte dei soggetti.

Per ciò che concerne i principi regolatori della vita privata (in altri termini, i principi di diritto sostanziale e di diritto processuale che passarono col tempo a costituire il nucleo del *ius civile*), la migliore dottrina giustamente esclude che essi furono considerati in tutto o in parte di rivelazione divina. Sta di fatto però che essi, pur essendo concepiti come prodotto di determinazioni umane, erano fortemente limitati dalla cerchia misteriosa del *fas-nefas*. Non solo la loro validità era subordinata al presupposto che i contenuti non fossero lesivi dei divieti del *nefas*, ma la loro efficacia dipendeva dalla circostanza che fosse specificamente *fas* il modo (tempo, luogo, forma) della loro attuazione: il che vale, si badi bene, tanto per i *mores maiorum* e le *leges regiae*, quanto per le *leges XII tabularum* e per altre leggi dell'epoca.

Tanto per fare degli esempi: si pensi alle unioni tra parenti, ritenute « *ab antiquo* » invalide perché *incestae et nefariae* (cfr. Gai 1.58); si pensi ancora agli argomenti insistentemente portati dal patriziato contro la ammissibilità, quindi contro la validità del *connubium* con i plebei, il quale avrebbe implicato unioni a livello pressoché animalesco (cfr. Liv. 4.2.6: « ... *ferarum prope ritu* »); si pensi infine alla affermazione, semplicistica ma fondamentalmente vera, di Cicerone, là dove dice che l'ignoranza dei *dies fasti* impediva agli antichi Romani di decidere se e quando intentare una causa (*pro Mur.* 11.25: *posset agi lege necne pauci quondam sciebant: fastos enim volgo non habebant*).

Tra i soggetti giuridici e le norme del *ius civile* non vi era dunque, in età arcaica, una linea di comunicazione diretta. Per meglio dire, i « soggetti » non erano in condizione di sapere quale fosse il grado di validità e di efficacia dei precetti del *ius civile*, prima di averne sperimentato sulla propria pelle gli eventuali effetti negativi. Per poter attingere una sicurezza preventiva circa la possibilità religiosa, *fas*, di invocare e far funzionare a proprio favore un certo precetto, essi dovevano perciò ricorrere alla mediazione autorevole dei *pontifices*, « *ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praecisset privatis* » (cfr. Pomp. *sing. enchir.*, D. 1.2.2.6).

Situazione che non accennò a svanire prima dei tempi di Appio Claudio, e del suo più o meno credibile Gneo Flavio, e che riservò per

lungo tempo al pontificato il monopolio di fatto in materia strettamente giuridica.

9. — Sempre nell'età arcaica di Roma, se usciamo dal campo del *ius civile*, ci è necessario constatare che il problema della ignoranza dell'ordinamento da parte dei soggetti era, sia pur per motivi diversi, non meno improponibile che in ordine al regolamento dei rapporti privati. Ciò per una ragione molto chiara, che si avverte del resto, almeno in parte, anche nei piú evoluti ordinamenti contemporanei.

La vita della comunità arcaica, la sua cosí detta vita pubblica, faceva capo a principi di organizzazione, per buona parte nemmeno articolati in specifiche « norme », che si imponevano a tutti come « *condicio sine qua non* » dell'aggregato sociale. Che uno o piú singoli soggetti non conoscessero, o conoscessero imperfettamente uno o piú di quei principi, non era cosa da potersi prendere in considerazione di fronte alla schiacciante esigenza della efficienza e del buon funzionamento del complesso. Una volta che il soggetto avesse effettuato la sua scelta di appartenere alla comunità, anziché di ritrarsene e di abbandonarla, le istituzioni della comunità assumevano nei suoi confronti carattere anacastico, irrefutabile. Era impensabile, ad esempio, che il cittadino invocasse la propria ignoranza del ruolo specificamente assegnatogli per non pagare il tributo o per essere esentato dal servizio nell'esercito, conseguentemente per sottrarsi alle sanzioni irrogategli a causa delle sue violazioni della disciplina sociale.

Fermiamoci un momento sulle infrazioni della disciplina sociale e sulle sanzioni relative. Esse non vanno confuse con quegli illeciti che erano penalizzati dal *ius civile* in quanto ritenuti lesivi di interessi privati (si pensi al *furtum*): ipotesi che rientrano nel discorso poc'anzi fatto a proposito dei principi regolatori della vita privata. Il *parricidium* e la *perduellio*, tanto per indicare i paradigmi piú noti e sicuri, erano perseguiti dagli organi della comunità (il *rex*, i magistrati, i *quaestores parricidii*, i *duoviri perduellionis*: qui non è il caso di scendere a precisazioni) per il fatto che si trattava di azioni scardinanti le basi stesse della vita comune. Reprimere sempre e in ogni caso queste azioni (probabilmente, agli inizi, anche quando fossero state compiute involontariamente, per mero errore di fatto) era necessario per salvare la comunità e per placare gli dei.

Tutti quanti i soggetti, e a maggior ragione gli autori dell'illecito, non potevano non sottomettersi a queste elementari esigenze di necessità.

L'infrattore che sostenesse di averle ignorate avrebbe aggravata, non attenuata la sua responsabilità.

10. — Non disponiamo di veri e propri elementi di prova per ritenere che nel successivo periodo della *respublica* nazionale romana, della *respublica* dei secoli III-I a. C., l'ignoranza dell'ordinamento da parte del soggetto abbia portato al riconoscimento di una sua efficacia scusante. È peraltro assai probabile che in questo periodo il problema del trattamento della ignoranza sia progressivamente emerso in maniera sempre più netta, suggerendo taluni primi accorgimenti (o ripieghi) degni di molto interesse.

Cominciamo con l'assegnare il dovuto rilievo al fatto che, nel periodo considerato, lo spesso diaframma tra soggetto privato e *ius civile*, in precedenza costituito dal monopolio di fatto dei pontefici, venne completamente meno. Vero è che il posto dei pontefici fu preso da una giurisprudenza laica nobiliare di altissima autorità sociale, ma va considerato che gli esponenti di questa giurisprudenza (i quali, pur se, non di rado, come tutti sanno, erano anche *pontifices*) non esplicarono la loro funzione a mo' di pontefici, cioè al fine di salvaguardare i loro interroganti dalle reazioni del *fas-nefas*. Essi si adoprarono a scopi meno elevati (e, si noti, più o meno spesso contrastando tra loro): nell'intento, cioè, di agevolare i loro clienti, mediante la sottile e cauta *interpretatio* di un diritto che non aveva più nulla di misterico, di occulto, ma che ciò non pertanto era pieno di oscurità, di ambiguità, di trabocchetti e di lacune da colmare.

« *Tenuis scientia* » definisce scherzosamente la giurisprudenza laica dei suoi tempi Cicerone, polemizzando con S. Sulpicio Rufo, in una famosa sequenza di « gags » dell'orazione in difesa di L. Licinio Murena (*pro Mur.* 11.25: « *dignitas in tam tenui scientia non potest esse* »). In fondo egli non ha torto: non perché la giurisprudenza fosse una scienza meschina e da poco (come molti affrettatamente traducono), ma perché la giurisprudenza, lungi dall'essere l'« *ars boni et aequi* » dell'immaginario Giuvenzio Celso figlio (cfr. *Ulp.* 1 *inst.*, D. 1.1.1.1), era, alle strette, un « *artificium* », un esercizio di destrezza minuziosa applicato a « *res parvae* », a questioni piccole piccole, anche se gravide (ma Cicerone qui volutamente tace) di importanti conseguenze pratiche (*ibid.*: *res enim sunt parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae*).

Ciò premesso, riproponiamoci le domande già posteci in ordine al diritto romano arcaico e guardiamo anzi tutto ai principi regolatori della

vita privata. Nella *respublica* nazionale romana tali principi, fortemente accresciuti di numero rispetto al passato, ancor meno che prima costituivano un *totum* organico, rifacendosi a fonti e modalità di produzione piuttosto diverse tra loro. Alla base di tutto vi era il vecchio *ius civile*, arricchito peraltro da nuove interpretazioni e da numerose (ma non numerosissime) *leges publicae* (generalmente *plebiscita*) a carattere integrativo o di ritocco. Accanto ad esso fiorì successivamente il *novum ius civile* (più tardi spesso denominato *ius gentium*), formatosi nel commercio mediterraneo con ricorso ad istituzioni non soltanto romane, che era applicabile a Romani e stranieri ed era disciplinato, attraverso l'intervento giurisdizionale in caso di liti, dal *praetor peregrinus*. Dilagò, infine, nella fase di crisi della *libera respublica*, il *ius honorarium* (anche questo denominato così solo in epoca più tarda): quella sorta di sempre più vasto (e disordinato) « diritto alternativo » che venne posto a disposizione dei soggetti dalla prassi giudiziaria dei pretori e degli altri magistrati giurisdicenti, « *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam* » (cfr. Papin. 2 *defn.*, D. 1.1.7.1).

Tenere d'occhio questa congerie di principi, di statuizioni, di riferimenti ad altri ordinamenti mediterranei, di interpretazioni non sempre consolidate, di prassi giudiziarie non sempre ferme e coerenti, era impresa di difficoltà estrema per il soggetto. Non solo quando il soggetto fosse uno straniero, ma anche quando il soggetto fosse un cittadino.

Ben vero. La *respublica Romanorum* non coincideva ormai più con la *civitas* e il suo contado, ma si estendeva a vaste plaghe dell'Italia peninsulare, dal Rubicone in giù, ed aveva nuclei di cittadini (organizzati in *coloniae* oppure no) sia in Italia che fuori, là dove erano state costituite le prime province: dunque anche al *civis Romanus* più attento, essendo egli spesso insediato a grande distanza dall'*urbs* delle quattro *regiones*, poteva facilmente capitare di non sapere quale fosse il suo diritto. D'altra parte, è illusorio mettere sullo stesso piano tutti i *cives* della *respublica*. Per quanto quest'ultima abbia fittamente cercato di contrastare l'inquinamento della genuina romanità ed abbia operato in vari e riconducibili modi per limitare la *civitas Romana* di pieno diritto ad elementi, sia pur di estrazione straniera e non di rado servile, che dessero sufficienti garanzie di partecipazione alla « nazionalità » romana, l'operazione approdò a risultati notoriamente imperfetti (specie dopo le concessioni di cittadinanza seguite alla guerra sociale dei primi anni dell'ultimo secolo avanti Cristo) e comportò collateralmente la

formazione di varie categorie di cittadini di minor diritto esclusi totalmente o parzialmente dalla partecipazione alle funzioni di governo, ma ammessi ad usufruire del solo *ius privatum*.

È ovvio che in un ambiente tanto vasto e tanto vario la *ignorantia iuris* sia stata non solo molto (anzi, sempre maggiormente) diffusa, ma anche spesso (anzi, sempre più spesso) addotta dai soggetti come scusante. Tanto più che era l'epoca, questa, in cui andava affermandosi in giurisprudenza la vasta gamma di esenzioni basate sul così detto *error facti*, cioè la gamma delle opinioni giurisprudenziali che pervenivano, sempre più numerose e più vastamente concordi tra loro, a ritenere come nati morti o comunque come inservibili, « *inutilia* » (noi diremmo, con linguaggio moderno, « nulli »), i negozi conclusi dalle parti (o anche solo da una tra esse) sulla base di rilevanti errori nella valutazione degli elementi di fatto (per esempio, l'oggetto).

È dubbio, tuttavia, anzi mi sembra da escludere, che si sia formato, sia pure, un « canone » generale della rilevanza (oppure della irrilevanza) della *ignorantia iuris* come scusante. Come per l'*error facti*, così per l'*error iuris* la giurisprudenza operò caso per caso. E, se giunse alla tipizzazione di « *genera errorum* » (in analogia ai *genera furtorum* ed ai *genera legatorum*), vi pervenne con molta fatica, senza troppo preoccuparsi di distinguere tra *error facti* ed *error iuris*, ma preoccupandosi piuttosto di individuare le categorie di soggetti più « deboli » cui si potessero perdonare, almeno entro certi limiti, gli sbagli commessi: le donne, i campagnoli, i militari, gli stranieri e via dicendo.

11. — Se ora, sempre con riguardo alla *respublica* nazionale romana, passiamo all'ignoranza dei principi regolatori della vita pubblica, non vedo quali motivi possano esservi stati per mutare in età preclassica l'impostazione caratteristica del precedente periodo arcaico.

Di motivi per cambiare non ve ne furono, aggiungerei, neanche per ciò che attiene alla connessa sfera del così detto processo criminale comiziale, venutosi progressivamente ad affermare nei confronti degli illeciti politici di maggiore gravità. Bisogna tener presente, infatti, che il fulcro del processo comiziale aveva il suo fondamento, almeno a mio avviso, in un verdetto « definitivo » (di assoluzione o di condanna) che il magistrato precedente emetteva sulla base del suo *imperium* sul soggetto. Le riunioni dei *comitia* popolari, che eventualmente facevano seguito, su richiesta del condannato, al verdetto magistratuale di condanna, non portavano ad una conferma o ad una invalidazione del verdetto stesso, ma portavano esclusivamente ad un voto maggioritario di com-

mutazione o non commutazione della condanna nel bando assoluto e totale del condannato da Roma, nella sua *aqua et igni interdictio*.

Mentre il meccanismo fortemente autoritario del processo comiziale rende impensabile che il *reus* potesse ragionevolmente invocare a sua scusa l'ignoranza dei principî che giustificavano la sua condanna, è invece astrattamente concepibile che nelle piú recenti procedure criminali, quelle dette delle *quaestiones perpetuae*, sia stata ritenuta degna di considerazione la comprovata e scusabile ignoranza da parte dell'imputato (che, piú esattamente, era un cittadino « accusato » da un altro cittadino) delle *leges* istitutive delle *quaestiones* stesse e delle figure criminose da esse previste. È astrattamente pensabile per almeno due motivi. Primo, perché le nuove procedure criminali « accusatorie » avevano una certa analogia di struttura e di funzionamento, su cui non mi soffermo, con il processo privato di repressione dei *delicta*, cioè degli illeciti privati. Secondo, perché le leggi istitutive delle *quaestiones perpetuae* (di cui la piú antica fu la *lex Calpurnia de pecuniis repetundis* del 149 avanti Cristo) contenevano solitamente formulazioni molto dettagliate delle ipotesi criminose da reprimere: all'evidente scopo di limitare ogni possibile equivoco nei destinatari e di prevenire il fenomeno della *fraus legi*, cioè l'azione di chi « *salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* » (cfr. Paul. *sing. ad l. Cinciam*, D. 1.3.29).

In concreto, peraltro, non risulta che le giurie delle *quaestiones perpetuae* abbiano mai svolto analisi specifiche di *ignorantia iuris* degli accusati, andando cioè oltre la presa in considerazione dell'appartenenza dell'accusato ad una delle già indicate categorie di soggetti giuridici meno maturi della normalità. Risulta solo, questo sí, che i *defensores* (e i retori che gli stavano alle spalle) non risparmiavano gli sforzi (Cicerone insegna) per giustificare i loro assistiti anche col ricorso all'argomento della inevitabilità (o persino della scusabilità) della loro *ignorantia iuris*.

12. — Queste illazioni relative all'ordinamento privatistico e a quello pubblicistico del periodo « preclassico » (illazioni tutte convergenti nel risultato che non si formò, in quel periodo, né un dogma della scusabilità, né un dogma dell'inescusabilità dell'*ignorantia iuris*) sembrano, peraltro, ricevere una sostanziale smentita da un'opinione espressa da M. Antistio Labeone, giurista eminente dell'età augustea, e riferita in senso chiaramente adesivo dal *liber singularis de iuris et facti ignorantia*, di cui abbiamo visto che è attribuito nei *Digesta* a Giulio Paolo.

A prendere per oro colato quanto si legge nel frammento (cfr. D.

22.6.9.3), Labeone si sarebbe posto il problema dell'*ignorantia iuris*, avrebbe accolto la regola generale della sua inescusabilità, ma avrebbe significativamente precisato che l'*ignorantia iuris* non potesse essere addotta a propria scusante dal soggetto solo quando gli fosse stato facile informarsi adeguatamente, e cioè quando avesse avuto la possibilità di far capo ad un giureconsulto, oppure quando fosse stato dotato di una propria preparazione giuridica: *sed iuris ignorantiam non prodesse ita accipiendum (Labeo) existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia.*

Siccome il brano si chiude con l'affermazione (sembreterebbe di Paolo) che l'ipotesi di disinformazione giuridica fatta da Labeone si verifica « in realtà piuttosto raramente » (« *quod raro accipiendum est* »), l'impressione che si trae dalla sua lettura è che da Labeone a Paolo, da Augusto ai Severi, l'inescusabilità sarebbe stata affermata esclusivamente in linea di principio, mentre nei fatti l'*ignorantia iuris* sarebbe stata una scusante del soggetto, di quasi ogni soggetto. Tuttavia l'impressione ora detta nasce da un equivoco che bisogna affrettarsi ad eliminare.

Premesso che il « Leitmotiv » tanto del titolo D. 22.6 intitolato « *de iuris et facti ignorantia* », quanto del titolo CI. 1.18, forte di tredici costituzioni imperiali sul tema, non è nel senso che l'ignoranza del diritto scusi, ma è proprio nel senso contrario, e cioè che l'*ignorantia iuris* di regola « *nocet* » (« *non prodest* », « *non excusat* »), il fr. D. 22.6.9, in cui è inserita la citazione di Labeone, si apre, come sappiamo, con una dichiarazione di principio, che più recisa non potrebbe essere: « *Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* ». Solo subordinatamente a questa enunciazione vengono esposte, nei righe che seguono, talune ipotesi di *ignorantia iuris* e di *ignorantia facti* che meritano, ad avviso di Paolo, o di chi ha compilato sotto il nome di lui il *liber singularis*, una considerazione speciale: o perché l'*ignorantia facti nocet* (mentre di regola *non nocet*) o perché l'*ignorantia iuris non nocet* (mentre di regola *nocet*).

Per quanto riguarda Labeone, dal fr. 9.3 il referente specifico del suo pensiero non risulta, ed è appunto per ciò che si può essere indotti a conferire alle sue parole una portata generale. Ma una più attenta analisi ha già da molto tempo fatto intendere agli studiosi che il riferimento era al così detto « *edictum successorium* », in particolare a quella clausola dell'editto pretorio in materia di *bonorum possessio*, con la quale si fissava il termine massimo di cento giorni « utili » affinché le per-

sone autorizzate a formulare l'*adgnitio bonorum possessionis* entro un certo «*ordo*» di successibili (mettiamo: entro l'*ordo* «*unde liberi*») si decidessero a fare questa richiesta. Trascorsi invano i cento giorni utili, erano infatti autorizzati alla *adgnitio* i componenti dell'*ordo* successivo (stando all'esempio qui fatto, i componenti dell'*ordo* «*unde legitimi*»).

Ora, se ben si guarda, il computo dei giorni utili era per i profani (nonché, direi, per molti giuristi) qualcosa di veramente complesso, non tanto dal punto di vista strettamente contabile, quanto dal punto di vista della valutazione dei giorni inutili. Le controversie al riguardo erano presumibilmente assai frequenti e non investivano solo dati di fatto (per esempio, il giorno della morte del *de cuius*, il giorno della rinuncia alla successione da parte dell'erede *iure civili*), ma investivano anche punti di diritto (per esempio, se un certo impedimento sofferto dall'aspirante alla *bonorum possessio* fosse da considerare giuridicamente valido oppur no). Meno male che la vicenda si svolgeva davanti al pretore e che a due passi dal *tribunal* pretorio vi erano in abbondanza i giurisperiti. Ricorrere a costoro, per chi non fosse «*sua prudentia instructus*», era cosa piuttosto facile, e doveva essere raro il caso che non vi si provvedesse. Che se poi qualche superficiale o qualche sprovvoduto si asteneva dal farlo, peggio per lui: la sua *ignorantia iuris* sarebbe stata inescusabile.

È chiaro, insomma, che l'intervento di Labeone nei riguardi dell'*edictum successorium* felicemente dovette troncare una disputa piuttosto viva. Di qui il successo della sua soluzione presso i giuristi successivi sino a Paolo e ad Ulpiano, documentato dai vari passi dei *Digesta*, che ometterò qui di trascrivere. Una sola cosa è da aggiungere: la scomparsa del riferimento limitativo all'*edictum successorium* nel contesto del *liber singularis de iuris et facti ignorantia* è ulteriore indizio a favore dell'ipotesi, già da tempo avanzata, che questa operetta non sia stata scritta in realtà da Paolo, ma sia stata compilata da qualche scolastico del periodo postclassico, utilizzando e generalizzando vari squarci delle opere del giurista severiano.

Ma prima di chiudere il discorso relativo al *liber singularis* sarà bene portare avanti la nostra analisi dei periodi storici del diritto romano.

13. — Posto in luce il limitato ambito di riferimento della tesi di Labeone sul rilievo della *ignorantia iuris*, non perciò siamo in condizione di ritenere che in età «classica», cioè nel periodo detto del

principato (sec. I-III d.C.), l'ignoranza del diritto da parte del soggetto sia stata considerata alla stessa stregua dell'età preclassica.

A prescindere da ciò che si legge in un famoso passo del giurista Nerazio Prisco, che mi riservo di prendere in esame tra poco, occorre pure che ci domandiamo se e quale peso abbiano avuto, nel corso del periodo classico, il progressivo allargamento del mondo romano, il progressivo estendersi dell'intervento dei *principes* in ogni campo, la progressiva decadenza della giurisprudenza « privata », la progressiva supremazia del « *ius novum* » sul « *ius vetus* » di tradizione nazional-repubblicana.

Anche se le cose non cambiarono in modo radicale rispetto al periodo preclassico (il che dipese almeno in parte dal fatto che i *principes* dei primi due secoli non si impegnarono a fondo per farle cambiare e per instaurare bruscamente l'impero assolutistico), sarebbe da ciechi negare che mutamenti di sostanza progressivamente si verificarono. Il principato di tipo « augusteo », durato in qualche modo sino a Traiano (117 d.C.), fu ben piú rispettoso del retaggio repubblicano di quanto lo fu piú tardi il principato di tipo « adrianeo », durato sin verso la fine del secondo secolo della nostra era. Né è seriamente contestabile che nel terzo secolo, quanto meno a partire dal riconoscimento della cittadinanza romana a tutte le comunità organizzate site nell'impero (riconoscimento effettuato con la *constitutio Antoniniana* del 212), ebbe inizio il processo di liquidazione della romanità tradizionale, al quale sarebbe conseguito l'assolutismo dichiarato di Diocleziano (285 d.C.) e dei suoi successori.

In siffatta situazione è comprensibile, addirittura ovvio che si siano potuti verificare in concreto casi scusabili di ignoranza del diritto da parte di soggetti pienamente capaci in astratto. Contingenze di questo tipo erano comportate dalla vastità e varietà dell'impero, dall'appartenenza di molti improvvisati *cives Romani* a civiltà diverse da quella romana e italica, dalla diffusa ignoranza del latino nelle province orientali e in molte province occidentali, insomma da una gamma di cause di incompiensione o di equivoco circa il diritto romano che sarebbe stato poco serio, e per di piú spesso impolitico, rifiutarsi di prendere in considerazione.

Che fare? Erano ormai lontani i tempi in cui si potevano ottenere lumi da autorevoli e influentissimi *iurisconsulti*. I giuristi « privati » vi erano ancora, anche se in numero non sufficiente per tener testa alla grande estensione dell'impero, ma la loro autorevolezza non era piú quella di una volta e andava scemando ogni giorno di piú. Il primo colpo la

categoria dei *iuris prudentes* lo aveva avuto dalla concessione del *ius publice respondendi* ai soli e pochi giuristi che riscuotessero stima e fiducia dai *principes*, quindi dalla automatica svalutazione della massa dei non beneficiati quanto all'attività del *respondere*. Il secondo e più grave colpo venne inferto ai *prudentes*, nella fase adrianea del principato, con la disapplicazione del *ius publice respondendi* e con l'inquadramento dei giuristi di maggiore affidamento tra gli *amici principis*, tra i suoi *consiliarii*, o addirittura tra i burocrati dell'amministrazione imperiale.

Andò a finire, con ciò, che l'ultima parola in materia di diritto spettò ai *principes*: o come interpreti del diritto vigente, o come giudici supremi delle cause civili e criminali, o come innovatori del diritto attraverso le loro costituzioni, non a caso dette anche « *leges* » *principales*. E i *principes*, mentre da un lato affermarono nel modo più rigoroso il dovere di tutti gli abitanti dell'impero di rispettare il diritto di Roma, dall'altro lato non si fecero scrupolo (e spesso, come può succedere, addirittura si compiacquero) di approfittare dei loro poteri discrezionali per concedere, in casi singoli o di fronte a serie limitate di ipotesi, esenzioni o assoluzioni « graziose » dal rispetto della regola secondo cui *l'ignorantia iuris* « *non excusat* ».

La giurisprudenza, particolarmente quella tardo-classica, fece il resto, riunendo le eccezioni in blocchi organici e giustificando le stesse eccezioni essenzialmente con il rilievo della parziale incapacità di intendere e di volere dei soggetti: o in quanto minori di età, o in quanto rustici (e più in generale incolti), o in quanto militari, o in quanto donne. Categorie tanto note, quanto incontestate, sulle quali è inutile che io torni a soffermarmi in questa sede.

14. — È venuto invece il momento di fermarci all'esame di un passo famoso, dal quale risulterebbe che in piena età classica, anzi proprio nella fase augustea di quel periodo, sarebbe stato autorevolmente affermato a titolo di principio, di regola generale, che *l'ignorantia iuris*, ben diversamente dall'*error facti*, non vale come scusa.

D. 22.6.2 (Nerat. 5 membr.): *In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit et esse debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.*

Non vi è dubbio che nel seno del tit. D. 22.6 questo testo di Nerazio abbia un valore determinante. Esso viene infatti a rincalzo del fr. 1, estratto da Paul. 44 *ad ed.* e appartenente alla stessa massa, sabiniiana. Nel fr. 1 si premette che « *ignorantia vel facti vel iuris est* »

e si correda questa distinzione con un certo numero di esempi. Nel fr. 2 si corrobora la distinzione con una generalizzazione (« *in omni parte* »): in qualsiasi argomento l'*error in iure* non va posto sullo stesso piano dell'*error facti*, perché il diritto può e deve essere « *finitum* », mentre i fatti traggono in inganno, il più delle volte, anche le persone più avvedute. Dunque, se l'*error facti* spesso giustifica chi vi sia incorso, l'*error in iure* evidentemente no.

Già, ma è di Nerazio la generalizzazione? Contro i molti, me compreso, che lo hanno negato sono insorti in parecchi e, da ultimo, lo Scarano Ussani (1979), al quale non è sembrato strettamente necessario discutere uno per uno, come forse sarebbe stato doveroso, i rilievi critici sinora formulati, sia pure per dimostrarli tutti inconsistenti, ed è parso invece sufficiente rilevare che i dubbi sul testo sono stati in massima parte superati dalla letteratura più recente. Per quanto mi riguarda, i dubbi rimangono sostanzialmente tali e quali. E mi conforta in ciò la circostanza che una parte della letteratura più recente (da ultimo, ad esempio, il Cerami) non sembri averli affatto superati.

Più che probabilmente, come tutti riconoscono, il nostro passo si ricollega ad un altro squarcio (a sua volta non immacolato) del libro quinto delle *membranae* neraziane, in cui il giurista sosteneva l'ammissibilità del così detto titolo putativo per l'usucapione:

D. 41.10.5.1: ... *sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio. quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.*

L'errore dell'usucapiente è *tolerabilis*, quindi scusa, quando verte sul fatto di un terzo: d'accordo. D'accordo anche che Nerazio possa aver colto l'occasione per sottolineare a questo proposito che deve trattarsi di *ignorantia facti*, non *iuris*. Assolutamente incredibile è però che a questo punto Nerazio sia stato colto da un « *raptus* » generalizzante, che lo ha portato ad esplodere nelle parole « *in omni parte* ». Questo « attacco » di D. 22.6.2, come è stato ben visto da tempo, altro non è, altro non può essere che l'opera del compilatore del titolo D. 22.6, il quale è forse stato Triboniano, o forse è stato qualche studioso pregiustiniano, ma non è stato certamente Nerazio o un editore successivo delle sue *membranae*.

Eliminato l'attacco generalizzante, ridotto il discorso di Nerazio nei limiti dell'usucapione, si capiscono agevolmente le parole da « *error* »

in poi, anche se il modo di esprimersi proprio felice non è. Il riferimento non è all'ordinamento giuridico nel suo complesso, ma è allo specifico *ius usucapionis*, ed il concetto è semplice. In caso di usucapione si può scusabilmente divergere nell'interpretazione dei fatti che la fondano, ma non si può errare in ordine ai requisiti giuridici richiesti: « *error in iure* (sc. *usucapionis*) *non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet* ». Il « punto di diritto » può e deve essere identificato nei suoi estremi (nei suoi « confini ») senza ombra di incertezze e di discussioni: « *cum ius finitum et possit et esse debeat* ».

Questa lettura del passo neraziano, nella quale mi conforta anche l'autorità del Frezza (1980), non mi sembra sia in contrasto, come invece sostiene il Cerami (il quale peraltro anch'egli l'accetta), con l'opinione poc'anzi illustrata di Labeone. Non mi pare sia dubbio, infatti, che entrambi i giuristi, ciascuno in relazione al caso specifico discusso, abbiano ritenuto, al fondo, inescusabile la *ignorantia iuris*.

15. — L'emersione di una esplicita regola « *iuris ignorantia non excusat* » non può essere dunque attribuita nemmeno alla giurisprudenza dell'età classica. La *regula* si mostra legata, nella storia giuridica di Roma, al progressivo affermarsi della struttura costituzionale assolutistica. Si mostra legata, in altri termini, essenzialmente al periodo post-classico del diritto romano, all'epoca in cui la funzione mistagogica dei giuristi, già decaduta durante la fase ultima del principato, venne completamente o quasi completamente a mancare.

In un ambiente in cui sul piano normativo dominava la volontà del principe, sul piano giudiziario le decisioni delle cause civili e criminali erano essenzialmente rimesse alla *cognitio* inquisitoria di un funzionario imperiale, sul piano extragiudiziale era svanita la figura del giureconsulto rispondente e sussistevano solo le figure secondarie dei causidici e degli scolastici; in questo ambiente popolato da sudditi e quasi digiuno della genuina cultura romana, i soggetti giuridici si trovarono ad essere praticamente soli di fronte ad un diritto che non conoscevano o che comunque (malgrado i « prologhi » magniloquenti di cui abbondavano le costituzioni imperiali) essi non capivano. Come nel « Celeste impero » da cui abbiamo preso le mosse, il mistero era una connotazione tipica, per i sudditi, dell'ordinamento giuridico vigente.

Le pietre miliari che pongono in evidenza questo processo di trasformazione sono numerose, ma mi limiterò a segnalarne tre. In primo luogo, la costituzione di Valentiniano II e Teodosio I (con l'aggiunta di Arcadio) del 27 maggio 391 (CTh. 1.1.2, cfr. CI. 1.18.12) in cui si

legge: « *perpensas serenitatis nostrae longa deliberatione constitutiones nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus* ». In secondo luogo, l'*oratio ad senatum* di Valentiniano III del 7 novembre 426 (*oratio* confermata e arricchita da Teodosio II), di cui il passaggio più significativa (cfr. CTh. 1.4.3) è quello comunemente noto come « legge delle citazioni » ed esprime in maniera inequivoca la profonda decadenza sia dei giuristi, sia dei giudici del tempo. In terzo luogo, la costituzione *Tanta-Δέδωκεν* di Giustiniano I (16 dicembre 533), in cui si fa severo divieto di commenti giurisprudenziali ai *Digesta* e si proclama (al paragrafo 18) che, ove si profilino mutamenti e novità nel diritto, ci si debba rivolgere esclusivamente all'imperatore: « *Augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis deus praeponuit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere* ».

I ipotesi circoscritte di rilevanza dell'*ignorantia iuris* furono (è bene ribadirlo) riconosciute a Roma anche nella ultima età preclassica e nell'età classica, ma in esse i giuristi romani non ravvisarono altrettante eccezioni nei confronti di una ancora inesistente regola « *ignorantia iuris non excusat* », e tanto meno ravvisarono altrettante conferme di una improbabile regola « *ignorantia iuris excusat* ». Le varie ipotesi vennero riconosciute solo in base a motivazioni specifiche, solo perché di volta in volta furono ritenute degne di attenzione e di rilievo le ragioni specifiche della loro ammissibilità. E solo o essenzialmente, si aggiunga, perché non incombeva ancora sulla libera valutazione dei giuristi l'inumana pretesa che il diritto debba essere conosciuto ad ogni costo, senza possibilità di scusanti, dai soggetti.

16. — Resta che saldiamo i conti, nei limiti in cui ciò è possibile, col problema del *liber singularis de iuris et facti ignorantia*.

Solo il Signore sa (questo è evidente) se il *liber singularis* in questione sia stato scritto veramente da Paolo, cioè dal giurista severiano cui D. 22.6.9 lo attribuisce, o sia stato compilato utilizzando materiale di Paolo e di altri, solo in età postclassica. L'accettazione di questa seconda possibilità, da me espressa nel 1942 sulle tracce di F. Ebrard (1925) e successivamente confortata quanto meno da F. Schulz (1945), da M. Scherillo (1950), da A. Soubie (1960) e da U. Zilletti (1961), questo mio orientamento è soltanto un'ipotesi: un'ipotesi che non vedo perché debba essere qualificata di « ipercritica » dal già più volte citato Cerami (1993).

Ipercritica l'ipotesi forse sarebbe, se io avessi drasticamente sostenuto che il *liber singularis* è un falso al cento per cento, una sorta (a suo modo) di « donazione di Costantino », ed avessi asserito che il materiale dell'opera non è di Paolo, che le citazioni di Labeone sono spudorati glossemi e via di questo passo. Io ho sostenuto, al contrario, che il materiale del *liber singularis* è essenzialmente classico ed è in gran parte proveniente proprio da Paolo (ed eventualmente da altri giuristi della sua epoca): piú o meno lo stesso di quanto ammette il Cerami, quando afferma che esso è ascrivibile a Paolo « nella sostanza, se non pure nella veste letteraria ». Il punto di frizione sta solo nel convincimento mio personale che: da un lato, Paolo non aveva uno specifico motivo, in questo come in altri casi su cui sorvolo, di scrivere un'opericciuola ricalcata sui suoi commentari; dall'altro lato, i tempi di Paolo non erano ancora maturi perché si avvertisse una « *regula iuris* » nella diversità di trattamento tra *ignorantia iuris* e *ignorantia facti*. Di qui la mia (e non solo mia) congettura della non genuinità (questo sí) dell'impostazione del *liber* manifestata nel *principium* di D. 22.6.9 (« *Regula est iuris quidem ignorantia cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* », con quel che segue).

Vero è che al Cerami sembra incredibile che qualcuno abbia voluto perdere il tempo nello scrivere un *liber de iuris et facti ignorantia* dopo che la sopra ricordata costituzione imperiale del 391 (quella di CTh. 1.1.2) aveva tanto vibratamente vietato che si ignorassero o si dissimulassero dai soggetti giuridici le leggi imperiali. Senonché il *liber singularis* può essere ben stato confezionato prima del 391, cioè prima che Valentiniano II e i suoi colleghi, sdegnati dall'*ignorantia iuris* dilagante nell'impero, emanassero il loro divieto. Non solo. A prestare maggiore attenzione, il divieto ora detto concerneva solo le « *perpensas serenitatis nostrae longa deliberatione constitutiones* », mentre un ambito piú vasto (di riferimento a tutto il diritto vigente, anche non di diretta derivazione imperiale) fu intravvisto solo dall'*interpretatio Wisigothica* (« *Leges nescire nulli licet aut quae sunt statuta contemnere* »). CTh. 1.1 è pur sempre titolato « *De constitutionibus principum et edictis* ».

E in ogni modo se in D. 22.6 ed in CI. 1.18 si trova addirittura il titolo generale « *De iuris et facti ignorantia* », non è questo il segno inconfondibile della persistenza del delicato problema ancora ai tempi di Giustiniano primo?

POSTILLA PRIMA: L' « INEVITABILITÀ » DELL'IGNORANZA GIURIDICA.

Una importante sentenza della Corte costituzionale italiana (23-24 marzo 1988 n. 364, red. Dell'Andro, in *G. U.* 30 marzo 1988) ha inferto un fierissimo colpo ad uno dei principii fondamentali dell'ordinamento penalistico vigente in Italia (come in altri paesi moderni): il principio, formulato nell'art. 5 c.p., «nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale». Attraverso una lunghissima motivazione, piena di parentesi esplicative e di note dottrinarie (e non esente, forse, da qualche interpolazione o glossema, la Corte ha proclamato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile» (cioè, in altri termini, ha stabilito che l'art. 5 va inteso come se dicesse «l'ignoranza della legge penale non scusa, tranne che si tratti di ignoranza inevitabile»).

Di fronte all'alta autorità della Corte io sono più che mai, sopra tutto in questa sede, nella condizione di quel ciabattino che pretendeva di valutare una figura dipinta da Apelle e cui l'artista giustamente disse di limitarsi a criticare, della sua opera, la fattura delle scarpe. Non spenderò, dunque, nemmeno una parola intorno al buono o cattivo fondamento delle numerose «contrarietà» viste dalla Corte tra l'art. 5 e vari articoli della Costituzione italiana (contrarietà che culminano, ad ogni buon conto, nell'affermazione tranciante che l'art. 5 «viola... lo spirito stesso dell'intera Carta fondamentale»). Né, tanto meno, mi indugerò sul delicato problema se siano o non siano giustificabili certe (non poche) sentenze costituzionali italiane, che si spingono ad affermare l'illegittimità costituzionale anche di ciò che il legislatore ordinario non ha espressamente statuito o espressamente escluso (sul punto, per il pochissimo che vale, v. A. Guarino, *Le sentenze costituzionali «manipolative»*, in *St. Scaduto* [1967] 3 ss.).

Limitiamoci alle scarpe, cioè alla valutazione pratica del nuovo principio italiano circa la ignoranza della legge penale.

Esso è l'espressione di un altro tentativo di risolvere, con riferimento al diritto penale, quello che è stato un secolare problema dell'antico diritto romano: il problema di conciliare l'esigenza fondamentale d'ordine, per cui «*ignorantia iuris non excusat*», col dato di fatto (molto diffuso, e mai stoltamente negato, in epoca romana) che vi sono

* In *Labeo* 34 (1988) 384 ss.

numerose situazioni personali (si pensi, per i Romani, a quelle dei militari, dei villici ecc.) di assoluta e insuperabile inferiorità o alienità sociale, le quali rendono comprensibile e addirittura doverosa l'esenzione dall'obbligo di conoscere il diritto (sul punto, da ultimo, T. Mayer-Maly, in *Labeo* 34 [1988] 68 ss., con riguardo alla più recente opera pubblicata in materia).

Tutto in regola, dunque? La Corte costituzionale italiana è in linea con la tradizione giuridica romana? Non so. Anzi ne dubito. I Romani, infatti, non hanno mai avuto una Carta costituzionale che (non so dire se e quanto fittiziamente) ha affermato in modo solenne (art. 2) che « tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione . . . di condizioni personali e sociali », ed ha poi aggiunto, con grande fervore, che compito della repubblica non è di indulgere alle disuguaglianze tuttora esistenti sul piano concreto, ma è, al contrario, di rimuovere « gli ostacoli di ordine economico e sociale » che limitano « di fatto » la libertà e l'uguaglianza dei cittadini.

Questo fundamentalissimo articolo (che, per vero, la Corte ha invece invocato proprio contro la costituzionalità dell'art. 5 c.p.) sembra, a me calzolaio, che non giustifichi la persuasione che un cittadino italiano moderno possa essere « diverso » *de iure* dagli altri cittadini quanto a conoscenza delle leggi vigenti (dove va a finire, infatti, la sua pari dignità sociale e la sua eguaglianza con gli altri cittadini?). Sembra a me che esso reclami a gran voce, visto che le disuguaglianze *de facto* tuttora e molte vi sono, una moltiplicazione degli sforzi della « repubblica » affinché, anche per quanto riguarda le leggi (e in particolare le leggi penali), tutti siano posti in grado di effettivamente conoscerle, si da essere tutti parimenti responsabili per averle trascurate.

L'aver concesso, invece, ai cittadini italiani la possibilità di invocare l'ignoranza « inevitabile » (inevitabile non da tutti e in egual modo [nubrifagio, frana, black-out ecc.] ma inevitabile, per ragioni eminentemente soggettive, solo caso per caso, da singoli e concreti cittadini) significa, se non erro: da un lato, aver sorvolato sull'impegno che deve aversi dallo stato per « parificare » di fatto (anche nella conoscenza delle leggi) i cittadini italiani; dall'altro lato, aver spalancato le porte all'ingresso, nelle aule giudiziarie penali, di infiniti e sottilissimi cavilli difensivi circa la esistenza della ignoranza inevitabile. (A tutto vantaggio, fra gli altri, degli analfabeti di ritorno, dei filosofi anassimeniani e dei giuristi romani acchiappanuvole come me).

POSTILLA SECONDA: « ET EGO GAIA ».

1. A proposito della giurisprudenza come « *tenuis scientia* », di cui parlava Cicerone nella *pro Murena*, colgo l'occasione per qualche parola in più.

Sia ben chiaro, anzi tutto, che assolutamente fuori discussione è che Marco Tullio fosse caldo estimatore e amico di Servio Sulpicio Rufo il giureconsulto. Ma le « cause » son cause. Già nella *pro Cluentio* del 66 Cicerone aveva avuto modo di dire (50.139) che « *errat vehementer, si quis in orationibus nostris quas in iudiciis habuimus, auctoritates nostras consignatas se habere arbitratur* ». Nulla di sorprendente, dunque, se vi fu un'occasione in cui l'Arpinate si trovò costretto dal gioco delle parti a polemizzare pubblicamente con Servio e perfino a deriderne la professione di giurista.

La contingenza fu quella dell'*accusatio* per brogli elettorali promossa da Servio, con l'autorevole appoggio (tra gli altri) dell'austero M. Porcio Catone, contro L. Licinio Murena, il quale lo aveva sconfitto, in una con D. Giunio Silano, nella competizione per il consolato svoltasi negli ultimi mesi del 63 a. C. Cicerone temeva moltissimo che della eventuale vittoria di Servio e delle successive nuove elezioni usufruisse l'altro candidato sconfitto, L. Sergio Catilina, ch'egli frattanto aveva già attaccato con violenza in senato e fuori. Ecco dunque perché, pur essendo console in carica e pur essendo stato promotore di una severa legge *de ambitu*, egli assunse la difesa di Murena contro Servio Sulpicio¹. Caso classico di amicizia sacrificata sull'altare della ragion di stato.

2. I paragrafi 10-13 dell'orazione *pro Murena* sono sin troppo conosciuti. In essi Cicerone, perseguendo lo scopo di dimostrare che vale di più agli occhi degli elettori un generale fortunato (ed inoltre un fido oratore) anziché un eminente giurista, ridicolizza la *scientia iuris*, con le sue puntigliose minuzie, segnalando a titolo di esempio qualcuna delle sue esplicazioni apparentemente più singolari. Ma il tutto viene giocato con garbo, sul filo di una benevola ironia, fatta, sia pure, per pungere Servio e accattivarsi la giuria, ma non certo per offendere l'amico e tanto meno per svalutarne la personalità. Non si tralasci di meditare,

* In ANA. 96 (1985) 65 ss.

¹ Per tutti: O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano* (1970) 6 ss. e gli ivi citati. In particolare: J.-H. MICHEL, *Le droit romain dans le « pro Murena » et l'oeuvre de Servius Sulpicius Rufus*, in *Ciceroniana. Homm. à K. Kumaniecki* (1975) 181 ss.

a questo proposito, sul come l'oratore conclude il suo excursus in 14.30. Prescindendo dalle qualità peculiari del generale o del principe del foro, le altre virtù (giustizia, lealtà, sentimento del dovere, moderazione) valgono tutte molto e sono tutte caratteristiche di Servio Sulpicio: « *sed nunc de studiis ad honorem appositis, non de insita cuiusque virtute disputo* ».

Se questa è l'impostazione del discorso ciceroniano, riesce difficile pensare che l'oratore abbia inteso esprimere critiche serie a questa o a quella nozione giuridica. Tanto più difficilmente è pensabile che egli le nozioni che riferisce le abbia tratte dalle opere di Servio e sia passato a criticarle con l'intento specifico di mettere in ridicolo il suo contraddittore. L'ipotesi pur cautamente avanzata da J.-H. Michel, secondo cui gli esempi ciceroniani « renvoient à des opinions ou à des consultations du jurisconsulte, qui pouvaient être connues du grand public à l'époque du procès » è ipotesi, prima ancora che inconsistentemente dimostrata, di per sé altamente inverosimile. Verosimile, se mai, è proprio il contrario, e cioè che Cicerone abbia posto in ridicolo regole, prassi, parole in ordine alle quali anche Servio Sulpicio non potesse non essere portato al sorriso.

3. L'ironia ciceroniana giunge peraltro ai limiti del lazzo quando viene tirato in ballo persino l'uso matrimoniale di far dire alla sposa, rispondendo al « *quaenam vocaretur?* » dello sposo, « *ubi tu Gaius et ego Gaia* ».

Scrivono infatti Marco Tullio (12.27): *In omni denique iure civili (iuris consulti) aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt, ut, quia in alicuius libris exempli causa id nomen invenerant, putarent omnes mulieres quae coemptionem facerent « Gaias » vocari.* Ora è addirittura ovvio che né Servio può aver detto una sciocchezza del genere, né Cicerone può averla attribuita ai giuristi, anche se di minima tacca, altro che a titolo di battuta. Il primo a ridere della grossa sciocchezza doveva essere, nell'intento dell'oratore, Servio.

Direi, dunque, che l'orazione *pro Murena* anche se viene plausibilmente addotta a conferma di altre regole giuridiche cui allude, non può in nessun modo essere utilizzata, come invece taluni fanno, per sostenere che tra i requisiti del matrimonio romano, e in particolare tra i requisiti della unione matrimoniale attraverso *coemptio*, vi fosse la pronuncia della formula (oltre tutto, mai riferita in lingua latina dalle fonti) « *ubi tu Gaius et ego Gaia* ». L'usanza era probabilmente diffusissima, ma aveva valore puramente sociale e nemmeno i Romani « d'epoca » ne conoscevano (aggiungo sempre: probabilmente) il senso originario.

Quanto alla battuta delle « Gaie », è talmente difficile che essa non sia affiorata sulle labbra di migliaia di persone già prima di Cicerone, che io esito a ritenerla un prodotto originale dell'oratore. Sarà un'impressione, ma il buon Servio Sulpicio sin dagli inizi del discorso di Cicerone sulla condizione femminile deve aver pensato fatalisticamente: « Ci siamo. Adesso parlerà del *tutor mulieris* che non tutela un bel nulla, del servizievole *senex coemptionalis* e, naturalmente, per finire, di *et ego Gaia*, con quel che segue ».

« INEPTIAE IURISCONSULTORUM »

1. — L'arco semantico del termine *ineptia* (*ineptiae*) non è molto vasto né vario. La derivazione da *in* privativo e *aptus* è troppo evidente e immediata perché a sua volta il senso della parola possa troppo allontanarsi dal valore negativo del non attagliato, dello sproporzionato, dell'inopportuno. Come *ineptus*, preso in assoluto, cioè senza termine di riferimento, è l'incapace, il disadatto, il buono a poco, nella più benevola delle ipotesi quel che si dice il pignolo, così *ineptiae* sono le chiacchiere oziose, le frivolezze, le grullerie e, nella più accomodante delle ipotesi, le sottigliezze, le sofistiche, le pedanterie erudite.

Torna utile al proposito Svetonio, quello dei « Dodici Cesari », quando si confronti ciò ch'egli scrive del suo ammiratissimo Augusto con ciò ch'egli narra dell'assai meno stimato Tiberio. Augusto si attenne ad uno stile di eloquenza elegante e temperato, evitando i concetti futili (*ineptiae*) e la ricercatezza artificiosa¹, Tiberio predilesse il lato favoloso delle storie immergendovisi sino alle minuzie (*ineptiae*) ed alla ridicolaggine².

Futilità e sottigliezze. Ecco, dunque, i due rami, a dir così i due *cognomina*, del « *nomen* » *ineptiae*, quali si desumono dall'attento Svetonio.

* Rielaborazione (1978) di un articolo dallo stesso titolo dedicato a Francesco De Martino e pubblicato in *Labeo* 23 (1977) 263 ss.

¹ Suet. *Aug.* 86.1: *vitatis sententiarum ineptiis atque concinnitate*. Augusto raccolse in ciò l'insegnamento di Giulio Cesare, di cui Favorino, riportato da Gell. *N.A.* 1.10.4, citava le seguenti parole dei *libri de analogia* (a noi non pervenuti): « *Habe semper in memoria atque in pectore, ut tamquam scopulum sic fugias inauditum atque insolens (insolito) verbum* ».

² Suet. *Tib.* 70.3: *usque ad ineptias atque derisum*. Suet. *Aug.* 86.2 precisa che Augusto non risparmiava le derisioni a Tiberio per il suo gusto di andare a caccia di parole disusate e singolari (*Sed nec Tiberio parcit et exoletas interdum et reconditas voces aucupanti*). Tuttavia piace anche segnalare, a favore di Tiberio, la sua antipatia per i grecismi inutili, che corrispondevano a certi preziosi francesismi, anglicismi e germanismi del giorno d'oggi. Alcuni intellettuali nostrani, usi a qualificare questo e quello di 'emblematico', avrebbero molto sofferto di un suo intervento in senato, con cui bloccò la voce *ἐμβλημα* adoperata in un provvedimento (cfr. Suet. *Tib.* 71).

2. — Tutti sanno che le *ineptiae*, nel significato di giochi verbali o facezie, furono molto coltivate nell'antichità classica, e in particolare nell'antichità romana. Il piú recente studioso del genere, o piú precisamente del sottogenere letterario, Quintino Cataudella³, non si limita a darci una ricca raccolta di piú o meno argute facezie antiche, ma traccia un quadro illuminante del gusto degli antichi per le battute e per l'umorismo, nonché della letteratura che al tema fu in vario tempo dedicata.

Di questa letteratura ci resta, di monografico, il *Philògelos*, « amico del riso », da attribuirsi, nella sua ultima versione (quella giunta in nostre mani), al quinto secolo dell'era volgare. Ma non può tralasciarsi la menzione di altre due opere, in latino queste e non in greco, di cui purtroppo abbiamo solo notizia: il *de urbanitate* di Domizio Marso⁴ e i *libelli ineptiarum sive iocorum* di Caio Melisso⁵.

L'*urbanitas*, stando a Quintiliano che ce ne parla, è la dote dell'uomo di mondo, il quale sa sempre dire la sua « con brio e con garbo » (*ridicule commodeque*) anche quando, si badi, la battuta non sia giocosa (*iocosa*) e non sia nemmeno così e così (*media*), ma sia assolutamente seria e persino offensiva (di *genus contumeliosum*). Marso dovette trattarne in modo veramente esauriente, e non senza abbondanza di esempi pratici per spingere Quintiliano a definirlo *homo eruditissimus*⁶.

Meno dottrinario e sistematico di Marso fu invece (o è da supporre che fu) lo spoletino Melisso⁷, non tanto studioso di *urbanitas*, quanto uomo di società in carne ed ossa, cui si attribuisce l'introduzione in Roma, al posto della popolare e tradizionale *fabula toga-*

³ *La facezia in Grecia e a Roma* (1971) spec. XIII ss.

⁴ Quint. 6.3.102: *Domitius Marsus, qui de urbanitate diligentissime scripsit.*

⁵ Suet. *gramm.* 21.4: *ut ipse tradit, sexagesimum aetatis annum agens libellos ineptiarum, qui nunc iocorum inscribuntur, componere instituit absolutque centum et quinquaginta.*

⁶ Quint. 6.3.104-108: *...urbanitas est virtus quaedam in breve dictum coacta et apta ad delectandos movendosque homines in omnem adfectum animi, maxime idonea ad resistendum vel lacessendum, prout quaeque res ac persona desiderat (104) ...urbanus homo erit, cuius multa bene dicta responsaque erunt, et qui in sermonibus, circulis, conviviis, item in contionibus, omni denique loco ridicule commodeque dicet (105)...* La seconda definizione era improntata da Marso a Catone. *Homo eruditissimus*: Quint. *eod.* 108.

⁷ Su Melisso: SCHANZ-HOSIUS, *Gesch. d. röm. Literatur* 2⁴ (1935) 176 s.

ta, di una sorta di commedia « borghese » avanti lettera, la *fabula trabeata*, di cui era protagonista il mondo dei benestanti cavalieri, rivestiti, come si sa, dell'onorifica *tràbea* a strisce di porpora⁸. Sarebbe interessante conoscere qualche commedia del gaio Melisso, non fosse altro per vedere se e come vi fanno apparizione il « triangolo » (lui, lei e l'altro) e gli altri ingredienti che tanto interessavano il pubblico della « belle époque »⁹, ma non ce ne rimane nessuna, come del resto nulla, nemmeno un brano, ci è giunto dei centocinquanta *libelli* pieni di facezie che il nostro si diede a raccogliere, evidentemente sulla base di una larga esperienza e di una compiaciuta memoria, intorno ai sessant'anni di età¹⁰.

3. — Tornati, per necessità di cose, al *Philógelos* e al complemento di altri aneddoti antichi raccolti pazientemente dai moderni studiosi, una cosa è degna di nota e come tale è stata precedentemente rilevata da altri.

Quando si tratta di mettere in berlina uno sciocco, e non viene fatto di cogliere l'occasione per ridicoleggiare nello stesso momento un Abderita o un Cumano (gente che, nell'opinione dei tempi andati, non abbondava di intelligenza), il personaggio solitamente prescelto è uno « scolastico ». Scolastico è il tipo che ordina ad un argentiere di fargli una lucerna e, richiesto di precisare quanto grande debba essere, risponde che deve servire per otto persone; scolastico è l'altro tipo che, avendo corso pericolo di affogare, giura che non entrerà più in acqua, se prima non avrà imparato a nuotare; il padrone che tiene l'asino a digiuno per insegnargli a non mangiare, e che se lo vede stramazzone morto proprio quando ha imparato la difficile arte, è uno scolastico; l'idea di scuotere l'albero per farne cadere i passeri dai rami e poi raccogliarli è a uno scolastico che viene in mente; è uno scolastico che, incontrando un tizio cui è morto il fratello gemello gli chiede con in-

⁸ La *trabea* era usata anche dagli auguri e, anticamente, dai re. Per i cavalieri, cfr. Stat. *silv.* 5.2.17; Martial. 5.41.5.

⁹ È appena il caso di ricordare che il « triangolo » è alla base della famosa satira 1.2 di Orazio, la satira dell'adulterio. Cfr. particolarmente Hor. *sat.* 1.2.37-40: *Audire est operae pretium, procedere recte / qui moechis non vultis, ut omni parte laborent, / atque illis multo corrupta dolore voluptas / atque haec rara cadat dura inter saepe pericla.*

¹⁰ V. *retro* nt. 5.

teresse: « Sei morto tu, o tuo fratello? »; e si potrebbe continuare a lungo ¹¹.

Orbene, chi si intende per *scholastikós*? La risposta, come ben dice il Cataudella ¹², non può essere nel senso che scolastico sia *sic et simpliciter* sinonimo di imbecille, ma deve essere piuttosto nel senso che lo scolastico, alla stessa guisa dell'Abderita o del Cumano, sia un esponente della vita sociale che, per deformazione caratteristica del suo stato o della sua professione, finisca per comportarsi solitamente come uno stolto. E sebbene il *Philógelos* parli anche, in qualche punto, di uno scolastico medico (a un tale, che si lamenta di avere mezz'ora di vertigini dopo il sonno, consiglia di svegliarsi mezz'ora dopo), di uno scolastico sofista (le orazioni commemorative dei concittadini morti è solito prepararle, per previdenza, quando essi sono ancora in vita) e di uno scolastico che fa il maestro (a un padre che gli annuncia la morte del figlio suo allievo dice che con queste scuse si impedisce ai giovani di studiare con profitto), non vi è dubbio che lo scolastico esemplare è per il *Philógelos*, come per il linguaggio comune, essenzialmente lo studioso del diritto e in particolare il docente di codesta disciplina ¹³.

Breve. Gratta lo scolastico parruccone degli aneddoti antichi, delle *ineptiae*, e chi esce fuori? il giureconsulto.

4. — Naturalmente, non il giureconsulto eminente, quello che si sia fatto un nome tra i contemporanei ed i posteri per l'eccezionale contributo personale dato all'evoluzione del diritto. Quello no.

Generalmente il giureconsulto di spicco si sottrae all'aneddotica umoristica oppure, se vi compare, vi figura non come vittima, ma come

¹¹ Gli aneddoti qui riferiti si trovano tutti, *passim*, nella raccolta del CATAUDELLA (nt. 3).

¹² Cit. XXVIII s.

¹³ Cfr. anche A. CLAUS, 'Ο σχολαστικός (1965), e F. CASSOLA, in *Labeo* 13 (1967) 397 ss. Il termine *scholastikós* sta ad indicare, in prima battuta, persone di tutto rispetto: persone che hanno dedicato il loro tempo alla cultura. Ma non va dimenticato che *σχολάζω* significa propriamente « sto in ozio », nel senso di « non mi arrabatto per vivere », e che pertanto *scholastikós* è facilmente passato, nel linguaggio comune, ad indicare lo studioso perditempo. Il Claus ben coglie, in particolare, la frequenza del termine per indicare il retore e il maestro di retorica: poiché le esercitazioni retoriche erano spesso materiale di complessi casi giuridici, si spiega, sempre nell'uso comune, il passaggio alla designazione del giurista.

autore della battuta salace. Di Aulo Cascellio si narra, ad esempio, che ad un interrogante che gli diceva di voler « dividere » una nave argutamente rispose: « Tu la rovinerai »¹⁴, e di M. Antistio Labeone si racconta, è notissimo, che, per negare al compratore di uno schiavo il diritto di chiederne la redibizione dopo aver scoperto che lo schiavo mancava di un dente, paradossalmente osservò che tutti gli uomini nascono senza denti e non perciò può sostenersi che siano ammalati¹⁵.

I *iurisconsulti*, i *iurisperiti*, gli scolastici che l'umorismo degli antichi prendeva in giro erano anonimi, erano quelli della « routine », erano il ceto medio della nobile professione del giurista. Bravissima gente, generalmente preparatissima, ma sfornita di una consistente ala personale e fiduciosa piuttosto, per necessità di cose, della vasta erudizione libresca e della puntualità del metodo. Ottimi elementi, in fondo, ma pedanti, servilmente devoti ai « precedenti » autorevoli, inclini ai ragionamenti astratti, stranamente insensibili all'evidenza immediata dei fatti, anticipatori lontani di quella scienza giuridica che i tedeschi di oggi chiamano impagabilmente « Professorentecht », diritto da professori¹⁶.

La caratteristica più evidente di questa fauna era la minuzia, la completomania, la tendenza a dividere un capello in quattro. Cicerone, che (tutta invidia) i giuristi non li può tanto soffrire, definisce il giuriconsulto come un leguleio cauto e sottile, sempre pronto a proclamare le azioni da esercitare in giudizio, a declamar formulari, a tender lacciuoli alle sillabe¹⁷, e probabilmente a questo passo ciceroniano, e ad altri consimili di altri luoghi, Alessandro Manzoni si è ispirato, nel

¹⁴ Quint. 6.3.87: *Cui sine dubio frequentissimam dat occasionem ambiguitas, ut Cascellio, qui consultatori dicenti 'navem dividere volo' 'perdes' inquit.*

¹⁵ Gell. N.A. 4.2.12: *Eum vero, cui dens deesset, Servius redhiberi posse respondit. Labeo in causa esse redhibendi negavit: nam et magna, inquit, pars dente aliquo carent, neque eo magis plerique homines morbosus sunt, et absurdum admodum est dicere non sanos nasci homines, quoniam cum infantibus non simul dentes gignuntur.* Sul punto: A. GUARINO, *Labeone giurista meridionale*, in *Labeo* 1 (1955) 51.

¹⁶ Si legga in proposito il famoso « grottesco », dal titolo *Nel cielo dei concetti giuridici*, in R. JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza* (tr. ital., 1953, di Scherz und Ernst in der Jurisprudenz⁴, 1891). Non manca, in quel cielo, la « macchina spacacapelli », capace di tagliare un capello in 999.999 parti assolutamente eguali (cfr. p. 280 s.).

¹⁷ Cic. *de or.* 1.236: *ita est tibi iuris consultus ipse per se nihil nisi leguleius quidam cautus et acutus, praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum.*

capitolo terzo de *I promessi sposi*, per la descrizione grottesca dell'indimenticabile dottor Azzecagarbugli¹⁸.

Quindi non solo pedanti, ma risibili, i giureconsulti. Si può agevolmente comprendere come il termine *ineptia*, che li coglie nella loro ridicola mania di sottigliezze, possa essere passato talvolta a rappresentare appunto tali sottigliezze giuridiche.

5. — E infatti Seneca non soggiace a rème. I giuristi del suo tempo, il primo secolo dopo Cristo, insegnavano che usucapire le cose rientranti in una massa ereditaria, anche se si trattava di tutte quante le cose ereditarie, non equivaleva ad usucapione dell'eredità nel suo complesso: ed ecco che egli, senza indugiare nel rendersi conto del problema, esclama che queste distinzioni sono né piú né meno che « *acutae ineptiae iurisconsultorum* »¹⁹.

Dato il tono ironico, anzi quasi sprezzante, di tutto il discorso di Seneca, non è lecito tradurre « *acutae ineptiae* » con « aguzze sottigliezze ». Le sottigliezze raffinate dei giuristi sono chiaramente, per Seneca, sciocchezze pesate col bilancino, minuzie di ragionamento confinanti con le scemenze, e come tali sono rimaste, purtroppo, nei secoli.

Inutile replicare a Seneca che, almeno in questo caso, egli non ha capito assolutamente nulla, che egli mostra di ignorare che l'eredità non è fatta solo di cose, ma comporta anche crediti e debiti e che dunque lo sciocco, presuntuoso per giunta, è solamente lui²⁰. Inutile opporgli che egli parla così perché non è informato circa la storia e le implicazioni pratiche del gravissimo tema dell'*usucapio pro herede*²¹. Inutile esclamare, con l'onesto Bachelard, che prima di pensa-

¹⁸ A. MANZONI, *I promessi sposi* (ed. 1840) 51 ss.

¹⁹ Sen. *de ben.* 6.5.3: *Iuris consultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usu capi posse sed ea, quae in hereditate sunt, tamquam quicquam aliud sit hereditas quam ea, quae in hereditate sunt.*

²⁰ Cfr. Afr. D. 50.16.208: *Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat.* Ben diverso dal mio il giudizio di R. DÜLL, *Seneca iurisconsultus*, in ANRW. 2.15 (1976) 364 ss.

²¹ V., per tutti, G. FRANCIOSI, « *Usucapio pro herede* », *Contributo allo studio dell'antica « hereditas »* (1965) 164 ss. e citaz. ivi. Dell'*usucapio pro herede* apprendiamo l'esistenza da Gai 2.54-56, che peraltro ne parla come di un istituto già da tempo scomparso: quando vi fossero patrimoni ereditari « giacenti », cioè non accettati dagli *heredes voluntarii*, si ritenne per molto tempo, sull'autorità dei giuristi piú antichi (i *veteres*), che colui che ne avesse posseduto anche una sola *res* per la

re (e di esprimersi) bisogna studiare e che solo i filosofi pensano prima di aver studiato²². Ormai il danno è fatto. Il pregiudizio nei confronti delle istituzioni giuridiche e delle argomentazioni che le giustificano è talmente generalizzato da non potersi più contenere.

Si legga, ad esempio, il sapido lessico italiano della « lingua lussuosa » del Barosso²³. Nella sua caccia ai vocaboli di lusso che, utilizzati a tempo e a luogo, vengano incontro « all'esigenza, profondamente sentita nella vita sociale di oggi, di esprimersi in modo comprensibile a pochi », lo spiritosissimo autore si imbatte nell'accettillazione e la definisce plausibilmente, anche se genericamente, come « atto con il quale il creditore fa quietanza al debitore di una data somma, quantunque non l'abbia ricevuta ». Dopo di che, ignorando (o volendo ignorare) le serie ragioni che giustificano ai suoi tempi questa forma di *imaginaria solutio*²⁴, passa a raffigurare gratuitamente la comica scena del debitore che, « strappata la quietanza di mano al creditore, anziché corrispondergli la data somma gli mostra il tirapugni e lo invita appunto a considerare la cosa un'accettillazione ».

6. — Alla radice, o nel subconscio, di questa derisione che bolla i giuristi per le loro sciocche sottilizzazioni vien fatto di pensare che

durata di un anno « usucapisse » il titolo di *heres*, con la conseguenza di acquistare gli altri cespiti attivi, ma di essere anche tenuto all'adempimento dei culti familiari (*sacra*) ed al pagamento dei debiti del defunto. Al tempo di Seneca è probabile che di *usucapio pro herede* già si parlasse solo per dire che non era più approvata dalla giurisprudenza, ed appunto perciò i giuristi insegnavano che l'usucapione delle *res hereditariae* non equivaleva ad usucapione dell'*hereditas*. Acute e divertite considerazioni sul tema si leggono in JHERING (nt. 16) 157 ss.

²² G. BACHELARD, *La flamme d'une chandelle* (1961) 55: « Avant de penser, il faut étudier. Seuls les philosophes pensent avant d'étudier ».

²³ G. BAROSSO, *Dizionario illustrato della lingua italiana lussuosa* (1977) 8.

²⁴ Per tutti: A. GUARINO, *Diritto privato romano*⁵ (1976) 730 s. L'*acceptilatio* era, propriamente, la dichiarazione di solenne ricevuta che il creditore rilasciava a chi fosse diventato suo debitore in base ad una *stipulatio* (o ad altro atto causativo di una *obligatio verbis*) oppure in base ad una *expensilatio* (o ad altro atto causativo di una *obligatio litteris*): si distinguevano, per conseguenza, una *a.* « verbale » (orale) e una *a.* « letterale » (scritta), entrambe da compiersi con modalità formali ben precise, ma, tutto sommato, assai semplici. Appunto per la sua semplicità l'*acceptilatio*, e in specie l'*a. verbis*, fu utilizzata come mezzo di « remissione » (senza effettivo adempimento, dunque a titolo di *imaginaria solutio*) dei debiti. Se tali debiti non erano già risultanti da *stipulatio* e via dicendo, bastava novarli, trasformandoli d'accordo tra le parti in obbligazioni verbali (o letterali), per poterli poi estinguere d'un solo colpo mediante accettillazione.

si trovi l'antico tabù che si esprime, nell'esperienza romana, con la frase « *iurisconsultus abesto* », stia lontano il giureconsulto. Al giorno d'oggi il tabù si è esteso ai medici, la cui rilevanza in età antica era invece notoriamente scarsa, ma bisogna dire che si tratta ormai di un tabù fortemente dequalificato, buono sopra tutto per battute di dubbio spirito e per ceramiche e ceneriere di dubbio gusto²⁵.

Ora però stiamo attenti. Intendono male, almeno a mio avviso, coloro che nella formula « *iurisconsultus abesto* » vedono l'espressione « *tout court* » di un atteggiamento critico dei ceti meno civili e colti nei confronti degli esperti in diritto²⁶. In realtà, il testo completo della formula è « *dolus malus abesto et iurisconsultus* », stia lontano l'imbroglione e il giureconsulto²⁷; più frequente è la dicitura « *dolus malus abesto et ius civile* », lungi di qui l'inganno e il diritto cittadino²⁸; e frequentissima è la dizione secca « *dolus malus abesto* » apposta su sepolcri²⁹ o inserita negli atti e nei documenti relativi³⁰.

²⁵ A differenza dei giuristi, fondamentalmente molto stimati, i medici erano considerati nell'antichità romana, almeno dal grosso pubblico, poco meno che ciarlatani: K. H. BELOW, *Der Arzt im römischen Recht* (1953) 56 ss. Cfr., ad esempio, Martial. 1.30 e 1.47 (*Nuper erat medicus, nunc est vispillo Diaulus. / Quod vispillo facit, fecerat et medicus*), che equipara il medico al becchino. Una notevole rivalutazione della categoria fu determinata, sul finire del sec. II d.C., dalla figura prestigiosa di Galeno: A. GUARINO, *Gli 'specialisti' e il diritto romano*, in *St. Bracco* (1976) 329 ss.

²⁶ Sulla formula « *iurisconsultus abesto* »: G. I. LUZZATTO, in *St. Redenti* 2 (1950) 1 ss. Nel senso di un atteggiamento critico verso i giuristi, da ultimo: D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, in *BAW.* 77 (1974) 51 ss., 83 ss.

²⁷ Cfr. CIL. 6.12133 = ILS. 8635; *Bull. Arch. Crist.* 1907, 231 (*iuris studiosus*); CIL. 6.10525 (*i.c. = ius civile?*).

²⁸ Es. in CIL. 6.8861, 8862, 13441 (*ius*).

²⁹ Es. *FIRA* 3.80f, 83m.

³⁰ Cfr. Proc. 6 *epist.* D. 18.1.68.1: [*fere*] *aliqui solent haec verba adicere 'dolus malus a venditore aberit' [, qui etiam si adiectum est, abesse debet]*. Il passo si inserisce in un frammento (D. 18.1.68 pr.-2) sicuramente guasto, di cui è possibile intuire il contenuto genuino, ma non anche la forma originaria (v. per tutti: V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*² [1954] 180 s.). La fattispecie è questa: A vende a B, mediante *mancipatio*, un suo fondo sul quale si trova un conduttore; visto che il contratto di locazione è sempre tra lui e il conduttore, anche se proprietario del fondo è diventato B, e visto che B non intende valersi del principio « *emptio tollit locatum* » (cioè vuole che il contratto di locazione rimanga tale e quale), A si impegna verso B, con un apposito patto (*lex venditionis*), ad esigere nel suo interesse i canoni dal conduttore ed a riversarglieli. *Quid*, se A non si comporta con la debita diligenza e correttezza nella sua attività di esattore? Pro-

Ciò posto, è azzardato supporre che si volesse ironizzare, oltre che sul *iurisconsultus*, anche sul *ius civitatis* e che si ponesse l'ordinamento giuridico sullo stesso piano della malizia, del *dolus malus*. Poco convincente è anche ogni tentativo, su cui qui per brevità sorvolo, che si è fatto per giustificare in linea specifica l'esclusione dell'applicabilità del *ius civile*³¹. Sembra evidente invece che, avendo posto in essere un certo atto giuridico, il suo autore o i suoi autori si sforzassero, comprensibilmente e in tutta serietà di esorcizzare con queste formule la malvagità degli uomini nella sua esecuzione e si augurassero di conseguenza che mai e poi mai dovesse rendersi necessario, per rettificare le cose, il ricorso al *ius civile* ed ai suoi sacerdoti, i giureconsulti.

Né diversa interpretazione va data, a ben riflettere, alla notissima epigrafe funeraria del libraio venafrano P. Pomponio Filadésposito, cui si attribuisce il merito di aver saputo redigere testamenti per i suoi clienti, lungo l'arco di un quarto di secolo, senza bisogno di ricorrere all'aiuto di giureconsulti³². È chiaro, direi, che i testamenti minutati dal nostro Pomponio non dettero mai causa a liti, quindi a interventi posteriori di giuristi, e che Pomponio Filadésposito, benché semplice libraio, viene qui celebrato come un eccellente « amateur », come una personalità praticamente a livello di giureconsulto.

7. — Contrariamente a quel che solitamente si pensa, nessuna

culo risponde (o sembra rispondere) che, se la mancata esazione è imputabile al comportamento volontario di A, questi è sempre tenuto a rimborsare B; dopo di che egli aggiunge che taluni, ad ogni buon conto, inseriscono esplicitamente nella *lex venditionis* la clausola per cui non deve esservi *dolus malus* nel venditore. L'annotatore di Proculo, dopo avere (nel *principium* del frammento) reso ancora più recisa la risposta, ha voluto nel paragrafo 1, sottolineare che la clausola « *dolus malus abesto* » è davvero superflua ed è pertanto, ai suoi tempi, ancor meno usata che ai tempi di Proculo.

³¹ Cfr. NÖRR (nt. 26) 53 s., il quale avanza, sia pur dubitativamente, l'ipotesi che le formule di cui si discute fossero intese ad escludere l'applicabilità del diritto statale e dello stretto diritto, per far luogo all'applicazione del diritto sacro (questo sopra tutto se apposte sui sepolcri) o della giurisdizione imperiale. Ma perché non dire esplicitamente che si invoca il diritto speciale o quello *extra ordinem*? E perché prendersela anche col giureconsulto, che perlomeno del diritto imperiale è un accreditato conoscitore? E, sopra tutto, perché equiparare il *ius civile* e il *iurisconsultus*, per quanto non graditi né l'uno né l'altro, allo spregevole *dolus malus*?

³² CIL. 10.4919 = ILS. 7750: P. Pomponio P. f. Philadespoto libr. qui testamenta scripsit annos XXV sine iuris consult...

ironia, nessun disprezzo per i giureconsulti tralucono, a mio avviso, da una famosa scheda testamentaria di cui ebbe ad occuparsi, nel secondo secolo dopo Cristo, il giurista Q. Cervidio Scevola³³. Si capisce, e bene, una cosa soltanto, cioè che il testatore (che Scevola vela sotto il nome di Lucio Tizio) volle evitare di ricorrere al giureconsulto, ma un testamento civilmente valido, ahilui, non riuscì a combinarlo³⁴.

Tralasciando il quesito giuridico e la soluzione di Scevola, che qui non interessano, diamo uno sguardo alle parole di Lucio Tizio. « Ho scritto questo mio testamento (egli dice) senza nessun *iuris peritus*, seguendo il mio personale raziocinio piuttosto che un'eccessiva diligenza nel mendicare consigli: perciò, se ho fatto qualcosa di men che legittimo e di men che esperto sul piano giuridico, la mia volontà sostanziale di uomo sano di mente valga come se fosse il diritto testamentario vigente »³⁵.

Là dove io ho tradotto parlando di una eccessiva diligenza nel mendicare consigli dai giureconsulti, il testo parla di una « *nimia et misera diligentia* » che Lucio Tizio ha evitato di seguire e gli interpreti, a loro volta, non attribuiscono la *diligentia* al testatore, bensì ne fanno un contrassegno dell'attività dei giurisperiti. Dunque, secondo l'interpretazione corrente, Lucio Tizio si sarebbe rifiutato di prestare orecchio alla « miserevole pedanteria » dei giuristi³⁶.

Può darsi, ma non ci credo. Non ci credo perché Lucio Tizio si mostra, nel séguito del periodo, tutt'altro che sicuro di essersi saputo attenere con le sole sue forze ai dettami delle Dodici tavole (*legitime*) e della raffinata *interpretatio* relativa (*perite*), sì che egli chiede che la sua volontà, essendo espressiva di una personalità matura (*hominis sani voluntas*), sostituisca (*pro*) le temute manchevolezze della scheda sul piano del *ius legitimum*. Il disprezzo verso i giuristi non si accorda con questa insicurezza di chi non li ha interpellati: quindi la *nimia et misera diligentia* altro non può essere che la diligenza del testatore nel

³³ V. invece NÖRR (nt. 26) 53, secondo cui il testatore afferma con orgoglio di aver fatto il testamento attenendosi al proprio raziocinio piuttosto che alla pedanteria dei giuristi.

³⁴ Cfr. per tutti P. VOCI, *Diritto ereditario romano*² 2 (1963) 585 nt. 1.

³⁵ Scaev. 14 resp. D. 41.88.17: ' *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito, rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam: et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas* '.

³⁶ Cfr. anche NÖRR (nt. 26) 83 s.

chiedere lumi ai giuristi. Una diligenza che Lucio Tizio, avendola trovata eccessiva (*nimia*) per la sua pazienza e ostica per la sua dignità (*misera*), non ha nella specie adottato.

8. — No. Almeno nell'esperienza romana, i soli che hanno sicuramente snobbato i giuristi, e che hanno parlato (o pensato) di *ineptiae iurisconsultorum*, sono stati i filosofi ed altri pensatori precipitosi del genere. Del resto, chi non sa quanta importanza si desse dai romani, non solo nella vita privata ma anche nella vita pubblica, ai cauti pareri degli affermati giuristi³⁷? E chi non sa che uno dei segni piú vistosi della decadenza « postclassica » fu, causa ed effetto a un tempo del fenomeno, il decadere della libera e responsabile *iurisprudencia*?

Oggi, nella vita moderna, le cose, almeno rispetto all'età « classica » di Roma, sono alquanto cambiate in peggio. Il vezzo di prendere amabilmente in giro i giuristi, e di mandarli spesso e volentieri a spasso si è largamente diffuso. Poco male, almeno per il bene pubblico, se il vezzo (o il vizio?) non avesse contagiato anche il « legislatore », cioè, negli ordinamenti democratici, il parlamento³⁸. Il parlamento, si sa,

³⁷ A nessun magistrato o funzionario imperiale mancò mai, tra i membri del suo séguito (o, come si diceva, del suo *consilium*), l'apporto di uno o piú esperti in diritto. In una costituzione del 204 d.C., di cui abbiamo notizia attraverso alcune epigrafi (cfr. Th. DREW-BEAR, P. HERRMANN, W. ECK, « *Sacrae litterae* », in *Chiron* 7 [1977] 355 ss.), Settimio Severo e Antonino Caracalla invitavano esplicitamente un proconsole (o altro funzionario) a far capo ai « *periti* » (evidentemente ad *iurisperiti*) per l'accertamento della esistenza e del significato di un senatoconsulto normativo che egli aveva mostrato di ignorare.

³⁸ A. GUARINO, *Parlamento: « stia alla larga il giureconsulto »*, in *L'Astrolabio* 15 (1977) n. 15 p. 20 s., ove si porta l'esempio della l. 10 dicembre 1976 n. 797 e del successivo decreto ministeriale di attuazione 22 aprile 1977. Per sottrarre provvisoriamente danaro liquido alla circolazione, il legislatore ha stabilito che gli aumenti retributivi dipendenti dall'accresciuto costo della vita siano, per un certo periodo e in ordine agli stipendi dei pubblici impiegati che superino un certo livello, corrisposti in buoni del tesoro poliennali « al portatore », ma ha tenuto ad aggiungere che questi buoni sono « non cedibili » sino alla scadenza: il che è proclamato da una vistosa stampigliatura « a caratteri cubitali » della quale si occupa minuziosamente il decreto ministeriale. È appena il caso di ricordare che un titolo di credito « al portatore », diversamente dai titoli nominativi e da quelli all'ordine, non ha elementi di riconoscibilità che lo vincolino ad una determinata persona e perciò può esserne al piú vietata la negoziazione in borsa, ma non lo si può sottrarre con una formulazione di legge alla circolazione di mercato: il possessore lo può scambiare con altri titoli e con danaro, può farselo scontare da un affarista, può darlo in pegno, insomma può cederlo in vari modi, malgrado che sia « non cedibile ».

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 rimostanze 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 edittole 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 chieda la condanna del suo debitore per inadempienza: 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.

Piú 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 cosí 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 codicilli (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 piú, 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.

APPIO CLAUDIO « DE USURPATIONIBUS »

1. — La storiografia romanistica è tuttora fortemente divisa tra coloro che, sulla linea di F. Schulz, negano che Appio Claudio Cieco abbia pubblicato un *liber* « *de usurpationibus* » e coloro che, sulla linea di F. P. Bremer, credono alla storicità dell'opera e si studiano di precisarne induttivamente l'oggetto¹.

Tra questi ultimi studiosi si segnalano due autori. Da un lato vi è T. Mayer-Maly, secondo cui è astrattamente pensabile, ma è concretamente azzardato credere che Appio Claudio si sia occupato di usucapione, o anche soltanto di interruzione (*usurpatio*) della stessa, mentre è altamente probabile che egli, in considerazione del rilievo politico-sociale che andava acquistando ai suoi tempi il matrimonio libero, abbia parlato dei problemi dell'*usurpatio trinocitii*. Dall'altro lato vi è B. Albanese, il quale, in un saggio scritto indipendentemente da quello del Mayer-Maly, indica come verosimile argomento dell'opera non solo l'*usurpatio* in materia di usucapione e quella in materia di *usus* maritale, ma anche una terza forma di *usurpatio*: l'*usurpatio trinocitii* del *flamen Dialis*.

Personalmente, non vedo come la notizia fornitaci da Pomponio (*sing. enchir.* D. 1.2.2.36) in ordine al *liber de usurpationibus* di Appio Claudio possa essere radicalmente contestata. Ma prima di dirne il perché e prima di formulare una mia ipotesi sui temi affrontati dall'esu-

* In *Labeo* 27 (1981) 7 ss.

¹ Sul tema: F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (tr. it., 1968, dell'ediz. inglese 1953³ e tedesca 1961) 24 ss., con bibliografia; F. P. BREMER, *Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt* 1 (1896) 3 ss.; T. MAYER-MALY, *Roms älteste Juristenschrift*, in *Mnem. Bizoukides* (1960, ma 1963) 221 ss.; B. ALBANESE, *Il « trinocitium » del flamen Dialis*, in *SDHI.* 35 (1969) 73 ss.; F. WIEACKER, *Die römischen Juristen in der politischen Gesellschaft des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts*, in *Fg. von Lübtow* (1970) 183 ss., spec. 187 ss.; E. FERENCZY, *From patrician State to the patricio-plebeian State* (1976) spec. 120 ss., 212 ss.; G. DONATUTI, *Due questioni relative al computo del tempo* (1966), in *St. dir. rom.* (1977) spec. 971 ss.; F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città* (1978) 64 ss. Cfr.: A. GUARINO, *Storia del diritto romano*⁵ (1975) 238 s., 308.

berante « *Centemmanus* », esporrò brevemente i motivi per cui non è il caso di pensare né all'usucapione, né al *trinoctium* della donna, né al *trinoctium* del *flamen Dialis*.

2. — *Usucapio* e interruzione della stessa.

Certo, come ben dice il Mayer-Maly, la tentazione di attribuire al libro di Appio Claudio la trattazione dei problemi relativi è tentazione grande, sopra tutto se si considera che a cavallo tra i secoli IV e III avanti Cristo l'usucapione dell'eredità, della proprietà, delle servitù di problemi effettivamente ne sollevava. Però, premesso che di *usurpatio* nel senso di interruzione i testi giuridici parlano una sola volta e ne parlano per escludere il valore tecnico del significato (Paul. D. 41.3.2: *Usurpatio est usucapionis interruptio: oratores autem usurpationem frequentem usum vocant*), proprio la riduzione del possibile oggetto del *liber* alle fattispecie di interruzione dell'*usucapio* spinge, a mio avviso, verso il dubbio che Appio Claudio abbia potuto dedicare un'opera, sia pure breve, ad argomento tanto ristretto.

Su questo punto il Mayer-Maly ha perfettamente ragione. A meno che si supponga, col Bremer ed ancor più con l'Albanese, che le « *usurpationes* » di cui Appio Claudio si occupò non si limitarono alla sfera dell'usucapione.

Tuttavia l'inclusione nel *liber* appiano dell'*usurpatio trinoctii*, se ben si guarda, è priva di ragionevole fondamento. Non perché i problemi della continuità dell'uso maritale e della notturna assiduità del flamine di Giove non fossero importanti, ma per il fatto che le due fattispecie non erano né qualificate, né intese, dai giuristi e dagli esperti di religione dell'età repubblicana, come fattispecie di *usurpatio*, di interruzione di un « *quid* » giuridicamente (o religiosamente) rilevante.

3. — Per quanto concerne il *flamen Dialis*, la dimostrazione è semplice.

L'Albanese ha e conserva il merito di aver messo in evidenza, in un dotto articolo, una certa suggestiva analogia intercorrente fra il *trinoctium* della donna e quello del flamine di Giove. Posto che il periodo di tre notti sia stato, come dimostra credibilmente l'Albanese, quello originario della prescrizione religiosa, è indubbiamente degno di attenzione il fatto che l'altissimo sacerdote, oltre a dover dormire in un letto tutto speciale, « *de eo lecto trinoctium continuum non decubat* », con l'aggiunta che « *neque in eo lecto cubare alium fas est* » (Gell. 10.15.14).

Ma che cosa mai viene « interrotto » dal *nefas* in cui incorre il flamine violando la prescrizione del *trinoctium*? E se la violazione del *fas* relativa al *trinoctium* integra una *usurpatio* (il che nelle fonti mai si legge), perché non parlare di *usurpatio* anche per tutti gli altri numerosi *nefas* in cui il *flamen Dialis* possa incorrere?

Per i *nefas* da lui commessi il *flamen Dialis* si espone alla punizione degli dei, all'esecrazione dei cittadini, all'obbligo di complesse cerimonie di purificazione, ma il posto di flamine di Giove non lo perde. Flamine era e flamine rimane.

4. — Tolta di mezzo la possibilità di parlare ragionevolmente di una *usurpatio trinoctii* del *flamen Dialis*, resta l'*usurpatio trinoctii* della *mulier* convivente da meno di un anno con un uomo, e magari già anticipatamente ammessa nel suo letto coniugale (*lectus genialis*).

Ma si è mai diffusamente parlato, nelle fonti giuridiche, di *usurpatio trinoctii* dell'*usus maritalis*? Ebbene, strano a dirsi, la risposta è che se ne è parlato, per quel che risulta, una volta soltanto e in un senso non perfettamente coincidente con quello di interruzione dell'uso maritale.

Il testo da esaminare è Gell. N.A. 3.2.12-13:

(P. o Q.) *quoque Mucium iureconsultum dicere solitum legi non esse usurpatam mulierem, quae, cum Kalendis Januariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, ante diem IV. Kalendas Januarias sequentes usurpatam isset; non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posterioris sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.*

Non è il caso di porre in discussione la notizia che il *trinoctium* sia stato fissato dalle *XII tabulae* (6.5, secondo *FIRA*. 1.44), forse al fine di sottrarre la donna (specie se *sui iuris*) all'assorbimento del suo patrimonio da parte del marito. Interessa tuttavia notare che Gai 1.111, nel confermare la notizia, non impiega il verbo « *usurpare* », ma dice che le leggi decemvirali disposero che la donna « *quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni (usum) interrumperet* ».

D'altra parte, nemmeno il discorso di Mucio, così come riferito indirettamente da Gellio, assegna chiaramente ad *usurpare* la parola « *usum* » come oggetto. A prescindere dalla curiosa espressione « *usurpata mulier* », in cui è la donna l'oggetto dell'*usurpatio* (a meno che lo « *esse usurpatam mulierem* » non si connetta ad un deponente « *usurpor* » ed abbia il valore di « *usurpavisse* »), la *mulier* che « *usurpatum*

it » tre giorni prima delle calende di gennaio, e che lo fa per rispettare il *trinoctium* durante il quale deve star lontana dall'uomo « *usurpandi causa* », compie certamente un'*usurpatio*, ma non risulta che compia un'*usurpatio* dell'*usus maritalis*. Se ben si guarda, non è l'interruzione dell'*usus* l'effetto dell'*usurpatio*, ma è l'*usurpatio* la conseguenza dell'avvenuta interruzione dell'uso, o più precisamente la conseguenza del *trinoctium* di assenza dal letto matrimoniale.

Nel frammento di Gellio, in altri termini, io assegnerei ad « *usurpare* » piuttosto il senso di « ottenere la liberazione di se stessa » o, al passivo, di « essere liberata » (la *mulier*) da un uso della durata di un anno, che non il senso di « interrompere » il decorso di quell'uso.

Ecco perché Mucio era solito dire che una donna entrata in casa del suo uomo il primo gennaio ed uscita da quella casa solo il 29 dicembre (oppure, anteriormente alla riforma giuliana del calendario, il 27 dicembre: *ante diem quartum* delle successive calende) non era liberata (*usurpata*) in quanto che le tre notti di assenza dal letto coniugale non erano complete. Infatti, calcolando la notte come il periodo di dodici ore che va da sei ore prima a sei ore dopo la mezzanotte, la terza notte del *trinoctium* era da assegnarsi solo per la prima metà (quella del 31 dicembre) all'ultimo giorno dell'anno occorrente al compimento dell'uso, mentre per la seconda metà (dalla mezzanotte all'ora sesta del mattino del primo gennaio) si era fuori tempo massimo.

5. — Le note che precedono non provano certo l'inesistenza, nelle *XII tabulae* e nel linguaggio dei giuristi, della locuzione « *usurpatio trinocitii* », ma sono più che sufficienti a far fortemente dubitare della diffusione, e particolarmente del carattere risalente, di quella locuzione. Anche a voler concedere che il limitato istituto del *trinoctium* fosse nel IV-III secolo avanti Cristo praticamente molto interessante, è scarsamente credibile che ad esso Appio Claudio abbia dedicato un trattatello « ad hoc », per di più intitolando quest'ultimo con un « *de usurpationibus liber* ».

Se al « *de usurpationibus* » di Appio Claudio vogliamo assegnare un oggetto verosimile, dobbiamo dunque uscir fuori anche dall'ipotesi del Mayer-Maly. E poiché la nostra base di operazioni, piaccia o non piaccia, è costituita dal *liber singularis enchiridii* di Sesto Pomponio, è essenzialmente all'*enchiridion* pomponiano che dobbiamo far capo. Ha e deve avere un certo peso, per conseguenza, il fatto che nell'*enchiridion* si parli di Appio Claudio due volte: una prima volta (D. 1.2.2.7) come compilatore di un formulario di *actiones*, che lo scriba Gneo Flavio poi

gli « sottrasse » e pubblicò, dando luogo a quello che fu chiamato il *ius Flavianum*; una seconda volta (D. 1.2.2.36) come autore, tra molte altre iniziative, del *liber de usurpationibus*.

Mettiamo a confronto i due passaggi di Pomponio. Nel paragrafo 7, dopo aver detto che presso il collegio dei pontefici erano conservate le *legis actiones*, Pomponio scrive: « *postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset hac actiones, Gnaeus Flavius... subreptum librum populo tradidit* ». Nel paragrafo 36 Pomponio ribadisce che « *hunc (i.e. Appium Claudium) etiam actiones scripsisse traditum est primum de usurpationibus, qui liber non extat* ».

Che il dettato sia pieno di guasti è appena il caso di segnalarlo, ma i guasti non autorizzano ad escludere l'induzione che il formulario delle *actiones* del paragrafo 7 sia la stessa raccolta di *actiones* del paragrafo 36. Azzardata è, infatti, la congettura del Mommsen, secondo cui l'« *actiones* » del paragrafo 36 sarebbe stato interpolato da persona che non ha tenuto presente che della raccolta si era parlato già nel paragrafo 6. Che male c'è se i due paragrafi in qualche parte si ricalcano? Nel primo delle *actiones* di Appio Claudio si parla in funzione del discorso sul *ius Flavianum*, nel secondo delle stesse *actiones* si parla per corroborare l'illustrazione della personalità altamente versatile di Appio Claudio.

Io direi, dunque, che il *liber de usurpationibus* di Appio Claudio sia appunto, secondo Pomponio, la raccolta di *actiones* di cui già parla il paragrafo 7. E si può capire perché quel libro ai tempi di Pomponio « *non extat* ». Esso da Appio Claudio fu bensì redatto, ma non fu mai pubblicato, perché Gneo Flavio, come dice ancora il paragrafo 7, se ne impossessò illecitamente (di « *quod subreptum erit* » parlava, ad esempio, la *lex Atinia*: Gell. N.A. 17.7) e lo pubblicò (*populo tradidit*) col suo nome.

Di più. Tenendo presente la cattiva azione, la *subreptio*, compiuta da Gneo Flavio secondo il paragrafo 7, chi (ma non è il caso mio) volesse ad ogni costo ripulire il paragrafo 36 da un'interpolazione potrebbe tener presente che tra i significati di « *usurpare* » vi è quello di appropriarsi, mettendo conseguentemente tra uncini proprio il « *de usurpationibus* ».

6. — Qui peraltro mi fermo. Attribuendo ad Appio Claudio una raccolta privata di *actiones* (e magari anche di connesse *cautiones*), entriamo nel verosimile, oltre che, in qualche modo, nel documentato dalle fonti.

Che poi questa raccolta (se non da Appio, da qualcuno dopo di lui) sia stata denominata « *de usurpationibus* », è del pari verosimile. Sempre che, tralasciando appigli troppo tenui (come quello dell'*usurpatio trinocitii*) o troppo immaginosi (come quello dell'*usurpatio* compiuta da Gneo Flavio), si tenga presente che *actiones* (e *cautiones*) sono uno strumentario di grande utilità per combattere le altrui *usurpationes*, volevo dire gli altrui abusi.

« CATUS LOGISTORICUS »

1. — « *Catus, de liberis educandis* » è il titolo, piuttosto oscuro, di uno degli alquanto misteriosi « *logistorici* » di M. Terenzio Varrone¹. Le ipotesi che si son fatte per chiarirlo non sono poche, ma sono tutte, direi, piuttosto fragili. È per l'appunto il rilievo della loro fragilità che mi incoraggia ad aggiungere alla lista un'altra non meno fragile ipotesi.

Punto di partenza è questo: che il personaggio eponimo del dialogo non era Catone, *Cato*, ma era quasi sicuramente, per quanto risulta dalle fonti, un *Catus*. H. Dahlmann lo ha dimostrato, nel 1956, in maniera decisiva. Lasciamo dunque da parte la suggestione che il pezzo fosse collegato a Catone minore, educatore di Bruto, o, meglio ancora, a Catone maggiore, di cui ben noti sono i *praecepta ad filium*. Il problema è di identificare il ben diverso *Catus* e di scorgere il nesso intercorrente tra costui e l'educazione dei giovani.

Secondo il Dahlmann, seguito ultimamente dallo Zucchelli, il nostro *Catus* potrebbe essere Q. Elio Tuberone, che sappiamo essere stato giurista e storiografo di stile arcaicizzante e che ebbe per figlio il console del 4 a. C. denominato *Sextus Aelius Catus*. Il cognome *Catus*, attestato dalle fonti solo per quest'ultimo, si è supposto che gli sia stato attribuito, secondo un uso sociale diffusosi nella seconda metà del primo secolo a. C., in ricordo di un famosissimo avo: il *Sextus Aelius Paetus Catus* cos. 198, autore dei *Tripertita*. Nulla vieta però di immaginare che la riesumazione del glorioso *cognomen* sia stata fatta già per qualifi-

* In ANA. 92 (1981) 190 ss.

¹ Sul tema: H. DAHLMANN, *Catus oder Cato? Noch einmal der Titel von Varros Logistoricus*, in *Navicula Chiloniensis, Fs. Jacoby* (1956) 114 ss.; ID., *Varroniana*, in ANRW. 1.3 (1973) 3 ss., spec. 16 s., con bibl.; B. ZUCHELLI, *Varro Logistoricus* (1981) con altra bibl. V. anche: D. NÖRRE, *Pomponius oder Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, in ANRW. 2.15 (1976) 498 ss., spec. 512 ss., con bibl.; F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città* (1979) 51 ss.

care Tuberone padre, e il Dahlmann e lo Zucchelli non hanno troppo esitato ad immaginarlo.

2. — Sia pure. Mettiamo per un momento che il *Catus* di Varrone sia Quinto Tuberone. La domanda che subito sgorga è: perché mai egli viene messo in relazione con l'*educatio liberorum*? E rispondere non si può, se non in modo estremamente vago, facendo cioè leva sul suo riconosciuto prestigio di giurista e di sapiente, per supporre che abbia profuso nei figli i tesori della sua vasta esperienza.

Tutto questo mi sembra troppo poco per poter congetturare attendibilmente di Tuberone giurista che avesse a *cognomen* anche *Catus*. Anzi, l'ipotesi diventa addirittura incredibile, se si pensa che Pomponio, pur così largo di particolari, nel suo *enchiridion*, circa Quinto Tuberone (cfr. D. 1.2.2.46), non raccoglie la ghiotta notizia del cognome *Catus*, che lo avrebbe maggiormente avvicinato a Sesto Elio Peto. Né si dica che Quinto Tuberone il cognome *Catus* forse non lo ebbe nella realtà, ma se lo vide attribuire da Varrone, nella sua operetta, a causa del suo specifico significato (« *catus* », l'esperto) e per effetto della predilezione dello stesso Varrone per i giochi di parole. Se Varrone avesse mai, « *motu proprio* », voluto qualificare qualcuno di *catus*, lo avrebbe fatto piuttosto per il padre di Quinto, cioè per Lucio, famoso per il suo *ingentum* e per la sua *doctrina* (cfr. Cic. *Lig.* 5.12), mentre sta in fatto che, pur dedicando a Lucio Tuberone un logistorico, egli lo denomina semplicemente *Tubero*, intitolando il pezzo « *Tubero, de origine humana* ».

Escluso che il nostro logistorico si riferisca ad un Tuberone (ivi compreso il console del 4 a. C., che era troppo giovane all'epoca di redazione del dialogo), non resta da pensare che al *Catus* per antonomasia, cioè al console del 198. Vero è che l'attribuzione sarebbe in contrasto con l'ipotesi che tutti i *logistorici* varroniani siano stati dedicati a contemporanei di Varrone (tra i quali l'ambizioso Cicerone invano ambì ad essere inserito), ma anche l'ipotesi della contemporaneità è di quelle che zoppicano in modo vistoso: basti pensare a Mario, a Sisenna, a Scevola (forse l'augure, forse il console del 95), che sono contemporanei di Varrone in senso largo, ma sopra tutto al sicuro logistorico « *Orestes, de insania* », difficilmente scindibile dalla figura mitica di Oreste, ed ai probabili logistorici intestati a *Tanaquil*, la moglie del prisco Tarquinio, ed a *Pappus*, in cui taluni vedono il console del 282 e del 278, Q. Emilio Papo.

3. — La possibilità di identificare *Catus* con l'antico Sesto Elio Peto

non risolve però il problema dell'*educatio liberorum*. Per tramutarla in una probabilità, sia pur vaga, bisogna spiegare in maniera verosimile il nesso intercorrente tra Sesto Elio e l'educazione dei giovani. Ecco, dunque, l'ipotesi che io, pur con ogni cautela, penso di poter formulare.

Semplice. Pomponio, nel presentarci il giurista Sesto Elio (*sing. enchir.*, D. 1.2.2.38), dice che egli, unitamente al fratello Publio Elio ed a Publio Atilio, mise in mostra « *maximam scientiam in profitendo* »; non solo, ma aggiunge che la sua opera fondamentale sulle Dodici tavole e sulla relativa *interpretatio*, l'opera detta dei *tripertita*, « *veluti cunabula iuris continet* ». È più che probabile, addirittura ovvio, che al testo dell'ammiratissimo Sesto Elio ancora facesse capo la gioventù romana del primo secolo, di cui dice Cicerone, in un passo notissimo (*de leg.*, 2.23.59), « *discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium* » (aggiungendo subito dopo « *quas iam nemo discit* »). Il riferimento di Pomponio all'esperienza didattica di Sesto Elio ed alla sua esposizione delle *XII tabulae* avrebbero un valore indiziario soltanto generico, se non fosse largamente e abbastanza saldamente diffusa l'opinione che l'*enchiridion* di Pomponio ha attinto con una certa abbondanza a materiale varroniano.

I pezzi del mosaico, ciò posto, si intravedono.

« *Catus de liberis educandis* » è un logistorico che Varrone ha dedicato a Sesto Peto Cato in ricordo della funzione altamente educativa esercitata da lui sia con l'attività quotidiana *in profitendo*, sia con l'opera dedicata alle *XII tabulae*. Varrone, è probabile, deplorava non meno di Cicerone che l'apprendimento dei versetti decemvirali non fosse più tanto diffuso tra la gioventù dell'ultimo cinquantennio avanti Cristo. Ragione di più per richiamarsi, parlando « *de liberis educandis* », all'alta figura del *Catus*.

CATONE GIURECONSULTO

1. — Nella terza ed ultima parte (par. 35-53) di quel lungo e torturato brano di Sesto Pomponio, che è riportato in D. 1.2.2 come estratto da un *liber singularis enchiridii*, si legge, come tutti sanno, tirata giù piuttosto frettolosamente, una piccola storia dei giuristi romani. Più precisamente, una storia di quei cultori della *scientia iuris civilis* che furono i più celebrati dai loro concittadini (*qui eorum maxime dignationis fuerunt apud populum Romanum*)¹. L'elenco va dal leggendario Publio (o Sesto) Papirio, cui si attribuiva la raccolta delle leggi emanate dai re (le così dette *leges regiae*) in un libro noto come *ius Papirianum*, sino a Salvio Giuliano, contemporaneo di Pomponio, che assunse la guida della scuola detta dei Sabiniani e pose anche fine, superandola con la vastità del suo ingegno, alla puntigliosa controversia di questa « *secta* » con quella rivale dei Proculiani.

Oltre che frettoloso, il cenno storico attribuito a Pomponio, almeno come ci è posto sotto gli occhi dai *Digesta Iustiniani*, è visibilmente abborracciato e tutt'altro che esente da ripetizioni, da oscurità e da imprecisioni rilevanti². D'altra parte, siccome tutto quanto ci è pervenuto sulla storia della giurisprudenza romana non va molto al di là dei paragrafi pomponiani, è giocoforza accontentarsi di queste poche notizie e spremere il succo con tutto il possibile impegno.

Lavorarci sopra, non ricamarci, come invece taluni si dilettono di fare.

2. — Fermiamoci dunque al paragrafo 38. Nel quale, dopo aver illustrato le figure di un certo gruppo di giuristi ed « *in primis* » quel-

* In *Iusculum iuris* (1985) 69 ss.

¹ Cfr. F. D'IPPOLITO, *Le « forme » della « maxima dignatio » nello « enchiridion » di Pomponio*, in *I giuristi e la città* (1978) 1 ss.

² Reputo inutile far cenno della vastissima letteratura critica in materia. Per tutti: D. NÖRR, *Pomponius oder Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, in *ANRW*. 15 (1976) spec. 563 ss.

la del grande Sesto Elio Peto, Pomponio parla di Catone, anzi di due Catoni, vale a dire del famoso Catone il censore e del figlio, o meglio di uno tra i figli di lui.

L'ossatura del testo è la seguente:

D. 1.2.2.38: ... *Post hos fuit Tiberius Coruncanius ... deinde Sextus Aelius et frater eius Publius Aelius et Publius Atilius maximam scientiam in profitendo habuerunt ... Sextum Aelium etiam Ennius laudavit et extat illius liber qui inscribitur Tripertita, qui liber veluti cunabula iuris continet ... eiusdem esse tres alii libri referuntur, quos tamen quidam negant eiusdem esse. hos sectatus ad aliquid est Cato. deinde Marcus Cato, princeps Porciae familiae, cuius et libri extant: sed plurimi filii eius, ex quibus ceteri oriuntur.*

Chiuso con Tiberio Coruncanio (e con i suoi predecessori), Pomponio passa a parlare di tre personaggi coevi: Sesto Elio, Publio Elio e Publio Atilio³. Tra essi egli segnala come più eminente e come più giustamente famoso Sesto Elio, autore di quell'opera (*liber*) intitolata *Tripertita* che ancora esiste ed è leggibile (*extat*) ai suoi tempi. Ma a questo punto il discorso si imbroglia perché Catone viene menzionato, come altro e successivo giurista, due volte: *hos sectatus ad aliquid est Cato* e *deinde Marcus Cato rell.*

Il Lenel, generalmente seguito, propone di considerare glossematico *deinde Marcus Cato*⁴. Altri reputa insiticio il primo *Cato* (evidentemente col seguito di *deinde*)⁵. Tutti, o quasi, interpretano l'*hos sectatus ad aliquid est* di Catone come indice del fatto che questi, nella sua opera, seguì in qualche modo le tracce dei *tres alii libri* attribuiti a Sesto Elio e comunque ignoti a Pomponio (*referuntur*)⁶. Mi sembra, peraltro, che giustamente abbia visto il Tondo, secondo cui Catone non prese a modello i libri di Sesto Elio, ma piuttosto fu in qualche misura compagno ai tre giuristi suoi contemporanei citati prima⁷. *Sectari*, nel suo senso più ovvio, vale per seguire, accompagnare qualcuno e non per adeguarsi ad opere scritte da altri⁸.

³ Non Publio Atilio, ma Lucio Acilio è probabilmente il terzo personaggio: cfr. Cic. *Lael.* 2.6. In questo senso la corrente dottrina: da ultimo, D'IPPOLITO (nt. 1) 10 nt. 10.

⁴ O. LENEL, *Pal. Pomp.* n. 178 (2.49 nt. 1).

⁵ MOMMSEN-KRÜGER a.h.l.

⁶ Da ultimo: D'IPPOLITO (nt. 1) 68 ss.

⁷ S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, in *Iura* 30 (1979) 37.

⁸ Rinvio ai dizionari correnti, notando che dal *VIR.* «sectari» risulta essere

Arbitraria è invece l'ipotesi, parimenti sostenuta dal Tondo, che il *Cato*, che *sectatus est* gli altri tre giuristi, sia *Cato filius*⁹. Se il testo è genuino, come è possibile, tale *Cato* non può essere che il primo tra i Catoni, il *princeps Porciae familiae*. Quanto alla riparazione del dettato pomponiano, la spiegazione più semplice è che dopo il *deinde* sia saltato nelle trascrizioni un *enim*, ed è la spiegazione che preferisco.

Dunque, il Catone per antonomasia, nel discorso di Pomponio, è il *princeps Porciae familiae*, cioè Catone il censore, di cui si dice che *extant* tuttora (*et*) dei libri. Il secondo Catone non è nominato se non come figlio del primo e niente ci dice se si trattò di Catone Liciniano o di Catone Saloniano, dato che questi, generati da due madri diverse, furono appunto i figli di Catone il censore¹⁰. Solo si aggiunge che, rispetto a quelli del padre, *plurimi* erano i libri del figlio, ma non è escluso che la frase voglia significare che la più parte dei libri attribuiti a Catone maggiore erano in realtà dovuti alla penna del figlio. Un mistero è infine la frase terminale, che il Lenel sospetta essere stata aggiunta (non si capisce bene se con riferimento ai due Catoni o ai libri di Catone figlio) da un glossatore, inutile dirlo, maldestro¹¹.

3. — La maggioranza degli studiosi (alla quale ho finora aderito io stesso) non dubita che Catone padre pubblicò poco in materia di *ius civile*, mentre è a Catone figlio che vanno attribuiti dei *commentarii iuris civilis* in almeno quindici libri: libri che vanno intesi, stavolta, nel senso caratteristico di rotoli di papiro (o di lunghezze scrittorie più o meno corrispondenti a quelle di un rotolo di papiro)¹². I pochissimi che si oppongono alla « *communis opinio* » lo fanno solo per dire, sulla base di impressioni del tutto personali, il rovescio: cioè che i *commentarii iuris civilis* deve averli scritti piuttosto Catone maggiore¹³.

un *hapax* (ma di Labeone e Capitone Pomponio dice, in D. 1.2.2.47, che *veluti diversas « sectas » fecerunt*).

⁹ TONDO (nt. 7) 36 s.

¹⁰ Per tutti: E. V. MARMORALE, *Cato maior*² (1949) 139 ss.

¹¹ Buona correzione mommseniana di *oriuntur* in *ordiuntur*. Cfr. TONDO (nt. 7) 37 nt. 6.

¹² A. GUARINO, *Storia del diritto romano*⁶ (1981) 294.

¹³ M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*² (1982) 7 s. V. però ora: *Id.*, *Il giureconsulto e la memoria*, in *QS.* 20 (1984) 252 nt. 67 (« forse è ancora preferibile l'incertezza di P. JÖRS, *Röm. Rwiss.* [1888] 311 s. »).

Basta fermarsi un poco a meditare sul problema per rendersi conto che né l'una, né l'altra tesi hanno un fondamento apprezzabile.

Il grammatico Festo riferisce, è vero, una definizione del *mundus* che sarebbe stata data da Catone *in commentariis iuris civilis*¹⁴. Ma quest'unica citazione dei *commentarii* non è accompagnata dalla precisazione che l'autore degli stessi è un Catone figlio. *Cato* è troppo poco per distinguere il padre dal figlio e, data la stragrande popolarità del padre rispetto ai suoi figli, andrebbe inteso, se mai, come allusivo a Catone il censore, a *Cato maior*.

Lo stesso è da dirsi per quel passo del giurista severiano Paolo in cui si legge: *Cato libro quinto decimo scribit* (con quel che segue)¹⁵. Ancora una volta il nome di Catone è privo di attributi. Inoltre, per ciò che concerne il libro quindicesimo, non è detto che esso faccia necessariamente parte, nella citazione di Paolo, dei *commentarii iuris civilis*: può trattarsi anche del quindicesimo libro di altra opera, per esempio dei *libri ad Marcum filium* di Catone il censore. Ed è opinione corrente che quella sorta di enciclopedia messa insieme da Catone per erudire e consigliare suo figlio Catone Liciniano (e in un secondo momento, chi sa, anche il molto più giovane Catone Saloniano) non mancava di discettazioni a carattere giuridico¹⁶.

Nella incertezza tra Catone padre e Catone figlio, la « *communis opinio* » fa insomma dipendere tutto dal *sed plurimi filii eius* del passo pomponiano. Non solo. Quando passa a precisare l'identità di Catone figlio, essa non dubita che si sia trattato di Catone Liciniano, nato intorno al 192 a. C. e morto prematuramente nel 152, allorché era stato appena designato tra i *praetores* del 151 a. C. Eppure, se intendiamo la frase finale del passo di Pomponio (*ex quibus ceteri oriuntur*) come allusiva alla discendenza di Catone maggiore, giù giù sino a Catone così detto Uticense, chi viene in discorso non è Catone Liciniano, ma Catone Saloniano, che fu appunto l'avo dell'Uticense¹⁷.

La prima conclusione alla quale mi pare di dover pervenire è una

¹⁴ Fest. sv. *Mundus* (L. 144, 14-21): *Mundus... qui quid ita dicatur, sic refert Cato in commentariis iuris civilis: mundo nomen impositum est ab eo mundo qui supra nos est: forma enim eius est, ut ex his qui intravere cognoscere potui, adsimilis illae.*

¹⁵ Paul. 12 *Sab. D.* 45.1.4.1: *Cato libro quinto decimo scribit rell.*

¹⁶ Per tutti: M. DELLA CORTE, *Catone maggiore e i « libri ad Marcum filium »*, in *RFIC.* 19 (1941) 81 ss.

¹⁷ Ma v. *retro* nt. 11.

conclusione di « *non liquet* ». Non abbiamo elementi per dire con sicurezza se i *commentarii iuris civilis* siano stati pubblicati da Catone padre o da uno dei suoi figli. Non abbiamo elementi per dire quale Catone abbia espresso una sua opinione giuridica in un libro quindicesimo di un'opera non meglio precisabile. Non sappiamo nemmeno, a rigore, se Pomponio abbia inteso come *Cato filius* Catone Liciniano o Catone Saloniano.

4. — Sul piano delle congetture mi sembra peraltro che vi sia ancora qualche cosa da rilevare.

È bene precisare, in primo luogo, che non sarebbe ragionevole attribuire a Catone, padre o figlio che sia, una serie di *libri iuris civilis* quali se ne ebbero solo a partire, un secolo dopo, da Q. Mucio Scevola¹⁸. Il momento non era ancora venuto. Al massimo i libri catoniani potevano essere delle raccolte di *sententiae* interpretative delle *leges XII tabularum*, di *responsa* a privati interroganti, di formule negoziali e processuali. Perciò quando Festo parla di *commentarii iuris civilis*, è chiaro che non vuole riferirsi ad un trattato civilistico, oppure è chiaro che, se vuole riferirsi ad una sorta di trattato, egli si sbaglia di grosso.

Per buona parte del secondo secolo avanti Cristo l'attività giurisprudenziale a Roma non aveva ancora raggiunto il livello della specializzazione: un livello, del resto, che anche nel secolo successivo non si tradusse mai in « tempo pieno » della professione di giurista. L'attività giurisprudenziale si inseriva tra tante altre dell'uomo dedito alla vita pubblica, e quindi sempre disponibile, per ovvie ragioni, a dare consigli di ogni genere, e possibilmente anche appoggi concreti, in particolare ai suoi clienti e in generale a tutti i suoi potenziali elettori¹⁹. Molto efficacemente (e verosimilmente) descrive la giornata di questi uomini eminenti Cicerone, in una famosa pagina del *de oratore*²⁰. Essi erano sempre pronti, sia che passeggiassero per il foro sia che se ne stessero a casa, a dar consiglio ai postulanti su ogni cosa: non solo su questioni giuridiche strettamente tecniche, ma anche sulla convenienza di dare in matrimonio una figlia, di comprare un fondo, di praticare una

¹⁸ In proposito: A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza* (1976) *passim*.

¹⁹ *Amplius*: R. A. BAUMAN, *Lawyers in Roman republican Politics. A Study of the Roman jurists in their political setting, 316-82 BC* (1983) spec. 148 ss.

²⁰ Cic. *de orat.* 3.33.133-135.

certa coltivazione in un campo, insomma su ogni affare pubblico o privato (*de omni denique aut officio aut negotio*).

Dopo aver fatto vari nomi di personaggi appartenenti a generazioni diverse, Cicerone, sempre in quel passo, giunge appunto a Catone, da intendersi naturalmente Catone il censore²¹, dicendo di lui che era privo (e si faceva un vanto di essere privo) di lettere e di filosofia greche, della raffinatissima cultura importata a Roma attraverso il Mediterraneo, ma subito aggiungendo: « Al di fuori di questo (*praeter hanc politissimam doctrinam transmarinam atque adventiciam*), che cosa gli mancò? Forse che, essendo impegnato nello studio del *ius civile*, non faceva anche l'avvocato in giudizio? O forse che, avendo successo come oratore giudiziario, trascurava la scienza del diritto? Niente di tutto questo: egli si impegnò e si distinse in ambedue le attività, quella del giurista e quella dell'oratore. Forse che per il successo raccolto nell'occuparsi di affari privati egli fu pigro nell'occuparsi degli interessi della repubblica? I fatti dimostrano che nessuno fu più energico di lui presso il popolo, nessuno fu migliore di lui in senato; non solo, ma gli riuscì facile anche di essere un ottimo comandante militare. Insomma, ai suoi tempi nulla si poté a Roma sapere o apprendere, che egli non studiasse, non conoscesse da vicino e non trattasse anche nei suoi scritti ».

È un giudizio, questo, che Cicerone ribadisce anche altrove²². Giudizio confermato da Livio²³, da Cornelio Nepote²⁴, da Plinio il Vec-

²¹ *Quid enim Marco Catoni praeter hanc politissimam doctrinam transmarinam atque adventiciam defuit? num, quia ius civile didicerat, causas non dicebat? aut quia poterat dicere, iuris scientiam negligebat? utroque in genere et elaboravit et praestitit. num propter hanc ex privatorum negotiis collectam gratiam tardior in capessenda republica fuit? nemo apud populum fortior, nemo melior senator; et idem facile optimus imperator; denique nihil in hac civitate temporibus illis sciri discere potuit, quod ille non cum investigaverit et scierit tum etiam conscripserit.*

²² Cfr. *de orat.* 37.171 (*iuris civilis omnium peritissimus*), *Brut.* 17.65 (*at quem virum, di boni!*), *Lael.* 2.6 (*Cato, qui multarum rerum usum habebat*).

²³ *Liv.* 39.40.4-6: *nulla ars neque privatae neque publicae rei gerendae ei defuit...; ad summos honores alios scientia iuris, alios eloquentia, alios gloria militaris provexit: huic versatile ingenium sic pariter ad omnia fuit, ut natum ad id unum diceret, quodcumque ageret.*

²⁴ *Cato* 3.1: *in omnibus rebus singulari fuit industria: nam et agricola sollers et peritus iuris consultus et magnus imperator et probabilis orator et cupidissimus litterarum fuit.*

chio²⁵, da Quintiliano²⁶, da Frontone²⁷.

L'impressione che da tutto ciò si ricava è che, se pure attività eletta di giurista esercitò Catone figlio (non importa per ora dire quale), attività di gran lunga piú vasta e rilevante esercitò, piú o meno negli stessi decenni, Catone padre, che fu il solo fra i due su cui si concentrò l'ammirazione dei contemporanei e dei posteri. L'ipotesi che buona parte di questa attività di Catone « giurista » sia stata esercitata in comune tra padre e figlio, dividendosi tra loro i compiti da assolvere (per esempio: studio della questione ed emissione del *responsum*), è una ipotesi che ha del verosimile.

5. — Piú verosimile ancora diventa la congettura della attività in comune, se si identifica Catone figlio in Catone Liciniano, separato in età dal padre (nato questi nel 234) da un numero di anni, quaranta o poco piú, di gran lunga inferiore al numero di anni intercorrente tra Catone maggiore e Catone Saloniano (venuto al mondo, quest'ultimo, intorno al 154)²⁸.

È noto che Catone padre prese molto a cuore l'educazione e la carriera del figlio della prima moglie. Una carriera che seguì, e probabilmente cercò di agevolare, passo passo sino alla morte prematura del Liciniano nel 152. Che i due siano stati strettamente vicini nelle loro attività è probabile, cosí come ha del probabile che il figlio sia vissuto parecchio all'ombra dell'esuberantissimo padre. Nulla di avventato, quindi, se si suppone (sempre, beninteso, che non si varchino i limiti della supposizione) che, sopra tutto negli anni tra il 170 e il 160, sia stato piuttosto Catone Liciniano, anziché il padre, a prendere nota di tutto, a gettar giú le minute e a svolgere quella attività di segreteria per la quale il padre aveva ben poco tempo.

D'altra parte, che delle sue molteplici orazioni Catone maggiore tenesse una registrazione piuttosto accurata, è dimostrato da un episodio ben noto. Dovendo pronunciare l'orazione *de sumptu suo* nel 164 o 159, l'oratore non ebbe difficoltà a farsi portare per controllo il codice (*caudex*) in cui era annotata una precedente orazione e a far legge-

²⁵ *Nat. h.* 7.100: *Cato primus Porciae gentis tres summas in homine res praestitisse existimatur, ut esset optimus orator, optimus imperator, optimus senator.*

²⁶ *Inst.* 12.11.23: *Cato, idem summus imperator, idem sapiens, idem orator, idem historiae conditor, idem iuris, idem rerum rusticarum peritissimus fuit.*

²⁷ P. 123, 4-5 VdH: *orator idem et imperator summus.*

²⁸ *Plut. C. Maior* 24.7.

re alcuni passaggi della stessa: *iussi caudicem proferri, ubi mea oratio scripta erat de ea re, quod sponsionem feceram cum M. Cornelio: tabulae prolatae, maiorum benefacta perlecta, deinde quae ego pro re publica fecissem leguntur*²⁹.

Póstici sulla pista di Catone Liciniano, va ricordato che essenzialmente per questi furono scritti da Catone maggiore i *libri ad Marcum filium* e che in questa congerie di libri (della quale è discusso non solo il catalogo, ma persino il titolo preciso, se mai ve ne fu uno) le *sententiae* di carattere giuridico, come ho già detto, non difettavano certo. Non difettavano, anzi forse abbondavano, visto che lo scopo perseguito da Catone era di avviare il figlio alla vita pubblica. Ed io stesso, ad esempio, mi sono chiesto, anni fa, se il famosissimo « *rem tene, verba sequuntur* », su cui tanto e tanto variamente si è scritto, non sia un apoftegma di preciso riferimento giuridico contenuto per l'appunto nei *libri ad filium*³⁰.

Quanti furono i *libri ad Marcum filium*? Non lo si sa con esattezza, ma furono certamente parecchi: una piccola raccolta di monografie su svariati argomenti, dall'agricoltura alla medicina, dall'arte militare alla giurisprudenza. Non sorprende che la sezione giuridica sia stata eventualmente indicata (ecco spiegato Festo) come *commentarii iuris civilis*. E nemmeno sorprende (ecco spiegato Paolo) che un parere giuridico abbia figurato nel quindicesimo libro (non dei *commentarii* civilistici, ma) della raccolta *ad filium*.

6. — E qui mi sia concesso di prospettare (costi quel che costi) un'ultima congettura, la più azzardata di tutte, che concerne una delle croci della dottrina romanistica: la così detta *regula Catoniana*.

A questa *regula iuris* i *Digesta Iustiniani* dedicano un titolo specifico (il D. 34.7: *de regula Catoniana*), il quale si apre con un frammento di Celso figlio che ne riferisce il contenuto³¹. Citano la *regula* in termini espliciti Papiniano³², Ulpiano³³, e Paolo³⁴. Paolo risulta aver scritto anche un *liber singularis ad regulam Catonianam*, di cui

²⁹ Cfr. fr. 169 Sblend. = 173 Malc. = 163 Kien.

³⁰ Cfr. A. GUARINO, « *Ineptiae iuris Romani* » 3, in *Atti Acc. Pontaniana* 28 (1979) 27 ss.

³¹ Cels. 35 dig. D. 34.7.1.

³² Pap. 15 quaest. D. 34.7.3.

³³ Ulp. 10 Sab. D. 34.7.4; 21 Sab. D. 34.7.5; 22 Sab. D. 30.40.

³⁴ Paul. 8 Plaut. D. 33.5.13.

un frammento è riportato nei Digesti, ma al di fuori del titolo specifico D. 34.7³⁵.

È vecchia questione se la *regula Catoniana* sia da collegare a Catone il censore o a Catone Liciniano. La maggioranza propende verso quest'ultimo, ma non manca chi è orientato verso il padre. Solo il Lambert³⁶, seguito dal Voci³⁷, dichiara di non essere in grado di dare una risposta. Ora, che anche per ciò che concerne il Catone della *regula Catoniana* sia da pronunciare il « *non liquet* », almeno allo stato degli atti, è esatto e corrisponde a quanto ho sostenuto, sul problema generale dei due Catoni, all'inizio di questo articolo. Ma tutto il discorso sin qui svolto porta anche a ritenere, in termini di congettura, che lo spunto verso quella che si disse la *regula Catoniana* sia venuto da Catone maggiore³⁸.

Ovviamente (ed è questo un punto su cui tutti sono ormai d'accordo) non è da credere che la *regula* sia sgorgata da Catone nella formulazione riferita da Celso, e nemmeno è da credere che essa sia stata dettata, sia pure da un personaggio così autorevole, in termini dispositivi, di *regula*. È evidente che alla *regula Catoniana* si è pervenuto dalla giurisprudenza romana attraverso la generalizzazione di quello che può essere stato, nella bocca di Catone, tutt'al più un *responsum* o, più probabilmente ancora, una *sententia* incastonata in una delle molte orazioni. Sintomatico, a questo proposito, è che, pur dopo Celso, il giurista Volusio Meciano parli di *Catoniana sententia*³⁹. La sola cosa che si può sostenere con una certa sicurezza è che, se le fonti di cui disponiamo non sono singolarmente lacunose, la *regula Catoniana* si è andata progressivamente affermando come tale, cioè come opinione « consolidata », in un tratto di tempo che va da Catone il vecchio (quindi dalla prima metà del secondo secolo avanti Cristo) a qualche decennio prima di Celso figlio (console ordinario nel 129 dopo Cristo), il quale la cita e la discute criticamente appunto come « regola » ormai da qualche tempo affermata.

È proprio la *definitio* della *regula Catoniana*, così come si legge

³⁵ Cfr. D. 49.17.20.

³⁶ J. LAMBERT, *La règle Catonienne* (1925) 21 ss.

³⁷ P. VOCI, *Diritto ereditario romano* 2^e (1963) 998 ss.

³⁸ Da ultimo, sul tema: H. HAUSMANINGER, *Celsus und die Regula Catoniana*, in T. 36 (1968) 469 ss.

³⁹ Macc. 30 *fideicomm.* D. 35.1.86.1.

nel citato frammento di Celso⁴⁰, a confermare l'impressione che tutto sia derivato da una *sententia* che aveva in vista non un problema generale, ma una fattispecie ben determinata. È noto infatti che il senso della *regula Catoniana* era che un *legatum* invalido al momento della confezione del testamento non potesse essere convalidato da fatti sopravvenuti prima della morte del testatore (stando ad un diffuso brocardo generalizzante: *quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*): direttiva che risulta totalmente contrastata da Servio Sulpicio Rufo, accolta da Sabino e da Cassio solo in ordine ai legati non condizionali, accolta invece dai proculiani in ordine a tutti i legati⁴¹. Orbene, nella versione di Celso la formulazione della regola era così (approssimativamente) concepita: (*legatum*) *quid si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit (testator) non valere*. Parole che, traducendo con uno sforzo di fedeltà, hanno questo significato: un legato, il quale sarebbe inutile (cioè non acquisibile dal legatario) ove il testatore fosse morto subito dopo la confezione del testamento, non avrà valore neanche successivamente, quale che sia il momento in cui verrà a morte il testatore.

Una formulazione come quella ora indicata, se non è frutto di maldestra alterazione del testo celsino (e la migliore dottrina giustamente esclude, a mio avviso, che lo sia)⁴², è chiaramente legata ad una discussione relativa alla posizione del legatario cui sia stato assegnato un legato inutilizzabile. Mentre qualcuno deve aver sostenuto il diritto del legatario ad acquisire il legato nella ipotesi di una regolarizzazione intervenuta prima della morte del testatore (la tesi difesa da Servio Sulpicio Rufo), la polemica reazione della *sententia Catoniana* deve essere stata nel senso che non ha importanza alcuna se il testatore è morto subito dopo la confezione del testamento o in qualunque momento successivo, perché il legato sempre inutilizzabile rimarrà. Segno evidentissimo del fatto che l'autore della *Catoniana sententia* era contrario, se non all'istituto dei *legata* in sé, quanto meno alla dissipazione del patrimonio ereditario mediante legati.

⁴⁰ Più precisamente, in D. 34.7.1 pr.

⁴¹ Cft. Gai 2.244: *An ei, qui in potestate sit eius, quem heredem instituimus, recte legemus, quaeritur. Servius recte legari putat, sed evanescere legatum, si quo tempore dies legatorum cedere solet, adhuc in potestate sit... Sabinus et Cassius sub condicione recte legari, pure non recte, putant... sed diversae scholae auctores nec sub condicione recte legari, quia, quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione quam pure debere possumus.*

⁴² Retro nt. 38.

Ebbene, l'avversione ai *legata* fu proprio quella che, per quanto sappiamo, caratterizzò Catone il Censore, una delle cui orazioni piú note venne pronunciata a *suasio* della *lex Voconia* del 169 avanti Cristo⁴³.

La *lex Voconia* (che altrove ho sostenuto, come tuttora sostengo, essere stata una *lex imperfecta*)⁴⁴ auspicò, con riferimento ai *cives Romani* della prima classe del censo, due cose: *nequis heredem virginem neque mulierem faceret*⁴⁵, e *ne cui plus legatorum nomine mortisve causa liceret, quam heredes caperent*⁴⁶.

L'una e l'altra disposizione erano intese a che i patrimonî dei cosí detti « *classici* » (gli appartenenti alla prima classe del censo) non fossero troppo intaccati da lasciti a terzi e andassero inoltre in mano a persone (i *patres familiarum* maschi) in grado di passarli ad una propria discendenza agnaticia naturale o adottiva. Catone si impegnò molto⁴⁷ nella difesa della proposta di Q. Voconio Saxa ed è pensabile che non parlò solo a favore della prima, ma parlò vigorosamente anche a sostegno della seconda e connessa disposizione.

Mi si corregga se sbaglio. Quale argomento dialettico piú energico e persuasivo della *regula Catoniana*, nella formulazione di Celso, contro l'uso di moltiplicare insensatamente i lasciti testamentari, e in particolare contro il malcostume di inserire nel testamento dei *legata* al momento *inutilia* (mettiamo, perché aventi a beneficiaria una persona *in potestate* dell'erede) nella speranza che si sarebbero regolarizzati prima dell'apertura della successione?

⁴³ Cfr. fr. 112-115 Sblend. = 156-160 Malc.

⁴⁴ A. GUARINO, *Lex Voconia*, in *Labeo* 28 (1982) 188 ss.

⁴⁵ Cfr. Cic. *Verr.* 2.1.107; Liv. *per.* 41.

⁴⁶ Cfr. Gai 2.226.

⁴⁷ *Magna voce et bonis lateribus*: Cic. *de sen.* 5.14.

TUBERONE E TUBERONE

1. TUBERONE ADOLESCENTE.

1. Nella sua opera « *de iure civili in artem redigendo* » Cicerone scrisse, secondo ciò che riferisce Gellio (N.A. 1.22.7), queste precise parole: « *nec vero scientia iuris maioribus suis Q. Aelius Tubero defuit, doctrina etiam superfuit* ». E Gellio commenta: *in quo loco superfuit significare videtur: supra fuit et praestitit superavitque maiores suos doctrina sua superfluenti tamen et nimis abundanti: disciplinas enim Tubero stoicas dialecticas percalluerat*¹.

A quale Tuberone si riferiva Cicerone?

Secondo M. Bretone, che su questo punto si è fermato due volte, il riferimento era al dottissimo Q. Elio Tuberone, allievo di Panezio e amico di Scipione Emiliano, nato nel 156 o 154 e tribuno della plebe nel 129 (o 130) a.C. Secondo D. Nörr e M. Talamanca, invece, sarebbe chiaro il riferimento al Q. Elio Tuberone, figlio di Lucio, giureconsulto (e storico) lodatissimo da Pomponio (*sing. enchir.* D. 1.2.2.46), che fu avversario di Cicerone, nel 46 a.C., in occasione del famoso processo contro Q. Ligario. Aderisce a questa tesi anche F. Bona.

La sicurezza, in ordine al nostro problema, è ovviamente irraggiungibile. Io riterei comunque che sia più persuasiva l'opinione del Bretone che non quella dei suoi avversari. E ciò per un argomento essenzialmente psicologico, che il Bretone ha sfruttato solamente in parte.

* In *Atti Acc. Pontaniana* 30 (1981) 9 ss.

¹ Sul punto: M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (1971) 181 ss.; ID., *Quale Tuberone?*, in *Iura* 27 (1976, ma 1980) 72 ss.; D. NÖRR, *Pomponius oder zur Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, in *ANRW.* 2.15 (1976) 527 ss.; M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR.* 80 (1977) 263 s.; F. BONA, *L'ideale retorico ciceroniano ed il « ius civile in artem redigere »*, in *SDHI.* 46 (1980) 281 ss., spec. 372 ss. V. anche: HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des parties politiques* (1963) 469; S. DI SALVO, « *Lex Laetoria* ». *Minore età e crisi sociale tra il III e il II sec. a.C.* (1979) 93 ss. e *passim*.

Non si può credere che Cicerone, elogiando il Q. Tubero suo contemporaneo, abbia detto che proprio in materia filosofica (*doctrina*) egli sia stato superiore ai suoi « *maiores* »: superiore, quindi, non solo allo stimatissimo padre suo, grande amico di Cicerone, ma persino a quel Q. Tubero del circolo degli Scipioni, che Cicerone addirittura riteneva il « *non plus ultra* » della sapienza stoica (cfr. Cic. *de off.* 3.63) e della coerenza alle proprie idee (cfr. Cic. *Lael.* 37), oltre che giureconsulto (non oratore, però) di notevole vaglia (cfr. Cic. *Brut.* 117).

Fu dunque Tubero il vecchio quegli che « *maioribus suis doctrina superfuit* ». Né rimarrei troppo perplesso di fronte al senso da dare a « *maiores* ». A parte il fatto che i *maiores* del vecchio Tubero possono ben essere qui genericamente intesi anche come i predecessori di lui nel culto del diritto e della filosofia (tesi, questa, opportunamente difesa dal Bretone), non risulta che il primo Tubero fosse un *vulgo conceptus* e non discendesse da una onorata famiglia. Il *nomen* « *Aelius* » richiama alla mente illustri antenati, sia pur non in linea retta, tra cui il grandissimo Sesto Elio Peto (cfr. Val. Max. 4.4.8, dove « *familia* » sta evidentemente per « *gens* » *Aelia*).

2. Ad ogni modo, ciò che più mi preme qui di rilevare è che non costituisce valido argomento contrario alla identificazione del nostro Tubero con l'avvocato della causa ligariana il fatto che Cicerone, rivolgendosi a quest'ultimo nella orazione *pro Ligario*, lo chiami « *adulescens* ».

Certo, se per *adulescens* si intende il giovane di età non superiore ai venticinque o, sia pure, ai trenta anni, l'argomento impressiona. Cicerone ha pronunciato la *pro Ligario* nel 46 ed è morto nel successivo 43. Nel 46 Q. Tubero aveva al massimo trent'anni. Se anche il *de iure civili in artem redigendo* è stato scritto tra il 46 e il 43, viene difficile credere che Cicerone possa aver fatto tanto sperticati elogi di un giovane di non più di trentatré anni.

Ma « *adulescens* » significa sempre e in ogni caso, minore di venticinque o trent'anni? Almeno per quanto concerne Cicerone, non è così.

Adulescens (da *adolesco*) ha acquistato il significato tecnico di non ancora venticinquenne solo a séguito della *lex Plaetoria* (o *Laetoria*), la così detta legge *de circumscriptione adulescentium*, ed ai soli fini dell'applicazione della legge stessa. Questa legge, in altri termini, non partì dal presupposto che fossero *adulescentes* solo gli infraventicinquenni, né tanto meno pretese che da allora in poi solo gli infraventicinquenni fossero da intendere per *adulescentes*, ma si limitò a stabilire che tra gli *adulescentes* fossero da proteggere in modo particolare, per

la loro particolare inclinazione a farsi *circumscribere* dai furbacchioni di passaggio, i soggetti di età inferiore ai venticinque anni. Del resto *adulescens* si continuò a dire, nel linguaggio corrente, non solo degli ultraventicinquenni sino ai trenta (l'età iniziale del *cursus honorum*), ma talvolta anche per chi questa età avesse superata: come dimostra, ad esempio, Catone (*de agr.* 3.1), che fa arrivare la *prima adulescentia*, per lo meno in materia agraria, sino ai trentasei anni.

Non era pertanto l'età che qualificava agli occhi dei Romani l'*adulescens*. È il suo impeto prettamente giovanile, la sua non ancora sicuramente raggiunta posatezza da uomo maturo. E va aggiunto che, quando una persona più anziana si trovava di fronte ad una persona meno anziana, le veniva (come le viene tuttora) naturale di trattarla, come usa dirsi, da « pivello », quindi di chiamarla, magari anche con una punta di scherno, *adulescens*. Significativa è, a questo proposito, la prosa di Sall. *Iug.* 21.4 sulla ambasceria di « *tres adulescentes* » che il senato ebbe la leggerezza di inviare nel 113 all'astuto Giugurta.

3. Posta la cosa in questi termini, ci si può rendere conto del fatto che l'anziano e importante Cicerone si rivolga, nella *pro Ligario* (3.8), al suo più giovane (anche se ultratrentenne) antagonista Quinto Tuberone e gli dica, con affabile e inoffensiva ironia, che gli stanno a cuore la sua attività e la sua fama per vari motivi, tra cui il desiderio che la rinomanza di un giovane congiunto ridondi pure in qualche modo a proprio vantaggio (*vel quod laudem adulescentis propinqui existimo etiam ad meum aliquem fructum redundare*). La giustapposizione tra le due personalità (il vecchio e il giovane) qui è evidente, sí che si spiega come, proseguendo nel suo discorso (3.9), Cicerone, dopo aver subissato di domande Tuberone, ad un certo punto studiatamente si arresti ed esclami: « No, sto incalzando troppo, e il giovane (congiunto) sembra smarrito » (*nimis urgeo: commoveri videtur adulescens*).

Gli studiosi del diritto romano sanno, in più, che una conferma dell'uso tutto « relativo » di *adulescens* proviene da un notissimo testo del giurista Paolo (17 *Sab. D.* 45.1.91.3), in cui il grande Celso figlio viene qualificato *Celsus adulescens*. Sarebbe ridicolo pensare ad un Celso colto da Paolo in una situazione analoga a quella del giovane Gesù tra i dottori nel Tempio. È chiaro che qui *adulescens* è sinonimo di *filius*, perché il contrapposto « padre-figlio » induce a pensare, a tutta prima, a titolo di « cliché », ad un padre maturo e ad un figlio adolescente.

Insomma, si può essere *adulescentes* « per natura », e allora i trent'anni sono usualmente il limite massimo, ma si può essere anche *adulescentes* « per posizione », cioè in relazione ad un certo contrapposto,

e allora l'età non conta. Vi è di piú. Può capitare, anzi capita abbastanza di frequente che si dica « giovani » o addirittura « ragazzi », senza riguardo all'età, per dire familiarmente amici o compagni.

E di un uso iperbolico di « *adulescentes* » ci fornisce un esempio molto significativo proprio Cicerone, in un passo del *de republica*. Gaio Lelio (siamo nei primi mesi del 129 a. C.) si rivolge, ad un certo punto, a tutto quanto il gruppo con cui sta conversando, e del gruppo, si badi bene, non fanno parte soltanto Q. Tuberone, Q. Mucio Augure, P. Rutilio Rugo e C. Fannio (chiamati *adulescentes*, perché allora ancora giovani, in *Att.* 4.16.2), ma fanno parte anche L. Furio Filo, il console del 136, Manio Manilio, il console del 149, e il quasi coetaneo di Lelio P. Scipione Emiliano. Ebbene, è a tutti costoro, giovani e meno giovani, che Lelio, stufo del fatto che si sta discettando da circa un'ora del fenomeno celeste del parelio, dice (1.19.32): « Statemi a sentire, ragazzi, finitela di preoccuparvi del secondo sole e passiamo ad altro » (*quam ob rem, si me audites, adulescentes, solem alterum non metueritis rell.*). « *Adulescentes* ».

2. L'AUTORE DI DIONE.

Un pregevole libro è stato dedicato da G. Zecchini alla ricerca dell'« autore » di Dione Cassio nel racconto che questi dedica (38.31-50, 39.1-5, 40.4-11 e 31-44) alle imprese di Giulio Cesare in Gallia (*Z. G., Cassio Dione e la guerra gallica di Cesare* [Milano, Vita e Pensiero, 1978] p. 241).

Come è noto (cfr. p. 15 ss.), non tutti pensano quietamente che Dione derivi direttamente da Cesare e che le innegabili divergenze si spieghino con possibili incomprensioni, con probabili riflessioni di carattere critico e magari con una certa quale antipatia di Cassio Dione nei riguardi del superdittatore. L'assillo del rintracciamento delle fonti, della così detta « Quellenforschung » ha indotto vari studiosi contemporanei ad ipotizzare altre piú complesse o tortuose discendenze basate su indizi non sempre facilmente tangibili e sul presupposto tanto diffuso quanto, almeno ai miei occhi, un tantino ingenuo che le opere dell'ingegno possano essere sottoposte ad analisi tali da poterle tutte o quasi tutte etichettare con un minuzioso « pedigree ». Nella specie, lo Zecchini giunge alla conclusione, sin troppo ragionata, che l'autore di Dione non sia né Cesare, né Asinio Pollione, né Livio (il quale ultimo fu pur

* In *Labeo* 25 (1979) 342 s.

tenuto ben presente nel resto dell'opera dionea), né Cremuzio Cordo, né Tito Labieno (il figlio del legato di Cesare), né altri che qui non nominò, ma sia, ecco la novità, Q. Elio Tuberone, il giurista allievo di Ofilio, di cui parla Pomponio nel *liber singularis enchiridii* (D. 1.2.2.46).

Beninteso, anche questo può darsi, dal momento che Tuberone fu autore di almeno 14 libri di *Historiae* (cfr. Gell. N.A. 7.4.2, 10.7.3, 10.28.1) e, prima di far la pace con Cesare, combatté sotto le insegne di Pompeo a Farsàlo (cfr. Cic. *pro Lig.* 9.27). Nulla di strano, ad onta di quanto pensa invece S. Mazzarino (*Il pensiero storico classico* [1966] 2.1.279 e 397), che, sotto sotto, Tuberone abbia continuato, anche dopo la riconciliazione, a non veder di buon occhio Cesare ed a pensarle tutte per metterne in cattiva luce la condotta nell'impresa gallica.

Ma da che desume lo Zecchini (p. 193 ss.) che proprio alle storie di Tuberone abbia attinto giudizi malevoli su Cesare il buon Cassio Dione? Lo desume da ciò: primo, che da Svetonio (*D. Iulius* 73.1) risulta che Tuberone si occupò anche di Cesare; secondo, che Aulo Gellio, quasi contemporaneo di Dione, mostra a più riprese di aver conoscenza della sua opera; terzo, che Svetonio, Gellio e Dione, coincidono nell'attribuire a Cesare un sistema di cifrario (piuttosto semplicistico, per verità) per la sua corrispondenza segreta. E che Svetonio abbia ricavato quest'ultima notizia proprio da Tuberone dovrebbe dedursi dal fatto che del cifrario (ma non di Tuberone) si parla in un passo (56.7), relativo ad altro argomento, nel quale una discussa lacuna del testo («... et ait uero») potrebbe anche essere integrata, con molta buona volontà, con un « et ut ait Tubero », o con un « et a Q. Tuberone ».

Ora, è vero che l'integrazione di riferimento tuberoniana in *D.I.* 56.7 è avallata dal Peter (*HRR.* 1.311), ma nulla, assolutamente nulla, invita a supporre che Tuberone sia stato altresì la fonte, in un capitolo (il 56) che è un coacervo di svariati ragguagli su Cesare, della notizia relativa al cifrario portata dal paragrafo precedente. Dopo di che, senza insistere oltre in questo cenno critico, mi permetterei di concludere ribadendo il giudizio che il giovane Zecchini sia dotato di molto ingegno, ma esprimendo anche l'avviso che bisogna guardarsi dal prestare troppo liberamente il proprio ingegno alla soluzione dei problemi.

3. TUBERONE E MENENIO AGRIPPA.

1. Nella collana « Wege der Forschung » è stata pubblicata,

* In *Labeo* 26 (1980) 139 s.

col n. 528, una raccolta di articoli su *Ideologie und Herrschaft in der Antike*, a cura, con prefazione, e con bibliografia di H. Kloft (Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1979, p. VI-515). La raccolta è divisa in tre parti, rispettivamente dedicate all'Ellenismo, a Roma repubblicana e a Roma imperiale: tredici articoli in tutto.

Colgo l'occasione per segnalare la ripubblicazione, in questo libro (p. 191 ss.), del saggio di W. Nestle, *Die Fabel des Menenius Agrippa*, già pubblicato in *Klio* 21 (1972) 350 ss. Non che mi voglia occupare *funditus* del buon Menenio e del famoso episodio (cfr. Liv. 2.32, Dion. 6.86, Zonar. 7.14 e, da ultimo, L. Bertelli, *L'apologo di Menenio Agrippa: incunabolo della « Homonoia » a Roma?*, in *Index* 3 [1972] 224 ss.). Voglio solo ricordare che la fonte di Livio e di Dionigi sarebbe, secondo il Nestle ed altri, Q. Elio Tuberone, il giurista allievo di Ofilio (cfr. *Pomp. sing. enchir.* D. 1.2.2.46), di cui si sa che scrisse almeno 14 libri di *Storie*, dei quali, per verità, quasi nulla ci è direttamente pervenuto (cfr. Klebs, sv. *Aelius* n. 156, in *PW.* 1.1 [1894] 537 s.).

La congettura del Nestle è legittima, ma non posso fare a meno di osservare che il degno Tuberone è, per gli storiografi moderni, un po' come un comodo tappabuchi: quando non sanno a chi altro appigliarsi nelle loro « Quellenforschungen », ecco che tirano fuori il Tuberone, e il gioco è fatto. Per esempio, come ho avuto recentemente occasione di segnalare (in *Labeo* 25 [1979] 342 s.), è a Tuberone, come fonte di Dione Cassio, che pensa G. Zecchini nella sua ricerca sulle fonti del racconto dioneo in ordine alla guerra gallica di Cesare (*Z. G., Cassio Dione e la guerra gallica di Cesare* [1978] 193 ss.), ed è ancora a Tuberone che fa richiamo A. Valvo nel chiedersi a chi abbiano attinto Livio e Dionigi quando si sono occupati dell'episodio di Sp. Melio (*Le vicende del 44-43 a.C. nella tradizione di Livio e di Dionigi su Spurio Melio*, in *Contributi Ist. St. An. Univ. Cattolica* 3 [1975] 157 ss., specialm. 179 ss.).

Bene, tutto ciò non è alquanto avventato? A mio parere lo è, sopra tutto quando si scorrono le motivazioni su cui le congetture tuberoniane si basano. L'aggancio di Cassio Dione (nonché di Svetonio e di Aulo Gellio) a Tuberone è basato dallo Zecchini su un passo corrotto e di incertissima lettura di Suet. *D. Iul.* 56.6-7. La derivazione da Tuberone delle caratteristiche di *adfectator regni* conferite da Livio e Dionigi a Spurio Melio è argomentata dal fatto che Melio presenta, nel racconto dei due storiografi, grandi analogie con Cesare e che Tuberone era un anticesariano convinto. Il collegamento dell'episodio di Menenio Agrippa ad un intervento di Tuberone è operato sulla base del fatto

che Tuberone era figlio di Q. Elio Tuberone, *tr. pl.* 129, il quale era stato scolaro di Panezio e amico di Ecatone stoico e può avergli trasmesso in lascito intellettuale l'analogia tra l'organismo umano e lo stato, insomma la concezione dell'*homonoia* professata da Ecatone.

Poco, troppo poco, quasi nulla. Di Tuberone sappiamo con sicurezza che fu figlio di suo padre, che combatté contro Cesare a Farsàlo e che poi si riconciliò con lui, tanto vero che davanti a Cesare dittatore (46 a. C.) portò accusa contro Q. Ligario, difeso peraltro con successo da Cicerone. Può anche darsi che il padre abbia molto influito sulla sua formazione culturale, che il suo riavvicinamento a Cesare non sia stato sincero (e che l'odio per questi sia stato rinfocolato dalla clemenza usata da Cesare nei confronti di Ligario, contro cui Tuberone aveva agito per fatto personale: cfr. *Caes. b.c.* 1.30-31, *Cic. pro Lig.* 7.21 ss., *Quint. inst. or.* 11.1.80, *Pomp. D.* 1.2.2.46), ma è estremamente azzardato sostenere che Tuberone rimase pompeiano, che i suoi annali furono pervasi dall'odio per Cicerone e che l'apologo di Menenio Agrippa fu creato da lui sulla base di insegnamenti paterni. A questo modo è sin troppo facile scrivere libri di storia.

2. Ed anzi, già che ci sono, eccomi qui a proporre (ma, sia ben chiaro, senza affatto crederci) una nuova teoria circa un notissimo passo di Pomponio (*sing. enchir.* D. 1.2.2.46): *Tubero doctissimus quidem habitus est iuris publici et privati et complures utriusque operis libros reliquit: sermone etiam antiquo usus affectavit scribere et ideo parum libri eius grati habentur.*

Di solito viene insegnato che, secondo Pomponio, Tuberone usasse scrivere sempre e solo in linguaggio arcaico (ed è perciò che Mommsen sostituisce l'*etiam* con un *tamen*). Tuttavia, a ben riflettere, è alquanto inverosimile che egli si comportasse tanto scioccamente. Meno assurda è l'ipotesi che Tuberone, nei suoi annali, dovendo di volta in volta ricreare dichiarazioni e discorsi di personaggi antichi, abbia messo in bocca a costoro, anziché parole del proprio tempo, un linguaggio « d'epoca ». Egli scrisse dunque fondamentalmente in lingua del primo secolo avanti Cristo, ma scrisse anche (*etiam*), in lingua dei secoli precedenti, se ed in quanto desse la parola, in discorso diretto, a persone di quei secoli.

Questa teoria (alla quale, ripeto, rinuncio nel momento stesso in cui la formulo) altro non è che lo sviluppo di una congettura del Nestle (p. 202 ss.), secondo il quale Tuberone avrebbe composto il discorso di Menenio Agrippa in lingua arcaica e Livio sarebbe stato, dico io, tanto sciocco da non avvedersene, sí da poter scrivere (2.32.8) « *prisco illo dicendi et horrido modo nihil aliud quam hoc narrasse fertur* ».

QUINTO MUCIO E I « BONI VIRI »

1. — Ad ogni nuovo libro che giunge, si avverte sin dalla lettura del titolo la gradita sensazione che tra le sue pagine si ritroverà qualche testo giuridico romano già conosciuto e magari studiato. Che si fa quando ci viene un vecchio amico nei paraggi? Io mi premuro di andare a visitarlo e ad intrattenermi qualche poco con lui, anche (dirò sinceramente) per vedere di che nuovi panni è vestito ed anche (dirò non meno sinceramente) per accertare se il suo abito nuovo è nuovo veramente o è invece, come talvolta succede, un vestito rivoltato.

Ecco, ad esempio, un recente libro di Astolfi sull'oggetto dei legati¹. Le vecchie conoscenze con cui rinfrescare i rapporti sono molte, ma la prima visita naturalmente sarà per il D. 34.2.33 (Pomp. 4 Q. Muc.) con i suoi noti pasticci in tema di legati di *vestimenta*. Anzi, dato che L. Pomp. 238 lo accomuna, giustamente, a D. 45.1.110.1, egualmente tratto da Pomp. 4 Q. Muc., diamo una scorsa ad ambedue i passi cercando, se possibile, addirittura di unirli in un discorso unico, che era presumibilmente quello originario.

2. — L. 238: (D. 34.2.33) *Inter vestem virilem et vestimenta virilia nihil interest: sed difficultatem facit mens legantis, si et ipse solitus fuerit uti quadam veste, quae [etiam] (tamen) mulieribus conveniens est. itaque ante omnia dicendum est eam legatam esse, de qua senserit testator, non quae re vera aut muliebris aut virilis sit. nam et Quintus [Titius] (Mucius) ait scire se quendam senatorem muliebris cenatoriis uti solitum, qui si legaret muliebrem vestem, non videretur de ea sensisse, qua ipse quasi virili utebatur. (D. 45.1.110.1) (Contra), si stipulatus fuero de te: « vestem tuam quaecumque muliebris est, dare spondes? », magis ad mentem stipulantis, quam ad mentem promittentis id*

* In *Labeo* 16 (1970) 58 ss., col titolo *Sul legato di vesti*. Il n. 4 è stato pubblicato in *Index* 1 (1970) 396 s., col titolo « *Senatores boni viri* ».

¹ ASTOLFI R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano* 2 (Padova 1969) p. XI-379.

referri debet, ut quid in re sit, aestimari debeat, non quid senserit promissor. itaque si solitus fuerit promissor muliebri quadam veste uti, nihilo minus debetur.

Un primo punto da mettere in chiaro è che non sembra vi sia, tra D. 34.2.33 e D. 45.1.110.1, una « disparità di trattamento in sede interpretativa relativamente ai negozi *mortis causa* e *inter vivos* »².

Il trattamento è lo stesso perché l'interprete deve guardare, tanto nel caso del legato quanto in quello della *stipulatio*, alla *mens* (e lasciamo andare qui la questione circa il significato di *mens*) di chi « formula », predispone l'assetto negoziale, quindi alla *mens legantis* nel primo caso e alla *mens stipulantis* nel secondo caso.

Tra il *casus* considerato da Quinto Mucio e quello esposto successivamente una differenza c'è, ma sta nelle parole che si sono pronunciate e perciò nelle conseguenze che se ne debbono trarre riguardo alla *mens legantis* e alla *mens stipulantis*. Nel caso del testatore si suppone che questi abbia legato genericamente le « vesti muliebri » (sí che la sua *mens* sia stata di eccettuare le vesti femminili di cui faceva personalmente uso, quasi fossero maschili). Nel caso della *stipulatio*, lo *stipulator* si è fatto promettere « *vestem tuam, quaecumque muliebris est* »; sí che la sua *mens* (che è quella che conta) è chiaramente intesa ad avere tutte le vesti femminili del *promissor*, e dunque non vanno sottratte alla prestazione le vesti muliebri che il *promissor* fosse stato solito indossare.

3. — Fermiamoci ora su D. 34.2.33 e sulle considerazioni che vi dedica l'Astolfi³.

Secondo questo autore, il testo non starebbe a significare che nel legato di vesti virili vanno incluse anche quelle vesti femminili che il testatore fosse solito indossare, e ciò perché in questo senso è da intendersi la *mens legantis*. No, sostiene l'Astolfi, un legato di vesti maschili si limita di regola ai *vestimenta virilia* e si estende ad altre vesti non tipicamente virili (che siano state solitamente usate dal testatore) solo in quanto si tratti di vesti usate di solito anche dalle donne, cioè, se ben capisco, di *vestimenta communia, quibus promiscue utitur mulier cum viro*⁴.

Non mi pare che sia cosí. Se è vero che Pomponio pone il quesito

² GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano* (1966) 87 ss.

³ *Cit.* 252 ss.

⁴ Cfr. Ulp. D. 34.2.23.2.

in ordine alla *vestis*, « *quae etiam mulieribus conveniens est* », è però anche vero che, in tesi generale (*ante omnia*), egli afferma: *dicendum est eam legatam esse, de qua senserit testator, non quae re vera aut muliebris aut virilis sit*. Che si vuole di più (posto beninteso che il testo sia genuino) per concludere che almeno in questa occasione Pomponio ha ritenuto che in un legato di vesti tipicamente maschili si debbano includere dall'interprete anche vesti tipicamente femminili, se il testatore maschio le usava come sue proprie? È evidente, insomma, che l'*etiam* non va sopravvalutato, oppure va sostituito con un *tamen* (il quale presumibilmente ha ceduto il posto all'*etiam* per errore di copista).

Ma non è solo l'*etiam* che induce l'Astolfi alla sua improbabile interpretazione. Vi è anche l'ultimo periodo (*nam et Quintus rell.*), in cui si parla del « precedente storico » da cui Pomponio avrebbe dedotto la soluzione della fattispecie. Senonché a questo punto l'Astolfi è vittima di un piccolo *lapsus oculi*, in quanto afferma che il senatore di cui parla Quinto Mucio lega (o per meglio dire, si suppone, da Quinto Mucio, che legò) « le vesti maschili ». Invece il legato, come è facile riscontrare, è di vesti femminili (*si legaret muliebrem vestem*)⁵.

Posto in luce ciò, viene meno ogni forza all'argomento per cui Mucio avrebbe eccettuato dal legato i *vestimenta cenatoria muliebria*, che il senatore era solito usare, in quanto che « doveva trattarsi di vestiti femminili che non era del tutto indecoroso fossero usati anche da un uomo », per di più senatore.

4. — Ma un momento. Forse sul parere di Quinto Mucio non si è ancora riflettuto (o malignato) abbastanza. Lo faccio o non lo faccio? Ebbene, prendo il coraggio a due mani. Lo faccio.

« *Senatores boni viri* » dicevano, è noto, i Romani (anche se forse lo facevano solo per passare a dir male del senato). Ma come la mettiamo con quel senatore di cui aveva notizia Quinto Mucio, ch'era solito partecipare alla cena in abiti muliebrici?

Ne parla il citato D. 34.2.33 (Pomp. 4 Q. Muc.), là ove dice (rileggiamolo): « *nam et Quintus [Titius] (Mucius) ait scire se quendam senatorem muliebribus cenatoriis uti solitum, qui si legaret muliebrem vestem, non videretur de ea sensisse, qua ipse quasi virili utebatur* ».

Pomponio ci conferma che in Roma (a prescindere che vi erano capi di vestiario, a così dire, ambisesso) non mancavano, anzi forse ab-

⁵ Cit. 253.

bondavano (*et ipse*) gli uomini cui dava gusto indossare abiti femminili, e in ordine a questa categoria di persone pone il problema, se il legato di vesti virili fatto da uno di loro implichi che debbano spettare al legatario anche i suoi abiti femminili. La risposta (lo abbiamo visto) è che si debba porre mente, anzi tutto, a ciò che il testatore intendeva per veste virile, non a ciò che obbiettivamente sia da qualificare come veste maschile o come veste femminile. Ma ecco far capolino Quinto Mucio con il suo senatore. Un certo senatore, solito ad abbigliarsi da donna per andare a pranzo (e tutti sanno in che potevano tradursi le *cenae* dei ricchi romani), se avesse legato le vesti femminili esistenti nella sua casa, non avrebbe potuto alludere anche alle vesti cenatorie, visto che le indossava di abitudine come vesti sue proprie, cioè a guisa di vesti maschili.

Sul testo nessun romanista ha sinora ancora osservato, mi pare, che qui Quinto Mucio si è lasciato andare ad una piccola insinuazione, condandola sapientemente con una battuta a due sensi. E infatti si badi. Egli non parlava di un caso pratico (non diceva, infatti, che un certo senatore avesse effettivamente legato la veste muliebre) e nemmeno formulava un caso assolutamente ipotetico (non astraeva, infatti, dal riferimento a quel tal senatore). Egli diceva di sapere che vi era, ai suoi tempi, un senatore dalle curiose inclinazioni cenatorie (non ne faceva il nome, ma « chi vuol capire capisca »), e rispetto a quel senatore (non a un *quivis de populo*, e nemmeno a un *quivis de senatu*) formulava poi gratuitamente l'ipotesi (*si legaret*) che legasse gli abiti femminili di sua proprietà. L'allusione malevola è evidente, e sarebbe davvero meritevole di una libera docenza chi si dedicasse, secondo le inclinazioni di certa storiografia di ogni tempo, alla scoperta, nei suoi *tria nomina*, del nobiluomo cui Mucio faceva riferimento.

Ma andiamo avanti, ora c'è il doppio senso. Diceva Mucio: se quel senatore che sappiamo facesse legato delle sue vesti muliebri, è chiaro che egli non potrebbe alludere a quella che solitamente indossava a cena, perché il suo noto comportamento porta a concludere che egli le considerava quasi come vesti maschili. Quasi come vesti maschili perché era maschio, o quasi come vesti maschili perché aveva passato (del resto anche Cesare, dicono) il Rubicone dei sessi?

Se la soluzione di Mucio non fosse strettamente connessa con una impostazione alquanto cattivella, potremmo limitarci ad intendere (come intendeva il buon Pomponio) che un abito sia pur tipicamente muliebre non è ritenuto tale, ma è ritenuto maschile, da chi lo indossi per sua abitudine e sia fisicamente maschio. Ma l'impostazione, lo abbiamo visto, è maliziosa. Quindi è probabile che Mucio, nel dire esplicitamente proprio

questo, abbia voluto implicare che certi individui (e in particolare certi senatori) di sesso ufficiale maschile sono costruiti in modo ambiguo: sí che per essi non è maschile ciò che è veramente maschile né è femminile ciò che è veramente femminile, ma è maschile, o « quasi », il vestito (maschile o femminile che sia) che solitamente portano.

Il che da che altro può dipendere, se non dal fatto che si trattava, per Mucio, di « quasi-maschi » e che, insomma, non tutti i *senatores* erano poi al cento per cento « *boni viri* »?

CICERONE COME E QUANDO

1. — In un precedente articolo, reagendo ad un giudizio altrui che mi era parso eccessivamente brusco, io feci ricorso ai termini piú succinti che mi furono possibili, dichiaratamente astenendomi dal ripetere punto per punto quant'altro avevo precedentemente detto sul piano generale, per esporre i miei « dubbi » (certezze negative no, nessuna) sulla attendibilità che le Dodici tavole abbiano davvero formulate le norme a dir così « pubblicistiche » che talune fonti romane loro attribuiscono¹. La mia valutazione scettica delle fonti che le palingenesi correnti adducono a supporto della *tab.* IX e del n. 5 della *tab.* XII² ha lasciato « perplesso » Bernardo Albanese³: il quale, deliberatamente limitando le sue riflessioni a *tab.* IX.1-2 e X.5, ha coniugato le decise critiche formulate riguardo alle mie ipotesi con la cortesia che è propria della sua misura e della sua civiltà⁴.

* In *Labeo* 36 (1990) 267 ss.

¹ A. GUARINO, *Il dubbio contenuto pubblicistico delle XII tavole*, in *Labeo* 34 (1988) 323 ss. Va da sé che il termine « pubblicistico », sopra tutto se applicato al periodo arcaico, è un termine approssimativo, non meno di quanto lo sia il termine « privatistico ». Il mio riferimento era alle norme spiccatamente relative alla struttura costituzionale dello stato ed alla repressione da parte dello stesso dei così detti « crimina », cioè di quelli che oggi si chiamano usualmente « reati ».

² FIRA. 1² (1941) 64 s., 73. Su questa palingenesi e sui dubbi che essa suscita rimando a: M. LAURIA, *Ius Romanum* 1.1 (1963) 19 ss. V. anche *infra* nt. 65.

³ B. ALBANESE, « Privilegia », « *maximus comitiatus* », « *iussum populi* » (*XII tab.* 9.1-2, 12.5), in *Labeo* 36 (1990) 19 ss.

⁴ Non direi tuttavia con l'ALBANESE (nt. 3) 19 che i punti relativi a *XII tab.* IX.1-2 e XII.5 siano « i soli, del resto, trattati dal Guarino in modo approfondito ». Alle fonti di *tab.* IX.3-5, molto ridotte e vaghe, ho dedicato le p. 333-335, dicendo, nel modo breve (ma non perciò necessariamente superficiale) in cui ho di solito il vezzo di esprimermi, tutto ciò che, almeno a mio parere, vi era la possibilità di dire. Colgo comunque l'occasione per ribadire la mia personale impressione che la *proditio* fosse una delle tante specie dell'antichissima e predecemvirale *perduellio* (da intendersi come attività contraria [« per »] al « *duellum* », cioè al « *bellum* », quindi all'*imperium* regio prima e a quello pretorio poi) e che, pertanto, la sua

Dato che giusto in questi tempi ho avuto occasione di procedere ad una nuova edizione, profondamente rielaborata, della mia « storia » del diritto romano⁵ e altresì del volume relativo all'« ordinamento giuridico » di Roma⁶, dei rilievi critici dell'Albanese ho tenuto ovviamente adeguato conto, sia pure per accettarli solo parzialmente, in quei due volumi, alla lettura dei quali rimando il lettore. Tuttavia l'Albanese è l'Albanese. La grande fiducia che egli mostra nella piena o semipiena attendibilità non solo di Livio, ma anche e sopra tutto di Cicerone in materia di diritto mi ha indotto, come dire⁷, a farmi un esame di coscienza ed a chiedermi, in particolare, se non sono stato troppo malevolo, come l'Albanese ha l'aria di ritenere, nei confronti dell'autorevole Cicerone.

Ecco perché in questa mia nota, lasciando da parte Livio (di cui peraltro mi sembra che i più accreditati studiosi condividano tuttora il giudizio del Mommsen, secondo il quale il patavino non ha scritto « un libro di storia nel senso proprio della parola »)⁷, cercherò di riesaminare meglio, con particolare riferimento al presunto testo di *XII tab. IX.1-2*, la questione della credibilità del facondo cavaliere di Arpino⁸. Il quale però, mi duole di doverlo ribadire, deve essere preso, sotto specie di fonte di cognizione del diritto pubblico e privato romano⁹, come un per-

attribuzione alle *XII tabulae* da parte di Marcian. 14 *inst. D.* 48.4.3 sia arbitraria: contro questa tesi, adombrata in GUARINO (nt. 5) n. 42, v. da ultimo (con sole referenze di bibliografia) D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare* (1989) 14.

⁵ A. GUARINO, *Storia del diritto romano*⁸ (1990).

⁶ A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵ (1990).

⁷ T. MOMMSEN, *Römische Forschungen* 1 (1864) 289 s. Sul punto, da ultimo: G. A. SECK, *Livius: Schriftsteller oder Historiker?*, in *Fs. Burck* (1983) 81 ss. Ivi altre citazioni.

⁸ Mi astengo deliberatamente dall'impresa di citare tutta la vastissima bibliografia che potrei citare. Farò eccezione per due generosi 'difensori' di Cicerone: E. CIACERI, *Cicerone e i suoi tempi*² (1941); K. KUMANIECKI, *Cicerone e la crisi della repubblica romana* (tr. it. 1972). Per quanto specificamente attiene alla storia letteraria, ricordo una volta per tutte il vecchio ma sempre valido M. SCHANZ, C. HOSTIUS, *Geschichte der römischen Literatur* 1⁴ (1927, rist. 1966) 400 ss.

⁹ Cicerone stesso, del resto, nei suoi momenti migliori non disconosceva di essere informato piuttosto incompletamente e disordinatamente della complessa materia. Comunque, un uomo capace di dire, sia pure a titolo di battuta, qualcosa come « datemi tre giorni di tempo e mi trasformo in un rifinito giureconsulto » (cfr. *pro Mur.* 13.28, 63 a.C.) davvero della professione giuridica aveva un'idea piuttosto riduttiva. Sul punto F. BONA, *L'ideale retorico ciceroniano ed il « ius civile in artem redigere »*, in *SDHI.* 46 (1980) 378, cui la benevolenza nei riguardi di Cicerone non impedisce di affermare che, quando qualche anno dopo (55 a.C., *de orat.*

sonaggio fortemente condizionato dalle varianti contingenze politiche in cui si trovò ad operare, dagli scopi diversi e talvolta insinceri per cui di volta in volta parlò e scrisse, dalla cultura non sempre profonda e accurata di cui si nutrì, dalla fretta con cui troppo spesso si pose a redigere i suoi scritti, dalla esaltazione polemica che non di rado lo trasfigurò¹⁰, dal sempre più tronfio compiacimento che ebbe in vita di se stesso¹¹: deve essere insomma, io ritengo, sempre attentamente « relativizzato », cioè cautamente rapportato alle misure cangianti di un « Cicerone come e quando ».

2. — Per quanto specificamente attiene al problema della conoscenza delle Dodici tavole da parte di Cicerone, mi si consenta di confermare quello che tutti sanno, e cioè che ai tempi di lui e, prima ancora, ai tempi degli annalisti del secondo e primo secolo avanti Cristo da cui dipende Tito Livio, il « testo » delle XII tavole non era conosciuto più di quanto lo fosse, che so, il testo dei presunti *commentaria* di Servio Tullio¹². Le versioni che se ne avevano a quei tempi, come tutti del resto ammettevano, erano variamente ringiovanite e corrotte¹³: alcune più sicure ed altre meno, alcune correnti sulla bocca di tutti (o meglio, di tutti i pochi Romani sufficientemente acculturati) ed altre meno diffuse, se non addirittura tanto vaghe da essere a molti del tutto sconosciute (o conosciute per sentori approssimativi e diversi). Perciò, quando Cicerone dichiarava nel *de legibus* che lui e i Romani di buona famiglia da fan-

1.45.199) Cicerone si ripromise di dedicarsi alla nobile *interpretatio iuris* nella vecchiaia, « anche in questo disegno peccava di presunzione ».

¹⁰ Duro, ma sostanzialmente esatto il giudizio che di Cicerone ha dato T. MOMMSEN, *Storia di Roma antica* (tr. ital.² 1963), definendolo una « banderuola politica » (2.760) e denunciando in lui « una natura di gazzettiere nel peggior senso dell'espressione », per il quale « non v'era ramo in cui, col sussidio di pochi libri, traducendo o compilando, non fosse in grado di raffazzonare uno scritto leggibile » (2.1274 ss.).

¹¹ Basti la citazione della lettera inviata nel luglio del 46 a.C. a L. Papirio Peto (*Jam.* 9.18.1), in cui Cicerone, nell'attesa di entrare nelle piene grazie di Cesare (cui ha inviato per salutarlo i suoi amici « cesariani » Dolabella e Irzio), lo ringrazia di avere espresso approvazione per il fatto che egli, standosene a Tuscolo, voglia imitare il tiranno Dionigi, che aprì in esilio una scuola: ... *sic ego, sublatis iudiciis, amisso regno forensi, ludum quasi habere coeperim*.

¹² Sui favolosi commentari di Servio in vigore all'atto della fine della monarchia, cfr. Liv. 1.60.4. Sul tema: A. GUARINO, *La rivoluzione della plebe* (1975) spec. 305 ss.

¹³ Sul punto, per tutti: S. BOSCHERINI, *La lingua delle XII Tavole*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale* (1988) 45 ss.

ciulli mandavano a memoria le Dodici tavole¹⁴, non è che prorompesse in « una falsità » smaccata, in una falsità tale da non potersi « giudicare a cuor leggero »: egli si abbandonava, a mio avviso, con la sua consueta ridondanza di stile, a un 'topos' abbastanza comune (e a me personalmente, non so se anche all'Albanese, non estraneo), quello dell'anziano che loda i « *tempora acta* » in cui si studiava di più. Ad ogni modo, sapeva bene, Cicerone, che, sopra tutto citando una legge decemvirale meno nota in giro, non vi era molto da temere che « sarebbero stati numerosi i lettori che avrebbero squalificato l'autore del (presunto) falso »¹⁵: primo, perché (era proprio lui a deplorarlo) ormai (ai tempi del *de legibus*) le Dodici tavole « più nessuno le studia(va) »¹⁶; secondo, perché un testo completo e certo del codice decemvirale (un testo paragonabile, per esempio, a quello del decalogo o del « catechismo » romano) nel secolo di Cicerone molto probabilmente non esisteva affatto.

Che poi, limitandoci sempre a Cicerone, l'aver quasi dato come sicure, in una fase fortemente polemica della sua vita¹⁷, due disposizioni delle *XII tabulae* che nessuno, o quasi, conosceva alla lettera (ma che, si badi, si adattavano assai bene, come anche oggi si adattano, all'« *intima philosophia* » della gente di rispettabile livello morale)¹⁸, sarà pur stato (a dirla con parole davvero un po' grosse) « un procedimento sfacciato e disonesto »¹⁹. Risponde perfettamente, peraltro, alla natura di chi (a tacer d'altro), proprio in quegli anni della sua polemica con Clodio (precisamente, nel 56 a. C.), si rivolgeva allo storico L. Luceio, pregandolo senza mezzi termini di parlare in lode delle sue gesta anche al di là della loro reale dimensione ed anche a costo di non obbedire alle esigenze elementari di imparzialità della storiografia²⁰; e in più, scrivendo in

¹⁴ Cic. *de leg.* 2.23.59 (rivolgendosi ad Attico e citando un versetto delle XII tavole copiato, a suo dire, dalla legislazione di Solone): *Nostis quae sequuntur, discebantur enim pueri XII ut carmen necessarium (rell.)*.

¹⁵ ALBANESE (nt. 3) 23.

¹⁶ Il seguito del passo trascritto *retro* (nt. 14) è: *quas iam nemo discit*.

¹⁷ V. *infra* n. 3.

¹⁸ Cic. *de leg.* 1.5.17 (con parole poste in bocca ad Attico ed a lui rivolte): *Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas*.

¹⁹ ALBANESE (nt. 3) 21.

²⁰ Cic. *ad fam.* 5.12.2-3 (con riferimento alla storia degli anni 90-81 scritta da Luceio): *... itaque te plane etiam atque rogo ut et ornas ea vehementius etiam quam fortasse sentis, et in eo leges historiae negligas gratiamque illam, de qua suavissime quodam in prooemio scripsisti, ... eam, si me tibi vehementius commen-*

pari tempo ad Attico, diceva soddisfatto di questa sua lettera « *valde bella est* »²¹.

Chiarito che dubitare del contenuto pubblicistico delle Dodici tavole è lecito e che diffidare della veridicità di Cicerone non è davvero ai limiti del diffamatorio (o, in alternativa, dell'eccentrico), guardiamo ora più da vicino al caso specifico di *XII tab.* IX.1-2 e delle varie affermazioni con cui Cicerone, e lui solo, ne asserisce l'esistenza in taluni suoi scritti e pare riportarne nel *de legibus* addirittura la formula²². In ordine a questo argomento sento l'ardire di affermare, avendovi ulteriormente riflettuto, che i miei dubbi rimangono intatti, se addirittura (sempre restando beninteso allo stato di dubbi) non sono divenuti sotto qualche profilo più forti.

Le considerazioni che ritengo di dover brevemente aggiungere a quanto già detto nella mia nota precedente attengono ai seguenti tre punti: *a*) la particolarissima fase della sua vita in cui Cicerone si è espresso animosamente ed infondatamente al riguardo; *b*) la scarsissima credibilità della pretesa disposizione decemvirale sui *privilegia*; *c*) la inverosimiglianza di una norma delle Dodici tavole sulla *provocatio ad populum* e, in ogni caso, la superficialità, per non dire la leggerezza, con cui si è proceduto dalla dottrina moderna a dedurre dal *de legibus* addirittura il « testo » di *XII tab.* IX.1-2.

3. — Per quanto concerne la particolarissima fase della sua vita in cui Cicerone esplose nella ripetuta affermazione che le Dodici tavole por-

dabit, ne aspernere amorique nostro plusculum etiam quam concedet veritas largiare (rell.). Imbarazzate le parole a difesa di questa notissima lettera che si leggono in KUMANIECKI (nt. 8) 324, il quale comunque non può fare a meno di ammettere che « probabilmente le parole di Cicerone dovettero già da allora offendere il sentimento di discrezione delle persone più sensibili ». Si ricordi altresì che lo stesso Cicerone scriverà austeramente nel 55 (*de orat.* 2.15.62): ... *nam quis nescit primam esse historiae legem, ne quid falsi dicere audeat? deinde ne quid veri non audeat? ne qua suspicio gratiae sit in scribendo?*

²¹ Cic. *ad Att.* 4.6.4.

²² Faccio grazia al lettore delle forti insinuazioni sollevate in passato da noti filologi contro l'autenticità stessa delle orazioni clodiane (*ad senatum, de domo, de haruspicum responso*): per le quali v. SCHANZ-HOSIUS (nt. 8) 427 ss. Questi sospetti sono stati giustamente respinti dalla critica moderna come eccessivi, e quindi inaccoglibili, ma valgono tuttora a porre in luce, in molti punti particolari, il compiacimento e la disinvoltura con cui le orazioni clodiane furono messe per iscritto e fortemente interpolate, con affermazioni non sempre congruenti tra loro, dallo stesso Cicerone « *ex post* ».

tavano la disposizione contro i *privilegia* e quella *de capite civis*, non posso non ripetere e sottolineare che essa va (guarda caso) dal 57 al 52 a. C. Essa cioè si iscrive in un momento storico nel quale Cicerone, venuto finalmente meno il disfavore di Cesare²³, esulta per il suo trionfale ritorno dall'esilio²⁴; sfrutta come maggiormente può il vantaggio (non ancora definitivo, si badi) acquistato contro l'acerrimo rivale Clodio²⁵; ed, essendo più tardi il tenacissimo Clodio ancor vivo (e comunque, nell'anno o poco più dopo la morte, ancor fresco nel ricordo dei suoi seguaci)²⁶, non omette, ad ogni buon conto, di esaltare i due pretesi principî decemvirali (principî, d'altronde, lo ripeto, moralmente più che giusti)²⁷ nel *de republica* e nel *de legibus*, opere scritte l'una prima della

²³ Fu essenzialmente a causa del disfavore di Cesare (e in più dell'ambiguo contegno di Pompeo e di altri), che Clodio poté spuntarla sia con la *lex Clodia de capite civis Romani* (la cui *suasio* fu pronunciata in una *contio* indetta *extra pomerium*, nel circo Flaminio, per permettere a Cesare, ch'era *imperator* di truppe, auto-revolmente di parteciparvi: Plut. *Cic.* 30), sia con la successiva *lex Clodia de exsilio Ciceronis* promossa da un suo omonimo liberto. Il tribuno Ninnio Quadrato, che era uno dei pochi amici rimasti a Cicerone, non riuscì, in quel clima di umiliata democrazia, a opporre l'*intercessio*: il massimo che poté fare fu (se pure è vero) di indurre il senato a indossare abiti di lutto (cfr. *Cic. pro Sestio* 11.26). Su tutto il complesso affare della *lex Clodia* v., da ultimo: Ph. MOREAU, *La «lex Clodia» sur le bannissement de Cicéron*, in *ATH.* 65 (1987) 465 ss. Sulle vicende dell'anno dell'esilio (58-57 a. C.) v., per tutti: KUMANIECKI (nt. 8) 287 ss.

²⁴ KUMANIECKI (nt. 8) 299 s., 301 ss.

²⁵ È appena il caso di ricordare che Clodio, tornato Cicerone a Roma, non incassò con inerzia la sconfitta, ma tentò di rivalersi sin dai primi giorni in vari modi; poi, conseguita l'edilità nel 56, promosse accuse criminali contro Calpurnio Bestia e sopra tutto contro Publio Sestio (sostenitore di Cicerone, quest'ultimo, con mezzi violenti e non precisamente apprezzabili); infine ricorse alle beghe politiche ed ai tumulti di piazza, sino a quando si candidò alla pretura del 52 e fu ucciso in questa occasione da Milone.

²⁶ La morte di Clodio seguì il 18 gennaio del 52 a. C. e dette luogo, per reazione, all'incendio della sede del senato da parte dei suoi clienti. Sui problemi di datazione del *de legibus* (e dei rimaneggiamenti apportati dall'autore all'opera), v., per tutti: E. RAWSON, *The interpretation of Cicero's «De legibus»*, in *ANRW.* 14 (1973) 335 ss.

²⁷ V. *retro* nt. 18. Sia detto «*ad abundantiam*» che, oltre ad essere palesemente apprezzabili dalle persone oneste, l'uno e l'altro principio erano stati già ampiamente propagandati in sede politica dai consoli (ma senza appellarsi alle *XII tabulae*) Cornelio Lentulo Sfintere e Metello Nepote a sostegno della legge di richiamo di Cicerone in patria.

morte di Clodio e l'altra in parte dopo, ma prima della partenza per il governatorato in Cilicia (51 a. C.)²⁸.

Ora, sorvolando per brevità sui cenni piuttosto confusionari contenuti nel *de republica*²⁹ e rinviando a fra poco il discorso sui brani del *de legibus*, fermiamoci sulle affermazioni operate da Cicerone « a caldo », poco dopo il rientro a Roma, nelle orazioni *de domo* e *pro Sestio*³⁰. La

²⁸ Non riterrei molto valida l'obbiezione dell'ALBANESE (nt. 3) 24, il quale segnala che il richiamo alle due leggi decemvirali manca nelle due orazioni *post reditum*, nella *pro Milone* e nell'invettiva contro Clodio pronunciata anni dopo da Cicerone nei *Paradoxa stoicorum*. Se mai, queste omissioni provano il contrario di quanto sostiene l'Albanese, provano cioè che Cicerone di carte assolutamente sicure in mano non ne aveva. Ma, per quanto sia vero che io nutra « l'idea di una tenace fissazione di Cicerone nel suo odio contro Clodio », non è che io giunga anche lontanamente a paragonarlo all'unico barbaro e monomaniaco che, a mia conoscenza, usasse ripetere in ogni suo discorso tutti (e senza eccezioni) gli argomenti di rimostranza e di accusa messi a frutto nei discorsi precedenti, prima di aggiungervene eventualmente di nuovi: voglio dire Adolf Hitler. Quanto ai motivi specifici di prudenza che indussero Cicerone a non attaccare troppo violentemente Clodio nelle sue orazioni pronunciate subito *post reditum*, v. per tutti: KUMANIECKI (nt. 8) 302 s.

²⁹ I cenni del *de republica* si leggono, se non erro, in 2.31.53-54 e in 2.36.61. Non si fa menzione dei *privilegia*, ma solo della *provocatio ad populum*: istituto che sarebbe stato introdotto da una *lex Valeria Poplicolae*, ma forse già prima da re, per le sole ipotesi di condanna a morte e di *verberatio* (cfr. 2.31.53-54); istituto che le XII tavole avrebbero esteso con molteplici disposizioni (?) ad ogni e qualsiasi giudizio criminale (cfr. 2.31.54: *... itemque ab omni iudicio poenaque licere iudicant XII tabulae compluribus legibus*); istituto dalla cui sopportazione sarebbero stati esentati i soli *decemviri* (*eod.*); istituto confermato dalla *lex Valeria Horatia* successiva al decemvirato (*eod.*); istituto che il decemviro C. Giulio, malgrado la esenzione di cui godeva, lodevolmente avrebbe preteso che fosse fatto egualmente valere nei suoi confronti (cfr. 2.36.61: *... quo se legem illam praeclaram neglecturum negaret, quae de capite civis Romani nisi comitiis centuriatis statui vetaret*). In tutto questo racconto il riferimento alle pretese *leges de provocatione* « a tutto campo » contenute nel testo decemvirale è, quanto meno, singolare e manca del confronto di ogni altra testimonianza: il che, riterrei, non conforta la fiducia, peraltro più limitata di quella nutrita per i passi della *de domo* e della *pro Sestio*, che l'ALBANESE (nt. 3) 23 s. ripone nel nostro brano.

³⁰ La *de domo sua ad pontifices* fu pronunciata il 30 settembre 57 per ottenere la soluzione di una questione sacrale ben precisa, che aveva assai poco a che vedere con i *privilegia* e la norma *de capite civis* e che i pontefici risolsero in questi termini (*ad Att.* 4.2.2.3): « *si neque populi iussu neque plebis scitu, is qui se dedicasse diceret, nominatim ei rei praefectus esset, neque populi iussu aut plebis scitu id facere iussus esset, videri posse sine religione eam partem areae mihi restitui* ». Quanto alla *pro Sestio*, essa fu pronunciata davanti a una *quaestio de vi* (su accusa *ex lege Plautia* di M. Tullio Albinovano, amico di Clodio) nel marzo del 56.

incredulità dell'Albanese per quello che egli chiama crudamente il « trucco di una citazione inventata », l'azzardo che lo stesso Albanese vede nel fatto di « appoggiare la propria tesi su testi inesistenti » e via dicendo, già son cose, direi, piuttosto attenuate dall'ammissione che si possa « discorrere circa un eventuale errore di Cicerone (anzi della tradizione cui egli si richiama) », che è quanto dire in parte ciò che io stesso ho affermato poco fa in ordine alla indiscutibile apprezzabilità della sua tesi sul piano morale. La sfacciataggine e l'azzardo delle citazioni fatte da Cicerone alla leggera sono, comunque (ed aggiungo sinceramente: purtroppo), largamente confortati dalla prassi delle più o meno accorte manipolazioni della verità con cui un uomo politico o un avvocato, specie se direttamente o indirettamente interessato di persona alla causa che sostiene, ha sempre, da che mondo è mondo, operato.

Non credo quindi che, di fronte alle affermazioni della *de domo* (affermazioni anche per altri versi inficcate da mende giuridiche)³¹ « i pontefici avrebbero immediatamente scoperto un siffatto inganno con conseguenze disastrose, sul piano morale, per l'oratore ». Non solo i pontefici non erano deputati a fare un esame di diritto romano a Cicerone, ma erano tenuti a cogliere se al fondo di tutte le sue concitate parole e delle sue molte e colorite divagazioni (tra cui quella sulle *XII tabulae*) vi fosse o meno una ragione di giustizia, ma ciò che conta, e che lo storico (gli piaccia o non gli piaccia) non può fare a meno di ignorare, è che i *pontifices* del 57 a. C. (anno cruciale della « crisi » della *respublica*) li conosciamo uno per uno³². Essi non erano davvero i sapienti e imparziali pontefici del buon tempo antico, ma erano personaggi politici non tutti di primissimo piano e tutti (o quasi) influenzati dal vento fatto girare a favore di Cicerone da quel potente Eolo (pur se in quel momento lontano materialmente da Roma), che era il *pontifex maximus* Giulio Cesare³³.

³¹ Non è questo il luogo per passare al setaccio giuridico la celebre orazione. Per rendersi conto dell'improntitudine con cui Cicerone parlava di diritto anche di fronte ai pontefici (ed anche in ordine a temi di stretta competenza pontificia), basta leggere la verbosa divagazione dedicata alla *transitio ad plebem* effettuata da Clodio per effetto dell'adozione da parte di un suo compare plebeo: *de dom.* 13.34-35 e 14.36-38. V. in proposito: A. GUARINO, *Novissima de patrum auctoritate*, in *BIDR.* 90 (1988, ma 1990) n. 2 *passim*.

³² La lista si deduce da *Cic. de har. resp.* 12: cfr. T. R. S. BROUGHTON, *The magistrates of the Roman Republic* 2 (1968) 205 s. Sui singoli personaggi: L. ROSS TAYLOR, *Caesar's colleagues in the pontifical college*, in *AJP.* 63 (1942) 385 ss.

³³ Comunque, il « *thema decidendum* » non aveva nulla a che fare con le asserite

Quanto poi all'orazione *pro Sestio*, l'*accusatio* « *de vi* » riguardava Sestio, non direttamente Cicerone, sicché tutte le verbose digressioni di Cicerone in ordine ai fatti propri non mettevano Sestio a rischio di essere condannato, tanto più che il carico di contestare sul piano tecnico i punti dell'accusa era stato preso sulle proprie spalle da Crasso e da Calvo, mentre Cicerone ed Ortensio si erano assunto « *ad adiuvandum* » il compito di sviluppare, a maggior convincimento di una giuria non tutta composta da esperti in diritto, argomentazioni essenzialmente politiche³⁴. Proprio perché « dietro gli accusatori di Sestio . . . stava Clodio », Cicerone si esaltò al calor bianco nel coprire di male parole di ogni sorta e di volgarità di ogni tipo il suo nemico e nel giustificare in tutti i possibili modi, anche a costo di distorcere la verità, se stesso. Da esperto avvocato qual'era, egli sapeva bene di poter largamente sfruttare, con poca tema di essere citato in giudizio per diffamazione (e tanto meno, a dir così, per *ignorantia iuris*), il carattere defensionale della sua orazione³⁵.

Sempre a proposito delle due orazioni ciceroniane di cui sopra, resta ancora un equivoco da dissipare. L'Albanese giustamente sottolinea la natura « forte », cioè particolarmente impegnativa, delle « esplicite dichiarazioni pubbliche » formulate a proposito delle Dodici tavole nella *de domo* e nella *pro Sestio*³⁶. Possibile che Cicerone si sia espresso in questi termini così incisivi senza essere perfettamente sicuro del fatto suo? Ebbene, rispondo, perché no? A parte quanto ho rilevato dianzi in ordine al suo particolare temperamento e alle abitudini correnti ieri ed oggi tra uomini politici e avvocati, nulla ci dice che il nostro si sia espresso a parole, *coram pontificibus*, nello stesso categorico modo in cui lo vediamo esprimersi nel testo scritto delle due orazioni. Anzi è probabile che egli abbia parlato (come di consueto) « a braccio », pur valendosi (come gli era anche usuale) di una forte preparazione basata su quell'ele-

norme decemvirali: si trattava infatti di decidere se alla consacrazione del terreno su cui sorgeva la casa di Cicerone fosse necessaria (e vi fosse stata) un'apposita legge di autorizzazione. V. *retro* nt. 30.

³⁴ Gli *advocati* a difesa non esponevano con le loro arringhe ad alcun pericolo, almeno sul piano giuridico, i propri clienti. Diversa era la situazione dei *patroni* di accusa, da una cui impostazione argomentativa mal fatta poteva dipendere, oltre l'assoluzione dell'imputato, anche la incriminabilità dell'*accusator* per *calumnia*.

³⁵ Sulla copertura offerta agli autori di diffamazioni verbali dalle « *legitimae disceptationes* » v.: A. D. MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano* 1 (1979) 149 ss.

³⁶ ALBANESE (nt. 3) 21.

mento indispensabile dell'arte oratoria che i retori chiamavano della « *memoria* »³⁷.

Solo al giorno d'oggi e solo nei moderni parlamenti o in molti comizi (non ancora, per fortuna, nelle aule giudiziarie), si vedono gli uomini politici seguirsi l'un l'altro ai microfoni, leggendo (quasi tutti) squallidamente un certo numero di cartelle scritte (da loro stessi o da altri) in precedenza. Nell'agone politico e giudiziario antico (come pure nei dibattimenti giudiziari moderni) era ben diverso: l'arringa bisognava anche « porgerla », sia col gesto e sia col tono della voce, adattandola all'uditorio ed al passaggio che si pronunciava³⁸. Cicerone, da quel grande oratore che era, le sue orazioni, pur preparando con particolarissima cura almeno quella *de domo*³⁹, sicuramente non le lesse: solo dopo averle pronunciate a voce egli le tradusse, sulla base dei suoi appunti e dei suoi ricordi, in iscritto. Occasione di cui comprensibilmente approfittò per renderle di fronte ai futuri lettori piú elaborate, piú efficaci ed anche piú libere da quelle preoccupazioni contingenti (per me, comunque, piuttosto improbabili) che avessero potuto, nel momento dell'*actio*, trattenerlo dal dire tutto ciò che aveva in mente.

4. — Per quanto concerne la scarsissima credibilità della disposizione decemvirale sui *privilegia* (disposizione della quale Cicerone parla, oltre che nel *de legibus*, anche nell'orazione *de domo*, quivi attribuendola non solo alle *XII tabulae*, ma anche, per buona misura, alle *leges sacratae*)⁴⁰, è davvero sorprendente, a mio avviso, che la « *communis*

³⁷ Cfr. Quintil. *inst. or.* 11.2.1: ... *neque immerito thesaurus hic eloquentiae dicitur.*

³⁸ Cfr. Cic. *de orat.* 1.28.128: *In oratore autem... vox tragoedorum, gestus paene summorum actorum est requirendus.*

³⁹ Cfr. Cic. *ad Att.* 4.2.2: ... *acta res est accurate a nobis et, si umquam in dicendo fuimus aliquid, aut etiam si numquam alias fuimus, tum profecto dolor rei que magnitudo vim quandam nobis dicendi dedit. itaque oratio iuventuti nostrae deberi non potest; quam tibi, etiam si non desideras, tamen mittam cito.* In questa lettera dell'ottobre 57 traspare chiaramente che il testo scritto dell'orazione, a così pochi giorni di distanza dalla sua pronunzia, non era ancora pronto (né vorrà darsi eccessivo credito, spero, alla promessa dell'invio « *cito* » fatta da Cicerone). V. anche *retro* nt. 21.

⁴⁰ Cic. *de domo* 17.43: ... *vetant leges sacratae, vetant XII tabulae leges privatis hominibus inrogari: id est enim privilegium. nemo umquam tulit (rell.).* Per Cic. *pro Sest.* 30.65, v. *infra* nt. 55. Si noti il « *nemo umquam tulit* » di Cicerone: esso è, come passeremo a vedere subito appresso, una ennesima riprova della disinvoltura di Cicerone nel suo discorso davanti ai pontefici.

opinio », affascinata dalle pseudo-certezze del roboante arpinate, non si renda conto di tre cose.

Eccole, le tre cose. Primo: l'elenco delle leggi romane a noi note⁴¹ presenta in tutti i tempi, ben anteriormente alla *lex Clodia de exsilio Ciceronis* del 58 a. C., casi da tutti tranquillamente accettati di leggi e plebisciti « *ad personam* », sia in favore che contro, come, ad esempio, la *lex Carvilia de exsilio M. Postumii Pyrgensis* del 212⁴², la *lex de P. Aebutio et de Hispala Faecennia* del 186⁴³, la *lex de P. Cornelio Scipione lege solvendo* del 147⁴⁴, la *lex Furia Atilia de C. Hostilio Mancino Numantinis dedendo* del 136⁴⁵, la *lex Sempronia (T. Gracchi) de magistratu M. Octavio abrogando* del 133⁴⁶, la *lex Sempronia (C. Gracchi) de quaestione in Popilium Laenatem* del 123⁴⁷ (e qui volutamente, sul limitare della crisi della *libera respublica*, mi fermo). Secondo: il ritorno di Cicerone a Roma fu deliberato proprio mediante un *privilegium*, del quale Cicerone non si dolse affatto, e cioè mediante la *lex Cornelia Caecilia de revocando Cicerone* del 57⁴⁸. Terzo: durante l'anno di esilio, lo stesso Cicerone non solo seguì attivamente gli sforzi dei suoi amici per procurargli con varie *rogationes* il rientro in città⁴⁹, ma discusse pacatamente con Attico se gli convenisse o meno ottenere un provvedimento legislativo di favore, che egli chiamò senza tante ambagi per quel che era, cioè per « *privilegium* »⁵⁰.

⁴¹ G. ROTONDI, « *Leges publicae populi Romani* » (1942, rist. 1962) 180 ss., cui mi riferirò per brevità nelle note seguenti. La mia scelta, che include privilegi *pro* e privilegi *contra*, si limita ai casi più vistosi.

⁴² ROTONDI (nt. 41) 255.

⁴³ ROTONDI (nt. 41) 276. Su questo plebiscito, che concesse eccezionali favori ai due delatori delle orge dette dei Bacchanali, v. da ultimo: J.-M. FAILLER, « *Bacchanalia* ». *La répression de 186 av. J.-C. à Rome et in Italie* (1988) *passim*.

⁴⁴ ROTONDI (nt. 41) 293.

⁴⁵ ROTONDI (nt. 41) 297 s. Le fonti relative sono principalmente ciceroniane.

⁴⁶ ROTONDI (nt. 41) 301. Cfr. particolarmente Cic. *de leg.* 3.10.24, che non si accorge nemmeno lontanamente di entrare in contraddizione con quanto dirà in *de leg.* 3.19.44.

⁴⁷ ROTONDI (nt. 41) 309.

⁴⁸ ROTONDI (nt. 41) 403, con indicazione dei numerosi testi ciceroniani in cui questa legge centuriata viene portata alle stelle. V. anche *infra* nt. 52.

⁴⁹ Sulle varie *rogationes de revocando Cicerone*: ROTONDI (nt. 58) 400 ss.

⁵⁰ Cfr. Cic. *ad Att.* 3.15.5 (da Tessalonica, 17 agosto 58 a. C.): *Quod te cum Culleone scribis de privilegio locutum, est aliquid, sed multo est melius abrogari, si enim nemo impedit, quid est firmitus; sin erit (tribunus), qui ferri non sinat, idem senatus consulto intercedet, nec quicquam aliud opus est quam abrogari. nam*

Non è in alcun modo contestabile (lo dico ancora una volta a scanso di equivoci) che le « leggi-fotografia », o come altrimenti si voglia denominarle, sono da riprovarsi severamente (non meno, diciamo del rubare o del desiderare la donna d'altri) da ogni uomo onesto e perbene (specialmente se non sono in giuoco i suoi personali interessi). Nemmeno è seriamente contestabile (aggiungo, a scanso di equivoci, anche questo) che l'orrore per i privilegi dovette essere anche ai tempi di Cicerone un luogo comune diffusissimo tra i così detti « benpensanti », di cui il nostro era tra i più virtuosi esponenti. Tuttavia i fatti concreti dimostrano più che a sufficienza che il principio di condanna dei *privilegia* difficilmente trovò alloggio nel testo decemvirale e altrettanto (se non più) difficilmente fu, come pensa in subordinata l'Albanese⁵¹, il frutto di una tradizione post-decemvirale mantenutasi valida, attraverso le vicende della crisi repubblicana, sino a Cicerone⁵².

5. — Per quanto, infine, concerne la inverosimiglianza della norma decemvirale sulla *provocatio ad populum* spettante ai cittadini e la leggerezza con cui si è proceduto in dottrina alla ricostruzione di *XII tab.* IX.1-2, evito qui di spendere parole in ordine al convincimento mio ed altrui (pur se da alcuni avversato) secondo cui la prima *lex de provo-*

prior lex nos nihil laedebat. (rell.). Diversamente da M. GELZER, in *RE.* 7.A1.920, io interpreterei così: il tribuno Q. Terenzio Culleone ha esposto ad Attico il progetto di proporre un *privilegium* per il ritorno di Cicerone (ciò che appunto faranno i consoli del 57), ma Cicerone obietta che vi sarà certamente qualche altro tribuno, suo nemico personale, che si opporrà: meglio, a suo parere, scegliere la via dell'abrogazione della *prior lex* (cioè della *lex Clodia de capite civis Romani*, antecedente a quella *de exsilio Ciceronis*), perché questa non ha riguardato lui esclusivamente. Questa interpretazione è confermata dal seguito del passo, che qui ometto di riprodurre, nel quale Cicerone si pente di essere rimasto troppo facilmente intimidito dai pericoli per lui rappresentati dalla proposta di quella *prior lex*. In proposito v. anche J. BLEICKEN, « *Lex publica* » (1975) 207 e nt. 61.

⁵¹ ALBANESE (nt. 3) 23.

⁵² Significativamente il BLEICKEN (nt. 50) 195 ss. dice che nessun giurista repubblicano (eccettuando Cicerone) contrappose il *privilegium* alla *lex publica*. Il primo a farlo fu Capitone, citato da Gell. *N.A.* 10.20.2: il quale, avendo definito la legge come « *generale iussum populi aut plebis* », escluse che fosse legge in senso stretto (intesa cioè sostanzialmente come privilegio) proprio (insieme con altre) la *lex de reditu M. Ciceronis*. Va avvertito, peraltro, che alla disposizione « *privilegia ne inroganto* » delle Dodici tavole il BLEICKEN 201 ss. crede pienamente, pur ritenendo che essa sia progressivamente andata in disuso (che non significa: andata in estinzione) col venir meno del conflitto tra patrizi e plebei.

catione della storia romana fu la *lex Valeria (Corvi)* del 300 a. C.⁵³. Mi limiterò ai due rilievi che seguono.

Rilievo numero uno. Cicerone (il quale, val la pena di notarlo, nella orazione *pro Rabirio* del 63 e nella quarta orazione *in Catilinam* dello stesso anno aveva ricordato, in materia, solo le *leges Porciae* del 200 circa e la *lex Sempronia de capite civis* del 123)⁵⁴, dice nella *pro Sestio* del 56 a. C.⁵⁵ e ribadisce nel successivo *de legibus*⁵⁶ che le *XII tabulae* avrebbero vietato di *rogare* (o di *ferre*) *de capite civis*⁵⁷ « nisi comitiis centuriatis » (o « per maximum comitiatum », o « maximo comitiatu »). Questa affermazione non tanto è troppo ardita nel presupporre che sin dall'età delle Dodici tavole si fosse già formato bello e completo il così detto « processo comiziale » in quattro udienze, con immancabile seduta a votazione conclusiva dei comizi centuriati⁵⁸, quanto è inverosimile nel presupporre (almeno nella versione del *de legibus*, che la dottrina corrente ritiene derivata dal codice decemvirale) che all'epoca delle Dodici tavole vi fossero quanto meno tre comizi popolari, cioè un numero di comizi tale che rispetto agli altri i centuriati potessero essere definiti « comitatus maximus »⁵⁹.

⁵³ Rinvio, in proposito, sia a quanto ho scritto in GUARINO (nt. 1) 328 ss. (con citazioni ivi) sia a quanto ho scritto in GUARINO (nt. 5) n. 36, 42 e particolarmente 134.

⁵⁴ Cfr. Cic. *pro Rab.* 4.12 e Cic. *Catil.* 4.5.10. Sallustio, *Catil.* 51.40, parla, a sua volta, di « *lex Porcia aliaeque leges* ». Questo silenzio non solo sulla *lex Valeria Poplicolae* del 509, sulle *XII tabulae* del 451-450, sulla *lex Valeria Horatia* del 449, ma perfino sulla *lex Valeria Corvi* de 300 a. C. (legge della cui esistenza non si può assolutamente dubitare) dipende probabilmente dal fatto che la *lex Valeria Corvi*, essendo la prima a pronunciarsi a favore della *provocatio*, aveva una dizione ancora incerta: essa non impose nettamente che la *provocatio ad populum* fosse accolta dal magistrato, ma si limitò a dichiarare « *improbe factum* » (cfr. Liv. 10.9.3-6) il comportamento del magistrato che non avesse tenuto conto della *provocatio*. Ragione di più per ritenere che le leggi anteriori alla tanto cauta *lex Valeria* del 300 a. C. siano pura leggenda.

⁵⁵ Cic. *pro Sest.* 30.65: *cum et sacratis legibus et XII tabulis sancitum est, ut neque privilegium irrogari liceret, neque de capite civis, nisi comitiis centuriatis rogari (vell.)*.

⁵⁶ Cic. *de leg.* 3.19.44, che qui ometto di trascrivere.

⁵⁷ Diverso il modo di esprimersi nei passi del *de republica* (di cui *retro* nt. 29).

⁵⁸ È comunemente ritenuto, invece, che il così detto « processo comiziale » in almeno quattro udienze si sia formato progressivamente nei secoli, partendo dall'uso degli imputati (se ed in quanto ritenuti colpevoli, quindi non prosciolti, dal magistrato) di fare *provocatio ad populum*, con conseguente convocazione ufficiale dei *comitia*, alla quale *provocatio* avrebbero potuto, a stretto rigore, anche rinunciare (o sottrarsi con l'esilio volontario).

⁵⁹ Sull'origine posteriore dei *comitia tributa*: GUARINO (nt. 5) n. 97. Mi evito

Rilievo numero due. Cicerone, che nel *de legibus* è il primo e il solo ad usare la felice espressione « *maximus comitiatus* » per designare i comizi centuriati, pur se è convinto (o mostra di esserlo) che furono le Dodici tavole a portare la norma *de capite civis*⁶⁰, in *de leg.* 3.4.11 non vuole per nulla affatto riprodurre il testo delle presunte disposizioni sui *privilegia* e *de capite civis* (sia pure in una versione alquanto ammodernata che avrebbe avuto corso ai suoi tempi), ma vuole solo allineare accanto ad altre, e usando parole arcaicizzanti e solenni di sua personale scelta⁶¹, un'altra delle leggi ideali che, a suo giudizio, una repubblica ben fatta, una repubblica di tipo platonico, dovrebbe avere. È antimetodico (cioè non consono all'esigenza di misurare i passi della ricostruzione storica sulle fonti concrete di informazione di cui disponiamo) lo spingersi del tutto al di là di questa vincolante constatazione documentale. È più antimetodico ancora, anzi addirittura arbitrario, è l'amputare dell'inciso « *ollosque—locassint* » (perché non confacente ai tempi del decemvirato legislativo) il testo della sua « legge » ideale, attribuendo alle *XII tabulae* quel che di essa rimane⁶².

In conclusione, prendere o lasciare: questo è il problema. O si attribuisce integralmente alle Dodici tavole, sia pure in una dizione ammodernata, tutta quanta la disposizione di Cic. *de leg.* 3.4.11 (« *Privilegia ne inroganto. De capite civis nisi per maximum comitiatum ollosque, quos censores in partibus populi locassint, ne ferunto* »), oppure quella disposizione normativa la si attribuisce tutta quanta integralmente a Ci-

qui di ripetere le ragioni per cui, come ho detto altrove, convincono ben poco le varie spiegazioni di « *maximus* » che sono state proposte per sfuggire alla esigenza del minimo di tre *comitia*.

⁶⁰ A proposito di Cic. *de leg.* 3.19.44 (*retro* nt. 56) non intendo però rinunciare a quanto ho scritto in GUARINO (nt. 1) 326 s., con particolare riguardo alle parole « *ferri de singulis* », sfuggite a Cicerone in luogo di « *ferri de capite civis* ».

⁶¹ Sono costretto a riprodurre testualmente e a sottolineare in rosso, a questo proposito, la dichiarazione-chiave, che si legge in Cic. *de leg.* 2.7.18: *Sunt certa legum verba, Quinte, neque ita prisca, ut in veteribus XII sacratisque legibus, et tamen, quo plus auctoritatis habeant, paulo antiquiora, quam hic sermo est: eum morem igitur cum brevitate, si potuero, consequar.* Cicerone si ripromette, dunque di usare per le sue leggi ideali « *verba paulo antiquiora, quam hic sermo est* »: parole che non hanno nulla a che vedere col linguaggio antichissimo delle *leges sacrae* e delle *XII tabulae*.

⁶² Assolutamente non direi, quindi, con l'ALBANESE (nt. 1) 26, che « l'inciso *ollosque—locassint* non ha particolare rilevanza ». Né direi che persuada molto anche lui stesso il salvataggio che dell'inciso egli tenta, eliminando la parola certamente anacronistica « *censores* ».

cerone, rinunciando a portarne una parte, e una parte soltanto, a documentazione del presunto testo di *XII tab. IX.1-2*. E siccome l'inciso « *ollosque—locassint* » non può essere arbitrariamente estromesso dal contesto, che non è in nulla e per nulla qui riferito da Cicerone ai decemviri, è chiaro, a mio avviso, che bisogna « lasciare ». Bisogna, cioè, a rigor di metodo, considerare il « testo » in esame alla stregua, si fa per dire, del precetto sicuramente immaginario « *Quae cum populo quaeque in patribus agentur, modica sunt* », che ugualmente compare in Cic. *de leg. 3.4.11*, nel seno di quello che bene, benissimo proprio l'Albanese⁶³ definisce un puro e semplice « catalogo ideale di leggi »⁶⁴⁻⁶⁵.

⁶³ ALBANESE (nt. 3) 27, alla cui ultima obiezione, formulata nella stessa pagina, circa l'incredibile eccesso di insipienza di cui avrebbe dato prova Cicerone nel richiamare esplicitamente i torti di Clodio nei propri confronti (*de leg. 3.11.25-26*) a così poca distanza dall'invenzione di un precetto decemvirale implicitamente anticlodiano (*de leg. 3.4.11*), rispondo: che l'invenzione del precetto (cioè del « testo ») decemvirale, almeno in *de leg. 3.4.11*, non vi è affatto stata; che il *de legibus* fu lasciato, in brutta copia non ancora rielaborata, al momento della partenza per la Cilicia e dopo la morte di Clodio (v. *retro* nt. 26); che, in ogni caso, quando gli veniva il dextro di magnificare se stesso, Cicerone non era uomo da pensarvi due volte.

⁶⁴ Per quanto mi risulta, gli studiosi di Cicerone sogliono giustamente precisare che le *leges* formulate, tutte con sue parole, da Cicerone nel *de legibus* fanno essenzialmente riferimento alla situazione politico-costituzionale della Roma post-sillana e costituiscono un abbozzo (incompleto) di « riforme » migliorative della *respublica* romana, così come essa si era ridotta verso la metà del sec. I a. C. Sul punto, specialmente: RAWSON (nt. 26) 340 ss.; A. HEUSS, *Ciceros Theorie vom römischen Staat* (1975) 195 ss.

⁶⁵ Dopo la chiusura del manoscritto di questa nota sono venute a conoscenza di *Index 18* (1990) e degli « atti » ivi contenuti (p. 389 ss.) di un incontro di studi svoltosi a Napoli, nel febbraio 1989, in ordine alla « palingenesi » delle XII tavole (per la quale v. *retro* nt. 2). Dato che l'argomento esula dai confini strettamente « ciceroniani » che mi sono imposti nelle pagine che precedono, rinvio a quanto succintamente osservo in materia negli scritti di cui *retro* nt. 5 e 6, nonché a: A. GUARINO, *Una palingenesi delle XII Tavole?*, in *Index 19* (1991) 225 ss.

UN RESPONSO DI TREBAZIO?

1. — La pubblicazione del primo libro dei *sermones*, avvenuta intorno al 35 a. C., destò contro Orazio non poche critiche. Questo spiega il tema della satira con cui si apre il libro secondo della raccolta, pubblicato qualche anno dopo. Il *sermo* 2.1 è, infatti, tutto volto a giustificare il dileggio satirico, quando esso provenga da una persona sicuramente per bene e quando si riferisca a persona altrettanto sicuramente per male¹.

È noto che la struttura formale della satira 2.1 è costituita da una sorta di dialogo tra Orazio ed il giureconsulto C. Trebazio Testa, grande amico di Augusto. A Trebazio, che inizialmente gli consiglia di starsene quieto con i versi satirici (vv. 4-6: *Trebatī, / quid faciam praescribe. 'quiescas'. ne faciam, inquis, / omnino versus? 'aio'*), il poeta replica con sempre nuovi argomenti per cercare di indurlo a conclusioni meno rigorose. E finalmente Trebazio (vv. 78-86) si avvia a cedere. «Io non ho nulla da ridire alle tue ragioni sul piano morale, ma sul piano giuridico ti avverto che ti può essere scomodo ignorare quanto si ricava da leggi inviolabili: *si mala condiderit in quem carmina, ius est iudiciumque*». Al che Orazio è pronto a ribattere: «sta bene se *mala carmina*; ma non è diverso se si tratta di *carmina bona*, giudicati tali da Augusto?». Che succede, insomma, se taluno ha «latrato», integro lui, contro un altro che è degno di disprezzo? In tal

* In *Atti Acc. Pontaniana* 32 (1983) 190 ss.

¹ Sul tema: H. ERMAN, *Tabulae iudicii?*, in *ZSS.* 17 (1896) 334 ss.; S. BRASSLOFF, *Zu Horaz Serm. II, 1, 74 ff.*, in *ZSS.* 27 (1906) 210 ss.; A. MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano, 1. Età repubblicana* (1979) 106 ss. e nt. 35 (con altra bibliografia). Sulla questione della scrittura del *iudicium*: A. BISCARDI, *Contro la oralità della formula processuale classica*, in *St. Biondi* 1 (1965) 647 ss., spec. 664 ss.; G. SACCONI, *Studi sulla «litis contestatio» nel processo formulare* (1982) 21 ss., con altra bibliografia. Breve revisione dell'argomento, da ultimo, in: A. D. LEEMAN, *Die Konsultierung des Trebatius: Statuslehre in Horaz, Serm. 2, 1*, in *Fs. R. Muib* (Innsbruck 1983) 209 ss.

caso, è la conclusione di Trebazio, te la caverai: « *solventur risu tabulae, tu missus abibis* ».

Generalmente, almeno per quel che mi consta, i commentatori della satira oraziana non vanno oltre la puntualizzazione della differenza, così finemente tracciata, tra *mala* e *bona carmina* « *in aliquem* »: i primi (i « *mala carmina* ») nel senso di versi puramente malevoli, cioè ingiuriosi, diffamatori; i secondi (i « *bona carmina* ») nel senso di versi offensivi, ma fondati saldamente sul vero, e appunto perciò privi di carica lesiva dell'altrui reputazione. Quel che si è forse mancato di avvertire, o almeno di sottolineare a sufficienza, è che la distinzione tra *mala* e *bona carmina* è degna per l'appunto del giurista Trebazio e che tutto quanto il nostro *sermo* non « finge » un dibattito tra il poeta e Trebazio, ma piuttosto « finge di fingere » quel dibattito.

In altri termini, se Orazio si è avventurato a configurare un dialogo tra lui e Trebazio, e se quel dialogo egli lo ha concluso con un *responsum* favorevole dell'influente giurista, ciò non può essere stato frutto di pura immaginazione poetica, ma deve essere stata la risultanza di un reale scambio di idee intercorso tra i due, nonché di una implicita autorizzazione da parte di Trebazio a far uso del suo nome (e di quello di Augusto) nel prospettare l'argomento decisivo che sottrae le satire oraziane ad ogni rischio giudiziario.

2. — Questa ipotesi, se attendibile, rafforza sensibilmente l'orientamento di chi, ponendosi sulle tracce di una breve nota pubblicata nel 1896 da H. Erman, vuol dare un senso giuridico preciso, e non approssimativo, a quanto si legge negli ultimi versi del *sermo* 2.1.

Se dietro quelle parole vi è un *responsum* confidenziale di Trebazio, le parole vanno esaminate nel loro esatto significato. Via, dunque, certe interpretazioni avventate del passato e del presente, che si fanno forti della presunta superficialità di Orazio in materia di diritto. Domandiamoci quali cose possa aver detto al poeta, sia pure in un orecchio, il « *doctus Trebatius* ».

Quattro cose, almeno a mio parere.

Primo: la fattispecie dei versi satirici non è perseguita in esplicito da nessuna legge, ma va rapportata interpretativamente a certe « *sanctae leges* ».

Secondo: dalle *sanctae leges* di cui sopra si deduce che l'autore di « *mala carmina in aliquem* » si espone ad « *ius iudiciumque* ».

Terzo: non è da considerare autore di *mala carmina* a sensi di

legge chi abbia scritto « *bona carmina* » e sia stato perciò « *laudatus iudice Caesare* ».

Quarto: se l'autore di *bona carmina*, nel senso ora detto, viene esposto ad *ius iudiciumque*, « *solventur risu tabulae* » e sarà mandato assolto.

3. — Esaminiamo ora partitamente le quattro proposizioni.

Prima proposizione (vv. 80-81): « *ut monitus caveas, ne forte negoti / incutiat tibi quid sanctorum inscitia legum* ». È chiaro che Trebazio non è in grado di indicare una legge specifica, ma che egli vede (o intravede) nel complesso delle leggi vigenti la possibilità di procurare guai giudiziari all'autore di versi satirici. Perciò, mentre va esclusa la esistenza di una legge « ad hoc », di cui nessuno sa o dice niente, non va sottovalutata la possibilità che l'allusione sia alla *lex Cornelia de iniuriis* dell'81 a. C., o più probabilmente alle *XII tabulae*.

Seconda proposizione (vv. 82-83): « *si mala condiderit in quem quis carmina, ius est / iudiciumque* ». L'allusione si chiarisce, anche se non diventa evidente. « *Ius est(o) iudiciumque* » non sta ad indicare il processo criminale, e tanto meno la repressione *extra ordinem*, ma mette a fuoco il processo privato nella sua duplice fase: *in iure* e *apud iudicem*. Tutto fa pensare che le *sanctae leges* di Trebazio siano quelle delle *XII tabulae*, e precisamente le disposizioni sull'*iniuria*, con tutto il vasto bagaglio delle interpretazioni e degli sviluppi successivi: interpretazioni e sviluppi che effettivamente portarono, nel primo secolo a. C., a poter promuovere l'*actio iniuriarum* (*aestimatoria*) contro l'autore di scritti (*versus, libelli, tabulae*) di carattere inammissibilmente diffamatorio.

Terza proposizione (vv. 83-84): « *esto, si quis mala: sed bona si quis / iudice condiderit laudatus Caesare?* ». Ecco l'esimente: l'aver scritto e diffuso versi che l'opinione pubblica, e primo e più autorevole fra tutti il *princeps* Augusto, abbia ritenuto degni di approvazione. « *Iudice Caesare* » non deve far intendere, come è avvenuto ad alcuni studiosi, che Orazio (cioè, alle sue spalle Trebazio) si riferisca ad un processo *extra ordinem* rimesso al giudizio di Augusto. Qui il riferimento è all'*auctoritas Augusti*, all'ascendente sociale del principe. L'*actio iniuriarum*, essendo *in aequum concepta*, invita il giudice a condannare il convenuto solo in quanto sia *aequum*, cioè (si badi) conforme alle valutazioni correnti nella società romana. Quale migliore e più autorevole interprete di quelle valutazioni che il *princeps* Augusto, di cui Trebazio è amico?

Quarta proposizione (v. 86): « *solventur risu tabulae, tu missus abibis* ». Che si intende per « *tabulae* » e che vuol dire che esse (ove i *carmina* siano *bona* perché approvati persino da Augusto) « *solventur risu* »?

S. Brassloff ha già minuziosamente criticato talune insostenibili, addirittura grottesche, interpretazioni piú antiche: le *tabulae* nel senso degli scranni su cui siedono (e si agitano ridendo) i giudici; le *tabulae* nel senso delle tavolette distribuite ai giurati (di un processo criminale) per segnarvi il voto; le *tabulae* nel senso di quelle su cui sono scritte le satire. Troppo azzardata è, peraltro, anche l'interpretazione del Brassloff secondo cui le *tabulae* sarebbero quelle della *testatio* in cui potrà essere riferita l'approvazione di Augusto: *tabulae* la cui apertura (« *solventur* ») determinerà solo un coro di applausi festosi per Orazio da parte dei giudici. E ancora piú azzardata è la tesi di A. Manfredini, il quale pensa alle *tabulae* in cui si immagina attestato il responso trebaziano dei vv. 82-83 (« *si mala condiderit rell.* ») e suppone che il dissuggellamento di esse, il loro « *solvi* », dopo che si sia venuti a conoscere la lode di Augusto, ad altro non potrà indurre i giudici che al riso.

Non vi è dubbio che il parere di Augusto avesse socialmente molto peso, ma è poco credibile (e del tutto difforme dalla politica di Augusto) che a quei tempi lo si producesse addirittura in giudizio mediante un documento di *testatio*; né, d'altro canto, è da pensare che Trebazio voglia dire, nel v. 86, che il suo precedente « responso » (quello dei vv. 82-83) sia da portare tuttora in giudizio.

4. — Le sole interpretazioni che restano, del v. 86, sono due: quella, abbastanza diffusa, per cui le *tabulae* sono le tavole della legislazione decemvirale; oppure quella, sostenuta da una serie di studiosi che va dall'Erman sino ad A. Biscardi, per cui le *tabulae* sono le tavolette del *iudicium* « contestato » *in iure*.

La prima interpretazione è certamente legittimata dal richiamo alle « *sanctae leges* » (cioè, abbiamo detto, alle *XII tabulae*) che si incontra nei vv. 80-81, ma dà luogo ad una figura poco riverente: quella delle *XII* tavole che si scioglieranno o si disfarranno (« *solventur* ») tra le risate.

La seconda interpretazione è a tutta prima piú seducente, sopra tutto se si ricordi che « *solvere tabulas* » è la locuzione d'uso per indicare l'apertura di un dittico o di un polittico; ma poi, a meglio pensarci, finisce per deludere. L'assoluzione del poeta non dipenderà dall'« apertura » del libello formulare da parte del giudice (o dei giudici),

ma dipenderà dal successivo accertamento dell'*aequum* e dalla conseguente *sententia*; e, se si vuol parlare di libello che va in fumo, non è vero che il *iudicium* andrà in fumo con l'assoluzione del convenuto, ma è vero piuttosto che andrà in fumo la richiesta di condanna subordinata al « *si paret* ».

Il catalogo dei significati di « *tabulae* » non è, tuttavia, ancora esaurito. Rimane il senso di « *tabulae* » come « incarti processuali » in genere. Ed è questo, secondo me, il senso da assegnare alle parole di Trebazio. Il quale ha voluto soltanto dire che, man mano che si procederà in avanti nell'accertamento dell'*aequum*, il carattere *bonum*, e non *malum*, dei *carmina* oraziani non potrà non emergere. Col risultato che gli incarti processuali si risolveranno soltanto in risate per le battute di Orazio, nonché nella di lui assoluzione.

TREBAZIO ED IL CASO DI TERENCEIA

1. — « La moglie di Mecenate era bella e piena di temperamento, sicché non era facile vivere con lei ». Lo scrisse Ronald Syme, rifacendosi in particolare a Seneca, ma evitando diplomaticamente di tradurne più da vicino le parole¹. Le parole (perché tacerle?) erano, precisamente, queste: *Feliciorem Maecenatem putas, cui amoribus anxio et morosae uxoris cotidiana repudia deflenti, somnus per symphoniarum cantum ex longinquo lene resonantium quaeritur?*²

Nel linguaggio sfumato (o, a meglio dire, ambiguo) di Seneca l'orecchio del giurista non può non cogliere, io credo, l'allusione al fatto, del resto ben noto, che la capricciosa Terenzia non tanto faceva venire le lacrime agli occhi di Mecenate perché si rifiutava alle insistenti richieste di amore dell'infuocato marito³, quanto coglieva quotidianamente (o quasi) l'occasione per litigare di brutto con lui e per concludere la baruffa comunicandogli chiaro e tondo il suo *repudium*, cioè la sua volontà di porre fine al loro matrimonio⁴. Dato che a quei tempi, e ancora per qualche secolo dopo, il matrimonio poteva essere risolto a causa del venir meno dell'*affectio* coniugale anche in una sola delle parti e mediante la comunicazione « informale » (cioè non rivestita da particolari formalità espressive) fatta da questa al partner della conseguente decisione di farla finita, è comprensibile che al buon Mecenate venisse tanto di fre-

* In *Labeo* 38 (1992) 137 ss., col titolo *Mecenate e Terenzia*.

¹ R. SYME, *La rivoluzione romana* (tr. it. 1962) 323 e nt. 5.

² Sen. *de provid.* 1.3.10 (cfr. anche il paragrafo successivo). La domanda retorica (formulata per ottenere una risposta negativa) era in relazione al quesito se il *voluptatibus marcidus* Mecenate fosse più felice dello sventuratissimo Artillio Regolo (al quale *solacium est pro honesto dura tolerare*).

³ Sul fuoco maschilista di Mecenate può ingenerare qualche dubbio ciò che si sa della (spesso asserita) sua mollezza di costumi: Tac. *ann.* 1.54, Dio 54.17.5, Sen. *controv.* 10 pr. 8. Per tutti: STEIN, sv. *C. Maecenas* 6, in *PW.* 14.1 (1928) 207 ss.; R. AVALLONE, *Mecenate* (1962); J. M. ANDRÉ, *Mécène* (1967, tr. it. 1991).

⁴ Più esplicito Sen. *epist.* 114.6.

quente l'insonnia di fronte al dubbio ossessivo se la moglie lo avesse liquidato sul serio con uno dei suoi frequentissimi *repudia*, oppur no⁵.

Ora, pur se è da escludere che ogni ripudio comunicato da Terenzia al marito abbia determinato fra i due un divorzio (seguito la mattina dopo da un nuovo matrimonio), certo è che Mecenate e Terenzia almeno un vero e proprio divorzio tra loro lo fecero, anche se dopo qualche tempo passarono a coniugarsi di nuovo. Qualcuno ha supposto che i due divorziarono quanto meno nel 16 a. C., quando Augusto, che con Terenzia già se la intendeva (o se la era precedentemente intesa), ebbe il cattivo gusto di dichiararla pubblicamente più avvenente della moglie Livia (dopo di che, rientrato in se stesso, cercò goffamente di coprire lo scandalo, partendo per un viaggio di stato in Gallia)⁶. Senonché, come è sicuro che dal comportamento del proprio marito Augusto non trasse conseguenze di *repudium* l'accortissima Livia, così è per lo meno azzardato immaginare che Mecenate (a sua volta « *ingeniosus ille vir* »)⁷ si sia giocata proprio in quell'occasione l'amicizia del principe, dando con il divorzio esca allo scandalo che il suo protettore si era tanto industriato di evitare⁸. Se da morto egli lasciò per testamento tutti i suoi beni

⁵ Sul matrimonio romano (con particolare riguardo al c.d. *matrimonium sine manu*), per tutti: A. GUARINO, *Diritto privato romano*⁹ (1992) n. 49, con bibl. Sul *divortium*: ivi n. 49.9, ove si illustra la necessità che il venir meno dell'*affectio* coniugale fosse in qualche modo (a voce, o per iscritto, o per fatti concludenti, quale l'allontanamento della moglie con i suoi bagagli dalla *domus mariti* e così via) esteriorizzato dal coniuge ripudiante al coniuge ripudiato. Si aggiunga che, per principio generale di ovvia evidenza, non avevano rilevanza giuridica le manifestazioni di volontà chiaramente prive di serietà, cioè di un minimo di ponderazione: assenza di serietà che non doveva essere infrequente negli esagitati « ti lascio » scagliati contro il marito, senza poi far seguire i fatti alle parole, dalla irascibile Terenzia. Sul punto cfr. Paul. 35 *ad ed.* D. 24.2.3: *Divortium non est nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensioem fit. itaque quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia iudicium ratum fuisse: ideoque per calorem misso repudio si brevi reversa uxor est, nec divortium videtur.* V. anche *infra* nt. 34.

⁶ Dio 54.19.3.6, 55.7.5. Erra comunque lo STEIN (nl. 3) 215, quando parla di una « gerichtliche Ehescheidung ». In età repubblicana e alto-imperiale il divorzio era un fatto essenzialmente privato, che non richiedeva interventi degli organi della giurisdizione.

⁷ Sen. *epist.* 19.9.

⁸ Contro un fantasioso collegamento alla tresca tra Augusto e Terenzia del famoso « *error* » che costò ad Ovidio la disgrazia e l'esilio, e contro l'ancor più fantasiosa tesi che Ovidio sia stato vittima di una delazione operata ai suoi danni dal-

ad Augusto⁹, è evidente che da vivo, pur non potendo ignorare i rapporti amorosi tra questi e sua moglie, egli decise ad occhi ben aperti di preferire al proprio onore la benevolenza di lui.

Vien fatto addirittura di sospettare una cosa tutt'altro che nuova nella esperienza storica, e cioè che sul fascino esercitato dalla moglie nei confronti di Augusto Mecenate ci fece bravamente i suoi calcoli¹⁰.

2. — Notissimo, addirittura proverbiale, è il fatto che, per riconquistare Terenzia, almeno dopo un divorzio intervenuto tra loro, Mecenate ricorse al danaro, o piú in generale ai mezzi economici di cui era largamente provveduto, dandole beni in quantità tale da convincerla a tornare ad essere sua moglie¹¹. Il caso è riferito da Giavoleno Prisco, caposcuola sabiniano a cavallo tra il primo e il secondo secolo dell'era volgare, il quale precisa che esso fu analizzato *ex professo* da C. Trebazio Testa e fu poi « spersonalizzato » e discusso in modo vario da M. Antistio Labeone, da Proculo e da un misterioso giurista *Caecilius*, del quale è per noi disperato, e direi ozioso, cercare di capire chi precisamente fosse¹².

l'onesto e ingiustamente calunniato giurista C. Ateio Capitone: GUARINO, « *Pro Ateio Capitone* » (1972), ora in *Iusculum iuris* (1985) 193 ss., con bibliografia.

⁹ Dio 55.7.5. Nulla a Terenzia, dalla quale (e da eventuali altre mogli, di cui peraltro nulla sappiamo) è presumibile che non ebbe figli. Solo qualche piccolo lascito particolare (forse a titolo di fedecommesso) per alcuni suoi amici. La morte seguì nel settembre dell'8 a.C., poche settimane prima di quella dell'amatissimo Orazio.

¹⁰ Può anche darsi (ma sarebbe pura immaginazione sostenerne la probabilità) che il matrimonio si sia definitivamente risolto, per ripudio o per divorzio consensuale, quanto meno negli ultimi tre anni di vita di Mecenate, allorché questi fu affetto da grave malattia: cfr. Plin. *n.b.* 7.51.172. Ad ogni modo, non costituisce indizio dell'avvenuto divorzio finale il fatto che Mecenate non abbia lasciato nulla per testamento alla moglie. Terenzia era stata infatti già ben provveduta economicamente dalla donazione o dalle donazioni di cui parleremo *infra* n. 2.

¹¹ Amo credere che l'espedito sia stato posto in essere, almeno con l'impiego di mezzi cospicui, una volta sola. È vero che, come abbiamo visto (nt. 2), Seneca parla di frequenti *repudia*, ma è altrettanto vero che Giavoleno, in D. 24.1.64, sembra riferirsi ad un unico e ben noto episodio di divorzio seguito da donazione propiziatoria del nuovo matrimonio. D'altra parte, non è da escludere, anzi è da ritenere piú che probabile, che Mecenate molti dei suoi litigi con la moglie li abbia sedati con doni « manuali » (difficilmente rilevabili sul piano del diritto) di *pecunia*, monili ed altri quantitativi non eccessivamente vistosi di *res nec mancipi*: sul che v. anche *infra* nt. 27.

¹² Su questi giureconsulti, peraltro notissimi, cenni in: A. GUARINO, *Storia del diritto romano*⁸ (1990) n. 184 e n. 222-224. V. inoltre, con particolare riguardo alle

Iavol. 6 post. Lab. D. 24.1.64: *Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur, deinde divortium fecerat. Labeo: Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit, si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum contra, sed verum est, quod Proculus et Caecilius putant, tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam, si aliae nuptiae insecutae sunt aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret alterum esse matrimonium: alias nec donationem ullius momenti futuram.*

Che il passo sia alterato, per effetto di errate trascrizioni e di successivi glossemi, è evidentissimo¹³. Tralascio deliberatamente di occuparmene in questa sede, come pure di delibare il vecchio problema delle due redazioni del commento giavoleniano ai *libri posteriores* di Labeone di cui resta traccia nei *Digesta* di Giustiniano¹⁴.

Ciò che importa è che il discorso sia, tutto sommato, compatibile con quello che i giusromanisti sogliono denominare il diritto « classico ».

Premesso per implicito che le donazioni tra coniugi erano vietate¹⁵, Giavoleno fa il caso (divenuto ai suoi tempi, presumibilmente, non raro) di un marito che prima divorzia dalla moglie, che poi le fa una donazione « reale » (il che si desume dal « *dederat* ») e che infine divorzia da lei una seconda volta. La domanda anch'essa implicita, ma per un giurista abbastanza spontanea, è se la donazione si debba considerare effettuata nell'intervallo di un unico matrimonio tra i due (e si debba quindi ritenere colpita dal divieto) o se invece la donazione sia intervenuta lecitamente in un periodo « libero » tra due matrimoni distinti. La risposta di Labeone, che Giavoleno richiama, è tacita conferma di quella del suo maestro Trebazio, il quale fece tutto dipendere, in ordine alla specifica vicenda di Terenzia e Mecenate, dall'accertamento del se il primo divorzio fosse stato « vero », cioè seriamente voluto, e non fosse stato fatto per finta. Ma Giavoleno non si contenta di questo responso troppo generico ed aderisce (« *sed verum est* ») alla precisazione di Proculo e

congetture relative all'identificazione di *Caecilius*: M. D'ORTA, *La giurisprudenza tra repubblica e principato. Primi studi su C. Trebazio Testa* (1990) 213 nt. 27. A quest'opera, accurata e precisa, farò capo in seguito per tutto ciò che concerne Trebazio e specialmente il discusso D. 24.1.64: v. *ivi* 210 ss.

¹³ Cfr., per la letteratura: D'ORTA (nt. 12) 210 nt. 21.

¹⁴ Da ultimo, D. MANTOVANI, *Sull'origine dei « libri posteriores » di Labeone*, in *Labeo* 34 (1988) 271 ss., specialm. 297 e nt. 68.

¹⁵ Cfr., per la letteratura D'ORTA (nt. 12) 211 nt. 22. *Adde*: A. MANZO, *Sull'origine del divieto di donazioni tra coniugi*, in *Labeo* 37 (1991) 342 ss.

Cecilio (o chi per lui), secondo cui può dirsi il divorzio sicuramente « vero », e perciò valido, solo se uno dei soggetti sia passato dopo a temporanee nozze con altri (« *si aliae nuptiae insecutae sunt* »), oppure se la donna (e perché poi non l'uomo?) sia rimasta tanto a lungo (e palesemente) priva del coniuge (« *vidua* ») da non potersi mettere in dubbio che il posteriore ricongiungimento con lui sia un secondo matrimonio (« *alterum matrimonium* »)¹⁶.

A questo punto della loro lettura di D. 24.1.64 i giusromanisti anche più esigenti si fermano, per quel che mi risulta, soddisfatti. Io non lo sarei invece altrettanto. Sta bene che Labeone prima e Giavoleno dopo (per non parlare degli altri giuristi postlabeoniani) abbiano risolto la *quaestio* teorica relativa alla donazione successiva al divorzio facendo capo al principio che la donazione è valida, se valido è il precedente divorzio¹⁷. Ma Trebazio non si trovò, ai suoi tempi, di fronte ad una *quaestio* astratta: si trovò di fronte ad un caso concreto (« *inter Terentiam et Maecenatem* ») e lo risolse con un preciso responso (« *respondit* »). La pura e semplice dichiarazione che gli attribuisce il frammento giavoleniano è nulla più che un truismo, perché è ovvio che la donazione successiva al divorzio vale soltanto se è stato vero il divorzio, e sarebbe assurdo ritenere cosa diversa¹⁸. Inoltre non si riesce a capire, dalla let-

¹⁶ La traduzione pressoché letterale, alla quale mi sono attenuto, mette in evidenza la sconnesione del discorso riportato nel tratto da « *tunc verum esse* » alla fine: discorso che nella prima parte (*si aliae nuptiae rell.*) si riferisce ad ambedue i coniugi e nella seconda parte (*aut tam longo rell.*) si limita, non si capisce perché, alla lunga vedovanza della sola moglie. Anche se taluni non vogliono vederli, evidentissimi sono gli indizi di guasto del testo originario di Giavoleno. In questo senso, tra gli altri: F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (tr. it. 1968) 372 ss., del quale tuttavia non mi convince troppo (ma non è questo il luogo per argomentarlo) la ricostruzione.

¹⁷ Le parole « *si simulatum contra* » sono ritenute da vari autori interpolate: v. *Index itip. abl.* e SCHULZ (nt. 16) 372. Francamente, non capisco il perché. Non vi è dubbio che, a voler essere sottili, il contrario di « *verum* » è « *falsum* » e che *falsum*, quindi invalido, il *divortium* può anche non essere per effetto di accordo simulatorio, ma per effetto di mancata ponderazione di uno o di ambedue i coniugi nell'abbandono dell' *affectio coniugalis*. Tuttavia vi è seriamente da chiedersi se, in questo come in altri contesti, l'uso di « *simulatum* » (« *simulatio* » ecc.) valga come riferimento all'accordo simulatorio (quello che noi sogliamo solitamente chiamare, per brevità, simulazione), o non valga piuttosto come generica designazione di un'apparenza esteriore che non corrisponde alla realtà. Sul punto: G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici, Studio di diritto romano* (1937) 198 ss.

¹⁸ I giudizi poco generosi di alcuni, secondo cui Trebazio non sarebbe stato un

tura del frammento di Giavoleno, se Trebazio ha risposto di sí o di no al quesito relativo alla validità della donazione fatta da Mecenate a Terenzia (oppure, chissà, viceversa)¹⁹.

In considerazione di ciò, le possibilità sono due: o Trebazio ha detto qualcosa d'altro, che dalla citazione labeoniana fatta da Giavoleno invece non emerge, anzi è stata addirittura eliminata; oppure egli ha detto soltanto quello che ha detto, ma lo ha fatto in relazione ad un contesto di generale conoscenza, rispetto al quale la sua risposta era esauriente, nonché risolutiva di un consistente e ragionevole dubbio.

Io escluderei la prima possibilità perché mi pare difficile che un responso di Trebazio relativo ad una donazione da Mecenate a Terenzia (o anche, ripeto, viceversa) sia stato privato senza necessità della motivazione, sia pur criticabile, in base alla quale Trebazio riteneva che il *divortium* tra i due fosse stato *verum* o fosse stato, al contrario, *simulatum*²⁰. È dunque più verosimile, almeno a mio avviso, la seconda possibilità.

3. — L'identificazione del contesto al quale Trebazio faceva implicito (ma, per i suoi contemporanei, ben chiaro) riferimento è facilitata da un breve riesame della storia del così detto divieto di donazioni tra i coniugi.

Malgrado gli argomenti, taluni dei quali indubbiamente acuti, che sono stati adottati da alcuni studiosi contro le antiche origini consuetudinarie del principio²¹, io resto fermo nell'idea che queste antiche origini

giurista di prima scelta (vedili riportati dal D'ORTA [nt. 12] 37 nt. 2), a parte il fatto che sono del tutto arbitrari, non comportano che Trebazio, riconosciuto come maestro di Labeone e rispettato come autorevole consigliere da Augusto (v. *infra* nt. 41), fosse addirittura uno sciocco. Nel caso nostro, inoltre, il giudizio negativo in ordine a Trebazio e al suo truisimo coinvolgerebbe anche Labeone, il quale ritenne degno di segnalazione il *responsum* trebaziano.

¹⁹ L'ipotesi della donazione fatta da Terenzia a Mecenate io sono il primo a ritenerla fortissimamente improbabile. Peraltro, che il donatore sia stato Mecenate dal nostro frammento non risulta per esplicito. La vaga formulazione « *inter Terentiam et Maecenatem* » apre il varco ad ogni ipotesi: il che dovremo tenere fra breve presente.

²⁰ Se Trebazio avesse esplicitato i motivi per cui il divorzio tra Mecenate e Terenzia era da ritenersi o da non ritenersi *verum*, a maggior ragione Giavoleno li avrebbe ricordati, allo scopo di rafforzare le motivazioni addotte da Proculo e Cecilio.

²¹ Non darei molto peso all'argomento per cui un « divieto » difficilmente scaturisce da una consuetudine, anziché da un'esplicita formulazione legislativa. Stando a questo modo di pensare, dovremmo a maggior ragione stupirci di fronte alle norme, indubbiamente consuetudinarie, per cui erano per antichissima tradizione *nefariae ac*

non possano essere seriamente contestate²² e che non sia attendibile la tesi secondo cui il divieto fu espressamente formulato solo dalla *lex Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C., completata e corroborata, come tutti sanno, dalla *lex Papia Poppaea* del 9 d.C.²³ A parte il fatto che mancano attestazioni esplicite circa la pretesa introduzione del divieto da parte della legislazione augustea²⁴, molto rilevante è che proprio Ulpiano, il quale fu autore di ben venti libri di commento *ad legem Iuliam et Papiam*²⁵, ci dichiarò in modo inequivoco, e con evidente imbarazzo circa la *ratio* originaria che lo sottese, essere stato quel divieto introdotto « *moribus* »:

Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.1: *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate*²⁶.

Posto in chiaro, ai fini della verità dei fatti, quanto precede, non vi è peraltro alcun dubbio che il vetusto divieto di donazioni tra i coniugi, chi sa se e quanto realmente rispettato in precedenza²⁷, acquistò un

incestae (dunque vietate, dunque invalide) le unioni tra parenti e affini (cfr. Gai 1.58-64).

²² A. GUARINO, « *Adfinitas* » (1939) 43 ss. In senso adesivo e con ampia dimostrazione: G. SCHERILLO, *Sulle origini del divieto di donazioni tra coniugi*, in *St. Solmi* 1 (1941) 171 ss. V. *infra* nt. 24.

²³ Classico, in questa direzione, il saggio di I. ALIBRANDI, *Ricerche sulle origini del divieto delle donazioni tra coniugi*, in *Opere* 1 (1986) 595 ss. Da ultimo: MANZO (nt. 15), con un interessante, ma non del tutto convinto, tentativo di ricollegare i *mores*, di cui parla Ulpiano, alla prassi del tribunale dei *centumviri*. V. *infra* nt. 27.

²⁴ In proposito, per tutti: K. MISERA, *Die Zeugnisse zum Grund des Schenkungsverbots unter Ehegatten*, in *Fs. Kaser* (1976) 407 ss.; M. KASER, *Ueber Verbots-gesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, in *Oesterr. Akad. Wiss.* 312 (1977) 114 ss., il quale finemente nota che per la *donatio inter virum et uxorem* non è a parlarsi di una « *Verbotsnorm* », ma di una « *juristische Unmöglichkeit* ».

²⁵ L. Ulp. 1977-2045.

²⁶ Continuo a dubitare (come già nello scritto cit. *retro* nt. 22) della genuinità di « *sed profusa rell.* ». Insisto nel ritenere, come molti altri, ai limiti del ridicolo la spiegazione ulpianea del divieto. Tuttavia è impensabile che Ulpiano si sarebbe rifatto ai *mores* (e che Caracalla, citato da lui in D. 24.1.3 pr., avrebbe generosamente detto « *maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt rell.* »), se appena fosse stato possibile far capo ad una disposizione esplicita della notissima e ancora rispettatissima *lex Iulia et Papia*.

²⁷ A mio parere, il divieto non era gran che rispettato, salvo forse per quanto riguardava i trasferimenti della proprietà di *res mancipi*, ai quali erano necessarie le forme della *mancipatio* o della *in iure cessio*. Possibile, anche se non sicuro, che

rilievo tutto particolare dopo l'emanazione della *lex Iulia* e della *lex Papia*. Il quadro piú lucido e completo sotto questo profilo è stato tracciato da M. Lauria²⁸ ed è tale da convincere facilmente che i soggetti giuridici romani, i quali non furono certo secondi a nessuno nel tentativo di evadere le leggi ingrate²⁹, ben presto si accorsero che le ingrattissime norme sui *caduca* potevano essere aggirate, fra l'altro, mediante l'agevole *fraus legi* costituita dalla sequenza di un divorzio, di una donazione fatta dall'ex-marito alla ex-moglie (o viceversa), quando essi erano diventate persone reciprocamente estranee, e quindi di un nuovo matrimonio tra i due maliziosi personaggi. Vero è che la *lex Cincia de donis et muneribus* del 204 a. C. era pur sempre in vigore col suo divieto di donazioni « smodate » tra estranei e che il « *modus legis Cinciae* » (quale che esso fosse) era stato ormai ridotto a ben poca cosa dalla svalutazione monetaria³⁰; ma la *lex Cincia* era una *lex imperfecta*, che non poneva nel nulla le donazioni « reali » già fatte, ma che al massimo dava indiretto alimento, attraverso la cooperazione del *praetor*, ad una *exceptio* (appunto, la *exceptio legis Cinciae*) volta a paralizzare la eventuale richiesta giudiziaria di una donazione solamente promessa e non ancora realizzata nei fatti³¹.

Orbene, un nuovo matrimonio tra due ex-coniugi non era, nella società romana, una cosa scandalosa o del tutto insolita. Prescindiamo pure dalla favolosa legge di Numa Pompilio, la quale avrebbe concesso

questi trasferimenti (se ed in quanto attuati a titolo apparente di trasferimenti onerosi) siano stati impugnati dai familiari insoddisfatti davanti al tribunale dei *centumviri*: v. *retro* nt. 23. Quanto alle *res nec mancipi* (salvo che di particolare vistosità e di grande valore), dovette essere sempre assai difficile, anche dopo la *lex Iulia et Papia*, sopra tutto trattandosi di *pecunia*, dimostrarne la provenienza da una donazione tra coniugi.

²⁸ M. LAURIA, *Il divieto di donazioni tra coniugi* (1937), ora in *Studii e ricordi* (1983) 341 ss., che peraltro non seguirei nella deduzione per cui il divieto consuetudinario di donazioni tra coniugi fu esplicitamente, e non solo tacitamente, confermato dalla legislazione matrimoniale augustea.

²⁹ Sopra tutto famoso il cd. « *lenocinium matronarum* », cioè l'espedito di proclamarsi meretrici, cui ricorrevano le matrone romane per avere rapporti sessuali liberi, i quali altrimenti sarebbero stati puniti a titolo di *stuprum* in base alla *lex Iulia de adulteriis*. Sul punto: GUARINO (nt. 5) nt. 50.2.2.

³⁰ Sulla *lex Cincia*: KASER (nt. 24) 20 ss., con bibliografia; E. BALTRUSCH, « *Regimen morum* » (1989) 63 ss.; GUARINO (nt. 5) n. 31.4, 90.8.

³¹ Vat. 302 (Paul. 71 *ad ed.*, *ad Cinciam*) indica anche i coniugi tra le persone sottratte al divieto della *lex Cincia*, ma ritengo tuttora superate le critiche formulate da me (nt. 22) 43 ss., alla genuinità di « *vir et uxor, sponsus sponsa* ».

ai mariti di separarsi dalle loro mogli feconde e di cederle a terzi, salvo a riprendersela dopo che ai nuovi e temporanei mariti avessero procurato una prole legittima³². Certo è che nel 56 a. C. aveva fatto grande scalpore, anche se in vario senso, l'episodio dell'autorevole Catone minore e del grande oratore Ortensio, cui era passata ad essere coniuge la moglie del primo, Marcia, sicché, morto Ortensio, Catone era ridivenuto marito felice di una Marcia diventata intanto ereditariamente ricchissima³³.

Nel caso di Mecenate e Terenzia, se vi fu doppio matrimonio, è probabile, per quanto ne sappiamo, che non vi fu neppure un Ortensio intermedio. Ed è altresì probabile che, se divorzio vi fu, questo venne reso studiamente di pubblica ragione, allo scopo di evitare il pericolo implicato da un'altra scomodissima legge augustea, la *lex Iulia de adulteriis* del 18 a. C., la quale proclamò che il *crimen adulterii* fosse da ritenere perpetrato, con tutte le gravi conseguenze del caso, finché non fosse inequivocabilmente intervenuto tra i coniugi un divorzio³⁴.

4. — Se il « matrimonio-divorzio-matrimonio » tra Mecenate e Terenzia si verificò almeno in parte, dopo il 18 a. C., o a seguito dello scandalo del 16 a. C. di cui ho precedentemente fatto cenno³⁵, è da pensare che della donazione reale fatta da Mecenate a Terenzia (o, si fa per dire, viceversa) Trebazio Testa ebbe dunque ad occuparsi in relazione al contesto costituito dalla *lex Iulia de maritandis ordinibus* e dalla *lex Iulia de adulteriis*³⁶. Un contesto nel quale il divieto di donazione tra i coniugi aveva assunto un rilievo peculiare, per il fatto che interessava non solamente i coniugi, ma anche, il più delle volte, l'*aerarium populi Romani*, destinatario dei « *bona caduca* ».

Tutto ciò porta a supporre che il *responsum* famoso di Trebazio Testa non fu pronunciato in occasione di una (oltre tutto, improbabile) controversia tra Mecenate e sua moglie³⁷, ma fu reso (resta solo da ve-

³² Cfr. Plut. *Comp. Lyc. et Numae* 3.1-2.

³³ Sul famoso episodio, da ultimo: M. SALVADORE, *Due donne* (1990) 16 ss. Ma v. anche: GUARINO, *La moglie di Catone minore*, in *Tagliacarte* (1983) 265 ss.

³⁴ Cfr. Paul. D. 24.2.9, Gai. D. 48.5.44, su cui, da ultimo: THOMAS, *Lex Iulia de adulteriis coërcendis*, in *Ét. Macqueron* (1970) 643 s.

³⁵ *Retro* n. 1.

³⁶ Fuori discussione la *lex Papia Poppaea*, posteriore alla morte di Trebazio Testa (*infra* nt. 39).

³⁷ Poco credibile è infatti che Mecenate, sempre teso come era a riconquistare Terenzia, abbia mai agito o voluto agire contro di lei per la restituzione di un suo donativo. Ancor meno credibile è che a Mecenate abbia fatto mai doni Terenzia.

dere a chi) in riferimento ad una donazione fatta dal primo alla seconda durante un periodo di divorzio e reclamata presso Terenzia *ex lege Iulia de maritandis ordinibus*: il che in qualche modo spiega perché Giavoleno, nel frammento che stiamo esaminando, dica che il responso fu emesso « *inter Terentiam et Maecenatem* », cioè con riguardo a qualcosa (il compendio donato) che concerneva in prima linea Terenzia³⁸. Dato che nell'8 a. C. Mecenate era venuto a morte, mentre Trebazio era di tarda età, ma ancora vivo e vegeto³⁹, non è per nulla azzardata l'induzione che il quesito sottoposto al giureconsulto non fu relativo al se il divorzio tra l'ormai defunto Mecenate e Terenzia fosse stato a suo tempo vero o falso, ma fu relativo ad un punto che, a breve distanza dalla *lex Iulia*, era ancora tutto da chiarire: se si potesse fare qualcosa per recuperare l'oggetto della donazione, malgrado che questa fosse stata operata in periodo di divorzio⁴⁰. La risposta di Trebazio fu appunto che, se il divorzio tra i due era stato vero, non c'era nulla da fare, ma che il compendio economico donato si sarebbe ben potuto recuperare, ove si dimostrasse che il divorzio era stato solo una finzione. Una risposta, a dir così, di principio, in tutto consona all'autorità di giurista di corte, già evidenziata da altre notissime occasioni⁴¹, che Trebazio Testa aveva ormai stabilmente acquisito.

Alla domanda relativa a chi fu l'interrogante di Trebazio credo che ormai la risposta sia facile. Evidentemente, l'interrogante fu Augusto, nella duplice veste di tutore delle buone ragioni dell'*aerarium* e di erede istituito da Mecenate⁴².

³⁸ Non mi nascondo che la frase « *Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit* » induce a pensare, a tutta prima, ad una decisione o ad un parere emesso dal giureconsulto in una controversia tra i due personaggi. Tuttavia, a parte ciò che si è detto *retro* nt. 37, va ricordato che i *responsa* non erano *sententiae*, ma erano solitamente resi ad uno solo dei contendenti.

³⁹ Trebazio sopravvisse almeno sino al 4 d. C.: cfr. SONNET, sv. *Trebatius* n. 7, in *PW.* 6.A2 (1937) 2259.

⁴⁰ E a seguito, si aggiunga, di un divorzio sottolineato con particolare evidenza a causa dei motivi addotti *retro* nt. 34. Fu anche conseguenza del principio stabilito da Trebazio quanto si legge in Marcell. 3 *ad l. Iul. et Pap.* D. 23.2.33: *Plerique opinantur, cum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse: quibus adsentior, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint nec inter moras aut illa alii nupserit aut ille aliam duxerit, maxime si nec dotem vir reddiderit.* V. anche *retro* nt. 6.

⁴¹ L'episodio più noto di tutti è quello dell'introduzione dell'istituto dei *codicilli*, accettato da Augusto su consiglio di Trebazio, « *cuius tunc auctoritas maxima erat* »: cfr. I. 2.25 pr. c GUARINO (nt. 5) n. 36.10, con bibliografia.

⁴² *Retro* n. 1 e nt. 9.

Narra Svetonio che Augusto non solo amava vedersi gratificare testamentariamente dai suoi amici, ma si crucciava non poco se questi non erano stati con lui molto generosi; d'altra parte il biografo non omette di segnalare a favore del principe che egli era scrupolosissimo nel non pretendere più di quanto a rigore gli spettasse⁴³. Le due notazioni concorrono nel rendere sufficientemente chiaro perché mai Augusto, proprio lui, sia potuto essere tanto interessato a strappare a Terenzia una cospicua donazione cui ella forse non aveva diritto.

Tanto più che gli anni passano purtroppo per tutti, e che ormai Terenzia il suo vecchio fascino lo aveva irrimediabilmente perduto.

⁴³ Il presente articolo è destinato agli *Studi in memoria di Ettore Lepore*.

LABEONE GIURISTA MERIDIONALE

1. — Qualcuno avrà giudicato trito, altri avrà trovato pretenzioso che l'Istituto di diritto romano dell'Ateneo di Napoli abbia dedicato a Labeone la sua rassegna di studi, quando essa ha preso vita nel 1955. Il nome di Labeone, infatti, già di per sé fortemente impegnativo, era stato eletto, come tutti sanno, da Alfred Pernice, piú di ottant'anni prima, a titolo di quella sua splendida opera, purtroppo rimasta incompiuta, sul diritto privato dell'età augustea¹.

Ma il motivo per cui si è scelta come insegna della nuova pubblicazione periodica la figura di Marco Antistio Labeone non è stato, si creda, quello di prefissare orgogliosamente un alto livello alla rassegna, e nemmeno quello di emulare, o comunque di riprendere e continuare l'opera egregia del Pernice. È stato un motivo, semplicemente, connesso ad una precisa e modesta indicazione locale. Labeone fu (a molti sfugge) un « meridionale ». Non solo, rispetto all'*urbs Roma*, dal punto di vista geografico. Ma anche (è probabile) rispetto alla giurisprudenza dei tempi suoi, da un punto di vista, a dir così, esistenziale.

Fu in questo nostro Sud dell'Italia (era Sud già da allora) che Labeone forse studiò e forse ogni anno amò ritornare, per la durata media di un semestre, « *ut . . . conscribendis libris operam daret* »². Ma vi è

* Rielaborazione del Redazionale di *Labeo* 1 (1955) 5 s. e dell'articolo apparso *ivi*, con lo stesso titolo di questo, a p. 49 s.

¹ A. PERNICE, *M. Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* 1 (1873). Per un quadro bibliografico aggiornato: R. A. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire* (1989) 25 ss. Sempre valida, nel suo complesso, la palingenesi labeoniana di F. P. BREMER, *Jurisprudentiae antebadianae quae supersunt* 2.1 (1898) 9 ss. *Ivi* anche, 281 ss., la palingenesi di Capitone (in ordine al quale v. anche: W. STRZELECKI, *C. Atei Capitonis fragmenta* [1967]).

² Pomp. *sing. enchir.* D. 1.2.2.47: *Post hunc (i.e. Tiberonem) maxime auctoritatis fuerunt Ateius Capito, qui Ofilium secutus est, et Antistius Labeo, qui omnes hos audivit, institutus est autem a Trebatio. ex his Ateius consul fuit: Labeo noluit, cum offerretur ei ab Augusto consulatus, quo suffectus fieret, honorem suscipere, sed plurimum studiis operam dedit: et totum annum ita diviserat, ut Romae sex*

di piú. Nell'antico Labeone noi del gruppo di studio napoletano abbiamo osato ravvisare, e senza forse, alcune intime caratteristiche, almeno a nostro avviso, del giurista e dell'uomo di studi meridionale, in particolare del « napoletano » nell'Italia di oggi³.

In lui lo stesso amore, ma, ad un tempo, la stessa riluttanza per quella Roma (qui intesa come il centro-nord della penisola), cui mille richiami, e non soltanto di affari, continuamente lo traggono, ma da cui, sempre che gli sia possibile, egli secede, per ritornare al clima spesso variabile, ma sempre ed invariabilmente mite, di queste nostre inesplorate regioni.

In lui la stessa spontanea disposizione all'inquadramento della vita quotidiana negli schemi della logica e del diritto, quindi alle professioni ed agli impieghi cosí detti « legali », ma, ad un tempo, lo stesso ritegno dalle parole rotonde o dure e lo stesso trasporto verso l'uscita estrosa e la battuta vivace, comunque mai (o quasi) sarcastica e offensiva. In lui la stessa apertura dello spirito ad ogni nuovo sviluppo, ma, ad un tempo, la stessa r mora di un saldo tradizionalismo di costumi e la stessa prudente avvedutezza nel compiere, l'un dopo l'altro, i ragionevoli passi in avanti.

E finalmente, in lui, lo stesso culto per la libert , ma quella vera: quella che, al di fuori di ogni fede religiosa e politica, si traduce nella tolleranza per le altrui opinioni, nella difesa non caparbia delle opinioni

mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet et conscribendis libris operam daret. itaque reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur . . . La frase finale di questo passo (relativo anche a Capitone)   trascritta, data la sua importanza, *infra* n. 5, nel testo.

³ Sulla « meridionalit  » italiana nelle sue varie specie locali, e in particolare sulla « napoletanit  », esiste una letteratura sterminata, spesso giustamente o ingiustamente impietosa, che   assolutamente impossibile, in questa sede, cercar di ridurre ad un numero di opere e di riferimenti che non sia troppo lungo e, nel contempo, troppo scarno. La tendenza pi  diffusa, come per le meridionalit  di altre nazioni civili,   quella falsificante della tipizzazione, spesso purtroppo basata su analisi di estrema superficialit : analisi che, per il Mezzogiorno d'Italia, hanno le loro radici in opere famose del « grand tour » compiuto da illustri transalpini di due o tre secoli fa nel paese « wo die Zitronen bluh'n ». Naturalmente, sono consapevoli del fatto che le « caratteristiche » del meridionale italiano (anzi del napoletano) odierno, quali vengono presentate in questo articolo, sono anch'esse frutto di un processo di tipizzazione. Appunto perci  avverto *in limine* che esse sono espressione di un punto di vista del tutto soggettivo, mio e dei miei amici del gruppo di studio napoletano: punto di vista, peraltro, basato su un'esperienza « *ab intrinseco* » piuttosto lunga e, aggiungo, sofferta.

proprie e sopra tutto nella capacità (che è tutt'altro, si badi, dall'epicureismo) di sottrarsi, sia pure talvolta con sforzo, al richiamo delle proprie ambizioni ed ai servilismi spirituali che quel richiamo comporta.

Se, e quanto e come la rassegna napoletana intestata a *Labeo* abbia corrisposto, in quaranta anni di vita, alla sua ispirazione iniziale, non è cosa che proprio io possa, e che comunque proprio io voglia dire. Lasciamo *Labeo* alla sua piccola storia e vediamo piuttosto, nelle brevi note che seguono, l'estensione ed i limiti di verità di una configurazione (d'accordo, eminentemente allusiva) di Labeone quale « giurista meridionale ».

2. — Poco o nulla vi è da aggiungere a quanto ormai universalmente si sa o si ammette circa il dato « geografico » della nazionalità del nostro⁴.

Labeone, Marco Antistio⁵, figlio di un altro giureconsulto, Pacuvio Antistio Labeone⁶, fu originario, se non nativo, della comunità sannitica dei *Ligures Baebiani* o degli immediati dintorni⁷, ove fu presumibilmente proprietario e comunque consueto abitatore di un fondo denominato Gelliano o Galliano⁸. Prese a moglie una sannita Nerazia⁹,

⁴ Per tutti: W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1952) 28, 32 ss., 115 ss.

⁵ Cfr. tuttavia ps. Acro, in *Horat. serm.* 1.3.82, che parla di *Martius Antistius*.

⁶ KUNKEL (nt. 4) 32 ss.; M. BRETONE, *Labeone e la cultura augustea*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*² (1982) 129 nt. 2.

⁷ Sulla storia di *Ligures Baebiani*: KUNKEL (nt. 4) 34 nt. 72.

⁸ Cfr. Gell. 13.12.4. Sull'emendazione di *Gellianum* in *Gallianum*, da ultimo: BRETONE (nt. 6) 131 nt. 6.

⁹ Cfr. D. 34.2.32.6 (Paul. 1 ad *Vitell.*): *Labeo testamento suo Neratae uxori nominatim legavit « vestem mundum muliebrem omnem ornamentaque muliebria omnia lanam linum purpura versicoloria facta infectaque omnia » et cetera. sed non mutat substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio, quia Labeo testamento lanam ac deinde versicoloria scripsit [quasi desit lana tincta lana esse] detractoque verbo 'versicolorio' nihil minus etiam versicoloria debebuntur [, si non appareat aliam defuncti voluntatem fuisse].* Sull'interpolazione finale: G. DONATUTI, *Dal regime dei « verba » al regime della « voluntas »* (1925), in *St. di dir. rom.* (1976) 238. L'interpolazione di « quasi — esse » (ove appare anche un *desit* per *desierit*) è proposta da me: « versicoloria » non si riferisce soltanto alle stoffe di lana, ma anche a quelle di lino. Vi è ancora da aggiungere che all'attestazione di Paolo (peraltro da ritenersi sino ad un certo punto sicura, sia per il riferimento ad una disposizione testamentaria di due secoli prima, sia, in particolare, per l'attribuzione proprio a Labeone di un linguaggio giuridico non ben misurato) taluni autori moderni (per

ch'era antenata del giureconsulto Nerazio Prisco e originaria della vicina Saepinum¹⁰. A sua volta C. Trebazio Testa, di cui era stato allievo¹¹, proveniva da un altro centro sannita, la città di Velia in Lucania¹².

Meno sicuro è se Labeone si sia formato, come giurista, esclusivamente o prevalentemente a Roma-città, insomma nelle adiacenze del Foro. Vero è che Pomponio asserisce che egli fu *auditor* quanto meno di Cascellio e di Tuberone¹³, ma io riterrei che la frequenza di questi ed eventualmente di altri giureconsulti sia avvenuta a titolo saltuario, e che Labeone difficilmente si sia intrattenuto da giovane nell'Urbe, anziché nei suoi luoghi di origine, dal momento che in quei tempi Pacuvio Labeone, suo padre, avendo fatto parte della congiura anticesariana, era impegnato nella guerra civile, in cui trovò la morte¹⁴, e che per qualche po' di anni dopo Filippi l'aria di Roma non dovette essere facilmente respirabile per le famiglie dei cesaricidi¹⁵. Se si tiene presente che egli morì non prima del 10 d. C.¹⁶ e non dopo il 22, anno della morte di Capitone¹⁷, e se da quelle date si risale indietro per una settantina d'anni, si trova che la nascita di Labeone avvenne tra il 60 e il 50 a. C. all'incirca¹⁸: il che implica, appunto, che nel periodo 44-40 a. C., se non anche più in là del 40, il giovane giurista si tenne a riguardosa distanza dai Cesariani. Il trasferimento o il ritrasferimento a Roma-città, sia per avviarsi un inizio di carriera magistratuale e sia per intrattener-

esempio: BREMER [nt. 1] 2.1.13) non esitano a ricollegare la notizia di I. 2.25 circa i *codicilli* fatti da Laebone: il che è veramente azzardato, parlandosi qui solo di un *testamentum*, ed è comunque da escludere per i motivi indicati *infra*.

¹⁰ KUNKEL (nt. 4) 145. Sui Nerazi e sui loro collegamenti con *Ligures Baebiani*, da ultimo: V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano* (1989) 21 ss., con bibliografia.

¹¹ Cfr. il citato (nt. 2) D. 1.2.2.47.

¹² KUNKEL (nt. 4) 28. Su Trebazio, da ultimo: M. D'ORTA, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa* (1990), con bibliografia.

¹³ Cfr. il citato (nt. 2) D. 1.2.2.47 in relazione al paragrafo precedente. Al proposito: P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*² (1912) 155 nt. 8.

¹⁴ BRESTONE (nt. 6).

¹⁵ Da ultimo: K. CHRIST, *Krise und Untergang der römischen Republik*² (1993) 437 ss.

¹⁶ KUNKEL (nt. 4) 114.

¹⁷ Lo si desume dal fatto che di lui già morto scriveva Capitone, morto a sua volta nel 22 (cfr. Tac. *ann.* 3.75), nella lettera riportata da Gellio, di cui *infra* n. 4.

¹⁸ È ovvio che il calcolo è reso ancora più approssimativo dal noto errore di Dionigi il piccolo nella identificazione degli anni *ante Christum*.

visi « *cum studiosis* », fu insomma operato da Labeone, a mio avviso, in età non piú molto giovanile.

Ciò posto, il vero maestro di Labeone, colui che lo istruí e lo educò in tutto e per tutto, fu essenzialmente Trebazio¹⁹, il quale era già stato amico di Cesare ed era passato ad essere amico e consigliere ascoltattissimo di Ottaviano²⁰. Probabile è che Trebazio, sempre piú occupato nella vita pubblica, abbia talvolta assunto il suo allievo e amico a proprio collaboratore nell'attività di consulente: del che fornisce persuasivo indizio, tra gli altri, un caso pratico relativo ad una partita di vino di Sorrento²¹. Possibile è che l'influenza di Trebazio abbia contemporaneamente spinto Labeone a non sottrarsi ad un inizio di carriera pubblica ed abbia indotto Augusto a cercare di propiziarsi lo stesso Labeone, almeno fino a quando questi non decise di tagliar corto, dopo il 18 a. C.²², con le faccende e le ambizioni di stato.

Probabile, possibile, intuibile. Piú di tanto non posso e non voglio qui sostenere.

3. — Fermiamoci ora sul pensiero del nostro e sulle sue caratteristiche di « meridionalità ».

Mai mi indurrò, per nessuna ragione, a scendere in quella « fossa dei leoni » in cui si aggirano certi contemporanei estimatori di Labeone, delle sue tecniche argomentative, delle sue squisitezze grammaticali, delle sue sottilissime logiche e via esaltando, e forse un pochino pro-

¹⁹ Cfr. D. 1.2.2.47 cit. (nt. 2): « *institutus est autem a Trebatio* ».

²⁰ D'ORTA (nt. 12) *passim* e 114 ss. Merita rilievo a questo proposito, la cura di cui Labeone dette prova, riferendo (e « generalizzando ») un famoso responso di Trebazio (forse reso ad Augusto) circa una donazione intervenuta « *inter Terentiam et Maccenatem* »: cfr. Iavol. 6 *post. Lab.* D. 24.1.64. Sul punto, da ultimo: A. GUARINO, *Mecenate e Terenzia*, in *Labeo* 38 (1992) 137 ss.

²¹ D. 33.6.16 pr. (Iavol. 3 *post. Lab.*): *Qui vinum Surrentinum in urnalibus habebat diffusum, is tibi « vinum » legaverat « in amphoris omne ». illud quoque vinum quod in urnalibus fuisset legatum esse Labeo et Trebatius responderunt*. Il quesito, palesemente relativo ad un unico *casus* (se dovessero intendersi equivalenti nel significato le *amphorae* agli *urnalia*, la cui capacità era peraltro quella di una mezza anfora), fu risolto congiuntamente da Trebazio e da Labeone. Il nome di quest'ultimo precede, nel testo di Giavoleno, quello del piú vecchio Trebazio perché Giavoleno faceva capo ad un racconto di Labeone.

²² Secondo Suet. *Aug.* 54 e Cass. Dio 54.15.7, nel 18 a. C. Labeone fece parte di una commissione per la revisione dei ruoli senatorí: *infra* n. 4.

rompendo²³. Temo che nessun angelo sarebbe inviato dall'Onnipotente, come avvenne per il profeta Daniele, a chiudere le bocche di quelle fiere personalità scientifiche di fronte alle sciocchezze che inevitabilmente direi²⁴.

Tenendomi prudentemente lontano dagli orli insidiosi della fossa, le cose che qui mi permetterò di segnalare, ai fini della illustrazione del mio punto di vista, sono tre.

Primo. Labeone ebbe un certo gusto della battuta faceta, ma lo ebbe a sostegno di tesi giuridiche assolutamente serie.

Secondo. Labeone, se non amò il regime augusteo, tuttavia non vi si ribellò in modo aperto e deciso, anzi in certo modo finì per rassegnarvisi, allontanandosi dai suoi aspetti e dalle sue lusinghe e concentrandosi perciò nello studio del diritto privato.

Terzo. In materia di diritto privato Labeone fu tutt'altro che un oscuro conservatore, ma fu all'occasione un ardito creatore (pur se non scioccamente temerario) di idee e soluzioni nuove, che raccolsero molto successo sia tra i contemporanei sia tra i posteri.

4. — Abbastanza facile, per cominciare, è l'individuazione della bonaria ironia che sottende la risposta data da Labeone al quesito se fosse ammissibile l'*actio redhibitoria* a favore di chi avesse comprato uno schiavo e si fosse poi accorto che lo stesso era quasi totalmente sdentato²⁵.

Gell. 4.2.12: *Eum vero, cui dens deesset, Servius redhiberi posse respondit, Labeo in causa esse redhibendi negavit: nam et magna (inquit) pars dente aliquo carent, neque eo magis plerique homines morbosus sunt, et absurdum admodum est dicere non sanos nasci homines, quoniam cum infantibus non simul dentes gignuntur.*

L'editto degli edili curuli, a garanzia della onestà delle contrattazioni di vendita, esigeva che gli offerenti precisassero, tra l'altro, « *quid*

²³ Le citazioni del BAUMAN (nt. 2) 25 ss. non si estendono sino alla configurazione del fenomeno dei « labeoniani » (fenomeno analogo a quello dei « dantisti », dei « manzoniani », dei « proustiani » ecc.), in ordine al quale R. ORESTANO ha parlato recentemente di « romanzo di Labeone », in *Introduzione allo studio del diritto romano*³ (1987) 513 nt. 31.

²⁴ Vecchio Testamento, Daniele 6.16.24.

²⁵ Il compratore, sia detto « *per incidens* », non era stato particolarmente accorto. Aveva acquistato lo schiavo « a bocca chiusa », fidandosi delle apparenze, oltre che delle assicurazioni generiche fatte dal venditore nel cartello di vendita (*titulus*) circa la piena integrità di lui. Nel mercato degli animali (cui gli schiavi erano equiparati) aprir loro la bocca e guardar bene dentro era (ed è tuttora) una precauzione usuale.

morbi vitiumve cuique (mancipio) sit », promettendo la redibizione, a richiesta del compratore e non oltre un certo tempo dalla vendita, se un *morbus vitiumve* non preindicatedo venisse alla luce²⁶. Delle molte divergenze che ovviamente insorsero circa il carattere determinante del *morbus vitiumve* e circa la differenza tra *morbus* (malattia) e *vitium* (difetto fisico o psichico) Gellio si compiace di riportarne qualcuna²⁷ e tra esse quella tra Servio, il quale non dubitava che la mancanza non preavvertita di qualche dente²⁸ fosse un *vitium* redibitorio, e il nostro Labeone, che parlava di *morbus* (non di *vitium*) e che non soltanto escludeva nel caso specifico il *morbus*, ma addirittura utilizzava come supporto l'argomento svolto nel periodo « *et absurdum—fin.* ».

Ora, io non contesto, anzi sottolineo, che queste parole fanno di faceto e che esse, prese alla lettera, avviano alla conclusione che uno schiavo risultante anche del tutto sdentato non sia per ciò redimibile. Ma leggiamo quanto riporta poco prima Gell. 4.2.3-5²⁹. Vi troviamo che, secondo la testimonianza di Celio Sabino, Labeone ravvisava nel *morbus* la innaturale condizione di un corpo umano, che ne diminuisce in tutto o in parte le funzioni, e sosteneva che chi ha un *morbus* ha anche inevitabilmente un *vitium*, in ordine al quale è però da vedersi caso per caso se e quanto sia determinante, cioè se sia tale da aprire il varco all'*actio redhibitoria* oppure soltanto all'*actio quanti minoris*. Ragionamento, per vero, piuttosto contorto, che lascio ai « labeoniani »

²⁶ Per il testo editto: LENEL, EP. § 293, spec. p. 555. Da notare è che Gell. 4.2.1 attribuisce all'editto lo stesso contenuto, ma in una redazione diversa: *In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit: «Titulus servorum singulorum scriptus sit curato ita, ut intellegi recte possit, quid morbi vitiumve cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit».*

²⁷ Gell. 4.2 si divide in 15 paragrafi.

²⁸ Il « *dens* » di Servio non è da intendere, a lume di buon senso, come un dente solo. Che si tratti di « qualche dente » lo fa intravedere (anche se non lo dice per esplicito) il discorso di Labeone.

²⁹ Gell. 4.2.3-5: *Caelius Sabinus in libro, quem de edicto aedilium curulium composuit, Labeonem refert, quid esset « morbus », hisce verbis definisse: « morbus est habitus cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius facit deteriore ». Sed « morbus », alias in toto corpore accidere dicit, alias in parte corporis. totius corporis morbum esse, veluti sit pthisis aut febris, partis autem, veluti sit caecitas aut pedis debilitas. « Balbus autem », inquit, « et atypus vitiosi magis quam morbosi sunt, et equus mordax aut calcitro vitiosus non morbosus est. sed cui morbus est, idem etiam vitiosus est. neque id tamen contra fit; potest enim qui vitiosus est non morbosus esse. quamobrem, cum de homine morbo agatur, aequae », inquit, « ita dicetur: quanto ob id vitium minoris erit ».*

più distinti di elogiare come a me non riesce; ma ragionamento che riflette un'opinione molto diffusa ai tempi di Roma, e per molti secoli in quelli successivi, prima che si formasse la scienza della stomatologia. La caduta dei denti non è una malattia e i cavadenti non sono dei medici, sia pur specialisti³⁰: sí che uno schiavo privo di qualche dente non si può definire *morbosus* (così come non si può qualificare ammalato chi sia affetto da balbuzie o da difetti di pronuncia) e per ammettere la redibizione (in luogo di una eventuale riduzione di prezzo) bisogna andare con i piedi di piombo, cioè provare che la deficienza è grave.

Alla luce di questi chiarimenti, la uscita finale sui neonati che sono sanissimi, pur essendo privi di denti è certamente una battuta, ma è una tipica battuta meridionale non esplicitata a titolo gratuito e giocoso, bensì esternata « pour cause ».

5. — Altrettanto « pour cause », allo scopo cioè di dare evidenza alla opportunità di una importante innovazione, quella costituita dall'*actio iniuriarum aestimatoria*, Labeone ha tirato fuori dalla sua memoria (o dalla sua fantasia?) il raccontino scherzoso di Lucio Verazio e degli schiaffi che andava propinando in giro per Roma³¹.

Su questo famosissimo aneddoto io qui mi fermo, avendone già parlato, quel tanto che a me pare che basti, in altro luogo, nel quale (mi limito a questo) credo di avere forse finalmente individuato il senso sottile del verbo « *depalmare* » usato da Labeone per designare gli schiaffi di Verazio, che erano poi, in realtà, solo buffetti dimostrativi³². La sola cosa che qui mi pare opportuno di aggiungere è che piuttosto fuori strada sono, a mio avviso, coloro che hanno immaginato, al proposito, un trasporto particolare di Labeone per le antichità, ed in particolare per le espressioni antiche³³. L'« esprit de finesse » del grande

³⁰ Sul tema, vastissimo e molto discusso, della scienza medica mi limito a citare: H. M. KÖLBING, *Arzt und Patient in der antiken Welt* (1977) *passim* e spec. 207 ss., con bibliografia.

³¹ Gell. 20.1.13: *Labeo quoque vester in libris, quos ad duodecim tabulas conscripsit, ... inquit: « Lucius Veratius fuit egregie homo improbus atque immani vecordia, is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. eum servus sequebatur, ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat. propterea ... praetores post hanc (legem) abolescere et relinqui censuerunt (rell.) ».*

³² A. GUARINO, « *Ineptiae iuris Romani* »: X. 1. Labeone e gli schiaffi, in *Labeo* 38 (1992) 314 ss.

³³ In particolare: BRETONE, *Gli schiaffi di Lucio Verazio*, in *Tecniche* (nt. 6) 185 ss.

giurista non mi pare che, almeno in questa occasione, sia stato finalmente penetrato.

Certo, di una forte predilezione per le istituzioni antiche da parte di Labeone parla esplicitamente Ateio Capitone, in una lettera relativa a lui ormai defunto³⁴, che è in parte trascritta in un passo di Gellio. Ma leggiamola bene, questa lettera, prima di decidere se accodarci in tutto e per tutto a certi pur autorevoli autori.

Gell. 13.12.1-4: *In quadam epistula Atei Capitonis scriptum legimus Labeonem Antistium legum atque morum populi Romani iurisque civilis doctum adprime fuisse. « Sed agitabat », inquit, « hominem libertas quaedam nimia atque vecors usque eo, ut divo Augusto iam principe et rempublicam obtinente ratum tamen pensumque nihil haberet, nisi quod iussum santumque esse in Romanis antiquitatibus legisset ». Ac deinde narrat, quid idem Labeo per viatorem a tribunis plebis vocatus responderit. « Cum a muliere », inquit, « quadam tribuni plebis adversus eum aditi (in) [Gellianum] (Gallianum)³⁵ ad eum misissent ut veniret et mulieri responderet, iussit eum, qui missus erat, redire et tribunis dicere ius eos non habere neque se neque alium quemquam vocandi, quoniam moribus maiorum tribuni plebis prensionem haberent, vocationem non haberent; posse igitur eos venire et prendi se iubere, sed vocandi absentem ius non habere ».*

Anche se non nel modo radicale che sarà poi illustrato da Tacito³⁶, la divergenza tra Capitone e Labeone in ordine al regime augusteo risulta, dalle parole di Capitone, chiarissima. Mentre per Capitone, giunti ad un certo momento (mettiamo il 23 a. C.), ormai il « principato » di Augusto era cosa (piacesse o non piacesse) del tutto scontata, per Labeone no: ogni occasione gli tornava buona per mettere in discussione le novità del principato augusteo e per schierarsi a favore delle istituzioni tradizionali repubblicane. Tuttavia, a parte ciò che dirò tra poco circa le « *antiquitates* » da lui predilette³⁷, gli atteggiamenti di Labeone non derivavano tanto dalla sua indubbia insofferenza dell'azione politica di Augusto, quanto si collegavano, almeno secondo Capitone, ad un dato caratteriale situato, per così dire, « a monte ». Almeno sul piano politico e del connesso diritto pubblico, Antistio Labeone era un vero e proprio

³⁴ « *Agitabat* ».

³⁵ *Retro* nt. 8. Forse il guasto ha coinvolto tre parole: « *in Gallianum viatorem* ».

³⁶ Cfr. Tac. *ann.* 3.75.1: *Labeo incorrupta libertate et ob id fama celebratior, Capitonis obsequium dominantibus magis probabatur.*

³⁷ *Infra* n. 5.

« bastian contrario », informato ad una « *libertas quaedam nimia et vecors* » (ad uno spirito di indipendenza eccessivo e smodato³⁸).

Orbene, è allo « spirito di contraddizione » caratteristico in generale di Labeone, e non specificamente alla sua avversione per Augusto, che si riconnette, a mio modo di intendere, l'episodio del suo rifiuto di obbedire ad una convocazione dei tribuni della plebe.

Proprio da Gellio³⁹ apprendiamo che già Varrone aveva contestato il *ius vocandi* dei tribuni: punto sul quale, per brevità, non mi soffermo. Che Labeone abbia fatto lo stesso può ben essere criticato sul piano pratico, come appunto fa Gellio⁴⁰, ma è puro esercizio di acrobazia argomentativa supporre che anche in questo caso il comportamento di lui sia stato dettato dalla contestazione indiretta della *tribunicia potestas* di Augusto⁴¹, anziché da uno scatto del suo temperamento reattivo: scatto, oltre tutto, giustificato dalla rozza pretesa di farlo muovere dal lontano suo fondo Galliano e di farlo subito andare sino al Foro di Roma per difendersi da imprecisate accuse di una imprecisata signora⁴². Ad un avversario di Augusto e della sua *tribunicia potestas*, offensivamente limitativa del potere degli ordinari *tribuni plebis*, non vedo proprio come si addica una interpretazione ulteriormente riduttiva del campo di attribuzioni di quell'istituto, ch'era gloria delle tradizioni repubblicane. E ancor meno l'allusione alla *tribunicia potestas* mi pare spiegabile, in termini di realismo, in un'epoca nella quale il principe aveva ben altri poteri per chiamare in sua presenza, e farvelo accompagnare (se del caso) con la forza, un qualunque privato cittadino.

³⁸ BRETONE (nt. 2) 137 ss., traduce « un senso folle e smisurato della libertà » e coglie l'occasione per considerazioni non so quanto pertinenti, anche se molto dotte, intese a dimostrare che, tutto sommato, la *libertas* di Labeone, pur vista in senso negativo da Capitone, era comunque *libertas*, la quale si nutriva di *antiquitas*. Francamente direi che nella lettera di Capitone « *libertas* » significhi puramente licenza, sfrenatezza, mancanza di autocontrollo.

³⁹ Cfr. Gell. 4.12.5-6.

⁴⁰ Gell. 4.12.7-9. *Huius ego iuris, quod M. Varro tradit, Labeonem arbitror, vana tunc fiducia, cum privatus esset, vocatum a tribunis non isset. quae, malum, autem ratio fuit vocantibus nolle obsequi quos confiteare ius habere prendendi? nam qui iure prendi potest et in vincula duci potest.* Se anche tale modo di ragionare è giusto, sta in fatto che i *tribuni* (o uno di loro) si sarebbero dovuti scomodare sino al fondo Galliano per mettere ai ferri Labeone, e sta in fatto che, almeno secondo la lettera di Capitone, essi tutto ciò non fecero e non si sentirono di farlo.

⁴¹ BRETONE (nt. 2) 133 ss.; D. NÖRR, *Zum Traditionalismus der römischen Juristen*, in *Fs. Flume* (1978) 164 s.

⁴² Il che si dice, ovviamente, nei limiti dell'ipotesi che il fondo Galliano fosse veramente sito in quel di *Ligures Baebiani*.

In conclusione (e versando oggi un qualche po' di acqua fredda sul fuoco di esagerati entusiasmi del passato), non direi proprio che M. Antistio Labeone abbia mai esternato i suoi sentimenti nei confronti di Augusto e del regime di governo augusteo in decisa ed aperta ripulsa. Il fatto che egli abbia fatto per qualche anno carriera politica, valendosi a questo fine dell'inevitabile appoggio di Ottaviano, è in contrasto con questa deduzione di Tacito tanto diffusamente accolta tra gli studiosi moderni⁴³. A lui si attaglia piuttosto il giudizio del tardo Porfirione, là dove parla di una sua opposizione manifestata, nelle parole e nei fatti, « *contumaciter* »⁴⁴.

Vi è solo un episodio che può contrastare questa mia conclusione. Secondo Svetonio⁴⁵, Labeone accettò, sí, di far parte della commissione incaricata della *lectio senatus* del 18 a. C.⁴⁶, ma dette il voto all'antico triumviro Lepido, già nemico di Augusto e tuttora versante in esilio, anzi fece di più: « *interrogatus . . . ab eo an essent alii digniores, suum quemque iudicium habere respondit* ». Bisogna tenere peraltro presente che la risposta si inquadra in un contesto dedicato da Svetonio a magnificare la tolleranza di Augusto⁴⁷ e che Dione Cassio espone i fatti un po' diversamente da Svetonio. Labeone si sarebbe giustificato con Augusto, chiedendogli perché mai non avesse cominciato egli stesso col rimuovere Lepido dalla carica di *pontifex maximus*⁴⁸.

6. — Se le cose stavano così, io mi domando: è proprio vero che Labeone avesse una spiccata predilezione per gli antichi istituti anche come giurista? In altri termini: il giudizio di Capitone su Labeone (entro gli stretti limiti in cui può essere ritenuto imparziale) si riferiva a quest'ultimo anche in quanto studioso di diritto e giureconsulto, o si limitava invece alle sue vedute politiche ed al suo carattere alquanto bisbetico?

⁴³ *Retro* nt. 36.

⁴⁴ *Ad Horat. serm.* 1.3.82: . . . *memor libertatis, in qua natus erat, multa contumaciter adversus Caesarem dixisse et fecisse dicitur.*

⁴⁵ *Suet. Aug.* 54.

⁴⁶ *Retro* nt. 22.

⁴⁷ Il racconto di Svetonio viene chiuso pertanto con queste parole: *Nec ideo libertas aut contumacia fraudi cuiquam fuit.*

⁴⁸ *Cass. Dio* 54.15.7: οὕτω μὲν δὴ τὸν Λέπιδον μετεχειρίζετο, καὶ ἐπειδὴ γὰρ Ἀντίστιος Λαβέων ἐς τοὺς βουλευσόντας αὐτόν, ὅτε ἡ διαγνώμη ἐκείνη ἐγίγνετο, ἐσεγράψατο, πρῶτον μὲν ἐπιωρηκέναι τε αὐτὸν ἔφη καὶ τηρωρήσεσθαι ἠπειλήσεν, ἔπειτα δὲ εἰπόντος αὐτοῦ « καὶ τί δεινὸν πεποίηκα κατασχῶν ἐν τῷ συνεδρίῳ ἄνδρα ὃν σὺ ἀρχιέρευν ἔτι καὶ νῦν περιορᾷς ὄντα ».

La mia risposta è nettamente nel secondo senso. Per Labeone, « *uti iuris consultus* », non valgono le parole di Capitone nella sua lettera. Vale soltanto quanto emerge da:

Pomp. *sing. enchir.* D. 1.2.2.47: ... *hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt: nam Ateius Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat; Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit*⁴⁹.

La letteratura suscitata da questo passo pomponiano è notoriamente vastissima e si concentra particolarmente su tre punti: la « *perseverantia* » di Ateio Capitone in « *quae ei tradita fuerant* »; la « *ingenii qualitas* » e la « *fiducia doctrinae* » caratterizzante Antistio Labeone; il « *plurima innovare instituit* » dello stesso Labeone⁵⁰.

A me qui interessa rilevare, quanto a Capitone, che la sua *perseverantia*, cioè il suo tradizionalismo (o meglio, la sua astensione da visioni innovative) si riferisce chiaramente al solo *ius privatum*, o piú in generale al *ius* intorno a cui i giuristi erano solitamente interrogati dai privati, per le loro faccende e controversie personali. E invero, prescindendo dal fatto che a ritenere ciò porta la contrapposizione (una contrapposizione tanto netta da dar luogo a due sorte di *sectae*) di Capitone alla vivacità creativa di Labeone, non si può certo qualificare Capitone come un tradizionalista sul piano politico e giuspubblicistico, visto che egli aveva, per sua stessa ammissione, tanto pienamente accettate le novità del principato augusteo⁵¹.

Se questo è il delimitato angolo visuale sotto cui Pomponio esamina e qualifica Capitone, l'angolo visuale relativo a Labeone non può essere che lo stesso. Pomponio non allude cioè al suo amore per le *antiquitates* della politica e del connesso *ius publicum*, ma si riferisce alla sua tendenza a discettare di diritto privato (di quello che era, se posso osare l'accostamento, il « Common Law » dei Romani), facendosi forte della sua spiccata *qualitas ingenii* e della sua *fiducia* in una *doctrina*, in un ricco bagaglio di cognizioni e di connesse capacità argomentative, che egli aveva sperimentato anche al di fuori del campo strettamente giuridico⁵².

⁴⁹ Per la parte iniziale del frammento: *retro* nt. 2.

⁵⁰ Da ultimo, con riferimento a propri ed altrui scritti precedenti: D. NÖRR, « *Innovare* », in *Index* 22 (1994) 61 ss.

⁵¹ Cfr. Gell. 13.12.1-4, riportato *retro* n. 5.

⁵² Sulla *doctrina* di Labeone, secondo Pomponio, vaste e sottili (troppo sottili) considerazioni in BRETONNE (nt. 6) 236 ss., 360 s. V. anche i citati da NÖRR (nt. 50)

Conseguenza: Labeone fu, in relazione a molteplici istituti del diritto privato, un « innovatore » nel senso pieno del termine⁵³. Come, del resto, stanno a dimostrare, a distanza di duemila anni, molteplici e rilevanti e notissimi esempi⁵⁴.

7. — Eppure, vi è una certa giusromanistica contemporanea che a questa imperiosa conseguenza si rifiuta, non so perché, di pervenire.

Posso capire la brillantissima uscita di un grande filologo come Concetto Marchesi, il quale cercò di conciliare l'amore sviscerato per le *antiquitates* di Labeone in Gellio col testo di Pomponio, lanciando la supposizione di un Pomponio che usi « *innovo* » nel senso di riportare a nuovo, di rinnovare, di restaurare alcunché di antico⁵⁵: ipotesi, peraltro, che è stata già da parecchio tempo battuta in breccia da G. Grosso⁵⁶, cui ho aderito io stesso in un corso di lezioni del 1944⁵⁷. La congettura estrosa del Marchesi posso capirla, ma mi sia consentito di dire con franchezza che davvero non riesco ad intendere la consistenza dell'ipotesi conciliativa, anzi direi conciliante, avanzata recentemente da uno studioso della levatura di D. Nörr⁵⁸, là dove sostiene (meglio tradurre alla lettera le sue parole) che l'« *innovare* » di Pomponio ha un « Doppelsinn »: non significa soltanto, riferito a Labeone, introdurre delle « novità » in senso assoluto, ma significa anche « rinnovare », portare a nuovo l'antico⁵⁹.

L'interpretazione del Nörr, preciso, non è affatto infondata: è ov-

nt. 20. Io sono di quelli (molti o pochi, non so) che, francamente, non apprezzano la serietà di certe riflessioni circa il preteso significato profondo delle parole usate dal Pomponio del *liber singularis enchiridii*, almeno per come è riportato in D. 1.2.2. Lo storico deve analizzare attentamente tutto, questo è fuori discussione, ma egli non è vero storico, almeno secondo me, se non si rende conto del diverso valore dei dati che sottopone ad esame.

⁵³ Pomp.: « *qui et ceteris operis sapientiae operam dederat* ».

⁵⁴ Uno per tutti, il contributo dato alla dottrina dei *nova negotia*, per il che v. A. GUARINO, *Dir. priv. romano*⁹ (1992) n. 71.5.1, con bibliografia.

⁵⁵ C. MARCHESI, *Storia della letteratura latina* 2^a (1930) 50 ss., spec. 52.

⁵⁶ G. GROSSO, *Divagazioni su Labeone*, in *Atti Acc. Torino* 78 (1943-44) 4 ss.

⁵⁷ A. GUARINO, *Profilo storico delle fonti del diritto romano*² (1944) 6.

⁵⁸ Il NÖRR (nt. 50) ha preso cognizione della ipotesi del Marchesi e delle ragioni dei suoi contraddittori solo dopo la chiusura del suo manoscritto: cfr. nt. 32. Ciò forse spiega una qualche (sopravvenuta?) esitanza nel suo ragionamento.

⁵⁹ NÖRR (nt. 50) specialm. 65: « Die Wiederaufnahme des Alten ist eine Innovation » ... « Man kann diese Hypothese so formulieren: dass 'innovare' nicht nur 'neuern', sondern auch 'erneuern' bedeutet ».

via. Perché è ovvio che il nuovo non sia sempre integralmente nuovo, perché è ovvio che il nuovo prende il più delle volte il posto dell'antico e perché è ovvio che in tal caso l'antico, per quel che ancora può servire, sia utilizzato nella creazione del nuovo⁶⁰. Ma, a parte il fatto che il « *plurima innovare instituit* » significa per Pomponio che Labeone alcun poche o pochissime cose non le « *innovavit* » e che dunque, almeno per lui « *innovo* » ha il senso generico di essere e di manifestarsi originale nei confronti di Capitone e degli altri giuristi contemporanei⁶¹, quali furono i recuperi dell'antico che (lo abbia o non lo abbia pensato Pomponio) possono essere attribuiti a Labeone?

A prescindere da altri indizi assai tenui, sui quali non credo sia il caso di soffermarsi⁶², le pezze d'appoggio più consistenti addotte dal Nörr sono due. In primo luogo⁶³, la contraddizione tra Lab. 6 *pith. a Paulo ep.* D. 41.1.65.2 (*si qua insula in flumine publico proxima tuo fundo nata est, ea tua est rell.*) e Lab. *eod.* D. 41.1.65.4 (*Si id quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet*): contraddizione

⁶⁰ Senza rifarmi al « *nihil sub sole novi* » e ad apoteismi del genere, mi limito a ricordare che, come la « *species nova* » della *specificatio* prende spunto dalla materia antica, come la *novatio* crea una obbligazione nuova in riferimento ad un *idem debitum*, così il pensiero, la costruzione filosofica o giuridica assai raramente ha caratteri di integrale novità: il che vale in particolare per una giurisprudenza fondamentalmente tradizionalista come quella romana.

⁶¹ Sul concetto di « originalità » v. A. GUARINO, *Giusromanistica elementare* (1989) 314 s.

⁶² Per la precisione, eccoli in breve: a) il *ius vocandi* dei *tribuni plebis*, fermamente negato da Varrone, si era frattanto affermato (« fast durchwegs ») nella prassi, sicché Labeone, negandolo, fece ritorno al passato (cfr. 67); b) Labeone, scrivendo un commento alle XII Tavole dopo circa due secoli di inattività della giurisprudenza in questo genere letterario, intese riaffermare e tradurre in termini moderni i valori delle antiche leggi decemvirali (cfr. 67); c) Labeone, di cui Ulpiano (D. 3.1.1.5) dice che ha riferito (« *refert* ») l'episodio del pretore Bruto, il quale vietò di postulare una causa *pro aliis* al senatore Publilio perché era cieco (« *videlicet quod insignia magistratus videre et revereri non possit* »), può, « wenn man die Anekdote . . . innovatorisch-restaurativ interpretieren will », aver abbracciato questa vecchia tesi, anche se non vi sono elementi per sostenere che egli abbia dato una mano alla successiva stesura della clausola editale relativa (cfr. 67 s.); d) la spiccata predilezione di Labeone per le etimologie è un elemento degno di considerazione per congetturare una sua tendenza al ripristino di valori antichi (cfr. 68 s.). Altre indicazioni (cfr. 71 ss.) sono qui taciute perché lo stesso Nörr dichiara che esse « keine sicheren Belege finden » (cfr. 71) e vanno pertanto molto approfondite.

⁶³ NÖRR (nt. 50) 69 ss.

che egli non risolve correggendo il secondo passo con un « non »⁶⁴, ma risolve (o tende a risolvere) attribuendo a questo secondo periodo una critica in qualche modo evocativa del passato⁶⁵. In secondo luogo⁶⁶, la contraddizione risultante da Lab. 4 *pith. a Paulo ep.* D. 50.16.2, tra il periodo labeoniano (*Si qua poena est, multa est; si qua multa est, poena est*) e quello di Paolo (*utrumque eorum falsum est rell.*): contraddizione che egli, esitativamente, connette ad una reazione passatista⁶⁷ di Labeone nei confronti della *communis opinio* dei tempi suoi (e dei tempi successivi)⁶⁸, la quale distingueva tra *poena* in generale e *multa* (intesa come pena soltanto pecuniaria) in particolare.

Va posto in rilievo che i testi in discussione derivano entrambi dai *libri pithanorum*, opera estremamente discussa in cui sembra che Labeone intenda mettere a confronto, « *docendi causa* », le risposte date ai problemi del *ius privatum*⁶⁹ dai rigori della logica con quelle date agli stessi problemi dagli adattamenti suggeriti dalla pratica⁷⁰. Ciò premesso, proprio non mi pare che, nei due casi ora ricordati, Labeone ritorni in qualche modo al passato.

Nel primo caso, quello dell'*insula in flumine nata*, egli espone solo le esigenze elementari della logica (par. 4) in contrapposizione al diritto vigente (par. 2). Nel secondo caso, il discorso labeoniano relativo

⁶⁴ Così la *communis opinio* sin da tempi della Glossa. Il rifiuto del Nörr mi sembra giusto. Perché mai Labeone avrebbe detto due volte, sia pure in formulazioni diverse (« *insula tua est* », « *insula publica non esse debet* »), la stessa cosa? Meno convincenti gli argomenti basati sulla *littera Florentina*: argomenti sui quali, comunque, non mi fermo.

⁶⁵ « Danach würde Labeo in fr. 65.2. die zu seiner Epoche herrschende Rechtsauffassung wiedergeben; in fr. 65.4. würde diese kritisiert; postuliert (vgl. das 'debet') würde ein der Logik (und der Geschichte?) entsprechender Rechtszustand ». Si noti il dubbio dell'a. circa il riferimento del fr. 65.4 anche alla storia, cioè al passato.

⁶⁶ NÖRR (nt. 50) 71.

⁶⁷ NÖRR (nt. 50) 84 nt. 83. Ma v. p. 71: « doch würde eine einigermaßen plausible Antwort umfassende terminologische Untersuchungen erfordern, für die hier nicht der Raum ist ».

⁶⁸ Fest. sv. « *multam* » L. 142: *Multam osce dici putant poenam quidam; M. Varro ait poenam esse, sed pecuniariam.* Cfr. anche Ulp. D. 50.16.131.1.

⁶⁹ Il NÖRR (nt. 50) 69 parla dei due casi come attinenti al *ius publicum*: il che è esatto, ma lascia in ombra il fatto che i problemi relativi si ponevano, con tutta probabilità, per privati cittadini.

⁷⁰ Sui *libri pithanorum*: BREONE (nt. 6) 147 ss., con un tentativo di spiegazione molto sottile, sul quale non intendo qui soffermarmi.

al diritto vigente è sparito (o meglio, è stato formalmente assorbito dalle parole dell'epitomatore), mentre sono rimaste le parole relative alle esigenze della logica, parole che non credo esprimano il vero pensiero di Labeone, ma che comunque (vedi caso) sono in contrasto, e non in accordo, con l'opinione che era stata manifestata in passato da Varrone ⁷¹.

8. — Non parlerei, in conclusione, di una « (ineffable) Individualität Labeos » ⁷², o almeno non intenderei questa qualifica come un segnale di insuccesso della nostra ricerca sull'antico giurista. Ciò che di lui è a noi pervenuto è troppo poco per tentare una ricostruzione attendibile della sua personalità. Vecchia storia, vecchissima storia, che vale checché si dica (ma lo si dice ancora?) da alcuni, per tutti i giureconsulti romani ⁷³.

Parlare, come io qui ho parlato, di un Labeone « giurista meridionale » è dunque (chi lo può disconoscere?) appigliarsi, fuori del dato geografico, a puri e semplici indizi, anzi agli indizi che si preferiscono, insomma alle proprie personali impressioni ed alla propria personale tendenza, sulla base di queste impressioni, ad identificarsi con lui. È tutto.

⁷¹ *Retro* nt. 68.

⁷² NÖRR (nt. 50) 73.

⁷³ Sulla irrecuperabile « individualità » dei giureconsulti romani (questione divenuta ormai stantia), v., per quanto mi riguarda: A. GUARINO, *Le ragioni del giurista*, in *Le ragioni del giurista* (1983) 9 ss., spec. 14 ss. Ma potrei citare molti altri luoghi, nei quali, sia prima e sia dopo il 1983, ho manifestato e cercato di argomentare il mio insuperabile scetticismo per questo tipo di « recherches du temps perdu ».

LABEONE E GLI SCHIAFFI

1. — Gloria Galeno, prendendo garbatamente in giro proprio il sottoscritto, ha dedicato nel 1984 alcune fini osservazioni alla « leggenda moderna », che aveva intrappolato anche me, circa la condizione sociale di cavaliere attribuita da alcuni giusromanisti a Lucio Verazio, il famoso « schiaffeggiatore a sensi di legge ». Sono pagine, per chi abbia gusto, che vale la pena di leggere e che mi sono tornate ancora una volta sott'occhio nella recente occasione di una gradita visita che Verazio, Favorino, Labeone e Gellio mi hanno fatto a casa per il tramite di un saggio inviatomi dal giovane e valente studioso Vincenzo Scarano Ussani.

Naturalmente tutti ricordano il famoso passo di Gellio¹ in cui Favorino di Arelate discute con Sesto Cecilio Africano e giustamente sostiene che le pene pecuniarie fisse sancite dalle antiche leggi sono diventate (per effetto della svalutazione monetaria, è chiaro) tanto irrisorie da perdere ogni funzione deterrente. A conforto della sua tesi, Favorino fa l'esempio dei venticinque assi fissati nel quinto secolo dalle XII tavole per il delitto di *iniuria*, da intendersi nel senso di percossa, e cita testualmente a Sesto Cecilio un apologo scritto da « *Labeo vester* » (dal « Labeone di voi giuristi ») nel suo commento alle leggi decemvirali.

Gell. 20.1.13: . . . « *Lucius Veratius fuit egregie homo improbus atque immani vecordia, is pro delectamento habebat os hominis liberi*

* In *Labeo* 38 (1992) 314 ss.: dedicato alla memoria di Gloria Galeno Marzocchi.

¹ Sul tema: G. GALENO, *Verazio il cavaliere*, in *Scr. Guarino* (1984) 1883 ss.; M. BRETONE, *Gli schiaffi di Lucio Verazio*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*² (1982) 185 ss.; A. GUARINO, *Giusromanistica elementare* (1989) 246 ss.; A. D. MANFREDINI, « *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis* », in *ACOP*. 5 (1992) 65 ss., spec. 76 ss.; V. SCARANO USSANI, *Gli « scherzi » di Lucio Verazio*, in *Z. Pap. und Epigr.* 90 (1992) 127 ss., con altra bibliografia. L'edizione qui accolta della « Canzone del guarracino » è quella di: G. DORIA, *Il napoletano che cammina* (1957) 263 ss., spec. 275 ss. Per le consuetudini cavalleresche: J. GELLI, *Codice cavalleresco italiano*¹⁵ (1926) *passim*; L. MICELI, L. SANGIOVANNI, *Codice cavalleresco (napoletano)* (1931) *passim*.

manus suae palma verberare. eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat. propterea... praetores postea hanc (legem) abolescere et relinquere censuerunt (rell.)».

2. — È da supporre che il brano di cui sopra non sia stato riferito a memoria da Favorino, né sia stato mnemonicamente recepito da Gellio in occasione dell'incontro tra il filosofo di Arles e Sesto Cecilio. Nulla peraltro induce a dubitare che le parole che lo integrano siano state scritte effettivamente da Labeone e siano state puntigliosamente trascritte, in un secondo momento, dal grammatico che ce le riferisce (anche se suona un po' strano che un giurista parli di *praetores* decisi nientemeno che ad *abolescere* una legge, sia pure per intendere che essi volevano mettere da parte la *poena* fissa da quella legge prevista).

Ciò dato, prescindendo, come è nel mio carattere (positivo o positivista, non so), da certi trasporti di entusiasmo, nutrito di venerazione, che Labeone suscita, non senza mia invidia, in altri più caldi studiosi. Mi limito a ripetere (scusate se è poco) che il nostro giureconsulto sapeva molto bene il fatto suo, scriveva senza preziosismi in buon latino ed era, per giunta, un uomo di spirito. Quindi, mentre rinnovo l'ennesima volta il mio apprezzamento per l'arguzia e per l'efficacia didattica dell'apologo labeoniano, non mi sento per nulla affatto portato a ritenere che il termine « *crumena* », usato per indicare il *marsupium* del *servus dispensator*, sia un arcaismo indice di una scelta linguistica particolarmente raffinata. Nella *crumena* di Labeone io vedo soltanto una sorridente allusione alla borsa particolarmente capace che lo schiavo di Verazio doveva portare appesa al braccio per contenerci tutti gli assi necessari a finanziare le passeggiate del padrone. E, a proposito di essa, mi viene fatto di ricordare l'augurio di una vita « *non deficiente crumina* » formulato, non certo in termini ricercati, al bambino che porta tra le braccia, nella sua ingenua nenia, dalla giovane nutrice di un'epistola di Orazio (*ep.* 1.4.11).

Quanto a Verazio, nessuno può dire se sia veramente esistito oppure no e se il comportamento attribuitogli da Labeone sia vero o sia falso. Per ciò che mi riguarda, rifuggendo dall'attribuire immaginosamente a Labeone l'invenzione totale di un *Veratius*, espressione vivente dell'uomo *vecors* (cioè « nome proprio dell'uomo senza ragione »), e astenendomi per converso dal credere ciecamente nella storicità del personaggio e dal sistemarlo in un momento preciso degli ultimi due secoli avanti Cristo, io ho scritto, nella mia più recente rivisitazione del passo gelliano: « non è da escludere che lo spunto, e in particolare il nome di

Verazio lo schiaffeggiatore, sia reale e che Labeone lo abbia solo enfatizzato per rendere meglio l'idea ».

Sono lieto che queste mie impressioni (del resto, tutt'altro che originali) abbiano trovato conferma nella citata ricerca dello Scarano U. Questi ha posto molto chiaramente in luce, sulla base di un'attenta analisi epigrafica, che i Verazi, e in particolare quelli col prenome di Lucio, furono tutt'altro che estranei al mondo romano degli ultimi secoli prima dell'era volgare. Anzi ha fatto qualcosa di piú: ha persuasivamente assodato che i Verazi erano gente molto benestante e di discendenza etrusca, probabilmente cerite.

Che altro per essere indotti a supporre come molto vicino al vero che un Verazio schiaffeggiatore sia effettivamente esistito e che Labeone il suo Lucio Verazio non se lo sia inventato? Direi che con la sua indagine lo Scarano U. abbia davvero ben meritato dai cultori della ricerca giusromanista. Ed appunto perciò proporrei di perdonargli la meno felice idea che gli schiaffi di Verazio siano stati « la manifestazione violenta dell'arroganza di chi ostentava ricchezza e forza economica conquistate », addirittura il mezzo cui faceva ricorso un etrusco romanizzato, di nobili origini, per « finalmente dare libero sfogo ad antichi rancori ».

3. — È il caso, a questo punto, di fermarci sugli schiaffi di Verazio un po' piú di quanto non si sia fatto sino ad oggi.

Di che schiaffi si trattava? Piú precisamente, in che senso vanno intese le parole usate da Labeone per indicare gli schiaffi dati da Verazio agli uomini liberi che incontrava per istrada? Si badi, infatti, che il giurista non parla genericamente di *alapa*, di *manu percussiones*, di *colapbi*, di *percolopationes* (parola, quest'ultima, che desumo a titolo personale dal verbo *percolopare*, utilizzato da Petronio, *Satyr.* 44.5), astenendosi in particolare dall'uso di « *pugnum in os impingere* », o di « *pugno malam percutere* », o insomma di locuzioni che richiamino l'idea, per dirlo con i tecnici, dell'« uppercut », cioè del montante al viso. Egli precisa che Verazio usava « *os hominis liberi manus suae palma verberare* » e passa, di lí a un momento, a ribadire questo comportamento del suo personaggio con l'uso del neologismo, o comunque del *hapax*, « *depalmare* ». Verazio dunque, stando al linguaggio di Labeone, non procedeva a « vie di fatto » eccessivamente violente, ma usava limitarsi a colpire (*verberare*) la guancia del paziente col palmo della mano (*palma*).

I giuristi del moderno ben sanno come e quanto si discuta, in materia penalistica, circa la distinzione tra il reato di « percossa » e il piú grave reato di « lesione personale minima ». Ad essi certamente non

sfugge che gli amministratori di giustizia, sia in Italia che fuori, sono fortemente divisi in ordine al quesito se qualificare e punire come semplice percossa, anziché come lesione, magari minima, la via di fatto (schiaffo, pugno, spintone eccetera) che, pur non provocando una rottura dei tessuti epidermici dell'offeso, lasci peraltro un segno superficiale visibile di una certa durata, cioè un'ecchimosi, un livido, un forte rossore. Generalmente, ma non sempre, si tende ad accogliere questa seconda soluzione non in coerenza con particolari dottrine cliniche, ma in omaggio al principio « *in dubio pro reo* ».

Il problema si ripresenta, o meglio si ripresentava in passato (sino ai primi decenni del secolo XX), nei riguardi delle vertenze cavalleresche. Secondo gli usi prevalenti in materia (dei quali io sono, per « hobby », un conoscitore abbastanza informato), l'offesa « da gentiluomo », quella che scatenava da parte del gentiluomo offeso il cartello di sfida, consisteva nel semplice schiaffo manuale o, meno ancora, nel lancio di un guanto o di qualche biglietto da visita (anzi gli offensori piú cauti si limitavano a dire: « Signore, si ritenga schiaffeggiato »). Se il soggetto offensore trascendeva e si abbandonava a pugni, a sergozzoni o ad altri modi (come soleva dirsi sprezzantemente) « da facchino », l'aggredito (sempre se gentiluomo, si intende) poteva evitarsi di mandargli a casa i padrini e aveva il diritto, o in casi estremi il dovere morale, di sporgere nei suoi confronti, a guisa di un comune cittadino, una volgare querela penale.

Tornando a Labeone e Verazio, io penserei che il primo abbia voluto, con il suo « *de palmare* », porre in evidenza un comportamento di non smodato sfoggio di violenza da parte di Verazio nella sua attività schiaffeggiatoria. Verazio era uomo superbo e scostante quanto si vuole, ma non agiva per impulso di iracondia, bensí per meditato diletto. Non essendo, per quanto ne sappiamo, un cretino integrale, certamente egli si rendeva conto che, se avesse ecceduto nella violenza dello schiaffo, molti dei concittadini fermati da lui in istrada gli sarebbero saltati agli occhi, per piú che legittima reazione, ben prima che lo schiavo pagatore avesse avuto il tempo di estrarre dalla rigonfia borsa i venticinque assi da numerare uno sull'altro a titolo di pena per l'*iniuria* posta in atto dal suo padrone.

Né la zuffa si sarebbe potuta sempre evitare anche nel caso del pagamento degli assi. I Romani (per dirla con un grande napoletano che non era ufficialmente filosofo), i Romani erano uomini, non caporali. Sarebbero, chi sa, intervenuti altri passanti, sarebbero accorsi i *tresviri capitales*, si sarebbero interessati della vicenda i *tribuni* e, al limite,

dei brutti modi abituali in Verazio avrebbero tenuto conto, a suo tempo, i *censores*.

4. — Io sono incline a credere, in conclusione, che Labeone abbia scritto « *de palmare* » a ragion veduta, e cioè per mantenersi col suo apologo nel verosimile di qualche schiaffetto superficiale, approssimato, quasi simbolico, dato qua e là, ridacchiando, da quell'originale di Verazio a meravigliati passanti. Solo a questo patto una buona percentuale delle vittime del nostro personaggio avrebbe incassato pazientemente lo scherzo grossolano e i connessi baiocchi della pena decemvirale, astenendosi cioè dall'impiegare i venticinque assi dell'« avere » quanto meno per un « dare » di corrispondente importo implicato da uno schiaffo, diciamo cosí, di reazione a danno dell'offensore. Forse non ha adeguatamente pensato a tutto ciò il Manfredini, quando ha sostenuto che, viceversa, il comportamento di Verazio fosse particolarmente violento e offensivo.

E a chi ora si chiedesse, allontanandosi dal tema di questa nota, come mai io abbia dimostrato, nei capoversi che precedono, tanta sensibilità alle diverse estrinsecazioni possibili delle « vie di fatto », la risposta sarebbe stata facilmente data al mio posto da chi ben mi conosceva, cioè dalla carissima, indimenticabile Gloria. Curioso come sono, a prescindere dalle raffinatezze cavalleresche, anche di letteratura napoletana, io non ignoro, ovviamente, quel vivacissimo pezzo versaiolo settecentesco, da recitarsi su un ritmo di « tarantella », che è la « Canzone del guarracino ».

Nella sua versione piú ricca ed artistica, uscita probabilmente dalle mani di un anonimo letterato del settecento, la vecchia canzone napoletana racconta la storia del pesce « guarracino », una sorta di bellimbusto da identificare forse con la rossa triglia di scoglio (*mullus surmuletus* o *rex mullorum*), quando commise la leggerezza di fare la corte alla verdebianca « sardella » (*clupea pilchardus*) senza tenere conto del fatto che questa era già in parola con l'« alletterato », cioè con il robusto e un po' gradasso tonno tonnina (*euthynnus allitteratus*).

Al colmo delle furie, l'alletterato dette addosso al guarracino, minacciando di infliggergli la meritata lezione: « . . . *Ab, malandrino, / tu me lieve la 'nnamurata / e pigliatèlla sta mazziata* ».

Dopo di che alle parole seguirono i fatti, di tra i quali è facile avvertire che gli « schiaffe » sono una *species* ben individuata.

Túffete e tàffete, a meliúne / le deva pàccare e secuzzúne, / schiaffe, ponie e perepésse, / scoppolúne, fecozze e conésse, / scerevecchiúne e sicutennósse / (e W'ammaccava osse e pilòsse).

Inutile aggiungere che, richiamati dallo scontro, altri innumerevoli pesci e affini dell'animato golfo napoletano accorsero a prendere le parti dell'uno o dell'altro contendente, se non addirittura di tutti e due, dando così luogo in piccolo, ma in animazione di gran lunga maggiore, a qualcosa di analogo all'antichissima « batracomiomachía ».

« PRO ATEIO CAPITONE »

1. — La campagna denigratoria contro Ateio Capitone deve assolutamente finire. Aperta circa duemila anni fa da alcune ambigue insinuazioni di Tacito, essa è giunta in questi ultimi tempi, nelle frenesie dei filologi, a vertici di malignità che rasentano da vicino la diffamazione.

Se a questo andazzo non sarà posto un freno, Capitone diventerà sinonimo di mestatore, di « cortigiano - vil razza dannata » e di ribaldo « tout court ». Il « cattivo » dei libri di storia del diritto romano.

Eppure è così facile cogliere Tacito con le mani nel sacco. Quando egli (*ann.* 3.75.1) segnala la morte, nell'anno 22 d. C., dei due *viri illustres* Asinio Salonino e Ateio Capitone, eccolo rievocare alquanto snobisticamente il « pedigree » di costoro. Mentre Asinio Salonino, figlio di G. Asinio Gallo, vantava come avo paterno Asinio Pollione e come avo materno, padre di sua madre Vipsania Agrippina, niente meno che Marco Vipsanio Agrippa; mentre lo stesso Salonino era fratellastro di Druso, avuto dalla madre in primo letto con Tiberio, e da Tiberio era stato destinato a marito di una delle figlie di Germanico; chi era poi Capitone? Aveva, sí, conseguito per i suoi studi giuridici una posizione eminente in Roma, ma discendeva da un avo che era stato centurione di Silla e da un padre che non era andato oltre la carica di pretore: *principem in civitate locum studiis civilibus adsecutus, sed avo centurione Sullano, patre praetorio*. Attenti a quel *sed*.

Nasceva maluccio Capitone, dunque. E si sa che a chi nasce male difficilmente si perdona una carriera rapida e fortunata.

2. — Non basta: c'era Labeone. Illustre giurista anche egli (Dio ci guardi dal metterlo in dubbio), questo contemporaneo e rivale di Capitone è stato levato da Tacito, e sulle sue tracce da altri autori

* In *Atti Acc. Pontaniana* 21 (1972) 151 ss. Questa nota è stata pubblicata con lo stesso titolo da C. SOFO in *Index* 3 (1972) 601 ss. Sulle disgrazie di Ovidio: R. VERDIÈRE, *Un amour secret d'Ovide*, in *Antiquité Classique* 40 (1971) 623 ss. Sulla biografia di Capitone: W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*² (1967) 114 s.

antichi e moderni, ad emblema e simbolo di dignità, di disinteresse e di indipendenza politica: il che è tutt'altro che errato, ma ci sembra per verità un tantino eccessivo.

È vero, infatti, che Labeone rifiutò il consolato offertogli da Augusto (Pomp. *sing. ench.* D. 1.2.2.47), ma è altrettanto vero che Augusto il consolato glielo offerse dopo che alla delicatissima magistratura politica di *praetor* ci era già arrivato. Dunque il rifiuto non fu motivato, o integralmente motivato, da un radicale dispregio dei favori e delle influenze del *princeps*, ma dipese piuttosto, o almeno in parte dipese (come per Aulo Cascellio, del resto: cfr. Pomp. *eod.* 45) dalla riluttanza dell'uomo (agiato e fortemente interessato agli studi) verso una carriera troppo impegnativa: una carriera che gli avrebbe impedito il pacifico « tran tran » (beato lui) di sei mesi all'anno passati a Roma *cum studiosis* e di altri sei mesi trascorsi invece a Ligures Baebiani (sua probabile patria) *ut . . . conscribendis libris operam daret*. Né è da escludere, naturalmente, che sull'improvviso ritirarsi dal *cursus honorum* di Labeone abbia influito in qualche modo la stizza di vedersi anteposto per il consolato Capitone. Umanissima reazione che egli (insistiamo) nella sua agiatezza e (aggiungiamo) nel suo carattere mordace e insofferente (cfr. Hor. *serm.* 1.3.80 ss., Gell. *N.A.* 13.12.2), si poteva facilmente permettere.

Comunque, di qui all'affermazione di Tacito (*ann.* 3.75.1), secondo cui Labeone aveva acquistato fama a causa della sua incorrotta libertà, mentre Capitone era noto per l'ossequio che portava ai potenti (*Labeo incorrupta libertate et ob id fama celebratior, Capitonis obsequium dominantibus magis probabatur*), il passo è un po' affrettato ed è forse non scarsamente influenzato dal contorto episodio di cui in Tac. *ann.* 3.70, sul quale preferisco, per brevità e per buon gusto, sorvolare.

Tant'è, le insidiose parole di Tacito hanno prodotto anche a danno di Capitone, come di molti altri personaggi antichi, il loro effetto deleterio. Né si è tenuto conto eccessivo del fatto che, a chiusura di *ann.* 3.75.2, Tacito accortamente una toppa la mette: *Illi (Labeoni), quod praeturam intra stetit, commendatio ex iniuria, huic (Capitoni), quod consulatum adeptus est, odium ex invidia oriebatur. Odium ex invidia. ecco tutto.*

Ma ormai è stabilito: Capitone, per aver fatto, come tanti altri, meritata carriera senatoria senza rifiutare i favori di Augusto, è finito per essere l'*homo novus* che, per dirla (davvero ingiustamente) col Syme, « si guadagnò avanzamenti più come uomo politico che come giurista ».

3. — Sia pure. Ma fu Capitone addirittura un delatore? Probabilmente sí, risponde, anche se in linea di ipotesi, un filologo dei nostri giorni, il Verdière. E lo accusa bel bello di essere stato, con le sue rivelazioni, la causa della disgrazia politica di Ovidio e del suo triste esilio nel Ponto. Il colmo della nequizia.

La cosa merita di essere succintamente raccontata. Tutti sanno che furono un misterioso *error* e un altrettanto misterioso *carmen* a perdere Ovidio nell'8 d. C. ed a procurare ai suoi contemporanei ed a noi i suoi *Tristia*. Attraverso un ragionamento sottilissimo, il Verdière giunge alla conclusione che l'*error* consisté nell'aver amato in concorrenza con Augusto Terenzia, la infedele moglie di Mecenate e nell'aver adombrato questa sua consapevolezza dei trascorsi del *princeps* (anzi delle prodezze amatorie di lui) nel *carmen* costituito dai suoi *Amores*, in cui la giovane Corinna (*Am.* 1.5.20-21: « *Forma papillarum quam fuit apta premi! Quam castigato planus sub pectore venter!* ») altro non sarebbe che Terenzia.

La tresca di Augusto con Terenzia, posto che vi sia veramente stata, aveva avuto fine, per vero, intorno al 23 a. C. ed era rimasta sempre ignorata o comunque accuratamente taciuta a tutti. Ma ecco che a trent'anni di distanza il solerte Capitone si avvede o si ricorda delle salaci allusioni di Ovidio e, approfittando di un'assenza da Roma dello stesso, si precipita a svegliare i pruriti di vendetta dell'ormai vecchio suo padrone. Il quale fa una scenata al poeta, forse lo fa condannare addirittura per *crimen adulterii* (saremmo lieti di capire il come e il perché) e lo spedisce a disperarsi lontano.

Ora dove sono le prove o gli indizi della fellonia di Capitone? Eccoci al punto. Si leggano i *Tristia*, in relazione all'*In Ibis*, così pieno di minacce per quell'*improbis* di *Ibis*, e si vada alla strofa 8 del canto quinto: '*Non adeo cecidi, quamvis abiectus, ut infra / te quoque sim, inferius quo nihil esse potest. / quae tibi res animos in me facit, improbe, curve / casibus insultas quos potes ipse pati?*'.

Possibile che non abbiate capito? Il vocativo *improbe* del verso 3 si completa col nome indicato in telestico mediante l'ultima lettera di ciascun verso: *improbe Atei*. Edmond Dantès è servito.

4. — No, signori della Corte. Filologia per filologia, potrei contestare la tesi colpevolistica citando il noto verso 220 dell'*Ibis*, da cui risulta che *Ibis* era nato in Africa, mentre italico (di Civitavecchia, figurarsi) era, per quanto sappiamo, Capitone. Ma non è ad argomenti che intendo affidarmi. Lasciate che parli *pro Ateio Capitone* per invo-

care dal vostro senso della giustizia, o quanto meno dal vostro senso dell'umor, l'assoluzione del disgraziato giurista.

Se fosse vivo e presente, ve lo chiederebbe, ne sono sicuro, per me e molto più efficacemente di me, deposta ogni futile rivalità mondana, lo stesso nobile, indipendente e sommo antagonista di Capitone. Chi altri? Marco Antistio Labeone.

TREBAZIO, LABEONE E I CODICILLI

1. — È quasi di prammatica, negli autori che trattano dei *codicilli*, l'avvertimento « *risum teneatis* » a proposito dell'etimologia di *codicillus* fornita da Isidoro di Siviglia. Ecco quanto dice, ad esempio, il più recente trattatista della materia: « Isidoro di Siviglia, *Origines* 5.24.14 fantastica facendo derivare la parola da un *Codicellus* che per primo *hoc scripturae genus instituit* »¹.

Almeno per questa volta, tuttavia, sia lecito difendere il buon vescovo di Siviglia dalla consueta e non immeritata taccia di faciloneria etimologica. Basta rileggere il passo incriminato, per convincersi che la storia di quel tal *Codicellus*, primo autore dei *codicilli*, è il parto di una frettolosa ed errata interpretazione, mai più in seguito rivista e controllata.

Isid. orig. 5.24.14: *Codicillum, ut veteres aiunt, sine dubio ab auctore dictum, qui hoc scripturae genus instituit. Est autem scriptura nulla indigens sollemnitate verborum, sed sola testatoris voluntate qualicumque scripturae significatione expressa: cuius beneficio voluntatibus defunctorum constat esse subventum propter legalium verborum difficultatem; aut certe propter necessitatem adbibendorum sollemnium, ita ut qui titulum scribit eiusdem scripturae, codicillum vocet.*

Tutti sappiamo, dicevo, quanto fantasiosa sia la mente di Isidoro nella ricerca di etimologie a buon prezzo, ma questa volta egli la spiegazione di *codicillum* l'aveva bella e pronta nella parola stessa: ché *codicilli*, nel linguaggio latino, indica le tavolette cerate per appunti e note. Parrebbe invece, a sentire la *communis opinio*, che il nostro etimologista, non sapendo proprio che pesci pigliare, si fosse salvato *in extremis*, facendo derivare il termine dal nome di chi compilò per primo

* In *SDHI*. 10 (1944) 317 ss., col titolo: *Isidoro di Siviglia e l'origine dei codicilli*.

¹ BIONDI, *Successione testamentaria - Donazioni* (vol. X del *Trattato Albertario*) 615 nt. 1. V. anche quanto osservava BONFANTE, contronota *ca* a FEIN, in *Glück ital.* 29, parte II, 18 nt. 71.

un atto del genere. Il che è incredibile, non solo perché Isidoro si appella all'autorità dei *veteres* (e credere che un solo sia pazzo ancora si può, ma che lo siano molti non si deve), ma anche perché Isidoro è colui che non si è peritato di ricollegare *mandatum* a *manum dare* (5.24.20), e *donatio* a *doni actio*, e *dos* a *do item* (5.24.25), e *ingenui* a *in genere habere libertatem* (9.4.46) ecc. ecc.

2. — Orbene io ritengo che occorra abbandonare la consueta interpretazione del passo di Isidoro — tanto più che, ad ogni buon conto, il famoso *Codicellus* non vi figura affatto, almeno nominativamente — e che sia d'uopo volgersi ad una interpretazione meno originale e più umana.

Isidoro non connette il codicillo ad un *nomen* di persona, ma, si badi, all'*auctor*, *qui hoc scripturae genus instituit*. Egli non fa l'etimologia di *codicillum*, perché il significato del termine è di per sé stesso evidente², ma confusamente accenna alla sua storia, quale era esposta dai *veteres*³. E la storia dei *codicilli*, quella stessa, presumibilmente, che doveva essere tramandata dai *veteres*, è tratteggiata dalle Istituzioni di Giustiniano.

Inst. 2.25 pr.: *Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem eius implesset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit. dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatius quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, cum diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. post quae tempora*

² Osserva giustamente il BIONDI (*cit.* 615): « I termini *codicillus* e *fideicommissum* non appartengono a quelle caratteristiche denominazioni del *ius civile* che scolpiscono l'istituto giuridico. Il termine *codicillus* esprime solo la materia su cui normalmente l'atto è redatto ».

³ Non si dimentichi che Isidoro non è etimologista a qualunque costo. Egli stesso definisce la sua opera (*Originum libri*) « *opus de origine quarundam rerum ex veteris lectionis recordatione collectum atque ita in quibusdam locis annotatum, sicut extat conscriptum stilo maiorum* ».

cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur.

Come è noto, si discute se Isidoro abbia tenuto presente, nella sua opera, la compilazione di Giustiniano. Comunque sia, a me pare probabile che egli abbia scritto il « pezzo » sul codicillo tenendo presente una fonte molto vicina, se non identica, a quella sfruttata dai compilatori delle Istituzioni.

Inst. 2.25 pr. è attribuito dal Ferrini⁴ a Marciano, sia perché esso per ragioni formali non può essere attribuito a Gaio, sia perché molto stretto è il suo nesso con il § 1, la cui origine marcianea è « sicura ». Circa l'attribuzione ferriniana io ho già manifestato dei motivi di dubbio⁵, che ancor oggi ritengo molto forti. Il passo originario di Marciano deve aver subito, prima di giungere a Teofilo (o a Doroteo), un rimaneggiamento abbastanza forte, che non è facilmente credibile la favola di una introduzione dei *codicilli* fatta da Augusto in un solo momento, senza che si fosse formata già anteriormente una prassi in questo senso, così come è certo che si era formata per il fedecommesso, la cui connessione con i *codicilli* è tanto evidente⁶.

Occuparsi oltre della genesi di Inst. 2.25 pr. sarebbe indulgere al gusto di fantasticare. Ma non è fantasticare l'asserzione che nelle scuole postclassiche ebbe molta importanza e rilievo l'episodio di Lucio Lentulo e dei suoi *codicilli*, episodio di cui non vi è motivo di negare la storicità⁷. Ciò dato, non è improbabile che a quel noto episodio, trasmesso dai *veteres*, si sia voluto riferire Isidoro, quando nel suo stile confuso e contorto ha ricollegato il *codicillum* (termine, si ricordi, chiaro di per sé stesso) all'*auctor, qui hoc scripturae genus instituit*.

Se così è, *Codicellus* può rientrare, senza nostro rimpianto, nel limbo di coloro che non sono mai nati.

3. — Ma, visto che ci siamo, non sarà male spendere ancora qualche parola sulla storia e la terminologia dei *codicilli*.

⁴ *Opere* 2.377.

⁵ *ZSS.* 62 (1942) 252 ss. Dubbio generico su questa attribuzione manifestò il KÜBLER, in *ZSS.* 23 (1902) 508 ss.; v. ora anche ARANGIO-RUIZ, in *Scritti Ferrini* 76 nt. 2.

⁶ Inst. 2.23.1.

⁷ Essa è anzi confermata dalla notizia che appunto Augusto, *semel iterumque gratia personarum motus*, determinò l'affermarsi del fedecommesso come istituto giuridico (Inst. 2.23.1).

Ed anzitutto un rilievo terminologico. *Codicillus*, *codicillum* sono singolari ignoti al buon latino ed alla lingua dei giuristi classici, che adoperavano uniformemente *codicilli* e *pugillares* al plurale come sostantivi difettivi⁸. *Codicillus* (*codicillum*) è un grecismo della bassa latinità e del linguaggio giuridico postclassico, come credo di aver chiaramente indicato altrove⁹.

Isidoro scrive evidentemente sotto l'influenza del termine greco (ὁ κωδικέλλος), che egli addirittura trasforma, secondo la lezione che ci sembra migliore, in neutro. Poco male, ché per il resto pare che egli abbia dei *codicilli* una concezione piú corrispondente a quella del diritto classico, che a quella del diritto postclassico, in quanto considera ancora i *codicilli* come documento del tutto privo di forme solenni, mentre essi non lo furono a partire da Costantino¹⁰. Viceversa non appare, nel nostro frammento, né direttamente né indirettamente messo in luce quello che è il tipico contenuto dei *codicilli*, e cioè il fedecommesso, nonché quello che non può essere contenuto nei *codicilli*, cioè principalmente l'*heredis institutio*. Ma son pecche che si giustificano agevolmente, tenendo presente il carattere non giuridico e palesemente riassuntivo dell'opera di Isidoro.

In verità, piú si guarda al brano di Isidoro e piú ci si deve rafforzare nell'impressione che egli ha scritto avendo davanti agli occhi (anche se solo davanti agli occhi della mente) il vecchio e tradizionale racconto relativo alle disposizioni di ultima volontà di Lucio Lentulo. La motivazione addotta da Trebazio Testa, per convincere Augusto a riconoscere efficacia giuridica alle disposizioni di Lentulo trova sostanziale corrispondenza nell'ultimo periodo del nostro § 14:

... et Trebatium suasisse Augusto, cum diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset...

... cuius beneficio voluntatibus defunctorum constat esse subventum propter legalium verborum difficultatem, aut certe propter necessitatem adhibendorum sollemnium, ita ut qui titulum scribit eiusdem scripturae codicillum vocet.

Le Istituzioni riferiscono i motivi di Trebazio per spingere Augusto a venire incontro alla *voluntas testantium*, Isidoro espone senz'altro

⁸ Cfr. Gai. D. 50.16.148.

⁹ ZSS. 62 (1942) 247 nt. 112. Stupisce che ancora il BIONDI (*cit.* 613 ss.) parli di *codicillus*.

¹⁰ Cfr. CTh. 4.4.1 (a. 326?) e GUARINO, in ZSS. 62 (1942) 212 ss.

i motivi per cui *voluntatibus defunctorum constat esse subventum*. E dei motivi di Trebazio, l'uno è soltanto adombrato (pur essendo, anzi perché è, il più facilmente comprensibile), l'altro è esposto attraverso l'indicazione della situazione di fatto cui è necessario ovviare: 1) l'*usus codicillorum* è *utilissimus*: evidentemente perché rende possibile ai *cives* di evitare di impegolarsi in molti casi nelle difficoltà del formalismo documentale; 2) l'*usus codicillorum* è anzi *necessarius* in ordine alle frequenti ipotesi di lunga assenza dei cittadini romani da Roma: evidentemente per la impossibilità in cui questi si trovano di ricorrere al formalismo, ed in particolare per la impossibilità di procurarsi i prescritti testimonii romani e *puberi*.

La motivazione di Trebazio risulta chiaramente compresa da Isidoro e fedelmente tradotta e sviluppata nella duplice giustificazione che egli dà dell'istituto dei *codicilli* con il quale — egli dice — si è favorita la *voluntas testantium*: 1) *propter legalium verborum difficultatem*; 2) e sopra tutto, fuor d'ogni dubbio (*certe*), *propter necessitatem adhibendorum sollemnium*. Alla *difficultas* e alla *necessitas* di Isidoro (la *necessitas* nel senso di « impossibilità di provvedere altrimenti ») corrispondono rispettivamente l'*utilissimum* e il *necessarium* di Trebazio¹¹.

4. — Lasciamo ora Isidoro e fermiamoci a considerare Inst. 2.25 pr.

Forse non è del tutto luogo comune dire che questo passo e la sua interpretazione hanno fatto versare fiumi di inchiostro ai romanisti di ieri e di oggi¹². Un modestissimo rivoletto l'ho fatto affluire anch'io, in occasione dello studio di *Pauli de iure codicillorum liber singularis*¹³. Oggi il Biondi¹⁴ torna sul passo, dandone un'interpretazione che non mi pare soddisfacente e che merita un tentativo di confutazione.

Sta bene quanto all'origine dei *codicilli*. Sebbene la pandettistica non ne abbia mai dubitato¹⁵, è evidente che la pratica dei *codicilli* non poté sorgere dall'episodio di Lentulo e dalla conferma di Augusto, ma dovette essere anteriore a quest'ultimo e l'episodio di Lucio Lentulo dovette essere l'occasione propizia per un energico intervento del prin-

¹¹ Trebazio, impegnato nella *suasio* di Augusto, ha naturalmente insistito su quel che di vantaggioso l'introduzione dell'istituto avrebbe implicato. Isidoro espone invece con tutt'altro spirito i vantaggi pratici dell'istituto.

¹² Cfr. per tutti FEIN, *cit.* 8 ss.; SCARLATA-FAZIO, *Succ. codicillare* 20 ss.

¹³ ZSS. 62 cit. 252 ss.

¹⁴ *Cit.* 613 ss.

¹⁵ FEIN, *cit.* 8 s.

cipe: intervento che non fu peraltro decisivo, cogente, se soltanto dopo che lo stesso Labeone si indusse a far codicilli poté dirsi: *iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur*.

Ma se è così, non si può non rimaner meravigliati di fronte alla recisione del periodo introduttivo di Inst. 2.25 pr.: *ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit*. Si è tentato, per vero dire, di giustificare questo dettato, asserendo che prima di Augusto esistesse l'*usus codicillorum*, ma non il *ius codicillorum*, che fu invece appunto creazione del principe¹⁶; ma è un ripiego alquanto misero proprio per il notato fatto che Augusto eseguì le disposizioni codicillari di Lentulo e con il peso della sua *auctoritas* influì sull'esecuzione da parte dei *reliqui*, ma non prese alcun provvedimento normativo in questo senso. E che dire, inoltre di *Lucius Lentulus — codicillos introduxit?* O si interpreta alla lettera, ma allora si va incontro all'inverosimiglianza di credere che la pratica dei codicilli non esistesse anteriormente ad Augusto; oppure si interpreta *codicillos* nel senso di « istituto giuridico », ma allora si va incontro all'altro assurdo della creazione del diritto da parte di un semplice privato (*introduxit!*). Si aggiunga l'inesattezza della notizia che da Lucio Lentulo *etiam fideicommissa coeperunt*¹⁷, e si dovrà concludere come io ho già concluso a suo tempo: il periodo introduttivo di Inst. 2.25 pr. non è di Marciano, ma è stato evidentemente rimaneggiato¹⁸.

5. — Ma quale era il contenuto dei *codicilli* di Lentulo?

Qui credo che il Biondi semplifichi un po' troppo arbitrariamente. Egli dice¹⁹: « Nonostante che queste [cioè le disposizioni di Lentulo] non potessero avere alcuna efficacia giuridica perché non rivestite delle forme di legge, Augusto le eseguì volontariamente, e gli altri, compresa la figlia di Lentulo, seguendo l'esempio del principe pagarono i legati lasciati dal testatore ».

¹⁶ SCARLATA-FAZIO, *cit.* 20 s.

¹⁷ Come si è rilevato dianzi (nt. 7), la storicità dell'episodio di Lentulo è confermata da Inst. 2.23.1, e possiamo anche credere che proprio in grazia di Lentulo Augusto sia stato *motus* per la prima volta. Ma da ciò ad affermare che da Lentulo *fideicommissa coeperunt* ci corre, perché i fedecommissi, anche se *nullo vinculo iuris... continebantur*, esistevano certamente prima di Augusto.

¹⁸ In particolare, tipicamente postclassico è il concetto e la terminologia di *ius codicillorum*: v. GUARINO, *cit.* 249 ss.

¹⁹ *Cit.* 613.

Il testo delle Istituzioni non dice questo, ch  esso parla di *reliqui*, che, onerati da fedecommissi, si diedero a prestare i fedecommissi seguendo l'autorevole esempio di Augusto, nonch  della figlia di Lentulo, la quale *legata, quae iure non debebat, solvit*. Solo la *filia Lentuli*, dunque, ebbe a pagare dei legati.

La pandettistica non ha, generalmente, esitato ad ammettere che i codicilli di Lentulo contenessero, oltre ai fedecommissi, anche dei legati a carico della figlia²⁰: pure, il Cuiacio, richiamandosi anche alla parafrasi di Teofilo²¹, ha sostenuto che i legati a carico della figlia fossero stati disposti per testamento e che essi fossero invalidi per altri motivi²².

A primo aspetto nulla osta la tesi che i codicilli contenessero anche legati, trattandosi di *codicilli testamento confirmati*²³, ma — come giustamente osserva il Cuiacio —   incredibile che sin dall'inizio i *codicilli* abbiano potuto contenere altro che fedecommissi. La storia dei *codicilli*   intimamente connessa con quella dei fedecommissi, ed i *codicilli* furono il mezzo originariamente proprio delle disposizioni fedecommissarie: il nostro frammento lo d  chiaramente a vedere, perch  imposta tutta la questione circa l'ammissibilit  dei codicilli sui fedecommissi lasciati a carico di Augusto e non sui legati lasciati a carico della *filia Lentuli*. Vero   che la sorte dei *codicilli* fu determinata esclusivamente dal comportamento di Augusto riguardo ai fedecommissi lasciati a suo carico da Lentulo; ma   innegabile che una conseguenza di tanta portata, quale quella relativa ai legati, non sarebbe stata lasciata tanto nell'ombra dal giurista classico²⁴.

Io penso, insomma, che la scuola postclassica abbia operato, manipolando il testo di Marciano, una sorta di « concentrazione storica »: da una parte essa ha senz'altro attribuito a Lentulo l'introduzione dell'uso dei codicilli, che fu invece alquanto anteriore, dall'altra ha fatto risalire allo stesso episodio di Lentulo l'ammissione della validit  dei

²⁰ V. FEIN, *cit.* 10 s.

²¹ La quale parla di legati disposti *προσώπους μὴ δυναμένους λαμβάνειν* (e che quindi appunto perci  non erano dovuti).

²² *Notae post. ad Inst.*, ht. n. 1 (diversamente nelle *Notae priores*, sv. *legata quae iure non debebat*).

²³ Cfr. Gai 2.270 a, Ulp. Reg. 25.8.

²⁴ Tanto pi  che la menzione della *filia Lentuli* e dei *legata* a suo carico segue e non precede il ricordo dei *reliqui* che *fideicommissa praestabant*. E l'argomento ancor pi  si rafforza, se si ritenga esatta l'interpretazione che di *deinceps—praestabant* offriamo nel testo.

legati disposti nei *codicilli testamento confirmati*. L'interpretazione di Teofilo, seguita dal Cuiacio, è segno dello sforzo che il parafraste delle Istituzioni, da un lato, e il grande esegeta, dall'altro, dovettero compiere per rendersi comprensibile una notizia tanto palesemente antistorica. Ma che Marciano (se di lui è l'archetipo di Inst. 2.25 pr.) si sia espresso come si è espresso per significare quanto intendono Teofilo ed il Cuiacio, non è ammissibile. Resta a credere che i *legata* pagati dalla *filia Lentuli* siano frutto di una revisione postclassica del testo originario²⁵.

6. — Ma il dubbio (se non altro) che abbiamo proiettato sui legati della figlia di Lentulo ci permetterà forse di fare un altro passo avanti per il chiarimento del paragrafo in esame.

Inst. 2.25 pr. dice: *et cum divus Augustus voluntatem eius impleret deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant*. Tutti sono d'accordo nel ritenere che i *reliqui* siano gli altri onerati con fedecommissi nei codicilli di Lentulo. Ma perché *praestabant* e non *praestaverunt*? *Praestabant* dà l'idea della continuazione nel tempo, quasi che gli onerati di Lentulo avessero presa l'abitudine di prestare i fedecommissi su loro gravanti²⁶.

A mio parere, la spiegazione del piccolo mistero sta in ciò. I *reliqui* di cui parlava Marciano non erano ulteriori onerati da fedecommissi di Lentulo. Lentulo aveva onerato nei suoi *codicilli* soltanto Augusto: i *reliqui* sono i *reliqui cives* rispetto ad Augusto, al *princeps*. L'autorità del *princeps*, che aveva fatto onore ai fedecommissi stabiliti a suo carico dai *codicilli*, indusse in seguito (*deinceps*) i *reliqui cives* a fare parimenti onore ai fedecommissi stabiliti a loro carico da altri *codicilli* di altre persone.

Per effetto di questa nostra interpretazione, veramente si delinea

²⁵ Della stessa revisione postclassica è molto probabilmente frutto il *testamento confirmatos* apposto a *codicillos*. I *codicilli* furono fatti da Lentulo *cum decederet in Africa*. Dunque la *confirmatio* dei medesimi non poté essere fatta che prima, nel testamento redatto con ogni probabilità a Roma (*confirmatio in futurum*): così Teofilo nella sua parafrasi e l'unanime dottrina (per tutti, FEIN, cit. 8). Ma eccoci ancora una volta davanti ad una dichiarazione ambigua, che Teofilo si preoccupa di chiarire: Marciano avrebbe parlato di *codicilli, quos antea testamento confirmaverat*.

²⁶ Ed invece — a meno di non voler pensare a prestazioni continuative richieste per fedecommissi — è evidente che, una volta prestati i fedecommissi, gli onerati non avevano più nulla da fare.

il sorgere ed il diffondersi, sotto la spinta dei provvedimenti e dell'esempio di Augusto, della pratica dei *codicilli* e dei *fideicommissa*²⁷.

7. — E non fu solo l'esempio di Augusto, ma l'autorità del suo *consilium*, di cui facevano parte i piú illustri giureconsulti del tempo, a rafforzare l'*opinio iuris et necessitatis* della pratica dei *codicilli*.

Degli argomenti di Trebazio Testa in favore dell'*usus codicillorum* abbiamo già parlato dianzi²⁸. Resta a vedere quando fu convocato il *consilium* ed a quali quesiti, e come, esso rispose.

Il Biondi²⁹ afferma che il precedente dei *codicilli* di Lentulo « suggerí ad Augusto l'idea di convocare i giureconsulti del suo tempo, tra cui Trebazio, per sapere se il *codicillo* fosse conforme ai principî giuridici . . . Augusto non intese introdurre alcunché di nuovo, ma domandò solo se il *codicillo* in quanto confermato in un testamento, fosse incompatibile con i principî in materia, considerando che si trattava quasi di appendice del testamento, a cui lo stesso testatore con la conferma si era richiamato. Trebazio però non rispose al quesito, limitandosi a prospettare la grande opportunità dell'istituto ».

Nessuna di queste proposizioni, che esprimono la *communis opinio* sull'argomento, mi pare esatta ed accoglibile.

Strano sarebbe che Augusto avesse prima eseguito il fedecommesso di Lentulo e poi si fosse rivolto al *consilium* dei giureconsulti. Il nostro testo non dice esplicitamente che il *consilium* fu convocato prima, ma non dice nemmeno che esso fu convocato dopo; ed il senso di tutto il discorso favorisce indiscutibilmente la prima e non la seconda interpretazione, tanto piú che si legge che, a seguito dell'esempio di Augusto, i *reliqui cives* si posero poi ad eseguire i fedecommissi disposti nei *codicilli*³⁰. È evidente, insomma, che l'*opinio iuris et necessitatis* sul punto si formò anche perché il *consilium* si era espresso favorevolmente all'*usus codicillorum*.

Certamente, poi, la interrogazione rivolta da Augusto al *consilium* non devette riguardare i *codicilli testamento confirmati*, ma piú in generale i *codicilli*, l'*usus codicillorum*, riguardo al quale l'imperatore volle sapere se esso fosse contrario alla *ratio iuris*, cioè ai principî fondamentali

²⁷ Quanto ai fedecommissi, Augusto vi provvide specificamente con l'introduzione della ben nota procedura *extra ordinem*.

²⁸ *Retro* n. 3.

²⁹ *Cit.* 613 s.

³⁰ *V. retro* n. 6.

del diritto. Il dubbio di Augusto, per chi ben guardi, non si fissava tanto sul fatto che i *codicilli* potevano apparire una violazione dei principî sulle forme testamentarie, ma sul fatto che i fedecommessi disposti nei *codicilli* potevano importare una violazione delle norme sul contenuto dei testamenti. La storia del *consilium dei prudentes* è, a mio parere, intimamente legata alla storia dei fedecommessi, quale fa capolino in Inst. 2.23.1, e l'espressione *usus codicillorum* (la cui genuinità non abbiamo il motivo di negare) allude chiaramente alla pratica, già diffusa ai tempi di Augusto, di disporre, come Lentulo, fedecommessi in appositi *codicilli*³¹. Non si trattava, perciò, solo di prendere disposizioni a che i fedecommessi ottenessero la tutela del diritto, ma si trattava anche, e in primo luogo, di vedere se l'uso di stabilire fedecommessi nei *codicilli* fosse compatibile con i principî del diritto romano.

L'interpretazione della *communis opinio*, che sopra abbiamo riferito con le parole del Biondi, ha il torto di anticipare alquanto gli eventi e di attribuire ad Augusto il dubbio, non pure sulla validità dei fedecommessi contenuti nei *codicilli*, ma anche dei legati disposti negli stessi e confermati nel testamento. Ma è evidente che al principio della validità dei legati si dovette giungere in un prosiegua di tempo, a seguito di uno sviluppo storico le cui premesse furono appunto nel riconoscimento dei *codicilli* contenenti disposizioni fedecommissarie.

Ancora una volta si profila il sospetto che un rimaneggiamento postclassico del passo di Marciano abbia tolto alcunché in chiarezza al dettato originario, allo scopo (coscientemente o incoscientemente voluto) di attuare a proposito dei *codicilli* quella sorta di « concentramento storico » di cui abbiamo parlato. Ma, in ogni caso, le tracce del discorso originario di Marciano rimangono molto evidenti nella conclusione di Trebazio: *ubi, si quis testamentum facere non posset, codicillos tamen posset*. Trebazio Testa discuteva evidentemente la fattispecie di chi non

³¹ La concezione dei *codicilli* come « appendice del testamento », cui il Biondi si richiama, non è certamente la concezione originaria. La denominazione stessa dell'istituto (*codicilli*) indica chiaramente che cosa furono questi in origine: documento del tutto autonomo rispetto al testamento, e autonomo non solo dal punto di vista materiale, ma anche, con ogni probabilità, dal punto di vista del contenuto (fedecommessi). Anche qui è da dire che fu solo in prosiegua di tempo che invalse l'uso di considerare valevoli come *codicilli* le disposizioni contenute nello stesso testamento, ma dopo le firme dei testimoni (cfr. ad es. il testamento di Dasumio dell'a. 108 d. C., in ARANGIO-RUIZ, *FIRA*. 3.48). Frutto di ulteriore sviluppo fu infine l'uso della conversione del testamento invalido in codicillo mediante la « clausola codicillare » (sul tema, BIONDI, *cit.* 627 s.).

aveva fatto il testamento ed appunto perciò doveva vedersi riconosciuta la possibilità di fare dei *codicilli*, cioè di disporre fedecommissi nei *codicilli*.

Il nostro sospetto di ulteriore rimaneggiamento si conforta anche per altri indizi. Anzitutto vi è l'*ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt* del primo periodo: questa frase ci fa intendere che i rimaneggiatori di Marciano, pur seguendo lo scopo di ampliare l'importanza dell'episodio da lui raccontato, non poterono tralasciare di dar rilievo al nesso esistente tra i *codicilli* di Lentulo e la storia dei fedecommissi, e se la cavarono in maniera ambigua e piuttosto sospetta. Si badi ancora alla menzione dei *prudentes* e, più sotto (nel periodo seguente), dei *veteres*: due termini assai cari alla scuola postclassica ed ai compilatori giustinianeî³². Nè si tralasci il *cuius tunc auctoritas maxima erat* applicato a Trebazio: inciso il quale dimostra che chi scrive è estraneo all'ambiente classico, ove la fama e l'importanza dei singoli giuristi erano ancor troppo vive e presenti perché fosse necessario sottolinearle. Non mi occupo del *possit* (per *posset*), che può spiegarsi in molti modi plausibili, ma ritengo doveroso segnalare l'enfasi postclassica che traluce nell'*utilissimum et necessarium*³³ e più ancora nel *propter magnas et longas peregrinationes*³⁴. E mi astengo, infine, dal toccare l'espressione *iuris ratio*, per non sollevare un vero ginepraio di discussioni che ci porterebbero troppo lontano³⁵⁻³⁶.

8. — Il Biondi non è il solo a ritenere che Trebazio non rispose

³² Per *prudentes*, cfr. PRINGSHEIM, in *SDHI.* 4 (1938) 536 (« häufig bei Justinian die nachklassischen Juristen »; ma l'affermazione va temperata nel senso da me rilevato). Per *veteres* cfr. BESELER, in *ZSS.* 43 (1923) 438, *Beitr.* 4297, *ZSS.* 51 (1931) 60.

³³ Si badi, tuttavia, che una certa enfasi era pur naturale in Trebazio, che perseguiva il fine di convincere Augusto.

³⁴ Degno di rilievo che di queste *magnae et longae peregrinationes* è detto che *apud veteres fuissent* (!).

³⁵ V. GUARINO, in *Ann. dir. comp.* 17 (1943) 38 nt. 3, ove — per molte ragioni che consigliano conservatorismo in materia — si ammette la possibilità che l'espressione *iuris ratio* sia classica.

³⁶ Anche l'uso di *ubi* in senso consequenziale mi sembra fortemente sospettabile. Né mi convince il *dicitur* (*dicitur Augustus convocasse prudentes rell.*), che probabilmente Marciano non avrebbe usato. Ma il punto più caratteristico è il mutamento di costrutto, che da personale diventa impersonale pur rimanendo *dicitur* verbo reggente: *dicitur Augustus convocasse prudentes... et Trebatium suasisse Augusto rell.*

al quesito di Augusto. Anche l'Orestano³⁷ pensa qualcosa di simile, quando dice « che il fatto nuovo e *singulare* consiste nell'aver riconosciuto, contro queste disposizioni positive [cioè, secondo la particolare teoria di questo autore, *contra rationem iuris*]³⁸, la validità in casi determinati di una forma particolare prima non contemplata: in altri termini, Trebazio non poté rispondere che l'*usus codicillorum* non era *absonans a iuris ratione*, ma ne consigliò tuttavia l'adozione reputando ciò *utilissimum et necessarium*³⁹. Sarebbe dunque vera la notizia di Giuliano (D. 29.2.2.2), che definisce il *ius codicillorum* come *ius singulare* »⁴⁰.

Molte obiezioni si affollano contro questi insegnamenti. Ed anzitutto stupisce che non si voglia notare come Augusto non interrogò personalmente Trebazio, ma i *prudentes* da lui convocati a *consilium*. Marciano (o il suo parafraste), anziché riportare la risposta del *consilium*, riassume le ragioni addotte da Trebazio, il più eminente di tutti, per consigliare la conferma dell'*usus codicillorum*. L'implicito, ma non perciò meno chiaro ed evidente presupposto della perorazione di Trebazio e della decisione del *consilium* ad essa conforme è appunto che i *codicilli* potessero essere recetti nel sistema giuridico, che essi non contrastassero la *ratio iuris*. In ogni caso, è sufficiente rilevare che il nostro testo introduce il parere di Trebazio con un semplice *et*, e non con un avvertativo (es.: *Trebatium tamen*), per essere più che convinti di ciò, che per Trebazio l'*usus codicillorum* non era *absonans a iuris ratione*.

È evidente, insomma, che il *consilium* convocato da Augusto non vide nei *codicilli* un istituto contrario alla *ratio iuris*, ed appunto perciò ne caldeggiò l'introduzione nel sistema giuridico.

³⁷ *Ius singulare ecc.*, in *AUMA*. 11-12 (1937-38) estr. 76.

³⁸ *Cit. passim*. Secondo l'ORESTANO 76, i *codicilli* non erano *ius singulare*, nel senso di contrarietà ai principi dell'ordinamento giuridico, perché non urtavano contro « l'essenza dell'istituto della successione », ma lo erano solo nel senso che urtavano contro « le disposizioni positive sancite nello *ius commune* circa la forma da osservare per la confezione e la validità dei testamenti ». La teoria non è accoglibile (v. in proposito il mio scritto *cit. retro*, nt. 35): basti riflettere che le « disposizioni positive ecc. », cui si richiama l'ORESTANO, erano l'espressione di un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico romano.

³⁹ Si rilevi che, in base a questa teoria dell'Orestano, ogni norma viene ad essere qualificata norma singolare, perché ogni norma nuova è contraria alle disposizioni positive prima regolanti la materia. Troppa grazia! In tal modo dovremmo credere che Augusto abbia posto una pura domanda retorica, chiedendo al *consilium* se l'*usus codicillorum* fosse *absonans a iuris ratione*.

⁴⁰ Ma il testo è certamente non classico: v. GUARINO, in *ZSS*. 62 cit. 249 e *Ann. dir. comp.* cit. 30.

Piuttosto è da secernere, nel brano in esame, il grano classico dall'oglio della decadenza, per precisare il vero tenore del quesito di Augusto e quindi della risposta dei giureconsulti da lui convocati. Abbiamo visto che il testo è rimaneggiato, ma sino a che punto?

Io penso che Augusto non abbia posto ai suoi giureconsulti la domanda se l'*usus codicillorum* dovesse ritenersi *absonans a iuris ratione*, ma unicamente la domanda: se e per quali ragioni pratiche l'*usus codicillorum* fosse da confermare. Non tanto mi inducono a questa congettura i già rilevati indizi locali di rimaneggiamento⁴¹, quanto mi vi spinge il fatto che l'*usus codicillorum* era indiscutibilmente contrario ai principî dell'ordinamento giuridico classico, sia per quel che riguardava le forme delle disposizioni di ultima volontà, sia per quel che ne riguardava il contenuto⁴². I *codicilli* erano indiscutibilmente contrari alla *ratio iuris*, ma della contrarietà o meno alla medesima non ci si preoccupò menomamente nel diritto romano classico, che fu tipica espressione storica della coesistenza e della conciliazione tra svariati sistemi giuridici.

Per nessuna altra ragione, dunque, se non per gli evidenti segni di rimaneggiamento parafrastico del nostro paragrafo (aggiunti alla poca verosimiglianza di una preoccupazione di Augusto circa la contrarietà alla *ratio iuris* dei *codicilli*⁴³), io concludo nel senso dianzi espresso. Il che non deve, e non può significare, che l'*usus codicillorum* fosse reputato *ius singulare* dai classici e che quindi la notizia di Giuliano sia sostanzialmente esatta. Già a partire da Labeone i *codicilli* si reputarono ammessi *optimo iure*, e di questa notizia — come vedremo subito — non vi è ragione alcuna per dubitare. Ora Giuliano fu di circa un secolo posteriore a Labeone: il che esclude che egli abbia potuto parlare di *ius singulare* a proposito dei *codicilli*.

Di *ius singulare* e di contrarietà alla *ratio iuris* dei *codicilli* e di altri istituti giuridici si occuparono e preoccuparono, invece, le scuole post-classiche, fise ad una nuova concezione — tipica della decadenza giuridica romana — di un sistema giuridico unitario, armonico, razionale. Di qui la creazione del concetto di *ius singulare*, di qui la segnalazione della singolarità giuridica dei *codicilli* in un testo alterato di Giuliano, di

⁴¹ Si ricordi la già rilevata, intima connessione originaria tra *codicilli* e disposizioni fedecommissarie.

⁴² Si aggiunga *absono*, che è ἄπαξ λεγόμενον e vocabolo pochissimo usato nella buona latinità (FORCELLINI, *Lexicon shv.*).

⁴³ Augusto non chiese se l'*usus codicillorum* fosse contrario alla *ratio iuris* perché a lui questo problema non si prospettò addirittura.

qui il rilievo dato al problema dell'*absonantia a iuris ratione* dei *codicilli* nella parafrasi del testo marcianeo delle Istituzioni⁴⁴.

9. — Si arriva così a Labeone, ed è interessante studiare l'ultimo periodo di Inst. 2.25 pr., che appunto di lui parla: *post quae tempora, cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur*.

I romanisti parlano qualche volta di « sapore » classico o postclassico di una frase o di una parola. È un po' il modo di trarsi di impiccio di fronte ad una dimostrazione noiosa o evanescente. Nel nostro caso, peraltro, nessuna locuzione pare più appropriata di questa: la frase terminale di Inst. 2.25 pr. ha un inconfondibile « sapore classico », come può agevolmente essere dimostrato.

Già lo ha notato il Biondi⁴⁵: « La notizia... acquista rilievo ove si consideri che Labeone fu uno dei più fieri oppositori della politica e della legislazione di Augusto fino al punto che, nonostante *plurima innovare instituit* (fr. 2.47 D. 1.2: Pomp. ench.), *vituperabat leges Augusti Caesaris* (Ps. Acr. sch. in Hor., ad serm. 1.382), e non riconosceva come *iustum sanctum* se non quello che *in Romanis antiquitatibus legisset* (Gellio 13.12.1) ».

Io direi addirittura che la notizia delle Istituzioni non acquista, ma dà rilievo, così come è formulata, alla figura di Labeone, ancora per tanti aspetti così misteriosa. L'uso dei *codicilli* era anteriore ad Augusto; questi dietro parere del suo *consilium* lo aveva pienamente confermato eseguendo i fedecommessi di Lentulo; per influsso dell'alto esempio suo gli altri Romani si erano dati ad eseguire i fedecommessi posti a loro ca-

⁴⁴ Non si creda, peraltro, che l'introduzione del quesito circa la contrarietà alla *ratio iuris* dei *codicilli*, operata da un parafraste postclassico, implichi un significato diverso del discorso rimaneggiato (nel senso che i *codicilli* siano presentati come *ius singulare: contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem introductum* [Paul. D. 1.3.16]). La nostra critica all'opinione del Biondi, ed in particolare a quella dell'Orestano, rimane in piedi. Il parafraste delle Istituzioni marcianee si è limitato ad inquadrare il problema della introduzione dei *codicilli* entro il più ampio problema del diritto singolare, ma è evidente che, per lui (e così per Triboniano), i *codicilli* non sono un istituto del *ius singulare* e che ciò giustifica la loro ammissione nel sistema giuridico romano. Contraddizione? Certo. Ma contraddizione nell'ambiente postclassico-giustiniano, entro il quale la dottrina del *ius singulare* sorse ed ebbe vita, ma non ebbe un rigoglio né pieno né predominante: cfr. GUARINO, in *Ann. dir. comp.* cit. 18 ss.

⁴⁵ *Cit.* 614.

rico mediante *codicilli*: il sorgere e l'affermarsi dell'*opinio iuris et necessitatis* sono evidentissimi, addirittura palmari, in questo processo. Ma vi fu qualcosa di piú, qualcosa di assolutamente decisivo nel senso dell'adozione dei *codicilli* entro il sistema giuridico romano, e ciò fu l'adesione di Labeone all'*usus codicillorum*. Persino Labeone (*et Labeo*) — dice il nostro testo — fece dei *codicilli*: dopo di che non vi fu alcuno che dubitasse del pieno diritto di cittadinanza dell'istituto nel sistema giuridico romano. L'importanza politica decisiva dell'adesione di Labeone non potrebbe essere messa in maggior rilievo.

Ma bisogna dare il bando ad un'altra interpretazione tralaticia del passo delle Istituzioni: ad una interpretazione che è troppo facile, per essere vera. Credere che Labeone abbia fatto egli stesso, per sé, dei *codicilli*, quasi che i *codicilli* fossero cosa di tutti i giorni, è — mi si permetta di dirlo — puerile: e puerilmente romantica è o sarebbe l'idea del fiero avversario politico di Augusto che, in punto di morte (*cum decederet*, come Lucio Lentulo), si riconcilia idealmente col principe dettando le sue ultime disposizioni nella forma dei *codicilli*, tanto favorita da Augusto. Si tratta di ben altro, e non v'è nemmeno bisogno di pensare ad un ulteriore rimaneggiamento del passo. Labeone fece dei *codicilli* per gli altri, per i suoi clienti, che lo frequentavano nei sei mesi dell'anno ch'egli soleva passare in città⁴⁶. Non è incredibile che Labeone, la cui figura per tanti versi si ricollega ai fasti della giurisprudenza repubblicana⁴⁷, abbia ereditato da questa il gusto per l'attività cautelare, utile e sobrio correttivo dell'attività di insegnamento e di responsi⁴⁸. È al *cavere* di Labeone che deve essere ricollegato il *codicillos fecisset* di *Inst.* 2.25 pr.

10. — Persino Labeone fece dei *codicilli*. La cosa doveva essere estremamente significativa nell'ambiente giuridico classico. Ed è naturale, date le diverse testimonianze di cui disponiamo in ordine alla fiera opposizione di Labeone ad Augusto e a tutto ciò che venisse da lui⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. Pomp. D. 1.2.2.47.

⁴⁷ ARANGIO-RUIZ, *Storia*³ 271 s.

⁴⁸ Pomp. D. 1.2.2.47 dice che Labeone stava a Roma *sex mensibus cum studiosis*. Ma è espressione evidentemente contratta per indicare una attività giurisprudenziale che non poteva limitarsi al campo didattico.

⁴⁹ Alle testimonianze addotte dal Biondi può aggiungersi l'accenno a *Labeo insanus* contenuto in *Hor. sat.* 1.3.82 ss., col relativo scolio di Porfirione, che identifica in *Labeo* il nostro giureconsulto. È da escludere, peraltro, che qui Orazio si

Come spiegheremo questa adesione di Labeone all'istituto augusteo? Sarebbe facile dare una risposta che contentasse questa o quella speciale tendenza. Con coloro che interpretano il « *plurima innovare instituit* », con cui Pomponio (D. 1.2.2.47) scolpisce Labeone, nel senso aureo della parola *innovare* (= rinnovare, riportare in vita)⁵⁰, potrebbe dirsi, ad esempio, che Labeone ha indulto ai *codicilli*, perché trattavasi di un uso repubblicano, anteriore ad Augusto: sarebbero così conciliati l'interpretazione di *innovo*, le testimonianze sull'atteggiamento politico di Labeone e il caso nostro. Con coloro, invece, che rimangono fedeli (e ben a ragione) al significato di « innovare », che *innovo* ha nel passo di Pomponio⁵¹, potrebbe sostenersi che nel caso dei *codicilli* Labeone ha favorito una provvida innovazione, passando sopra alla propria avversione verso Augusto.

Io credo, peraltro, che la retta via per la soluzione di questo problema sia stata indicata da un nostro giurista, il Grosso⁵². In realtà, Labeone fu un grande ingegno giuridico, la cui poliedrica attività è molto imperfettamente rappresentata dall'*innovo* di Pomponio, comunque lo si voglia interpretare: egli, mentre contribuiva poderosamente allo sviluppo del diritto romano, non disdegnava ad un tempo di soffermarsi « brillantemente nello sviluppo di concezioni e di posizioni più arcaiche » ed « anche nei casi accennati spesso emerge, nella visione più diretta e immediata, una impressione di originalità ».

Non si tratta di valutare nel suo complesso il carattere più o meno progressista dell'ingegno giuridico di Labeone: ogni ingegno degno di questo nome è « progressista », nel senso che lo spirito umano è in ansia ed in atto di continuo superamento. Né tanto meno si tratta di valutare le particolari vedute politiche e sociali di questa fiera figura romana. Si ricordi, a questo proposito, che Catone — l'avversario irriducibile del-

riferisca a Labeone in quanto avversario di Augusto, chè la sat. III fu composta quando Ottaviano ancora non si era insediato a Roma (MARCHESI, *Storia della letteratura latina*⁵ 2.59). La spiegazione più sensata dell'accenno oraziano è quella del GROSSO, in *Atti Acc. Torino* 78 (1942-1943) estr. 5 s., che lo ricollega ad un probabile astio giovanile di Orazio verso Labeone (il quale doveva ancora essere giovanissimo, e studente, non studioso né maestro di diritto).

⁵⁰ Così MARCHESI, *cit.* 56 s.

⁵¹ Per tutti, da ultimo, GUARINO, *Profilo storico delle fonti del diritto romano*² (Catania 1945) 6. Cfr. altri testi giuridici in cui *innovo* ha certamente questo significato: Ulp. D. 43.22.1.10, D. 50.17.123.

⁵² *Cit.* 4 ss.

l'Ellenismo — portò a Roma dalla Sardegna Ennio⁵³, cioè una voce di grande poeta, ma di poeta ellenistico⁵⁴.

Non vi sono prevenzioni che tengano uno spirito veramente alto dal seguire una via piuttosto che un'altra. Le *leges Augusti Caesaris* che Labeone *vituperabat* erano forse quelle leggi a carattere eminentemente politico di Augusto, che appunto perciò tutti ancor più altamente lodavano, ma del cui intrinseco valore il tempo ha fatto giustizia. Ed è naturale che questo coraggioso atteggiamento del giurista, fiducioso del suo sapere (Pomp. D. 1.2.2.47: *fiducia doctrinae*), facesse colpo sui suoi contemporanei e più ancora sui posteri.

Ecco perché non deve stupirci l'adesione di Labeone all'istituto dei *codicilli* e non deve stupirci neanche lo stupore di Marciano (uomo, non dimentichiamolo, dell'età dei Severi) nel prendere nota di un atteggiamento che, a menti politicamente poco educate, altro non poteva sembrare se non una incongruenza⁵⁵.

POSTILLA: CODICELLO E I CODICILLI.

1. Molti anni fa, emulo in sedicesimo di Al Capone, anch'io, per dirla col linguaggio della 'mala', feci fuori un personaggio: quel *Codicellus* cui Isidoro di Siviglia, stando ad alcune più antiche edizioni dei suoi *libri etymologiarum sive originum*, sembrava, almeno nella *communis opinio*, che attribuisse la creazione dell'istituto successorio dei *codicilli*¹. Sostenni, in quella lontana occasione, che a Codicello non ci aveva creduto nemmeno il santo vescovo di Siviglia e che tutto dipendeva da una interpretazione errata delle sue parole.

La tesi non persuase B. Biondi, cui parve di poter affermare che nel passo isidoriano è vero che *Codicellus* non viene menzionato, tut-

⁵³ Corn. Nep. *Cato* 1.4.

⁵⁴ Gell. *N.A.* 17.17.1: *Q. Ennius tria corda habere sese dicebat; quod loqui et graece et osce et latine sciret.*

⁵⁵ Il fenomeno è di tutti i tempi e di tutti i luoghi, e sarebbe di poco gusto additare delle facili analogie del tempo presente.

* In *Atti Acc. Pontaniana* 29 (1980) 99 ss.

¹ Sul tema: A. GUARINO, *Isidoro di Siviglia e l'origine dei codicilli*, in *SDHI.* 10 (1944) 317 ss.; J. DE CHURRUCA, *Las fuentes de la definición de codicilo*, in *AHDE.* 34 (1964) 5 ss.; A. METRO, *Studi sui codicilli* 1 (1979) 7 ss., con bibliografia. V. anche la replica di A. METRO, *Ancora su Isid. Etum.* 5.24.14, in *St. Sanfilippo* 3 (1983) 451 ss.

tavia « l'allusione è chiara ». Ma sopra tutto essa provocò un elaborato articolo di confutazione di un diligente studioso di S. Isidoro, lo spagnolo J. de Churruca. Recentemente è intervenuto invece in mia difesa A. Metro con osservazioni molto acute, ma con uno zelo forse eccessivo, che potrebbe far velo all'argomentazione di fondo.

Mi sia quindi concessa una rapidissima nota, a piena conferma di tutto quanto ho scritto più diffusamente sul tema in precedenza.

2. Leggiamo anzi tutto il testo di Isidoro, il quale, è bene segnalarlo, non incomincia, nell'edizione critica più accreditata, quella del Lindsay, con un *Codicellus* (*ab auctore dictus*), ma con un *Codicillum*.

Si tratta di Isid. *et.* 5.24.14: *Codicillum, ut veteres aiunt, sine dubio ab auctore dictum, qui hoc scripturae genus instituit (est autem scriptura nullam indigens sollemnitate verborum, sed solam testatoris voluntatem qualicumque scripturae significatione expressam . . . , ita ut qui scribit titulum eiusdem scripturae codicillum vocet).*

Premesso che *codicillum*, non meno di *codicillus* o di *codicellus*, è improprio perché l'uso latino del vocabolo è al plurale (*codicilli*), mi interessa ripetere qui testualmente le mie parole, che erano queste: Isidoro « non fa la etimologia di *codicillum*, perché il significato del termine è di per sé stesso evidente, ma confusamente accenna alla sua storia, quale era esposta dai *veteres* ». No, replica il De Churruca: « la construcción *dictus quia* o *dictus a* en *Et.* introduce sin excepción una explicación de carácter etimológico ». Al che il Metro ribatte che in Isidoro è invece frequente la costruzione *dici* (*appellari*) *a* « nel più semplice e corrente caso di ablativo di agente ».

Purtroppo, l'argomentazione del Metro non coglie il segno. Nessun dubbio (penso, nemmeno da parte del De Churruca) che Isidoro abbia potuto realizzare qua e là il comunissimo complemento di agente per significare che un certo istituto è stato denominato in un certo modo da questo o da quello. Quando, ad esempio, in 4.6.13 egli scrive « *telum lateris dolor est* » ed aggiunge, a mo' di chiarimento, « *dictum autem ita a medicis, quod dolore corpus transverberet, quasi gladius* », è fuori discussione che egli non voglia intendere che la locuzione *telum lateris*, indicativa della fitta al fianco, derivi dalla parola *medicus*, ma voglia dire che la locuzione è stata coniata, nel loro linguaggio tecnico, dai medici. Nel caso nostro, peraltro, Isidoro non vuol certo intendere che il primo a far uso dei *codicilli* li denominò così. È evidente invece che egli si sforza di segnalare che l'istituto giuridico denominato *codicillum* è stato detto così dalla gente per derivazione da colui che ne ha introdotto l'uso. Complemento di origine, non complemento di agente.

3. Ciò posto in chiaro, vediamo di risolvere la questione tra me e il De Churruca.

In primo luogo va rilevato, se non erro, che ciascuno di noi ha fatto ricorso ad una nozione diversa di etimologia, traendone diverse conseguenze. Mentre io ho parlato di etimologia in senso stretto, nel senso di ricerca dell'origine della forma lessicale *codicillum*, il mio avversario parla di etimologia in senso lato, nel senso caro agli antichi di ricerca dello spunto di realtà, di *étumon*, a cui ricollegare la parola *codicillum* e il concetto da essa espresso. Dal mio punto di vista la derivazione di *codicillum* da un inespresso *Codicillus* non c'è. Dal punto di vista del mio contraddittore, il *dictum a* implica di necessità che la derivazione etimologica vi sia e pertanto altra soluzione non può ammettersi, se non che l'*auctor* innominato dell'istituto si chiamasse *Codicellus* o *Codicillus*.

Quando è così, abbiamo forse ragione tutti e due? A mio parere, no.

Il *dictum a* fa certamente pensare ad un collegamento etimologico tra il *codicillum* e l'*auctor* dell'istituto, ma non impone affatto di pensare ad un fantastico *Codicellus*. Se l'etimologia invocata da Isidoro va intesa in senso lato, *codicillum* deve essere ritenuto derivante da un *étumon* costituito dal fatto in cui si concretò l'iniziativa del suo primo *auctor*. In altri termini, non è al nome dell'*auctor* che, sulla traccia dei *veteres*, allude Isidoro: egli allude all'episodio di cui l'*auctor*, che per lui non mette conto di nominare, fu protagonista. Dunque è il De Churruca ad aver torto nella sua troppo frettolosa conclusione.

Per convincersene, sia concesso anzi tutto di ricordare che Isidoro di Siviglia, in ciò adeguandosi pienamente alla prassi etimologica antica (quella che giungeva, per capirci, sino al famoso «*lucus a non lucendo*»), non faceva e non intendeva fare l'etimologista in modo rigoroso: non ne aveva anzi nemmeno l'idea. La vasta enciclopedia costituita dai suoi *libri etymologiarum*, non a caso denominati da qualcuno anche *originum*, non perseguiva finalità linguistiche, ma perseguiva finalità definitorie, possibilmente, non necessariamente, appoggiate a considerazioni lessicali. A parte che molte delle «*etimologie*» isidoriane sono affatto prive di aggancio linguistico (cfr., ad esempio, 5.25.2: *res sunt, quae in nostro iure consistunt*), escluderei che un uomo della levatura del vescovo di Siviglia abbia potuto avventare, per fini diversi da quelli di una sollecitazione prevalentemente mnemonica, etimologie campate in aria come quella di *mandatum* da *manum dare* (5.24.20) o di *dos* da *do item* (5.24.25).

Isidoro era insomma un dotto, ma un dotto del decaduto mondo

occidentale del VI-VII secolo dopo Cristo, il quale si sforzava di entrare in discorso nulla piú che con gli uomini del suo tempo e del suo mondo. Non è quindi strano che di *codicillum*, parola oltre tutto di senso facilissimo per via del suo collegamento con *codex* (cfr. *et.* 6.13.1), egli abbia tralasciato di dare il significato comune e la derivazione etimologica in senso stretto, preferendo accennare al precedente antico da cui è derivato l'uso di questa « *scriptura nullam indigens sollemnitatem verborum* ».

Quanto al precedente, non è necessario fare grandi ricerche. Lo si trova descritto con abbondanza, forse addirittura con sovrabbondanza di particolari in un ben noto passo delle Istituzioni giustiniane (2.25 pr.), che presenta oltre tutto molteplici concordanze formali, su cui qui sorvolo, con l'intero 5.24.14 di Isidoro. È un passo in cui si dice che il *ius codicillorum* derivò da un'iniziativa di tal Lucio Lentulo, il quale, trovandosi nella provincia d'Africa prossimo a morire, scrisse su *codicilli* dei fedecommissi di cui nominò esecutore lo stesso *princeps* Augusto. Dopo di che si aggiunge: *et cum divus Augustus voluntatem eius implesset, deinceps reliqui (cives) auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant*.

4. Resta da stabilire chi sia la persona in cui Isidoro fa intravedere, pur senza nominarla, l'*auctor*, « *qui hoc scripturae genus instituit* ».

Escluso che si tratti del mai esistito *Codicillus*, il pensiero corre spontaneo a Lucio Lentulo, che « *primus . . . codicillos introduxit* ». Ma riflettiamo meglio. I *codicilli* dettati o scritti da Lentulo in punto di morte, nella mancanza dei sette cittadini romani (il *familiae emptor*, il *libripens* e i cinque testimoni romani e in età pubere) capaci di collaborare alla confezione di un *testamentum per aes et libram*, non sarebbero valsi a nulla, se non fosse intervenuto ad eseguirli Augusto. Né i *reliqui cives* si sarebbero dati tanto facilmente all'esecuzione dei fedecommissi disposti mediante *codicilli* se non avessero subito il peso dell'*auctoritas* di Augusto.

Dunque, se Lucio Lentulo fu il primo a scrivere *codicilli*, colui che coprì con la sua *auctoritas* l'iniziativa, colui che elevò il caso specifico a *genus*, ad istituto sociale e giuridico, fu Augusto. Va ravvisato in Augusto l'*auctor*, « *qui hoc scripturae genus instituit* ».

GIAVOLENO E LE DEFINIZIONI

1. — D. 50.17.202 (Iav. 11 ep.): *Omnis definitio in iure civili periculosa est; rarum est enim, ut non subverti possit*¹.

Il famosissimo testo di Giavoleno è stato recentemente studiato dal Carcaterra², dal Martini³ e dall'Albanese⁴, i quali tutti convergono nella tesi di una sua *duplex interpretatio*. Ben diverso sarebbe il senso genuino, giavoleniano, del passo rispetto al senso che ad esso va attribuito nel contesto della compilazione giustiniana. Ma quali precisamente i due significati, quello giavoleniano e quello giustiniano?

Qui i pareri dei tre studiosi divergono alquanto. Per il Carcaterra, Giavoleno avrebbe inteso mettere in guardia contro il ricorso a *definitiones* didattiche e scientifiche limitatamente all'attività pratica e al « diritto positivo », mentre Giustiniano avrebbe voluto vietare *regulae* e *definitiones* di nuovo conio, al di fuori cioè di quelle da lui stesso accolte nella compilazione con valore legislativo⁵. Per il Martini, Gia-

* In *Labeo* 14 (1968) 65 ss., col titolo: D. 50.17.202: « *Interpretatio simplex* ».

¹ La Florentina ha *parum est enim, ut non subverti possit*. Gli errori di scrittura sono stati già da tempo individuati, rispettivamente dall'Aloandro (corr.: *rarum*) e da G. Gotofredo (corr.: *possit*).

² CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini* (1966).

³ MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani* (1966).

⁴ ALBANESE, « *Definitio periculosa* »: un singolare caso di « *duplex interpretatio* », in *St. Scaduto* estr. (1967).

⁵ Cfr. CARCATERRA (nt. 2) spec. 183 ss. Più precisamente, secondo questo autore: a) Giavoleno avrebbe voluto « condannare o inficiare » il ricorso a *explicationes verborum* nei provvedimenti normativi e nei *responsa* giurisprudenziali (produttivi gli uni e gli altri di *ius civile*), ma non nell'attività teorica dei giuristi, la quale fece notoriamente largo ricorso alle *explicationes verborum*; b) Giustiniano avrebbe inteso *ius civile* nel senso di diritto vigente (cioè di diritto posto dalla sua compilazione) e, ribadendo il noto divieto ai giuristi di alterarlo con i loro commenti, avrebbe voluto dire che « ogni *definitio* dommatica è *periculosa* e tale che può essere sovvertita e, in fondo, tale che poco manca non sovverta lo stesso diritto positivo »: dunque, egli avrebbe volutamente mutato l'originario *rarum* in *parum*. Contro questa ricostruzione, per vero arbitraria e inattendibile, cfr. ALBANESE (nt. 4) 63 nt. 95

voleno avrebbe, piú genericamente, diffidato i contemporanei dal ricorso a *definitiones* nel senso retorico della parola, mentre Giustiniano avrebbe voluto sottolineare il pericolo connesso al ricorso indiscriminato a *regulae iuris* precostituite, sopra tutto in materia di *ius civile* (in contrapposizione a *ius naturale*) per la possibilità ch'esse siano rovesciate da un mutamento del diritto vigente⁶. Per l'Albanese, infine, l'interpretazione da dare al fr. 202 nella compilazione giustiniana è approssimativamente quella stessa sostenuta dal Martini (salva l'improbabile limitazione al *ius civile*), ma Giavoleno avrebbe inteso le *definitiones* non nel senso retorico di *explicationes verborum*, bensí nel senso di distinzioni tra fenomeni giuridici affini, di delimitazioni schematiche tra gli stessi⁷.

I tre autori ora indicati hanno, a mio avviso, validamente contribuito, ciascuno per la sua parte, a far compiere un notevole passo avanti alla dottrina relativa al problema. Ho l'impressione, tuttavia, in ordine alla tesi della *interpretatio duplex*, che il passo sia stato piú lungo della gamba⁸. Mi sbaglierò, ma la *duplex interpretatio* di D. 50.17.202 non ha ragion d'essere.

2. — È merito non lieve dell'Albanese di essere riuscito, attraverso una attenta e sagace ricerca esegetica, a mettere in luce che il senso classico di *definitio*, perlomeno negli scritti giuridici, non fu esclusivamente o prevalentemente quello di *explicatio verborum*⁹. Accanto a questo valore di *definitio* (*definire*), i testi classici documentano un valore affine, ma alquanto diverso, che è quello di « distinguere il preciso ambito di

(*ius civile* significa, sia per Giavoleno che per Giustiniano, « scienza del *ius civile* ») e 74 s. (su *definitio* come « definizione dogmatica » e su *parum est. rell.*).

⁶ Cfr. MARTINI (nt. 3) spec. 162 ss., che si richiama alle osservazioni di GOTOFREDO, *Novus in titulum Pandectarum « de diversis regulis iuris antiqui » commentarius* 2 (Neap. 1780) 274 ss. È proprio uno spunto del Gotofredo ad indurre il MARTINI (167 s.) a sostenere l'interpolazione di *in iure civili* o di *civili*. In senso contrario, giustamente, ALBANESE (nt. 4) 63 nt. 95, 76.

⁷ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 62 ss., 70 ss. Va rilevato che, secondo l'ALBANESE (spec. 76 ss.), Giustiniano avrebbe riferito il termine *definitio* particolarmente alle *regulae iuris antiqui*.

⁸ Bisogna peraltro dare atto all'Albanese di aver ragionato, nella sua ricostruzione, in termini espliciti di possibilità o di probabilità, mai (o quasi) in termini di certezza o di sicurezza.

⁹ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 10 ss. Per i casi pressoché sicuri del significato di *explicatio verborum*, v. l'elenco riportato a p. 18 ss.

applicazione di un fenomeno giuridico tra due (o piú) categorie affini », o anche di « distinguere, nell'ambito di uno stesso fenomeno giuridico, due o piú categorie, due o piú articolazioni schematiche »¹⁰. Questo inoppugnabile accertamento permette all'Albanese ed a noi di superare un pregiudizio cui si erano ancorati i precedenti indagatori del tema: il pregiudizio cioè che per Giavoleno il termine *definitio*, posto che non significasse *regula iuris*, avesse il senso di *explicatio verborum*¹¹. È chiaro invece che le significazioni di *definitio* possono essere state, per il giurista classico, tanto quest'ultima, quanto quella di precisazione in sede di distinzione: ed è appena il caso di aggiungere che il significato di *regula iuris*, quanto meno in Giavoleno, è altamente improbabile¹².

Ma l'Albanese, nella sua ricerca del senso giavoleniano del fr. 202, si spinge anche oltre questo importante traguardo. Egli ritiene « assai improbabile » il valore di *explicatio verborum* e « molto probabile » l'altro significato: « Giavoleno volle porre in guardia i giuristi contro tutte le operazioni mentali di distinzione e schematizzazione nella scienza del diritto civile »¹³. Senonché sino a questo punto non mi sembra, francamente, e sia pure in termini di probabilità, di poterlo seguire.

Vero è che gli argomenti addotti (o adducibili) a favore del significato di *explicatio verborum* non provano nulla¹⁴, ma, se non erro, provano poco anche gli argomenti dell'Albanese circa la improbabilità di quella significazione¹⁵. Essi son tre¹⁶. Primo: se Giavoleno si fosse voluto « porre su un piano sostanzialmente filosofico » nel denunciare il

¹⁰ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 23 ss., il quale opportunamente aggiunge (25) che, nei testi da lui isolati, « i termini *definire* e *definitio* presentavano spesso, accanto al valore connesso con l'idea di 'distinzione, classificazione etc.', il valore piú generico di 'stabilire, determinare etc.' ».

¹¹ Questa alternativa è invece evidente nella impostazione delle citate ricerche del CARCATERA (nt. 2) e del MARTINI (nt. 3), nonché precedentemente dal BEHREND, *Begriff und Definition in den Quellen*, in ZSS. 74 (1957) 352 ss., e da ultimo dello STEIN, « *Regulae iuris* », *From juristic Rules to legal Maxims* (1966) spec. 30, 85 s.

¹² In argomento l'ALBANESE (nt. 4) 52 s., abbandonando la sua consueta cautela, dice che il senso di *regula iuris* (come norma) deve escludersi in Giavoleno « necessariamente », « con certezza ». Il che sembra eccessivo: v. *infra* n. 3.

¹³ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 66.

¹⁴ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 55 ss., di cui deve condividersi pienamente la critica penetrante e sottile.

¹⁵ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 62 ss.

¹⁶ Scarso valore attribuisce lo stesso Albanese ad un quarto argomento, che fa leva su Iav. D. 19.2.60.7, l'unico testo di Giavoleno in cui ricorra ancora il termine *definitio*: cfr. ALBANESE (nt. 4) 32, 65.

pericolo delle *explicationes verborum*, si sarebbe espresso in termini generali, e non avrebbe posto la limitazione *in iure civili*; ma la limitazione, di cui non è contestabile la genuinità¹⁷, è pienamente spiegabile, e addirittura apprezzabile, in un giurista che voglia applicare al suo *hortus conclusus*, il *ius civile*¹⁸, un dettame pronunciato in sede non tecnico-giuridica, cioè in sede filosofica. Secondo: di una *explicatio verborum* si può dire che essa è esposta al rischio di essere falsa, incompleta, sovrabbondante, ma non si può dire che essa può essere rovesciata, sovvertita, capovolta (*rarum est enim ut non subverti possit*); ma (a parte il fatto che, se ciò fosse vero, bisognerebbe prendere in più seria considerazione l'ipotesi dell'alterazione testuale)¹⁹ la dimostrazione della inadeguatezza di una certa *explicatio verborum* consiste appunto nel suo travolgimento mediante un'*explicatio verborum* diversa²⁰. Terzo: sarebbe veramente « forzato e esagerato » che Giavoleno (autore egli stesso, in una con molti altri giuristi classici, di *explicationes verborum*)²¹ avesse affermato il suo principio, totalitariamente, in ordine ad *omnis definitio*; ma Giavoleno, proprio perché non alieno dal tentare anche lui qualche *explicatio verborum*, ha evitato di parlare di fallacia delle *definitiones* e può ben avere equilibratamente parlato del *periculum* insito in ogni attività definitoria (sempre che, beninteso, si sia voluto riferire alle *explicationes verborum*)²². Sicché l'improbabilità del senso di *explicatio verborum* nel dettato genuino di Giavoleno non risulta.

¹⁷ V. *retro* nt. 5 e 6.

¹⁸ Sul significato di *ius civile* come « scienza del diritto », v. le esatte osservazioni dell'ALBANESE (nt. 4) 63 nt. 95.

¹⁹ L'ipotesi potrebbe essere confortata proprio dalla circostanza che in *parum—posset* figurano almeno due improprietà (*parum* per *rarum* e *posset* per *possit*), per non parlare del fatto che il *non* starebbe meglio innanzi a *posset* (*possit*), anziché innanzi a *subverti*.

²⁰ Cfr. Ner. D. 1.3.21: ... *rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur*.

²¹ Cfr. MARTINI (nt. 3) 169 ss. e ALBANESE (nt. 4) 65 nt. 100.

²² L'ALBANESE (nt. 4) 55 ss. sottopone ad una fine analisi Cic. *de orat.* 2.25.107-109 e Quint. *inst. or.* 7.3.16, per dimostrare che, pur non potendosi escludere la conoscenza di questi testi da parte di Giavoleno, sia tuttavia da negare che Giavoleno si sia espresso in analogia col pensiero ivi rappresentato. Considerazioni giustissime: Cicerone (e per lui Marco Antonio) e Quintiliano indicano il pericolo del ricorso ad *explicationes verborum* nelle sole controversie giudiziarie, mentre Giavoleno parla del pericolo delle *definitiones* nella scienza civilistica (*in iure civili*), senza riferimento alle cause (e forse con esclusione di questo settore). Ma occorre pur notare che Giavoleno può ben essersi riferito a quanto detto da Cicerone in riferimento alle

Del pari non risulta, se non vado errato, la probabilità che Giavoleno abbia voluto intendere con *definitio* solo ed esclusivamente il senso di distinzione o ordinazione sistematica²³. A conforto di questo suo convincimento l'Albanese osserva anzitutto che il *subverti* si attaglia ad una distinzione rivelatasi errata²⁴: il che è vero, ma non meno vero della riferibilità del *subverti* ad una *explicatio verborum* infelice. Vero è anche, e molto finemente osservato, che il rischio delle distinzioni e classificazioni troppo rigide doveva essere particolarmente avvertito, in ordine alla scienza del *ius civile*, da un giurista classico²⁵; ma è facile replicare che altrettanto (se non ancor più) sensibile doveva essere un giurista classico al pericolo di cristallizzazione della realtà viva del diritto in una astratta *explicatio verborum*²⁶. Possibilissimo è, infine, che l'affermazione di D. 50.17.202 sia stata fatta in riferimento alla distinzione posta nel passo (peraltro, ampiamente discutibile sul piano critico-esegetico)²⁷ riportato da D. 18.1.65²⁸: ma chi può escludere che, nel corso del libro 11 *epistularum*²⁹, non abbia anche avuto Giavoleno l'occasione di segnalare il pericolo di frettolose *explicationes verborum*?

Prudenza vuole, insomma, che su questo primo punto si concluda così. Giavoleno ha fatto riferimento, nel passo in esame, tanto all'uno

definitiones (come *explicationes verborum*), non per confermarlo, ma per contraddirlo. Ed infatti Cicerone, dopo aver qualificato puerile l'uso delle *definitiones* nelle *causae*, passa a dire (108): *Alia est enim, cum inter dictos homines de eius rebus quae versantur in artibus disputatur, ut cum quaeritur, quid sit «ars», quid sit «lex», quid sit «civitas», in quibus hoc praecepit ratio atque doctrina, ut vis eius rei quam definias sic exprimat ut neque absit quicquam neque supersit.* Orbene Giavoleno, tenendo presente questo canone ciceroniano, può ben aver opposto che, al contrario, quanto meno nella scienza giuridica (*in iure civili*), il ricorso a *definitiones* è sempre pericoloso (*omnis definitio... periculosa est*).

²³ Nel dire che la probabilità « non risulta », non voglio ovviamente sostenere la improbabilità del significato di distinzione.

²⁴ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 66 s.

²⁵ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 67 s. Proprio a questo proposito l'Albanese cita Ner. D. 1.3.21, che peraltro non mi sembra sorregga la sua interpretazione di *subverti*: v. retro nt. 20.

²⁶ V. retro nt. 22.

²⁷ Sui problemi esegetici, cfr. da ultimo, THOMAS, in ZSS. 81 (1964) 115 ss. Ma v. anche BONIFACIO, in BIDR. 49-50 (1947) 100 ss.; MAYER-MALY, *Locatio-conductio* (1956) 76.

²⁸ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 68 s. (*corrige* la citazione di D. 18.2.19).

²⁹ Cfr. LENEL Ivol. 123-131. Tralascio ogni questione circa il carattere genuino, o meno, dell'opera.

quanto all'altro dei due significati in discussione. Allo stato delle fonti, la *definitio* giavoleniana deve essere intesa cioè nel senso generico di precisazione, puntualizzazione, delimitazione³⁰. E l'avvertimento che dal giurista classico ci proviene è questo: di non correre facilmente, in materia di *ius civile*, alle affermazioni, alle spiegazioni, agli inquadramenti recisi. È ben raro che questa operazione di *definitio* concettuale non possa essere sconvolta da successivi, propri o altrui, rilievi o ripensamenti³¹.

3. — L'insegnamento di Giavoleno, che Giustiniano incluse tra le *regulae iuris antiqui*, ebbe nella compilazione sostanzialmente lo stesso senso che gli abbiamo attribuito nella redazione originaria. Il tentativo di intendere la *definitio* come *regula iuris* non mi sembra, per vero, riuscito.

Indubbiamente, come ha mostrato esegeticamente l'Albanese³², il linguaggio postclassico, sopra tutto nelle *constitutiones*, tende a conferire a *definitio* lo stesso significato di *regula*. Ma che questo sia il senso esclusivo della *definitio* postclassica è da escludere. Non solo l'Albanese ha ammesso che in qualche testo classico *definitio* abbia anche il significato di *regula*³³, ma non può sottovalutarsi la circostanza che i molteplici passi in cui *definitio* ha il significato di precisazione (o talvolta, più specificamente, di *explicatio verborum*, oppure di distinzione sistematica) conservano questo valore anche nelle compilazioni postclassiche, e in particolare nella compilazione di Giustiniano³⁴. Di più. Per gli stessi motivi per cui l'Albanese, con esatto ragionamento, nega il valore di *regula* alla *definitio* (e al *definire*) di D. 34.7.1 pr.³⁵, questo valore può e deve essere tranquillamente negato a molteplici applicazioni di *definitio* e di *definire* che si incontrano nelle costituzioni postclassiche. Ed invero D. 34.7.1 pr. dice *Catoniana regula sic definit . . . quae*

³⁰ Non si dimentichi che il significato primario di *definire* è quello di « delimitare ».

³¹ La conclusione è confermata dall'esame del *liber singularis* βρων di Q. Mucio e dei *libri definitionum* di Papiniano (posto che si tratti di opere genuine). Proprio l'ALBANESE (nt. 4) 70 ss. ha rilevato che in queste opere si rinvencono sia *explicationes verborum* e sia distinzioni sistematiche.

³² Cfr. ALBANESE (nt. 4) 33 ss.

³³ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 34 ss.

³⁴ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 32, che indica (a prescindere dai frammenti dei giuristi classici) i casi di Fr. Dos. 1, I. 2.9.4, I. 3.27.7, Iust. CI. 1.20.2, Zeno CI. 4.66.1, Iust. CI. 5.17.10.

³⁵ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 36 s.

definitio in quibusdam falsa est, e l'Albanese giustamente osserva che qui oltre il senso di « stabilire » non è lecito andare³⁶. Ma quale altro senso può essere attribuito ai molteplici usi di *definire* e di *definitio*, cui fanno ricorso gli imperatori postclassici per porre, cioè per stabilire, i loro regolamenti?³⁷

Escluso che il termine *definitio* implichi presuntivamente il significato di *regula* nel linguaggio di Giustiniano, ed in quello postclassico in genere, vediamo allora se vi sono indizi specifici che invitino a questa equiparazione. L'indizio piú vistoso è costituito dalla traduzione dei Basilici³⁸, che suona (B. 2.3.202): Πᾶς νομικός κανὼν σαθρός ἐστίν· εὐχερῶς γὰρ ἀναρτέμεται. Ma è evidente l'abbaglio di cui il traduttore greco è stato vittima. *Definitio* è tradotto con κανὼν, cioè con l'equivalente di *regula*³⁹, ma *in iure civili* è tradotto con νομικός, che è l'equivalente di « legale », e *periculosa* è tradotta con σαθρός, che significa « debole ». Secondo l'anonimo, insomma, le regole legali (e mettiamo pure che si sia voluto dire, piú esattamente, giuridiche)⁴⁰ sarebbero false, vane, difettose, fallaci: mentre tutti sappiamo invece che esse, nel concetto di Giustiniano, sono espressione di verità, anche se può essere difficile coglierne il senso e anche se l'interpretazione di esse può giungere a risultati sbagliati. Non è il testo di Basilici, coi due evidenti errori implicati dal νομικός e dal σαθρός, quello che può dare affidamento circa il significato di κανὼν, cioè di *regula*, di precetto normativo, da attribuire a *definitio*⁴¹.

Tolto di mezzo l'argomento dedotto dai Basilici, quel che può dirsi

³⁶ « La frase *Catoniana regula sic definit*, in sé e per sé, è congegnata in modo da escludere una sinonimia formale tra *regula* e *definitio*; ammessa la sinonimia, ne risulterebbe infatti un discorso insostenibile; come a dire, in italiano 'la regola catoniana così regola' ».

³⁷ Cfr. esplicitamente in questo senso Iust. CI. 7.32.12.2 (... *antiqua regula quae definit* ...).

³⁸ Cfr. B. 2.3.202 (H. 1.78; Schelt. A 1.66). Cfr. anche Armenopulo (App. tit. 2.35: H. 785).

³⁹ Sul senso e sui limiti di questa equivalenza, v. tuttavia, da ultimo, STEIN (nt. 11) 51 ss. e citazioni ivi.

⁴⁰ Lo sch. πᾶς νομικός κανὼν (H. 1.78; Schelt. B. 1.23) esplica κανὼν in καθολικός κανὼν (*regula generalis*) e fa il caso di una « regola generale », che impone la restituzione del mutuo al mutuante, e di un' « altra legge » (ἕτερος νόμος), che stabilisce la non esigibilità dei mutui fatti a *fili familiarum*, e che pertanto rovescia la prima.

⁴¹ Non sono nel vero, dunque, almeno a mio avviso, il MARTINI (nt. 3) 166 s. e l'ALBANESE (nt. 4) 5 s., che traggono argomento dai Basilici.

degli altri è, a mio avviso, che si tratta di argomenti estremamente tenui⁴². Si dice che l'inserzione del frammento giavoleniano nel D. 50.17 *de diversis regulis iuris antiqui* vale come avvertimento agli interpreti del pericolo di farne uso⁴³: ma obietterei che, se Giustiniano avesse voluto dare tale funzione al passo, lo avrebbe collocato, estraendolo dalla massa edittale, subito dopo il fr. 1, parimenti di massa edittale e disposto fuori ordine⁴⁴, che è appunto relativo alle *regulae*. Si cerca di valorizzare l'argomento ora criticato, osservando che non a caso Giustiniano, se pur non dispose il frammento giavoleniano all'inizio del titolo, lo ha situato tra gli ultimi (ma non all'ultimo posto)⁴⁵, affidandogli con ciò una funzione « conclusiva e programmatica nei confronti dell'intero contenuto del titolo *de diversis regulis iuris antiqui* »⁴⁶: ma è pur necessario replicare che la sistemazione in coda di titolo dipende semplicemente dal fatto che il frammento fa parte della massa edittale, che della massa edittale i *libri epistularum* di Giavoleno sono una delle ultime opere e che in D. 50.17 la massa edittale segue le altre masse bluhmiane⁴⁷. Si osserva ancora, a prescindere dai rilievi terminologici già criticati dianzi⁴⁸, che l'equivalenza tra *regulae iuris antiqui* e *definitiones* è raccomandata da Iust. CI. 6.38.4.2, ove si parla di *veteres regulae et antiquae definitiones*⁴⁹: ma opporrei che il testo dimostra, al contrario, che le *regulae* non equivalgono per Giustiniano alle *definitiones* e che, pur a voler ammettere che *regulae* e *definitiones* siano qui una endiadi, sta di fatto che il loro riferimento all'antico diritto discende esclusivamente dall'uso degli aggettivi (*vetus, antiquus*). Si adduce infine Iust. CI. 1.17.2.8 c (vale a dire la *Tanta*), in cui si dice di D. 50.17

⁴² Contro l'argomento che il MARTINI (nt. 3) 167 s. trae da *in iure civili*, di cui sostiene l'interpolazione, v. giustamente ALBANESE (nt. 4) 76.

⁴³ Cfr. MARTINI (nt. 3) 166 s., ALBANESE (nt. 4) 76. Mi sembra, peraltro, che quest'ultimo autore attribuisca erratamente al Martini il senso di *regula iuris antiqui*; v. *retro* nt. 6 e 7.

⁴⁴ La composizione di D. 50.17 è la seguente: 1 Ed. (Paul. 16 *Plaut.*, fuori ordine), 2-72 *Sab.*, 73 *App.*, 74-101 *Pap.*, 102-211 Ed. Per un'analisi del titolo: SOUBIE, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste* (1960) 160 ss.; STEIN, *The Digest Title « De diversis regulis iuris antiqui » and the general principles of Law*, in *Ess. Pound* (1962) 1 ss.; STEIN (nt. 11) 114 ss.

⁴⁵ Il tit. D. 50.17 è composto da 211 frammenti.

⁴⁶ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 78.

⁴⁷ V. *retro* nt. 44. I *libri epistularum* di Giavoleno sono il n. 153 della *massa Edictalis*, la quale comincia col n. 95 e termina col n. 179.

⁴⁸ V. *retro* sulle nt. 32 ss.

⁴⁹ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 77 s.

ch'esso contiene i *regulariter definita* dai *veteres*⁵⁰, che sarebbe prova addirittura decisiva della coincidenza di *regulae* con *definitiones*⁵¹; ma, lasciando da parte il fatto che nemmeno stavolta viene dimostrato che le *definitiones* « tout court » sono le *regulae iuris antiqui*, *regulariter definire* significa « stabilire a titolo di regola », analogamente a D. 34.7.1 pr.⁵², il che implica che si possa anche *definire non regulariter*, implica cioè che le *definitiones* non pongono necessariamente delle *regulae iuris*.

Per rendersi meglio conto dell'arbitrio insito nel ritenere che la *definitio* di D. 50.17.202 abbia per Giustiniano il significato di *regula iuris antiqui* o anche solo di *regula iuris*, valgano poi questi due ulteriori rilievi. Primo: il D. 50.17 *de diversis regulis iuris antiqui* non detta regole sulle regole dell'antico diritto (quindi sulla loro natura, sulla loro interpretazione, sul loro uso), ma le raccoglie, e contiene e traduce in regole di diritto vigente⁵³: il riferimento del puro e semplice termine *definitio* (mancante della qualifica di *antiqua*, *vetus* e via dicendo) alle *regulae iuris antiqui* è dunque addirittura inammissibile; *definitio* significa *definitio* fatta al presente, cioè dall'interprete del diritto giustiniano e in relazione a quest'ultimo. Secondo: D. 50.17.1⁵⁴ chiarisce in modo limpido che non solo la formulazione di *definitiones*, ma anche quella di *regulae* è pienamente permessa agli interpreti del diritto giustiniano (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*), ed aggiunge che anche la formulazione di *regulae*, non meno di quella delle *definitiones*, implica gravi rischi: perché la *regula*, a dirla con Sabino, *quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum*⁵⁵.

⁵⁰ *Cetera autem omnia, quae ad municipales vel de decurionibus... vel significatione verborum a veteribus inventa sunt quaeque regulariter definita, in sese recepit quinquagensimus, totius consummationis perfectus.*

⁵¹ Cfr. ALBANESE (nt. 4) 78: « nessuna prova più decisiva può addursi per la coincidenza, nel pensiero e nel linguaggio di Giustiniano, tra *definitio* e *regula iuris antiqui*, in D. 50.17.202 ».

⁵² V. retro nt. 36.

⁵³ V. retro nt. 44.

⁵⁴ Paul. 16 *Plaut.*: *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.* Sul testo, da ultimo: BEHREND, D. 50.17.1, in ZSS. 75 (1958) 353 ss.; STEIN (nt. 11) 67 ss.

⁵⁵ È chiaro, dunque, che per Giustiniano anche i contemporanei sono autoriz-

4. — Con il che mi sembra dimostrato che l'unico e solo significato da riconoscere al termine *definitio*, tanto nel contesto giavoleniano quanto in quello giustiniano, sia il significato generico (e si dica pur vago) di « precisazione »: una precisazione che può tanto consistere in una *explicatio verborum*, quanto in una distinzione sistematica o concettuale, quanto in una *brevis narratio* dello stato di diritto vigente⁵⁶. Giavoleno in un'occasione particolare e Giustiniano in una formulazione generalizzante hanno voluto ambedue del pari avvertire i loro contemporanei che, in sede di scienza del diritto positivo (*in iure civili*), ogni traduzione della realtà giuridica in formulazioni precise comporta il rischio di essere smentita, sovvertita, rovesciata, non solo da variazioni successive dell'ordinamento, ma anche da valutazioni diverse dello stesso argomento.

L'interpretazione del fr. 202 è sempre quella, sempre la stessa. « *Interpretatio simplex* », direi.

POSTILLA PRIMA: LA « SANITAS » DI GIAVOLENO.

1. — Ai *libri epistularum* di Giavoleno Prisco B. Eckardt ha dedicato una diligente ed acuta trattazione derivata dalla dissertazione presentata all'università di Friburgo i. Br. (E. B., *Iavoleni Epistulae*, in « *Freiburger Rechtsgesch. Abhandl.* » N.F. 1 [Berlin, Duncker u. Humblot, 1978] p. 244).

A prescindere da qualche dissenso su singoli punti, l'unico rimprovero che mi permetto di fare all'a. è di aver dedicato alcune pagine (§ 2, p. 15-18) ad uno sbiadito schizzo biografico di Giavoleno e di non aver tralasciato un esame, visibilmente affrettato e superficiale, della sin troppo famosa lettera di Plinio il Giovine, 6.15 (a. 106-107?), al suo amico Romano: la lettera in cui Plinio, narrando un curioso episodio, cui non ha peraltro assistito di persona, parla di quella volta in cui Passenno Paolo, avendo iniziato la lettura pubblica di una sua elegia che

zati a formulare *regulae iuris*. Ed è chiaro altresì che Giustiniano, proprio nell'introdurre al titolo « *de diversis regulis iuris antiqui* », ha voluto avvertire, attraverso le parole di Paolo, che le *regulae iuris antiqui* sono certamente autorevoli in modo particolare, ma non sono oro colato: possono contraddirsi tra loro e possono essere contraddette da normative diverse e specifiche.

⁵⁶ Contro la sinonimia di *definitio* e *regula*, BEHRENS (nt. 54) 356.

* In *Labeo* 26 (1980) 110 s.

cominciava con le parole « *Prisce, iubes . . .* », fu interrotto dal lí presente Giavoleno Prisco con l'affermazione « *Ego vero non iubeo* ».

Che gli astanti, sempre a quanto racconta Plinio, siano sbottati in risate irrefrenabili, è cosa che noi moderni, ormai abituati a mutate manifestazioni di umorismo, difficilmente possiamo capire: allo stesso modo, faccio per dire, in cui difficilmente noi moderni possiamo gustare il *garum*. Comunque, quando Plinio prosegue dicendo « *est omnino Priscus dubiae sanitatis* », non è assolutamente possibile intendere, come pur molti intendono, che Giavoleno fosse un mezzo squinternato. Ciò non solo perché Plinio aggiunge subito che Giavoleno « *interest tamen officiis, adhibetur consiliis, atque etiam ius civile publice respondet* », ma anche perché un Plinio che coglie a volo questo scipito episodio per farne oggetto di una noiosa epistola si conferma un « letterato fatuo e piuttosto piatto », come ben dice W. Kunkel (*Linee di storia giuridica romana* [1973, tr. it. di 1972⁶] 158), di cui i giudizi vanno registrati senza prenderli troppo sul serio. L'errore dell'Eckardt, come di molti altri del resto, è stato invece di prendere troppo sul serio Plinio il Giovine e di aver tentato, nella specie, di mediare tra la stima per quest'ultimo e la stima per Giavoleno Prisco, intendendo la « *dubia sanitas* » di Giavoleno come espressione di storditaggine professorale (« *Das Wahrscheinlichste dürfte sein, dass Javolen das Bild personifizierte, das wir heute vom 'zerstreuten Professor' machen* »).

Suvvia, come è possibile qualificare di stordito un uomo di quegli altissimi impegni pubblici, che collezionò in vita l'impressionante *curriculum* attestato dall'epigrafe di Nedinum (ILS. 1015)? Nemmeno Plinio può averlo pensato, se degli impegni pubblici di Giavoleno è proprio lui a dire quello che dice ed è proprio lui che perciò ribadisce: « *quod tunc fecit et ridiculum et notabile fuit* ». Nemmeno Plinio può averlo pensato, dicevo; anche se è da escludere, almeno a mio avviso, l'accettabilità delle troppo sottili ipotesi cui si affida, per giustificare Giavoleno, un recentissimo autore (O. Hiltbrunner, « *Prisce, iubes . . .* », in *ZSS.* 96 [1979] 31 ss.).

A mio avviso modesto, la *sanitas* cui fa riferimento nella sua lettera Plinio non è né quella fisica, né quella psichica, ma è la *sanitas* sociale, cioè il buon gusto, la buona educazione, la civiltà di tratto propria di un uomo di mondo. Di un uomo, voglio dire, di quel mondo « mondano », cui Passenno Paolo, Plinio ed evidentemente anche Romano appartenevano e si compiacevano di appartenere, mentre l'impegnato Giavoleno Prisco vi ci stava, quando ve lo ci trascinarono, come un pesce fuor d'acqua, e nel tentativo di adeguarvisi (come lo capisco, come lo

capisco) vi ci si arrischiava magari in spiritosaggini da legato militare o da giuridico di provincia, che avevano solo gli effetti fuori luogo del lazzo.

La riprova del che si ottiene, se non erro, leggendo spassionatamente il periodo conclusivo della lettera pliniana: « *tam sollicite recitaturis providendum est non solum ut sint ipsi sani, verum etiam ut sanos adhibeant* ». L'unico modo per tradurre ragionevolmente questo periodo è di intendere « *sanus* » come io ho proposto. Coloro che si danno alle letture di versi nei salotti letterari debbono curare non solo di essere persone *à la page*, ma anche di invitare ad ascoltarli solo persone dello stesso livello.

POSTILLA SECONDA: I « LIBRI » GIURIDICI DI GIAVOLENO.

Nel leggere l'elaboratissimo volume dedicato da Ulrich Manthe ai *libri ex Cassio* di Giavoleno (M. U., *Die libri ex Cassio des Javolenus Priscus*, n. 4 delle 'Freiburger Rechtsgesch. Abhandl.' [Berlin, Duncker u. Humblot, 1982] p. 332) ho provato ancora una volta (e tengo a dirlo molto cordialmente) un senso di viva ammirazione per la serietà e per l'impegno di cui sta dando in questi anni valide prove quel fervido laboratorio romanistico di Friburgo in Bresgovia, in cui il Manthe ha atteso alla preparazione della sua tesi di dottorato.

Gli ancor giovani cattedratici di Freiburg, da J. G. Wolf ad E. Bund, da D. Liebs a D. V. Simon, si vanno confermando con i fatti per i degni continuatori del magistero illustre esercitato in quella università dal Lenel, dal Partsch, dal Pringsheim, dal Wieacker e da H. J. Wolff. Alieni, nella loro probità e nel loro buon gusto, da altisonanti manifesti metodologici e da atteggiamenti gladiatorii di rinnovatori della nostra scienza, essi hanno giustamente curato che i loro numerosi allievi apprendessero, prima di ogni altra cosa, il « mestiere », il faticoso mestiere del vero romanista attraverso indagini pazienti, bene informate, curate nei particolari, insomma pienamente affidabili. E direi che vi sono lodevolmente riusciti, come sta a dimostrare una serie davvero ragguardevole di pubblicazioni firmate, nel giro di poco più di dieci anni, da tutti loro.

Tornando allo studio del Manthe, un risultato molto importante della ricerca è che lo schema espositivo dei quindici libri *ex Cassio* non

* In *Labeo* 29 (1983) 214 s.

è unitario: i primi 8 libri si adeguano approssimativamente al sistema di Sabino (e, per quel che possiamo arguire, dello stesso Cassio dei *libri iuris civilis*), ma nel corso del libro ottavo l'ordine cambia e diventa sino al libro 13 quello edittale, con un séguito di commenti a testi di legge (libro 14) e di materie di risulta (o di appendice: libro 15). Tutto ciò non soltanto dimostra la notevole indipendenza intellettuale di Giavoleno rispetto al suo modello, ma dimostra anche che Giavoleno, notoriamente occupatissimo anche fuori del campo del diritto, dettò i libri *ex Cassio* in due o più occasioni didattiche diverse, procedendo solo in un secondo o terzo momento (o, più probabilmente, lasciando che vi procedessero i suoi allievi) all'« assemblaggio » nei quindici libri pervenuti a Giustiano.

Se si tiene presente che l'Eckardt ha, a sua volta, chiaramente dimostrato che anche i 14 *libri epistularum* furono ottenuti (da Giavoleno o dai suoi successori) mettendo insieme l'una dopo l'altra due serie di *epistulae* (1-9 e 10-14), si apre il varco alla credibilità della tesi (da me e da altri forse troppo radicalmente contestata) che anche sui *posteriores* di Labeone Giavoleno si sia pronunciato, proprio per la necessità in cui si trovava di non fare corsi troppo lunghi, in due contingenze distinte: salvo che per il commento ai *posteriores* l'« assemblaggio » di Giavoleno e dei suoi evidentemente non vi fu.

Ipotesi, queste, molto incerte e vaghe, che sono tutte da verificare, così come ci auguriamo che faccia nei prossimi anni, in prosecuzione della sua lodevole attività, proprio il valoroso gruppo romanistico di Friburgo in Bresgovia.

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 potestate 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 ragguglio 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 his — 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; DULCKER, *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 Gaio 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 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 1.129¹⁴, 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 riporre 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*:

e 4.8.22¹⁸: 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 Giustiniano¹⁹, 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 Ratti²⁰ traeva il sospetto dell'interpolazione, l'Ambrosino²¹ 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 Giavoleno²² e Gaio²³ 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 tempo²⁴ — vi sarebbe dunque stata non tanto una evoluzione,

postliminio reversus tam filios 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.

¹⁸ Riportato *infra* n. 5.

¹⁹ 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.

²⁰ *Cit. retro* nt. 6.

²¹ *Loc. cit.* 203.

²² Vissuto sotto Traiano. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 279.

²³ V. *retro* nt. 14.

²⁴ 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 Antonini²⁵, 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*^{25 bis}), ma diventa col progredire dei secoli meno perfetto, riducendosi da un originario *retinere* ad un successivo *omittere* — *recipere*?

Pare all'Ambrosino²⁶ 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 anni²⁷.

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

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

^{25 bis} 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*.

²⁶ *Loc. cit.* 216 s.

²⁷ 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 preconcelto:

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*²⁸.

Senza prendere posizione nella polemica Beseler - Ratti circa il contenuto classico del *postliminio*²⁹, 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).

²⁸ 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).

²⁹ 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*³⁰.

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 genuino³¹. Ma il testo è invece alterato³², 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 accennato³³.

³⁰ 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.

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

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

³³ Alle molte ragioni di inverosimiglianza della tesi dell'Ambrosino ne aggiungerò, per concludere, un'altra. Giavoleno avrebbe ancor detto *retinere*; Gaio non piú (cfr. Inst. 1.129); senonché lo stesso Gaio (D. 28.5.32.1) dice *in suspenso retinere*. La tetminologia 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 piú nemmeno esprimersi; immaginiamocelo, dunque, timido ed esitante, a pronunciare, fra il « sí » e il « no », un cauteloso « 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 piú sicuri cui la critica esegetica sia giunta³⁴. 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 ispecie, un periodo, in sé e per sé, assolutamente genuino, sia di forma che di sostanza. Contro la sua classicità si è, invero, dichiarato il Sertorio³⁵, ma ha giustamente obbiettato il Rotondi³⁶ 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 fatto³⁷. 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^{37 bis}. Ed allora i casi sono

terminologia, non è forse molto piú 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 piú vicino alla concezione dei loro tempi?

³⁴ V. *retro* nt. 9.

³⁵ *Lo ius postliminii e i suoi effetti* 75 nt. 1.

³⁶ *Loc. cit.* (*retro* nt. 10) 85 nt. 1.

³⁷ Cfr., per tutti ARANGIO-RUIZ, *Istituz.*⁴ 296; 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).

^{37 bis} 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 his — 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, piú che logico ed ovvio, se è vero che la *possessio* non è un *ius rerum suarum*.

a. 314), C. 7.16.5.2 (probabilim. 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*), piú 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 alterazioni³⁸ — 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 giustiniani. 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*³⁹.

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 Beseler⁴⁰ 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^{40 bis}, 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.

³⁸ A questa opinione possono indurre le osservazioni che faremo *infra* n. 8.

³⁹ V. i numerosi esempi adottati dal Rotondi, nel suo articolo cit. *retro* nt. 10.

⁴⁰ Cfr. *Studi Bonfante* 2.72.

^{40 bis} 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^{40 ter}. 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 alfine 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

^{40 ter} 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. 1.3.16⁴¹, 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 dommatica 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 sede⁴². 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*⁴³.

⁴¹ 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 ZUCCARI (*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 ».

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

⁴³ 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*)⁴⁴ o implicitamente riguardati come tali (es.: *taxatio in id quod facere potest*)⁴⁵ non presentino carattere alcuno di contrarietà alla *ratio iuris*, cioè di eccezionalità rispetto al sistema o ad una norma qualsivoglia di esso^{46 47}; b) dato che *auctoritate constituentium* implica certamente una limitazione delle fonti del *ius singulare*, e dato che essa esclude, come unanimemente si riconosce⁴⁸, per lo meno la consuetudine dal novero delle fonti del diritto singolare⁴⁹, è sorprendente che istituti logicamente concepibili come *iura singularia* (es.: divieto delle donazioni fra coniugi)⁵⁰ o esplicitamente definiti come tali (es.: postliminio)⁵¹ 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^{51 bis}.

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

⁴⁴ Cfr. D. 29.7.2.2 (Julian. 37 *digest.*), giustamente ritenuto interpolato dallo SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* 53 s.

⁴⁵ Cfr. D. 24.3.54 (Paul. *l. sing. de iure singulari*).

⁴⁶ 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*.

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

⁴⁸ V., da ultimo, ORESTANO, in *AUMA.* 11.67.

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

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

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

^{51 bis} 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*⁵².

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 visto⁵³ 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.

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

⁵³ V. *retro* n. 8 e nt. 40 ter.

SALVIUS IULIANUS PROFILO BIO-BIBLIOGRAFICO

I. CENNI BIOGRAFICI.

1. Lo « *status quaestionis* ».

1. — Sino alla fine del sec. XIX i dati essenziali, cui erano tenuti a riferirsi tutti i tentativi di ricostruzione della vita di Giul., erano i seguenti (cfr. per tutti Buhl 11 ss.).

A) Un passo dello stesso Giul. 42 *dig.* (fr. L. 586 = D. 40.2.5), in cui questi dichiara di essere stato pretore e console (*in praetura et consulatu meo*) e di aver avuto a maestro il sabiniano Giavoleno Prisco (*Iavolenum praeceptorem meum*).

* Pubblicato in volume (Catania 1945, p. XVI-128). Riprodotto in *Labeo* 10 (1964) 364 ss. Ecco un ragguglio della bibliografia cui si fa riferimento nel testo. ALBERTARIO, *Introduzione allo studio del diritto romano giustiniano* 1 (1935) (= Albertario); APPLETON Ch., *La date des « digesta » de Iulien*, in *NRH.* 34 (1910) 731 ss.; ID., *Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule castrens et la date des « digesta » de Iulien*, in *NRH.* 35 (1911) 593 ss.; ID., *Le vrai et le faux sénatus-consulte Juventien*, in *RHD.* 4.9 (1930) 1 ss., 621 ss.; APPLETON H., *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir* (1894); ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁴ (1945) (= Arangio-Ruiz); BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani* (1898); BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 1 (1910), 2 (1911), 3 (1913), 4 (1920), 5 (1931); BIRT, *Das antike Buchwesen* (1882); BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero - 1. La legge delle citazioni*, in *St. Senesi* 53 (1939) estr.; BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln*, in *ZGR.* 4 (1820) 257 ss.; BONFANTE, *Storia del diritto romano*⁴ (1934) (= Bonfante); BORGHESI, *Oeuvres complètes* 3 (1864), 5 (1869), 7 (1872), 8 (1872), 9 (1893); BOULARD, *L. Salvius Iulianus - Son oeuvre, ses doctrines sur la personnalité juridique* (1902) (= Boulard); BREMER, *Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im römischen Kaiserreich* (1868); ID., *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt* 1 (1896), 2.1 (1898), 2.2 (1901); BUHL, *Afrikan Quästionen und ihr Verhältnis zu Iulian*, in *ZSS.* 2 (1881) 180 ss.; ID., *Salvius Iulianus* 1 (1886) (= Buhl); BUONAMICI, *Sull'indice (syntagma) degli autori e dei libri che servirono alla compilazione delle Pandette* (1901); CARCATERA, *L'hereditatis petitio* 1, in

B) Un passo della *Historia Augusta*, e piú precisamente della *Vita Did. Iul.* (Sparziano?), 1.1-2 (cfr. anche 7.2, 8.10), dal quale risulta che Giul. fu bisnonno materno di Didio Giuliano, l'effimero imperatore del 193 d. C., e che fu due volte console, nonché *praefectus urbi*. Ivi ancora si soggiunge che l'avo materno di Didio (dunque, il figlio di Giul.) fu oriundo della colonia africana di Adrumeto.

Val la pena di riportare per intero l'importante fr.

Vita Did. Iul. 1.1-2 (Hohl): *Didio Iuliano, qui post Pertinacem imperium adeptus est, proavus fuit Salvius Iulianus, bis consul, praefectus urbi et iurisconsultus, quod magis eum nobilem fecit, mater Clara Aemilia, pater Petronius Didius Severus, fratres Didius Proculus et Nummius Albinus, avunculus Salvius Iulianus, avus paternus Insubris Mediolanensis, maternus ex Adrumetina colonia.*

C) Un passo di Eutropio, *brev.* 8.17, ove si legge che l'imperatore Salvio Giuliano (*sic*: ma *Salvius* è frutto evidente di confusione con

AUBA. 3 (1940); COLLINET, *Histoire de l'école de droit de Beyrouth* (1925); COSTA, *Storia delle fonti del diritto romano* (1909) (= Costa); CUIACIO, *Opera omnia* (Napoli 1758); DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano* 2.1² (1938), 3.1 (rist. 1943) (= De Francisci); ID., *Contributo alla biografia di Salvio Giuliano*, in RIL. 41 (1908) 442 ss.; ID., *Nuovi appunti intorno a Salvio Giuliano*, in RIL. 42 (1909) 654 ss.; DEGRASSI, *Note epigrafiche - 1. Il prenome del giurista Salvio Giuliano e l'omissione del secondo prenome nelle iscrizioni di persone plurinomiali*, in *Epigraphica* 3 (1941) estr.; DÉNOYEZ, *Le senatus-consulte Iuventien* (1926) (= Dénoyez); FERRINI, *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana* (1885); ID., *Opere*, vol. 2 (1929); FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*² (1908) (= Fitting); GAUCHKLER, *Note sur un nouveau proconsul d'Afrique, le jurisconsulte L. Octavius Cornelius Salvius Iulianus Aemilianus*, in *Comptes-rendus des sciences de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres* (1899) 367 ss.; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸ (1928) (= Girard); ID., *Mélanges de droit romain* 1 (1912); GUARINO, *Profilo storico delle fonti del diritto romano*² (1945); HEINECCIUS, *De Salvio Iuliano jurisconsultorum sua aetate coryphaeo*, in *Opera Omnia* (ed. di Ginevra) 2 (1766); HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*¹¹ (= Hugo); JÖRS-KUNKEL, *Römisches Recht*² (1935) (= Jörs-Kunkel); KALB, *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt* (1890) (= Kalb); KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* 1 (1885) (= Karlowa); KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*⁴ (1919) (= Kipp); KORNEMANN, *Der Jurist Salvius Iulianus und Kaiser Didius Iulianus*, in *Klio* 6 (1906) 178 ss.; KRÜGER H., *Römische Juristen und ihre Werke*, in *St. Bonfante* 2 (1929) 301 ss.; KRÜGER P., *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*² (1912) (= Krüger); ID., *Ueber die Zusammensetzung der Digestenwerke*, in *ZSS.* 7 (1886) 94 ss.; LANDUCCI, *Storia del diritto romano dalle origini alla morte di Giustiniano*² 1 (1886) (= Landucci); LENEL, *Das Edictum perpetuum - Ein Versuch seiner Wiederherstellung*³ (1927) (= Lenel Ed.); ID., *Das Sabinussystem* (1892); ID., *Palingenesia iuris civilis*

Didius), fu *nepos* (non *pronepos*) di Giul., *qui sub divo Hadriano perpetuum composuit edictum*.

D) Un passo della *Vita Hadr.*, 18.1, ove è detto che Giul. fece parte del *consilium* dell'imperatore Adriano.

E) Un passo della *Vita Pii*, 12.1, ove si legge che fra i membri del *consilium* di Antonino Pio fu un certo *Salvius Valens*. Questo passo può interessare Giul., a condizione che non si corregga *Fulvius* (*Aburnius*) *Valens*, ma — come sembra più logico — *Salvius* (*Iulianus et Fulvius*) *Valens*: insomma, la solita, non rara, distrazione del copista (cfr. per tutti, da ultimo, Boulard 31 nt. 6).

F) Un rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero, apud Ulp. D. 37.14.17, ove si legge, a proposito di una certa questione: *... et Salvi Iuliani amici nostri clarissimi viri hanc sententiam fuisse*.

G) Un passo di Pomponio, *sing. enchir.* (D. 1.2.2.53), nel quale si dice che a Giavoleno Prisco succedettero, nella scuola sabiniana, *Aburnius Valens et Tuscianus. item Salvius Iulianus*.

H) Una iscrizione mutila di Roma, ora perduta ed a noi nota soltanto attraverso un apografo quattrocentesco del Sabino (cfr. CIL. 6.375 = ILS. 2104), che esalta l'onorato servizio militare di un Publio Elio

(1889) (= L.); ID., *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictskommentare*, in ZSS. 2 (1881) 14 ss.; LEINWEBER, *Die hereditatis petitio* (1899) (= Leinweber); LONGO G., *L'hereditatis petitio* (1933) (= Longo G.); MOMMSEN, *Le droit public romain*, trad. Girard (1857-1895); ID., *Die Bedeutung des Wortes « digesta »*, in ZRG. 7 (1868) 480 ss. = *Juristische Schriften* 2 (1905) 90 ss.; ID., *Ueber Julians Digesten*, in ZRG. 9 (1870) 82 ss. = *Jur. Schr.* 2.7 ss.; ID., *Salvius Iulianus*, in ZSS. 23 (1902) 54 ss. = *Jur. Schr.* 2.1 ss.; MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*² 1 (1938), 2 (1940) (= Monier); PERNICE H., *Miscellanea zu Rechtsgeschichte und Textskritik* (1870) (= Pernice H.); PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, in *Berichte der philol.-hist. Klasse der Kgl. Sächs. Gesellschaft der Wissenschaften* 65 (1913) estr.; PFÄFF, *Salvius Iulianus*, in RE. 2.1.2 (1920) 2023 ss.; RECHNITZ, *Studien zu Salvius Iulianus* (1925); RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano - βιβλία ἐξ Iuliani ad Minicium*, in BIDR. 7 (1894) 225 ss., 8 (1895) 126 ss.; ROBY, *An introduction to the study of Justinian's Digest* (1884) (= Roby); ROTONDI, *L'indice fiorentino delle Pandette e l'ipotesi del Bluhme*, in St. Perozzi (1925) 89 ss. = *Scr. giur.* 1 (1922) 298 ss.; RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt* (1869); ID., *Römische Rechtsgeschichte* 1 (1857) (= Rudorff); SOLAZZI, *Sulle tracce di un commento agli scritti di Salvio Giuliano*, in St. Besta 1 (1939) 17 ss.; VIERTTEL, *Nova quaedam de vitis jurisconsultorum* (1868) (= Viertel); VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte* 2 (1889) (= Voigt); ID., *Ueber das Aelius- und Sabinus-System*, in *Berichte der philol.-hist. Klasse der Kgl. Sächs. Gesellschaft der Wissenschaften* 7 (1865) estr.; WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. ORESTANO (1938) (= Wenger).

P.f. e si chiude con l'indicazione, in tre righe successivi, dei consoli del 148 d. C.: *Bellicio Torq. . . / P. Sal. . . / cos.* La quale iscrizione si ritenne, per comune consenso, dovesse essere così integrata e sviluppata: *C(aio) Bellicio Torq[ua]to P(ublio) Sal[ui]o Iuliano] co(n)s(ulibus).*

2. — Non è mia intenzione, in questa sede, di classificare e discutere minutamente tutte le opinioni avanzate in dottrina a proposito di questi testi fondamentali (cfr., per un completo ragguaglio, Boulard 10 nt. 1). Mi limiterò — per l'importanza che ciò potrà avere ai fini di questo saggio — ad accennare alla controversia più grave (generatrice, a sua volta, di subordinate questioni): quella relativa alla data approssimativa di nascita di Giul.

L'accertamento della data della nascita di Giul. dipende, evidentemente, dalla determinazione dei rapporti di parentela tra lui e Didio Giuliano, il quale ultimo, stando alla versione più attendibile (Dio Cass. 73.17 = Zonar. 12.7; ma v., con divergenza di quattro anni in meno, *Vita Did. Iul.* 9.3), morì nel 193, in età di sessanta anni e quattro mesi, dunque nacque nel 133 d. C. (cfr., per tutti, v. Wotawa, in *RE.* 5.412 ss.).

Ciò dato, peraltro, gli storici si divisero in varie correnti di opinioni. *a)* Favorevoli alla tesi della attendibilità piena della *Vita Did. Iul.* 1.1-2 (Giul. bisnonno materno di Didio) furono molti autori più antichi (citati da Boulard 13 ntt. 2-3) e da ultimo il Karlowa (1.707) ed il Buhl (14): il primo, contando il minimo di una quindicina d'anni per ogni generazione, fissava la data di nascita di Giul. tra l'85 ed il 90 d. C.; il secondo, facendo un calcolo alquanto più largo, sosteneva essere Giul. nato « non dopo il principato di Vespasiano » (69-79 d. C.). *b)* Altri (citati da Boulard 14 nt. 6: fra essi specialm. Voigt 2.250, Ferrini, *Fonti* 74, Rudorff 1.171) manifestarono preferenza per la testimonianza di Eutropio, 8.17 cit., che interpretarono unanimemente nel senso che Giul. fosse avo paterno (non materno) di Didio: per essi, dunque, Giul. nacque intorno al 100 d. C., e non prima (si noti, tuttavia, che più tardi recedettero da questa opinione, per aderire a quella ricordata sub *a*, tanto il Rudorff, *Ed. perp.* 9, quanto il Ferrini, *Opp.* 2.501; ma v. anche Ferrini, *Opp.* 2.167. *c)* Tentarono di conciliare salomonicamente le due diverse versioni il Borghesi (*Oeuvres* 7.532) e il Cantarelli (citato, ad es., da De Francisci, in *RIL.* 41.444 nt. 5), assumendo che Giul. fu l'*avus* (Eutrop.), ma materno (*Vita Did.*) di Didio Giuliano e che pertanto nacque proprio intorno al 100 d. C. (v. anche v. Wotawa, in *RE.* 5.413). *d)* L'Hirschfeld (*Prosopographia* 2.11 n. 68 e 3.165 n. 102) manifestò,

infine, una opinione totalmente scettica: l'identità del *cognomen* «*Iulianus*» avrebbe tratto in inganno tanto l'autore della *Vita Did. Iul.*, quanto Eutropio, mentre in realtà nessuna parentela sarebbe intercorsa tra Giul. e Didio Giuliano (v. anche, non del tutto sfavorevole, v. Wotawa, *cit.*).

Come si vede, ve n'è un po' per tutti i gusti. Comunque, fosse o non fosse ritenuta attendibile la notizia della *Vita Did. Iul.* circa i rapporti tra Giul. e l'imperatore del 193 d. C., si sostenne, in generale, che non esistesse motivo per dubitare del duplice consolato e della *prae-fectura urbi* di Giul., e che non vi fosse nemmeno motivo per negare che proprio a Giul. si riferisce l'epigrafe di CIL 6.375. I più pensarono, per conseguenza, che nel fr. L. 586 *cit.* Giul. alludesse al suo primo consolato (*in . . . consulatu meo*) e che pertanto questo fr. fosse stato scritto prima del 148 d. C., anno che certamente non poté essere quello di un primo consolato di Giul. (v. i citati da De Francisci, in *RIL*. 41.443 ntt. 9-11 [Viertel, Mommsen, Karlowa]; ma v., tuttavia, Ferrini, *Opp.* 2.502, il quale non esclude che nel fr. L. 586 Giul. possa essersi riferito ad ambedue i suoi consolati; Voigt 1.14 s., per il quale il secondo consolato di Giul. sarebbe caduto, nientedimeno, nel 175 [cfr. CIL. 10.7457, ove è menzione di un console *P. Salvius Iulianus*], e dunque il primo consolato sarebbe stato proprio quello del 148 d. C.; Buhl 21, che nega il riferimento a Giul. anche di CIL 6.375 e pone il secondo consolato precedentemente al 148 d. C.).

Le opinioni circa la data della morte di Giul. dipesero, in fine, da quelle circa la data di nascita, basandosi la maggioranza degli autori sul presupposto che Giul., sino a prova contraria, non avesse avuto una vita eccezionalmente longeva. I più si appoggiarono, pertanto, sul rescritto citato dei *divi Fratres* (cfr. Ulp. D. 37.14.17) per sostenere che, durante il principato di costoro (161-172 d. C.), Giul. doveva essere certamente già morto (*Salvi Iuliani . . . sententiam fuisse*) (cfr. i citati da Buhl 24 nt. 3, che aderisce, e da Boulard 35 nt. 3).

3. — Le complesse questioni dianzi accennate parvero essere illuminate d'un tratto dalla fortunata scoperta di un'altra epigrafe, recante il *cursus honorum* di un *L. Salvius Iulianus*: scoperta avvenuta a Souk-el-Abiod (Tunisia) nel 1899, là dove sorgeva l'antico villaggio di Puppūt (divenuto colonia romana sotto Marco Aurelio e Commodo), a 48 o 43 miglia dalla colonia *Ulpia Traiana* di Hadrumetum. Detta epigrafe (CIL. 8.24094 = ILS. 8973), che fu pubblicata e commentata la prima volta dal Gauckler (in *Comptes-rendus de l'Ac. des Inscr.* 1899, p. 367

s.; v. ulteriori citazioni in Boulard 9 nt. 3), costituiva il basamento di una colonna recante il busto della persona onorata (*L. Salvius Iulianus*) ed è ancor oggi chiaramente leggibile. La riporterò qui appresso, svolgendola nelle abbreviazioni.

*L(ucio) Octavio Cornelio, P(ublilii) f(ilio), Salvio Iuliano
Aemiliano, decemviro, quaestori Imp(eratoris)
Hadriani, cui divos Hadrianus soli
salarium quaesturae duplicavit
propter insignem doctrinam, trib(uno) pl(ebis),
pr(aetori), praefecto aerar(ii) Saturni, item mil(itaris), co(n)s(uli),
pont(ifici), sodali Hadrianali, sodali
Antoniniano, curator aedium
sacrarum, legato Imp(eratoris) Antonini
Aug(usti) Pii Germaniae Inferioris, lega-
to Imp(eratorum) Antonini Aug(usti) et Veri Aug(usti)
Hispaniae Citerioris, proco(n)s(uli)
provinciae Africae, patrono,
d(ecreto) d(ecurionum), p(ecunia) p(ublica).*

Lucio Ottavio Cornelio Salvio Giuliano Emiliano, figlio di Publio Salvio Giuliano, percorse, dunque, e con molto successo, la così detta carriera senatoria, cioè la carriera riservata ai cittadini del rango senatorio. Fu, agli inizi, membro del collegio dei *decemviri stlitibus iudicandis*, competenti originariamente a giudicare le cause di libertà e schiavitù, ma destinati da Augusto alla presidenza del collegio dei *centumviri* (cfr., da ultimo, Wenger 55 ss. ed ivi citazioni); fu poi *quaestor* dell'imperatore Adriano (117-138 d.C.), dal quale si fece tanto benvolere per la sua « *doctrina* », che ottenne il raddoppiamento del suo *salarium*; dopo la questura rivestì, successivamente, le cariche di *tribunus plebis*, di *praetor*, di prefetto del tesoro pubblico conservato nel tempio di Saturno (*praefectus aerarii Saturni*), di prefetto del tesoro speciale dell'esercito (*praefectus aerarii militaris*), di *consul* (una sola volta), di *pontifex*. Questa carriera non fu coperta tutta sotto Adriano, ma, assai probabilmente, anche sotto il suo successore Antonino Pio (138-161 d.C.): certo fu sotto Antonino che a Giuliano venne attribuita la dignità di *sodalis Hadrianalis*, cioè di membro del collegio religioso creato da Pio, nel 139 d.C., in onore del suo predecessore (cfr. *Vita Hadr.* 27.3, *Vita Ant.* 5.2); ed è probabile che posteriormente a questa nomina egli abbia avuto l'incarico di *curator aedium sacrarum locorum et operum publicorum*. Ad ogni modo, le ulteriori attestazioni dell'epigrafe tunisina accertano che L. Salvio Giuliano ebbe anche altri incarichi pubblici,

non soltanto sotto Antonino Pio, ma anche sotto i *divi Fratres* suoi successori (Marco Aurelio e Lucio Vero: 161-172 d.C.): da Antonino Pio fu inviato, in qualità di legato imperiale, nella Germania inferiore; dai *divi Fratres* fu inviato, nella stessa qualità, a governare la Spagna citeriore e fu, inoltre, nominato *sodalis Antoninianus*, allorché essi crearono quest'altro collegio sacerdotale in onore del defunto e divinizzato Antonino Pio (cfr. *Vita Ant.* 13.4, *Vita M. Aur. phil.* 7.11). L'ultima carica da lui coperta fu, presumibilmente, quella di governatore della provincia senatoria dell'Africa (*proconsul provinciae Africae*), il che avvenne non prima del 163-164, visto che si conosce per certo il nome del proconsole del 162-163 d.C., Servio Cornelio Salvidieno Scipione Orfito (v., su questo punto, per tutti, Boulard 13 e 32).

Della cittadina di Puppūt L. Salvio Giuliano diventò, evidentemente, patrono durante il suo proconsolato africano, ed è stato giustamente osservato (dal Gauckel, *cit.* 367) che fu, probabilmente, dovuta al suo interessamento l'elevazione di questo *vicus* alla dignità di *colonia* romana (il che avvenne, ricordiamo, sotto Commodo). L. Salvio Giuliano morì, dunque, quanto meno sotto i *divi Fratres*, né è presumibile che abbia avuto, per lo meno agli inizi del governo di costoro, una età molto avanzata, ché altrimenti non gli sarebbero state conferite le due importanti ed onerose cariche di legato della Spagna citeriore e di proconsole d'Africa. L'ovvia conclusione è che egli non sia potuto nascere prima del 100 d.C.

4. — Di fronte all'epigrafe di Souk-el-Abiod la dottrina romanistica fu immediatamente unanime nel concludere che il Lucio Salvio Giuliano da essa celebrato fosse appunto Giul. Il riferimento a Giul. fu ritenuto tanto evidente, che non si pensò nemmeno alla opportunità di una qualche discussione in proposito. L'autorità somma del Mommsen, che all'iscrizione tunisina dedicò uno dei suoi ultimi saggi critici (in *ZSS.* 23 [1902] 54 ss. = *Jur. Schr.* 2.1 ss.), valse, del resto, ad eliminare ogni eventuale esitazione.

Le questioni sorsero, invece, e ben presto, ad un altro proposito: in ordine alla possibilità di mettere in relazione, e possibilmente in accordo, le notizie dell'iscrizione di Puppūt con quelle ricavate già da tempo *aliunde* ed alle quali abbiamo accennato (*retro* n. 1).

Tenuto conto del fatto che il L. Salvio Giuliano dell'epigrafe tunisina non poté nascere prima, o molto prima, del 100 d.C. (v. *retro* n. 3), si svalutò, anzi tutto, la notizia della *Vit. Did. Iul.* 1.1-2, secondo cui Giul. sarebbe stato *proavus* di Didio Giuliano e fu considerata più

veritiera quella di Eutropio (così Fitting 21 ss., e specialmente De Francisci, in *RIL.* 41 [1908] 442 ss.; v. tuttavia, in linea dubitativa, Krüger 183 e nt. 28, Kipp 122 s., Kübler 266 s.), ma nel senso di ritenere che Giul. fosse stato avo materno (non paterno) di Didio. Altri, riconnettendosi alla già riferita tesi scettica dello Hirschfeld (v. *retro* n. 2), considerano apocrife sia le notizie della *Vita Did. Iul.*, che di Eutropio (così, molto decisamente, Kornemann, in *Klio* 6 [1906] 178 ss. e Girard, *Mél.* 1.233 ss.; più dubitativamente, già Boulard 13 s.).

I dubbi sulla genuinità della *Vita Did. Iul.* divennero ancor più gravi in ordine alle notizie relative ad un secondo consolato ed alla *praelectura urbi* di Giul., cariche delle quali non è traccia nella epigrafe tunisina. Dal Mommsen in poi l'accordo sul carattere apocrifo di queste notizie fu completo, e non poteva essere diversamente, dato il pacifico presupposto che il L. Salvio Giuliano dell'epigrafe di Souk-el-Abiod fosse appunto Giul.

Qualche lieve disaccordo vi fu circa la data del consolato di L. Salvio Giuliano, e più precisamente circa la identificabilità di costui con il P. Salvio Giuliano di CIL. 6.375 (console nel 148 d. C.). Il De Francisci (*cit.*) negò, in un primo tempo, l'identificazione, piazzando il consolato di Giul. alquanto prima del 148 d. C. (v. anche Boulard 25 ss., che ritiene Giul. console soltanto *suffectus* in un anno imprecisato tra il 148 ed il 151); viceversa, il Mommsen (4) non ebbe difficoltà ad ammettere l'identificazione ed attribuì la divergenza dei prenomi (*Lucius* e *Publius*) ad un errore di trascrizione di Pietro Sabino, alla qual tesi aderiscono il Dessau, il Kornemann, il Fitting, il Girard, il Krüger, il Kipp, il Kübler (*citt.*).

Ulteriori ritrovamenti epigrafici non parvero fare maggior luce sulla questione. Da un lato, fu scoperta a Thuburbo maius, in Africa, una iscrizione relativa a L. Octavius Cornelius Salvius Iulianus, la quale suonò conferma di quella di Souk-el-Abiod (cfr. Cagnat-Merlin, *Inscriptions latines d'Afrique* 244), ma non anche della ipotesi che L. Salvio Giuliano sia stato proprio il console del 148 d. C. Dall'altro lato, un frammento dei *Fasti Ostienses* recentemente scoperto, ma mutilo, indica il nome, ma non anche il prenome del console del 148 (cfr. Calza, in *Notizie scavi* 1939, p. 361 ss.): . . . *us Salvius Iulianus*.

Vero è che proprio l'iscrizione dei Fasti Ostiensi sembra aver fatto convertire il De Francisci (in *SDHI.* 7 [1941] 184) alla tesi dell'errata trascrizione di CIL. 6.375 e della coincidenza col 148 d. C. del consolato di L. Salvio Giuliano; ma ultimamente il Degrassi (in *Epigraphica* 3 [1941] estr. 1 ss.), pur manifestandosi convinto della identità di

L. Salvio Giuliano dell'epigrafe tunisina con il nostro Giul., ha sostenuto che il Sabino non commise alcun errore, trascrivendo *P. Sal[vio Iuliano]*, perché il prenome *Publius* del console del 148 è confermato per ben quattro volte in un certificato di nascita del Cairo (PMich. 3.153 s.), in cui si legge appunto: *C. Bellicio Calpurnio Torquato, P. Salvio Iuliano co(n)s(ulibus)* (v. già, in questo senso, Hüttl, *Antoninus Pius* 2 [1933] 92). Ciò non ha però distolto il Degrassi dal ritenere che l'iscrizione dei Fasti Ostiensi vada integrata così: [*L. Octavi]us Salvius Iulianus*. Tutto si spiega, a suo parere, pensando che Giul. ebbe due prenomi, di cui ora l'uno ora l'altro fu ommesso, ma certamente il primo e più importante fu *Publius*.

Resta da dire qualcosa sul punto dell'*insignis doctrina* di L. Salvio Giuliano, che è stato l'elemento che più di tutti ha favorito l'identificazione di lui col giureconsulto Giul. L'*insignis doctrina* di L. Salvio Giuliano, si è detto, è una chiara allusione all'eccellenza del sapere giuridico di Giul. (v. ad es. Kornemann, *cit.* 181), e molti hanno aggiunto che, evidentemente, Giul. dovette procedere al riordinamento dell'editto pretorio durante la sua questura e che appunto perciò il *salarium quaesturae* gli fu duplicato dal *princeps* Adriano (così Mommsen, *cit.* 3, Boulard 27, Girard, *cit.* 233 ss.), sebbene il Mommsen abbia osservato che è una sorprendente novità che i questori imperiali ricevessero un *salarium* anche a Roma, e non soltanto nei loro viaggi al seguito del *princeps*, cioè a titolo di rimborso delle maggiori spese incontrate in quelle occasioni. Altri notarono, tuttavia, che attribuire il riordinamento dell'editto pretorio ai tempi in cui Giul. fu questore significa andar contro il più elementare buon senso, non solo perché deve presumersi che all'editto pretorio Giul. abbia posto mano almeno da pretore, ma anche perché il *cursus honorum* di L. Salvio Giuliano è tale da implicare che egli fu questore (secondo che era, del resto, l'uso dei tempi) in assai giovane età: essi preferirono, per conseguenza, la vecchia tesi secondo cui il riordinamento dell'editto sarebbe avvenuto durante la pretura di Giul. (così De Francisci, *cit.* 459 ss., Krüger, *cit.*, Appletton, in *NRH.* 34 [1910] 740 s.).

2. La vita di Giuliano.

5. — Il mio avviso è che la dottrina romanistica sia incorsa, dopo la scoperta dell'epigrafe di Souk-el-Abiod, in un grave errore metodologico, che ha falsato ogni sua deduzione e rende per lo meno dubbio

ogni suo risultato. L'errore, sempre a mio modo di vedere, è consistito nel ritenere indiscutibile il riferimento dell'iscrizione tunisina a Giul. e nell'aver pertanto subordinato alle notizie in essa contenute l'attendibilità di tutte le altre notizie fino ad allora in nostro possesso.

Orbene, a me pare incontrovertibile che il problema doveva essere impostato in maniera ben diversa e piú obbiettiva, mettendo in discussione, anzi tutto, lo stesso riferimento dell'iscrizione di Souk-el-Abiod al giureconsulto Giul., che unicamente ci interessa. Questo avrebbe dovuto portarci a classificare i dati in nostro possesso in tre categorie: *a*) notizie sicure e sicuramente esatte su Giul.; *b*) notizie su Giul. di discutibile esattezza; *c*) notizie che possono riferirsi a Giul., ma che non è certo (salva prova contraria) che vi si riferiscano. È appunto quello che tenterò di fare nelle pagine seguenti.

A) Attestazioni che sicuramente si riferiscono al giureconsulto Giul. e sulla cui esattezza (dato che siano autentiche) non è possibile dubitare sono, evidentemente, quelle provenienti dallo stesso Giul. Rientra, dunque, in questa categoria il fr. L. 586 (= D. 40.2.5) di Giul., in cui questi accenna al fatto di essere stato pretore e console, nonché al fatto di essere stato allievo di Giavoleno Prisco: *... ego, [quum] (qui) meminissem Iavolenum praeceptorem meum et in Africa et in Syria servos suos manumisisse, cum consilium praeberet, exemplum eius secutus et in praetura et (in) consulatu meo quosdam ex servis meis vindicta liberavi et quibusdam praetoribus consulentibus me idem suasi.*

Che, in particolare, Giul. alluda qui ad un unico consolato da lui rivestito, mi pare sicuro: egli avrebbe potuto, in caso di due consolati, facilmente esprimersi in altro modo. Ciò non significa, peraltro, che non possa essere attesa la notizia relativa ad un duplice consolato di Giul.: è ben possibile, infatti, che il testo sia stato scritto fra il primo ed il secondo consolato. Quanto al riferimento a Giavoleno, tenuto conto che questi morì agli inizi del II sec. d. C. (v. sul punto, da ultimo, Berger, in *RE.* 17.1830 ss.), esso rende addirittura sicura la opinione che Giul. debba essere nato non dopo (e piú probabilmente ancor prima) del 90 d. C., se non si vuole ammettere che egli sia stato un « enfant prodige », che studiava diritto quando i suoi coetanei bazzicavano ancora con la grammatica.

Eccoci, dunque, giunti, attraverso l'esame della fonte piú sicura, ad una prima ed importante conclusione di ordine cronologico: Giul. nacque prima del 90 d. C.

B) Attestazioni che sicuramente (per esplicito o per implicito) si riferiscono al giureconsulto Giul., ma sulla cui esattezza (dato anche

che siano autentiche) vi è possibilità di dubbio e discussione, non fosse altro che per il fatto di non provenire dallo stesso Giul., sono: *Vita Did. Iul.* 1.1-2, Eutrop. *brev.* 8.17, *Vita Hadr.* 18.1, il rescritto dei *divi Fratres* riportato da Ulp. D. 37.14.17, Pomp. D. 1.2.2.53 e forse anche *Vita Pii* 12.1.

Va osservato, a questo proposito, che il contrasto tra *Vita Did. Iul.* 1.1-2 ed Eutrop. 8.17 è, forse, meno grave di quel che non si sia creduto sinora. Fra i due, Eutropio è certo quegli che parla in maniera più abbreviata ed approssimativa (come dimostra la confusione fra *Salvius* e *Didius*), di modo che le sue dichiarazioni vanno pesate un po' all'ingrosso: *nepos* è, sí, il termine specifico per indicare il discendente in secondo grado, ma è anche il termine d'uso per indicare genericamente il discendente rispetto all'ascendente (quale ben può essere il *pronepos* rispetto al *proavvus*); la mancata specificazione che il vincolo di parentela tra Giul. e Didio era in linea materna può, sí, far pensare che la parentela fosse in linea maschile, ma può anche e più facilmente indurre a credere che ancora una volta Eutropio abbia sacrificato la precisione alla breviloquenza. Considerato da questo punto di vista, il passo di Eutropio non è in contraddizione con quello della *Vita Did. Iul.*, ma appare di esso soltanto meno preciso e più evanescente.

Il passo della *Vita Did. Iul.*, a sua volta, può ben essere inesatto, ma occorre dimostrarlo con qualche elemento probante, mentre depone per la sua esattezza, almeno dal punto di vista della cronologia, il citato fr. L. 586, dal quale si ricava che Giul. nacque prima del 90 d. C. e che, quindi, vi fu indubbiamente il tempo minimo, fra la sua nascita e quella di Didio (133 d. C.), perché una sua nipote potesse avere un figlio: ciò a tanto maggior ragione, quando si pensi che le donne, in Roma, usavano andar spose giovanissime.

Infine il rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero, riportato da Ulp. D. 37.14.17, fa supporre, anche secondo me, che esso sia stato emesso quando Giul., già amico dei due fratelli, era ormai defunto. Altro argomento (sebbene assai tenue) per concludere che, se la vita di Giul. non è stata lunga meno del normale (70 anni), Giul. non sia nato dopo il 90 d. C.

C) Attestazioni che si riferiscono ad un Salvio Giuliano, ma che non si riferiscono sicuramente (nemmeno per implicito) al giureconsulto Giul. sono, fra le altre, l'iscrizione di Souk-el-Abiod e le iscrizioni ed il papiro relativi al console del 148 d. C. In ordine ai testi di questa categoria il ricercatore è tenuto, prima di poterli sfruttare ai fini della biografia di Giul., a provare che (dato che essi siano genuini) non vi

sono, subordinatamente, motivi per mettere in dubbio l'esattezza delle notizie che essi danno.

Sta appunto in ciò il lato piú delicato della nostra ricostruzione.

6. — Per quanto riguarda l'iscrizione di Souk-el-Abiod, la noncuranza che la dottrina ha sempre manifestato per il problema del suo riferimento al giureconsulto Giul. è tanto piú sorprendente, se si pensa che la maggioranza degli autori ha rinunciato, con l'andar del tempo, anche ai piú piccoli argomenti di coincidenza fra le notizie in essa contenute e quelle *aliunde* note. Il problema, viceversa, sussiste ed è grave; e la soluzione piú sicura è, a mio parere, che l'epigrafe di Souk-el-Abiod non sia relativa a Giul.

Si tenga presente, anzi tutto, che manca nell'iscrizione ogni riferimento esplicito al giureconsulto Giul.: riferimento che si sarebbe avuto, quanto meno, se l'epigrafe tunisina avesse parlato della sua qualità di giureconsulto. Giul. fu, indubbiamente, anzi tutto e sopra tutto un giureconsulto, anzi un grande, un illustre giureconsulto, e in Roma questa qualifica era tra le piú pregiate ed era quindi rituale nelle iscrizioni dedicate a giuristi di spicco. Ecco, invece, che Giul., proprio Giul., farebbe eccezione: cosa, in verità, assai poco credibile.

Vi sono, almeno, indizi congruenti per riferire la nostra iscrizione a Giul.? Vi sono, cioè, riferimenti impliciti, nell'epigrafe tunisina, al giurista? Sebbene nessuno si sia mai soverchiamente preoccupato di portare o accennare argomenti in proposito, io credo che il *maximum* di indizi, che possa essere ricavato dalla iscrizione, sia costituito dai seguenti elementi: *a*) l'iscrizione è stata trovata, come si è detto (*retro* n. 3), in vicinanza di Hadrumetum, cioè proprio in vicinanza della località che la *Vita Did. Iul.* indica come sede di origine dell'avo materno di Didio Giuliano; *b*) il personaggio celebrato nella iscrizione ha lo stesso nome di Giul. ed è vissuto all'incirca nello stesso tempo; *c*) il personaggio dell'iscrizione ebbe raddoppiato da Adriano il *salarium quaesturae* « *propter insignem doctrinam* », e ciò porta inevitabilmente a pensare che egli sia proprio Giul., cioè quegli che, stando alla ben nota tradizione, riordinò per incarico di Adriano l'editto pretorio.

I primi due argomenti sono peraltro troppo deboli per servire al caso nostro, anche se come indizi. L'omonimia di Giul. col personaggio dell'iscrizione di Puppit è, per quel che ne sappiamo, soltanto parziale e di Salvii Giuliani l'epoca di Adriano, se pur non abbonda, certo non è del tutto priva (cfr., a questo riguardo, la *Prosopographia sv. Iulianus*). La vicinanza di Puppit con Adrumeto è relativa (si tratta, infatti,

di almeno 43 miglia) e, comunque, questa circostanza vale a ravvicinare il personaggio celebrato nell'epigrafe tunisina alla famiglia di Giul., non certo ad identificarlo con lui: L. Ottavio Cornelio Salvio Giuliano Emiliano può anche essere, ad esempio, il figlio di Giul., cioè (stando alle notizie della *Vit. Did. Iul.*) l'avo materno di Didio, che fu appunto *ex Hadrumentina colonia*. D'altro canto, questi indizi sono del tutto svalutati da quegli autori che ritengono apocrife le notizie della *Vita Did. Iul.*: se queste notizie sono apocrife, esse non possono, evidentemente, essere utilizzate per giustificare la coincidenza del personaggio celebrato nell'epigrafe tunisina con Giul.

Resta il terzo argomento, che è poi quello che ha fortissimamente impressionato tutti gli autori. Giul. — si è detto — fu il riordinatore dell'editto pretorio e compì questo importante lavoro per incarico dell'imperatore Adriano (v. *infra* n. 9): a ciò evidentemente allude l'epigrafe tunisina, quando parla dell'*insignis doctrina* di L. Ottavio Cornelio Salvio Giuliano Emiliano. Ma mi sia permesso di dire che (a parte quanto verrà osservato *infra* n. 9) questo argomento, in sé e per sé, è assai debole, se non addirittura illusorio.

L'iscrizione di Souk-el-Abiod non ci parla di una insigne dottrina « giuridica » di L. Salvio Giuliano, ma soltanto della sua *insignis doctrina*. Ora, « *doctrina* », usato assolutamente, significa « scienza », « erudizione », ma non significa mai, in nessuna fonte letteraria e giuridica, « scienza, erudizione giuridica », anzi mostra, se mai, tendenza verso il significato di « vastità di cultura », e più precisamente di cultura filosofica (cfr. specialm. *Tbes. I.L.* 5.1784 ss. shv.). L'*insignis doctrina* di L. Salvio Giuliano può essere stata storica, letteraria, filosofica, religiosa ed anche giuridica, ma non vi sono elementi per ritenere ad ogni costo che essa debba essere stata giuridica.

Se dalla valutazione del termine *doctrina* si passi a quella della frase *cui divos-doctrinam* nel suo complesso, non perciò si profilano gli elementi strettamente necessari per giungere alla conclusione cui l'unanime storiografia romanistica è pervenuta. Ed invero, un riferimento a Giul. ed alla tradizione del riordinamento dell'editto potrebbe vedersi, tutt'al più, se l'iscrizione parlasse dei favori goduti da L. Salvio Giuliano in occasione ed a causa della sua pretura (specie se *urbana* o *peregrina*), perché è naturale che del riordinamento dell'editto pretorio debba essersi occupato un pretore. Viceversa l'iscrizione parla del raddoppiamento del *salarium quaesturae*, sia pure *propter insignem doctrinam*, e ciò rende altamente incredibile la tesi che si adombri con queste parole il riordinamento dell'editto, non solo perché L. Salvio Giuliano

sarebbe stato troppo giovane ed inesperto per compiere un'opera siffatta, ma sopra tutto perché sappiamo con sufficiente precisione che i *quaestores principis* avevano delle funzioni in sottordine e ben delimitate (servivano come segretari particolari e leggevano i discorsi al senato) ed erano pagati con un *salarium* soltanto fuori di Roma. Se, dunque, l'epigrafe di Souk-el-Abiod parla di *salarium*, dobbiamo credere, sino a prova contraria, che L. Salvio Giuliano con le sue vaste cognizioni abbia ben meritato da Adriano fuori di Roma, in occasione di qualcuno dei numerosissimi e lunghissimi viaggi di questo instancabile imperatore (diversam. Kübler 212).

Che l'iscrizione di Souk-el-Abiod, relativa ad un L. Salvio Giuliano, si riferisca proprio a Giul. giureconsulto, nessuno può dire con sicurezza, sia pur approssimativa. Viceversa, il disaccordo fra i dati di questa iscrizione e quelli che sicuramente si riferiscono a Giul. è tale da invitare a negare, allo stato degli atti, la coincidenza fra il nostro Giul. e L. Salvio Giuliano. Quali che siano stati i suoi rapporti di parentela con Didio Giuliano, Giul., come abbiamo visto (*retro* n. 5), non può essere nato dopo il 90 d. C.; invece L. Salvio Giuliano (morto non prima del 164) è presumibilmente nato intorno al 100 d. C. Giul., come pure abbiamo visto (*retro* n. 1), fu membro del *consilium* di Adriano e probabilmente anche di quello di Antonino Pio; invece l'iscrizione tunisina, che pure è così minuta e circostanziata a proposito del *salarium quaesturae*, non dice nulla di simile per L. Salvio Giuliano. La nostra conclusione (sempre, beninteso, «allo stato degli atti») è, insomma, inevitabile.

7. — Veniamo ora a considerare CIL. 6.375 (= ILS. 2104), iscrizione relativa al console del 148 d. C., P. Salvio Giuliano. Vi sono tre possibilità: o che si riferisca al L. Salvio Giuliano dell'iscrizione africana, o che si riferisca al giureconsulto Giul. (che non è la stessa persona, come abbiamo detto, dell'iscrizione africana), o che si riferisca ad un terzo Giuliano.

Anche qui sembra a me che la dottrina prevalente abbia proceduto su falsa strada. La differenza dei prenomi (*Lucius* e *Publius*) rende impossibile e assurda l'identificazione del personaggio dell'iscrizione africana con il console del 148 d. C. Avremmo potuto pensare, col Mommsen ed i suoi seguaci, ad una erronea trascrizione di CIL. 6.375, se non fosse sopravvenuto a confermare il *Publius* PMich. 3.153, con le sue quattro attestazioni. Quanto alla tesi del doppio prenome, difesa ultimamente dal Degrassi, sarebbe ben strano, per non dire altro, che il

prenome *Publius* fosse prevalso su *Lucius* soltanto nei documenti relativi al console del 148, e che, viceversa, il prenome *Lucius* avesse sovrappreso *Publius* nelle iscrizioni di Puppit e di Thuburbo maius, ove del consolato del 148 d. C. non si parla. La conclusione piú accettabile è che L. Ottavio Cornelio Salvio Giuliano Emiliano (delle iscrizioni di Puppit e di Thuburbo maius) non si identifichi con il console del 148, e che sia stato *consul suffectus* (quindi non citato nelle datazioni) in altro anno, forse posteriore. La lacuna dei *Fasti Hostienses* non deve, dunque, essere colmata (come si è finora proposto) con *Lucius*, ma con *Publius* (*Octavius?*).

Assodato che CIL. 6.375 non si riferisce al personaggio celebrato nell'iscrizione di Puppit, bisogna vedere se possa riferirsi al nostro Giul. o se debba invece riferirsi ad un terzo Giuliano. Ed è evidente che il riferimento a Giul. è possibile, perché è certo che Giul. è stato almeno una volta console (cfr. il fr. L. 586) ed è probabile che lo sia stato nel torno di tempo in cui rientra il 148 d. C.

Ma qui sorge un altro problema. Ammesso che CIL. 6.375 possa essere relativo a Giul. e che questi possa essere stato *bis consul* (secondo la notizia della *Vita Did. Iul.*), a quale consolato di Giul. si riferirebbe l'iscrizione: al primo o al secondo?

Io penso che molto difficilmente l'epigrafe potrebbe essere riferita al primo o all'unico consolato di Giul., perché dovremmo essere indotti ad ammettere che Giul. (nato prima del 90 d. C.), abbia raggiunto la prima o l'unica volta il consolato in età troppo avanzata. Ma sopra tutto mi induce a sostenere questa tesi il rilievo che il fr. L. 586 (ove, come sappiamo, Giul. accenna all'unico consolato finora rivestito) appartiene al libro 42 dei suoi *digesta*, i quali ebbero un totale di 90 libri e non poterono, presumibilmente, essere completati dopo il 150 d. C. (v. *infra* n. 43). È difficile, assai difficile credere, ciò dato, che Giul. possa aver scritto i suoi *digesta*, o possa aver quanto meno redatto i libri 43-90 di essi, in un solo anno, il 149 d. C.; ancor piú difficile, poi, se si ritenga (come io ritengo) che Giul. rivestì anche un secondo consolato, perché ciò ci porterebbe o a dover piazzare il secondo consolato di Giul. nell'anno 175 d. C. (l'unico altro anno in cui si abbia il consolato ordinario di un *P. Salvius Iulianus*: cfr. CIL. 10.7457) o a dover credere che Giul., dopo aver ottenuto un primo consolato ordinario, fu piú tardi *consul* solamente *suffectus*.

La vera difficoltà che può incontrare la mia tesi, che cioè CIL. 6.375 si riferisce al secondo consolato di Giul., è che tanto questa iscrizione, quanto quella dei *Fasti Hostienses* non indicano, come d'uso, che

si tratti di un secondo consolato: né questa difficoltà diventa minore se si suppone che il primo consolato di Giul. fu a titolo soltanto di *suffectus*, perché sino ai tempi di Diocleziano nel novero complessivo dei consolati ricoperti si usò far rientrare tanto i consolati ordinari, quanto quelli non eponimi (cfr. Mommsen, *Staatsr.*³ 2.1.92). Tuttavia, io penso che si possa legittimamente dubitare del carattere inderogabile di questa usanza di tener conto anche dei consolati non ordinari (usanza che disparve, del resto, quasi completamente a partire da Costantino) e rilevo che, se è certo che nei Fasti Ostiensi manca il segno della iterazione del consolato, questo segno può esservi ben stato nell'iscrizione di CIL. 6.375, ove è mutilo il finale del nome di Giul. e rimane sufficiente spazio per integrare: *P. Sal[vio Iuliano II]*.

8. — Le conclusioni che offro sulla biografia di Giul. sono le seguenti.

Giul. nacque prima del 90, forse intorno all'80 d. C., e suo figlio fu nonno materno dell'imperatore Didio Giul., nato nel 133 d. C. Pienamente accettabili sono, insomma, le notizie della *Vita Did. Iul.* 1.1-2, che Eutrop. 8.17 contraddice più in apparenza che in sostanza (v. *retro* n. 5).

Il prenome di Giul. fu, probabilmente, *Publius* e la patria di lui Hadrumetum. Ciò si ricava non solo dalla possibilità che a lui si rife-disca CIL. 6.375, ma anche da un'altra considerazione: che, cioè, il *L. Salvius Iulianus* dell'epigrafe tunisina fu, presumibilmente, il figlio di Giul. ed il nonno materno di Didio. Si ricordi, invero, da un lato che *L. Salvio Giuliano* è detto *P(ublilii) f(ilius)*, dall'altro che uno dei suoi *cognomina* è *Aemilianus*, il che porta inevitabilmente a pensare a *Clara Aemilia*, madre di Didio Giuliano, la quale sarebbe stata appunto sua figlia.

Giul. fu pretore e poi console una prima volta, quale *suffectus*, in epoca imprecisabile, ma probabilmente anteriore a quella di Antonino Pio, perché agli inizi di questa epoca scrisse, come vedremo (*infra* n. 41), i suoi *Digesta*, nei quali si incontra il citato fr. L. 586. Fu, inoltre, membro del *consilium* di Adriano e, probabilmente, anche di quello di Antonino Pio (cfr. *Vita Hadr.* 18.1 e *Vita Pii* 12.1).

Il consolato ordinario di Giul., il secondo dei suoi consolati, cadde probabilmente nel 148 d. C. (v. *retro* n. 7). Se ciò è vero, può credersi che nel 150 d. C. Giul. sia stato anche *curator aedium sacrarum*, perché un'iscrizione di quell'anno menziona come onorati da quella carica *Salvius Iulianus* e *Popilius Peto* (cfr. CIL. 6.855); ma può anche darsi

che il *curator aedium sacrarum* del 150 d. C. sia stato l'altro Giuliano, quello dell'iscrizione africana (cioè, secondo la nostra ipotesi, il figlio di Giul.).

Successivamente a questa dignità, Giul. ebbe la carica di *praefectus urbi*, in epoca non precisabile. Più che probabile è che egli sia morto prima della fine (e, forse, dell'inizio) del governo dei *divi Fratres* (161-172 d. C.), visto che questi parlano di lui piuttosto come di un morto, che non come di un vivo (cfr. D. 37.14.17 cit.).

9. — Dovrei accennare, a questo punto, a quello che avrebbe rappresentato il culmine dell'operosità scientifica di Giul.: il riordinamento dell'editto pretorio, del quale, come abbiamo visto (*retro* n. 1), parla Eutrop. 8.17, e di cui parlano inoltre alcune altre fonti storiche e giuridiche (specialm.: Aurel. Vict. *Caes.* 19, Iust. c. *Tanta-Δέδωχεν* 18, Iust. CI. 4.5.10.1).

La unanime dottrina romanistica ritiene, a proposito dell'editto pretorio, che il processo del suo decadimento (almeno come fonte « viva » del diritto romano) nel corso del I sec. d. C. sia stato coronato, nella prima metà del II sec. d. C., da un atto di forza dell'imperatore Adriano. Questi, preoccupato di salvare da ulteriore corruzione i princípi del *ius praetorium* e desideroso pertanto di fermare il flusso (ormai sporadico e disordinato) della produzione giuridica del *praetor urbanus*, avrebbe, dunque, dato incarico a Giul. di « codificare l'editto », riordinandone ed armonizzandone le clausole. Dopo di che, egli, in una data imprecisata e fortissimamente controversa fra gli storici, avrebbe provocato un senatoconsulto di proclamazione della efficacia legislativa del nuovo testo.

Piú elementi, e di non lieve importanza, mi inducono, tuttavia, a dubitare di questa tradizione, almeno per quanto riguarda l'opera di Giul. Basti pensare, ad esempio, che nessuna testimonianza coeva abbiamo di questa asserita iniziativa di Adriano, che, anzi, nessun giurista classico post-adrianeo fa cenno alla redazione giuliana dell'editto: non Pomponio, allorché nel *lib. sing. enchiridii* traccia di proposito un disegno storico delle fonti del diritto romano, non Gaio, allorché nelle sue *Institutiones*, 1.2 ss., fa il quadro delle fonti « di produzione » dei *iura populi Romani*; non alcun altro giurista (o storico, o letterato, o altro) della stessa epoca. Viceversa, il primo e assai vago accenno al presunto editto giuliano capita di trovare soltanto in Eutrop. 8.17, autore di assai dubbia attendibilità, tanto che lo abbiamo colto proprio in queste pagine (si passi l'espressione) « con le mani nel sacco », a

proposito, non fosse altro, della confusione in cui cade circa il *nomen* dell'imperatore del 193 d. C.

Ma non è certo con questi, o solo con questi argomenti negativi, che io intendo dimostrare la mia tesi della estraneità di Giul. all'opera di riordinamento dell'editto e della falsità della tradizione circa questo riordinamento sistematico di esso (v. già, sul punto, Guarino, *Storia del dir. rom. - Lezioni* [1945] p. 153 ss.). Altri e più complessi elementi vanno posti in rilievo al riguardo: e principalmente essi saranno desunti dal rapporto che intercorre tra i *Digesta* di Giul. ed il sistema dell'editto nella ricostruzione leneliana.

Rinuncio, pertanto, in questa sede, all'approfondimento dell'accennato problema, ripromettendomi di esaminarlo a fondo in altro ed apposito lavoro.

II. LE OPERE DI GIULIANO.

1. *Le opere di Giuliano.*

10. — I *Digesta* di Giustiniano sono preceduti, come è noto, da un indice (*σύνταγμα*) degli autori e delle opere messi a contribuzione, nel quale, più precisamente, gli autori risultano disposti secondo un ordine cronologico approssimativo e le opere di ciascuno di essi sono indicate in ordine decrescente di ampiezza (cfr. c. *Tanta-Δέδωκεν* 20, v. in generale, per i problemi connessi a D. Ind., Krüger 371 s., De Francisci 3.1.262 ss.). Alla legge comune fanno eccezione Giuliano e Papiniano, i massimi fra i giureconsulti romani nel concetto giustiniano, i quali aprono l'elencazione dell'indice, precedendo il di gran lunga più antico Q. Mucio: segno evidente di onore per l'uno e per l'altro.

Le opere di Giul., quali risultano da D. Ind. I, sono: 1) *digeston βιβλία ἐνενήκοντα*; 2) *ad Minicium βιβλία ἕξ*; 3) *ad Urseium βιβλία τέσσαρα*; 4) *de ambiguitatibus βιβλίον ἓν*.

Giova escludere senz'altro, dal piano di questa trattazione, la quarta opera, il *liber singularis de ambiguitatibus*, per il minimo numero di fr. che di esso ci è conservato (fr. L. 1 = D. 28.6.31, L. 2 = D. 32.62, L. 3 = D. 34.5.13); per la nessuna utilità che lo studio di esso potrebbe fornire al fine dell'inquadramento dei problemi giulianei; ed infine anche per il fondato sospetto sul suo carattere apocrifo, ultimamente avanzato, con buoni argomenti, dal Himmelschein (in *Symb. Friburg. in hon. O. Lenel* estr.).

Tralascierò anche di occuparmi, nelle prossime pagine, del noto problema suscitato dai *libri quaestionum* di Sesto Cecilio Africano (D. Ind. XIII), in ordine ai quali è stato già da gran tempo ipotizzato che trattasi esclusivamente (o, almeno, con forte prevalenza) di una raccolta di *quaestiones* di Giul., operata dal suo allievo Africano (v., sul punto, specialm. Buhl 67 ss. e già in ZSS. 2 [1881]; da ultimo, per la palingenesi critica dell'opera, Lenel, in ZSS. 51 [1931] 1 ss.).

Il discorso sarà, dunque, ristretto, nel presente lavoro, all'esame ordinato, ma succinto, delle questioni relative alle prime tre opere di Giul. I motivi della variazione dell'ordine adottato da D. Ind. risulteranno chiari a tempo debito.

2. I « *Libri ex Minicio* ».

11. — Dubbio è il titolo esatto ed il numero dei *libri* dell'opera giuliana indicata da D. Ind. I.2 come *Ad Minicium βιβλία* ̅̅. I fr. rimasti, in numero di 40, si trovano in L. 843-882.

L'intestazione *ad Minicium* è confermata dall'*inscriptio* di soli 3 fr. (D. 2.14.56; 3.3.76; 41.4.10), mentre altre 36 *inscriptiones* portano la dicitura *ex Minicio*. Nel fr. L. 882 (= D. 19.1.11.15 Ulp.) si trova riferito che una certa opinione fu espressa da Giul. *libro decimo apud Minicium*. Questo stesso fr., parlandoci di un libro decimo dell'opera di Giul., sconfesserebbe il D. Ind. anche per quanto riguarda il numero dei libri, che dovrebbero essere ritenuti, dunque, non meno di 10.

La dottrina, tralasciando ogni questione circa il titolo esatto dell'opera, si è divisa quanto al problema del numero dei libri. *a*) Alcuni, dando fede a D. Ind., attribuiscono il *decimo* del fr. L. 882 ad errore di un copista, che ha confuso fra X e V, laonde correggono *quinto* (così, fra gli edd., Hal., Gotofr., Mo., DMil. e, fra gli autt., Robby 157, Ferrini, *Fonti* 72 nt. 3, Krüger 175 nt. 125). *b*) Il Ferrini (*ArchGiur.* 37 [1886] 329 s. = *Opp.* 2.504), abbandonando la prima opinione, ha stimato che Giul. abbia commentato solo una parte (e cioè 6 libri su almeno 10) dell'opera di Minicio ed ha proposto di sottintendere *Cassius* (soggetto nel precedente § 14) quale soggetto di D. 19.1.11.15. *c*) Altri hanno opinato che Giul. abbia realmente scritto non meno di 10 libri *ad Minicium* e che di questi siano stati a disposizione dei giustinianeî soltanto i primi sei (così Buonamici, *Sull'indice* 25). *d*) Altri, infine, hanno esplicitamente dichiarato insolubile il problema (così L. 1.484 nt. 5, Bremer 2.2.273, Buhl 53, Riccobono, in *BIDR.* 7.227, Boulard 73).

Io ritengo infondate le ipotesi riferite sub *b* e *c*. La prima è smen-

tita dalla semplice lettura di D. 19.1.11.14-15, che non dà appiglio sufficiente alla proposta di sottintendere *Cassius* anziché *Iulianus*. Tanto l'una quanto l'altra, poi, sono rese inverosimili dal fatto che, stando alla palinogenesi dei fr. pervenutici, l'ordine delle materie dei *libri ad Minicium* pare davvero doversi esaurire con il libro 6; e comunque, premesso che il fr. L. 882 è relativo ad un caso di *emptio-venditio*, è difficile credere che Minicio e Giuliano, dopo essersi occupati della compravendita già nel libro 4 (cfr. L. 863-865), tornassero a parlarne nel libro 10. Ciò dato, non credo del tutto impossibile la soluzione del problema, a differenza degli autt. citati sub *d*, perché è un fatto che il fr. L. 882 riguarda un argomento che fa già parte del libro 4 dell'opera *ad Minicium* e che fa parte, aggiungo, soltanto di quel libro.

I casi sono due: o pensare, con gli autori riportati sub *a*, ad un errore di trascrizione del fr. L. 882, ma in questo caso il *decimo* non andrebbe corretto in *quinto*, bensì in *quarto*; o pensare che in D. 19.1.11.15 Ulpiano citi una nota del libro 4 *ad Minicium* corrispondente al libro 10 dell'opera originale di Minicio. Fra le due ipotesi è, se non mi inganno, piuttosto da preferire la seconda alla prima, perché è quella che più facilmente spiega il mistero, senza bisogno di ricorrere al solito « cliché » dell'errore di trascrizione (tanto più improbabile, in quanto, se vi è possibilità di confusione fra un X ed un V, non vi è altrettale possibilità fra un IV ed un X). Ed a sostegno della seconda ipotesi può osservarsi che i *libri ex* dei giuristi classici (particolarmente cari a Giavoleno ed a Giul.) sono essenzialmente opere di estratti da altre opere: i loro autori, cioè, commentando secondo il suo proprio ordine sistematico l'opera di un giurista precedente, non riportarono (con o senza note) tutti i passi della medesima, ma riferirono solo i passi degni di rilievo, di delucidazione o di critica. Posto che, come è noto (v. per tutti Krüger 149 s. e gli autt. ivi cit.; in particolare, Birt, *Das antike Buchwesen* [1882] 13 ss.), la divisione delle opere antiche in *libri* aveva, prima che si diffondesse l'uso dei *codices* pergamenacei (III sec. d. C.), carattere quasi esclusivamente materiale, essendo determinata precipuamente dalla lunghezza del rotolo di papiro (*volumen*) impiegato, è evidente che l'opera escerpita veniva generalmente a risultare, pur conservando lo stesso ordinamento sistematico, di un numero di *libri* inferiore all'opera originale, perché la mole dei passi dell'opera originale non trascritti doveva superare di parecchio quella dei commenti ad alcuni dei passi trascritti che fossero fatti dall'autore dell'opera derivata. Si tenga ancora presente che, proprio perché i *libri ex* erano raccolte di estratti le quali venivano per lo più a risultare composte di

un numero di libri diverso da quello dell'opera originaria, è presumibile che i loro autori avessero cura di citare, per ogni passo escerpito, il libro dell'opera originale in cui lo stesso passo avrebbe potuto esser letto. Di qui può essere derivato l'equivoco di Ulpiano, il quale, avendo fra le mani il libro 4 dell'opera di Giul. *ex Minicio*, ha citato il libro 10 dell'opera di Minicio (libro presumibilmente indicato dallo stesso Giul.). Il che, se fosse vero, dovrebbe portare a mantenere la dizione *apud Minicium* (= *Iul. apud Minicium libro decimo*), anziché correggerla in *ad Minicium*, come è stato proposto dal Beseler (in *ZSS.* 45 [1925] 466).

Circa il problema del numero dei libri *ad Minicium*, io concludo, pertanto, che essi furono realmente 6, come attesta D. Ind. 1.2. L'opera originale di Minicio fu, invece, di almeno 10 libri; grosso modo, può calcolarsi che essa fu, forse, di circa 15 libri (4:6 = 10:15).

Accolta la mia spiegazione del fr. L. 882, il problema del titolo si riduce ad appurare se esso fosse *libri ex* o *libri ad*. Ma è un problema di importanza meramente formale, perché risulta accertato che ambo le intestazioni erano considerate fungibili, quando si trattasse di indicare, come nel nostro caso, dei florilegi con commento (v. per tutti Krüger 146 s. e note ivi; inaccettabili i tentativi di distinzione recentemente fatti dal Berger, in *BIDR.* 44 [1936-37] 95 e nt. 9). Certo l'intestazione *libri ex*, statisticamente prevalente, appare la più adeguata al carattere dell'opera, mentre l'intestazione *libri ad* era piuttosto usata o per dedica di opere a determinate persone (es.: *Servius ad Brutum*, *Ofilius ad Atticum*, *Pauli sententiae ad filium*), o sopra tutto per commenti ampi e diffusi a testi di legge o edittali (*libri ad edictum*, *libri ad legem Iuliam et Papiam*) o ad opere fondamentali di giuristi precedenti (*libri ad Sabinum*: nel qual caso il numero di libri dell'opera derivata veniva ad essere solitamente maggiore, causa l'aggiunta dei commenti, a quello dei libri dell'opera originaria). Le quali considerazioni mi inducono a dar prevalenza alla probabilità che il titolo originario dell'opera di Giul. fosse *libri VI ex Minicio*.

12. — La personalità di Minicio ci è ignota. Fuori dei fr. dei libri *ex Minicio* (tra i quali annoveriamo anche il già cit. fr. L. 882 Ulp.) troviamo ricordato Minicio una sola volta, da Pomp. 9 *ad Sab.* (D. 19.1.6.4): *... Sabinum respondisse Minicius refert*. In questo passo è evidente che Pomponio si riferisce alla stessa opera di Minicio (la quale abbiamo supposto comprendesse circa 15 libri), che fu escerpita da Giul.

Minicio fu in rapporti personali con Masurio Sabino, di cui è presumibile sia stato anche allievo (cfr. fr. L. 867 = D. 12.1.22 Iul. 4

ex Min.: ... *quaesitum est* ... *Sabinus respondit* ... *interrogavi* ... *respondit*; non è giustificata la correzione di Hal.: *interrogatus*). Assai improbabile è, pertanto, la sua identificazione con *L. Minicius Natalis* (*senior*), destinatario di un rescritto di Traiano (cfr. D. 2.12.9 Ulp.) e *consul suffectus* nel 106 d. C. (cfr. Klein 56, *Prosopographia* 2.378 s.): l'identificazione, proposta dal Cuiacio (*Opp.* 6.455) ed accettata da molti autt. anche relativamente recenti (tra cui Ferrini, *Fonti* 72, H. Pernice 59 s., Bremer 2.2.267 ss. e gli altri citati da Boulard 74 nt. 4), è stata giustamente respinta dal Viertel (20 ss.) e da vari altri moderni (cfr. per tutti Krüger 174 ss.).

Differenziare, nei 40 fr. della palingenesi dei *libri ex Minicio*, quanto spetta a Minicio da quanto spetta a Giuliano è impresa di somma difficoltà, perché i fr. sono in gran parte mutili, rielaborati, o in veste parafrastica o riassuntiva, per effetto del lavoro operato dalle scuole del periodo postclassico. Allo studio dei *libri ex Minicio* dedicò un ampio lavoro critico il Riccobono più di 50 anni or sono (in *BIDR.* 7 [1894] 225 ss., 8 [1895] 169 ss.), ma si tratta di opera alquanto invecchiata, anche perché l'analisi esegetica dei passi è ancora basata sulla ormai superata idea che i testi dei giureconsulti classici di altro non abbiano sofferto che di *emblemata Triboniani*. La nuova critica romanistica, che parte invece dal presupposto per cui il massimo numero delle alterazioni testuali deve essere dipeso dall'attività delle scuole postclassiche-pregiustiniane, ha quindi, almeno a mio parere, largo campo per esercitarsi nella disamina di quest'opera giuliana (su Minicio v. da ultimo H. Krüger, in *St. Bonfante* 2.322 ss.).

Indubbiamente l'opera originaria di Minicio non fu un commentario *ad Sabinum*, come pure ipotizzò in un primo tempo il Bremer (*Rechtslehrer* 49 s.): la palingenesi leneliana dei fr. conservati dimostra, a colpo d'occhio, che il sistema dell'opera non è analogo a quello dei famosi *libri tres iuris civilis* di Sabino. L'opera di Minicio fu, invece, certamente una raccolta di *responsa*, con in più qualche *quaestio* teorica: solo H. Krüger (*cit.* 332) sostiene, poco convincentemente, che si trattava unicamente di *quaestiones*. Non vi è motivo per negare, anzi vi è più di un motivo per presumere che questo materiale fosse ordinato, nel testo originario, secondo un sistema che Giuliano non ha alterato redigendo i suoi *libri ex*: circa questo punto, pertanto, possiamo rimandare a quanto si dirà fra poco intorno alla sistematica dei *libri ex Minicio*.

13. — Il problema veramente delicato è di stabilire se l'opera di

Minicio fosse una raccolta di responsi dello stesso Minicio, su casi pratici o su argomenti teorici, oppure se fosse una raccolta di responsi di Sabino e di Cassio, giuristi spesso citati nel corso dell'opera stessa: e la *ratio dubitandi* poggia sia sul rilievo che Minicio si autodefinisce, in un fr. già citato (L. 867), interrogante di Sabino, sia sul rilievo che le decisioni sono riportate spesso in terza persona con l'*oratio obliqua* (*respondit, negavit, plerique responderunt*), sia infine sul fatto che Minicio è rimasto giurista troppo oscuro per potersi credere che egli fosse munito del *ius respondendi*.

La dottrina è, quindi, divisa: *a*) alcuni pensano che tutto il materiale dell'opera originaria vada riconnesso alla attività di rispondente esercitata da Minicio e che pertanto egli sia il soggetto sottinteso non pur dei *responsi* (*similiave*), che spesso si incontrano, ma anche dei *respondit* (*similiave*), che non fanno difetto (così Cuiacio, *Opp.* 6.455 ss., Mommsen, in *ZRG.* 7 [1868] 483 nt. 6, L. 1.486 ntt. 3, 6, Buonamici, *Sull'indice* 25). *b*) Altri ritiene che l'opera originaria fosse una raccolta di *responsa* dei soli Sabino e Cassio, da Minicio pedissequamente riferiti in terza persona e *oratio obliqua*: di modo che soggetto sottinteso dei *responsi* (*similiave*) s'ha da ritenere Giul. (così Riccobono, in *BIDR.* 8 [1895] 236, 266, 270 ss., 278, Boulard 77 ss. e 78 nt. 1). *c*) Altri, ancora, pensano che l'opera originaria contenesse *responsa* (e *quaestiones*) sia di Minicio che di Sabino e di Cassio (così Voigt, *Aelius- und Sabinussystem* 353, Ferrini, *Fonti* 72, Karlowa 1.701, Buhl 55 s., Bremer 2.2.268; Krüger 274 ss.). *d*) Altri, infine, sostiene che Sabino non sia soltanto il soggetto sottinteso dei *respondit* (*similiave*), ma sia anche il soggetto di svariati *responsi* (*similiave*), e che inoltre mai Minicio abbia citato il parere di Cassio, come pur sembra, a prima vista, guardando a certi fr. (così H. Krüger, in *St. Bonfante* 2.333 ss.).

A parer mio, tanto le opinioni sub *a* quanto quelle sub *b* e *d* sono da ripudiare come unilaterali ed esagerate. Pur senza aver la pretesa, in questa sede, di trattare il problema nella maniera approfondita che meriterebbe, mi par facile dimostrare che l'unica opinione accoglibile è quella riferita sub *c*. Ed invero, che tutto il materiale dell'opera originaria non fosse farina del solo sacco di Minicio è provato dal già citato fr. L. 867 (*Sabinus ... respondit ... respondit*), da D. 19.1.6.4 Pomp. (*Sabinum respondisse Minicius refert*), dal fr. L. 875 (= D. 40.12.30: *Sabinum refertum existimasse ... cuius sententiae Cassius quoque est*; ma il testo originario suonava, evidentemente: *Sabinus existimat* rell. [cfr. già Buhl 56 ed i citt. dall'*Index*]), dal fr. L. 855 (= D. 41.4.8: *plerique responderunt ... idque verius est*; ove *idque verius est* co-

stituisce la nota di Giul. e il *plerique responderunt* è, probabilmente, l'abbreviazione delle citazioni specifiche fatte da Minicio, se pur non è stato scritto proprio da Minicio), e forse anche dal fr. L. 868 (= D. 17.1.33: *Iulianus verius putat quod a plerisque responsum est*; ove il testo appare riassunto dalla scuola postclassica e i *plerique* paiono essere i rispondenti citati da Minicio nel testo genuino). D'altro canto, a prescindere dalla questione circa il soggetto sottinteso dei numerosi *respondi* (*similiae*) che, come si è detto, si incontrano nei *libri ex Minicio* (e che non sempre pare essere Giul., come invece opina il Riccobono [in *BIDR.* 7.227 ss.], né pare sempre essere Sabino, come ritiene H. Krüger [cit. 333 ss.]), la prova regina del fatto che l'opera originaria conteneva anche *responsa* di Minicio è data dal fr.

L. 878 (D. 6.1.61): *Minicius interrogatus, si quis navem suam aliena materia refecisset, num nihilo minus eiusdem navis maneret, respondit manere. sed si in aedificanda ea idem fecisset, non posse. Iulianus notat: nam proprietates totius navis carinae causam sequitur.*

A prescindere da ogni questione critica e dogmatica sollevata dal testo (v. in proposito Riccobono, cit. 8.248 ss., nonché i citt. dall'*Index*; sul problema della *refectio navis* v., da ultimo, De Martino, in *RDNav.* 3 [1937] 1.51 ss.), pur se si ammette con il Riccobono che siamo in presenza di un elaborato postclassico (non però giustiniano, ché i compilatori non avevano tempo da perdere in rifacimenti puramente formali dei fr. accolti nei Digesti), non vedo perché mai ciò possa autorizzare la conclusione che l'indicazione di *Minicius* come *interrogatus* e rispondente debba attribuirsi all'estro dei tardi rifattori del fr. Quanto al tentativo di spiegazione di H. Krüger (cit. 333 s.) (il quale modifica la interpunzione così: *Minicius: interrogatus (sc. Sabinus) ... respondit* rell.), s'ha da dire che esso è tanto ingegnoso, quanto palesemente manchevole di fondamento.

Da ultimo, non è inopportuno osservare che gli argomenti di carattere generale che si portano contro l'opinione (o meglio, il dato di fatto) che Minicio raccolse, oltre a responsi altrui, anche responsi suoi propri (vedili riassunti in Boulard 78) sono di una tenuità che rasenta addirittura l'inconsistenza: a) Minicio è assai parcamente citato dai giureconsulti posteriori (le sole citazioni a nostra conoscenza sono il fr. L. 882 di Ulp. e D. 19.1.6.4 Pomp.): ma ciò può derivare dal caso (nel senso che noi non sappiamo se Minicio sia stato citato altre volte in fr. non contenuti nei Digesti), ed in ogni caso dimostrerebbe, tutt'al più, che Minicio non ebbe il *ius publice respondendi* (il quale, come è ben noto, fu concesso con gran parsimonia dai *principes* e non significò

certo privilegio di emanare responsi con esclusione di ogni altro giureconsulto: ma solo privilegio di *respondere ex auctoritate principis*); *b*) le risposte che paiono di Minicio son tutte pedissequamente collimanti con le opinioni di Sabino e di Cassio: ma ciò dimostra soltanto che Minicio fu un sabiniano convinto e che fu assai scarsamente dotato di originalità; *c*) il fr. L. 867 (*interrogavi*) profila Minicio come interrogante di Sabino e quindi come suo allievo, non come autonomo rispondente: questo è vero, ma, a parte la circostanza che il fr. L. 878 ci rappresenta Minicio in veste di rispondente, val la pena di ricordare che anche Cassio fu allievo di Sabino, il che non gli impedì di aver opinioni personali a sua volta; *d*) Giuliano avrebbe sí commentato una raccolta di responsi dei corifei della scuola sabiniana, ma non avrebbe degnato di suoi commenti i responsi dell'oscuro Minicio: ma i *libri ex Minicio* dimostrano che egli prescelse l'opera di Minicio perché quivi trovava una messe di *responsa* piú varia ed ordinata che altrove. E non si dica che la riprova della scarsa importanza di Minicio è data dal fatto che non lo si trova citato nell'elenco dei Sabiniani, che dà Pomponio nel *liber singularis enchiridii* (D. 1.2.2.47 ss.): ivi, infatti, come è ben noto, sono indicati soltanto i corifei, non anche gli adepti, delle due scuole della giurisprudenza del I sec. d. C.

Concluderemo pertanto che l'opera originaria di Minicio fu una raccolta di *responsa* e *quaestiones* (non soli *responsa*, né sole *quaestiones*) dello stesso Minicio, nonché di Sabino, di Cassio e forse di altri. Estrosa e inattendibile è la tesi di H. Krüger (*St. Bonfante* 2.334 s.), il quale attribuisce a Giul., e non a Minicio, le citazioni che non sono di Sabino: l'economia del lavoro ci vieta di soffermarci sulla assai facile dimostrazione della fralezza di questa tesi e della relativa argomentazione.

14. — Resta da dire qualcosa circa il carattere dell'opera svolta da Giul., circa l'ordine delle materie dei *libri ex Minicio* e circa l'epoca presumibile degli stessi.

Come ho già accennato in precedenza, io non son punto del parere che l'opera *ex Minicio* sia consistita in una riedizione integrale con aggiunte e note, della compilazione originaria di Minicio (v. invece, in questo senso, pur con varietà di sfumature, Buhl 57, Voigt, *Aelius- und Sabinussystem* 353, Bremer 2.2.268, Riccobono, in *BIDR.* 8.268, Costa 1.68 e 73, Boulard 80 s.): se una riedizione integrale avesse avuto luogo, il numero dei *libri ex Minicio* sarebbe stato, quanto meno, identico a quello dei libri di Minicio, mentre sappiamo che fu notevolmente inferiore.

È giocoforza, dunque, pensare ad una riedizione di estratti, i quali furono, assai probabilmente, trascritti senza modificazioni da Giul., che si limitò ad aggiungervi le sue note e qualche suo proprio responso: i numerosi *respondit*, che oggi si leggono nei fr., sono da attribuirsi piuttosto agli studiosi ed agli amanuensi postclassici, che non allo stesso Giul. In un solo fr., L. 845 (= D. 33.3.1), la nota di Giul. appare in forma genuina (*Iulianus notat: videamus ne hoc ita verum sit*); negli altri fr. essa è riferita, causa le manipolazioni postclassiche, in forma indiretta, o in sostituzione del responso miniciano, o in modo anche meno evidente. Il tenore di queste note è a volte esplicativo, più spesso critico, come ha mostrato il Riccobono (in *BIDR.* 8.229 s.). Il Riccobono (*eod.* 192 ss.) ha, inoltre, convincentemente dimostrato che per lo meno due *responsa* e una *quaestio* sono di fattura esclusivamente giuliana: fr. L. 771 (D. 24.1.39), L. 879 (D. 8.5.18), L. 875 (D. 40.12.30).

15. L'ordine dei libri *ex Minicio* (corrispondente, salvo il minor numero di libri, a quello dell'opera di Minicio stesso) è stato ricostruito dal Lenel e dal Riccobono (in *BIDR.* 8.267 ss.) in maniera che è sostanzialmente da approvare, ed è il seguente (v. anche Krüger 176):

1. I (L. 843-849): de legatis - de operis libertorum
1. II (L. 850-858): de servitutibus - depositum (?) - de usucapionibus - de stipulationibus servorum
1. III (L. 859-862): de furtis - de arboribus succis - de venditione bonorum
1. IV (L. 863-869, 882): de venditionibus - de locationibus - de adpromissoribus - de rebus creditis - de aqua (?)
1. V (L. 870-875): de iure dotium - de donationibus inter virum et uxorem - de stipulationibus praetoriis - de aqua pluvia arcenda (?) - de liberali causa (?)
1. VI (L. 876-881): de diversis actionibus (?).

L'unica variante da me apportata alla palingenesi leneliana consiste nell'inserimento del fr. L. 882 entro il libro 4 (v. *retro* n. 11).

Naturalmente, lo schema di rubriche or ora dato, essendo stato formulato sulla base dei soli pochi fr. conservati, non è completo, né tale da fornire una idea piena della disposizione delle materie nell'opera. Le rubriche che si son potute ipotizzare servono, tuttavia, come punti di riferimento sufficientemente sicuri perché, da un lato, si possa argomentare che la raccolta miniciano dovette avere un carattere assai spic-

cato di ordine e di completezza e perché si possa escludere, d'altro lato, che essa fosse condotta secondo l'ordine sistematico dei *libri tres iuris civilis* di Sabino (v., in questo senso, Lenel, *Sabinussystem* 17 s., Riccobono, in *BIDR.* 8.268 s., Boulard 85, Krüger, *cit.*; in senso contrario v. Voigt, *Aelius- und Sabinussystem* 353, Ferrini, *Fonti* 72 e gli altri cit. da Boulard 85 nt. 5 e da Riccobono 268 nt. 3).

16. — Mancano del tutto elementi per stabilire la data dei *libri ex Minicio* (v. sul punto Fitting 24 s., Krüger 176).

Il Buhl (53) ha avanzato l'ipotesi che trattisi di una opera giovanile di Giul., o meglio di un'opera che ha preceduto la redazione dei *libri digestorum*, ch  non si capirebbe come mai Giul., dopo aver scritto la sua opera maggiore, abbia potuto pensare a scrivere un'operetta di estratti annotati di un giurista precedente. Contro questa ipotesi si sono, peraltro, schierati il Riccobono (in *BIDR.* 8.277 e 294) e il Boulard (85 ss.), secondo cui   erroneo pensare che le riedizioni ed opere siffatte fossero lavori giovanili dei giureconsulti ed   particolarmente da scartare questa idea in ordine ai *libri ex Minicio*, ove Giul. si dimostra tanto evoluto ed esperto, da distaccarsi talvolta dalle opinioni canoniche della scuola sabiniana per abbracciare tesi della opposta scuola proculiana (segno, questo, di maturit  ed indipendenza di pensiero). Il Riccobono fa inoltre valere l'argomento che nei *libri ad Sabinum* Pomponio (D. 19.1.6.4 cit.) mostra di conoscere l'opera di Minicio e non ancora i libri di Giul. *ex Minicio*, cos  come non mostra di conoscere i *libri digestorum*: il che significherebbe che tanto i *libri digestorum* quanto gli stessi *libri ex Minicio* furono scritti posteriormente ai libri di Pomponio *ad Sabinum*, che sono dell'epoca adrianea (su questo problema cronologico, v. *infra* n. 41).

Senonch  questi rilievi non sono certo tali da indurmi a dar meno peso alla ipotesi del Buhl, che ritengo assai verosimile. Mentre, da un lato, mi riesce assai difficile credere che Giul. abbia potuto (sia pure a scopi ristretti di insegnamento) impiegare il suo tempo con la raccolta di Minicio, quando aveva terminato (o, peggio, quando aveva ancora per le mani) l'« *opus maius* » dei *digesta*, obietter , d'altro canto, al Riccobono quanto segue: a) due sole volte, nei *libri ex Minicio*, Giul. sembra abbandonare l'opinione sabiniana, ma una volta ci  avviene per influsso evidente dell'insegnamento di Giavoleno (cfr. fr. L. 870 = D. 23.3.49, in relaz. a D. 24.3.66.6 Iavol.) e un'altra volta (cfr. fr. L. 868 = D. 17.1.33) ci  avviene perch , semplicemente, Giul. aveva certamente appreso dal suo maestro Giavoleno Prisco (il quale

giunse sinanco a dedicare dei libri ai *posteriores* di Labeone) che prima dote di un pensatore serio è la indipendenza del pensiero da ogni falsa *reverentia* verso i maestri; *b*) il silenzio sui *libri ex Minicio* da parte di Pomponio (che non significa necessariamente ignoranza) può essere ben stato determinato dal fatto che questi libri non costituivano punto una riedizione integrale dell'opera minicianiana, assai piú ampia, ma una riedizione in estratto, della quale Pomp. non ebbe occasione di servirsi.

Quella del Buhl è soltanto una ipotesi, ma è una ipotesi tutt'altro che priva di senso: e piace pensare, sino a prova contraria, che i *libri ex Minicio* abbiano costituito il primo lavoro di Giul., ove questi, nello studio delle opinioni di parte sabiniana, ha ad un tempo reso omaggio alla scuola e mostrato per chiari segni la sua valentia e le sue grandi possibilità di giureconsulto. Comunque, osta gravemente all'opinione del Riccobono il fatto che, come cercheremo di dimostrare (*infra* n. 32 ss.), i *digesta* di Giul. furono scritti tra il 138 e il 147 d. C., cioè verso gli ultimi anni della vita di Giul.

3. I « *Libri ad Urseium* ».

17. — D. Ind. 1.3 parla di un'opera giuliana intitolata *Ad Urseium βιβλία τέσσαρα*, ma le *inscriptiones* dei *Digesta* danno di Urseio anche il *cognomen*, *Ferox*; una sola *inscriptio*, certamente guasta, suona *Julianus libro (tertio?: cfr. fr. L. 918) ad Ferocem* (D. 19.2.10). Quanto al numero dei libri, esso è confermato da tutti i fr. conservati, tuttavia in Coll. 12.7.9 (Ulp. 18 *ad ed.*) si legge *libro decimo Urseius refert Sabinum respondisse* rell.

I fr. rimasti si trovano in L. 883-928, ma di essi 43 soltanto hanno l'*inscriptio* « *ad Urseium* », uno (L. 898), pur essendo di Ulpiano (D. 10.3.6.12), è sicuramente riferibile alla nostra opera, mentre i due rimanenti fr., L. 927 (= D. 5.1.18.1 Ulp.) e 928 (= D. 44.7.9 = 16.3.19 Paul.), sono di riferimento ipotetico all'opera stessa.

A mio avviso è ingiustificata la estrema indecisione della dottrina circa il numero dei libri costituenti l'opera *ad Urseium* (v., per ragguaglio, Boulard 87 s. e note ivi). Ben diversamente e piú semplicemente che non nel caso dei *libri ex Minicio* qui si prospetta il problema, perché Ulpiano (Coll. 12.7.9) citi solo Urseio e quindi si riferisca ad un'opera di lui in almeno 10 libri (la quale è forse quella stessa utilizzata da Giul.) e non invece ai *libri ad Urseium*, di cui non v'è motivo alcuno di dubitare che fossero quattro (v. tuttavia, in particolare, Krüger 175).

18. — Urseio Feroce è persona non meno misteriosa di Minicio. A parte l'opera di Giul. a lui intitolata, lo troviamo citato nelle nostre fonti solo cinque volte (Coll. 12.7.9 Ulp. cit., D. 7.4.10.5 Ulp., D. 9.2.27.1 Ulp., D. 39.3.11.2 Paul., D. 44.5.1.10 Ulp.). Non è sicuro, ma è peraltro assai probabile che queste citazioni di Urseio si riferiscano alla stessa opera che fu rielaborata da Giul.: in tutti e cinque i fr. citati Urseio appare, infatti, in veste di referente di responsi di Sabino, di Proculo e di Cassio, così come per lo più appare attraverso i fr. pervenutici dei *libri ad Urseium*. Se così è, e se in particolare la mia ipotesi è convincente in ordine a Coll. 12.7.9 Ulp. cit. (ove si parla di un libro 10 di Urseio: v. *retro* n. 17), possiamo ulteriormente ipotizzare che agli almeno 10 libri di Urseio abbiano corrisposto, come materia, i 4 libri di Giul., con le conseguenze che vedremo tra poco.

Si è tentato in dottrina di formarsi un'idea della personalità di Urseio attraverso il rilievo delle citazioni che egli fa, onde stabilire, almeno, se fosse sabiniano o proculiano; ma si è rimasti, a vero dire, piuttosto male, perché, se le citazioni di Sabino sono 10 e quelle di Cassio 4 (o meglio 5, ove si corregga adeguatamente D. 44.5.1.10 Ulp. cit.), le citazioni di Proculo sono, tuttavia, non meno di 9, che è una bella cifra per un sabiniano di stretta osservanza (cfr., per indicazioni più precise, Boulard 88 nt. 5). Di fronte a questi dati di fatto, a prescindere da alcuni che non hanno esitato a fare di Urseio addirittura un proculiano (v. per tutti Bremer, *Rechtslehrer* 71; ma l'ipotesi non è rinnovata in Bremer 2.2.170 ss.), i più, quando non hanno sottaciuto il problema o non hanno configurato Urseio come un giurista estraneo del tutto alle controversie di scuola (così, ad es., Krüger 174 s., De Francisci 2.1.484), o anche come un eclettico (v. Boulard 88), i più, dicevo, hanno fatto leva sulla statistica per definire Urseio un sabiniano (v. Cuiacio, *Opp.* 6.475, H. Pernice 56, Voigt, *Aelius- und Sabinussystem* 354, Karlowa 1.695, Baviera, *Le due scuole* 31 s., Costa 1.73).

Anch'io ritengo che Urseio fosse di parte sabiniana, ma non tanto per la considerazione della prevalenza numerica delle citazioni sabiniane, quanto perché penso che Urseio, per essere vissuto circa ai tempi di Giavoleno e dello stesso Giul., fosse, se sabiniano (e tale dobbiamo presumere che fosse, sino a prova contraria, visto che è stato prescelto da Giuliano), un sabiniano non più tanto intransigente, da tralasciare le opinioni proculiane che avessero in sé qualcosa di buono.

E qui, prima di completare il mio pensiero, mi torna opportuno delibare il problema circa l'epoca in cui fiorì Urseio. Alcuni si sono basati sul dettato di D. 44.5.1.10 Ulp. (*Cassius existimasse Urseium*

refert) per sostenere che Urseio fu contemporaneo di Cassio, visto che Cassio lo cita (v. Rudorff 1.183, H. Pernice 57 s., Karlowa 1.694, Buhl 59 s., Voigt 245 nt. 30; v. anche, nello stesso senso e con affermazioni anche piú arrischiate, Baviera, *Le due scuole* 32 e 139, Buonamici, *Sull'indice* 26 e gli altri autt. cit. da Boulard 89 nt. 5), ma è piú che probabile che il fr. citato sia guasto e che il suo tenore originario fosse: *Cassiu(m) existimasse Urseiu(s) refert* (analogo costruzione si riscontra in D. 9.2.27.1 Ulp.: *Procul existimasse Urseius scribit*) (cfr. in questo senso L. 2.1202 nt. 1, Bremer 2.2.171, Ferrini, in *AG.* 37 [1886] 331 = *Opp.* 2.505, Boulard 89 ss. [con buona argomentazione], Krüger 175 nt. 123).

Secondo me, che la fioritura di Urseio, ed in particolare la redazione della sua raccolta, sia da piazzare in un'epoca posteriore sia a Sabino che a Cassio (morto l'uno sotto Nerone e l'altro sotto Vespasiano [cfr. Krüger 164 e 168]), risulta da un'osservazione assai arguta del Ferrini (*Opp.* 2.505; conformi L. 2.1201 nt. 1, Bremer 2.2.172) sul fr. L. 895 (D. 24.3.59 2 *ad Urs.*), in cui si legge *Sabinus dicebat*, anziché *dicit* o *dixit* (l'uso dell'imperfetto non può che riferirsi a persona già morta). Ed io penso che questa osservazione si possa completare, notando che il fr. continua con le parole: *Gaius (Cassius Longinus) idem* (il che fa pensare che anche Cassio fosse morto allorché Urseio riferiva il parere suo e di Sabino). Con ciò l'opera di Urseio viene già ad essere attribuita, quanto meno, all'epoca di Vespasiano (69-79 d. C.), ma ad una ulteriore posticipazione sembra invitare il fr. L. 904 (= D. 39.6.21):

(2 *ad Urs. Fer.*): *Eum, qui ut adiret hereditatem pecuniam accepisset, plerique, in quibus Priscus quoque, responderunt mortis causa eum capere.*

Quivi, malgrado i dubbi del Krüger (175) e del L. (1.778 nt. 2), opinerei col Ferrini (*Opp.* 2.506) che *Priscus* stia ad indicare Giavoleno o Nerazio, cioè due giuristi fioriti in epoca traianea e post-traianea, e non certo Fulcinio (cfr. anche Bremer 2.2.261, il quale giustamente mette in rilievo che Giul., dal suo canto, citò il proprio maestro Giavoleno come *Iavolenus*). Tenuto conto di quanto abbiamo sostenuto circa la biografia di Giul., possiamo, dunque, concludere che *Urseius Ferox*, se anche « *maior natu* » di Giul., fu peraltro suo contemporaneo e che l'opera sua non fu redatta, presumibilmente, molto prima del 100 d. C.

Tornando ora al primo detto, cioè alla questione circa la personalità di Urseio, dovrà convenirsi che le considerazioni or ora svolte in merito all'epoca di questo giurista favoriscono la tesi che egli fosse

sabiniano, in quanto è universalmente noto che all'epoca di Traiano la divergenza fra le due scuole giurisdizionali (che, del resto, non aveva mai avuto serie ragioni di esistere [cfr. per tutti Arangio-Ruiz 234 ss.]) era in via di dissolversi, causa sopra tutto la geniale personalità di Giavoleno, il quale faceva sí poco conto di essa, da non esitare ad escerpire e commentare, spesso benevolmente, i *posteriores* di Labeone. Forse questo è il miglior modo per spiegare la mancanza di preconetti in Urseio Feroce, unicamente preoccupato di raccogliere il buono ove si trovasse e quindi anche, se necessario, nel campo proculiano. Più che un eclettico o un senza parte, Urseio fu, dunque, un sabiniano della scuola di Giavoleno, cioè un sabiniano di ampie vedute, di larga osservanza, o si dica anche (che importa?) un sabiniano all'acqua di rose.

19. — Urseio non svolse un'opera di mera compilazione di responsi altrui, come par credere il Bremer (2.2.170, 172 ss.), ma fece parte, nel suo scritto, anche a qualche *quaestio* teorica (lo ammette Karlowa 1.694 e lo sostiene Buhl 62 ss.) e, sopra tutto, mise a contribuzione materiale non soltanto altrui, ma anche proprio (v. in questo senso Krüger 120). Il Boulard (92 s.), pur ammettendo che l'opera di Urseio conteneva anche *quaestiones*, ha tentato di riprodurre in questo campo la teoria del Riccobono sui libri di Minicio (93: « nous ne croyons d'ailleurs pas qu' Urseius plus que Minicius ait mis du sien dans le recueil qu' il publiait et que devait revoir Julien »), basandosi sul solito argomento che Urseio fu troppo poco noto per potersi credere che godesse del *ius respondendi*: ma, a sua confutazione, possono essere qui richiamate le osservazioni che già muovemmo al Riccobono in sede di analisi dei *libri ex Minicio*, ed inoltre, a prescindere da ogni altra citazione, può essere riprodotto il fr.

L. 898 (D. 10.3.6.12 Ulp.): *Urseius ait, cum in communi aedificio vicinus nuntiavit ne quid operis fieret, si unus ex sociis ex hac causa damnatus fuisset, posse eam poenam a socio pro parte servare: Iulianus autem recte notat ita demum hoc verum esse, si interfuit aedium hoc fieri*, il quale fr., per quanti sforzi il Boulard faccia onde sostenerne l'alterazione, non pare poter essere facilmente intaccato, almeno per quanto riguarda l'*Urseius ait*, che qui ci interessa (su questo fr. cfr. anche *Index*).

20. — L'opera di Giul. sui libri di Urseio ebbe, press'a poco, le stesse caratteristiche di quella svolta intorno ai libri di Minicio. Se si accetta l'ipotesi che i libri di Urseio erano almeno 10, e che quindi

ad essi abbiano corrisposto i soli 4 libri di Giul. *ad Urseium*, dovrà escludersi la tesi della riedizione integrale annotata dell'opera originaria (v. invece in questo senso Roby 152 e 168, Costa 1.68 e 73, Bremer 2.2.173, Buhl 65 s., Boulard 94 e gli altri autt. ivi cit.; assurda, per motivi già esposti, la tesi del Baviera [*Le due scuole* 32 e 139] e del Buonamici [*Sull'indice* 26]), i quali assumono che l'opera originaria di Urseio ebbe una seconda edizione da Cassio ed una terza da Giuliano).

L'opinione che mi sembra preferibile è quella già espressa dal Karlowa (1.693) e condivisa dubitativamente dal Krüger (175; nessuna consistenza ha, invece, l'idea che l'opera di Giul. fu un vero e proprio commentario: v. in questo senso Rudorff 1.183 s., Ferrini, *Opp.* 2.505 e gli altri autt. cit. da Boulard 93 nt. 4): si tratta di *libri ex*, cioè di libri di estratti, nel senso genuino della parola. A chi esprimesse meraviglia per il fatto che i fr. di Giul. hanno tutti l'*inscriptio ad Urseium*, anziché *ex Urseio*, potremmo rispondere: a) che, come già detto a proposito dei *libri ex Minicio*, la diversità è di natura puramente formale; b) che, nel caso specifico, può ben darsi che Giul. abbia preferito l'intestazione *ad Urseium*, in quanto la sua opera era dedicata ad un contemporaneo, forse addirittura condiscipolo alla scuola di Giavoleno.

A differenza dei *libri ex Minicio*, non sembra che i *libri ad Urseium*, a parte le *notae*, abbiamo contenuto responsi originali di Giul. L'affermazione contraria del Boulard (97 s.), basata sul richiamo dei fr. L. 884 (= D. 29.2.45) e 887 (= D. 7.1.35 pr.), è erronea quanto al secondo fr. (ove parla Urseio: *hoc quoque praestabitur, ut Sabino placuit*) e ingiustificabile quanto al primo fr. (ove può darsi che parlò tanto Urseio, quanto Giuliano). Le mani postclassiche si sono poggiate in gran numero su questi fr., alterandone notevolmente sia la forma che la sostanza.

21. — L'ordine della materia nei libri di Urseio, e quindi nei *libri ad Urseium*, può essere parzialmente intravvisto attraverso i fr. a noi pervenuti (v. in proposito, con varianti, L. 1.490 ss., Bremer 2.2.174 ss., Krüger 174) e può essere ricostruito nella maniera seguente:

1. I (L. 883-891): de testamentis - de legatis
1. II (L. 892-906): de dotibus - de iudiciis divisoriiis - de manumissionibus - de stipulationibus (?) - de sponsoribus (?)
1. III (L. 907-920): de emptione - de acquirendo rerum dominio - de locatione et conductione et ceteris bonae fidei contractibus
1. IV (L. 921-928): de procuratoribus et defensoribus et intercessoribus (?) - (? ?).

Pur nella sua frammentarietà, questo schema è sufficiente a dimostrare che il piano sistematico dell'opera non corrispose a quello dei *libri tres iuris civilis* di Sabino (v. Krüger 174, Lenel, *Sabinussystem* 17, Boulard 99; ma v. *contra*, fra gli altri, Rudorff 1.171, Voigt, *Aelius- und Sabinussystem* 353).

22. — L'epoca di confezione dei *libri ad Urseium* non fu anteriore a quella di Adriano (117-138 d. C.). Ciò si deduce dalla lettura del fr.

L. 886 (D. 46.3.36): *...et esse mulierem Romae Alexandrinam ab Aegypto, quae quinque simul peperit et tum habebat incolumes, et hoc et in Aegypto adfirmatum est mihi.*

È opportuno ricordare, a proposito del fr., che D. 34.5.1 pr. e D. 5.4.3, parlando di questa lontana precorritrice della signora Dionne, specificano che essa fu fatta portare a Roma dall'imperatore Adriano (non prima, dunque, del 119): ora Giul. discorreva di lei, nel primo libro *ad Urseium*, quando già si trovava a Roma (*et esse... Romae*), il che porta a credere che la sua opera non sia stata, a sua volta, iniziata prima del 117 d. C.

Altro di più preciso non si può, peraltro, dire. Ma io ritengo che le stesse ragioni che ci hanno indotto ad attribuire i *libri ex Minicio* ad un'epoca anteriore ai *digesta* valgano, « *mutatis mutandis* », per i *libri ad Urseium* (così Fitting 24 s.; ma v. *contra* Boulard 99 s.).

4. I « *Libri digestorum* ».

23. — L'opera di gran lunga più importante, l'opera fondamentale di Giul. è quella che D. Ind. 1.1 designa come *digeston βιβλία ἐνενηκοντα*.

Il numero di 90 libri, confermato da tutti i fr. e le citazioni a nostra conoscenza è contraddetto dalla *inscriptio* di D. 1.3.32 nella *littera Florentina*, la quale suona: *Iulianus libro LXXXVIII digestorum*; ma è unanime convincimento degli edd. che si tratti di un mero errore materiale del correttore del ms. fiorentino, e che la *inscriptio* genuina fosse: *Iulianus libro LXXXIII digestorum* (cfr. Mo., L. 819 e, in dottrina, per tutti, Krüger 184 nt. 39). Le Pandette giustiniane raccolgono ben 372 fr. dei *libri digestorum*, ma la palingenesi leneliana è pervenuta, attraverso le citazioni che di quest'opera (e spesso dei suoi libri) si trovano in fr. di altri autori, alla cifra ancora più notevole di 839 fr. (cfr. L. 4-842).

Non è esagerato affermare che discorrere dei *digesta* di Giul. significa, per molti versi, parlare dello stesso Giul., « tout court », nella

sua complessa e gigantesca personalità e sinanche nei tratti fondamentali della sua biografia. Essi rappresentano il piú ed il meglio dell'opera di Giul.: di tal che si sogliono ormai con sicurezza riferire ai *digesta* tutte le citazioni, numerosissime, che di Giul. si incontrano, senza specificazione di opera o di libro, nei fr. dei giuristi suoi contemporanei e suoi posterì (v. Mommsen, *Ueber Iulians Digesten*, in ZRG. 9 [1870] 82 = *Jur. Schr.* 2.7: [ein Werk] « das wie kaum ein anderes für die spätere Iurispudenz massgebend geworden ist und von dem uns ausser den zahlreichen Auszügen und ausdrücklichen Anführungen offenbar, insbesondere bei Pomponius und Ulpian, noch sehr viel mehr ohne Nennung der Quelle erhalten ist »).

24. — Non è questo il luogo per trattare con la dovuta ampiezza l'interessante e dibattutissima questione circa il carattere peculiare di quel tipo di opere della giurisprudenza classica, che va sotto il nome di *digesta*. Tuttavia, nemmeno è possibile, prima di passare specificamente ai *libri digestorum* di Giul., tralasciare del tutto l'argomento.

Ai primordi del secolo scorso era comunemente accettato l'insegnamento del Hugo (844 s.; v. anche in *Civil. Magazin* 6.8.148 ss.), per il quale la caratteristica fondamentale dei *digesta* classici era di essere delle opere molto voluminose, divise in *partes*, « *ratione materiae* », così come lo furono i *Digesta* di Giustiniano. Questa sua superficiale teoria fu osteggiata dal Mommsen (*Die Bedeutung des Wortes « digesta »*, in ZRG. 7 [1868] 480 ss. = *Jur. Schr.* 2.90 ss.), che sostenne invece, con le sue abituali limpidezza di dimostrazione e forza di argomenti, essere stati i *digesta* classici la raccolta, secondo un certo ordine sistematico, degli scritti di un giurista o di una cerchia di giuristi, operata da discepoli o posterì (« die Zusammenstellung der sämtlichen Schriften eines Gelehrten oder eines Kreises von Gelehrten in systematischer Folge »): essere essi, in una parola, il corrispondente antico dei nostri moderni « Opera omnia », « Oeuvres completes », « Sämtliche Werke » e via dicendo. Anche il Mommsen trovò, a sua volta, un acuto critico in H. Pernice (1 ss.; v. anche Kuntze, *Exkurse über römisches Recht*² [1880] 347, Krüger, in ZSS. 7 [1886] 94 ss., Jörs, in RE. 5.486, e da ultimo Krüger 143 nt. 21), il quale fece notare che, viceversa, i *digesta* classici erano raccolte sistematiche di passi scelti, che di regola dovevano essere state compilate proprio dalle persone di cui portavano il nome del titolo. Quest'ultima teoria è, in buona sostanza, la teoria che oggi prevale e che viene comunemente insegnata, con l'avvertenza limitativa che i *digesta* dei giureconsulti classici erano pre-

valentemente costituiti da *quaestiones* teoriche e *responsa* pratici messi insieme e che, inoltre, essi, pur abbracciando in un sistema unitario gli istituti del *ius civile* e quelli del *ius honorarium*, non eccedevano che di pochissimo dai confini delle materie di diritto « privato » (v. per tutti Arangio-Ruiz 231, ma v. anche, da ultimo, nel senso ortodosso della teoria mommseniana, Jörs-Kunkel 27 nt. 1).

25. — A me pare, in verità, che la questione circa il carattere dei *digesta* dei giuristi classici sia stata (se è permesso dirlo) piuttosto « montata » da coloro che se ne sono occupati: troppe conclusioni generali si sono, forse, volute trarre dal termine alquanto incolore di *digesta* e troppo poco ci si è chiesti se non fosse questo un argomento da affrontare col sistema del « caso per caso ».

Ora, son da tener presenti due punti: a) *digero* (da cui *digestum*, *digesta*) significa puramente e semplicemente mettere in ordine, sistemare, assettare (v. Forcellini shv., *Thes. shv.*): di tal che *digesta* può tanto significare « *opera digesta* », quanto « *responsa digesta* », quanto « *fragmenta digesta* » ecc., e può, inoltre, così alludere ad una attività di sistemazione fatta da chi è nominato nell'*inscriptio*, quanto ad una analoga attività svolta da un suo discepolo o da un postero. b) A parte i *digesta* di Giul., noi non conosciamo che altre cinque serie di *libri digestorum*: i 40 libri di Alfeno Varo; gli almeno cinque libri (peraltro assai dubbi) di Aristone (o Pomponio), cui allude D. 24.3.44 pr. Paul. (*ut est relatam apud Sex. Pomponium digestorum ab Aristone libro quinto*); i 39 libri di Celso figlio; i 31 libri di Marcello; i 40 libri di Scevola.

I *libri digestorum* di Alfeno (da noi, peraltro, conosciuti attraverso due epitomi, l'una di Paolo e l'altra di un anonimo postclassico: v. L. 1.38 nt. 1, Jörs, in *RE.* 1.1473 s., Krüger 70 nt. 52, e specialmente Ebrard, in *ZSS.* 46 [1926] 145 nt. 3) e i *libri digestorum* di Scevola (anch'essi conosciuti da noi attraverso una edizione postuma: v. da ultimo Schulz, in *Symb. Friburg. in hon. O. Lenel* 143 ss. e, per la letteratura sulla questione, Felgenträger, *eod.* 370) sono probabilmente del tipo « *responsa digesta* » (e piú precisamente: i primi, *responsa* di Servio Sulpicio Rufo e di Alfeno; i secondi, *responsa* di Scevola). I *libri digestorum* di Celso sono invece di tipo piú complesso ed arieggiano ad una raccolta sistematica di *quaestiones* e *responsa*, che non si ha motivo alcuno per dubitare sia stata compilata dallo stesso Celso ed in cui probabilmente questi rifuse tre o quattro sue opere precedenti: i *commentarii* (cfr. D. 34.2.19.6 Ulp., ove è citato Celso *libro XIX digestorum*,

commentariorum VII: commentaria ad edictum praetoris?), le *epistulae* (cfr. D. 4.4.3.1 Ulp., ove è citato Celso *epistularum libro XI et digestorum II*), le *quaestiones* (cfr. D. 28.5.9.2 Ulp., ove è citato Celso *libro XII quaestionum, digestorum XI*; ma cfr. anche D. 34.2.19.3 Ulp., ove è citato il solo libro 19 delle *quaestiones*) e forse i *responsa* (cfr. D. 14.6.7 pr.: *Neratius libro primo et secundo responsorum cessare senatus consultum ait. idem Celsus libro quarto (responsorum?)*; v. L. 1.169 nt. 1). I *libri digestorum* di Marcello sono dello stesso tipo di quelli di Celso, salvo che ad essi si accompagnarono altre opere indipendenti dello stesso autore (*libri VI ad legem Iuliam et Papiam* [cfr. L. 268-273], *libri de officio consulis* [cfr. L. 274-276], *liber singularis responsorum* [cfr. L. 277-292]). Degli eventuali *libri digestorum* di Aristone (o Pomponio?) nulla può dirsi di preciso.

Non vedo assolutamente come, di fronte a così fatta varietà di opere, possa ritenersi possibile trarre delle conclusioni particolareggiate sui caratteri peculiari dei *libri digestorum* in blocco. L'unica conclusione di carattere generale che può trarsi a proposito dei *libri digestorum* è, dunque, che in essi sono trattate prevalentemente materie di diritto privato, che il *ius honorarium* vi appare tendenzialmente fuso con il *ius civile*, che larga parte vi hanno *responsa* e *quaestiones* (spesso precedentemente pubblicati), quando addirittura non si tratti di soli *responsa*. L'ordine sistematico di queste raccolte è quello stesso delle raccolte di *responsa* o di *quaestiones*, cioè quello delle materie dell'editto, più una seconda parte dedicata all'illustrazione di alcune leggi ed alcuni senato-consulti fra i più importanti, il cui commento non sarebbe tornato a proposito nella prima parte: si tenga presente, peraltro, che queste considerazioni non valgono né per i *libri digestorum* di Aristone, dei quali sappiamo tanto poco quanto nulla, né per i *digesta* di Alfeno, il cui ordine sistematico non è più riconoscibile (v. Krüger 70 nt. 53).

Di particolare interesse devono essere per noi i 39 *libri digestorum* di Celso figlio (la cui prima parte abbraccia i libri 1-27), sia perché appartenenti ad un contemporaneo di Giul., sia perché, come si è accennato, appaiono in essi rifusi dei « commentari », i quali, per corrispondere nel loro libro 7 al libro 19 dei *digesta*, cioè ad un libro della prima parte dell'opera, si può supporre siano stati un'opera di commento *ad edictum praetoris*.

26. — I 90 *libri digestorum* di Giul. si dividono anch'essi — come quelli di Celso, Marcello e Scevola — in due sezioni: una prima sezione (libri 1-58) ordinata (ma, come vedremo subito, con qualche va-

riante) secondo il sistema dell'editto pretorio, ed una seconda sezione (libri 59-90) dedicata al commento delle principali leggi e dei principali senatoconsulti normativi. La prima parte (L. 4-739) ci è nota attraverso un numero di fr. e di riferimenti di gran lunga superiore alla seconda parte (L. 740-842): ragion per cui la ricostruzione del suo sistema è riuscita molto piú agevole che non la ricostruzione del sistema della seconda parte.

L'ordine delle materie è, nella palingenesi leneliana, il seguente.

1. I-II: corrispondono alla materia di E. tit. I (De his qui in municipio colonia foro iure dicundo praesunt), II (De iurisdictione), III (De edendo), IV (De pactis et conventionibus), V (De in ius vocando), VI (De postulando), VII (De vadi-
moniiis).
1. III-V: E. VIII (De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus), IX (De calumniatoribus), X (De in integrum restitutionibus), XI (De receptis), XII (De satisfacendo), XIII (Quibus causis praeiudicium fieri non oportet), XIV (De iudiciis). (I fr. del libro 5 relativi al tit. XIV E. [cfr. L. 70-75] sono dedicati alla illustrazione generale del tit. stesso, rimandandosi, per la trattazione particolareggiata, ai libri 8 e 9; solo il fr. L. 71 = D. 30.79 è dedicato ad un caso speciale — *si quis testamento suo Titio et Seio decem dari iusserit* —: cfr. Lenel *Ed.* 145 nt. 1).
1. VI-VIII: E. XV (De his quae cuiusque in bonis sunt).
1. VIII (?) -IX: E. XV (continuaz. e fine), E. XIV (De iudiciis: tratta-
zione particolareggiata).
1. X: E. XVI (De religiosis et sumptibus funerum).
1. X-XI: E. XVII (De rebus creditis).
1. XI-XII: E. XVIII (Quod cum magistro navis, institore eove, qui in
aliena potestate erit, negotium gestum erit).
1. XIII-XV: E. XIX (De bonae fidei iudiciis).
1. XVI-XIX: E. XX (De re uxoria), XXI (De liberis et de ventre).
1. XX-XXI: E. XXII (De tutelis).
1. XXII: E. XXIII (De furtis), XXIV (De iure patronatus).
1. XXIII-XXVII: E. XXV (De bonorum possessionibus).
1. XXIX-XXXI: E. XXVI (De testamentis).
1. XXXII-XL: E. XXVII (De legatis).
1. XLI: E. XXVIII (De operis novi nuntiatione), XXIX (De damno
infecto), XXX (De aqua et aquae pluviae arcendae).
1. XLII-XLIII: E. XXXI (De liberali causa), XXXII (De publicanis)?,

- XXXIII (De praedatoribus)?, XXXIV (De vi turba incendio ruina naufragio rate nave expugnata)?
- l. XLIV: de possessione et usucapione [v., su questa ampia digressione, Lenel, *Ed.* 25].
- l. XLV: E. XXXV (De iniuriis), XXXVI (De re iudicata), XXXVII (Qui neque sequantur neque ducantur).
- l. XLVI-XLVII: E. XXXVIII (Quibus ex causis in possessionem eatur), XXXIX (De bonis possidendis proscribendis vendundis), XL (Quemadmodum a bonorum emptore vel contra eum agatur), LI (De curatore bonis dando), XLII (De sententia in duplum revocanda)?
- l. XLVIII-XLIX: E. XLIII (De interdictis).
- l. L-LI: E. XLIV (De exceptionibus).
- l. LII-LVIII: E. XLV (De stipulationibus praetoriis).
- l. LIX: Praefatio de legibus et senatusconsultis (?) — ad legem XII tabularum — ad SC. Tertullianum.
- l. LX: ad SC. Iuventianum (fr. L. 746) (?) — ad legem Cinciam.
- l. LXI: ad legem Falcidiam.
- l. LXII: ad legem Corneliam: de captivis et postliminio.
- l. LXIII-LXV: ad legem Aeliam Sentiam.
- l. LXVI-LXVII: ad leges Iuniam Norbanam et Fufiam Caniniam [cfr. L. 1.473 nt. 4] (?).
- l. LXVIII-LXIX: ad legem Iuliam de maritandis ordinibus.
- l. LXX-LXXXV: ad legem Papiam Poppaeam.
- l. LXXXVI-XC: ad leges varias (Aquiliam, Iuliam de adulteriis, SC. Libonianum, Corneliam de adpromissoribus?, Appuleiam de sponsu?, Publiliam de sponsu?).

27. — Lo schema or ora dato merita qualche ulteriore cenno di illustrazione per quel che piú particolarmente attiene alla prima parte, nella quale, come si è visto, si riscontrano alcune notevoli deviazioni dalla sistematica ricostruita dal Lenel nel suo *Edictum perpetuum*.

Nella sua gigantesca opera di ricostruzione (la quale, come è ben noto, è stata condotta sulla scorta della palinogenesi dei commenti *ad edictum* di Paolo, Ulpiano e Gaio, nonché dei libri 1-58 *digestorum* di Giul.) il Lenel si è imbattuto in una notevole discrepanza tra il sistema dei commenti di Paolo e Gaio, da un lato, e quelli di Giul. ed Ulpiano, dall'altro. I libri 17-25 di Paolo (cui corrispondono i libri 5-7 di Gaio) trattano, nell'ordine, della *interrogatio in iure*, del giuramento e materie affini (l. 17-18), passano poi alla illustrazione dell'*actio*

Publiciana e delle azioni pretorie di risarcimento (l. 19) e commentano infine gli istituti civilistici della *hereditatis petitio*, della *rei vindicatio*, delle azioni reali di servitù, delle azioni di risarcimento, delle azioni divisorie e delle azioni di garanzia (l. 20-25: tuttavia Gaio pospone l'*actio Publiciana* alla *rei vindicatio*). Questo ordine illogico (illogico perché si parla prima di argomenti che trovano il loro presupposto negli istituti civilistici, dei quali si parla dopo) non si riscontra in Giul. (l. 6-9) e in Ulpiano (l. 15-23), ove, molto più correttamente e perspicuamente, vengono illustrati, nell'ordine, la *hereditatis petitio* (Giul. 6, Ulp. 15-16), la *rei vindicatio* e l'*actio Publiciana* (Giul. 7, Ulp. 16), le azioni civili di servitù e di risarcimento (Giul. 7, Ulp. 17-18), le azioni divisorie (Giul. 8, Ulp. 19-20), le garanzie delle obbligazioni (Ulp. 20-22; Giul. limitava probabilmente il discorso a pochi cenni, dato che sull'argomento sarebbe ritornato ai l. 88-90) e infine la *interrogatio in iure*, il giuramento e le materie affini, nonché le azioni pretorie di risarcimento (Giul. 9, Ulp. 23). Molto acutamente e giustamente il Lenel (*Ed.* 12 s.) non ha esitato ad additare lo schema seguito da Paolo come il vero schema dell'editto, in base al ragionamento che Gaio e Paolo, tanto più che avevano già davanti l'assai più logica sistemazione delle materie nei libri 6-9 dei *digesta* di Giul., mai e poi mai avrebbero pensato di loro propria iniziativa all'altra, illogichissima sistemazione se non fosse stato perché questa era la genuina sistemazione dell'editto: la quale sistemazione nell'editto si spiega storicamente, pensando che questo monumento si formò attraverso successive stratificazioni e che in esso i mezzi pretorî avevano, evidentemente, un posto di preminenza (« Eine Ordnung . . . wie die Paulinische, wo die Publiciana der rei vindicatio, die actio effusis der actio legis Aquiliae vorangeht, ist nimmermehr im Kopf dieses Juristen entstanden: sie ist uns nur unter der Voraussetzung verständlich, dass sie durch die Vorlage gegeben war »). Venendo a Giul., dobbiamo dire, dunque, che nei libri 6-9 dei suoi *digesta* egli adottò (e presumibilmente ne fu autore) una notevolissima deviazione dalla sistematica dell'editto.

Altre caratteristiche della sistematica adottata da Giul. nei suoi *digesta* sono: il larghissimo sviluppo dato, nel corpo della prima parte, ad alcune materie civilistiche (cfr. specialm. i libri 32-40, sui legati ed i fedecommessi); la riduzione al minimo, sempre nel corpo della prima parte, del commento a leggi e senatoconsulti di particolare importanza (es.: le leggi in materia di garanzia delle obbligazioni); la inserzione di una trattazione autonoma (l. 44) sul possesso e sull'usucapione, la

quale si trova, peraltro, anche in Celso (cfr. L. fr. 195, 199-200), in Gaio (cfr. L. fr. 333-334) ed in Paolo (cfr. L. fr. 656-676).

Quanto alla seconda parte dell'opera, è da notare che essa si presenta notevolmente meno organica della prima. Non si capisce troppo bene secondo quale criterio siano raggruppati i testi che Giul. commenta: non secondo un criterio cronologico, certo, né tanto meno secondo il sistema sabiniano. Diversamente dai libri 1-58, questi ultimi *libri* dell'opera hanno tutta l'aria di essere stati messi insieme un po' alla lesta, con un metodo assai meno rigoroso che non gli altri.

28. — Nel formulare la sua teoria generale sul carattere dei *digesta* classici (v. *retro* n. 24), il Mommsen aveva esplicitamente fatto eccezione per i *libri digestorum* di Giul. (v. in ZRG. 7.486), ai quali dedicò, due anni dopo, un altro ed apposito studio (*Ueber Julians Digesten*, in ZRG. 9 (1870) 82 ss. = *Jur. Schr.* 2.7 ss.).

Da allora la discussione si è ampliata, con la partecipazione di molti altri storiografi del diritto romano, di modo che il quadro delle opinioni si presenta oggi piuttosto vario. *a*) Per il Mommsen i *digesta* di Giul. sono un'opera dello stesso Giul., nella quale questi ha trasfuso i tesori della sua immensa esperienza giuridica (sopra tutto in materia di diritto onorario, nei suoi rapporti con il *ius civile*): essi non hanno il carattere di un commentario all'editto ed alle principali leggi, ma rivestono piuttosto il carattere di una ricchissima raccolta di *quaestiones* (non anche di *responsa*) ordinata in relazione al testo editto ed agli altri principali testi normativi. *b*) Altri autt., pur aderendo sostanzialmente alla tesi del Mommsen, hanno tuttavia ammesso che i *libri digestorum* di Giul. sono non meno pieni di *responsa* pratici, che di *quaestiones* teoriche, sí che poterono servire non solo all'insegnamento, ma anche alla prassi giudiziaria della Roma del principato (così, fra gli altri, Karlowa 1.708, Landucci 1.206, Hofmann, *Die Compilation der Digesten Justinians* [1900] 138, Buonamici, *Sull'indice* 24, Costa 1.71, Boulard 104 ss., Arangio-Ruiz 231). *c*) H. Pernice (84; v. anche Krüger 184 s.) ha invece sostenuto che, nella loro prima parte, i *libri digestorum* costituirono un vero e proprio commentario all'editto pretorio (anzi, egli precisa, all'editto adrianeo) e dello stesso parere è sostanzialmente il Buhl (96 s.: « und es musste ja dem Redaktor des Edikts der Wunsch besonders nahe liegen, auch für eine entsprechende Handhabung desselben Sorge zu tragen »).

29. — Orbene, per poco che ci si avvicini ai fr. rimastici dei *digesta* giuliani (i quali sono stati già egregiamente studiati e classificati dal Buhl

[88 s.]), non si può non convenire, con gli autt. citati sub *b*, che l'opera fu non soltanto materiata di *quaestiones* teoriche, ma anche di *responsa* pratici. La tesi negativa del Mommsen parte da un presupposto troppo rigoroso, e cioè dal presupposto che per *responsa* si abbiano ad intendere le singole e specifiche informazioni di carattere giuridico offerte dal giureconsulto ad una persona che sia parte in un processo (10: « die Bescheidung der im Prozess befangenen Partei ») e che quindi non si possa dire di essere davanti ad un *responsum*, se manca l'indicazione del nome dell'interrogante o se la risposta è corredata di una qualunque osservazione di carattere generale. Il Mommsen non tiene presente, peraltro, che, ovviamente, i *digesta* non sono una collezione di *responsa* in quanto tali, e che quindi è più che probabile che i nomi degli interroganti, così come ogni altra indicazione di stretto riferimento alle singole fattispecie esaminate, sarà scomparsa per effetto della elaborazione stessa dell'autore (oltre che per le vicende subite dall'opera in periodo postclassico). Ciò rilevato, non occorre nemmeno tener dietro alla ulteriore dimostrazione che il Mommsen fornisce della sua tesi, perché è il Mommsen stesso a riconoscere che non mancano nei *libri digestorum* riferimenti a casi pratici, a responsi dati, anche se mancano responsi testuali di Giul. (v., per una ancora più ampia esemplificazione, Buhl 88 s.): e questo ci basta per ritenere infondata la sua tesi.

Indubbiamente i *digesta* di Giul. non sono un'opera scritta di getto, ma un'opera che si vale di una vastissima esperienza del suo autore e che non può non essere stata preceduta, per così dire, da qualche vasto « lavoro preparatorio », cioè almeno da qualche raccolta di *quaestiones* o di *responsa*, anche se inedita o edita per una ristretta cerchia di discepoli e amici. Essi sono pieni di casistica, pratica e teorica, ma è invincibile l'impressione che questo materiale sia stato sottoposto ad un lavoro inteso di elaborazione e che tutta l'opera sia uscita da un faticoso e rigoroso lavoro sistematico, di cui si son viste le inconfondibili tracce poc'anzi.

Particolarmente elaborata appare, come si è detto, la prima parte (libri 1-58), ove la materia è sistemata secondo lo schema dell'editto, pur con qualche variante e qualche inserzione: ed io credo, a questo proposito, che siano parzialmente nel vero gli autt. (citati *retro* n. 28 sub *c*) i quali sostengono che nella sua prima parte l'opera fu concepita come un commentario all'editto. Contro la tesi di H. Pernice non vale certamente l'obiezione « a priori » avanzata dal Mommsen, e cioè che manca ogni traccia dei testi edittoali e del relativo commento (8: « Nirgends werden Textworte erläutert »): già il Krüger (185) ha acutamente replicato che è presumibile che proprio i fr. che più concorrevano a dare all'opera i

caratteri di un commentario edittale siano stati omessi nella compilazione giustiniana, visto che Triboniano preferì servirsi a quest'uopo dei commenti di Paolo e (specialmente) di Ulpiano, ma io aggiungerei che, ancora più probabilmente, gran parte delle esplicite citazioni e interpretazioni dell'editto deve essere stata stralciata nella stessa opera di intensa elaborazione, cui certamente andarono soggetti i *libri digestorum* da parte del loro autore.

Il che mi porta a precisare la mia tesi nel senso che, assai probabilmente, la compilazione dei *libri digestorum* fu preceduta (come forse avvenne anche per i *digesta* di Celso: v. *retro* n. 25) anche da un commentario all'editto, di cui oggi si son quasi perdute, ma non completamente, le tracce.

30. — Le tracce più sicure di un commentario edittale, a carattere pienamente espositivo, scritto da Giul. prima dei *digesta* (e, certamente, assai poco diffuso nella cerchia dei giureconsulti contemporanei e posteriori, anche per il sopravvenire dell'« *opus maximum* »), possono essere ritrovate, a mio parere: nel fr. L. 26 (= D. 50.16.200), ove sono commentati *i verba edicti* « *si ex noxali causa agatur* » (cfr. E. § 21; v. anche L. 1.321 nt. 3); nel fr. L. 28 (= D. 2.10.3), ove il riferimento all'editto « *de eo per quem factum erit, quo minus quis vadimonium sistat* » (cfr. E. § 23) è palmare (pr.: *Ex hoc edicto... in factum actio competit* rell.); nel fr. L. 144 (= D. 47.12.6), ove si indica il legittimato attivo dell'*actio sepulchri violati* concessa dall'editto « *de sepulchro violato* » (cfr. E. § 93); nei fr. L. 211 (= D. 12.2.40), 212 (= D. 46.2.15), 213 (= D. 46.3.32), ove il Lenel ha convincentemente dimostrato essere il commento alle parole « *eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse* » dell'editto sull'*actio fiduciae* (cfr. E. § 107; v. anche L. 1.353 nt. 4, 5); nel fr. L. 375 (= D. 37.6.3.3), ove è parafrasata una proposizione dell'editto « *de collatione bonorum* » (cfr. E. § 144); nei fr. L. 382 (= D. 37.10.4) e 385 (= D. 37.10.7), ove il commento dell'« *edictum Carbonianum* » si è conservato evidentissimo (cfr. E. § 147); nel fr. L. 409 (= D. 38.7.1), ove si riportano testualmente alcuni *verba* dell'editto sulla *bonorum possessio unde legitimi* (cfr. E. § 157); e qui mi fermo per non prolungare oltre misura l'elenco.

Ma la traccia più evidente e convincente dell'originario commento all'editto è data, a mio parere, dal fr.

D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*): *Praetoris verba* [*dicunt*: « *infamia notatur* »] (*sunt*: « ») *qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de*

ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit; qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit; qui... (pro alio ne postulent)».

Il testo è da secoli sospettato dagli studiosi di diritto romano, proprio perché la sua *inscriptio* appare ricavata dal libro 1 *ad edictum* di Giul., cioè da un'opera della quale nessuna altra traccia si è pensato che esista e che quindi si ritiene dai più che Giul. non abbia mai scritto (v. tuttavia Buonamici, *Sull'indice* 14 e gli altri autt. cit. da Boulard 69 nt. 2).

Ora, che il testo sia interpolato nelle parole *infamia notatur* è stato luminosamente dimostrato dal Lenel (*Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictskommentare*, in *ZSS.* 2 [1881] 56 ss.; la unanimità dei consensi e la restituzione di Gai 4.182 operata dal Krüger sull'apografo studemundiano del ms. Veronese [*nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit*] dispensa dalla necessità di ogni ulteriore citazione), al quale si deve essere grati per la dimostrazione che l'infamia legale, come causa minoratrice della capacità giuridica, fu ignota al diritto romano classico. Inconsistenti sono, tuttavia, i motivi che dal Lenel e da altri (v., ad es., H. Appleton, *Des interpolations dans les Pandectes* [1894] 13) si sono adottati per sostenere il carattere interpolatizio della *inscriptio* di D. 3.2.1: non si vede assolutamente perché mai i compilatori tribonianeî avrebbero dovuto bizzarramente attribuire a Giul. un fr., sia pure da loro interpolato, che avrebbero potuto tranquillamente lasciare con l'*inscriptio* «*Ulpianus libro sexto ad edictum*» (questa è infatti l'*inscriptio* originaria del fr. secondo il Lenel [cfr. L. Ulp. 277, cioè 2.441 nt. 4]); e tanto meno è da attribuire una siffatta grossolana falsificazione a quei compilatori giustinianeî i quali in D. Ind. 1 non ci hanno lasciato traccia dell'opera di Giul. *ad edictum*.

Senza volere accedere alla tesi, anch'essa estremista, di H. Pernice (il quale, come sappiamo, pensa che i libri 1-58 dei *digesta* costituissero un vero e proprio commentario edittole, col titolo di *digesta ad edictum*, e quindi suppone [84 nt. 31] che nella *inscriptio* di D. 3.2.1 sia caduto un *digestorum* prima di *ad edictum*) io penso che la *inscriptio* di D. 3.2.1 sia null'altro che la citazione che Ulpiano (*libro sexto ad edictum*) aveva fatto del luogo ove Giul., nel suo commentario edittole precedente i *digesta*, riferiva *in extenso* i *verba* dell'editto «*qui nisi pro certis personis ne postulent*». Soltanto sulla base di questa ipotesi diventa verosimile, a mio parere, la tesi del Lenel, perché essa giustifica come mai sia venuta alla luce l'altrimenti inspiegabile *inscriptio* di D. 3.2.1: un comprensibile errore dei compilatori giustinianeî, o forse di precedenti compilatori postclassici, ha determinato la sostituzione della citazione

ulpiana del libro 1 *ad edictum* Giul. alla indicazione del libro 6 *ad edictum* di Ulpiano.

La mia tesi circa un commentario *ad edictum* che avrebbe preceduto i *digesta* di Giul. non coincide totalmente, è bene ripeterlo, con quella di H. Pernice (riferita dianzi n. 28 sub *c*). Invero l'inattendibilità parziale della dottrina di H. Pernice e del Krüger (nonché, a quanto pare, del Buhl) è, oltre tutto, dimostrata dalla circostanza che nei libri 1-58, come già abbiamo visto, alcune materie sono state diffalcate o ridotte per essere più appropriatamente trattate nella seconda parte, in sede di commento ai testi legislativi, mentre altre materie hanno avuto uno sviluppo di singolare ampiezza ed altre infine (alludo al contenuto del libro 44) sono state inserite senza una ragione che avesse anche lontanamente a che fare con lo scopo di commentare l'editto. Si tenga inoltre presente che le ragioni addotte dal Krüger non bastano a spiegare la rarità delle citazioni dei *verba edicti* nei fr. rimastici e che quindi è giocoforza pensare anche, a quest'uopo, alla diretta rielaborazione da parte di Giul. del suo primo commentario edittoale. E che questa rielaborazione vi sia stata e sia stata profonda risulta altresì dalle notevoli deviazioni dalla sistematica edittoale che abbiamo messo in luce a suo tempo, nonché dai molteplici fr. ove si leggono, non pure interpretazioni e variazioni dell'editto, ma addirittura critiche e consigli per il pretore (v. Buhl 94 ss., con vastissima esemplificazione, che ometto di riferire per brevità).

31. — Alla categoria dei « lavori preparatori » dei *digesta* io attribuirei anche una raccolta di *epistulae*, cioè di risposte date per lettera principalmente a giuristi e magistrati che si rivolgevano per consiglio al giureconsulto illustre.

Tracce di questa raccolta si trovano (a parte D. 13.5.5.3 Ulp.), non tanto nel fr.

L. 586 (D. 40.2.5): *...et quibusdam praetoribus consulentibus me idem suasi,*

quanto nel fr.

L. 372 (D. 37.5.6): [*Salvius*] *Aristo Iuliano salutem. Qui filium emancipatum habebat, praeterito eo patrem suum et extraneum heredem instituit et patri legatum dedit: filius contra tabulas bonorum possessionem petit: quaero, si rell... respondit: saepe animadverti hanc partem edicti qua emancipatus accepta contra tabulas bonorum possessione liberis et parentibus legata praestare iubetur, habere nonnullas reprehensiones rell.,* ove *Salvius* è una riconosciutissima glossa (v. Mommsen, *Jur. Schr.* 2.12 nt. 13 e *Index*) e l'*Aristo* interrogante, se anche non è il giurista Tizio

Aristone, è peraltro di certo un giureconsulto che si rivolge per lumi a colui che come pretore formulò l'editto « *de coniungendis cum emancipato liberis eius* » (cfr. D. 37.8.3 Marc.). Ma sopra tutto evidenti sono le tracce nel fr.

D. 30.39 pr. (Ulp. 21 *ad Sab.*): . . . *Africanus libro vicesimo epistularum apud Iulianum quaerit . . .*,

passo famosissimo, che tuttavia, a mio parere, depone molto più a favore di una raccolta di *epistulae* di Giul. fatta da Africano, che non a favore di una citazione delle *epistulae* di Africano fatta da Giul. (così, fra gli altri, Mommsen, *Jur. Schr.* 2.16 nt. 30, Buhl 69, Boulard 115, Krüger 197), o di una citazione delle *epistulae* di Giul. fatta da Africano (così Kalb 70 nt. 2) o delle molte altre ipotesi formulate al riguardo (v. per tutti Jörs, in *RE.* 3.1193, 1195).

Per concludere, i *libri digestorum* di Giul. sono da ritenere un'opera assai complessa e profondamente elaborata; un'opera che presuppone una ampia attività anteriore e quasi certamente anche delle anteriori raccolte di *quaestiones*, *epistulae*, *responsa* (sia ad opera dello stesso Giul., che di suoi discepoli); un'opera che si riallaccia ad un precedente commentario *ad edictum*, da essa totalmente riassorbito; un'opera, infine, che svela per mille segni un carattere fortemente organico e unitario. In sé e per sé considerati, i *digesta* danno la impressione di essere un lavoro della maturità di Giul., ma in ogni caso un lavoro di Giul. in persona, e non certo dei suoi discepoli o comunque di giuristi posteriori, i quali non sarebbero stati presumibilmente capaci di imprimergli altrettale rigore dogmatico e altrettanta organicità sistematica. E sin da adesso può essere giudicata inverosimile, quindi abbisognevole di solida e convincente prova contraria, la tesi che quest'opera possa essere stata composta e pubblicata in varie epoche successive, o che almeno siano da considerarsi pubblicate indipendentemente l'una dall'altra la prima parte (libri 1-58) e la seconda (libri 59-90) (v., in questo senso, i citati studi del Mommsen e del Pernice H.).

32. — La questione circa la data dei *digesta* di Giul. è famosa e dibattutissima. I più grandi esponenti della storiografia giuridica romana si sono esercitati in essa, da un secolo a questa parte.

Immensa fortuna ha avuto, al riguardo, la teoria formulata dal Fitting nel lontano 1860 e da lui ribadita e perfezionata nel 1908 (I ed. 4 ss., II ed. 25 ss.; segnalò, tra le adesioni, Mommsen, in *ZRG.* 9 [1870] 89 [= *Jur. Schr.* 2.12], Buhl 100 ss., Karlowa 1.707, L. 2.86 nt. 6, Krüger¹ [1888] 168, Kipp² [1903] 110, Riccobono, in *BIDR.* 8.259 nt. 1,

Landucci 206 nt. 2, Boulard 108 ss., Girard, in *NRH.* 34 [1910] 11 ss. [= *Mèl.* 1.219 ss.] e in *Götting. gelebrt. Anz.* 1910, 253 [= *Mèl.* 1.321], De Francisci, in *RIL.* 41 [1908] 446). Secondo il Fitting i *digesta* furono pubblicati, almeno sino al libro 6, prima del 129 d. C., anno di emanazione del SC. Giuvenziano, e almeno sino al libro 27 sotto il principato di Adriano (m. 138 d. C.), mentre, almeno a partire dal libro 64, essi furono certamente pubblicati sotto Antonino Pio: dal che il Mommsen traeva la conclusione che i libri 1-58 furono pubblicati dallo stesso Giul. sotto Adriano, mentre gli altri libri (59-90) furono pubblicati sotto Antonino Pio, forse in una sola volta e forse persino dopo la morte di Giul. (*Jur. Schr.* 213). Si badi, peraltro, che dopo la scoperta dell'iscrizione di Puppit, il Fitting, convintosi che il consolato unico di Giul. fosse caduto nel 148 d. C. (v. *retro* n. 4), specificò che almeno a partire dal libro 42, ove si trova il fr. L. 586 (= D. 40.2.5) nel quale Giul. allude al suo consolato, i *digesta* furono pubblicati sotto Antonino Pio e dopo il 148, di modo che venne a cadere anche l'ipotesi mommseniana sopra ricordata (si tenga presente che anche il Mommsen, *Jur. Schr.* 2.4, ritenne, studiando l'epigrafe di Adrumeto, che Giul. fu console nel 148 d. C.).

Soltanto dopo cinquanta anni esatti di predominio indiscusso della sua teoria (v. tuttavia Leinweber 65 s., 82 nt. 2) il Fitting ebbe a trovare il suo critico in un romanista non meno insigne, l'Appleton, il quale con due articoli veramente magistrali (in *NRH.* 34 [1910] 731 ss., 35 [1911] 593 ss.; v. anche in *RHD.* IV.9 [1930] 1 ss.) sostenne che, viceversa, i *digesta* furono totalmente composti sotto Antonino Pio e furono pubblicati « plusieurs années après l'avènement d'Antonin, vraisemblablement d'un seul coup et alors après 148 (si c'est la date de son consulat), en tout cas en peu de temps et avant 161 » (*NRH.* 34.791). Questa opinione dell'Appleton viene oggi generalmente seguita (v. specialm. Rabel, in *ZSS.* 32 [1911] 412 ss., Beseler 4.21, Dénoyez 83, Lewald, in *ZSS.* 48 [1928] 642 s., Bonfante 2.385 nt. 4, Kübler 267, ma v. anche Longo G. 236 nt. 1) ed è riuscita ad incrinare notevolmente i precedenti convincimenti del Krüger (v. 185 s.: « Dafür, dass das Werk schon unter Hadrian begonnen worden ist, ist kein sicheres Anhaltspunkt gegeben ») e del Kipp (v. 123: « aber es ist keineswegs zur Gewissheit gemacht, dass das Werk ganz an die Zeit des Antoninus Pius gehört »).

Sebbene non tutti gli argomenti dell'Appleton possano esser da me sottoscritti (specie per quanto riguarda la pretesa codificazione dell'editto e la arbitraria identificazione del nostro Giul. con il *L. Salvius Iulianus* dell'epigrafe africana: v. *retro* n. 6-9), io ritengo di poter aderire sostanzialmente alla sua tesi, la quale è oltre che molto probabile, certamente

assai piú verosimile della teoria del Fitting. Tuttavia, a differenza del romanista francese, io opino che il libro 42 fu pubblicato, probabilmente, prima e non dopo il 148 d. C. ed avanzo conseguentemente l'ipotesi che tutta l'opera sia venuta alla luce anteriormente a quell'anno, cioè entro il decennio 138-147 d. C., anzi (piú precisamente) piuttosto verso la fine, che verso gli inizi di quel decennio. Mi sforzerò, dunque, di dimostrare: anzi tutto (sulle tracce dell'Appleton) l'inconsistenza degli argomenti addotti dal Fitting a sostegno della tesi di una pubblicazione dell'opera a tappe successive (sotto Adriano ed Antonino Pio), secondariamente che i *digesta* furono pubblicati sotto Antonino Pio, nel decennio 138-147.

Gli elementi che impressionarono il Fitting ed i suoi seguaci, inducendoli a credere che almeno i libri 1-27 furono pubblicati sotto Adriano e che di essi almeno i libri 1-6 apparvero prima del 129 furono essenzialmente due: ignoranza di un importante rescritto di Adriano nel libro 27, ignoranza del SC. Giuvenziano del 129 d. C. nel libro 6. Argomentando dal principio che Giul. non poteva non conoscere da maestro il diritto vigente ai suoi tempi, il Fitting concluse nel modo che sappiamo. Senonché, vedremo subito che, nell'uno e nell'altro caso, una spiegazione piú che plausibile esiste, senza bisogno di pensare alla ignoranza di Giul. e, comunque, senza necessità di argomentare nel senso indicato dal Fitting.

33. — Cominciamo dalla discussione piú facile, che è quella imperniata su un fr. di Marciano, dal quale apparirebbe che una interpretazione ancora accolta da Giul. nel libro 27 dei *digesta* fu riformata (posteriormente alla pubblicazione di quel libro) da una costituzione dell'imperatore Adriano. Trattasi del fr.

L. 411 (D. 38.2.22, Marcian. 1 *instit.*): *Si filius familias miles manumittat, secundum Iuliani quidem sententiam, quam libro vicensimo septimo digestorum probat, patris libertum faciet: sed quamdiu, inquit, vivit, praeferetur filius in bona eius patri. Sed divus Hadrianus Flavio Apro rescripsit suum libertum eum facere, non patris.*

Un *filius familias* militare manomette uno schiavo del suo *peculium castrense*: secondo Giul. patrono dello schiavo manomesso è, almeno formalmente, il suo *pater familias*; secondo un rescritto di Adriano il patrono è, anche dal punto di vista formale, egli stesso (si noti bene che, quanto alla sostanza, Giul. e Adriano sono d'accordo, perché il primo chiarisce subito che il *filius familias miles* « *quamdiu vivit, praeferetur... in bona eius patri* »).

A mente del Fitting (26 s.; v. anche *Das castrense peculium* [1870])

96 s. 125 ss.) questa è prova evidente che Giul. scrisse e pubblicò il libro 27 *digestorum* prima del rescritto adrianeo: ma chi dice al Fitting che Giul. non conoscesse il rescritto in parola o che, pur conoscendolo, fosse obbligato ad applicarlo? A prescindere da ogni altra considerazione (v. in proposito Appleton, in *NRH.* 35.593 ss., 601 ss.), l'equivoco in cui cade il Fitting è di ritenere che, almeno all'epoca di Adriano, ogni e qualsiasi rescritto imperiale fosse doverosamente conosciuto da tutti e fosse doverosamente da seguire nei casi identici o analoghi: il che, come ha giustamente rilevato l'Appleton, sebbene con argomenti non in tutto giusti né sempre opportunamente misurati (v. in *NRH.* 34.774 ss., 35.612 ss.), è ben lungi dall'essere esatto.

Ora, è ben vero che già in epoca risalente, forse addirittura pre-adrianea (cfr. *Vita Macrini* 13, se vi si accetta la lettura *proferrentur*, in luogo di *praeferrentur*: ... *cum Traianus numquam libellis responderit, ne ad alias causas facta pr[ae](o)ferrentur quae ad gratiam composita viderentur*) i rescritti imperiali venivano affissi e che quindi facile doveva esserne la conoscenza da parte dei giureconsulti (v. sul punto specialm. Orestano, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali* [1937] 72 ss., De Robertis, *Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali*, in *Ann. Bari N.S.* 4 [1941] 101 ss.); è ben vero che Giul. faceva parte del *consilium* di Adriano e che quindi ancora più facile doveva riuscirci la conoscenza dei rescritti e degli atti di questo imperatore; ma non è affatto provato né probabile che, almeno sino ad Antonino Pio, i giureconsulti romani si sentissero obbligati ad incanalare le loro proprie opinioni lungo le tracce indicate da rescritti imperiali, che erano pur sempre, di regola, atti di risoluzione di casi particolari e specifici. Il fatto che Giul. non citi mai, nei fr. rimastici dei *digesta*, rescritti di Adriano e citi un solo rescritto di Antonino Pio, il fatto che Giul. manifesti nel fr. addotto dal Fitting proprio una opinione divergente da quella di Adriano depongono contro la validità delle premesse da cui parte il ragionamento del Fitting: è probabile, cioè, che ancora all'epoca di Adriano e di Antonino Pio i giureconsulti non si sentissero punto impegnati a rispettare i criteri seguiti dagli imperatori nella risoluzione di casi pratici, i quali, per le loro peculiarità, potevano avere suggerito delle decisioni graziose.

Né si opponga il passo di Gaio 1.2 e 5, ove questi annovera fra le fonti del diritto anche le *constitutiones principum* e specifica che *constitutio principis est quod imperator decreto, vel edicto, vel epistula constituit*. Qui non si parla di rescritti veri e propri, ma di *epistulae*, cioè di interpretazioni giuridiche rivolte a giudici e magistrati, le quali avevano presumibilmente un carattere ben diverso e più ampio dei semplici

rescritti (che poi il rescritto citato da Marciano sia da considerarsi piuttosto una *epistula* — come parrebbe implicare il Fitting [27] quando nota che Flavio Apro è senza dubbio, « *ohne Zweifel* », identico al secondo console dell'anno 130 d. C. — sarebbe supposizione assolutamente gratuita). Quando, infine, si ricordi che ancora Papiniano insegnava, assai tempo dopo Giul., che il *filiusfamilias* munito di *castrense peculium* fosse da considerarsi contemporaneamente (« *duplex ius sustinet* ») *paterfamilias* e *alienae potestati subiectus* (cfr. D. 49.17.15.3), e che Ulpiano dal suo canto ancora notava che i *fili familiarum in castrensi peculio vice patrum familiarum funguntur* (cfr. D. 14.6.2), ve ne è a sufficienza per scartare definitivamente le premesse del Fitting e le relative conseguenze.

Può ben darsi, insomma, che Giul. fosse a conoscenza del rescritto adrianeo ricordato da Marciano e che tuttavia abbia ritenuto più corretto, logicamente e giuridicamente, insegnare che, da un punto di vista formale, patrono dello schiavo liberato è sempre il *paterfamilias*, e non il *filiusfamilias miles*.

34. — Assai più complessa, ma egualmente inconsistente, è la seconda argomentazione del Fitting (25 s.).

Che Giul. ignorasse il SC. Giuvenziano del 129 d. C. nel libro 6 dei suoi *digesta* (ove era trattata la materia della *hereditatis petitio*) e che pertanto questo libro dell'opera debba ritenersi pubblicato anteriormente al 129 risulterebbe incontestabilmente provato, a parere del Fitting, dai seguenti elementi: 1) Ulpiano, che cita spessissimo Giul. nei fr. del suo commentario editale dedicati alla petizione di eredità, lo cita invece soltanto tre volte nei fr. (conservatici) del libro 15 *ad edictum*, relativo per l'appunto al Giuvenziano, e due di queste tre volte lo cita a proposito di argomenti che non hanno nulla a che vedere con la materia del SC. (cfr. D. 5.3.20.18 Ulp. = L. 85, D. 5.3.25.17 Ulp. = L. 55); 2) dal terzo fr. del libro 15 *ad edictum* di Ulpiano (cfr. D. 5.3.33.1 Ulp. = L. 86) risulta che, mentre il Giuvenziano stabiliva tassativamente che i possessori dell'eredità che avessero venduto beni ereditari dovevano, se condannati alla restituzione dell'eredità, versare il prezzo ricavato anche se le *res hereditariae* « *ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuisent* » (cfr. D. 5.3.20.6 b Ulp.), Giul. giungeva, sì, alla stessa conclusione, ma dubitativamente, quasi a titolo di sua opinione personale; 3) Paolo, riferendo, in un fr. del libro 20 del suo commentario editale (cfr. D. 5.3.30 Paul. = L. 83), una opinione di Giul. in tema di *hereditatis petitio*, aggiunge subito che a seguire quella opinione non si rispetterebbe un'altra tassativa disposizione del Giuvenziano (e precisamente quella

contenuta in D. 5.3.20.6 c); 4) in un fr. del libro 60 dei *digesta* (cfr. D. 5.3.55 = L. 746), Giul. mostra di conoscere ed applicare la distinzione, stabilita dal Giuvenziano, tra possessori di buona fede e possessori di mala fede (cfr. ancora D. 5.3.20.6 c).

Ed ecco, ora, un quadro delle opinioni che la dottrina romanistica ha finora espresso, in esplicito od anche implicito dissenso da questo lato della teoria del Fitting. a) Secondo il Leinweber (72 ss., 88 s.) Giul. conosceva perfettamente il SC. Giuvenziano anche nel libro 6 dei suoi *digesta*, ma lo interpretava in maniera diversa dagli altri giureconsulti, conciliandolo con l'antica teoria. b) Secondo il Carcaterra (*AUBA*. 3 [1940] 111 ss.) Giul. addirittura, «conobbe ed applicò il SC. Giuvenziano». c) Secondo l'Appleton, in una prima serie di studi (in *NRH*. 34.747 ss., 35.616 ss.), Giul. (e con lui Gaio) conobbe il SC. Giuvenziano, ma deliberatamente non lo applicò alle controversie private, perché lo ritenne valevole solo per le petizioni ereditarie dell'erario, mentre l'opinione che il Giuvenziano fosse applicabile anche alle *petitiones* dei privati si diffuse e divenne generale soltanto dopo il 170 d. C., anno in cui Marco Aurelio chiariva ciò con un suo rescritto (cfr. *CI*. 3.31.1 pr.) (v., in senso adesivo, Balogh, in *BIDR*. 41 [1935] 217 ss.). Si aggiunga, che, gettato il seme del dubbio circa la originaria applicabilità del SC. Giuvenziano alle controversie private, esso fruttificò rapidamente, sì che altre teorie furono formulate, le quali suonarono implicita condanna delle opinioni del Fitting. d) Secondo il Wlassak (*Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer* [1917] 153 ss.; v. anche, in senso adesivo, Carcaterra, in *AUBA*. 3.105 ss., ma, come si è visto, con opinione sua particolarissima circa la posizione di Giul.), il SC. Giuvenziano risultò composto di due serie di disposizioni, delle quali la prima (cfr. D. 5.3.20.6 a e d) fu strettamente attinente ad una specifica controversia dell'*acrarium*, mentre la seconda (cfr. D. 5.3.20.6 b e c) riguardò tutte le liti private (v., in senso contrario, Lewald, in *ZSS*. 48 [1938] 639 s., Jörs-Kunkel 339 nt. 8): questa teoria lascia, peraltro, impregiudicato il problema circa l'ignoranza del Giuvenziano in Giul., ignoranza che si riferisce appunto, secondo il Fitting, alle disposizioni riferite da D. 5.3.20.6 b e c. e) Secondo il Longo G. (104 s.) l'ipotesi del Wlassak deve essere corretta nel senso che le sole disposizioni riferite da D. 5.3.20.6 c furono relative alle controversie private: teoria che anch'essa lascia, almeno parzialmente, impregiudicata la questione sollevata dal Fitting relativamente alla ignoranza di Giul. f) Secondo il Dénoyez (*passim*) il SC. Giuvenziano fu costituito dalle sole disposizioni riferite da D. 5.3.20.6 a, b, d, le quali furono originariamente applicabili ai soli processi fiscali

e furono solo piú tardi estese alle liti private, mentre la norma riferita da D. 5.3.20.6 *c* (distinzione tra possessori di buona fede e possessori di mala fede) è opera dei compilatori giustiniani (v., in senso contrario, specialm. Lewald, in *ZSS.* 48.640 s., 642). *g*) Secondo il Beseler (4.13 ss.; v. anche, in senso adesivo, Siber 2.389 ss., Lewald, in *ZSS.* 48.642) il SC. Giuvenziano contenne tutte le disposizioni che si leggono in D. 5.3.20.6 (salvo qualche modificazione parziale apportata dai compilatori), ma queste furono e furono ritenute, in diritto classico, applicabili esclusivamente alle controversie fiscali, mentre l'estensione alle controversie private è frutto esclusivo di emblemi di Triboniano (operati persino nel citato rescritto di Marco Aurelio in CI. 3.31.1 pr.). *h*) Secondo l'Appleton, in un ultimo scritto sull'argomento (in *RHD.* IV.9 [1930] 1 ss. 623 ss.), la teoria del Beseler è vera soltanto in ciò, che i compilatori giustiniani non si accorsero che il così detto SC. Giuvenziano, riferito e commentato da Ulpiano in D. 5.3.20.6 ss., rimase allo stato di consultazione senatoriale, priva di concreta efficacia, mentre i fr. dei giureconsulti classici ed il rescritto di Marco Aurelio si riferivano ad un altro SC., emesso su *oratio* di Adriano e relativo alla rescissione della *usucapio pro herede* su istanza dell'erede (cfr. Gai 2.57): i compilatori, per conseguenza, con qualche malaccorta interpolazione, rafforzarono questo loro equivoco e misero noi nell'imbarazzo di doverci spiegare come mai le disposizioni del (preteso) SC. Giuvenziano non sono applicate in molti fr. dei giureconsulti classici (v., in senso adesivo, Monier 1².638 ss.).

35. — Da parte mia, pur non concedendomi l'economia del presente lavoro di addentrarmi come vorrei nella discussione, non rinuncerò a dare un qualche cenno di dimostrazione dei miei personali convincimenti.

Prima di ogni altra cosa, sarà opportuno riportare integralmente il testo del così detto SC. Giuvenziano (« così detto » perché questo appellativo è opera arbitraria degli interpreti, cui ha fatto particolare impressione la menzione di Giuvenzio Celso fra i proponenti), come ci è riferito in

D. 5.3.20.6 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Pridie Idus Martias Quintus Iulius Balbus [et] Publius Iuventius Celsus Titius Aufidius Oenus Severianus consules verba fecerunt de his, quae imperator Caesar <divi> Traiani Parthici filius divi Nervae nepos <Traianus> Hadrianus Augustus imperator <optimus> maximusque princeps [proposuit] <pater patriae (?)> quinto nonas Martias, quae proximae fuerunt, libello complexus [esset] <est>, quid fieri placeat, de qua re ita censuerent. 6 a. Cum, antequam partes caducae ex bonis Rustici [fisco] <aerario> peterentur, hi, qui se*

heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas idemque in similibus causis servandum. 6 b. *Item placere a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere.* 6 c. *Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent: eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat quo locupletiores ex ea re facti essent.* 6 d. *Petitam autem [fisco] (aerario) hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denuntiatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset. censuerunt.*

Per le lezioni e le correzioni adottate mi rimetto alle indicazioni dell'*Index* (v. in particolare Fliniaux, in *RHD.* IV.2 [1923] 82 s.). La sola correzione da me proposta è la espunzione dell'*et* fra *Balbus* e *Publius* nel § 6: è improbabile, infatti, che di Celso fosse indicata tutta la teoria dei nominativi e che di Balbo fossero citati il solo nome, prenome e cognome; quando, inoltre, si consideri che *Celsus* è seguito da un *praenomen*, *Titius* (ingiustificatamente corretto da Hal. in *Titus*), sorge spontanea l'ipotesi che i *consules* proponenti fossero quattro, due ordinari (*Balbo* e *Celso*) e due *suffecti* (*Aufidius* e *Oenus* o *Hoenius Severianus*) (cfr. Volterra, sv. *Senatusconsulta*, in *NNDI.* n. 12 sub 134). Da respingere la correzione di *libello* in *oratione* (cfr. Longo G. 81 nt. 1, che cita inesattamente Appleton e DMil.), perché è più che probabile che Adriano non fosse in Roma nel 129 (v., sul punto, Girard, *Mél.* 1.230 s. e 231 nt. 3).

Come si vede, l'*occasio* del così detto SC. Giuvenziano fu una *vindicatio caducorum* da parte dell'erario (da Caracalla in poi, il *fiscus Caesaris*). Avendo l'erario rivendicato le *partes caducae* dell'eredità di un certo Rustico da persone che si erano impossessate dell'eredità stessa credendo di essere gli *heredes* (quindi, in buona fede) e che avevano venduto le *res hereditariae* prima della *petitio* (la quale avveniva, come è noto, *extra ordinem*), sorse questione se i possessori dell'eredità di Rustico dovessero restituire il solo ricavato della vendita (*redacta ex pretio rerum venditarum pecunia*) o anche gli interessi (*usurae*) sino al momento della *petitio*. Il senato, evidentemente in considerazione della buona fede dei possessori dell'eredità di Rustico, giudicò che le *usurae* non do-

vessero essere versate all'erario ed aggiunse *idemque in similibus causis servandum* (§ 6 a).

Il principio generale stabilito dal senato valeva, ovviamente, nelle intenzioni di questo, per le sole cause di *vindicatio caducorum*: è, dunque, in funzione di queste precisazioni che deve essere esaminato ed interpretato il seguito del SC. Il § 6 b stabilisce, pertanto, un primo principio generale: in caso di soccombenza, i possessori delle *partes caducae* dell'*hereditas* devono restituire il prezzo delle cose vendute (ma non gli interessi), se queste cose siano perite o siansi deperite prima della *petitio* dell'erario. Senonché, aggiunge subito il § 6 c, bisogna distinguere: i possessori di mala fede (*qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere*) devono essere condannati alla restituzione delle *res hereditariae* (o del loro esatto equivalente in danaro) in ogni caso, anche se « *ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent* » (anche se hanno cessato di possederle prima della *litis contestatio*); i possessori di buona fede (*qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimasent*) devono essere condannati se ed in quanto abbiano tratto un arricchimento dal possesso delle cose ereditarie, e nei limiti di questo arricchimento (*usque eo dumtaxat quo locupletiores ex ea re facti essent*). Il § 6 d, infine, chiarisce quale sia il momento a partire dal quale le *res hereditariae* si debbano intendere rivendicate dall'erario.

36. — L'esame delle disposizioni del SC. porta ad un rilievo difficilmente superabile: almeno i §§ 6 a, b, d sono indiscutibilmente relativi alla *petitio* dell'erario, e non ad ogni e qualsiasi *hereditatis petitio*.

Il § 6 c stride in questo contesto, tanto più che non si trova alla fine, ma nel corpo del SC. Esso, infatti, mentre da un lato è intimamente legato al § 6 b per quanto riguarda la distinzione tra possessori di buona fede e possessori di mala fede, parla inopinatamente di *litis contestatio*, e non più di *petitio (extra ordinem)*, inducendo a pensare che si riferisca al processo civile ordinario, e quindi alle *hereditatis petitiones* dei privati cittadini. La congettura che, nel § 6 c, *ante litem contestatam (fecerint)* abbia surrogato un originario *ante petitam hereditatem (fecissent?)* è, allo stato degli atti, irresistibile.

Il mio punto di partenza è, dunque, una adesione alla esegesi del Beseler (v. anche *Index*), il quale appunto sostenne decisamente l'alterazione da me segnalata. Ma — aggiungo subito — non perciò aderisco alle illazioni insostenibili che il Beseler ha tratto da questa sua felice intuizione critica: la tesi che i giureconsulti classici non abbiano mai applicato il Giuvenziano è, a mio parere, inammissibile (né vale a spiegarla la

curiosa ipotesi ultimamente avanzata dall'Appleton: cit. *retro* n. 34 sub *b*). Contro l'opinione del Beseler si schierano almeno due testi esegeticamente incrollabili, che vale la pena di riportare:

D. 5.3.20.9 (Ulp. 15 *ad ed.*): *In privatorum quoque petitionibus senatus consultum locum habere nemo est qui ambigit, licet publica causa factum sit.*

Si noti che è lo stesso Ulpiano che parla, quasi subito dopo aver riportato il testo del SC.

Cl. 3.31.1 pr. (Antonin. A. Augurino proconsuli Africae, a. 170): *Senatus consultum auctore divo Hadriano avo meo factum, quo cautum est, quid et ex quo tempore evicta hereditate restitui debeat, non solum ad fisci causas, sed etiam ad privatos hereditatis petitores pertinet.*

Che il rescritto di Marco Aurelio non si riferisca al SC. adrianeo relativo alla rescissione della *usucapio pro herede* (come ha supposto ultimamente l'Appleton) è reso evidente dal fatto che Augurino chiedeva se il SC. fosse relativo alle sole *fisci causae* oppure no, mentre nulla autorizza a supporre che quel SC. fosse stato emanato in ordine alle *petitiones* dell'erario (cfr. Gai 2.57): Marco Aurelio si riferisce, dunque, con tutta evidenza, al così detto SC. Giuvenziano (basta il resto del fr. a confermarlo). Orbene (ed in parte già lo notava finemente l'Appleton [in *NRH.* 34.766]), qui non si tratta di un rescritto qualunque ad un privato, bensì di una *epistula* al proconsole d'Africa, il quale non è presumibile che abbia posto una domanda ovvia, ma è da credere che abbia impostato una questione fondata e ben fondata: la posizione di Augurino induce, insomma, a pensare che realmente il SC. Giuvenziano fosse relativo *solum ad fisci causas*. La costituzione di Marco Aurelio ha, per conseguenza, un carattere legislativo: essa è, per quel che ne sappiamo, la costituzione che ha esteso *ad privatos hereditatis petitores* le disposizioni del SC. Giuvenziano.

Tanto premesso, si spiega perché Ulpiano, che scrive dopo Marco Aurelio, non dubiti circa l'applicabilità del SC. Giuvenziano alle controversie private (D. 5.3.20.9 cit.) e perché non ne dubitino gli altri scrittori coevi, mentre invece diverso è il comportamento di Giul. e Gaio stesso, nelle sue Istituzioni, tace assolutamente del Giuvenziano.

Io ritengo, dunque, che il Giuvenziano, creato per le sole controversie fiscali, fu esteso « legislativamente » alle controversie private (almeno nella provincia d'Africa) da Marco Aurelio e che pertanto i giuristi posteriori a Marco Aurelio, non avendo più dubbi in proposito, non esitarono, riferendo il § c del SC., a sostituire essi stessi *ante litem contestatam* a *ante petitam hereditatem*. L'interpolazione c'è, ma è una interpola-

zione classica (che Ulpiano stesso ha operato nei fr. riportati da D. 5.3. 20-6 c, 25.2, 25.7), non, come opina il Beseler, una interpolazione post-classica. Il testo originario del Giuvenziano parlava di *aerarium* (e non di fisco), di *petitio (extra ordinem) hereditatis* (e non di *litis contestatio*); il testo riportato ed utilizzato da Ulpiano è, invece, aggiornato, e parla di *fiscus* (non più di *aerarium*) e di *litis contestatio* (non più di *petitio hereditatis*).

Al lume di questi chiarimenti, vanno rigettate le teorie esposte *retro* n. 34 sub *d, e, f, g, h*, ed anche le teorie esposte sub *a e b*. La teoria preferibile è, a mio parere, quella espressa sin dal primo momento dall'Appleton (n. 34 sub *c*): Giul. conobbe il SC. Giuvenziano anche nel libro 6 dei suoi *digesta*, ma deliberatamente non lo applicò alle *petitiones* dei privati.

37. — L'analisi dei fr. di Giul. in tema di *hereditatis petitio* ci chiarirà ora un altro punto. Giul. conosceva bene il SC. Giuvenziano anche nel libro 6 dei suoi *digesta*, tanto vero che una opinione da lui espressa in un fr. di questo libro (fr. L. 86) può giustificarsi, come vedremo, solo in base alla conoscenza del SC. in parola; egli, tuttavia, non applicò il SC. alle *hereditatis petitiones* dei privati né nel libro 6, né in un passo di altro libro (fr. L. 769 = D. 4.2.18), certamente scritto all'epoca di Antonino Pio, proprio perché ai suoi tempi il Giuvenziano era ritenuto inapplicabile alle *petitiones* ordinarie. Quando infine si pensi che il fr. L. 769 cit. deve, con tutta probabilità, essere riportato al libro 4, e non (come dice falsamente l'*inscriptio* dei D.) al libro 64 dei *digesta* giulianei, cade l'ultimo appiglio di verosimiglianza della teoria del Fitting, perché, come ho detto, il fr. L. 769 è stato scritto indubbiamente sotto Antonino Pio (cioè, non solo dopo il 129, ma dopo il 138 d. C.).

Prima di passare alla dimostrazione di questi punti credo, comunque, opportuno mettere in rilievo che non occorre occuparsi del fr. L. 746, citato dal Fitting a riprova del fatto che Giul. nel libro 60 dei suoi *digesta* conosceva ed applicava il SC. Giuvenziano. Invero, a parte ogni considerazione di merito (v. in proposito Lammfromm, *Beiträge zur Gesch. der Erbschaftsklage* [1887] 99 s., Appleton, in *NRH.* 34.762 ss., e da ultimo Longo G. 239 s.; v. anche *Index*), è sufficiente rilevare che nel libro 60 dei *digesta* Giul. poteva ben commentare (secondo che congettura il L., universalmente seguito) il SC. Giuvenziano in quanto tale, ma che ciò non implica affatto che egli si riferisse perciò alla *hereditatis petitio* ordinaria.

38. — Cominciamo, dunque, dal famigerato fr.

L. 86 (= D. 5.3.33.1, Ulp. *ad ed.*): *Iulianus* ((*libro sexto digestorum*): cfr. D. 5.3.20.2) *scribit, si hominem possessor distraxerit, si quidem non necessarium hereditati, petitione hereditatis pretium praestaturum: [imputaretur enim ei, si non distraxisset:] quod si necessarium hereditati, si quidem vivit, ipsum praestandum (sed), si decesserit, [fortassis nec pretium], sed non passurum iudicem [qui cognoscit] possessorem pretium lucrari scribit, et verius est.*

In materia di *hereditatis petitio*, la dottrina anteriore e posteriore al Giuvenziano (rappresentata validamente da altri fr. di Giul.) era nel senso che il possessore della eredità fosse considerato, sino al momento del compimento della *usucapio pro herede*, alla stregua di un amministratore. Si riteneva, per conseguenza, che, se egli avesse alienato *res hereditariae* nell'interesse dell'eredità, non fosse tenuto che alla restituzione del prezzo ricavato, ma che, se avesse alienato *res hereditariae* contro l'interesse dell'eredità (cioè nel proprio interesse), fosse tenuto alla restituzione dell'esatto valore di queste *res*, a meno che esse non fossero andate perdute prima della *litis contestatio* (v., su questo punto, Girard 959 e testi ivi cit.). Nel fr. in esame Giul. applica rigorosamente questo tradizionale insegnamento e, a quanto riferisce Ulpiano, distingue appunto tra alienazione di uno schiavo non necessario (conseguenza: restituzione del prezzo ricavato) e alienazione di uno schiavo necessario all'eredità (conseguenza: restituzione dell'esatto valore dello schiavo, sempre che questi viva al momento della *litis contestatio*). Ma ecco che, a questo punto, egli si pone il problema circa la sorte del prezzo nel caso che lo schiavo sia morto prima della *litis contestatio*: a rigore, il *possessor hereditatis* non dovrebbe restituire né il valore dello schiavo, né lo stesso prezzo ricavato, ma Giul. avverte che il giudice (forse egli si riferiva ai *centumviri*? [v. Apuleton, in *RHD.* 4.9.643 nt. 1]) non dovrà permettere che il possessore si avvantaggi, contro l'equità, del prezzo ricavato.

Della genuinità sostanziale del passo non vi è da dubitare, checché ardisca in proposito l'esegesi del Beseler (4.18: ma v. *contra* Longo G. 168 ss.). La mia ricostruzione tende soltanto ad eliminare alcune mende formali ed a giustificare sintatticamente il secondo *scribit*, che altrimenti sarebbe di troppo (è probabile cioè che Giul. non abbia proprio enunciato la conseguenza, per lui ovvia, che, in caso di morte dello schiavo necessario, nulla è dovuto dal possessore dell'eredità, ed è probabile, quindi, che sia senz'altro passato a dare il suo consiglio ai giudici per l'ipotesi che lo schiavo necessario *decesserit*: il *fortassis nec pretium* è il frutto di una esplicazione; pare altrettanto certo che esso dimostri l'asso-

luta ignoranza del Giuvenziano da parte sua). È viceversa evidente, almeno a mio parere, che Giul. finisce per concludere come conclude proprio perché subisce l'influenza dei principii innovatori del SC. (cfr. particolarmente D. 5.3.20.6 *b*) e vuol tenerne conto, nei limiti del possibile, anche in tema di *hereditatis petitio* ordinaria: questo è, poi, indubbiamente il motivo per cui Ulpiano riporta questo suo passo e lo approva (*et verius est*).

Il primo passo verso la estensione del così detto SC. Giuvenziano dalle liti fiscali alle *petitiones* dei privati è da trovarsi, insomma, proprio in questo fr. di Giul.

39. — Comunque, se questa prima dimostrazione indiziaria della nostra tesi non fosse giudicata sufficiente a rovesciare la teoria del Fitting, sopravverrà ora un argomento ancora più forte, che è grande merito dell'Appleton di aver trovato, anche se, almeno a mio credere, questi non ha saputo altrettanto felicemente illustrarlo.

Si legga, dunque, il fr.

L. 769 (= D. 4.2.18, Iul. [6]4 *dig.*): *Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interit, non esse locupletioem dicemus: sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deper[*d*]{*e*}at. nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino de pretiis rerum hereditariarum rescripsit ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia licet res quae in hereditate fuerant apud eum non sint, tamen pretium earum [quo locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo] perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.*

Tralascero di occuparmi, *brevitatis causa*, del ragionamento, davvero sorprendente, che porta il Carcaterra (in *AUBA*. 3.115 ss.) ad affermare che in questo fr. (anzi, proprio nella prima parte di esso, che nessun occhio mortale aveva sinora osservato essere relativa alla *hereditatis petitio*) Giul. applica minutamente la lettera e lo spirito del Giuvenziano. Ai fini della mia argomentazione basterà: 1) che si ponga il rilievo che il fr. è stato scritto dopo il 129 d. C. (anzi dopo il 138 d. C.), 2) che si dimostri essere stato esso estratto dal libro 4, e non dal libro 64 dei *digesta* giulianei, 3) che si metta, infine, in evidenza come e qualmente il rescritto di Antonino Pio presupponga, con tutta probabilità, l'inapplicabilità del SC. Giuvenziano alle *petitiones* dei privati.

Che il fr. L. 769 sia stato scritto e pubblicato dopo il 138 d. C. risulta dal fatto che vi è citato e riportato un rescritto di Antonino Pio, il quale salì al potere appunto nel 138 d. C. Vero è che il Fabro (*Ratio-*

nalia ahl.) ha ritenuto interpolato il rescritto, perché incongruente con la prima parte del fr. (v. anche Longo G. 238, il quale afferma che il rescritto di Antonino Pio è stato erroneamente riferito dai compilatori alla *hereditatis petitio*, ma non giustifica tale sua asserzione), ma vedremo subito che l'incongruenza da lui denunciata non esiste: né, d'altro lato, è pensabile che i compilatori, o anche precedenti commentatori postclassici, siano andati alla ricerca di un rescritto imperiale da addurre a sostegno del ragionamento giuliano.

Vi è di piú. L'*inscriptio* del nostro fr., che suona *Iulianus libro sexagesimo quarto digestorum*, è probabilissimamente errata, e va corretta in *Iulianus libro quarto digestorum* (si pensi alla facile confusione, in cui può essere caduto un amanuense, fra LbIIIIdig. e LXIIIIdig.). Come giustamente ha posto in rilievo l'Appleton (in NRH. 34.780 ss., 35.620 ss.; v. anche Kipp 123 nt. 100, Carcaterra, in AUBA. 3.115; ma v., in senso contrario, Longo G. 237 s.), questo fr., che i D. riportano nel tit. 4.2 *Quod metus causa gestum erit*, non può appartenere che al libro 4 dei *digesta* di Giul. (ove questi appunto si occupava del *metus*), e non al libro 64, visto che nei libri 63-65 Giul. trattava della legge *Aelia Sentia* e che non si capisce come e perché il contenuto del fr. possa addentellarsi alle disposizioni di quella legge. Il tentativo del L. 1.472 nt. 3) di riferire il fr. ad un passo di Gai 2.155 (*veluti si [ex eo, quod] Latinus adquisierit, locupletior factus sit*), oltre che ingiustificabile per i motivi addotti dall'Appleton, è, secondo noi, da respingere perché quel passo di Gai 2.155 è certamente glossato (v., su questo punto, da ultimo, Guarino, in ZSS. 60 [1940] 192 ss., 198 s., e citaz. ivi).

Ma prima di trarre le nostre conclusioni dall'avvenuto acclaramento di questi due punti, gioverà venire all'esame del contenuto del nostro fr. Come è noto (v., per tutti, Girard 447), l'*actio quod metus causa* fu creata contro l'autore della violenza (condannato al quadruplo del pregiudizio arrecato), ma fu poi estesa contro i terzi che, pur non avendo cooperato alla violenza, fossero venuti (in buona fede o in mala fede) a profittarne, subacquistando le cose estorte con la minaccia: i terzi erano tenuti al pagamento del quadruplo dell'arricchimento ricevuto. Nel fr. in esame, Giul. chiarisce che, se la cosa subacquistata dal terzo sia perita (prima della *litis contestatio*), non si può agire contro di lui, perché l'arricchimento non c'è piú, ma se viceversa il subacquirente ha venduto o permutato la cosa, poco importa sapere se questa sia poi andata perduta, perché il subacquirente viene a risultare in ogni caso arricchito del prezzo riscosso o della cosa ricevuta in cambio (la lezione *depereat*, in luogo di *deperdat*, è suggerita da B. 10.2.18 = H. 1.494; v. specialm. sul punto

Appleton, in *NRH.* 34.749 nt. 1, 751 s., 35.616 ss., e da ultimo Carcaterra, in *AUBA.* 3.115 ss.). La *ratio dubitandi* di Giul. sta, dunque, nel vedere se il prezzo riscosso o la cosa ricevuta in cambio costituiscano arricchimento del terzo.

Ciò dato, molto opportunamente Giul. richiama, per analogia di fattispecie, quanto avviene talvolta in tema di *hereditatis petitio*. Bisogna ricordare, infatti, che, secondo la dottrina tradizionale anteriore alla estensione del SC. Giuvenziano alle *petitiones* dei privati, il possessore dell'eredità, che avesse alienato una *res hereditaria* nell'interesse dell'eredità, era tenuto a restituire in ogni caso il prezzo riscosso (o la cosa ricevuta in cambio). Questa è evidentemente l'ipotesi cui si riferiva il rescritto di Antonino Pio, citato da Giul., ove si legge (si badi) che gli eredi possono agire contro l'interrogante Claudio Frontino (*ab eo*) anche se questi abbia alienato le *res hereditariae*, perché il prezzo riscosso per quella alienazione lo assoggettava alla *hereditatis petitio*, trattandosi del suo arricchimento.

Le critiche del Fabro e di altri al rescritto, o meglio alla citazione di esso, risultano infondate quando si badi che si tratta appunto di un rescritto (relativo ad un caso pratico, che non abbiamo elementi per precisare) e che Giul. cita il rescritto non per mettere in evidenza il regolamento della *hereditatis petitio* in generale (avrebbe dovuto, in questo caso, distinguere, come sappiamo, tra alienazione nell'interesse e alienazione contro l'interesse dell'eredità), ma per porre in luce una perspicua motivazione del principio *pretium succedit in locum rei*. Orbene, questo principio trovava applicazione tanto prima della estensione del Giuvenziano alle *petitiones* dei privati (nel caso di alienazione di *res hereditariae* nell'interesse dell'eredità), quanto nel SC. Giuvenziano (in relazione al caso del possessore di buona fede delle *res hereditariae*).

Ad ogni modo, già il fatto che Giul., nel libro 4 dei suoi *digesta*, non citi il Giuvenziano, ma citi un rescritto del divo Pio, è un indizio a favore della tesi che il Giuvenziano era, salvo eccezioni graziose dell'imperatore, inapplicabile alla *hereditatis petitio* ordinaria. Il fatto, poi, che manca, nel rescritto di Antonino Pio, ogni accenno al SC. Giuvenziano o, quanto meno, alla buona fede di Claudio Frontino è un altro indizio a favore della tesi della inapplicabilità del SC. Giuvenziano alle *petitiones* dei privati.

40. — Il crollo della teoria del Fitting ci permetterà di procedere più speditamente verso il fine della nostra dimostrazione. Forti e probanti argomenti militano, infatti, come dirò subito, a favore della tesi che i *digesta*

di Giul. siano stati integralmente pubblicati sotto Antonino Pio, e piú precisamente entro il decennio 138-147 d. C.

Molteplici argomenti, che passo ad elencare, convincono del fatto che i *digesta* siano stati integralmente pubblicati sotto il governo di Antonino Pio.

Vi è, anzi tutto, un fr. del libro 90, cioè dell'ultimo libro dell'opera, il quale fa chiaramente intendere che i *digesta* di Giul. non furono pubblicati, nemmeno in minima parte, sotto i successori di Antonino Pio, i coreggenti Marco Aurelio e Lucio Vero (*divi Fratres*: 161-172 d. C.). Trattasi del fr.

L. 842 (= D. 1.3.11): [*Et ideo*] *de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est,*

il quale (v. su di esso Beseler, in ZSS. 45 [1925] 457, che ne riconosce la sostanziale genuinità), tenuto conto che in un fr. precedente Giul. cita Antonino Pio come vivente (cfr. fr. L. 769 cit.: *imperator Antoninus*) e che i successori di Antonino Pio furono due, non può alludere, con l'espressione *optimus princeps* al singolare, che ad Antonino Pio. D'altra parte, rapportare il fr. in esame all'epoca in cui Marco Aurelio rimase solo al potere (172-180 d. C.) equivarrebbe a porsi in contrasto con tutto quello che sappiamo o presumiamo *aliunde* circa la biografia di Giul., anche ammettendo che egli si identifichi con il personaggio celebrato nell'epigrafe di Adrumeto.

Che, viceversa, a conferma della presunzione altrove stabilita, in base al rilievo della organicità dell'opera, nemmeno i primissimi libri dei *digesta* siano stati pubblicati sotto il governo di Adriano, risulta dal già cit. fr. L. 769 (= D. 4.2.18), ove si ammetta che, secondo quanto si è prima dimostrato, esso sia stato estratto dal libro 4, e non dal libro 64 dell'opera. Visto che in questo fr. Giul. riporta un rescritto di Antonino Pio, è evidente che il libro 4 fu pubblicato sotto Antonino Pio, ed è presumibile che nemmeno i tre libri precedenti (ad esso così intimamente legati dal punto di vista sistematico) siano stati pubblicati sotto Adriano.

L'argomento tratto dal fr. L. 769 è tanto forte che dovrebbe dispensare da ulteriori considerazioni circa la improbabilità che i *digesta* siano stati pubblicati sotto Adriano. Tuttavia, non voglio tralasciare di riferire almeno due altri argomenti a favore della mia tesi, sebbene siano indubbiamente meno forti del primo.

41. — La posteriorità dei *digesta* al SC. Giuvenziano del 129 per un buon numero di anni è confermata dal fatto che tutto li fa credere pub-

blicati posteriormente ai *libri ad Sabinum* di Sesto Pomponio, i quali sono stati presumibilmente scritti e pubblicati quanto meno dopo il 130 d. C., dato che in essi si parla di Celso figlio come già morto, ma questi era ancor vivo nel 129 d. C., e che inoltre Pomponio scrisse l'opera *enchiridii* prima dei *libri ad Sabinum*.

Ed invero si ponga mente a quanto segue. *a*) Nel 129 d. C. Celso figlio era ancora vivo e vegeto, tanto che in qualità di console propose, con tre suoi colleghi, il SC. del 14 marzo (così detto SC. Giuvenziano: cfr. D. 5.3.20.6 cit.). *b*) Dopo il consolato di Celso e, dobbiamo credere, in non meno di un anno (il 130 d. C.) scrisse Pomponio quei *libri duo enchiridii*, la cui parte introduttiva (a noi nota, attraverso i *Digesta*, come *liber singularis enchiridii* [v. in proposito Guarino, *Profilo*² 141 s.]) parla appunto di Celso e del suo consolato, anzi del suo secondo consolato (cfr. D. 1.2.2.53). *c*) Anche a voler ammettere che Celso figlio abbia chiuso gli occhi in questo ristrettissimo torno di tempo, dobbiamo credere, dunque, che i 35 libri *ad Sabinum* siano stati scritti da Pomponio dopo il 130 d. C., perché in tre luoghi di questi libri Pomponio usa l'imperfetto per riferire opinioni di Celso, facendoci capire che questi era morto (cfr. i fr. L. Pomp. 573 = D. 21.2.29 [libro 11: *Celsus filius aiebat*], 574 = D. 13.6.13.2 [libro 11: *aiebat*], 615 = D. 18.5.1 [libro 15: *putabat*]) (v., sul punto, Ferrini, in *RIL*. 24 [1891] 564 s. = *Opp.* 2.167 s., Girard, *Mél.* 1.332 s., De Francisci, in *RIL*. 41.446 nt. 3, Appleton, in *NRH*. 34.743 [il quale combatte un diverso tentativo di spiegazione del Kalb]): e dovremo anche concedere a Pomponio almeno un tre anni per la pubblicazione dell'opera sua (131-134 d. C.). *d*) Ma i *digesta* di Giul. sono assai probabilmente posteriori ai *libri ad Sabinum* di Pomponio, perché, mentre nei fr. conservatici di questi libri non si trova mai citato Giul. (contro l'uso di Pomponio, che abbonda in citazioni di altri giuristi e, in altre opere, in citazioni di Giul.) (v. peraltro Kipp 123 nt. 100, il quale osserva che può anche darsi che le citazioni di Giul. in Pomponio siano andate tutte perdute), viceversa Giul. cita Pomponio (13?) *ad Sabinum* nel libro 13 dei *digesta* (cfr. fr. L. 236 = D. 17.2.63.9 Ulp. [sul quale v. Fitting 36]) e torna a citare Pomponio (5 *ad Sabinum*?) nel libro 35 (cfr. fr. L. 508 = Vat. 86-88) (sul punto v. Fitting 36, Appleton, in *NRH*. 34.732 nt. 2). Questo ragionamento avvicina i *digesta* di Giul. piuttosto al principato di Antonino Pio, che non a quello di Adriano.

L'unico mezzo per smontare questa argomentazione da parte dei sostenitori della teoria del Fitting non poteva essere che la negazione della coincidenza tra il giureconsulto Celso figlio ed il *P. Iuventius Celsus* del SC. riportato da D. 5.3.20.6, e non hanno esitato a giungere a questo

estremo, dopo un primo dubbio formulato dal Ferrini (*Opp.* 2.168 nt. 2), il Girard (*Mèl.* 1.333) e il De Francisci (in *RIL.* 41.446 nt. 3). Ma sarebbe assurdo pensare ad una omonimia di fronte alla coincidenza dei tempi, dei nomi e delle cariche (Celso figlio fu console due volte dopo il 106 o 107, anno nel quale rivestì la pretura: cfr. D. 1.2.2.53 Pomp., *CIL.* 3 *Suppl.* 875, 1977, *Plin. ep.* 6.5.4) (in questo senso Gianturco, in *St. Fadda* [1906] 5.23 ss., Appleton, in *NRH.* 34.744 ss.).

Ma un altro dato, dal quale può ricavarsi (sempre che non si voglia prestar fede alla inverosimile tesi di una pubblicazione a tappe dell'opera, e persino della prima parte di essa) che i *digesta* di Giul. non furono pubblicati prima del 138 d. C. è costituito dal fr. L. 592 (= D. 40.5.47.4, *Iul.* 42 *dig.*), nel quale Giul. mostra di aver conoscenza del SC. *Tertullianum*. Vero è che la data di questo SC. non è sicurissima, perché, mentre Zonar. 12.1 lo piazza sotto Antonino Pio, le Istituzioni di Giustiniano, 3.3.2, lo dicono *divi Hadriani temporibus factum*, ma non è del tutto improbabile l'acuta ipotesi del Buhl (21 s.), il quale lo ritiene emanato su proposta del console *Iulius (Tertullus?) Scapula* nel 138 d. C., cioè nell'anno che vide il passaggio dal principato di Adriano a quello di Antonino Pio (v., peraltro, *contra* De Francisci, in *RIL.* 41 [1908] 456 nt. 2).

42. — La dimostrazione sinora svolta per sostenere l'assunto che tutta l'opera dei *digesta* sia stata pubblicata sotto Antonino Pio porta inevitabilmente a riferire a questo principe il seguente fr. del libro 1 (sul quale v. Solazzi, in *AG.* 98 [1927] 4 nt. 3, ma con considerazioni esegetiche, che non riguardano il brano qui utilizzato):

L. 5 (= D. 1.18.8): *Saepe audivi Caesarem nostrum dicentem hac rescriptione: 'eum qui provinciae praeest adire potes' rell.*

Il *Caesar noster* del libro 1 è, con ogni probabilità, Antonino Pio, così come l'*optimus princeps* del libro 90 (cfr. fr. L. 842 cit.). E se ciò è vero, abbiamo ancora un altro elemento per precisare la data dei *digesta* di Giul.: questi non furono pubblicati né a cavallo dei principati di Adriano e di Antonino Pio, né nei primissimi tempi del governo di quest'ultimo, per la ragione che nel fr. 5 Giul. (che faceva probabilmente parte del *consilium* di Antonino Pio) dice di aver sentito spesso (*saepe*) Antonino *rescribere* in quella certa maniera. È necessario, pertanto, ammettere che un minimo di due o tre anni ci sia voluto perché si formasse in Giul. questa esperienza circa una certa opinione del suo signore (v. anche Appleton, in *NRH.* 34.790).

43. — Tuttavia, se da un lato ritengo che i *digesta* non furono pubblicati, quanto meno, negli anni 138-141 a. C., affermerei, dall'altro, che essi non furono pubblicati nemmeno dopo il 147 d. C. Ed invero, vi è un passo del libro 42, il fr.

L. 586 (= D. 40.2.5): ... *in praetura et consulatu meo quosdam ex servis meis vindicta liberavi et quibusdam praetoribus consulentibus me idem suasi*, il quale dimostra che i *digesta* (perlomeno sino al libro 42) furono scritti dopo il primo, ma prima del secondo consolato di Giul., sempre che si accetti la nostra tesi che il secondo consolato di Giul. cadde appunto, con ogni probabilità, nel 148 d. C. e che si ritenga, quindi, che, presumibilmente, tutta l'opera fu pubblicata entro il 147 d. C.

A conferma, del resto, della tesi per cui i *digesta* di Giul. vennero alla luce appunto nel torno di tempo or ora precisato, può essere addotta un'ultima argomentazione (egregiamente, sebbene parzialmente, sviluppata dal De Francisci, in *RIL.* 42 [1908] 454 ss.). Va premesso che le Istituzioni di Gaio, quand'anche non si voglia aderire alla tesi che furono totalmente composte sotto Antonino Pio (v. in questo senso, da ultimo, Guarino, in *AUCT.* 1 [1947] estr.), furono indiscutibilmente composte sotto quel *princeps* almeno sino a 2.151 (v. per tutti Fitting 56 s.). Ora, par certo che Gaio scrisse il commento *ad edictum provinciale* prima delle Istituzioni, dato che egli vi rimanda appunto in Inst. 1.188 (*nosque diligentius hunc tractatum executi sumus et in edicti interpretatione rell.*) (v. sul punto, diffusamente, De Francisci, *cit.* 455 ss., ed ivi altre citazioni). Ma, a sua volta, il commento gaiano *ad edictum provinciale* è posteriore ai *digesta* di Giul., la cui prima parte (libri 1-58) vi si trova più volte citata (v., con indicazioni specifiche, De Francisci, *cit.* 456 s.), inoltre, pure dell'epoca di Antonino Pio e pure posteriore ai *Digesta* di Giul. (il cui libro 86 vi si trova citato nel libro 3: cfr. D. 48.5.44) è il commento di Gaio *ad legem XII tabularum* (v. Fitting 55). Ammettendo, quindi, che, a scrivere e pubblicare le sue tre opere prima del 161 d. C. (anno della morte di Antonino Pio), Gaio abbia impiegato una decina di anni, viene a doversi concludere che, in effetti, i *digesta* di Giul. non furono pubblicati, nella loro totalità, prima del 150-151 d. C. e che, pertanto, raggiunge i vertici della massima probabilità la tesi che essi non furono pubblicati prima del 147 d. C.

44. — Una caratteristica dei *digesta* di Giul., almeno nei fr. a noi pervenuti, è lo scarsissimo numero di citazioni di imperatori e di altri giuristi. Ulteriore prova della forte rielaborazione cui l'opera fu evidentemente

sottoposta dal suo autore e della grande autorevolezza del suo giudizio.

Quanto alle citazioni di imperatori, l'unico caso a noi noto è quello del già più volte cit. fr. L. 769, ove viene riportato un rescritto di Antonino Pio, non per la decisione di merito in esso contenuta, ma a causa della perspicuità della sua motivazione. Sebbene non sia improbabile che i *digesta* avessero qualche altra citazione del genere, mancano agli atti altri esempi, a meno che non si voglia considerare tale il fr. L. 5 cit., ove Giul. afferma: *Saepe audivi Caesarem nostrum (Antoninum) dicentem hac rescriptione* (v. Fitting 29). Quanto all'*imperator Antoninus* di cui parla Ulpiano nel fr. L. 650 (= D. 24.3.2.2), la dottrina è ormai concorde nel ritenere che si tratti di Antonino Caracalla e che la citazione non vada quindi riferita a Giul., ma ad Ulpiano (v. per tutti Fitting 28 nt. 11; v. anche, più in generale, Buhl 102 nt. 3).

Giul. ebbe indubbiamente una conoscenza ottima e veramente profonda della letteratura giuridica anteriore e contemporanea, che mostra di utilizzare con molta padronanza e, da buon allievo di Giavoleno Prisco, senza alcuna prevenzione di scuola sabiniana (v. in proposito l'ampia documentazione di Buhl 30 ss., che riguarda precipuamente i *digesta*). Le citazioni degli autori precedenti e contemporanei, tuttavia, non abbondano nella sua opera, pur non mancando le prove visibili di coincidenze di pensiero con questo o con quello: il che, se in parte può essere attribuito al caso o anche alle vicende subite dall'opera in epoca postclassica, in parte deve essere anche attribuito, io ritengo, ad una particolare tendenza di Giul. avversa alle citazioni. Ed a questo proposito va messo in grande rilievo il fatto che, pur essendovi un testo ove Giul. (cfr. fr. L. 586 cit.) riconosce e dichiara Giavoleno Prisco come suo *praeceptor*, e pur potendo essere portate varie prove di coincidenza fra il suo pensiero e quello del suo maestro (v. Buhl 30 ss.), tuttavia manca, nei fr. a nostra conoscenza, ogni riferimento esplicito alle opinioni giuridiche di Giavoleno.

Dei giureconsulti precedenti Giul. non cita, dunque, che Q. Mucio Scevola (cfr. fr. L. 465 = D. 33.5.9.2: *puto Mucianae sententiae adsentendum*; non costituisce invece citazione di Mucio il fr. L. 518 = D. 35.1.106: *nec Muciana satisfactione interposita capere legatum potest* [v. in proposito anche *Index*]), C. Aquilio Gallo (cfr. D. 50.16.77 Paul.), Servio Sulpicio Rufo (cfr. fr. L. 620 = D. 41.5.2.2: *negavit usucapere Servius*), M. Antistio Labeone (cfr. fr. L. 692 = D. 44.4.4.1 Ulp.: *Iulianus ... refert Labeoni placuisse*; L. 164 = D. 13.4.2.8 Ulp.: *Iulianus Labeonis opinionem secutus* [incerti sono, a mio parere, gli altri tre casi riportati da Buhl 37]), Masurio Sabino (cfr. fr. L. 253 = D. 19.1.24.1: *Sabinus dixit... Cassius veram opinionem Sabini rettulit, in qua ego quoque sum*

[assai meno sicuri gli altri casi addotti da Buhl 35 s.]), C. Cassio Longino (cfr. fr. L. 253 cit.; L. 374 = D. 37.6.2.5 Paul.: *Iulianus Cassii sententiam sequitur* [meno sicuri gli altri casi addotti da Buhl 35 s.]), Proculo (cfr. D. 28.2.6.1 Ulp.: *Iulianus Proculi opinionem secutus*; D. 35.2.1.14 Paul.: *Iulianus Proculo adsensit* [incerto è l'altro caso addotto da Buhl 38]), Pegaso (cfr. D. 7.1.25.7 Ulp.: *Pegasi sententia... quam et Iulianus... secutus est*), Nerva e Atilicino (cfr. fr. L. 266 = D. 12.4.7 pr.: *Nerva Atilicinus responderunt*), Valerio Severo (cfr. fr. L. 45 = D. 3.5.29: *Valerius Severus respondit*) (incerte le citazioni di C. Elio Gallo e C. Trebazio Testa, su cui v. Buhl 40, Boulard 129 s.).

Quanto ai giureconsulti contemporanei, le citazioni esplicite di Giul. sono ancor più poche e limitate e può spesso discutersi se si tratti di sue personali citazioni o di aggiunte posteriori. Tizio Aristone è citato sicuramente una volta (cfr. fr. L. 148 = D. 12.1.9.8 Ulp.: *Iulianus... libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam*) e meno sicuramente un'altra volta (v. Buhl 40): forse a lui si riferisce, come si è detto, il fr. L. 374 v. *retro* n. 31). L. Nerazio Prisco, che non cita mai i *digesta*, pur trovandosi spesso d'accordo con Giul., non è citato che una sola volta (cfr. D. 14.6.7 pr. Ulp. cit. *infra*), per i suoi *libri responsorum* (ma v., in senso totalmente negativo, Boulard 131). Sesto Pomponio è citato sicuramente, come si è visto, tre volte per i suoi *libri ad Sabinum*. Infine, P. Giuvenzio Celso, la cui morte è da attribuire agli anni tra il 130 e il 135 (o giù di lì: v. *retro* n. 41) ed i cui importantissimi *digesta* non potevano non essere ben conosciuti da Giul., che infatti si trova spesse volte in evidente accordo o in palese disaccordo con le sue idee (v. in proposito Buhl 44 ss.), viene citato più o meno sicuramente solo tre volte (cfr. D. 14.6.7 pr. Ulp.: *Neratius libro primo et secundo responsorum... ait. idem Celsus libro quarto. sed Iulianus adicit* rell. [l'affermazione del Krüger 186 nt. 46 che qui Giul. si riferisce alla sola opinione di Nerazio è gratuita: v. Fitting 29]; D. 45.1.91.3 Paul.: *et Celsus adulescens scribit... et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur*; D. 2.4.8.2 Ulp.: *et Celsus quidem ait... sed Iulianus contra scribit*), mentre una quarta citazione potrebbe essere ritenuta la più sicura, se il fr. non fosse certissimamente alterato (cfr. fr. L. 420 = D. 28.2.13 pr. Iul. [su cui v., peraltro, Fitting 29 s.; ma v. *contra* Kübler, in *K+V/Schr.* III.13.7 s.]).

Ai romanisti ha fatto particolare impressione lo scarso numero di citazioni di Celso, che molti addirittura riducono, sulla scorta del Krüger (186), a mancanza assoluta di citazioni. Il Krüger ha addirittura montato su ciò una fantasiosa leggenda: « può darsi che la rivalità in opere dello stesso genere e la contraddittorietà di scuola abbiano portato ad un certo

antagonismo fra i due ». A parte il fatto che non è sicura la mancanza di citazioni di Celso in Giul. (che Giul. potesse essere citato da Celso è da escludere per ragioni cronologiche: inesatta è la lezione di B. 48.7.5 = H. 4.714 [v. sul punto Krüger 186 nt. 47]), a parte le altre considerazioni più generali dianzi fatte (fra cui precipua la mancanza di citazioni di Giavoleno in Giul.), io mi rifiuto nettamente di attribuire un carattere siffattamente pettegolo e piccino ai due giuristi, ed in particolare a Giul., tanto più che, se mai, un puntiglioso antagonismo fra i due giuristi avrebbe dovuto portare al fenomeno inverso a quello denunciato.

45. — L'influsso veramente grandioso esercitato dai *digesta* di Giul. sui giuristi contemporanei e posteriori si manifesta in tre modi: attraverso la dovizia di citazioni dei *digesta* (o, quanto meno, di Giul., che è a dire, salvo prova contraria, dei suoi *digesta* [questo è il criterio seguito dalla palingenesi leneliana; v. tuttavia le osservazioni di Krüger 187 nt. 52]) in quei giureconsulti; attraverso le *notae* di cui alcuni di essi corredarono le nuove edizioni dell'opera; attraverso l'attenta utilizzazione delle opinioni giulianee, se non addirittura il ricalco dei *digesta*, in alcune opere posteriori di grande mole.

Senza presumere di poter trattare esaurientemente, in questa sede, l'ampio ed importante argomento, cercherò di fornire di esso una visione di scorcio.

Cominciamo dal fenomeno più appariscente, sebbene il più estrinseco: dalle citazioni dell'opera di Giul. L'importanza di essa, unita all'alta autorità che l'autore aveva raggiunto nella sua operosa vita scientifica, si rivelò subito così grande, che ne tennero conto, a quanto risulta dalle citazioni nei fr. conservatici, tutti i giuristi contemporanei. A prescindere da Africano, le cui *quaestiones* sono o tutte o in gran parte costituite da materiale giuliano (v. *retro* n. 10), citarono Giul.: Aburnio Valente, forse suo collega nel *consilium* di Antonino Pio (v. *retro* n. 42), nei *libri fideicommissorum* (cfr. D. 4.4.33, D. 32.94); Sesto Pomponio, nei *libri ad edictum* (v. sul punto Buhl 49 s., Fitting 38 s.: il problema è complesso perché, come è noto, l'opera di Pomponio *ad edictum* non appare escerpita direttamente nei *Digesta*, ma ci è nota attraverso le citazioni di altri giuristi), nei *libri ex Plautio* (10 volte [v. Buhl 49]) nei *libri epistularum et variarum lectionum* (v. Buhl 49 e 52, Fitting 40 ss.); Volusio Meciano, nei *libri fideicommissorum*, ove Giul. appare indicato a volte come *Iulianus noster* (v. Buhl 128); Terenzio Clemente, nei suoi *libri ad legem Iuliam et Papiam* (v. Buhl 128).

Qualche parola di più merita Giunio Mauriciano, altro contempora-

neo di Giul., di cui si è detto tradizionalmente che abbia corredato i *digesta* di note (v. per tutti Buhl 114 e, dubitativamente, Boulard 112, Krüger 198 nt. 48). Senonché, prescindendo da ciò, che è piuttosto inverosimile che i *digesta* possano essere stati riediti con note da un contemporaneo del loro autore, vi è da osservare (v. Karlowa 1.711, Fitting 43) che nulla autorizza l'opinione che i quattro fr. di Mauriciano che si citano a questo proposito (cfr. D. 2.14.7.2, D. 5.3.36 pr., D. 7.1.25.1, Vat. 75) abbiano costituito delle note a Giul., anziché delle osservazioni contenute in opere non meglio identificate di Mauriciano.

46. — Nei giureconsulti posteriori l'interesse per Giuliano aumenta a dismisura.

Logico è, naturalmente, che Gaio, sabiniano in ritardo, tenga gran conto delle opinioni di Giul., che cita, come si è detto, molto ampiamente nel commento all'editto provinciale, nonché nei *libri ad legem XII tabularum*, nelle *Institutiones*, nei *libri de verborum obligationibus* e altrove (v. Buhl 128 s., Fitting 53 s.). Cita Giul. anche Venuleio Saturnino (v. Buhl 129) e lo cita ampiamente nei *libri quaestionum* Cervidio Scevola (v. Buhl 130 s.).

Le citazioni di Giul. mancano nei fr. di Ulpio Marcello, che tuttavia va segnalato come probabile rieditore dei *digesta* ed autore di note critiche agli stessi, di cui ci rimane gran numero nei fr. giuliane e di cui è da dirsi che dimostrano notevolissima penetrazione ed hanno portato un sensibile contributo all'affinamento delle dottrine giuridiche romane (v. ampiamente, sul punto, Buhl 114 ss.). Qualche nota ai *digesta* scrisse forse anche Scevola, ma è da dubitare che egli abbia annotato vastamente l'opera insigne (v. sul punto Buhl 125 s.). Molte le citazioni anche nei giureconsulti delle generazioni successive: Papiniano, che spesso riporta le opinioni di Giul. nelle *quaestiones* e vi aderisce (v. Buhl 131 s.), Claudio Trifonino, Tertulliano, Licinio Rufino, Elio Marciano e sopra tutto Ulpiano e Paolo (v., su queste citazioni, Buhl 132 s.), il quale ultimo ha anche scritto delle specifiche note ad una nuova edizione dei *digesta* (v. Buhl 126). Giul. viene, infine, citato anche da Modestino (v. Buhl 133).

A cominciare da Gaio, può dirsi che le opinioni di Giul. assumono per i giureconsulti romani importanza tanto grande, da essere non solo spesso citate, ma sempre tenute in gran conto e frequentemente utilizzate (sia con riferimento, che senza riferimento specifico al loro autore). Il fenomeno, già particolarmente notevole in Gaio e Papiniano, diventa rilevantissimo in Paolo ed Ulpiano, i quali non solamente dimostrano uno studio assai attento delle dottrine giulianee, ma ricalcano pedissequamen-

te i *digesta* nei loro commentari *ad edictum*: salvo che, come si è avvertito a suo tempo, mentre Paolo ancora riesce a staccarsi dal suo modello per seguire l'ordine vero delle materie edittali, Ulpiano, invece, non soltanto non vi riesce, ma mostra quasi ostentatamente di seguire passo passo la traccia di Giul.

Sarebbe contrario alle finalità limitate di questo saggio, sebbene di altissimo interesse, seguire più da vicino le prove dell'influenza di Giul. sui trattatisti dell'età dei Severi. Si tratta, del resto, di prove già da tempo adottate e debitamente apprezzate. Basti rilevare che, come già ebbe a mettere in mostra il De Francisci (in *BIDR.* 22 [1910] 160 nt. 2), Ulpiano, il giurista romano più rappresentato nella compilazione giustiniana, sfruttò largamente i *digesta* di Giul., non soltanto nella confezione del commentario *ad edictum*, ma anche in quella del commentario *ad Sabinum*. Non solo direttamente, dunque, ma anche tramite le due opere maggiori di Ulpiano, Giul. fece il suo ingresso nel mondo della giurisprudenza romana postclassica.

47. — Quali siano state le vicende dei *digesta* di Giul. nel periodo postclassico non è dato, certamente, di precisare. Ciò non esclude che qualche induzione, non del tutto improbabile o inverosimile, possa anche essere fatta.

Indubbiamente il contenuto essenziale del pensiero di Giul. non si perse nell'età postclassica, né in Oriente né in Occidente, perché esso era, come già si è detto, ampiamente rappresentato nelle opere dei giuristi più letti in quell'epoca, e particolarmente nelle opere di Ulpiano. La domanda che può sorgere è un'altra: se e come i *digesta* furono studiati ed utilizzati direttamente dai giuristi postclassici. Da un lato potrebbe, infatti, dirsi che Giul., per aver acquistato tanta autorevolezza nel mondo giuridico postclassico, da essersi creata la leggenda della sua codificazione dell'editto (v. *retro* n. 9) e da essere egli chiamato dagli imperatori « *tantae existimationis vir atque disertissimus iurisperitus* » (cfr. *CI.* 6.16.5, Leo et Anth., a. 473), « *legum et edicti perpetui subtilissimus conditor* » (cfr. *Tanta* 18; cfr. anche Δέδωκεν 18), « *summae auctoritatis homo* » (cfr. *CI.* 4.5.10, *Iust.*, a. 530) e così via, deve evidentemente essere stato assai letto e studiato dai giuristi della decadenza. Ma dall'altro lato potrebbe opporsi che Giul. è escluso dal novero dei cinque famosi giuristi della legge delle citazioni (Papiniano, Paolo, Ulpiano, Modestino e Gaio).

Senonché va osservato, a questo proposito, che la legge delle citazioni non esclude, almeno in Oriente, che l'opera di Giul. potesse essere debitamente studiata ed applicata per la risoluzione delle controversie

giudiziarie. È opinione, a mio parere, fondatissima che la così detta legge delle citazioni fu di genesi esclusivamente occidentale, perché la vera decadenza giuridica si ebbe, nell'età postclassica, come è ben noto, *in partibus Occidentis*: il fatto che la costituzione sia stata emanata a Ravenna e sia stata indirizzata *ad Senatum urbis Romae* è di per sé solo sufficiente ad autorizzare la tesi che essa sia derivata da Valentiniano III, piuttosto che da Teodosio II (v. Gotofredo *ad CTh.* 1.4.3, Buonamici, in *Ann. Univ. Toscane* 20 [1896] 14 e in *AG.* 60 [1898] 24, Krüger 299, Kipp 146, De Francisci, in *Conf. XIV cent. Pandette* [1931] 25, Solazzi, in *NDI.* 3 [1938] 182, Biscardi, in *St. Senesi* II.28.606 ss., Scherillo, in *SDHI.* 8 [1942] 7 s., Arangio-Ruiz 304 nt. 1; ma v. tuttavia ancora Costa 123, Bonfante 2.30, Albertario 7 nt. 7).

Ora, è indubitabile che la legge delle citazioni fu ben presto estesa dall'Occidente all'Oriente, tanto che essa fu accolta nel Codice teodosiano del 438 (v. *contra* Biscardi, *cit.* 609 ss., ma la sua tesi è stata bene oppugnata da Scherillo, *cit.* 8 ss.), ma va rilevato che, secondo la convincente ipotesi del Gradenwitz (in *ZSS.* 34 [1913] 282), essa, mentre nella redazione originaria occidentale portava la recisa limitazione delle fonti giurisprudenziali utilizzabili in giudizio ai cinque giuristi ben noti, nella redazione teodosiana portò una importantissima aggiunta, che venne a togliere molto valore a quella limitazione (cfr. *CTh.* 1.4.3 *cit.*):

eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur.

Questa disposizione suppletiva può, è ben vero, essere sottoposta ad una duplice interpretazione: restrittivamente, può intendersi che fosse autorizzato l'uso dei *responsa* di questi altri giuristi, se ed in quanto si trovassero riprodotti o citati nelle opere dei cinque e se ne potesse saggiare la genuinità mediante la collazione dei manoscritti; estensivamente, può invece intendersi che fosse autorizzato l'uso delle opere di ogni altro giurista romano, fra quelli solitamente citati dai cinque, purché di queste opere si avessero a disposizione sicuri manoscritti. Ma tutto quanto sappiamo circa l'eccezionale fioritura, in età postclassica, delle scuole orientali di diritto, particolarmente Berito (v. per tutti, in proposito, Collinet, *Histoire de l'école de droit de Beyrouth* [1925], Pringsheim, *Beryth und Bologna*, in *Festschr. Lenel* estr.), porta a credere che, almeno in Oriente e almeno negli ambienti di scuola (se non anche nella prassi giudiziaria, alla quale, del resto, come è utile avere presente, si riferiva la

legge delle citazioni), le opere dei giureconsulti romani furono e continuarono ad essere ampiamente lette e sfruttate.

48. — Io penso, pertanto, che tutti gli indizi concordino nel far ritenere che i *digesta* di Giul. furono oggetto, nell'età postclassica, in Oriente, di attento e diligente studio. Questo studio dovette esprimersi nei soliti modi delle scuole orientali, tanto luminosamente messi in mostra dal Pringsheim (in *Festschr. Lenel* cit.): commenti, parafrasi, sunti parziali, glossemi, indicazione di passi e di opinioni parallele e via dicendo. La palingenesi critica dei *digesta*, cui attendo da tempo, spero confermerà questa tesi, ma sin d'ora può tenersi conto dei rilievi critici espressi dagli esegeti su moltissimi fr. per convincersi di come e quanto l'opera giuliana sia stata manipolata dalle scuole postclassiche (v., per le citazioni relative, *Index*).

E per limitarmi ad un solo esempio, dei moltissimi che già potrei addurre, ricorderò una acuta indagine recente del Solazzi (in *St. Besta* [1939] 1.19 ss.), il quale ha dimostrato da par suo il carattere insidioso di tutte le frasi greche contenute nei testi di Giul. accolti nella compilazione giustiniana e ne ha tratto la conseguenza che « degli scritti di questo giureconsulto Triboniano usò una edizione accompagnata da glosse, il cui redattore era stato un greco o grecizzante » (aggiungi, in via generale, Rehnitz, *Studien zu Salv. Iul.* [1925], il quale ha sostenuto il carattere parafrastico di molti fr. giuliani, ma ha avuto il torto di basarsi su elementi stilistici insufficienti allo scopo). Per fermarci ai fr. dei *digesta*, non credo possano essere facilmente controbattuti gli argomenti critici del Solazzi relativi al fr. L. 409 (= D. 38.7.1, 27 *dig.*), al fr. L. 741 (= D. 38.16.8 pr., 59 *dig.*), al fr. L. 722 (= D. 50.17.65, 54 *dig.*), al fr. L. 716 (= D. 46.3.13, 54 *dig.*); né potrà certo opporsi ad essi l'ipotesi che Giul. abbia frequentato ambienti greci o studiato in scuole greche (v. già, in questo senso, Buhl 15 s.), perché ha già replicato giustamente il Solazzi (32 s.) che l'obbiezione sarebbe fondata, se si fosse detto che i fr. sopra accennati « sono spurii perché contengono locuzioni greche », mentre invece il carattere spurio dei fr. o dei passi in questione risulta da tutt'altri argomenti.

49. — I *digesta* di Giul. furono, dunque, oggetto di vasta rielaborazione (formale e sostanziale) nelle scuole postclassiche orientali; ed è perciò appunto che a noi incombe il dovere, esaminandone i fr., di tener sempre conto della possibilità di loro piú o meno profonde alterazioni.

Ma quale fu, piú precisamente, la sorte dell'opera? Sebbene con

molta cautela e con l'avvertenza che ci aggiriamo in gran parte nel mondo delle ipotesi, io penso che qualche elemento di risposta possa essere apprestato.

Nel trattare lo spinoso e complesso problema del modo di compilazione dei *Digesta* di Giustiniano e dei loro eventuali precedenti post-classici, l'Albertario (14 ss.), pur giungendo a conclusioni, forse, eccessive (e cioè che i *Digesta* furono preceduti da una vasta compilazione, ordinata secondo il sistema edittale e impiantata sulle opere dei cinque giuristi della costituzione teodosiana, arricchite da frequenti richiami ad altre opere, che i compilatori si sarebbero presi la cura di svolgere), ha avuto il merito di mettere in evidenza l'importanza della legge delle citazioni nel mondo postclassico-pregiustiniano, non solo ai fini pratici, ma anche ai fini dello studio delle opere classiche. Non è inverosimile né improbabile che, forse già in parte prima, ma certo su larga scala dopo quella costituzione, lo studio delle scuole orientali si sia incentrato intorno alle opere dei cinque giuristi e che tutte le altre opere classiche siano state esaminate e considerate in funzione di quelle opere e di quei cinque giuristi. E chi tenga presente l'ordinamento degli studi nelle scuole di diritto orientali pregiustiniane, quale ci è riferito dalla *const. Omnem* (a. 533), non potrà che conferinarsi in questa opinione (valgono, del resto, a questo scopo più limitato, gli stessi argomenti addotti dall'Albertario 18 ss.).

Le scuole giuridiche orientali ebbero, dunque, almeno un secolo a disposizione per ordinare tutto l'immenso materiale della giurisprudenza classica intorno alle opere dei cinque, ed io penso che appunto in questo secolo pregiustiniano si siano formate le tre *massae* famose individuate dal Bluhme (in *ZGR.* 4 [1820] 257 ss.): la *sabiniana*, l'*edictalis* e la *papiniana*. Come già altrove ho sostenuto (v. *Profilo*² 127 s.) e come meglio mi riprometto di dimostrare in altra occasione, io ritengo che « i commissari giustiniani trovarono già segnati dall'attività giurisprudenziale precedente i tre gruppi fondamentali di opere (*massae sabiniana, edictalis, papiniana*) che essi avrebbero dovuto utilizzare e... che questi tre gruppi erano già fundamentalmente escerpiti e ordinati in compilazioni a catena, secondo l'ordine dei *digesta* classici ». Mi basti per ora addurre, a suffragio di questa congettura (la quale è sostanzialmente diversa da quella del Krüger H., *Herstellung der Digesta*, secondo cui le opere delle *massae* erano quelle delle ripartizioni della biblioteca di Alessandria), i seguenti elementi: 1) che il Peters (*Oström. Digestenkomm.* [1913] 77 ss.) ha giustamente notato come solo le opere della *massa appendix* risultino essere tutte comprese nell'*Index Florentinus* (il che

fa pensare che solo queste opere furono realmente e direttamente escerpitate dai compilatori giustiniane); 2) che il Collinet (in *NRH.* IV.2 [1923] 181) ha chiaramente indicato come il lavoro della scuola di Berito si svolgesse separatamente sulle tre serie di opere delle *massae bluhmiane*; 3) che il Rotondi (in *St. Perozzi* [1925] 91 ss. = *Scr.* 1.298 ss.) ha inequivocabilmente dimostrato che l'*Index Florentinus* rispecchia e conferma sostanzialmente l'ordine bluhmiano delle *massae*.

Tutti questi elementi, messi insieme, piuttosto che portare alla conclusione prospettata dal Rotondi (111) (e cioè che « l'*Index* fu bensì redatto dopo finiti i lavori della compilazione..., ma il suo autore si servì di elenchi di opere apprestati, all'inizio dei lavori, per le singole sotto-commissioni, e nei quali le opere erano disposte in quell'ordine che, salvo sporadiche deviazioni, fu seguito nello spoglio ») devono, a mio parere, appunto indurre all'ipotesi che l'*Index Florentinus* non rappresenta altro che il risultato della fusione degli indici di tre masse preesistenti, di tre predigesti, con l'aggiunta delle opere direttamente escerpitate dai compilatori. Solo così può spiegarsi, in maniera sufficientemente convincente, il fenomeno della non rara discordanza fra le opere elencate nell'indice e quelle escerpitate nei *Digesta*.

50. — Ritenuto che le masse bluhmiane si formarono in epoca pregiustiniana, si apre qualcosa, forse, di più che uno spiraglio sulla sorte delle opere classiche nelle scuole postclassiche orientali, e particolarmente sulle vicende dei *digesta* di Giul.

I *digesta* di Giul., già assurti ad altissima importanza nell'età dei Severi (tanto da permeare di sé i commentari *ad edictum* e *ad Sabinum* di Ulpiano), aumentarono ancora di importanza nell'età successiva, in Oriente, e costituirono il testo fondamentale di appoggio nello studio delle opere *ad edictum* e delle opere *ad Sabinum*, finendo poi per far parte della *massa sabiniana*. La possibilità che, in questa epoca, essi siano stati ampiamente rielaborati nelle scuole è tutt'altro che da respingersi, anzi assume parvenza di probabilità quando si considerino certe singolarissime coincidenze di alterazioni tra essi e i commentari *ad edictum* e *ad Sabinum* di Ulpiano: così, ad esempio, la coincidenza fra il fr. L. 722 cit. e D. 50.16.177 (Ulp. 47 *ad Sab.*: *natura cavillationis* [, *quam Graeci σωρίτην appellaverunt*] [v. sul punto Solazzi, *cit.* 24 ss.]), fra il fr. L. 716 cit. e D. 46.8.12.2 (Ulp. 80 *ad Sab.*: [*hoc ἐν πλάται accipiendum* rell.] [v. ancora Solazzi, *cit.* 26 ss.]), o anche tra l'uso spurio di *παρὰ ταυτικῶς* nel fr. L. 409 cit. e D. 42.4.2.4 (Ulp. 5 *ad ed.*) (v. Solazzi, *cit.* 20 ss.).

Già il Kübler (in *KrVJSchr.* 23 [1929] 191) aveva espresso la pos-

sibilità che la copia dei *digesta* pervenuta ai compilatori (sottocommissione sabiniana) fosse ampiamente alterata. In altra occasione il Pringsheim (in ZSS. 50 [1930] 411) espresse l'avviso, sulla base del rilievo di certe impressionanti coincidenze di alterazioni testuali, che non solo i membri della sottocommissione sabiniana, ma anche quelli della sottocommissione edittale potessero aver fatto lo stesso (v. *contra* Schönbauer, in ZSS. 52 [1932] 229; ma v. Pringsheim, in ZSS. 53 [1933] 493). Forse la tesi del Kübler e del Pringsheim diverrà ancor più accoglibile, se si vorrà ritenere con noi che, precedentemente a Giustiniano, già negli ambienti orientali postclassici, una comune opera di rielaborazione si svolse sui *digesta* giulianei e le opere di quelle che il Bluhme chiamò masse sabiniana e edittale, o, quanto meno rispetto alle opere della massa edittale, sul commentario ulpiano *ad edictum*, che già nel suo originale era singolarmente aderente ai *digesta* di Giul.

POSTILLA PRIMA: CIL. 8.24094.

Quando un riesame alquanto spregiudicato della questione mi portò a formulare, in ordine alla biografia di Salvio Giuliano, conclusioni nettamente in contrasto con la *communis opinio*¹, non mi nascosì la forte probabilità di molte critiche e reazioni. Ed ecco, infatti, già due articoli, uno del d'Orgeval² e uno del Kunkel³, sostanzialmente concordi nel sostenere, contro di me: che CIL. 8.24094 (ove si parla di un *Lucius Octavius Cornelius P. f. Salvius Iulianus Aemilianus*) si riferisca appunto al giurista Salvio Giuliano; che allo stesso si riferiscano i *Fasti consulares* del 148 (CIL. 6.375 = ILS. 2104), là dove parlano di un *P. Salvius Iulianus*; che, pertanto, sia inattendibile e falsa la notizia di *Vita Didii Iul.* 1, ove si dice che questo imperatore, nato nel 133 (o 137), ebbe per *proavus* il nostro Giuliano, il quale fu inoltre *bis consul* e *praefectus urbi*⁴.

* In *AUCT.* 4 (1950) 213 s.

¹ Cfr. GUARINO, *Salvius Iulianus* (1945) 1 ss., specialm. 28.

² *La carrière de Salvius Iulianus et la codification de l'Edit (A propos d'un livre récent)*, in *RHD.* 4.26 (1948) 301 ss.

³ *Ueber Lebenszeit und Laufbahn des Juristen Iulians*, in *Iura* 1 (1950) 192 ss.

⁴ Tanto il d'Orgeval quanto il Kunkel osteggiano anche la mia tesi circa la falsità della leggenda sulla codificazione dell'Editto (e, in particolare, circa la estraneità di Giuliano a questa pretesa codificazione). In proposito ho risposto ad ambedue

Non sono convinto. Per poter affermare la falsità di una attestazione così circostanziata come *Vita Didii Iul.* 1⁵, occorrerebbe, a mio avviso, la piena sicurezza del riferimento a Salvio Giuliano di CIL. 8.24094. Ma, a prescindere da ogni altra considerazione⁶, questa sicurezza non v'è perché nessun positivo richiamo al nostro giurista figura nella nostra iscrizione, né costituisce certo un richiamo a lui o alla sua pretesa opera di codificazione dell'Editto l'accento alla « *insignis doctrina* »⁷. Ora, ciò dato, non v'è che attenersi, sino a sicura prova contraria, alla *Vita Didii*: e ciò tanto più necessariamente, se, come fa il Kunkel⁸, si riconosca per esplicito che la mia dimostrazione è riuscita a porre in luce « die Schwächen dieser These ».

Posto che il *P. Salvius Iulianus* di CIL. 6.375 sia il nostro giurista, come ammettere, inoltre, la sua identità con il *L. Salvius Iulianus* di CIL. 8.24094? Sia il d'Orgeval⁹ che il Kunkel¹⁰ mi rispondono, come già altri prima, che Salvio Giuliano poté avere due *praenomina*, e cioè *Lucius* e *Publius*. Ma replicherò che è assolutamente inammissibile che ambo i *praenomina* non siano stati indicati da CIL. 8.24094, insieme ai tanti altri particolari in essa riferiti: la mancanza, quivi, del doppio *praenomen* è segno sicuro che esso non vi fu.

Quanto al problema della identificazione dei due consolati, che *Vita Didii Iul.* 1 attribuisce al giurista Giuliano, io ho pensato e penso che il primo consolato sia stato coperto a titolo di *suffectus* in un anno imprecisabile e che il secondo sia stato quello ordinario del 148, testimoniato da CIL. 6.375; inoltre, ho ipotizzato e tuttora ipotizzo che il segno della iterazione manchi in CIL. 6.375 perché una siffatta indica-

nell'articolo su *L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'Editto*, in *Studi Albertario* (in pubbl.) n. 4 e note ivi, ove ho cercato di porre in luce che la mia tesi sull'Editto non è collegata con la teoria da me avanzata su CIL. 8.24094.

⁵ Passo di cui, si noti, sono costretti a riconoscere la verosimiglianza tanto il d'ORGEVAL 304, quanto il KUNKEL 195.

⁶ Io ho segnalato, a suo tempo, che in CIL. 8.24094 non si dice che L. Salvio Giuliano fu *iurisconsultus*. Mi oppone il KUNKEL 200 nt. 18, che tale qualifica manca anche nelle epigrafi relative a Nerazio e a Giavoleno. Ma poteva mancare tale qualifica in una iscrizione tanto particolareggiata quanto quella di Pupput, ove si parla sinanche della *insignis doctrina* di L. Salvio Giuliano?

⁷ V., in proposito, GUARINO (nt. 4) n. 4 e note ivi.

⁸ O. c. 201.

⁹ O. c. 301 ss.

¹⁰ O. c. 197 ss.

zione non era ritenuta strettamente necessaria¹¹. Mi si oppone, dai miei contraddittori, essere poco credibile che nel sec. II d.C. già si fosse fatta avanti, sia pure sporadicamente, una prassi sicuramente attestata solo per l'epoca postcostantiniana¹². Ma si faccia un calcolo di probabilità: nel gioco dei vari elementi ricordati in questa nota la mia ipotesi è senz'altro la più probabile, o, se si vuole, quella meno improbabile fra tutte.

POSTILLA SECONDA: SPUNTI SUL METODO DI GIULIANO.

1. Se le ricerche dedicate dal Bund al metodo di Salvio Giuliano (Bund E., *Untersuchungen zur Methode Julians* [Köln-Graz 1965] p. XI-206) dovessero essere giudicate dalle considerazioni conclusive formulate dall'a. (p. 178 ss.: « Ergebnisse und Ausblicke »), vi sarebbe da dire che il suo è un brutto libro. Ma fortunatamente, ove si accantonino quelle pagine, oltre tutto inutili, e piene comunque di affermazioni arbitrarie e inaccettabili, il resto dell'opera (che rappresenta poi l'essenza del lavoro svolto dal giovane romanista) è pregevole. La ricerca, anche se limitata, costituisce un buono, anzi ottimo esempio di accuratezza esegetica e di penetrazione critica. Un utile e saldo punto di partenza per ulteriori, peraltro indispensabili, allargamenti ed approfondimenti.

2. Il proposito del Bund sarebbe stato, in partenza, di accertare se Salvio Giuliano ebbe un metodo proprio di trattazione dei problemi giuridici, e quale. Proposito indubbiamente legittimo, che però ha dovuto cedere il campo (v. 4) ad un programma necessariamente assai più limitato: quello di identificare i metodi adottati da Giuliano nel trattare di un caso con riferimento ad un altro. Più precisamente: quali furono le « anknüpfende Denkformen » del nostro giurista? E a quest'uopo l'a., prendendo in esame tutta la palingenesi leneliana di Giuliano, con l'aggiunta delle *quaestiones* di Africano, ha cominciato col formulare un diligente catalogo (vedilo a p. 184 ss.) dei « casi » collegati tra loro, nei testi giulianeî, mediante un riferimento di appoggio dell'uno all'altro.

¹¹ O. c. 25 s.

¹² V. in particolare KUNKEL 195 nt. 2.

* In *Labeo* 12 (1966) 393 ss.

Sulla base di questo catalogo sono condotti i quattro capitoli, in cui l'opera (a parte l'introduzione e le conclusioni) si articola. Un primo capitolo (10 ss.) dedicato ai collegamenti tra soluzioni di casi di specie (con esclusione, dunque, dei collegamenti tra o con regole astratte). Un secondo (28 ss.) dedicato ai rapporti di simiglianza, di eguaglianza, o di dissimiglianza tra fattispecie. Un terzo (97 ss.) dedicato all'uso del procedimento analogico. Un quarto (122 ss.) dedicato all'uso del procedimento di *fictio*. Non tutto il materiale del catalogo è utilizzato in questa parte analitica, ma solo quello che all'a. è parso maggiormente significativo.

Seguire l'a. nei particolari della trattazione non è, naturalmente, possibile, perché si tratterebbe di discutere tutta la lunga serie di fitte esegesi. È tuttavia possibile, anzi doveroso testimoniare che si tratta di esegesi minuziose e accurate, anche se talvolta appannate (come è, del resto, tendenza delle ultime generazioni di romanisti) da un radicale, se non addirittura preconcepito, conservatorismo. A giustificazione di quest'ultimo rilievo, si legga, una per tutte, l'esegesi critica dedicata a D. 28.6.31 (Iul. *sing. ambig.*), che si conclude, manco a dirlo, con l'affermazione della genuinità anche di questo testo pasticciato e con l'accettazione della tesi, vecchia ma non doma, secondo cui le ingenuità che in esso si riscontrano sarebbero da attribuire al fatto che il *liber singularis de ambiguitatibus* fu opera giovanile (non infantile?) di Salvio Giuliano.

Quanto ai risultati di queste ricerche, ovviamente essi non sono molti. Non poteva essere diversamente, dati i molteplici limiti che l'a. si è imposto. Tra le affermazioni più interessanti, segnalerò la rivalutazione di « *similis, similiter* » e del procedimento per similitudini ed eguaglianze (che la critica ancora dominante tende ad attribuire ai post-classici) ed il rilievo che Giuliano fece sí ricorso all'analogia, ma saltuariamente, sporadicamente, insomma non « *planmässig* », non sistematicamente.

3. Resta da giustificare il giudizio negativo sulle considerazioni conclusive (e su di esse soltanto). Non mi sembra difficile.

Primo: l'a., pur essendo perfettamente cosciente dei molti limiti della sua indagine, ciò nonostante ritiene di poter formulare conclusioni generali sul metodo di Giuliano e sulla sua personalità di giurista. Secondo: l'a., pur basando queste conclusioni sulla carriera di Giuliano, accetta senza discutere la *communis opinio* in proposito (quella basata sulla nota epigrafe di Puppit), licenziando in tronco, nel giro di una succinta e non aggiornata nota di riferimento (2 nt. 3), la diversa

opinione, sia pure eventualmente inaccettabile, manifestata e difesa in proposito da chi scrive (da ultimo, in *Labeo* 5 [1959] 67 ss.). Terzo: a prescindere da quanto sopra, l'a. (v. spec. 183), attribuisce la gran parte delle opere « buone » di Giuliano, nonché il carattere teorico-pratico del suo argomentare, a quella prima fase della sua carriera (o perlomeno della carriera risultante dall'epigrafe di Puppit) in cui egli sarebbe stato questore, redattore dell'*edictum perpetuum* e membro del *consilium principis*, non ancora impegnato da rilevanti cariche pubbliche; cioè le assegna, se ho capito bene, allo stesso periodo in cui (o agli inizi del quale) egli avrebbe scritto anche il cattivello (« giovanile ») *liber singularis de ambiguitatibus*. Quarto: « Man wird daher nicht fehlgehen, wenn man diesen Tätigkeiten die prägende Wirkung auf Julians Denkweise zuschreibt und seinen Ort in der Typologie der juristischen Mentalitäten in der Nähe der Stelle sucht, die heute der Angehörige der Ministerialbürokratie in leitender Stellung einnimmt ».

Giuliano « ministeriale »? Che delusione.

ALLA RICERCA DI SALVIO GIULIANO

1. — La riedizione dell'iscrizione di Thurburbo maius, magistralmente fatta dal Merlin¹, ha dato modo al Serrao² di sviluppare una severa critica della mia ricostruzione biobibliografica di Salvio Giuliano³ e di sottolineare, sulle tracce del Kunkel⁴, una omissione colposa⁵, in cui sono incorso nello studio citato: l'omessa considerazione di CIL. 16.95, ove si fa il nome di un console del 148 d. C. chiamato *Lucius Salvius Iulianus*.

Grato al collega per la segnalazione dell'errore, passo a riveder la mia tesi alla luce di CIL. 16.95. Ma l'occasione torna a punto per indicare brevemente i motivi, che comunque mi inducono a non aderire alle deduzioni, forse un po' prevenute, del Merlin ed agli sviluppi, forse un po' precipitosi, che di esse ha compiuto il Serrao.

Cominciamo col tenere sott'occhio la iscrizione di Thurburbo Maius. Eccola:

ILT. 699 = ILA. 244:

Io[vi] O[pti]mo [M]a[xi]mo,

Iun[o]ni R[e]ginae, Minervae A[ug]. s[a]c.,

[2] p]ro [salute imp. Caes. M. Au]r-

* In *Labeo* 5 (1959) 67 ss.

¹ MERLIN, *Le jurisconsulte Salvius Iulianus proconsul d'Afrique*, in *Mém. Acad. Inscript.* 43.2 (1951) 93 ss. (cit. in seguito: MERLIN).

² SERRAO, *Il giurista Salvio Giuliano nell'iscrizione di «Thurburbo maius»*, in *Atti III Congr. internaz. epigrafia* (1959) 395 ss. (cit. in seguito: SERRAO).

³ GUARINO, *Salvius Iulianus, Profilo biobibliografico* (Catania 1945) (cit. in seguito: GUARINO 1). Cfr. anche: GUARINO, *L'esaurimento del «ius honorarium» e la pretesa codificazione dell'Editto*, in *St. Albertario* (1953) 1.623 ss. (cit. in seguito: GUARINO 2); GUARINO, *La leggenda della codificazione dell'Editto e la sua genesi*, in *Atti Verona* (1953) 2.167 ss. (cit. in seguito: GUARINO 3). Raggiungimento completo sulla questione in: GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*³ (Napoli 1959) n. 59.

⁴ Cfr. in *Iura* 1 (1950) 198; *Id.*, *Herkunft und soziale Stellung der röm. Juristen* (1952) 157 nt. 238.

⁵ Si tenga conto, per quel che può valere, di un'attenuante: la biobibliografia di Salvio Giuliano è stata composta e pubblicata nell'immediato secondo dopoguerra.

- [eli Anto]nini [Au]g. Armeniaci Medici Parthici Maxim[i, p]ontif. m[a]x., tri[b.] pot. XX[I]II,
i[mp. V, c]o[s. III, p.p.,
[3] et L.] Aureli Ve[ri Au]g. A[r]men[i-
aci Medici Pa]rthici Maximi, trib. pot. V[IIII], imp.
V, cos I[II, p.p., d]ivi Ant[o]nini Pii [fi]l[ior]um,
[4] di]v[i] Hadriani nepotum, divi Tr[ai]ani Par-
th[i]ci [pr]onepotu[m], divi Nervae abnepotum libe[roru]m
mq. et dom[us eorum,
[5] Ca]p[i]toli[um] v. tum i
...nt, [p]ublico sumptu fisci c lsit,
municipium [Aelium]
[6] Hadrianu[m Aug. Thu]b. Maius p.p.
p[er]fecit, dedicant]e L. Octavio Cornelio Salvio Iuli-
ano Aemilia[no pro]cos. (?)

Tanto premesso, dirò che la prevenzione, che guasta alla radice l'argomentare dei miei avversari⁶, è costituita, se così posso dire, dal « complesso dell'epigrafe »: un complesso assai diffuso, ma non per questo meno dannoso alla serenità delle ricerche, che induce taluni a subordinare all'evidenza del tutto apparente di uno o più ritrovati epigrafici (o papirologici) le risultanze inequivocabili di altre attestazioni, non meno fedegne, di tipo diverso. Diagnosi, si dica pure, di sapore freudiano, di cui conto di dare ragione nelle note che seguono, al fine di mostrare quali e quanti altri indici siano da adeguatamente valutare da parte di chi intenda andare, cosa difficile, alla ricerca di Salvio Giuliano.

2. — La mia tesi (esposta, per vero, con assai maggior cautela e minor faciloneria di quanto non si possa essere indotti a desumere da certe rigide repliche del Serrao) era, ed ancora sostanzialmente è, come si vedrà, la seguente⁷.

Giuliano nacque prima del 90, « forse » intorno all'80 d. C., e suo figlio fu nonno materno dell'imperatore Didio Giuliano, nato nel 133 d. C. Il suo prenome fu « probabilmente » *Publius* e la patria di lui Hadrumetum. Egli fu pretore e poi console una prima volta, quale *suffectus*, in un'epoca imprecisabile, ma « probabilmente » anteriore a quella di Antonino Pio, perché agli inizi di quest'epoca scrisse, prima del 148,

⁶ Per verità, il Merlin è mio avversario senza saperlo, perché il suo studio del 1951 è stato pubblicato nell'ignoranza del mio del 1945.

⁷ Cfr. GUARINO 1.25 ss.

i suoi *digesta*. Nel 148 egli fu « probabilmente » console una seconda volta, come ordinario. Più che probabile è che egli sia morto prima della fine (e « forse » dell'inizio) del governo dei *divi Fratres*. Molteplici elementi inducono a « dubitare » che egli abbia proceduto alla così detta codificazione dell'editto e che questa così detta codificazione adrianea sia mai avvenuta: ben più modesto deve essere stato l'innegabile « nucleo di verità » classica intorno a cui si è formata, in età postclassica, la leggenda della codificazione giuliano-adrianea.

Secondo il Serrao, al contrario: Giuliano nacque intorno al 100 d. C.⁸ e fu l'avo materno o lo zio materno di Didio Giuliano⁹; il suo prenome fu duplice, *Lucius* e *Publius*¹⁰; egli fu console ordinario una unica volta nel 148¹¹ e fu proconsole d'Africa nel 168-169 d. C.¹²; iniziò i *digesta* sotto Antonino Pio, ma può darsi che li abbia completati sotto Marco Aurelio, dopo il febbraio 169¹³; morì, dunque, non prima, e forse qualche tempo dopo, la morte di Lucio Vero¹⁴; codificò certissimamente l'editto sotto Adriano, forse nel 137, rivestendo la carica di pretore¹⁵.

3. — I resti epigrafici che parlano di un Salvio Giuliano vissuto nel sec. II d. C. sono, per quel che sappiamo, i seguenti: a) CIL. 8.24094, cioè l'epigrafe famosa di Puppit¹⁶, di data imprecisabile¹⁷, con una *dedicatio* a *L. Octavius Cornelius P.f. Salvius Iulianus Aemilianus*, del quale si dice che fu *decemvir, quaestor Imp. Hadriani* (« *cui divos Hadrianus soli salarium quaesturae duplicavit propter insignem doctrinam* »), *tribunus*

⁸ SERRAO 402 ss. (403: « la data che presenta minori inconvenienti sembra doversi contenere intorno al 100 »). Al 98 d. C., al più tardi, pensa invece il MERLIN 111 s.

⁹ SERRAO 402 s. e specialm. nt. 38. All'avo materno pensa il MERLIN 111 ss.

¹⁰ SERRAO 398 s. Cfr. anche: MERLIN 99 ss. La duplicità del prenome permette la identificazione del console del 148 (*Publius*, secondo CIL. 6.375 e P. Mich. 3 [1936] 153 s.; *Lucius*, secondo CIL. 16.95) con il *L. Octavius Cornelius P.f. Salvius Iulianus Aemilianus* di CIL. 8.24094 (epigrafe di Puppit) e con il *L. Octavius Cornelius Salvius Iulianus Aemilianus* della *dedicatio* di Thurburbo maius.

¹¹ SERRAO 398. Conforme: MERLIN 99 ss.

¹² SERRAO 397. Conforme: MERLIN 93 ss.

¹³ SERRAO 411 ss.

¹⁴ SERRAO 413, ove si parla di « accertata impossibilità di escludere che il giurista sia vissuto ancora diversi anni dopo il proconsolato e che, proprio negli ultimi anni di vita, regnando Marco Aurelio, abbia posto termine ai *digesta* ».

¹⁵ SERRAO 404 ss. Approssimativamente nello stesso senso: MERLIN 109 ss.

¹⁶ Cfr. ILS. 8973.

¹⁷ SERRAO 401 nt. 34.

plebis, praetor, praefectus Aerarii Saturni, praefectus Aerarii militaris, consul, pontifex, sodalis Hadrianalis e poi *Antoninianus, curator aedium sacrarum, legatus* di Antonino Pio nella Germania inferiore, *legatus* di M. Aurelio e L. Vero nella Spagna citeriore, *proconsul provinciae Africae*; b) la *dedicatio* di Thuburbo maius, che appare fatta sotto il proconsolato di *L. Octavius Cornelius Salvius Iulianus Aemilianus* in un periodo che le convincenti argomentazioni del Poinssot e del Merlin¹⁸, condivise dal Serrao¹⁹, precisano come segue: 10 dicembre 168 - febbraio 169 d. C.; c) CIL. 6.375²⁰, ove sono indicati come consoli del 148 d. C. un *C. Bellicius Torquatus* e un *P. Sal(vius Iulianus)*²¹; d) i *Fasti Ostienses*²², ove figurano consoli del 148 un (...) *us Salvius Iulianus* e *C. Bellicius Torquatus*; e) CIL. 16.95, cioè il diploma militare del Museo di Salerno²³, che nella *scriptura exterior* indica come consoli del 148 *L. Salvius Iulianus* e *C. Bellicius Torquatus*, mentre nella *scriptura interior* si limita alla frase « *Iuliano et Torquato cos.* »²⁴; f) CIL. 10.7457, ove è menzione di un console del 175 dal nome *P. Salvius Iulianus*.

È innegabile che il *L. Octavius Cornelius (P.f.) Salvius Iulianus Aemilianus* delle epigrafi *sub a* e *b* sia la stessa persona: mai l'ho negato e mai avrei potuto negarlo²⁵. È difficile credere che nel 168-169, anno del suo proconsolato d'Africa²⁶, egli possa aver contato più di settanta anni: la tesi del Serrao²⁷, secondo cui egli sarebbe nato non prima del 100, è, dunque, la più accettabile²⁸.

Posto che il predetto L. Salvio Giuliano fu proconsole nel 168-169, è ovvio che egli non è identificabile con il P. Salvio Giuliano, di cui all'epigrafe *sub f*, che fu console nel 175. Mi meraviglia che il Serrao²⁹ possa attribuirmi l'opinione opposta, tanto più che egli sa bene che, nella

¹⁸ MERLIN 94 ss.

¹⁹ SERRAO 397.

²⁰ Cfr. ILS. 2104. L'iscrizione ci è nota attraverso un apografo del Sabino.

²¹ « *C. Bellicio Torq[uato] P. Sal[vio Iuliano] co(n)s(ulibus)* ». Il prenome *Publius* è confermato quattro volte da P. Mich. 3 (1936) 153 s.

²² CALZA, in *Not. Scavi* 6.15 (1939) 361 ss.

²³ Cfr. DEGRASSI, *I Fasti consolari* (1952) 42.

²⁴ *Extrinscus*: « *L. Salvio Iuliano C. Bellicio Torquato co(n)s(ulibus)* ». La differenza tra le due scritture non è rilevata dal Serrao.

²⁵ GUARINO 1.12.

²⁶ *Retro* nt. 12.

²⁷ *Retro* nt. 8.

²⁸ Ancora preferibili le date del 103 e del 105, proposte rispettivamente dal GIRARD (*Mélanges* 241 ss., 243 nt. 2) e dal BOULARD (*Salvius Iulianus* [1902] 20).

²⁹ SERRAO 395 nt. 7.

mia biobibliografia di Giuliano ho sostenuto con strenua rigidezza la impossibilità di identificare un « *Lucius* » *Salvius Iulianus* con un « *Publius* » *Salvius Iulianus*³⁰. Piuttosto è da sottolineare la estrema improbabilità che il console del 175 possa essere la stessa persona che rivestì il consolato nel 148 (epigrafi *sub c, d, e*). L'epigrafe *sub f* può, quindi, essere posta abbastanza sicuramente da parte³¹.

Passiamo ora alla considerazione delle epigrafi *sub c, d, e*, relative al console del 148, il collega di C. Bellicio Torquato. Ebbe egli prenome *Publius*, *Lucius* o *Publius* e *Lucius*? E se ebbe a prenome *Lucius*, o anche *Lucius*, è egli identificabile con il *L. Octavius Cornelius Salvius Iulianus* delle epigrafi *sub a e b*? Questa, a mio avviso, la impostazione corretta e obbiettiva del problema.

In precedenza, ignorando l'epigrafe di cui *sub e* (CIL. 16.95), io ho drasticamente affermato³² che la differenza dei prenomi (*Lucius* e *Publius*) rende « impossibile e assurda l'identificazione del personaggio della iscrizione africana con il console del 148 a. C. ». Faccio ammenda di questa asserzione affrettata e insofferente, perché l'epigrafe *sub e* ed una più equa considerazione del problema mi inducono ad ammettere la legittimità della vecchia ipotesi³³, ripresa e sviluppata dal Degrassi³⁴ e dal Merlin³⁵, secondo cui poteva darsi che i Romani avessero eccezionalmente due prenomi, di cui ora l'uno e ora l'altro figurasse nei pubblici documenti. Ma perché si verificava questo caso eccezionale dei due prenomi? Evidentemente, a seguito « d'une adoption soit réelle, soit plutôt testamentaire », per effetto della quale un individuo veniva ad avere anziché una serie, due serie di nomi, eventualmente separati, come nell'epigrafe *sub a*, dall'indicazione della filiazione (*L. Octavius Cornelius, P.f.; (P.) Salvius Iulianus Aemilianus*)³⁶.

Ora, è singolare che nell'epigrafe *sub a*, specificamente dedicata a

³⁰ Forse per questo l'argomento (che sarebbe stato indubbiamente « decisivo » contro la tesi della identificazione del personaggio di Puppit e di Thurburbo maius col console del 175) non è venuto in mente al « precisissimo » Berger.

³¹ GUARINO 1.24.

³² GUARINO 1.23 s.

³³ PALLU DE LESSERT, *Le consulat du jurisconsulte Salvius Iulianus et le système des prénoms multiples*, in *Rec. Soc. Nat. Antiquaires de France* (1904) 369 ss.

³⁴ In *Epigraphica* 3 (1941) 1 ss.

³⁵ MERLIN 101 ss.

³⁶ Per questo motivo il HÜTTL, *Antoninus Pius* 2 (1933) 92, ha supposto che nell'iscrizione di Puppit il lapicida abbia copiato male la scritta originaria, la quale doveva essere: « *L. Octavio Cornelio P. [f.] Salvio (P.f.) Iuliano Aemiliano rell.* ».

L. Octavius Cornelius P.f. Salvius Iulianus Aemilianus, il prenome *Publius*, pur fra tante indicazioni, non figuri. Singolare è che quel prenome nemmeno figuri nell'epigrafe *sub b*, cioè nella *dedicatio* di Thuburbo maius. Sorprende, inoltre, che nell'epigrafe *sub e* (CIL. 16.95) e, se si vuole³⁷, in quella *sub d* (*Fasti Ostienses*), il prenome del console *Salvius Iulianus* sia *Lucius*, cioè quello del gruppo *Octavius Cornelius*, anziché, come dovrebbe essere, *Publius*. Il Merlin, che ha anch'egli diligentemente notato le tre singolarità, ragiona forse in una maniera troppo ardita, che non avrebbe meritato l'entusiastica adesione del Serrao³⁸; il prenome *Publius*, egli dice, è stato omesso nelle iscrizioni *sub a* e *b*, mentre nell'iscrizione *sub e* (CIL. 16.95) è stato « emprunté par exception au premier groupe de noms *L. Octavius Cornelius* ». A me, che non sono epigrafista, questo modo di ragionare pare, invece, viziato da una arbitraria prevenzione: la prevenzione che le tre epigrafi debbano necessariamente riferirsi alla stessa persona³⁹.

In verità, pur ammettendo la possibilità dei doppi prenomi (dei quali e del cui uso conseguente occorrerebbe, peraltro, fornire una diversa spiegazione, che fosse coerente con le risultanze epigrafiche), a me sembra più esatto ragionare a questo modo: *a*) l'ipotesi del doppio prenome non esclude, ma nemmeno raccomanda o giustifica l'identificazione del personaggio citato dalle epigrafi *sub a* e *b* con quello indicato dalle epigrafi *sub c-e* (il console del 148); *b*) l'ipotesi del doppio prenome giustificherebbe, in ordine al personaggio delle epigrafi *sub c-e* (il console del 148), la diversità dell'indicazione prenominale, solo se non esistessero altre ipotesi più plausibili, allo stato delle nostre conoscenze, per spiegare la divergenza.

Il punto *a* sarebbe più che sufficiente alla mia tesi, secondo cui non vi sono elementi di probabilità per affermare l'identità del console del 148 col personaggio di Puppit e di Thuburbo maius. Ma vi è di più. La non probabilità della identificazione si avvia a diventare incredibilità, ove si tenga presente, con lo stesso Merlin⁴⁰, che proprio l'illustre personaggio di Puppit e di Thuburbo maius, proconsole d'Africa nel 168-169, avrebbe atteso ben venti anni per rivestire questa carica dopo il conso-

³⁷ Se si accetta, cioè, l'integrazione « *L. Octavius Salvius Iulianus* », sostenuta da ultimo anche dal SERRAO 398 nt. 24.

³⁸ SERRAO 397 ss.

³⁹ Prevenzione cui si aggiunge l'altra, secondo cui la persona cui si riferirebbero le tre epigrafi sarebbe il giurista Salvio Giuliano: v. *infra* n. 4.

⁴⁰ MERLIN 103 ss.

lato, mentre l'intervallo ordinario era di 14-16 anni⁴¹, ditalché, ad esempio⁴²: Q. Voconio Saxa Fido, suffetto del 146, fu proconsole nel 162-163; M. Antonio Zenone, suffetto del 148, lo fu nel 164-165; S. Cornelio Scipione Salvidieno Orfito, console del 149, lo fu al piú tardi nel 163-164; T. Sestio Laterano, console del 154, lo fu nel 170; C. Serio Augurino, console del 156, lo fu nel 169-170. Tutto lascia pensare, insomma, che il personaggio di Pupput e di Thuburbo maius, nato forse qualche anno dopo il 100 d. C.⁴³, abbia rivestito la carica consolare, quale *consul suffectus*, quattro o cinque anni dopo il 148. Si trattò di persona fortemente impegnata nella vita pubblica, della quale difficilmente può credersi che la carriera, una volta avviata sui binari delle magistrature repubblicane, abbia potuto subire arresti o ritardi.

Quanto al console del 148 (sia o non sia egli identificabile col giurista Giuliano)⁴⁴, l'ipotesi del doppio prenome, che comunque non fa ombra alla mia ricostruzione della vita di Giuliano, può anche essere eliminata, dicevo, da una piú plausibile ipotesi: quella di una erronea indicazione contenuta nell'epigrafe *sub e* (CIL. 16.95)⁴⁵. Ed invero il Merlin e il Serrao⁴⁶ non hanno rilevato un particolare degno di qualche rilievo: che la *scriptura interior* di CIL. 16.95 porta una indicazione consolare limitata ai soli *cognomina* («*Iuliano et Torquato cos.*»), mentre nella *scriptura exterior* i nomi dei consoli sono sviluppati in «*L. Salvio Iuliano C. Bellicio Torquato cos.*», ma i rigli relativi (16-20) «*alio ductu scripta postea fortasse adiecta sunt*»⁴⁷. Nulla di piú facile che il secondo incisore del diploma, il quale sviluppò in un secondo momento l'indicazione consolare abbreviata della *scriptura interior*, abbia equivocato sul prenome di *P. Salvius Iulianus*. Il prenome *Publius*, che si ritrova in CIL. 6.375 e altre quattro volte in P. Mich. 3.153 s., resta, in ogni caso, quello piú sicuramente attestato.

⁴¹ MERLIN 104 nt. 2.

⁴² MERLIN 103 s. e 104 nt. 1.

⁴³ *Retro* nt. 28.

⁴⁴ *Infra* n. 4.

⁴⁵ Quanto ai *Fasti Ostienses*, osta alla ricostruzione accettata dal SERRAO (*retro* nt. 37) il fatto della commistione, in un'unica denominazione, del prenome e del gentilizio del primo gruppo (*L. Octavius*) e del nome e del cognome del secondo gruppo (*Salvius Iulianus*). Malgrado tutto, preferirei, dunque, sempre la mia ricostruzione: *Publius Salvius Iulianus*.

⁴⁶ MERLIN 102 e nt. 4; SERRAO 398 s. e nt. 22-23.

⁴⁷ NESSELHAUF, in CIL. 16 p. 87 nt.

4. — L'esame delle fonti epigrafiche porta, in ordine al problema della « ricerca » di Salvio Giuliano, a formulare una triplice alternativa; o Giuliano, il giurista, coincide col personaggio di Puppit e di Thuburbo maius; o egli coincide col console del 148; o egli non coincide con nessuno dei due. La scelta dipenderà dalla valutazione delle altre fonti a disposizione.

Un primo testo da prendere in considerazione è stato stranamente sottovalutato dal Serrao⁴⁸, mentre è di fondamentale importanza per la identificazione dell'epoca in cui nacque Giuliano. Si tratta di:

D. 40.2.5 (Iul.): ... ego [quum] (qui) meminisse Iavolenum praeceptorem meum et in Africa et in Syria servos suos manumisisse, cum consilium praeberet, exemplum eius secutus et in praetura et (in) consulari meo quosdam ex servis meis vindicta liberavi . . .

Giuliano fu, dunque, allievo di Giavoleno Prisco, la cui vita non si protrasse oltre il governo di Traiano o i primissimi anni di quello di Adriano⁴⁹. Pur se non si voglia ammettere che egli fu addirittura presente agli episodi di manomissione in Africa e Siria di cui si riferisce⁵⁰, si impone la conclusione che egli sia nato non dopo (e probabilmente ancor prima) del 90 d.C.⁵¹; i più arditi, ma ragionevoli, tentativi di avvicinare la sua nascita al 100 non si spingono oltre il 95⁵². Le date del 98 o addirittura del 100, proposte dal Merlin e dal Serrao, superano i limiti della verosimiglianza e solo si spiegano, sia concesso di dirlo, col partito preso di far coincidere il giurista Giuliano col personaggio di Puppit e di Thuburbo maius. Ma bisogna guardarsi dai partiti presi. Tra la suggestione esercitata dalle due epigrafi africane e le conclusioni ragionevolmente suggerite dallo stesso Giuliano, la scelta non può essere, a mio avviso, dubbia.

Subordinatamente a D. 40.2.5, va considerato:

Vita Didii 1.1-2: Didio Iuliano, qui post Pertinacem imperium adeptus est, proavus fuit Salvius Iulianus, bis consul, praefectus urbi et iurisconsultus, quod magis eum nobilem fecit, mater Clara Aemilia, pater

⁴⁸ SERRAO 404 nt. 48.

⁴⁹ Da ultimo: BERGER, in *RE*. 17.1830 ss.

⁵⁰ In questo caso, andrebbe tenuto presente che Giavoleno fu *legatus pro praetore* in Siria e *proconsole d'Africa* posteriormente alla legazione *pro praetore* in Germania del 90 d.C. (CIL. 3.9960 e 16.36), ma anteriormente al 106 o 107, anno in cui era tornato a Roma (cfr. Plin. *ep.* 6.15).

⁵¹ Citazioni in GUARINO 1.5 s. e 10 ss.

⁵² Cfr. KORNEMANN, in *Klio* 6 (1906) 181 s.

*Petronius Didius Severus, . . . avunculus Salvius Iulianus, avus paternus Insubris Mediolanensis, maternus ex Adrumetina colonia*⁵³.

Questo testo, sostanzialmente non sospettato dal Merlin⁵⁴, è fortemente screditato dal Serrao⁵⁵, che peraltro poi stranamente vi si affida per ipotizzare che il Giuliano di Pupput e di Thuburbo maius ebbe anche la carica, in tardissima età, di *praefectus urbi*⁵⁶. Le epigrafi di Pupput e di Thuburbo maius (sempre quelle due epigrafi) smentirebbero il « *proavus* » di Didio Giuliano, non essendo possibile che il loro Giuliano sia nato prima del 100 e smentirebbero altresì il secondo consolato, di cui non parlano⁵⁷. D'altro canto, i dubbi contro il « *proavus* » sarebbero avvalorati dalla critica interna del passo, ove dovrebbe leggersi « *avunculus* »⁵⁸ o più probabilmente « *avus* »⁵⁹: considerazioni, per vero alquanto fragili⁶⁰, su cui non è il caso di fermarsi per l'evidente contraddizione

⁵³ Diversamente, Eutrop. *brev.* 8.17 afferma che Salvio Giuliano (*sic* invece di Didio Giuliano) fu « *nepos* » di Giuliano, « *qui sub divo Hadriano perpetuum composuit edictum* ».

⁵⁴ MERLIN 115 ss.

⁵⁵ SERRAO 402 ss.

⁵⁶ SERRAO 413.

⁵⁷ SERRAO 410 nt. 79, 411 nt. 86.

⁵⁸ SERRAO 402 nt. 38. È facile ribattere che, leggendo « *avunculus* » al posto di « *proavus* », non si capirebbe perché sia citato, dopo i fratelli di Didio, un *avunculus Salvius Iulianus*.

⁵⁹ SERRAO 402 nt. 38. I motivi della critica sono, essenzialmente: la mancanza dell'indicazione dell'avo materno; la stranezza che l'avo materno, figlio del famoso giurista, fosse un coloniaro, anziché un romano. « Leggendo *avus* tutto il racconto sugli ascendenti di Didio, onde porne in vista la *nobilitas*, sarebbe intrecciato intorno al giurista: Giuliano l'avo, figlia di Giuliano (Aemilia Clara) la madre. Figlio di Giuliano (ancora) lo zio materno (che è nominato, mentre è ignorato lo zio paterno), nativo di *Adrumetum* l'avo materno (ma non lo zio) che, essendo stato menzionato prima (all'inizio), non viene più nominato alla fine dove, quasi per attrazione, si tace il nome dell'avo paterno ».

⁶⁰ Nulla di strano nella mancata indicazione dell'avo materno, visto che anche dell'avo paterno si tace il nome: *Vita Didii* vuol mettere in luce le ragioni del cognome *Iulianus* accanto al nome *Didius* e appunto per ciò si rifà al nobilissimo *proavus* e sottolinea che anche un fratello della madre di Didio si chiamava *Salvius Iulianus*. Nulla di strano nella mancata indicazione, oltre che dell'*avunculus*, del *patruus*; oltre tutto, *Petronius Didius Severus* poteva anche essere stato figlio unico. Nulla di strano, infine, che il figlio del grande *Salvius Iulianus*, cioè l'*avus* di Didio, fosse *ex Adrumetina colonia*, anziché « romano di Roma »: si vede che Giuliano si sottrasse al costume antico (e moderno) di approfittare della sua posizione in Roma per dare una etichetta romana a sé ed alla sua famiglia.

esistente tra la tesi che *Vita Didii* 1.1-2 non è fededegna e quella per cui, invece, lo è e va epurata da una alterazione.

La verità è che *Vita Didii* 1.1-2 conferma in pieno la non coincidenza tra il giurista Giuliano e il personaggio di Puppit e di Thurburbo maius. Quest'ultimo, forse parente, forse il figlio di Giuliano⁶¹, non è da identificare né col giurista, né con il console del 148, ma è una brillante figura di uomo politico, che fece tutt'altra, e ben più complessa carriera pubblica del nostro giureconsulto, il quale fu invece intensamente impegnato in Roma dalla sua attività di caposcuola⁶² e di autore di opere giurisprudenziali.

E torna acconcio, a questo punto, segnalare come i più fervidi sostenitori recenti della identificazione di Giuliano nel personaggio di Puppit abbiano abbandonato quello che fu il motivo fondamentale dell'identificazione stessa all'epoca della scoperta dell'epigrafe di Souk-el-Abiod. Né il Merlin⁶³, né il Serrao⁶⁴ accettano, infatti, l'ingenua e fantasiosa tesi⁶⁵, secondo cui la *duplicatio* del *salarium quaesturae* di L. Ottavio Cornelio si sarebbe avuta in considerazione dell'*insignis doctrina* da questi profusa nella pretesa codificazione dell'Editto⁶⁶: la codificazione sarebbe stata effettuata da Giuliano alquanto più tardi e in veste di *praetor*. Ma allora, caduto anche questo appiglio, perché mai pretendere che il personaggio di Puppit sia il giurista Salvio Giuliano? E come spiegare che nella puntigliosa elencazione delle sue cariche e delle sue benemerenze si sia omessa la qualifica di *iurisconsultus*? E a quale ragione ascrivere, posto che si ha tanta fede nella verità storica della codificazione giuliano-adrianea dell'Editto, il silenzio in materia dell'iscrizione tunisina?

Insomma, perché si vuol fare un fascio solo di epigrafi disperate e riferirlo tutto quanto all'autore dei *digesta*?

5. — Escluso, al lume della ragionevole verosimiglianza, che Salvio Giuliano si identifichi col personaggio di Puppit e di Thurburbo maius, vediamo se egli possa identificarsi col console del 148 a. C. Sebbene il Serrao affermi il contrario⁶⁷, sta di fatto che alcuni ne hanno dubitato⁶⁸, mentre

⁶¹ GUARINO 1.25.

⁶² Cfr. Pomp. D. 1.2.2.53.

⁶³ MERLIN 99 ss.

⁶⁴ SERRAO 409 s., che aderisce su questo punto, « una tantum » (409 nt. 76), a qualche mia considerazione.

⁶⁵ Così MOMMSEN, BOULARD, GIRARD *cit.* da GUARINO 1.13 s.

⁶⁶ Per la critica: GUARINO 1.20 ss.

⁶⁷ SERRAO 399 nt. 26.

io l'ho ritenuto possibile, avanzando l'ipotesi che il consolato ordinario del 148 sia stato il secondo consolato del giurista, giusta quanto risulta dal resoconto di *Vita Didii* 1.1-2, del quale non vi è ragione di sospettare⁶⁹.

Per risolvere il problema, occorre delibare la complessa questione dell'epoca di composizione e pubblicazione dei *digesta*⁷⁰. L'errato riferimento al nostro Giuliano dell'epigrafe di Thurburbo maius spinge il Serrao ad una affermazione originalissima: che i *digesta*, pur se furono pubblicati in una prima parte (libri 1-58) sotto Antonino Pio, furono ben potuti completare sotto Marco Aurelio, dopo la morte di L. Vero⁷¹. Nessuna difficoltà vi sarebbe, dunque, di riferire a Marco Aurelio (rimasto solo al potere) quel passo del libro 90 dell'opera (D. 1.3.11), in cui si legge che « *de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est* ». Ma le difficoltà sono, invece, numerose e gravi. A tacere della inverosimiglianza di una edizione in due rate⁷², vi è, infatti, quanto segue: *a*) inverosimiglianza di un *hiatus* di almeno dieci anni tra la pubblicazione della prima e quella della seconda parte⁷³; *b*) inverosimiglianza di una mancata successiva correzione della prima parte, ove si parla di *imperator Antoninus*, cioè di Antonino Pio come vivente⁷⁴; *c*) inverosimiglianza

⁶⁸ Ad esempio, il BUHL, *Salvius Iulianus* 1 (1886) 21 nega il riferimento di CIL. 6.375 al giurista Giuliano e pone il secondo consolato precedentemente al 148 d.C. Così pure, dopo il reperimento dell'epigrafe di Puppit: DE FRANCISCI, in *RIL*. 41 (1908) 442 ss.; BOULARD, *Salvius Iulianus* cit. 25 ss.

⁶⁹ Non mi sono nascosto, d'altronde, la difficoltà costituita dalla mancanza (peraltro non dimostrabile) del segno di iterazione in ordine al consolato del 148: GUARINO 1.24 s.

⁷⁰ Raguaglio completo in: GUARINO 1.75 ss.

⁷¹ SERRAO 411 s.: « per i *Digesta* il documento epigrafico [di Thurburbo maius] offre elementi che assurgono quasi al grado di prove » (411).

⁷² Occorre tener presente che i *digesta* non furono un'opera di primo getto, ma la meditata e organica rielaborazione di alcune opere anteriori dello stesso Giuliano: GUARINO 1.68 ss. V. invece: SERRAO 413 nt. 89.

⁷³ Mentre non mancano, nella prima e nella seconda parte, allusioni ad un unico *imperator* vivente, manca, nella seconda parte, ogni accenno ai *divi Fratres*.

⁷⁴ Iul. [6]4 *dig.* (D. 4.2.18): ... *nam et imperator Antoninus Claudio Frontino de pretiis rerum hereditiarum rescripsit vell.* (ampiamente sul testo: GUARINO 1.95 ss.). Si noti, inoltre, che Iul. 4 *dig.* (D. 1.18.8) dice: « *Saepe audivi Caesarem nostrum dicentem hac rescriptione vell.* »: il « *Caesar noster* » non può essere Marco Aurelio, perché è stato udito « *saepe* », dunque è Antonino Pio. Possibile che questi riferimenti all'imperatore vivente siano stati tutti lasciati dopo la sua morte?

di un'attività di intensa produzione letteraria successivamente ai 70 anni (e per noi successivamente agli 80 o 90 anni)⁷⁵; d) inverosimiglianza che una opera completata così tardi abbia potuto esercitare già tanta influenza su giuristi come Africano⁷⁶, Aburnio Valente⁷⁷, Sesto Pomponio⁷⁸, Volusio Meciano⁷⁹, Terenzio Clemente⁸⁰, Giunio Mauriciano⁸¹, Gaio⁸², Ulpio Marcello⁸³, Cervidio Scevola⁸⁴; e) inverosimiglianza che i *divi Fratres*, anteriormente al 169, abbiano potuto citare una opinione di Giuliano in materia di *lex Iulia et Papia*⁸⁵ da lui espressa, in veste di *ius auctor*, in un libro ancora non pubblicato della seconda parte (l. 59-90) dei suoi *digesta*⁸⁶.

⁷⁵ Retro n. 3.

⁷⁶ GUARINO 1.32 e 111. Di Africano Gell. 20.1 dice che « *in disciplina iuris atque in legibus populi Romani noscendis interpretandisque scientia usus auctoritateque inlustris fuit* »: egli era, dunque, già morto all'epoca di confezione delle *Noctes Atticae* (169-175 d.C.): KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1952) 172.

⁷⁷ GUARINO 1.111. Cfr. KUNKEL 151 ss.

⁷⁸ GUARINO 1.111. Cfr. KUNKEL 170 s. Pomponio svolse attività letteraria dai tempi di Adriano a quelli dei *divi Fratres*, difficilmente oltre. Comunque, egli cita Giuliano nei *libri ex Plautio* composti sotto Antonino Pio (« *imperator Antoninus* »: D. 40.7.21.1).

⁷⁹ GUARINO 1.111. Cfr. KUNKEL 174 ss. I *libri fideicommissorum*, in cui è citato Giuliano, furono pubblicati sotto Antonino Pio (« *Antoninus Augustus Pius noster* »: D. 40.5.42 pr.).

⁸⁰ GUARINO 1.111. Cfr. KUNKEL 177 ss.

⁸¹ GUARINO 1.111 s. Cfr. KUNKEL 176 s.

⁸² GUARINO 1.112.

⁸³ GUARINO 1.112.

⁸⁴ GUARINO 1.112.

⁸⁵ D. 37.14.17 pr. (Ulp. 11 *ad l. Iul. et Pap.*): « *...cum et ipso Maeciano et aliis amicis nostris iuris peritis adhibitis plenius tractaremus, magis visum est: ... plurimum etiam iuris auctorum, sed et Salvi Iuliani amici nostri clarissimi hanc sententiam fuisse*. Il testo viene solitamente portato a riprova del fatto che i *divi Fratres* parlarono, in una loro costituzione (sia pure tardissima), di Giuliano come di un morto: GUARINO 1.7, 17, 26 e i citati da lui. Dubbi in proposito hanno sollevato, sotto l'infusso delle iscrizioni di Puppit e di Thuburbo maius: KORNEMANN, in *Klio* 6 (1906) 183; KUNKEL, in *Iura* 1 (1950) 194 nt. 5 e 203; MERLIN 107; SERRAO 401 e nt. 32. Insostenibile la tesi del Kunkel, secondo cui le parole del rescritto farebbero capire che Giuliano, vivente, non aveva preso parte al *consilium*. Qui è chiaro, a mio avviso, che si allude ad un'opera di Giuliano, e quindi probabilmente ai *digesta*.

⁸⁶ Della *lex Iulia et Papia* i *digesta* giulianeî trattavano nei l. 68-85: LENEL, *Iul. 777* ss. Non risulta che ne trattassero i *libri ex Minicio* e quelli *ad Ursetum Ferozem*: GUARINO 1.44 s., 54 s.

Si potrebbe continuare, ma non è il caso. Con buona pace del Merlin e del Serrao, Giuliano era forse già defunto all'epoca (o durante il periodo) dei *divi Fratres*, che di lui sembrano parlare come di un morto e non come di un vivo⁸⁷. Comunque, a quell'epoca i *digesta* erano già stati integralmente pubblicati.

Ritenuto che, secondo ogni probabilità, i *digesta* giulianeî vennero alla luce durante il governo di Antonino Pio (138-161 d. C.), si può fare un passo avanti e avanzare la plausibile ipotesi che essi furono completati prima del 150. Invero: a) Gai 1.188, redatto sotto Antonino Pio⁸⁸, cita come già precedentemente composta la *edicti interpretatio*, cioè i *libri ad edictum urbicum* e quelli *ad edictum provinciale*⁸⁹, nei quali ultimi si citano a loro volta alcuni passi dei primi 55 libri dei *digesta* giulianeî⁹⁰; b) Gai. 3 *ad l. XII tab.* (D. 48.5.44) cita un responso giuliano in materia di adulterio, rientrante nel libro 86 dei *digesta*⁹¹, e sembra essere stato composto sotto Antonino Pio⁹². Dando a Gaio

⁸⁷ Vero è che Giuliano viene detto dai *divi Fratres* «*amicus noster*» e «*clarissimus vir*» (termini che fanno pensare a un vivo); tuttavia, ad un vivo non fa pensare il «*fuisse*» in luogo di «*esse*». Si badi, comunque, che la mia interpretazione del testo non è menomata dall'ammettere che Giuliano fosse in vita all'epoca del rescritto dei *divi Fratres*.

⁸⁸ Per tutti: ARANGIO-RUIZ, *Storia del dir. romano*⁷ 287.

⁸⁹ Il SERRAO 412 nt. 8, esclude che Gaio si riferisse ai *libri ad edictum provinciale*: l'espressione «*edicti interpretatio*» alluderebbe al solo commento *ad edictum urbicum*. Egli cita, fra gli altri, SCHULZ, *History of Roman legal Science* (1946) 191 nt. 7: ma v. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des röm. Rechts*² (1912) 205 s. e nt. 33. Non è credibile che il commento all'editto urbano non fosse diviso in *libri*: non è legittimo, dunque, ritenere che la espressione «*edicti interpretatio*» alludesse ad esso, piuttosto che ai *libri ad edictum provinciale*. La genericità della espressione implica, tutt'al più, un'allusione complessiva agli scritti gaiani di commento edittoale.

⁹⁰ GUARINO 1.105 s.

⁹¹ *Si ex lege repudium missum non sit et idcirco mulier adhuc nupta esse videatur, tamen si quis eam uxorem duxerit, adulter non erit. idque Salvius Iulianus respondit, quia adulterium, inquit, sine dolo malo non committitur...*

⁹² È noto che il FITTING (*Alter und Folge der römischen Juristen*² 55) attribuisce i *libri ad legem XII tabularum* agli ultimi anni di Antonino Pio, argomentando fra l'altro da D. 50.16.233.1 («*post kalendas Ianuarias die tertio pro salute principis vota suscipiuntur*»), che parla di un unico *princeps* e non può essere stato scritto sotto i *divi Fratres*. Il SERRAO 312 nt. 88, parla a questo proposito di «un vero equivoco» ed obietta che, essendo certo che Gaio è vissuto quanto meno sino al 178, il commento alle XII tavole può ben essere stato scritto sotto Marco Aurelio. Ora, indubbiamente ciò è possibile, ma non sembra, per vero, probabile,

un lasso di tempo di dieci anni (ed è poco) per la redazione del commento all'editto provinciale, del commento alle XII tavole e delle *Institutiones*⁹³, si deve supporre che nel 150-151 circa i *digesta* giulianei erano già nelle mani dei lettori: proprio come da me, a suo tempo, sostenuto⁹⁴.

Giunti a questo punto, ricordiamoci che Giuliano in D. 40.2.5 parla di un consolato (un unico consolato) da lui ricoperto. Ne consegue che: o questo unico (o primo) consolato è stato quello del 148; o questo unico (o primo) consolato è stato anteriore al 148, e il console del 148 non è da identificare in Giuliano; o infine questo consolato è stato il primo dei due consolati, di cui parla *Vita Didii* 1.1-2, ed è stato anteriore al 148, mentre il consolato del 148 è il secondo consolato di Giuliano. La prima possibilità sembra da escludere, perché dovremmo ritenere che Giuliano abbia raggiunto il suo unico (o primo) consolato in età troppo tarda⁹⁵; rimane, dunque, da scegliere tra la seconda e la terza. Io ho preferito, e continuo a preferire, la terza possibilità, pur con le difficoltà che presenta, perché permette di prestar fede a *Vita Didii*, cioè ad un testo che non vi è alcun serio motivo per non ritenere veritiero.

Ad ogni modo, quale che sia la soluzione che si preferisce, siamo ben lontani dalla ipotesi del Serrao. Giuliano pubblicò i suoi *digesta* entro il 147, o almeno entro il 150-151, o comunque non oltre il 161 d. C.

6. — Codificò Giuliano l'Editto? Contro la mia negativa⁹⁶, il Serrao⁹⁷ ritiene che la così detta « codificazione »⁹⁸ vi fu, e avvenne probabilmente nel 137 d. C.⁹⁹.

tenendo presente che le *Institutiones*, anche se non citano espressamente i *libri ad legem XII tabularum*, sembrano, rispetto a questi, un'opera certamente più matura e completa, e quindi posteriore.

⁹³ Si tratta di un totale di 42 *libri*.

⁹⁴ GUARINO 1.105 s.

⁹⁵ Dai 58 ai 68 anni, a seconda che la sua nascita si assegni al 90 o ai dieci anni precedenti.

⁹⁶ GUARINO 2 e 3.

⁹⁷ SERRAO 404 ss.: « mi limito qui a rilevare come, pur sottoponendo al più spregiudicato vaglio critico l'abbondante materiale offertoci dalle fonti, rimanga sempre una massa non trascurabile di testimonianze resistenti ad ogni attacco e tali da eliminare qualsiasi dubbio sulla storicità dell'avvenimento nelle sue linee fondamentali ».

⁹⁸ SERRAO 404 nt. 49: « uso il termine codificazione per sola comodità espressiva e non, naturalmente, nel suo preciso significato tecnico ».

⁹⁹ SERRAO 409 s.

Dato che il Serrao afferma che nulla saprebbe aggiungere o togliere « alle precise e . . . fondatissime critiche » mossemi da vari autori, mi si conceda di rifarmi alle repliche che a quelle critiche ho dedicato¹⁰⁰. E mi si conceda di augurarmi che venga il giorno in cui taluno prenda in serena considerazione gli elementi che ho addotto non pur per negare la storicità di una « codificazione » che non fu codificazione e di cui nessun contemporaneo fa cenno, ma anche per spiegare il plausibile nucleo classico di verità della leggenda postclassica.

¹⁰⁰ Da ultimo, in *Labeo* 1 (1955) 201 ss.

LA PISTA DELL'« AVUNCULUS »

1. — Non vorrei passare per quel bisbetico personaggio manzoniano, donna Prassede, che aveva poche idee, ma a quelle idee era molto affezionato. Non difenderò ancora una volta le mie tesi sulla biografia di Salvio Giuliano (per le quali v., da ultimo, Guarino, *Alla ricerca di Salvio Giuliano*, in *Labeo* 5 [1959] 67 ss.: ivi ogni altro riferimento). Voglio solo esprimere in tutta schiettezza, come è nel mio costume, il disappunto per il fatto che vi sia stato recentemente qualcuno, T. D. Barnes, che, rifiutando senza nemmeno leggerli i miei buoni o cattivi argomenti, si sia concesso la libertà di dire, a proposito della mia ricostruzione: « Refutation will hardly be seemed necessary » (T. D. Barnes, *A senator from Hadrumetum and three others*, in *Bonner Historia-Augusta-Colloquium* 1968-1969, vol. 7 dei « Beiträge zur Historia-Augusta-Forschung » [Bonn, R. Habelt, 1970] 45-48, in part. nt. 21).

Il « fair play » non si può pretendere da nessuno, ma il riguardo scientifico sí. Se il Barnes avesse letto quei miei scritti che si limita a citare, forse non avrebbe avuto soverchie difficoltà a demolire le modeste ragioni che porto per la « probabile » identificazione di Salvio Giuliano col *proavus* dell'imperatore Didio Giuliano, ma certamente si sarebbe evitato di dire, sulla questione, cose che, mi consenta e perdoni, non stanno né in cielo né in terra, ma solo nella sua filosofia.

2. — Il pomo della discordia è costituito da HA. *vita Didii* 1.1-2: *Didio Iuliano, qui post Pertinacem imperium adeptus est, proavus fuit Salvius Iulianus, bis consul, praefectus urbi et iurisconsultus, quod magis eum nobilem fecit, mater Clara Aemilia, pater Petronius Didius Severus, fratres Didius Proculus et Nummius Albinus, avunculus Salvius Iulianus, avus paternus Insubris Mediolanensis, maternus ex Adrumetina colonia.*

L'*Historia Augusta* è quello che è, e nessuno ovviamente è disposto

* In *Index* 3 (1972) 421 ss.

a mettere la mano sul fuoco per quel che vi si legge. Comunque è corretto e doveroso criterio metodico rifiutarne le notizie solo se siano contraddette da altri dati degni di maggior fede, oppure se siano manifestamente incredibili. Né va tralasciato di aggiungere, a proposito della *vita Didii*, che essa, sia o non sia stata scritta da Sparziano, viene fatta rientrare dalla critica contemporanea, anche da quella piú spregiudicata (per tutti, v. Syme, *Ammianus and the Historia Augusta* [1968] 92 e *passim*, seguito in ciò dal Barnes 46 e nt. 11; cfr. anche, da ultimo, Syme, *Emperors and Biography, Studies in the HA.* [1971] 30 ss.), tra le vite « buone », per le quali cioè vi è addirittura una presunzione specifica di serietà di informazione, e quindi di attendibilità.

Accetto questa impostazione, tanto piú volentieri in quanto è stata sempre la mia, e vado avanti. Quali sono le ragioni di manifesta incredibilità, quali sono i dati divergenti e degni di maggior fede che possano indurre a non avere fiducia in tutte o in alcune tra le notizie elargiteci dal nostro testo?

Ragioni di incredibilità manifesta, nessuna. Di Didio Giuliano la *vita* indica, per quel che ci risulta, correttamente il padre e i fratelli e la discendenza milanese della famiglia paterna. Di lui la *vita* indica anche, in maniera che non è dato criticare, la madre (*Clara Aemilia*) e l'origine adrumetina della famiglia materna. Se i nomi dei nonni (paterno e materno) sono taciuti, nulla di male ai fini dell'identificazione del personaggio, di cui non si vede perché la vita avrebbe dovuto tracciare un piú completo « *pédigrée* ». Esuperano in questo racconto solo i nomi del *proavus* materno, Salvio Giuliano (di cui si dice che fu il giurista) e dell'*avunculus* Salvio Giuliano (di cui non si dice, si badi, che fu giureconsulto), ma il motivo è serio e plausibile (v., invece, Syme, *Emperors* cit. 42) ed è visibilmente costituito dall'alta fama del giurista Salvio Giuliano (*quod magis eum nobilem fecit*), dall'esistenza di un Salvio Giuliano non giurista (che dovette essere evidentemente uomo senatorio di spiccati meriti) ancora al livello di parentela della madre, e infine dal fatto (non dimentichiamolo) che il nostro Didio assunse il *cognomen* di *Iulianus*, che di famiglia paterna non gli veniva.

Unico e solo, ma tenuissimo, motivo di sospetto (già da me, a suo tempo, discusso) può essere questo: che la famiglia di Salvio Giuliano, il glorioso *proavus*, non si sia inurbata a Roma e sia rimasta, quanto meno nel figlio del giurista (*avus maternus ex Adrumetina colonia*), attaccata ad Hadrumetum. Ma son cose che succedono e che non possono essere aprioristicamente rifiutate.

Non motivo di serio sospetto, sia pur evanescente, è invece quello

che costituisce la molla psicologica di tutta la divagazione del Barnes su Giuliano e su altri senatori della HA.: la riluttanza ad ammettere che nel senato romano del secondo secolo vi siano state troppe persone di provenienza africana. Per quanto riguarda *vita Didii* 1.1-2, possiamo anche faticosamente ipotizzare che l'*avus maternus ex Adrumetina colonia* non sia stato necessariamente un senatore, ma sia stato un « commoner », esiliato dalla vita pubblica e concentrato esclusivamente nella coltivazione delle sue terre in colonia, e possiamo anche, piú faticosamente ancora, supporre che il *proavus* giureconsulto, cioè il grande Salvio Giuliano, non sia stato affatto di Adrumeto, ma per esempio italico, sí che il ramo adrumetino della famiglia ebbe inizio col figlio « commoner », finito in colonia per chi sa quali ragioni o trascorsi. Ma si tratterebbe esclusivamente di ipotesi, cosí come, stando alla pura e semplice lettura del testo, è certamente (lo concedo) solo un'ipotesi, o piú precisamente un'impressione, quella che sia stato adrumetino il *proavus* Salvio Giuliano.

3. — Chiuso con la lettura del testo di *vita Didii*, vediamo dunque se vi sono notizie desumibili « aliunde » che lo smentiscano, almeno in parte, in modo degno di fede.

Il Barnes, nel suo intento specifico di escludere l'origine africana dei Salvi Giuliani, si getta su tre gruppi di noti documenti epigrafici o papirologici. Un primo (principalmente CIL. 5.4201), da cui risulta che la *gens* dei *Salvii* ebbe posizioni di rilievo sociale a Brixia, Brescia, sin dai tempi di Augusto. Un secondo (principalmente CIL. 6.375), da cui risulta che console ordinario nel 148 fu un *P. Salvius Iulianus* (o *L. Salvius Iulianus*, stando alla *scriptura exterior* di un diploma militare di CIL. 16.95). Un terzo (principalmente CIL. 8.24094 = ILS. 8973), da cui risulta la brillante carriera di un *L. Octavius Cornelius P.f. Salvius Iulianus Aemilianus* conclusasi con un proconsolato d'Africa del 168-169 (cfr. a questo proposito la *dedicatio* di Thurburbo maius, ILT. 799, illustrata da Merlin, in *Mém. Ac. Inscript.* 43.2 [1951] 93 ss.).

Posto che i Salvi sono fioriti a Brixia, scade, secondo il nostro autore, sia la notizia che Salvio giurista sia stato il *proavus* di Didio, sia la possibilità che Salvio giurista sia stato almeno l'*avus maternus ex Adrumetina colonia* dell'imperatore del 193. Posto che un Publio (o Publio-Lucio) Salvio Giuliano è stato console nel 148, non si discute, sempre secondo il nostro autore, che il console del 148 sia stato il giurista. Posto che *L. Octavius Cornelius P.f. Salvius Iulianus Aemilianus* (da correggere però in *L. Octavius Cornelius P.f. Iulianus Aemi-*

lianus) ottenne da Adriano il raddoppio del *salarium quaesturae* « *propter insignem doctrinam* », tanto meno può discutersi, ancora e sempre secondo il nostro autore, che questo sia un accenno alla famosa codificazione dell'editto attribuita da certe fonti al giurista Giuliano, sì che si acquisisce la notizia ulteriore che Giuliano aveva il secondo *cognomen* di Emiliano.

Dunque, tornando a *vita Didii* 1.1-2, tutto, secondo il Barnes, si chiarisce. Il giurista non fu né il *proavus* né l'*avus* materno adrumetino di Didio: in ciò *vita Didii* non può essere seguita. Il giurista fu l'*avunculus* di Didio Giuliano, cioè il fratello di Clara Emilia, e si cognominò Emiliano per una (se ho bene interpretato) di queste due ragioni: o perché nato dalle giuste nozze di un padre Salvio Giuliano, non adrumetino, e di una madre Emilia, adrumetina, la quale ebbe evidentemente Clara Emilia da altre nozze con l'*avus maternus ex Adrumetina colonia*; oppure, e più probabilmente, perché nato fratello carnale di Clara Emilia, cioè figlio di un Emilio adrumetino (l'*avus maternus* di Didio, per intenderci), ma passato poi per adozione alla famiglia non adrumetina dei Salvi Giuliani. In questo modo la macchia dell'africanità (o magari della negritudine) di Salvio Giuliano, senatore e giurista, risulta inesistente, o per lo meno lavata dall'adozione in una famiglia italica.

Né il Barnes a questo punto si frena. Trascinato dalla sua vigorosa immaginazione, egli ci offre (p. 50) anche un'ipotesi alternativa, in forza della quale Salvio giurista viene promosso a *proavunculus* di Didio: il giurista sarebbe stato il figlio (*Aemilianus*) di un Salvio Giuliano e di un'Emilia, la quale, convolvendo ad altre nozze con un X di sesso maschile, ebbe a figlia una Y di sesso femminile, andata poi sposa all'*avus maternus ex Adrumetina colonia* per ottenere Clara Emilia (ma nessun *avunculus Salvius Iulianus*).

Senza insistere su questa alternativa, il Barnes finisce peraltro per puntare le sue carte tutte sulla pista dell'*avunculus* e, ponendosi il problema dell'anno della sua nascita, non esita a sostenere che il brillante giovanotto, che da quasi imberbe questore codificò nientemeno che l'editto perpetuo, non poté non continuare con grande rapidità la sua carriera, sicché il consolato del 148 dovette ottenerlo negli stretti minimi di età, o press'a poco, e pertanto la nascita deve esserne posta tra il 109 e il 110 o quanto meno, a volerci rimettere, nel 107-108. E siccome è proprio il giurista Salvio Giuliano a farci sapere (cfr. D. 40.2.5) di essere stato allievo di Giavoleno Prisco, il quale, dal suo canto, sicuramente non è vissuto oltre i primi anni del principato di Adriano

(117-138), il Barnes supera la trascurabile difficoltà ipotizzando che il nostro eroe sia andato a fare il discepolo di Giavoleno intorno all'età di quattordici anni.

4. — Facciamo conto, per amor di quiete, che la variante del *pro-avunculus* sia stata formulata solo per gioco e fermiamoci sulla pista dell'*avunculus*.

Non si tratta di una pista nuova. L'hanno indicata, ad esempio, il Serrao, in tono opportunamente dubitativo (cfr. *Atti III Congr. int. epigr.* [1959] 402 nt. 38), e, piú di recente, con rigida fermezza, il Syme (cit. 92 nt. 8: « the other items lack support and are implausible »). Il Barnes non ha fatto altro che percorrerla sino ai suoi estremi limiti. Ma con quale conseguenza? Questa: che, per essere andato troppo risolutamente in avanti, senza guardarsi né intorno né sotto i piedi, egli, se mi è permesso di dirglielo, corre il rischio cui si espongono certi personaggi di Walt Disney che camminano come nulla fosse anche sui baratri e solo a mezza strada subiscono, con profondo stupore, gli effetti del principio di gravità.

Ed infatti, se si nega che non solo il proavo, ma anche l'avo materno di Didio sia stato un Salvio Giuliano, bisogna spiegare donde mai sia piovuto su M. Didio Severo il *cognomen* aggiunto di Giuliano. Dall'*avunculus* direi proprio di no perché, seguendo il Barnes, l'*avunculus* si chiamò Salvio Giuliano o in quanto nato in una famiglia diversa da quella istituita dall'*avus maternus ex Adrumetina colonia* con la madre di Clara Emilia, o in quanto nato Emilio e diventato per adozione Salvio Giuliano. È serio credere che al pargoletto Didio il *cognomen* Giuliano sia provenuto da un Salvio Giuliano patrigno di sua madre Clara Emilia o da un fratello di Clara Emilia adottato da un Salvio Giuliano di Brixia?

Tutto è possibile, naturalmente: anche questo. Ma, almeno a mio avviso, uno storico non può preferire ad una possibilità in qualche modo documentata e comunque piú verosimile (nella specie, quella che gli ascendenti materni di Didio Giuliano siano stati i Salvi Giuliani, anche a costo di doverli ritenere africani) una possibilità meno verosimile e seria, e comunque per nulla affatto documentata. Gli studiosi che prima del Barnes avevano supposto che il giurista Salvio Giuliano fosse l'*avunculus* di *vita Didii*, sul vuoto, per quanto mi risulta, non vi si erano avventurati. Colpiti da quella che loro sembrava l'evidenza di certe epigrafi, essi si erano limitati a identificare *in hypothesis* il giurista con

l'avunculus, senza peraltro affatto negare la discendenza di Didio, in linea materna, dai Salvi Giuliani di Adrumeto.

5. — Ma, visto che ci siamo, sia lecita ancora qualche considerazione in ordine alla pretesa schiacciante evidenza delle epigrafi.

Siamo alle solite di certe ricerche filologiche, che si lasciano dominare quasi fisicamente dal peso delle pietre. Tra una *vita Didii*, dalle notizie che abbiamo visto essere in sé e per sé insospettabili sino a prova contraria, e alcune epigrafi relative a qualche Salvio Giuliano, neanche il Barnes ha esitato a gettare a mare la *vita Didii* e a dare importanza, per quel che riguarda la ricostruzione della biografia di Salvio Giuliano, il giurista, anzi tutto e sopra tutto alle epigrafi. Se avesse dato una scorsa piú attenta alla letteratura in proposito, ivi compreso quanto ho scritto io in ripetute occasioni, forse avrebbe quanto meno esitato, e gliene sarebbe venuto bene.

Cerchiamo dunque di contenere gli entusiasmi epigrafici e ragioniamo con maggiore pacatezza.

Primo. Alcuni documenti epigrafici parlano di una *gens Salvia* stabilita *ab antiquo* in quel di Brixia? D'accordo. Ma ciò non esclude la possibilità che un ramo della *gens Salvia* si sia stabilito ad Adrumeto. Dunque non vi è motivo di diffidare, sotto questo profilo, della *vita Didii*. Tanto piú che la spiegazione piú ragionevole del secondo *cognomen* di Didio Giuliano sta nel fatto che almeno il suo *avus maternus ex Adrumetina colonia* fosse appunto un Salvio Giuliano.

Secondo. Altri documenti epigrafici indicano un *P. o P. L. Salvius Iulianus* come console del 148? D'accordo. È possibile (non certo) che essi (come anch'io ritengo) si riferiscano al giurista Salvio Giuliano, ma ciò non esclude affatto la possibilità che il consolato del 148 sia stato rivestito dal *proavus* materno di Didio, nato presumibilmente tra l'80 e il 90. Nemmeno sotto questo profilo vi è motivo di dubitare della *vita Didii*. Tanto piú che il console del 148 potrebbe anche non essere il giurista Salvio Giuliano (cioè il *proavus*), ma l'*avus maternus* o l'*avunculus* di Didio Giuliano. L'opinione del Syme, che il console del 148 non possa essere stato che l'*avunculus* di Didio, e che l'*avunculus* di Didio non possa essere stato che il giurista, è un'opinione molto autorevole, ma un'opinione.

Terzo. Le iscrizioni di Pupput (CIL. 8.24094) e di Thurburbo maius (ILT. 799) depongono irrefragabilmente per l'esistenza di un illustre *L. o P. L. Salvius Iulianus Aemilianus*, proconsole d'Africa nel 168-169 e quindi nato non prima del 100 a. C.? D'accordo. È impossibile che

esse si riferiscano al *proavus* di Didio Giuliano, che doveva essere nato alquanto prima del 100, mentre è possibile che si riferiscano all'*avus maternus ex Adrumetina colonia* o all'*avunculus* di M. Didio Severo Giuliano (v. comunque Bowersock, *Greek Sophists in the Roman Empire* [1969] 79 ss., che, per prestar fede a un passo di Elio Aristide, 48.9 Keil, ipotizza che Salvio Giuliano, proprio come dice la *vita Didii*, sia stato *bis consul*, ma nel 175: in età piuttosto avanzata, direi). Ciò peraltro non esclude affatto la possibilità che il console del 148 sia stato persona diversa da Giuliano Emiliano e non esclude affatto che Salvio Giuliano giurista sia stato il *proavus* di Didio Giuliano. Perché dubitare, almeno sotto questo profilo, della notizia di *vita Didii* in ordine al giurista come *proavus* (e non *avus* o *avunculus*) di Didio Severo? Perché addirittura escludere, come fosse assolutamente necessario, l'attendibilità di quella notizia?

6. — Il punto focale del problema relativo all'identificazione del giurista Salvio Giuliano è tutto qui, e precisamente nella diffusa convinzione che a lui, al giurista, si riferisca inequivocabilmente, cioè senza possibilità di alternative, CIL. 8.24094: convinzione ultimamente riaffermata da uno studioso della levatura del Pflaum (*La valeur de la source inspiratrice de la Vita Hadriani et de la vita Marci Antonini à la lumière des personnalités contemporaines nommément citées*, nello stesso volume dei *Bonner H.A. Coll.* 1968-1969, 183).

I miei studi sull'argomento mi hanno portato a negare questo, faccio per dire, inequivocabile e indispensabile riferimento: non solo perché numerosi indizi desunti dalle opere di Salvio Giuliano rendono difficilmente conciliabile costui col personaggio di Puppit sul piano cronologico, ma anche e sopra tutto, in sede squisitamente epigrafica, perché CIL. 8.24094 non allude, in nessun punto e in nessun modo, specificamente al Salvio Giuliano *iurisconsultus*. In particolare, la *duplicatio* del *salarium quaesturae* « *propter insignem doctrinam* » non costituisce necessariamente un accenno alla dottrina « giuridica » del giovane questore (come invece asserisce con inspiegabile sicurezza il Pflaum cit.: « *en vertu de son extraordinaire connaissance du droit* ») e da gran tempo ha smesso di essere considerata, dai più avveduti studiosi, come allusione alla pretesa codificazione dell'editto. *Re melius perpensa*, gli studiosi si sono convinti, da ormai parecchi anni, che la codificazione Giuliano, se pure l'ha fatta, non può averla fatta che da *praetor*.

Dunque, tra una notizia epigrafica che non riguarda necessariamente il giurista Salvio Giuliano, anzi che non riguarda forse nemmeno un

personaggio di Adrumeto o africano (e qui il Barnes ha pienamente ragione) e una notizia letteraria (di una fonte per di piú solitamente attendibile) che del giurista Salvio Giuliano (*bis consul e praefectus urbi*), fa il *proavus* materno di Didio Giuliano, serietà di metodo esige, a mio sommesso avviso, che si dia preferenza, « allo stato degli atti » (sono le esatte parole di un mio scritto precedente), alla notizia letteraria, cioè a *vita Didii* 1.1-2. Serietà di metodo, già.

IL CONVITATO DI PIETRA

1. — Nei mie ormai numerosi scritti sul giurista Salvio Giuliano ho dato non una, ma piú volte di cozzo contro l'epigrafe famosissima di Souk-el-Abiod (l'antica Puppūt, in Tunisia) e quel suo Lucio Ottavio Cornelio Salvio Giuliano Emiliano, del quale ho sempre fermamente negato, beninteso nei limiti dell'attendibilità, che sia stato il giurista autore dei *libri digestorum*¹.

Nonostante i miei sforzi il personaggio di Puppūt, ad ogni nuovo scritto che appena sfiori il problema biografico di Giuliano, mi viene sempre e da tutti opposto come l'ostacolo insormontabile all'accettazione della ben diversa biografia suggerita dalla *vita Didii Iuliani* e dagli altri numerosi indizi da me diligentemente raccolti a conferma della stessa. Ed è perciò che a volte mi domando se il Giuliano dell'epigrafe non sia, per me novello « burlador de Sevilla », il « convidado de piedra » del dramma di Tirso da Molina², che un brutto giorno mi stritolerà.

Non importa. Non per superbia, né per ostinazione, ma per inalterata fiducia nella mia tesi, continuerò instancabilmente a sfidare il Commendatore di Ulloa, o meglio coloro che ne prendono le parti. Chi sa che in avvenire il tetro personaggio non cambi finalmente di ruolo e non la smetta, si fa per dire, di perseguitarmi.

2. — La fonte di informazione che, a mio avviso, è tuttora da privilegiare, pur se le inesattezze e le ambiguità in essa non mancano, è, come dicevo, una fonte « letteraria ». Piú precisamente:

HA, 9.1.1-2: 1. *Didio Iuliano, qui post Pertinacem Imperium*

* In ANA, 93 (1982) 219 ss.

¹ A. GUARINO, *Salvius Iulianus. Profilo bio-bibliografico* (1945), ripubbl. in *Labeo* 10 (1964) 364 ss.; ID., *Alla ricerca di Salvio Giuliano*, in *Labeo* 5 (1959) 67 ss.; ID., *La pista dell' « avunculus »*, in *Index* 3 (1972) 421 ss. Cft. anche: A. GUARINO, *Spunti sul metodo di Giuliano*, in *Labeo* 12 (1965) 393 ss.; ID., R. a TORRENT, *Salvius Iulianus « liber singularis de ambiguitatibus »*, in *Iura* 23 (1972) 194 ss.

² E. GENDARME DE BÉVOTTE, *Le Festin de Pierre avant Molière* (Textes) (1907).

adeptus est, proavus fuit (S)alvius Iulianus, bis consul, praefectus urbi et iuris consultus, quod magis eum nobilem fecit. 2. Mater Clara (A)emilia, pater Petronius Didius Severus, fratre)s Didius Proculus et Nummius Albinus, avunculus Salvius Iulianus, avus paternus Insubris Mediolanensis, maternus ex Adrumetina colonia.

Il brano della *Historia Augusta*, attribuito a Sparziano³, segnalando Salvio Giuliano, il giureconsulto, come proavo materno dell'imperatore Didio Giuliano, implica che il nostro Giuliano sia nato prima del 90, forse intorno all'80⁴. Infatti, Didio Giuliano nacque nel 133⁵ o al più tardi nel 137⁶: ponendo tra lui ed il bisnonno un intervallo di 50 anni, che è indubbiamente quello più ragionevole, si arriva per il giureconsulto appunto agli anni ottanta. Solo stiracchiando audacemente le date (supponendo cioè che Didio sia nato da una Clara Emilia di 13 o 14 anni, che Clara Emilia sia stata a sua volta generata da una madre appena uscita dall'impubertà e che il proavo Giuliano si sia sposato a 17 anni appena compiuti) si può pervenire, ma con il fiato piuttosto grosso, al decennio intercorrente tra il 90 e il 100⁷. E tralascio qui, per brevità, di tirare in discussione le altre, peraltro notissime, fonti letterarie⁸ ed i problemi del loro raccordo con le epigrafi attestanti che nel 148 vi fu un Salvio Giuliano console ordinario⁹.

Le mie conclusioni sulla biografia di Giuliano sono, dunque, che il giurista nacque tra l'80 e il 90 ed ebbe un figlio che fu avo materno di

³ Sulla attendibilità di questo autore (o di questo nominativo), v. il mio scritto in *Index* (nt. 1).

⁴ Già in questo senso: E. BUHL, *Salvius Iulianus* 1 (1886) 14.

⁵ Cass. Dio 73.17.5.

⁶ *Vita Didii* 9.9.3.

⁷ In questo senso: D. NÖRR, *Drei Miscellen zur Lebensgeschichte des Juristen Salvius Iulianus*, in *Daube noster* (1974) 233 ss. In senso adesivo: E. BUND, *Salvius Iulianus, Leben und Werk*, in *ANRW*. 2.15 (1976) 408 ss., spec. 410.

⁸ HA. 1.18.1, 3.12.1, 9.1.1-2; *Eutrop. brev.* 8.17; *Aurel. Vict.* 19.1-2; *Marc Aur. in semet ipsum* 4.50; *Fronto ad M. Caes.* 4.1-2; *Aristid.* 48.9 KEIL; *Suda* sv. *Dowophilos*. Cfr. anche: *Iul. D.* 37.14.17 pr. (L. 400); *Iul. D.* 40.2.5 (L. 586); *Iul. D.* 46.3.36 (L. 886); *Pomp. sing. enchir.* D. 1.2.2.53; *Iustinian. c.* *Tanta-Δέδωκεν* 18; *Iustinian. CI.* 4.5.10.1; *Iustinian. CI.* 6.61.5; *Epit. Legum* (ZACHARIÄ, *Ius Graeco-Rom.* 2.280).

⁹ In particolare, CIL. 6.375 = ILS. 2104 (oggi perduta): un diploma militare che esalta l'onorato servizio di un Publio Elio P.f. e si chiude con l'indicazione, in tre righe successivi, dei consoli del 148: C. *Bellicio Torquato* / P. *Salvio Iuliano* / *co(n)s(ulibus)*.

Didio Giuliano. Il che elimina il disaccordo, peraltro piú di apparenza che di sostanza, tra *vita Did. Iul.* 1.1 e Eutrop. *brev.* 8.17¹⁰.

Il prenome di Giuliano fu probabilmente *Publius* e la patria ne fu *Hadrumetum*. Dopo essere stato pretore e console (*suffectus*) una prima volta, il giurista ottenne il suo secondo consolato, ordinario, nel 148¹¹. Forse fu anche *curator aedium sacrarum* nel 150¹², mentre non sappiamo in che epoca sia stato *praefectus urbi*. Dato che i *divi Fratres* (161-172 d. C.) sembrano parlare di lui, in una loro costituzione, piuttosto come di un morto, che non come di un vivo (cfr. D. 37.14.17), è probabile che Giuliano abbia chiuso la sua vita, al piú tardi, intorno al 160-170. Identificarlo col Giuliano console del 175, di cui fa testimonianza una epigrafe¹³, è impossibile.

3. — Eccoci al « convitato di pietra », il quale si è presentato agli studiosi dei problemi giulianeî nel 1890. Scoperto da P. Gauckler¹⁴, da questi è stato immediatamente (direi precipitosamente) identificato, con consensi pressoché unanimi, col giurista Salvio Giuliano¹⁵.

CIL. 8.24094 = ILS. 8973:

*L(ucio) Octavio Cornelio, P(ublili) f(ilio), Salvio Iuliano
Aemiliano, decemviro, quaestori Imp(eratoris)
Hadriani, cui divos Hadrianus soli
salarium quaesturae duplicavit
propter insignem doctrinam, trib(uno) pl(ebis),
pr(aetori), praefecto aerar(ii) Saturni, item mil(itaris), co(n)s(uli),
pont(ifici), sodali Hadrianali, sodali
Antoniniano, curator aedium
sacrarum, legato Imp(eratoris) Antonini
Aug(usti) Pii Germaniae Inferioris, lega-
to Imp(eratorum) Antonini Aug(usti) et Veri Aug(usti)*

¹⁰ Eutrop. *brev.* 8.17: *Post eum (sc. Pertinacem) Salvius (sic: per Didius) Iulianus rem publicam inoavit, vir nobilis et iure peritissimus, nepos (sic) Salvi Iuliani, qui sub divo Hadriano perpetuum composuit edictum...*

¹¹ *Retro* nt. 9. Il segno di iterazione per il secondo consolato, posto che non vi fosse, non era strettamente necessario, sopra tutto se il secondo consolato del 168 era il primo consolato ordinario.

¹² CIL. 6.855.

¹³ CIL. 10.7457.

¹⁴ In *C.R. Acad. inscript. et Belles-Lettres* 4.27 (1899) 367 ss.

¹⁵ Da ultimo, BUND (nt. 7).

Hispaniae Citerioris, proco(n)s(uli)
provinciae Africae, patrono,
d(ecreto) d(ecurionum),
p(ecunia) p(ublica).

Il Salvio Giuliano dell'iscrizione tunisina, si noti, non è *Publius*, come quello della *vita Didii* e dell'epigrafe relativa al console ordinario del 148, ma è *Lucius Publi filius*¹⁶ e non può essere nato prima del 100: forse è nato qualche anno dopo¹⁷. Non ho difficoltà ad ammettere che con lui si identifichi un secondo convitato di pietra, ricordato in un'iscrizione di Thuburbo Maius (oggi Henchir-Kasbat, a 50 chilometri da Tunisi)¹⁸.

ILT. 699 = ILA. 244:

Io[vi] O[pti]mo [M]a[xi]mo,

Iun[o]ni R[e]ginae, Minervae A[ug]. s[a]c.,

[2] *p[ro] [salute imp. Caes. M. Au]r-*

[eli Anto]nini [Au]g. Armeniaci Medici Parthici Maxim[i,

p]ontif. m[a]x., tri[b.] pot. XX[I]I,

i[mp. V, c]o[s. III, p.p.,

[3] *et L.] Aureli Ve[ri Au]g. A[r]men[i-*

aci Medici Pa[r]thici Maximi, trib. pot. V[III], imp.

V, cos. I[II, p.p., d]ivi Ant[o]nini Pii fi][ior]um,

[4] *di]v[i] Hadriani nepotum, divi Tr[ai]ani Par-*

th[i]ci [pr]onepotu[m], divi Nervae abnepotum

libe[roru]mq. et dom[us eorum,

[5] *Ca]p[i]toli[um] v. tum i*

....nt, [p]ublico sumptu fisci c Isit,

municipium [Aelium]

[6] *Hadrianu[m Aug. Thu]b. Maius p.p.*

p[er]fecit, dedicant]e L. Octavio Cornelio Salvio Iuli-

ano Aemilia[no pro]cos. (?)

Ma chi è *Lucius Octavius Cornelius P.f. Salvius Iulianus Aemilianus*? Contro l'identità di lui con il grande giurista mi sono decisamente

¹⁶ Per superare l'ostacolo, si è parlato di un Salvio Giuliano con due prenomi (*Publius* e *Lucius*): da ultimo, BUND (nt. 7) 413 e nt. 32.

¹⁷ T. D. BARNES, *A senator from Hadrumetum and three others*, in *Bonner H.-A. Coll.* 1968-69 (1970) 49. Contro questo autore il mio articolo in *Index* 1972 (nt. 1).

¹⁸ A. MERLIN, *Inscr. Lat. de la Tunisie* (1944) n. 699. In materia v. il mio scritto in *Labeo* (1959) (nt. 1).

pronunciato io¹⁹. Sarà stato il figlio del giureconsulto, ho detto. Magari *l'avunculus* di Didio Giuliano, ho aggiunto.

Qui la polemica, sopra tutto col Kunkel²⁰, col Serrao²¹, col Barnes²², è diventata accesa. Ad ogni modo, senza voler tornare su di essa, e lasciando da parte l'altra grossa questione intorno alla « codificazione » giuliano-adrianea dell'editto perpetuo²³, diamo ora uno sguardo a quanto è stato pubblicato sulla bibliografia di Salvio Giuliano successivamente al mio ultimo scritto in materia, ch'era di replica ad alcune, secondo me avventate, affermazioni del Barnes²⁴.

Si tratta, se vedo bene²⁵, di alcune sottili notazioni di D. Nörr²⁶ e di un denso « *Leben und Werk* » di E. Bund²⁷.

4. — L'articolo del Bund, sono lieto di darne atto, è molto equilibrato e di informazione pienamente affidante²⁸. Ciò non toglie che, a prescindere dalla ormai rituale opposizione alla mia tesi sull'editto perpetuo, esso assegni ancora una volta la preferenza, sia pure con qualche cautela, all'epigrafe africana nei confronti della *vita Didii*.

L'identità del Giuliano di Puppit con il giurista rimane non soltanto possibile, ma addirittura verosimile; in ogni caso, più verosimile della non-identità²⁹. E perché poi? Perché sarebbe « *sehr seltsam* », secondo il Bund, che il personaggio dell'epigrafe, ove non si trattasse di Giuliano, ma di un suo familiare o di un suo omonimo, non avesse lasciato traccia di sé anche nella tradizione storiografica³⁰.

¹⁹ *Retro* nt. 1.

²⁰ W. KUNKEL, *Ueber Lebenszeit und Laufbahn des Juristen Julianus*, in *Iura* 1 (1950) 192 ss.

²¹ F. SERRAO, *Il giurista Salvio Giuliano nell'iscrizione di Thuburbo maius*, in *Atti III Congr. internaz. epigrafia* (1959) 395 ss. v. in proposito il mio scritto in *Labeo* 1959 (nt. 1).

²² *Retro* nt. 17.

²³ Da ultimo: A. GUARINO, *La formazione dell'editto perpetuo*, in *ANRW*. 2.13 (1980) 62 ss.

²⁴ *Retro* nt. 17.

²⁵ Ottimo e diligentissimo il quadro di bibliografia (sino al 1980) tracciato da G. DE CRISTOFARO, in appendice a F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei* (1980) 295 ss.

²⁶ NÖRR (nt. 7).

²⁷ BUND (nt. 7).

²⁸ Cfr. anche la recensione di F. WIEACKER, in *ZSS*. 94 (1977) 346 ss.

²⁹ BUND (nt. 7) 413.

³⁰ « *Denn es wäre sehr seltsam, wenn die in den afrikanischen Inschriften genannte senatorische Persönlichkeit, wäre sie etwa der Sohn Julianus oder ein*

Ad esser franco, questo modo di ragionare mi sembra piuttosto esangue. Il mondo romano antico, per come è a noi noto, abbonda di personaggi « epigrafici » dei quali le scarse fonti storiografiche disponibili tacciono; né, d'altro canto, i personaggi indicati dalle fonti storiografiche trovano sempre puntuale convalida nella documentazione epigrafica. Il vero e solo motivo per cui, dunque, anche il Bund finisce per eleggere a protagonista della sua ricostruzione il Giuliano di Pupput è che questo signore viene esaltato con parole rotonde incise su pietra, non importa se solo dai decurioni di un municipio provinciale, e che un personaggio magnificato su pietra deve essere identificato, per poco che sia possibile, con un omonimo di spicco delle fonti storiografiche romane.

Rieccoci con ciò a quello che ho qualificato, in altra occasione, il « complesso dell'epigrafe »³¹: un complesso estremamente pericoloso, che ha indotto recentemente un saggio studioso di antichistica ad affermare, con molta saggezza, di fronte agli accesi entusiasmi suscitati da un'iscrizione di Satricum³², che primo dovere del ritrovatore di epigrafi è di « garder la tête froide »³³ e di non precipitarsi ad identificare il personaggio della pietra (o del papiro, della pergamena, del documento) con un illustre della leggenda o della storia³⁴.

Chi può dire che ogni *Salvius Iulianus* delle epigrafi sia necessariamente Salvio Giuliano il giureconsulto? E chi, a maggior ragione, può dirlo quando si trovi di fronte ad una *vita Didii*, la quale segnala « *nominatim* » tra gli ascendenti dell'effimero imperatore non solo il *proavus* (materno) Salvio Giuliano giurista, ma anche un Salvio Giuliano suo *avunculus*³⁵? E chi può escludere con tranquillità l'idea che l'*avunculus* Salvio Giuliano, evidentemente figlio del giurista e fratello della madre (Clara Emilia) di Didio, sia stato citato, in un elenco in cui è trascurata l'indicazione nominativa dell'avo materno di Didio, non per il

anderer Träger des Namens gewesen, in der historischen Ueberlieferung keine Spuren hinterlassen hätte ».

³¹ GUARINO, *Alla ricerca* (nt. 1).

³² « *Editio princeps* », a cura di C.M. STIBBE ed altri, in « *Lapis Satricanus* ». *Archeological, epigraphical, linguistic and historical aspects of the new inscription from Satricum* (1980). Il Publio Valerio della iscrizione (VI-V sec. a.C.) è stato avvicinato a Publio Valerio Publicola.

³³ J. POUCET, in *Ant. class.* 69 (1980) 315.

³⁴ V. anche: A. GUARINO, *Tagliacarte*, in *Labeo* 27 (1981) 140 s.

³⁵ *Vita Didii* 1.1: ... *avunculus Salvius Iulianus*.

generico fatto di essere un congiunto, ma per il preciso motivo che, pur essendo egli solo un collaterale, egli era un collaterale particolarmente rinomato, anche se non era il giurista?

Insomma, siamo alle solite. Non vi è dubbio che il Giuliano di pietra dell'iscrizione di Souk-el-Abiod, e di altre epigrafi che a lui sicuramente si riferiscono³⁶, « possa » essere stato il giurista Salvio Giuliano (nel qual caso la *vita Didii* va radicalmente riveduta sul piano dell'attendibilità). Ma è metodologicamente arbitrario correre alla conclusione che il Giuliano dell'epigrafe africana sia proprio lui, il Giuliano giurista, sconvolgendo o sottovalutando ogni indizio contrario portato dalle fonti.

5. — Come non indugio in una più minuta critica delle considerazioni del Bund, così non intendo dedicarmi ad una contrapposizione punto per punto con le « *Miszellen* » del Nörr. Oltre tutto mi ripeterai, visto che il Nörr, pur con molta cautela e con il dovuto rispetto per le opinioni altrui, difende tesi contro le quali ritengo di aver già detto tutto quello che era in me di dire.

Su un solo punto desidero qui soffermarmi: quello relativo al raddoppio del *salarium quaesturae* concesso da Adriano al *quaestor* Salvio Giuliano Emiliano secondo l'iscrizione di Souk-el-Abiod³⁷.

A mente del Nörr, il personaggio dell'iscrizione africana sarebbe, con una certa (anche se non grande) probabilità, precisamente Salvio Giuliano il giurista ed il consolato di quest'uomo tanto attivo quanto fortunato sarebbe stato ottenuto « *suo tempore* », cioè sui quarantuno o quarantadue anni, e sarebbe precisamente il consolato ordinario, anch'esso epigraficamente attestato, del 148³⁸. Alla base dell'identificazione

³⁶ Tra queste, la più recente è quella descritta da G. CARRETONI, in *Not. Scavi* 92 (1967) 302 (cfr. A. D'Ors, in *SDHI.* 35 [1969] 525): *locus adsignatus a Salvio Iuliano* [...]. In una lettera privata (Roma, 20 dicembre 1968) il collega e amico A. Masi ebbe subito ad esprimere la persuasiva convinzione che l'epigrafe sia da accostare a CIL. 6.855: *locus adsignatus a Salvio Iuliano et Popilio Pedone cur. aedium sacrarum locorumque publicorum dedic. XIII. K. Oct. Gallicato et Vetere cos.* (a. 150).

³⁷ Quanto alla tesi, assolutamente inaccettabile, secondo cui il secondo consolato di Salvio Giuliano sarebbe caduto nel 175, v. BUND (nt. 7) 429 ss.

³⁸ Cfr. CIL. 6.375 = ILS. 2104. Le considerazioni del Nörr circa la larga inosservanza della regola di indicare la iterazione del consolato ordinario sono, comunque, esatte e valgono, a maggior ragione, a sostegno della mia tesi, secondo cui il consolato del 148 fu il secondo (dopo un primo consolato non ordinario) coperto

da lui operata il Nörr pone, dunque, la *vita Didii*, ma di essa non accetta integralmente il contenuto: Didio Giuliano, che era notoriamente di nobiltà recente e di cui la *Historia Augusta* lascia nell'anonimato i due trascurabili nonni (quello paterno, *Insubris Mediolanensis*, e quello materno, *ex Adrumetina colonia*), non poté avere per bisnonno (in linea retta) il grande Salvio Giuliano, ma al massimo lo poté avere per *avunculus*, mentre è probabile che la promozione del giurista da zio materno ad « antenato » in linea retta, a *proavus* materno, sia stata fatta dal compiacente biografo di Didio³⁹.

Secondo il Nörr, il malaccorto falsario dell'albero genealogico di Didio Giuliano, anziché togliere di mezzo l'*avunculus* dopo avergli confezionato il *proavus* materno, avrebbe dimenticato l'*avunculus* sul « *locus admissi* », dando modo agli indagatori moderni di avvedersi di tutto l'inghippo e dando conferma, ad un tempo, della grande verità del diavolo che fa le pentole, ma poi dimentica di fare i coperchi. Ad ogni modo, se Salvio Giuliano giureconsulto fu console a tempo giusto nel 148, se ne deve dedurre che fu questore, egualmente a tempo giusto, nel 130-131, cioè quando Adriano si trovava a viaggiare in Egitto. La ragione per cui l'imperatore raddoppiò il *salarium* al suo giovane (ventiquattroventicinquenne) questore può essere dunque collegata alla *insignis doctrina* che questi spiegò « *in concreto* » sotto occhi del *princeps* per l'appunto in Egitto.

L'ipotesi è fine perché ci pone, sia pure con la fantasia, di fronte alla buona verosimiglianza di un Adriano, « *omnium curiositatum explorator* »⁴⁰, il quale non duplicò il *salarium quaesturae* di Salvio Giuliano (Emiliano) per considerazioni generiche, cioè perché gli paresse straordi-

da Salvio Giuliano. Una scorsa al *DE. sv. Consules* (3.933 ss.) permette di riscontrare, escludendo i consolati coperti da *principes*, le seguenti omissioni per il periodo 30 a. C. - 398 d. C.: *Anicius Faustus, cos. II* nel 298 (*DE.* 940); *M. Annius Verus, cos. II* nel 121 (943); *L. Aufidius Marcellus, cos. II* nel 226 (v. sub *Severus Alexander*: 1075); *C. Bruttius Praesens, cos. II* nel 139 (v. sub *Antoninus Pius*: 945); *L. Catilius Severus, cos. II* nel 120 (967); *P. Cadius Sabinus, cos. II* nel 216 (967); *App. Claudius Iulianus, cos. II* nel 224 (973); *Cn. Claudius Severus* (974); *Q. Iunius Rusticus, cos. II* nel 162 (1031); *Seius Fuscianus, cos. II* nel 188 (1071 s.); *Tacitus, cos. II* nel 276 (1080); *L. Tampius Flavianus, cos. II* in un anno tra il 74 ed il 79 (1080); *M. Valerius Maximus, cos. II* (? : 1092); *L. Venuleius Aprobianus Octavius, cos. II* nel 168 (1094); *C. Vettius (?) Sabinus, cos. II* nel 240 (1097); *M. Vinicius P. f., cos. II* nel 45 (1099).

³⁹ NÖRR (nt. 7) 234 s.

⁴⁰ Tertull. *apol.* 5.

nariamente dotto fuori o dentro le materie del diritto⁴¹, ma elargì al brillante accompagnatore questo segno particolare di apprezzamento in dipendenza degli specifici servigi resigli, per la sua *insignis doctrina*, durante la permanenza in Egitto. È ingiusto quindi ironizzare parlando a questo proposito di una « Sultanslaune des Kaiser »⁴² (anche se di « launisch » è lo stesso Nörr che parla), ma è giusto anche aggiungere che l'ipotesi del Nörr non ha altro puntello che quello costituito dal fatto che il giurista Salvio Giuliano (come egli stesso dice) certamente visitò, in qualche momento della sua vita, l'Egitto⁴³.

Chiaramente a sostegno, sia pure sul piano delle discettazioni di « haut-goût », l'episodio del mago Panacrate, cui Adriano pagò doppio onorario per certi suoi mirabolanti esercizi, non mi sembra che consolidi in alcun modo la congettura, così come ben poco la irrobustiscono i richiami alle conoscenze aristoteliche manifestate da Giuliano, o alle sue propensioni per le *ambiguitates* o ad altri elementi di altrettanto minima consistenza.

6. — Tutto ciò mi importa dirlo per un motivo essenziale: per il motivo che il Nörr conclude le sue pagine sulla *insignis doctrina* mostrata al principe da Giuliano con dei « vielleicht » molto pericolosi.

Forse Adriano, egli dice, non fu quel sovrano difensore e cultore del diritto che dicono i panegiristi⁴⁴; né forse Giuliano, egli aggiunge, si vide raddoppiare il *salarium quaesturae* per aver dato prova di una *doctrina* giuridica « epocale ». Forse gli interessi giuridici del *princeps* erano al livello del caso famoso della donna alessandrina munita di vulva

⁴¹ Rileva il NÖRR (nt. 7) 242 s. che « die *doctrina* die juristische Gelehrsamkeit zumindest einschliesst ». Giustissimo; ma ciò che io ho escluso, sin dal primo scritto su Salvio Giuliano, è che *doctrina* fosse sinonimo, nell'iscrizione africana, di *doctrina* giuridica. I testi addotti dal Nörr lo confermano: in HA. *Sept. Sev.* 21.8 si dice di Papiniano che fu un *thesaurus doctrinae*, specificandosi « *legalis* »; in Pomp. *sing. enchir.*, D. 1.2.47, si dice di Labeone che *plurima innovare instituit in materia giuridica a causa della sua ingenii qualitas* e della sua *fiducia doctrinae*, ma specificandosi implicitamente che queste sue doti furono le stesse che gli permisero di *dare operam* anche alle *ceterae operis sapientiae*.

⁴² Cfr. BUND (nt. 7) 420.

⁴³ Cfr. Iul. D. 46.3.36: ... *nam et Aristoteles scripsit quinque nasci posse, quia vulvae mulierum totidem receptacula habere possunt; et esse mulierem Romae Alexandrinam ab Aegypto, quae quinque simul peperit et tum habebat incolumes, et hoc et in Aegypto adfirmatum est mihi.*

⁴⁴ Cfr. Paneg. Lat. 2.11.6 (Pacatus): ... *legibus Hadrianus imbueret...*

a testata multipla⁴⁵ e forse l'apprezzamento della *doctrina* dei giuristi era connesso da lui e nell'epoca sua piú alla capacità di incantare i laici nel reperimento e nella discussione di casi del genere, che alla profondità o all'acutezza del loro pensiero. Forse, insomma, Salvio Giuliano fu un giurista « di corte », e forse il testo giuliano sulla donna di Alessandria la dice piú lunga, sull'atmosfera entro cui lavorò la giurisprudenza classica, di quanto non la dica nel *liber singularis enchiridii* Pomponio⁴⁶.

Sono conclusioni, di cui apprezzo molto il ritegno esercitato dai « forse », ma che non posso in nessun modo accogliere, se è vera, come è vera, la ben diversa immagine che dei classici ho ritenuto di poter tracciare quando ho parlato, in altra occasione, delle « ragioni del giurista », della tenace resistenza opposta dalla giurisprudenza del principato, sino all'età dei Severi, agli arbitri dei *principes*: resistenza essenzialmente basata sull'autorità del *ius Romanorum*⁴⁷. Comunque la si metta, il « convitato di pietra » dell'epigrafe tunisina non si accorda per nulla col giureconsulto Salvio Giuliano.

⁴⁵ V. *retro* nt. 43.

⁴⁶ NÖRR (nt. 7) 245: « Wenn man Übertreibungen nicht scheut, so lässt sich vielleicht sagen, dass unser Text über die 'Atmosphäre', in der die klassische Jurisprudenz arbeitete, mehr aussagt, als die bekannte Darstellung des Pomponius ».

⁴⁷ Maggiori particolari in: A. GUARINO, *Storia del dir. romano*⁶ (1981) n. 155-223; *Id.*, *Le ragioni del giurista* (1983) 9 ss.

GIULIANO E IL « LIBER DE AMBIGUITATIBUS »

1. — Del *liber singularis de ambiguitatibus*, attribuito a Salvio Giuliano, i *Digesta* ci hanno tramandato tre frammenti di massa sabiniana (L. Iul. 1-3), e precisamente: D. 28.6.31, nel tit. « *de vulgari et pupillari substitutione* »; D. 32.62 (in due paragrafi), nel tit. « *de legatis et fideicommissis III* »; D. 34.5.13 (in 6 paragrafi), ancora in materia testamentaria, nel tit. « *de rebus dubiis* ».

La paternità giuliana dell'opera notoriamente è discussa¹. Per quanto mi riguarda, nell'occuparmi trent'anni fa di Salvio Giuliano², io ho posto l'opera deliberatamente da parte, non solo a causa dei sospetti avanzati dallo Himmelschein, ma anche perché mi è parso che i tre frammenti ci offrissero un contributo troppo esiguo ai fini di una ricostruzione, sia pure a titolo di « profilo », della personalità di Giuliano.

A. Torrent, tornando sul tema, in un libro che certamente non difetta di entusiasmo, difende con molta eloquenza il carattere giuliano del *liber de ambiguitatibus*, attraverso un'argomentazione che può essere, salvo errori, così schematizzata. Primo: i giuristi romani del principato pervennero, tutto sommato, ad una visione del diritto come scienza, e più recentemente ad una metodologia scientifica (quindi anche logica) nello studio del diritto, sì che non deve stupire ch'essi abbiano dato rilievo ai problemi dell'*ambiguitas iuris*, oltre che nel senso di diritto controverso tra i giuristi, anche nel senso di diritto in se stesso controversibile (perché scaturente da espressioni o manifestazioni obbiettiva-

* In *Iura* 23 (1972) 194 ss. (rc. a TORRENT, *Salvius Iulianus « liber singularis de ambiguitatibus »* [« Acta Salmanticensia », Derecho 31, Salamanca, 1971] p. 111).

¹ La contestano HIMMELSCHN, in *Symb. Lenel* (1935) 409 ss.; SCHULZ, *St. jurispr. rom.* (1945) [tr. it. 1968] 413 s.; WIEACKER, *Textstufen kl. Jur.* (1960) 173 nt. 248. La difendono REGGI, in *St. Parmensi* (1952) 126; VOGLI, *Dir. er. rom.*² (1963) 688 nt. 69; BUND, *Unters. z. Meth. Julians* (1965) 87 ss.; GANDOLFI, *St. sull'interpretaz.* (1966) 7 ss.; MAYER-MALY, in *Homen. Sanchez del Rio* (1967) 147 ss.; MIQUEL, in *ZSS.* 87 (1970) 105 ss.

² GUARINO, *Salvius Iulianus, Profilo bio-bibliografico* (Catania 1945) 31 s.

mente polivalenti). Secondo: Giuliano deve essere identificato, giusta la corrente dottrina, col personaggio di CIL. 8.24094 (= ILS. 8973), il quale (sia detto per inciso) fu anche *decemvir stlitibus iudicandis*, quindi membro (autorevole) di quel collegio giudiziario dei *centumviri*, che era specializzato in questioni ereditarie (e di libertà). Terzo: i frammenti del *liber de ambiguitatibus* non solamente sono criticamente inattaccabili, ma centrano lucidamente, e lucidamente risolvono, altrettante *ambiguitates iuris* in ordine a formulazioni testamentarie ed a formulazioni stipulatorie (materie notoriamente connesse in sede di *interpretatio prudentium*). Quarto: un grande giurista come Salvio Giuliano ha quindi trovato spiegabilmente gusto a raccogliere talune *ambiguitates iuris*, per poter dare una dimostrazione luminosa dei metodi, improntati essenzialmente alla logica stoica, in base ai quali egli le analizza e risolve. L'unica cosa che non si può chiarire è se l'opera *de ambiguitatibus* appartenga alla gioventù o alla maturità di Giuliano.

Malgrado il limitato numero delle pagine del libro, non mi è stato facile ricostruire questo schema essenziale, anzi non giuro che esso sia esatto. L'a., infatti, trascinato dall'entusiasmo di cui dicevo sopra, rincorre tutti gli argomenti che gli vengono a tiro per esprimere calorosamente in proposito il suo parere (sempre interessante, sia chiaro): il che lascia in chi legge una certa quale incertezza su quello che è rilevante ai fini del discorso generale e quello che non lo è (nonché, talvolta, annichilisce un lettore del mio calibro, così limitato, con certe incursioni nella logica simbolica, di cui è falsariga, commendevolissima, lo studio del Miquel). Ma, se il mio schema è attendibile, dirò subito, con riferimento ad esso, che, almeno a mio giudizio, la « scientificità » della giurisprudenza romana (cosa, oltre tutto, estremamente discussa e discutibile), nonché la classicità del termine e del concetto di *ambiguitas* (da chi mai posta in dubbio?), la « carriera » mortale di Salvio Giuliano (in ordine alla quale accettò cordialmente, entro i confini di questa recensione, le poche e svelte battute con cui vengono liquidate le mie pur sudate teorie) son tutti argomenti che non costituiscono un *prius*, ma costituiscono, se mai, un *posterius*, rispetto all'accertamento della classicità (meglio: della non-postclassicità), del carattere « scientifico » e della riferibilità a Giuliano (il Giuliano delle opere, non quello della bio-bibliografia) del *liber de ambiguitatibus*.

Il vero e solo problema (o, quanto meno, il problema di base e di partenza) del *liber singularis de ambiguitatibus* è costituito dal *liber singularis de ambiguitatibus*. E siccome di esso ci restano *pauca et dissecta membra*, il punto di avvio dell'indagine è di cercar di vedere se

quelle sparse membra appartengono verosimilmente ad un *corpus* unitario. D'accordo che a questo mondo, così come tutto è vanità, tutto è anche, in un certo senso, ambiguità. Ma sotto quale profilo l'autore del *liber singularis* ha individuato le *ambiguitates* di cui si occupa, e secondo quali criteri egli le ha discusse e risolte?

2. — Do anch'io per scontato che *ambiguitas* (come *ambiguus*, *ambigere* e via dicendo) sia termine cui non è lecito negare aprioristicamente la cittadinanza preclassica e classica. Mi limito solo, doverosamente, ad osservare che l'*aequitas non ambigua* di Ulp. 12 *ed.*, D. 26.7.1 *pr.*, assolutamente non appartiene, come dice invece l'a. (p. 35), al linguaggio dell'editto, ma fa parte di una « *laudatio edicti* » di Ulpiano (o di chi altro per lui). Ed altrettanto doverosamente osservo che, a prescindere dal titolo, *ambiguitas* figura nei nostri frammenti una volta sola, in D. 34.5.13 *pr.*, ma in una locuzione singolare che tra poco esamineremo, mentre è certo che a Giuliano non sfuggiva, nei *digesta* (Iul. 5 *dig.*, D. 30.79), il senso proprio e immediato di *ambiguitas*, come anfibia scaturente da una certa parola o da una certa connessione di parole (*Si quis testamento suo Titio et Seio decem dari iusserit, nullam haec verba recipiunt ambiguitatem, ut dena dixisse videatur, qui decem dixit*).

Tanto premesso, mi consenta l'a. di esprimere il mio dissenso dal suo modo di leggere criticamente (o meglio: acriticamente) le fonti, che è modo purtroppo sempre più diffuso in certa romanistica contemporanea, ma non perciò, a mio sommesso parere, meno condannevole. Ahimé, come temevo e come ebbi esplicitamente a scrivere in replica allo studio di M. Kaser sulla « credibilità » delle fonti giuridiche romane³, la grande e meritata autorità di uno studioso come Kaser sta proprio determinando (a prescindere da ogni contestazione, in questa sede, sui punti della sua argomentazione iperconservativa), sta proprio determinando, dicevo, l'effetto che io paventavo e che Kaser sicuramente non voleva: la pigrizia esegetico-critica di molti nostri compagni di lavoro⁴. Ormai, partendo dal presupposto (spesso addirittura dichiarato « *in limine* »: cfr., ad es., Wieling, *Testamentsauslegung im*

³ 1967, pubbl. in *La critica del testo* (1971) 291 ss.; ripubbl., con il titolo *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, e con sensibili correzioni di tiro, in *SAW*. 277 (1972).

⁴ Cfr. GUARINO, *Sulla credibilità della scienza romanistica moderna*, in *Atti Acc. Pontaniana* (1971), ripubbl. in *St. Donatuti* 1 (1973) 479 ss.

röm. Recht [1972] 2 ss.) che le alterazioni e interpolazioni testuali sono, al novanta per cento, solo formali, e comunque non innovative, molti romanisti i testi li accettano per come sono, deridendo rapidamente in nota quello sciagurato del Beseler e quegli altri visionari che gli hanno tenuto bordone per alcuni decenni della « belle époque » romanistica, e passano poi a spiegarli in qualche modo, spesso ingegnoso, talora plausibile, ma in ogni caso raramente affidante, almeno per chi tenga presente che (a voler tutto concedere) quel tale dieci per cento di interpolazioni sostanziali e addirittura innovative, pur tuttavia, deve esservi, e non è detto che non abbia inserito un suo tentacolo proprio lì, nel cuore di un testo che apparentemente presenta solo qualche disfunzione di forma.

Queste carenze di esegesi critica sono particolarmente spiacevoli quando lo studio del romanista non sia centrato su un istituto, ma su un giureconsulto e su una sua opera. Infatti, lasciando stare le improbabili caratteristiche di « superman » che certa romanistica di un tempo amava attribuire a tutti i giuristi classici, è quanto meno presumibile, fortemente presumibile che un giureconsulto classico di buona rinomanza non sia disceso, nella sua produzione scritta e pubblicata (quindi non espressiva di umori e impulsi estemporanei), al di sotto di un certo livello stilistico (di forma e di contenuto), e si sia comunque manifestato (in quella sua produzione) sempre (più o meno) eguale a se stesso, ed abbia almeno mantenuto un livello stilistico costante nelle singole opere che gli vengono attribuite. L'esegesi critica, anziché tralasciata o trascurata, deve essere dunque, in queste ricerche, addirittura esaltata. E nel caso di Giuliano, notoriamente eccellente tra i giureconsulti romani, ciò significa, con riferimento al *liber singularis de ambiguitatibus*, che l'ordine dei quesiti da porsi, sempre a mio personale avviso, doveva e deve aprirsi con l'esegesi critica, la più accurata e la più intransigente, dei frammenti rimastici.

3. — Siccome il mio proposito, in questa recensione, non è di scrivere una monografia sull'argomento, accetterò « a scatola chiusa » (così come ha fatto praticamente l'a., p. 68 ss.) la sottilissima esegesi dedicata dal Miquel ai paragrafi 2-6 di D. 34.5.13(14). La lettura del Miquel è esatta, siamo di fronte ad una egregia manifestazione di logica stoica nella individuazione delle *ambiguitates* scaturenti da certe formule stipulatorie e testamentarie. Si delinea così (sempre nell'ipotesi che le considerazioni del Miquel siano esatte) quello che dovrebbe essere il carattere dell'operetta: un'operetta in cui Giuliano (ed è un po' puerile chie-

dersi se il *liber singularis* sia o non sia « Jugendwerk »: quel che conta è che il giurista, da uomo maturo e affermato, non l'abbia rifiutato o rifiuto nei *digesta*) ha voluto dare un saggio di alta scuola interpretativa nel compatto di un breve rotolo di papiro.

Ma è confermata quest'« alta scuola » nei restanti brani del *liber*? Assolutamente no. Non è solo che quei brani sono evidentemente alterati, come molti autori, a cominciare dall'acutissimo Beseler, hanno già visto. Ancor più importante è che quei brani (peggio ancora se ritenuti ottusamente genuini) denunciano uno « stile » interpretativo che non è da Giuliano e che, in ogni caso, non ha nulla a che fare con l'elevatissimo stile (qui ipoteticamente accettato) che il Miquel crede di avere individuato nei paragrafi 2-6 di D. 34.5.13(14).

(a) In D. 28.6.31 pr. (cfr. p. 45 ss.) leggiamo che Tizio ha fatto una *substitutio filio* in questi termini « *quisquis mihi ex supra scriptis heres erit, idem filio heres esto* ». Si deve intendere per sostituto pupillare qualunque persona nominata nel testamento da Tizio (e vivente alla morte di costui), o sono chiamati a *substituti pupillo* (essendo il pupillo morto prima della pubertà) solo quelli tra gli eredi testamentari di Tizio che sono sopravvissuti alla morte del pupillo stesso? La soluzione, anziché essere basata sull'analisi della disposizione di Tizio, è fatta discendere da un ossequioso e neutrale *placuit prudentibus*. Possibile che il Giuliano-Miquel, di cui poc'anzi abbiamo ammirato (per ipotesi di lavoro) la spiccata e distinta personalità, abbia qui avuto questo abbassamento di pressione? È chiaro, direi, che il testo è alterato. D'altra parte, non è a credere che l'alterazione sia solo abbreviativa (nel senso cioè che un lettore postclassico abbia sintetizzato con un *placuit prudentibus* le molteplici citazioni *pro* e *contra* che, nella redazione originaria, possa aver fatto Giuliano). Se passiamo a leggere la soluzione, ci accorgiamo che essa (a parte ogni considerazione sulla forma e sulla sostanza) è del tutto pragmatica: malgrado sia ovvio che l'erede premorto al pupillo non abbia titolo per sostituirlo (*quamvis enim vivo pupillo heres esse desisset*), anch'egli può darsi che finisca per essere (considerato) *heres ex substitutione* a sèguito del possibile esito (*forte*) di una (eventuale) *querela inofficiosi*.

(b) In D. 28.6.31.1 (cfr. p. 49 ss.), strettamente collegato al brano precedente, Tizio ha due figli, Gaio pubere e Lucio impubere, e formula la *substitutio Lucio* in questi termini: « *si Lucius filius meus impubes decesserit, neque mihi Gaius heres erit, tunc Seius esto* ». Ancora con disciplinato richiamo all'autorità dei *prudentes*, si legge che il caso è da risolvere stavolta *non simili modo*. Ed infatti, se nel caso

precedente un qualche dubbio fugace poteva scaturire dalla formula dispositiva, qui l'*ambiguitas* (cheché si sforzi di dire l'a.) assolutamente non c'è.

(c) In D. 32.62 (p. 59 ss.) troviamo che Tizio, avendo due muli, fa questo legato: « *mulos duos, qui mei erunt cum moriar, heres dato* ». Al momento della morte egli lascia *nullos mulos* (dunque i due muli, nel frattempo, sono stati alienati o sono morti), ma lascia in compenso due mule. L'erede deve dare le due mule al legatario? La risposta è affidata ad un responso di Servio, il quale si pronunciò per l'affermativa, *quia mulorum appellatione etiam mularum continentur, quemadmodum servorum etiam servae 'plerumque' continentur*. Malgrado il *plerumque* delle schiave, il redattore del *liber singularis* spiega: *id autem eo veniet, quod 'semper' sexus masculinus etiam femininum continet*. Mettendo che il *plerumque* sia interpolato (qui mi limito volutamente a questo), il testo acquista certamente un senso filato, ma l'anfibolia implicata dal termine *mulus* non è risolta attraverso una discussione *ad hoc*, ma con un piatto richiamo a Servio.

(d) In D. 34.5.13 pr. (p. 72 ss.) si fa l'ipotesi di Tizio che ha dato 200 in deposito a Seio e poi così lega a suo favore: « *Seio cum ducentis quae apud eum deposui trecenta lego* ». Secondo il redattore del *liber singularis*, le singole somme separatamente prese *certam habent demonstrationem, coniunctione vero tali incidunt in ambiguitatem*. Il modo di esprimersi (relativo alle somme e non alle parole usate dal testatore) è quanto meno singolare. Più singolare ancora la (giusta) risposta affermativa: *sed dicendum est non trecenta, sed quingenta deberi, quia duae summae iunguntur*. La *coniunctio summarum*, che un momento prima era indicata come la ragione dell'*ambiguitas*, diventa un momento dopo la ragione (*quia ... iunguntur*) della soluzione per cui Seio ha diritto a 500. Il Giuliano-Miquel ancora una volta si impunta.

(e) In D. 43.5.13.1 (p. 72 ss.) Tizio lega in questi termini: « *fundum Seianum heres meus Attio cum Dione Maevii servo dato* ». Si dubita (*dubitatur quidem*) se l'erede debba procurare il fondo ad Attio e a Dione (collegatari), oppure se egli debba procurare ad Attio il fondo e Dione. La risposta, non argomentata, è nel secondo senso (*sed magis dicendum est*), con l'aggiunta di un *maxime si nullas iustas causas habuit Dioni legandi*, che persino l'a. (p. 76) concede che « *podria admitirse con alguna verosimilitud* » essere di origine glossematica.

4. — No, non mi sembra proprio che i frammenti ora riferiti siano di Giuliano, e tanto meno coerenti col Giuliano « loico » supposto,

sulla base di D. 34.5.13.2-6, dal Miquel. Le *ambiguitates* ci sono anche in essi, ma sono *ambiguitates* pretestuose di terz'ordine, cioè, più precisamente, sono « occasioni » di controversie giurisprudenziali (di *ius ambiguum* o *controversum*) derivate essenzialmente dalla pratica, come mille altre analoghe questioni puntigliose del genere, che i giuristi romani hanno discusso essenzialmente in via di casistica. Anche il caso dei muli deve essere stato affrontato da Servio non tanto per l'*ambiguitas* del termine « *mulus* » quanto perché si è dato il caso che Tizio testatore *duos mulos habebat* nel momento di testare.

Al lume di queste constatazioni che cosa concludere? Io concluderei che, proprio se è vera l'eccellenza di D. 34.5.13.2-6 segnalata dall'« expertise » del Miquel, il resto è di lega tanto vile, da invitare quasi perentoriamente a ritenere il *liber singularis de ambiguitatibus* un raffazzonamento postclassico di testi vari disposti tutt'intorno a quel gioiello di logica stoica: tesi di F. Schulz e di F. Wieacker. Se poi, come ha sostenuto il Himmelschein, tra tutti i brani del *liber singularis regularum* proprio i paragrafi 2-6 di D. 34.5.13 sono i meno pregevoli, allora l'unità « stilistica » del *liber singularis de ambiguitatibus* finalmente si ritrova, ma ad un livello davvero terra-terra: sí che il dubbio circa la confezione postclassica dell'opera è lecito, almeno in alternativa col dubbio che vi sia stato un originale classico del *liber de ambiguitatibus*, ma che di quest'originale sia giunta a noi un'edizione postclassica fortemente alterata e in più luoghi banalizzata.

Così come la presenta l'a., la tesi della sicura genuinità (ed eccellenza) dell'opera (lo dirò con parole che ho avuto in dono da lui, p. 42) « no es de ninguna manera persuasiva ».

« LIBRI AD »

1. — *Libri ad* è intestazione frequente di opere giurisprudenziali romane¹. Quando l'*ad* è seguito dall'indicazione di un testo normativo (editto, legge, senatoconsulto e via dicendo), nessun dubbio che si tratti di opere di commento a quel testo². Quando l'*ad* è seguito dal nome di una persona, sorge il problema, sopra tutto ove questa persona non sia o non risulti essere un precedente giurista³, se si tratti di opere « dedicate », anziché di commentari⁴. Le singole questioni sorte a questo proposito sono troppo note, per dover essere ricordate⁵.

La legittimità del quesito circa il carattere eventualmente dedicatorio dei *libri ad* fu contestata dallo Schulz, nella sua *History*, in quanto non sarebbe documentato dalle fonti alcun caso di dedica⁶. Ma dall'edizione postuma del manoscritto tedesco dell'opera apprendiamo che l'attentissimo autore postillò questa sua prima affermazione con le seguenti parole: « Falsch: D. 14.3.5.1, 50.16.234.2. Aber *ad Brutum* heisst wohl *ad opus quoddam Bruti* und *ad Atticum* in einem Brief »⁷. Strana, contraddittoria postilla, composta di una negazione del primo insegnamento, subito seguita da una giustificazione del medesimo, quindi dalla sua

* In *Synt. Arangio-Ruiz* (1964) 768 ss.

¹ Per un elenco completo, non vi è che da rinviare a LENEL, *Pal. passim*.

² Ampiamente, sul punto, SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961) 225 ss., special. 229 ss.

³ A maggior ragione nell'ipotesi delle *Pauli sententiae ad filium* (cfr. KRÜGER, *Coll.* 2.45; SCHULZ [nt. 2] 214 nt. 1), in cui il carattere dedicatorio dell'opera è addirittura ovvio. V. *infra* nt. 9.

⁴ Parlo di « commentari » in senso generico, cioè nel senso di opere che comunque abbiano preso spunto dal contenuto e dall'ordine delle materie di opere giurisprudenziali precedenti. *Amplius*, sul punto, SCHULZ (nt. 2) 252 ss.

⁵ Per i libri di Giuliano *ad Minicium* e *ad Urseium Ferozem*, cfr., particolarmente, GUARINO, *Salvius Iulianus* (1945) 36, 48. Per i libri *ad Vitellium* di Sabino, cfr., da ultimo, GUARINO, « *Ad Vitellium* », in *BIDR.* 66 (1963) 1 ss.

⁶ SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (1946) 210 e nt. 5.

⁷ SCHULZ (nt. 2) 261 nt. 7.

riconferma: essa fu scritta, forse, in due tempi⁸. Comunque, la postilla autorizza a porsi il quesito circa il preciso valore delle citazioni contenute nei due frammenti indicati dallo Schulz⁹.

2. — Cominciamo con:

D. 14.3.5.1 (Ulp. 28 ed.): *Nam et Servius libro primo ad Brutum ait, si quid cum insulario gestum sit vel eo, quem quis aedificio praeposuit vel frumento coemendo, in solidum eum teneri.*

Ai nostri fini conta che Servio affermò qualcosa *libro primo ad Brutum*¹⁰. Si è sempre creduto che l'opera di Servio fosse *ad Brutum* perché dedicata a questo giurista¹¹. È plausibile la tesi che si trattasse, invece, di opera di commento ad una precedente trattazione di Bruto?

Riterrei di no. Per quel che sappiamo, i *libri ad Brutum* di Servio Sulpicio Rufo sono relativi all'editto pretorio¹²; lo conferma la citazione di Ulpiano *ad edictum*, lo conforta il contenuto del passo in esame, relativo all'*actio institoria*¹³. Invece, Bruto scrisse *libri tres de iure civili*¹⁴, presumibilmente alieni dai problemi dell'*actio institoria*. Né è a supporre che Bruto abbia potuto scrivere anche *libri ad edictum*, poi ripubblicati con note di Servio, perché risulta cosa ben diversa da:

D. 1.2.2.44 (Pomp. *l.s. enchir.*): *Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit.*

L'opera di Servio fu, dunque, l'unico precedente di quella di Ofilio (il quale *de iurisdictione... edictum praetorum primus diligenter com-*

⁸ O la difesa della prima interpretazione (« Aber *ad Brutum* heisst *rell.* ») appartiene agli editori del manoscritto tedesco? Stando alla posizione delle virgolette di chiusura, sembrerebbe di no.

⁹ Lasciamo deliberatamente da parte la questione delle *Pauli sent. ad filium*, opera probabilmente apocrita e di confezione postclassica (v. *retro* nt. 3).

¹⁰ Il passo riguarda l'*actio institoria* ed è addotto da Ulpiano per giustificare l'ampia accezione dell'*institor*: « *cuicumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur* » (cfr. D. 14.3.5 pr.). Probabile glossema postclassico, a mio avviso, « *vel frumento coemendo* » (che c'entra?). *Insularius* non può avere il senso generico di abitante o di locatario dell'edificio, perché è discutibile che l'esercizio dell'*actio institoria* contro il *dominus* fosse giustificato anche dai *gesta* di un semplice occupante o inquilino. Forse *insularius* indica lo schiavo preposto usualmente all'amministrazione dell'edificio (cfr. HEUMANN-SECKEL, *shv.*), mentre la frase che segue (« *vel eo rell.* ») indica l'ipotesi meno usuale di altri *praepositi* in istato di libertà.

¹¹ Cfr. BREMER, *Iurispr. antehadr.* 1 (1894) 230 s.

¹² Cfr. LENEL, *Pal.* 2.322 nt. 4.

¹³ V. *retro* nt. 10.

¹⁴ Cfr. Pomp. *enchir.* D. 1.2.2.39; Gell. 17.7.3. V. anche LENEL, *Pal.* 1.78.

posuit)¹⁵. Commento ad un'opera edittale di Bruto non poté, evidentemente, essere. Fu opera dedicata a Bruto, allo scopo, indicato dal sottotitolo¹⁶, di integrare la trattazione civilistica di Bruto con brevi richiami alla disciplina edittale.

3. — Per la citazione di « *Ofilius ad Atticum* » l'alternativa del commentario non è configurabile, perché nessuno può negare che Attico certamente non fu un giurista¹⁷, né alcuno è autorizzato a supporre che sia esistito un altro Attico giureconsulto.

D. 50.16.234.2 (Gai. 2 XII tab.): *Verbum « vivere » quidam putant ad cibum pertinere: sed Ofilius ad Atticum ait his verbis et vestimenta et stramenta contineri, sine his enim vivere neminem posse.*

L'ipotesi che il parere di Ofilio, quale che esso sia stato¹⁸, fosse espresso in una lettera ad Attico¹⁹ sfiora i confini dell'assurdo. Ofilio fu contemporaneo di Attico, d'accordo. Ma ben difficilmente di questa sua lettera avrebbe avuto nozione Gaio, due secoli dopo, salvo che essa non fosse stata a suo tempo pubblicata. Posto, quindi, che Ofilio, o chi per lui, avesse edito una sua raccolta di lettere *ad Atticum*, come altrimenti qualificare questa raccolta, trattandosi di lettere provenienti da un giurista e indirizzate ad un laico, se non come un'opera giuridica « dedicata » *ad Atticum*?

Molto più credibile è che Ofilio, lettere a parte, abbia dedicato all'influente amico Attico una sua trattazione, di argomento e di ampiezza imprecisabili²⁰.

4. — Le conclusioni ora raggiunte non agevolano la soluzione del vecchio problema dei libri di Sabino *ad Vitellium*. Anzi, la allontanano, in modo forse decisivo, dalle nostre attuali possibilità²¹.

¹⁵ Cfr. GUARINO, *SDR.*³ (1963) 291.

¹⁶ Cfr. Pomp. D. 1.2.2.44 cit.: « ...libros ...ad edictum subscriptos... ». Non corretta sembra, pertanto, l'intestazione ricostruita dal Lenel (nt 12): *libri ad edictum (ad Brutum)*.

¹⁷ Si allude a T. Pomponio Attico, l'amico di Cicerone, i cui rapporti con Ofilio sono attestati da Cic. *ad Att.* 13.37.4. Cfr. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des röm. Rechts*² (1912) 69 e nt. 45.

¹⁸ Si tratta palesemente di una interpretazione di XII tab. 3.4; cfr. RICCOBONO, *Leges*² 33.

¹⁹ V. *retro* n. 1 e nt. 7.

²⁰ LENEL, *Pal.* 1.798 s. (cfr. particolarmente 798 nt. 3), ipotizza l'identità dell'opera *ad Atticum* con i *libri de legibus*, di cui parla Pomp. *enchir.* D. 1.2.2.44.

²¹ Sulla questione, da ultimo, GUARINO, « *Ad Vitellium* » (nt. 5) n. 7.

Come è noto, i *libri ad Vitellium* di Paolo hanno tutta l'aria di essere in realtà un commentario ai *libri ad Vitellium* di Sabino²². La mancanza di ogni notizia circa un Vitellius giurista pone, a sua volta, il quesito se i *libri* di Sabino siano stati anch'essi, a loro volta, un commentario ad opera giurisprudenziale precedente, o se invece essi siano una trattazione autonoma, dedicata da Sabino ad un suo contemporaneo Vitellio. Né è mancato chi, sul piano dell'ipotesi, ha creduto di poter identificare la persona onorata della dedica di Sabino²³.

Il problema, dicevamo, è, allo stato, insolubile²⁴. Tuttavia, mi si consenta di esporre in questa sede una considerazione, peraltro priva di valore obbiettivo, che ho deliberatamente taciuto altrove e che mi spinge a ritenere, nell'intimo, che un Vitellio giurista sia esistito e che i *libri ad Vitellium* di Sabino fossero appunto un'opera di commento all'opera sua. Non ho difficoltà ad ammettere che Paolo abbia intitolato, per breviloquenza, *libri ad Vitellium* quelli che erano in realtà i *libri ad Sabinum ad Vitellium*. Ma avrebbe Paolo adottato questo titolo abbreviato, se avesse saputo (ed era certamente in condizione di saperlo, all'epoca sua) che i *libri ad Vitellium* di Sabino non erano essi stessi un commentario a Vitellio, ma un'opera dedicata ad un Vitellio amico? Penso di no. Penso ch'egli avrebbe evitato di creare l'equivoco di un commentario, sia pure indiretto, ad un Vitellio, che non era giurista e che non aveva scritto opere di diritto.

Ma questa è logica. « Un personaggio celeberrimo di Edgardo Poe affermava la possibilità di dedurre a rigor di logica qualunque fatto ignoto, perfino il nome che Achille portava quando in vesti muliebri filava fra le ancelle di Onfale. Può darsi: ma occorrono, se mai, ben altri strumenti da quelli di cui dispone il giurista »²⁵.

²² GUARINO (nt. 21) nt. 104.

²³ Si tratterebbe di P. Vitellius, *procurator rerum Augusti*, avo dell'imperatore Vitellio: BREMER (nt. 11) 375 ss.; DI MARZO, *Di una recente congettura sull'indole dei « libri ad Vitellium » di Masurio Sabino* (1899). *Contra*, per tutti, SCHULZ (nt. 2) 261 e nt. 7.

²⁴ GUARINO (nt. 21) n. 7.

²⁵ ARANGIO-RUIZ, *Parerga, Note papirologiche ed epigrafiche* (1945) VII.

DIVAGAZIONI MASURIANE

1. — Vi è una lettera di Marco Aurelio a Frontone, scritta da Napoli nel 143 d.C. durante il consolato di quest'ultimo¹, la quale, se mi è lecito azzardare un giudizio, è una delle più stiracchiate tra quelle che il giovane Cesare, « carattere serio e riservato sin dalla più tenera infanzia »², si imponeva con somma diligenza di indirizzare al suo tuttora amatissimo maestro di retorica³.

L'epistola⁴, che segue da vicino alcune missive precedenti⁵, comincia col dire che dall'ultima volta non è accaduto nulla di importante e che le giornate sono trascorse l'una dopo l'altra nel solito « tran tran »; prosegue affermando che anche la nostalgia che Marco ha di Frontone è quella di sempre, poi, con peregrina trovata, si corregge per precisare che no, che il rimpianto di Frontone si è andato accrescendo giorno per giorno, così come dice in termini vegetariani Laberio dell'amore: « l'amor tuo cresce rapido come un porro, saldo come una palma »⁶.

* Rielaborazione (1978) di un articolo dallo stesso titolo, destinato agli *Scritti in memoria di A. Auricchio*, e pubblicato in *Labeo* 20 (1974) 370 ss.

¹ Frontone fu *consul suffectus* per i mesi di luglio e agosto del 143 d.C. Consoli ordinari, e perciò eponimi, di quell'anno furono C. Bellicio Torquato e Ti. Claudio Erode Attico. Cfr. CIL. 8.5350 = ILS. 2928 (epigrafe trovata a Guelma, in Numidia, città vicina a Cirta: arriva sino alla pretura). Del consolato si ha conferma epigrafica in ILS. 1129.

² HA. *Vita Marci* 2.1: *a prima infantia gravis*. Su Marco Aurelio, da ultimo: A. BIRLEY, *Mark Aurel: Kaiser und Philosoph*² (1977, tr. dall'inglese, 1966).

³ M. Cornelio Frontone fu assegnato come maestro di retorica al giovane Marco Aurelio verso il 138. Verso il 143 divenne maestro anche di Lucio Vero. Nel 147, con grande dolore di lui, Marco Aurelio abbandonò lo studio della retorica per dedicarsi alla filosofia.

⁴ *Epistularum libri ad M. Caesarem et invicem* 2.8 (VAN DEN HOUT).

⁵ Dato che la lettera è indirizzata a Frontone console (*M. Aurelius Caesar consuli et magistro salutem*), essa è del bimestre luglio-agosto (v. *retro* nt. 1), così come dello stesso periodo sono varie altre lettere egualmente indirizzate al console Frontone.

⁶ « *Amor tuus tam cito crescit quam porro, tam firme quam palma* »: frase che, ovviamente, a Marco Aurelio pare bellissima. Laberio è probabilmente Laberio De-

Davvero a questo punto potrebbe bastare, se lo scrupolo del componimento da sottoporre al maestro non si facesse visibilmente vivo. « Vorrei scriverti molte piú cose, ma non ho nulla sotto mano: ecco quel che mi viene in mente »⁷. E gli viene in mente, a Marco, di dedicare cinque o sei righe agli encomiografi greci, uomini veramente straordinari (*miri mortales*) che ha praticato a Napoli, avviandosi sulla loro scia (*illis comparatus*) ad eguagliare nel suo eloquio greco l'eloquentissimo Teopompo⁸. Ma la lettera è ancora troppo breve, ed è fortuna che viene a salvare la situazione l'argomento Napoli. In modo non lontano da Plinio, in un ben noto passo della *naturalis historia*⁹, il principe si mette a parlare del clima napoletano e della sua estrema variabilità¹⁰. È un clima che quasi ad ogni mezz'ora diventa prima piú fresco, poi piú caldo, magari poi piú rigido¹¹: tiepido a mezzanotte come a Laurento, frescolino come a Lanuvio nell'ora in cui i galli cantano, dall'alba al sole alto gelido come presso l'Algido, soleggiato come a Tuscolo prima di mezzogiorno, a mezzodì ardente come a Pozzuoli, ma poi sempre piú mite come a Tivoli man mano che sopravviene il tramonto. E cosí avanti la sera, sino ad ora inoltrata, « quando, come dice Marco Porcio, cade su tutto la notte profonda »¹².

La citazione di Catone, che proprio in quelle settimane doveva essere la lettura preferita di Marco Aurelio¹³, rappresenta per l'allievo di

cimo, il mimografo del sec. I a. C., ma può essere anche il *vates Laberius* (II sec. d. C.) di CIL. 6.13528: cfr. SCHANZ-HOSTIUS, *Gesch. d. röm. Literatur* 1⁴ (1927) 257 ss. e 3³ (1922) 48.

⁷ *Volo ad te plura scribere, sed nihil súppetit*: 2.8.2.

⁸ Cfr. 8.2.2.

⁹ Plin. *n. b.* 3.5.40-41.

¹⁰ Cfr. 8.2.3.

¹¹ *In singulis scripulis horarum frigidius aut tepidius aut horridius fit*.

¹² *Id vespera et concubia nocte, 'dum se intempesta nox', ut ait M. Porcius, 'praecipitat', eodem modo perseverat*: 2.8.3. i. f.

¹³ L'ipotesi che Marco Aurelio abbia citato un detto di M. Porcius Latro (su cui v. SCHANZ-HOSTIUS [nt. 6] 2⁴ [1935] 347 s.) è stata validamente respinta, oltre un secolo fa, da H. E. DIRKSEN, *Beiträge zur Auslegung einiger Stellen in des Corn. Fronto Reden und Briefen*, ripubbl. in *Hinterlassene Schriften zur Kritik und Auslegung der Quellen römischer Rechtsgeschichte und Alterthumskunde* 1 (1871, rist. 1973) 243 ss. In *epist.* 2.4, scritta probabilmente pure da Napoli nello stesso giro di tempo (cfr. R. HANSLIK, *Die Anordnung der Briefensammlung Frontos, in Commentat. Vindobonienses* 1 [1935] 27), Marco scrive: «*Ego ab hora quarta et dimidia in hanc horam scripsi et Catonis multa legi rell.*». Cfr. M. Porcius Cato, *Inc. lib. rel.* p. 86 (JORDAN).

retorica quel che si potrebbe definire un bel colpo. Palesemente soddisfatto dall'elegante sfoggio di cultura, Marco chiude la lettera con parole che meritano di essere fedelmente trascritte: «*Sed quid ego, me qui puccula scripturum promisi, deliramenta Masuriana congero? Igitur vale, magister benignissime, consul amplissime, et me quantum amas tantum desidera*»¹⁴.

2. — «*Deliramenta Masuriana*». Non vi è da dubitare che Frontone abbia gustato appieno le sottili allusioni certamente implicate dai *deliramenta Masuriana*. Ma per noi, che viviamo tanto fuori da quei tempi, la situazione è diversa. Che cosa sono questi «*deliramenta*»? E perché poi «*Masuriana*»?

«*Deliramenta*» viene generalmente tradotto con «*delfri*» o «*vagheggiamenti*»¹⁵, oppure con parole e locuzioni che fanno pensare alla minuziosità o alla sofisticheria¹⁶. Da questa cerchia di significati, per quanto mi risulta, non vi è nessuno che esca ed è in relazione ad essa che, sin dai tempi di Angelo Mai, scopritore dei manoscritti di Frontone¹⁷, la gran parte degli autori ritiene che «*deliramenta Masuriana*» sia un'allusione spregiativa, o quanto meno ironica, al giurista Masurio (o Massurio) Sabino, il celebratissimo autore dei *libri tres iuris civilis*, fiorito nell'epoca che va da Tiberio a Nerone¹⁸. «Evidentemente, stando a questo accenno, (Sabino) fu scrittore verboso e prolisso»: così commenta, ed ha l'aria di spiegare, una studiosa del testo¹⁹.

Senonché la spiegazione basata sull'ipotesi di un Sabino logorroico fa a pugni con quel che sappiamo e possiamo sicuramente intuire in ordine al vero Masurio Sabino: il quale la fama se l'era meritata proprio per il rigore dei suoi ragionamenti e, aggiungerei, per la stringa-

¹⁴ Ep. 2.8.4: «Ma perché io, che avevo detto di poter scrivere poche cosette, vado accumulando *deliramenta Masuriana*? Addio, dunque, o maestro tanto benevolo, console onorevolissimo, e desiderami quanto mi ami». Marco Aurelio si ricorda di aver detto poco prima di voler parlare di molte più cose, ma di non averne da raccontare.

¹⁵ Così F. PORTALUPI nella traduzione italiana contenuta in *Opere di Marco Cornelio Frontone* a cura di F.P. (1974) 105.

¹⁶ «*Minutiöse Schreibart*»: DIRKSEN (nt. 13) 244. «*Haarspaltereien*»: D. NÖRR, *Rechtsskritik in der römischen Antike*, in BAW. 77 (1974) 86.

¹⁷ La scoperta avvenne, o meglio fu divulgata in edizione a stampa, nel 1815.

¹⁸ Su lui, per tutti: A. GUARINO, *Storia del diritto romano*⁵ (1975) 470 ss. Il riferimento a Masurio Sabino è stato fatto già da A. MAI.

¹⁹ PORTALUPI (nt. 15) 104 nt. 51.

tezza della sua prosa. Un uomo che era stato capace di selezionare e condensare la sua vastissima esperienza di *ius civile* in tre soli libri²⁰ non poteva essere accusato di prolissità e di vaneggiamenti da nessuno. Né è pensabile che un giovane accostumato e serio, qual era, fin troppo, Marco Aurelio, lo abbia deriso sotto questo profilo, oppure per il fatto che, essendo indubitabilmente molto sottile, come si addice ad un giurista, si esponeva al pericolo di essere considerato, solo però dagli sciocchi, un pedante od un acchiappanuvole²¹.

L'acutissimo Dirksen qualche rilievo del genere l'ha fatto, bisogna dirlo, oltre un secolo fa²², ma ha aggiunto dell'altro. Alla ricercatezza di cui dà prova Marco Aurelio in tutto ciò che precede l'ultimo paragrafo della sua lettera a Frontone non si confà, secondo lui, la citazione di un arido giurista, ma si addice piuttosto il richiamo di qualche poeta del presente o del passato da mettere in compagnia di Catone, che è stato citato poc'anzi proprio nella sua veste di poeta²³. Di qui l'ipotesi che i « *deliramenta Masuriana* » si riferiscano ad un oscuro poeta del secondo secolo, Aulo Sabino, di cui va presunta l'appartenenza alla *gens dei Masurii*²⁴.

Con tutto il rispetto per il Dirksen, l'ipotesi mi sembra piuttosto stentata. A parte l'improbabilità della tesi che in questa sua lettera Marco, giovanile ma non puerile, si sia fatto carico di citare esclusivamente poeti²⁵, va rilevato che, mentre i poeti sono addotti con riferi-

²⁰ Cfr. LENEL, *Pal.*, Sab. 3-6 e inoltre, per buona parte, 18 ss.

²¹ V. invece NÖRR (nt. 16) 86, che indica i « *deliramenta Masuriana* » tra i pochissimi casi che gli è riuscito di reperire nelle fonti, prescindendo dalle precipitose valutazioni dei filosofi (per le quali rinvio a GUARINO, « *Ineptiae iurisconsultorum* », in *Inezie di giureconsulti* [1978] 9 ss.), di « Ironie und Spott » dei non giuristi nei riguardi dei giuristi. Al Nörr replicherei, inoltre, che i molti riferimenti, anche critici, di Aulo Gellio, nelle sue *Noctes Atticae*, a Masurio Sabino non sono tali da poter essere addotti a prova di una considerazione meno che rispettosa del grande giurista.

²² In replica ad A. Turnebi: cfr. DIRKSEN (nt. 13) 244 nt. 7a.

²³ Per il *carmen de moribus*: cfr. DIRKSEN (nt. 13) 244 nt. 6a. Cfr. SCHANZHOSIUS (nt. 6) 1⁴ (1927) 182 s.

²⁴ DIRKSEN (nt. 13) 245: « Vielleicht war dies der Dichter A. Sabinus, der dem Masurischen Geschlecht angehört zu haben scheint ».

²⁵ Oltre il Laberio di cui *retro* nt. 6 e il Catone di cui *retro* nt. 13, Marco Aurelio cita, nel paragrafo 3, un Cecilio (*Igitur paene me Opicum animantem ad Graecam scripturam perpulerunt 'homines', ut Caecilius ait, 'incolumi scientia'*), che è probabilmente Cecilio Stazio (su cui v. SCHANZHOSIUS [nt. 6] 1⁴ [1927] 101 ss.): del fatto che si tratti di tre poeti (o, più esattamente, di tre autori citati in relazione a loro componimenti poetici) va dato atto al Dirksen.

mento alle cose buone che hanno scritto, Masurio è adombrato in senso tutto diverso, con riferimento ai *deliramenta*. Prima di far capo al poeta Sabino, perché non ci domandiamo se i « *deliramenta Masuriana* » hanno un senso accettabile, e confacente alla sostanziale serietà di Marco Aurelio, pur se coinvolgono la venerata memoria del giurista Sabino?

3. — Cominciamo da « *deliramenta* ». La traduzione con vaneggiamenti, pedanterie *et similia* corrisponde al senso che la parola assume in molti autori citati dai lessici²⁶, ma forse, nel caso specifico di Marco Aurelio, sopra tutto quando questi si esercita a scrivere a Cornelio Frontone, non è esatta.

Non dobbiamo dimenticare che l'insegnamento di Frontone era essenzialmente rivolto al gusto del parlar semplice e piano, con scelta ricercata dei termini propri e immediati per ogni oggetto del discorso retorico. A molti studiosi moderni questo impegno è parso troppo modesto e addirittura banale²⁷, ma è ben certo che i contemporanei e gli immediati posteriori di lui lo apprezzarono moltissimo anche per reazione ad una sorta di imbarocchimento di cui la lingua latina aveva sofferto dopo i tempi aurei di Cicerone e di Cesare²⁸. In una ben nota lettera a Marco Cesare, reputata una delle fonti più rilevanti per la conoscenza della sua dottrina²⁹, Frontone, che forse già si cruccia delle simpatie crescenti dell'allievo verso la filosofia, mette chiaramente in guardia Marco contro le imprecisioni e le approssimazioni comportate da una conoscenza non rigorosa di discipline diverse dalla sua³⁰ ed esclama che, « mentre nelle altre arti tu puoi mascherarti ogni tanto e puoi essere considerato in

²⁶ FORCELLINI, *Lexicon t. L. shv.*

²⁷ Per un ragguaglio: PORTALUPI (nt. 15) 11 ss.

²⁸ Gellio lo dice non solo di sé (*n. a.* 19.8.1), ma degli uomini di cultura dei suoi tempi (*n. a.* 13.29.5) e persino del suo ammiratissimo Favorino di Arelate (*n. a.* 2.26.1 ss.), al quale attribuisce, ad un certo punto (*n. a.* 1.10.4), anche la citazione di un brano del perduto *Caes. de anal.*: *habe semper in memoria atque in pectore, ut tamquam scopulum sic fugias inauditum atque insolens verbum*. Altro discorso è quanto abbia giovato in concreto, alla chiarezza e naturalezza del discorso di stile frontoniano, il « purismo » della parola esatta al posto esatto.

²⁹ Fronton. *ep. ad M. Caes.* 4.3 (del 144 d. C.?).

³⁰ Cfr. 4.3.1: *... philosophiae quoque disciplinas aiunt satius esse numquam attingisse quam leviter et primoribus, ut dicitur, labiis delibasse, eosque provenire malitiosissimos, qui in vestibulo artis obversati prius inde averterint quam penetraverint*. Purtroppo per Frontone, Marco Aurelio intese l'ammonimento a rovescio: invece di lasciar stare gli studi filosofici, finora delibati a fior di labbra, vi dette progressivamente sempre più e sempre più esclusivamente dentro.

certo qual modo esperto di ciò che ignori, nella scelta e collocazione delle parole l'inesperto vien subito alla luce, né può insistere a parlare senza rivelare di essere ignaro di vocaboli, di pesarne male il significato, di valutarli avventatamente, di utilizzarli in modo sconsiderato e di non saperne comparare né la convenienza né l'efficacia »³¹. Ed è molto interessante che, sempre in questa lettera, segua più in là, a titolo di esempio, una serie di esercizi quasi funambolici sui grandi mutamenti di significato che si connettono, in parole di struttura quasi uguale, a piccoli mutamenti di sillabe o di lettere³².

Bene. L'allievo di tanto puntiglioso linguista difficilmente avrà, a sua volta, voluto chiamare « delíri », o « vaneggiamenti », quelle sue notizie sugli ambienti e sul clima di Napoli che, esatte e puntuali in sé, rappresentavano nella lettera a Frontone soltanto delle divagazioni. Perché allora Marco Aurelio ha parlato di *deliramenta*? Ma è chiaro. Lo ha fatto per colmo di finezza filologica: perché « *deliramenta* », alla lettera, è l'uscita dal solco, dalla *lira*³³, e perché il traslato ad esso più vicino, ed elegantemente vicino, non è quello di vaniloquio, e tanto meno quello di pedanteria, ma è quello, appunto, di deviazione o di divagazione³⁴.

Se la mia interpretazione è esatta, il senso di « *deliramenta* » perde quella carica dispregiativa che solitamente dagli interpreti e dai traduttori gli si assegna. Marco non si scusa con Frontone per aver vaneggiato, ma solo per aver divagato, o in altri termini per essersi abbandonato a troppe e non strettamente necessarie « variazioni sul tema », sul tema Napoli intendo.

4. — Resta da intuire perché mai le sue divagazioni su Napoli Marco le chiami « masuriane », di tipo masuriano.

Il primo riferimento che torna in esame è quello a Masurio Sabino.

³¹ Cfr. 4.3.1 i. f.: *Tamen est in aliis artibus ubi interdum delitiscas et peritus paulisper habere quod nescias. in verbis vero eligendis conlocandisque ilico dilucet nec verba dare diutius potest, quin se ipse indicet verborum ignarum esse, eaque male probare et temere existimare et inscie contrectare neque modum neque pondus verbi internosse.*

³² Cfr. 4.3.4 (*colluere* per lavare la faccia, *pelluere* per i pavimenti dei bagni, *lavere* per le lacrime sulle guance, *lavare* per i panni, *abluere* per il sudore e la polvere, *eluire* per le macchie ecc.), ma v. anche i paragrafi successivi.

³³ FORCELLINI, *Lexicon* sv. « *deliro* ». « *Deliramenta* » nel senso di « stravaganze » è un traslato che si trova in Plaut. *Capt.* 596 e altrove.

³⁴ Cfr. Colum. *r. r.* 2.4.8 e 2.8.3.

Tuttavia, anche se ora sappiamo che il richiamo non ha valore dispregiativo, egualmente risulta difficile applicarlo al conciso Sabino dei *libri tres iuris civilis*³⁵. Se mai, un tantino meno asciutti devono essere stati, di Masurio Sabino, i *libri memorialium*, almeno undici, di cui abbiamo solo conoscenza per vie indirette³⁶; ma anche in essi non sembra che Sabino abbia insistentemente divagato, o comunque discorso a lungo senza un preciso motivo³⁷. D'altronde, prima di appigliarmi al poeta (o poetastro) Aulo Sabino, che oltre tutto non è detto avesse *nomen* di Masurio³⁸, mi guarderei un po' meglio in giro, nei tempi tra il principato di Adriano e quello di Antonino Pio, in cui Marco Aurelio e Frontone colloquiavano tra loro.

A questo punto osserverei (non è difficile, in fondo) che in quei tempi la fama di Masurio Sabino, nonostante che egli fosse morto da tempo, era altissima: tanto alta, che ogni buon giurista dell'epoca si rifaceva ai suoi sobri insegnamenti non solo per citarli, ma anche per « svolgerli » in numerose nuove applicazioni, cioè per divagare, nel senso migliore della parola, « *ex Sabino* » o « *ad Sabinum* »³⁹. In particolare, chi non sa che giusto sotto Adriano (e i primi anni, forse, di Antonino Pio) il giurista Sesto Pomponio pubblicò, può darsi a puntate, ben trentacinque (o trentasei) libri « *ex Sabino* », cioè di variazioni su lemmi estratti uno per uno dai tre soli *libri* del grande Masurio?⁴⁰

³⁵ V. *retro* n. 1.

³⁶ Sui *memorialium libri*, per tutti: E. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt* 2.1 (1898) 367 ss. L'opera è ricordata da Gellio, Macrobio, Paolo e sembra essere stata utilizzata da Plinio il Vecchio.

³⁷ Non mancano nei *memorialia* gli aneddoti, o più precisamente le brevi narrazioni di episodi, ma il loro ricordo sembra essere stato fatto sempre « *pour cause* ». Non bisogna dimenticare, infatti, che l'opera è relativa essenzialmente a temi di *ius publicum* e di *ius sacrum*: due settori dell'ordinamento romano che erano assai scarsi di precisi principi normativi e per la trattazione dei quali valeva, in certo senso, il canone « *ex facto oritur ius* ».

³⁸ Si ricordi, ad esempio, il giurista Celio Sabino, cos. suff. 69 d. C., che non era Masurio, ma era Cn. Arulenus Caelius Sabinus: cfr. W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*² (1967) 131 ss.

³⁹ Per un quadro sommario: GUARINO (nt. 18) 463. Oltre Pomponio (*infra* nt. 40) avrebbero scritto più tardi *libri ad Sabinum* anche Paolo ed Ulpiano. L'autorità di Sabino (alla quale si riferisce, ad esempio Pers. *Sat.* 5.88-90: *Vindicta, postquam meus a praetore recessit, / cur mihi non liceat, iussit quodcumque voluntas, / excepto, si quid Masuri rubrica notavit?*) dovette essere particolarmente ribadita sul giovane Marco Aurelio dal suo maestro di diritto Volusio Meciano (cfr. HA. *vita Marci* 3.6): così giustamente NÖRR (nt. 16) 86 nt. 32.

⁴⁰ Cfr. GUARINO (nt. 18) 477 s. e, più in particolare: P. KRÜGER, *Geschichte*

Qui non voglio assolutamente impegnarmi nella controversia circa il livello di Sesto Pomponio, un personaggio che per la *communis opinio*, da me condivisa, fu giurista piú diligente che geniale⁴¹, mentre, per alcuni toccò i vertici del chiarissimo, se non proprio quelli dell'illustre⁴². Sicuro è però, e per tutti, che Pomponio fu scrittore abbondante, non voglio dire prolisso, che pubblicò, tra il principato di Adriano e quello dei *divi Fratres*, qualcosa come trecento *libri* o giù di lí⁴³. La sua capacità di moltiplicare per dodici, largamente utilizzando la letteratura intermedia, gli originari tre libri di Sabino dovette far scalpore (rispettoso scalpore) nel mondo dei dotti⁴⁴, e non minore interesse (e rispetto) sicuramente destò, sempre nel mondo dei dotti, l'inclinazione di Pomponio e di altri, compreso il sommo Giuliano, a prendere spunto dal grande Masurio per variazioni e, diciamolo, divagazioni di ogni genere, sempre nell'ambito del *ius civile*⁴⁵. Può stupire dunque che Marco Aurelio, sicuramente attento anche a questo fenomeno, abbia definito analogicamente le sue divagazioni napoletane come « *deliramenta Masuriana* »? Direi proprio di no.

Certo, una punta di ironia nelle parole di Marco Aurelio, pur così ridimensionate, non manca. Ma Marco Aurelio, siamo tutti d'accordo, era un uomo intelligente. Che sarebbe la vita di un uomo intelligente senza qua e là una punta d'ironia?

*der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*² (1912) 190 ss.; H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*² (1908, rist. 1965) 35 ss. L'opera di Pomponio è indicata dalle fonti come *libri ex Sabino* (o talvolta *ad Sabinum*), ma è presumibile che la sua intestazione originale, particolarmente nota tra i contemporanei, includesse il *nomen* (e anche il prenome, a noi moderni ignoto) di Masurio (es.: *libri ex... Masuri Sabini iuris civilis libris*).

⁴¹ Per tutti: KRÜGER (nt. 40) 104.

⁴² Da ultimo: H. ANKUM, *Towards a Rehabilitation of Pomponius*, in *Daube noster* (1974) 1 ss.

⁴³ V. *retro* nt. 40.

⁴⁴ Per quanto ci risulta, il primo commentario *ad Sabinum* fu, nella giurisprudenza classica, proprio quello di Pomponio. Seguirono, a distanza di un cinquantennio, i commentari di Paolo e di Ulpiano: cfr. GUARINO (nt. 18) 463.

⁴⁵ Quadro completo della risonanza dei *libri tres iuris civilis* nella giurisprudenza classica in BREMER (nt. 36) 383 ss.

NOTERELLE POMPONIANE

1. — Con l'impegno, la serietà, il rigore critico che gli son propri, Mario Bretone ha dedicato a Pomponio, e particolarmente al suo *liber singularis enchiridii*, pagine degne di molta meditazione: dall'articolo sui *Motivi ideologici dell'Enchiridion di Pomponio* (in *Labeo* 11 [1965] 7 ss.) al corso su le *Linee dell'Enchiridion di Pomponio* (Bari, Cacucci, 1965, p. XV-111), al recentissimo articolo su *Publius Mucius et Brutus et Manilius qui fundaverunt ius civile* (estr. 1968 da *Atti II Congr. internaz. Soc. ital. storia del diritto*). Le due note che seguono, succinte e frammentarie, sono un primo frutto della lettura, tanto gradevole quanto stimolante, delle pagine pubblicate dall'amico e collega.

2. — In primo luogo, il problema critico. I *Digesta* ci conservano, di massa papiniana, frammenti estratti da due opere pomponiane: il *liber singularis enchiridii* (D. 1.1.2, 1.2.2., 50.16.239) e i *libri duo enchiridii* (I: D. 38.10.8; II: D. 26.1.13, 46.3.107). A prescindere dalle alterazioni che i singoli passi possano aver subito, la domanda che si pone (e per ovvi motivi) è: se Pomponio abbia scritto ambo le opere. La gamma delle risposte che finora si son date è la seguente: *a*) Pomponio ha effettivamente steso tanto il *liber singularis* quanto i *libri duo* (opinione tradizionale: cfr. Krüger, *Gesch.*² [1912] 191); *b*) Pomponio ha scritto un'unica opera in uno o due libri, passata dopo di lui (eventualmente ancora in età classica) a due forme editoriali diverse, cioè a quella in uno ed a quella in due libri (cfr. Schönbauer, in *Iura* 12 [1961] 143); *c*) Pomponio ha scritto solo i *libri duo*, da cui elaboratori successivi (eventualmente postclassici) hanno estratto epitomando il *liber singularis* (cfr. Schulz, *Gesch.* [1961] 158, 203 ss.); *d*) Pomponio ha scritto solo il *liber singularis*, da cui elaboratori successivi (eventualmente postclassici) hanno tratto spunto per l'edizione ampliata in due libri (cfr. Jörs, *Röm. Rwiss.* [1888] 8 ss., che si riferisce comunque ad una riedizione classica operata dallo stesso Pomponio); *e*) il *liber*

* In *Labeo* 15 (1969) 102 ss.

singularis enchiridii è un estratto, sostanzialmente genuino, dei *libri duo*, nella loro introduzione di carattere storico (cfr. Guarino, in *RIDA*, 2.2 [1949] 403 s.); *f*) i *libri duo* sono il prodotto della fusione (eventualmente operata in età postclassica) di due *libri singulares* di Pomponio, il *liber singularis enchiridii* e il *liber singularis regularum* (così Bretone, *Linee* 42 ss.). Tralascio le teorie, ben note, circa il carattere totalmente apocrifo del *liber singularis*, delle quali il Bretone fa fondatamente giustizia (*Linee* 46 ss.).

Ove non si voglia accogliere l'opinione di cui *sub a* (che peraltro non è affatto irragionevole, non potendosi certo escludere che Pomponio abbia dettato ai suoi *auditores* due « serie » diverse di nozioni manualistiche: nozioni che, stando ai brani rimastici, non costituiscono mai doppione nelle due opere), rimane da scegliere tra le altre ipotesi. Ma senz'altro possono essere accantonate, sulle tracce della stessa critica del Bretone, le ipotesi alquanto improbabili, anzi poco verosimili, di cui *sub b* e *d*. Restano dunque le ipotesi indicate *sub c*, *e*, *f*.

L'ipotesi *c* (il *liber singularis* come epitome postclassica dei pomponiani *libri duo*), sebbene il Bretone l'ammetta come alternativa all'ipotesi propria (cfr. *Linee* 37 ss.), non sembra accoglibile. Non nego che qualche vago elemento di analogia intercorra tra un brano del *liber singularis* (D. 50.16.239.2) e un passo dei *libri duo* (D. 38.10.8); ma, se anche quell'analogia « dimostra (o almeno lascia intuire) che noi ci troviamo dinanzi a esposizioni che, oltre ad avere lo stesso carattere (*i.e.* lessicografico), hanno un eguale 'respiro' », sta in fatto che il lungo squarcio di storia che si legge nel *liber singularis* (D. 1.2.2) si arresta a Salvio Giuliano. Può anche darsi che per epitome non s'abbia a intendere necessariamente una rielaborazione riassuntiva, ma solo una edizione ridotta di un'opera più vasta (cfr. Wieacker, *Textstufen* [1960] 69 s.); ma, se il *liber singularis* è un'epitome dei *libri duo* in questo secondo senso, ci si domanda come mai il suo compilatore non l'abbia aggiornata quanto meno con l'indicazione dei nomi dei più rinomati giuristi postgiulianeî (ad esempio: Gaio, Papiniano, Paolo, Ulpiano). Non si risponda che l'epitomatore si sentiva autorizzato o incline solo ai tagli, perché è abbastanza facile replicare che in tal caso egli avrebbe tagliato dal discorso pomponiano anche l'elenco degli antichi giuristi. Una epitome non la si fa senza uno scopo di adeguamento del testo epitomato ai tempi in cui deve essere utilizzato, e qui l'aggiornamento non si vede nemmeno sotto forma di interpretazione privativa. L'epitome-riduzione è plausibile solo se la si attribuisce a Pomponio o a qualche persona dei suoi tempi (e verosimilmente del suo entourage);

ma allora si ricade nell'ipotesi *sub a*, oppure si passa alla congettura dell'« estratto » postclassico.

L'ipotesi di cui *sub e* (il *liber singularis* come estratto sostanzialmente inalterato dai *libri duo*) fu da me dubitativamente formulata proprio in base all'incredulità verso l'epitome postclassica. Pensai, piú precisamente, ad un estratto (fatto forse a scopi di scuola) contenente solo « quella che doveva essere l'introduzione storica, alquanto diffusa, del manuale pomponiano », che era costituito dai *libri duo*. Commisi peraltro l'errore, che giustamente il Bretone mi imputa (*Linee* 36), di non tener conto del fatto che al *liber singularis enchiridii* appartiene anche il fr. D. 50.16.239 (L. 179), il quale è privo di carattere storiografico, ma ha invece carattere lessicografico.

Giova, ciò posto, accogliere l'unica ipotesi rimasta a nostra disposizione, e cioè quella *sub f*? Direi di no, e per un motivo molto semplice. Il Bretone vede un indizio a favore della sua tesi (sostanziale genuinità del *liber singularis* e riunione in un'edizione postclassica, nei *libri duo*, di tutto il *liber singularis enchiridii* e di tutto il *liber singularis regularum*) in questa circostanza: che il primo dei *libri duo* è rappresentato nei *Digesta* da un frammento di carattere lessicografico (D. 38.10.8 = L. 174) dello stesso tipo di quello già citato del *liber singularis* (D. 50.16.239 = L. 179), mentre i due frammenti rimasti del secondo libro (D. 26.1.13 pr. = L. 175 e D. 46.3.107 = L. 176) « enunciano piuttosto delle *regulae* ». Ora, a ben riflettere, questa non è altro che una variante dell'ipotesi di cui *sub d* (edizione ampliata postclassica del *liber singularis*; nella specie: riedizione del *liber singularis* con aggiunta del *liber singularis regularum*) e per demolirla gli argomenti piú convincenti sono stati proprio enunciati dal Bretone (*Linee* 34 s.): 1) « se una seconda, piú ampia edizione del manuale pomponiano fosse stata redatta, essa avrebbe finito probabilmente col sostituire, nel corso dei secoli sino a Giustiniano, il *liber singularis* della prima edizione »; 2) se, per giustificare la coesistenza postclassica delle due edizioni, si suppone che la seconda non abbia riprodotto il lungo squarcio di D. 1.2.2, « tale sospetto non è minimamente fondato... perché — nel nostro caso — ad essere intaccato sarebbe il nucleo essenziale e piú originale dell'opera, quello a cui fu certamente affidata la sua notevole fortuna ».

Ecco il punto. Il nucleo essenziale e piú originale dell'opera manualistica di Pomponio fu costituito da D. 1.2.2, che risulta sostanzialmente classico. È assai improbabile (anche se mi pare esagerato parlare di un sospetto che non sarebbe « minimamente fondato ») che esso sia

rimasto fuori da una confezione postclassica dei *libri duo enchiridii*. Dunque, se si esclude che Pomponio abbia potuto scrivere sia i *libri duo* che il *liber singularis* (se si esclude cioè l'ipotesi *sub a*), l'unica conclusione ragionevole è: che i *libri duo* siano quelli genuinamente pomponiani; che di essi abbia fatto parte all'origine (a titolo di *prooemium*) il brano di D. 1.2.2; che in età postclassica tale brano sia stato « estratto », per il suo alto interesse storico, dai *libri duo* e sia passato a costituire la spina dorsale del *liber singularis enchiridii*.

Riemerge con ciò proprio la mia ipotesi (cioè l'ipotesi enunciata *sub e*); la quale peraltro deve fare i conti col fr. D. 50.16.239, che non è di carattere storiografico (mentre si può sorvolare sul fr. L. 177 = D. 1.1.2, che ben può aver appartenuto al discorso storiografico). E qui le possibilità son due: o che l'estratto postclassico dei *libri duo* (vale a dire il *liber singularis*) si sia esteso anche a qualche definizione di carattere lessicale, oppure che l'*inscriptio* di D. 50.16.239 sia errata e debba essere corretta in *libro primo enchiridii*. Io non mi sento di preferire a cuor leggero la seconda possibilità, indubbiamente alquanto rischiosa, ma dico solo che l'errore di *inscriptio* non è inverosimile ove si pensi che tanto i *libri duo* quanto il *liber singularis* rientravano nella massa papiniana.

Concludendo in ordine al problema critico. Sul piano delle congetture, la tesi piú attendibile è proprio quella dell'« estratto » postclassico dai *libri duo*. Per meglio dire, è la tesi meno inattendibile. E bisogna aggiungere, per debito di obbiettività, che tutte queste discussioni sul filo del rasoio contribuiscono sensibilmente a rimettere in giuoco come plausibile la stessa ipotesi *sub a* (Pomponio autore di ambedue le opette), sempre che la si modifichi nel senso da me dianzi precisato. È incredibile che un autore scriva due manualetti, anche disorganici, che almeno in parte si ripetono; ma è ben possibile che un autore scriva (o detti ai suoi *auditores*) due « serie » diverse di appunti (*enchiridia*), in tempi successivi e che le due « puntate » dei suoi appunti conservino poi, dal punto di vista editoriale, vita autonoma.

3. — Passiamo ad un problema esegetico. Uno dei passi piú noti del *liber singularis enchiridii* è quello (D. 1.2.2.39) in cui si legge che, dopo i due Catoni, emersero in Roma come giuristi « *Publius Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile* (rell.) ». Perché, e in che senso, nella visione di Pomponio, questi tre personaggi *fundaverunt ius civile*?

Le risposte che sono state date si possono riassumere come segue:

a) i tre *fundaverunt ius civile* perché per primi giustificarono scientificamente le loro opinioni (cfr. Schneider, in Krüger, *Gesch.* 60 e nt. 28); *b*) i tre gettarono le basi, con le loro opere, della grande sistemazione civilistica di Q. Mucio (cfr., ad es., Karlowa, *RRG.* 1 [1885] 476). Cito per completezza anche la mia opinione (*Storia*³ [1963] 288): *c*) i tre « furono probabilmente i primi ad avere e ad imporre una visione unitaria del *vetus* e del *novum ius civile* ». Ancora più recentemente è stato opinato dal Pólay (*Zur Geschichte der Rechtswissenschaft im republikanischen Rom*, in *Schr. Sekt. Altertumswiss. Ak. Wissensch. Berlin* 52 [1968] 159 ss., spec. 186): *d*) « Dies erreichten sie u.E. damit, dass sie von der sammelnden Tätigkeit auf das schaffende Wirken übergingen, die Dialektik in das Zivilrecht und die Schriftlichkeit in die Rechtswissenschaft einführten ». Riporto infine la tesi dottamente argomentata dal Bretone: *e*) Publio Mucio, Bruto e Manilio furono, nella visione di Pomponio, « 'fondatori' di una scienza ormai svincolata dal dato normativo e dalla legge decemvirale, aperta su una realtà giuridica multiforme, tesa ad organizzarsi secondo le sue interne esigenze e nuovi criteri di valore ».

Le tre prime congetture (ivi compresa la mia) sono verosimili, ma chiaramente impressionistiche: una scelta fra esse sarebbe, se non erro, oziosa. Quanto alla congettura del Bretone, bisogna distinguere. La valorizzazione di Publio Mucio, Bruto e Manilio, anche se piuttosto esaltante, è fortemente plausibile. Meno plausibile, anzi forse inattendibile, è che Pomponio abbia avuto dei tre giuristi repubblicani la visione che ne ha il Bretone.

Per poter intendere la visione pomponiana, bisogna (e ne conviene e lo afferma lo stesso Bretone) precisare tre punti: 1) che cosa Pomponio intenda per giurista; 2) che cosa egli intenda per *ius civile*; 3) che senso abbia infine per lui il verbo *fundare*. Ai primi due quesiti risponde in modo convincente (anche se, per il mio gusto, troppo radicale e astrattizzante) proprio il Bretone. Egli dice che per Pomponio: 1) il giurista è il cultore della *scientia iuris*, « senza la quale il diritto non può esistere né guadagnare la sua certezza (*constare non potest ius*) » (cfr. 10); 2) *ius civile*, in D. 1.2.2.39 (cfr. D. 1.2.2.5 e 12), non indica il *ius civitatis*, ma « indica l'*interpretatio prudentium* » (cfr. 5). Quanto al punto 3, cioè al significato di *fundare* nell'*enchiridion*, il verbo, secondo il Bretone (5), « indica, più o meno intesamente, in modo assoluto o attenuato, un esordio, una genesi, una formazione nuova » e va reso col nostro « fondare », oppure con « dare assetto » o « stabilità ». Ecco perché Publio Mucio, Bruto e Manilio fondarono, die-

dero assetto o stabilità alla *interpretatio prudentium*, ancorandola per primi a quella *scientia iuris* che, nella visione pomponiana, « si costituisce e si svolge secondo una *ratio* che le è immanente ».

A questo punto io ricorderò a me stesso quanto dice Pomponio nei quattro paragrafi (D. 1.2.2.35-38) che precedono il nostro. Egli dice (§ 35) che *iuris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt* e annuncia che passerà ad indicare *qui eorum maximae dignationis apud populum Romanum fuerunt, . . . ut appareat, a quibus et qualibus haec iura orta et tradita sunt*. Dunque tutti i personaggi elencati nei paragrafi 36 e seguenti sono caratterizzati dal comune denominatore della *scientia iuris civilis* che hanno illustrato: Publio Papirio, Appio Claudio, Sempronio Sofo, Scipione Nasica, Quinto Mucio, Tiberio Coruncanio (che fu il primo a professare pubblicamente la *scientia iuris civilis*), Sesto Elio (i cui *tripertita* contengono *veluti cunabula iuris*), Publio Elio, Publio Atilio il sapiente, Catone maggiore e Catone Liciniano. Posto ciò, è lecito dire che per Pomponio i tre successivi giuristi furono creatori di una « nuova » scienza giuridica? Anche a voler ammettere, attraverso il rischioso ragionamento indiziario cui ricorre il Bretone, che la « novità » loro sia consistita nello svincolare la *scientia iuris civilis* « dal dato normativo (?) e dalla legge decemvirale », tutto questo risulta (forse) *aliunde*, ma non risulta dall'*enchiridion* di Pomponio. Il testo dell'*enchiridion*, che deve costituire il nostro binario obbligato (o se si vuole, il nostro letto di Procuste), ci dice chiaramente che i *tres, qui fundaverunt ius civile*, non furono né i primi a coltivare la *scientia iuris civilis* (il primo fu Papirio), né i primi ad insegnarla pubblicamente (il primo fu Tiberio Coruncanio), né i primi a lasciar scritti in materia (l'autore dei *cunabula iuris* fu Sesto Elio). Di più: sempre per quel che attiene alla narrazione di Pomponio, il primo che *ius civile generatim constituit*, che scrisse cioè organicamente di *ius civile*, fu il successivo Quinto Mucio (§ 41); e l'ancor successivo Aulo Ofilio, discepolo di Servio, fu anche lui in qualche modo un fondatore, perché *libros de iure civili plurimos et qui omnem partem operis fundarent reliquit* (§ 44).

Per tentare di dare un senso « pomponiano » al § 39, io penso allora che ci si debba fermare un momento di più sul dato che sembra il più ovvio, e che è stato quindi sempre il meno indagato: il verbo *fundare*. A parte un passo (D. 37.14.17 pr.) che giustamente il Bretone (*cit.* 5 nt. 13) ritiene irrilevante, il verbo compare tre volte e solo nell'*enchiridion*. Si tratta dunque di un « Lieblingswort » di Pomponio, di cui questi potrebbe anche (come succede per i Lieblingswörter) fare talvolta un uso improprio. Ora i vocabolari ci dicono che il senso proprio

e naturale di *fundare* è quello di « gettare (porre, stabilire) le basi (i *fundamenta*) », ma essi ci testimoniano anche il larghissimo uso, nelle fonti letterarie, di un significato pregnante, che è quello di « assicurare, tener fermo, tener saldo » o, per traslato, « consolidare, rafforzare, assicurare nelle strutture fondamentali » e via dicendo. In questo caso *fundare* non dà l'idea di « un esordio, una genesi, una formazione nuova », come vuole il Bretone, e nemmeno dà l'idea di un essere il primo a « dare assetto » o « stabilità », come il Bretone sembra intendere, ma si limita a dare piuttosto l'idea di un contributo, di un rinsaldamento, di un apporto ad una struttura già esistente. E tale è, a mio avviso, il valore che *fundare* ha nell'*enchiridion*.

Ce lo dimostrano, o almeno ce lo indicano significativamente, gli altri due passi dell'opera. In D. 1.2.2.4 Pomponio, dopo aver parlato delle *leges regiae* (§ 2) e dopo aver detto (§ 3) che esse a seguito della cacciata dei re *exoleverunt* (il che non significa che sparirono, ma che persero molto o moltissimo del loro vigore), dice che i Romani presero la decisione di creare un consesso di *decemviri*, *per quos . . . civitas fundaretur legibus*. La prima interpretazione che viene alla mente è che anche per Pomponio la legislazione decemvirale sia stato il *fons omnis publici privatique iuris* (cfr. Cic. *de or.* 1.44.195 e Liv. 3.34.6, nonché, in questo senso, Bretone, in *Labeo* 11 [1965] 11 nt. 3); ma, se si tiene presente che (a parte l'accennato impiego di *exolesco*) egli esplicitamente afferma che il popolo romano, prima delle *XII tabulae*, *coepit . . . incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem*, si deve convenire che di leggi esso già ne aveva e che pertanto la *civitas* non ricevette dalle *XII tabulae* le sue fondamenta, ma ricevette dalle stesse un contributo enorme, ma sempre un contributo, al rafforzamento e ampliamento delle sue basi legislative. E l'impressione circa il senso improprio da attribuire al *fundare* di Pomponio si consolida quando si passi a considerare il già trascritto § 44. Aulo Ofilio, venendo dopo Sesto Elio e i *tres* e Quinto Mucio e Servio, aveva ben poco da gettar fondamenta nuove: egli acquistò merito agli occhi di Pomponio perché « rinsaldò » *omnem partem operis*.

Se le considerazioni di cui sopra sono esatte, rileggiamo ora il D. 1.2.2.39, avendo cura di sgravarlo del peso eccessivo che ad esso ha assegnato, sulla base di un'interpretazione troppo rigorosa del verbo *fundare*, una tradizione dottrinarial plurisecolare. Dopo i Catoni (*post hos*) vi furono Publio Mucio, Bruto e Manilio, i quali contribuirono a rinsaldare quella *scientia iuris civilis* che già prima di loro era stata inaugurata e notevolmente sviluppata, sul piano della *professio* e su

quello degli scritti, da altri giureconsulti di Roma. Il luogo comune dei « tre fondatori del *ius civile* » (mi sbaglio?) vien meno.

POSTILLA: « COTTIDIE IN MEDIUM PRODUCI ».

Pomp. *sing. ench.* D. 1.2.2.13: *Post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuimus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur . . . post hoc deinde auctorum successionem dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iurisperitus, per quem possit cottidie in melius produci.*

Come è noto, Vittorio Scialoja ha dedicato a questo frammento, importantissimo per la comprensione di tutto il *liber singularis enchiridii* (o comunque di tutto l'*excursus* storico dell'*enchiridion* pomponiano), una di quelle guizzanti note di cui era maestro (*Due note critiche alle Pandette lib. I*, in *BIDR.* 1 [1888] 95 ss.), interpretando *constare* come « essere conosciuto » e proponendo la restituzione di *in medium* al posto di *in melius* (97: « lo scambio . . . è poi graficamente così facile, che non ha bisogno di particolare giustificazione »). L'emendamento è ritenuto accettabile dal Bretone (*Motivi ideologici dell'Enchiridion di Pomponio*, in *Labeo* 11 [1965] 23 nt. 21), mentre è vivacemente combattuto dal Lombardi Vallauri (*Saggio sul diritto giurisprudenziale* [1967] 6 nt. 4). Tanto il Bretone quanto il Lombardi conferiscono a *constare* il senso, confortato dal *VIR.*, di « sussistere, aver vigore », e in più il Lombardi giustifica la sua preferenza per *in melius* sostenendo che, nella concezione di Pomponio, il diritto non può tenersi in vita se non è fatto quotidianamente progredire dall'opera dei giuristi: « per il diritto, fermarsi è un po' morire; non basta conservarlo, occorre farlo progredire; o meglio, l'unico modo per conservarlo è farlo progredire (intuizione mirabile per senso della continuità storica) ».

Indubbiamente l'intuizione di cui parla il Lombardi è assai suggestiva, ma temo che il merito di averla avuta ed espressa non possa essere attribuito a Pomponio: è tutto e solo del Lombardi. Il buon Pomponio (chiedo scusa se mi ripeto) non va sopravvalutato, come taluni tendono a fare: l'esame di tutta la produzione che di lui ci è rimasta induce a ritenere che egli fosse un giurista di buon mestiere, ma tutt'altro che eccezionale, sí che sarebbe davvero sorprendente che solo nell'*enchiridion* egli

* In *Labeo* 15 (1969) 392 s.

avesse levato tanto in alto l'ala. Ad ogni modo, se vogliamo tenerci al solo *liber enchiridii*, non possiamo trascurare che Pomponio, quando passa alla esposizione della *successio auctorum* (§ 35 ss.), in realtà mostra e dice di riferirsi ai soli dotti (o ai massimi tra gli stessi) che hanno « professato » (pubblicamente o privatamente) la *scientia iuris civilis*, che hanno cioè fatto opera di *interpretatio iuris*, di intermediazione tra il *ius* e il cittadino. La *iurisprudencia*, di cui egli si ripromette di parlare nel § 13, ed effettivamente parla nei §§ 35 ss., non è quella che fa progredire, ma è piú modestamente quella che fa conoscere il diritto, che porta il diritto giorno per giorno (*cottidie*) tra i cittadini, *in medium*.

Aveva ragione dunque lo Scialoja a proporre (anche se sulla base di un'argomentazione in qualche punto criticabile e fondatamente criticata dal Lombardi) la lezione *in medium* come piú consona all'equilibrio del dettato pomponiano e, aggiungo io, al carattere della *successio auctorum* che si legge poco oltre. Anzi io propendo a credere che l'interpretazione di *constare* come « essere conosciuto, esser certo » sia proprio la migliore. Dopo aver detto che il diritto si realizza per mezzo dei magistrati *qui iuri dicundo praesunt*, Pomponio ha giustamente aggiunto che il diritto lo si conosce solo attraverso la quotidiana *interpretatio* della giurisprudenza.

Del resto, prima di scandalizzarci per il senso (legittimato ampiamente dai vocabolari) che lo Scialoja ha attribuito al *constare* di Pomponio, leggiamo con attenzione Gai 1.1.: « *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis rell.* ». Qui *constare* ha un senso ambiguo, traducibile in italiano con « risultare (da) », che certamente allude alle fonti di esistenza dei *iura populi Romani*, ma allude anche, direi, alle fonti di conoscenza dei medesimi.

VARIAZIONI SU GAIO

1. GAIO FELICE?

L'identificazione di Gaio col misterioso Lelio Felice, di cui in Gell. N.A. 15.27 e (forse) in Paul. *ad Plaut.* D. 5.3.43 e D. 5.4.3 (che parlano però solo di un *Laelius*) non è nuova (cfr. le indicazioni in Kunkel, *Herkunft* 188 nt. 344), ma lo Scherillo la ripropone come probabile mediante una dimostrazione analitica che non era stata ancora tentata (Scherillo, *Adnotationes Gaianae*, 3. *Il nome di Gaio*, in *Antologia giuridica romanistica e antiquaria* 1 [1968] 84 ss.).

L'argomentazione è fine e profonda, sí che non direi davvero, ricalcando il Kunkel: « eine Widerlegung dieser Hypothese erübrigt sich ». Gli indizi principali a favore del presunto *Gaius Laelius Felix* sono: a) tanto Gaio quanto Lelio Felice risultano aver scritto *libri ad Q. Mucium* o *ex Q. Mucio* (cfr. Gell. cit. e Gai 1.188); b) i *tria genera testamentorum* sono presenti in modo sostanzialmente conforme tanto in Lelio Felice (1 *ad Q. Mucium*, riportato da Gellio) quanto in Gai 2.101-102; c) la fonte della notizia circa la famosa donna alessandrina che partorí cinque figli viventi sotto il principato di Adriano (Gai. 1 *fideicomm.* D. 34.5.7 pr.; Iul. 1 *Urs. Fer.* D. 43.3.36) è il *Laelius* di cui parla Paul. 17 *ad Plaut.* D. 5.4.3: *Sed et Laelius scribit se vidisse in Palatio mulierem liberam, quae ab Alexandria perducta est, ut Hadriano ostenderetur, cum quinque liberis, ex quibus quattuor eodem tempore enixa, inquit, dicebatur, quintum post diem quadragesimum.*

Quanto al terzo (e piú importante) indizio, condivido con lo S. l'impressione che il racconto sia genuino (v. invece Albertario, *St.* 5.365 ss.), che *Laelius* sia (fino a prova contraria) Lelio Felice, che il discorso di Gaio 1 *fideicomm.* corrisponda in taluni punti anche formalmente a quello di Lelio (*Et nostra quidem aetate Serapias Alexandrina mulier ad divum Hadrianum perducta est cum quinque liberis, quos uno fetu*

* In *Labeo* 15 (1969) 242 s.

enixa est). Tuttavia la coincidenza di Gaio con Lelio non mi sembra tanto verosimile, perché Gaio (che pur precisa anche il nome della donna di Alessandria) omette il particolare piú importante del racconto di Lelio, e cioè tralascia di dire che ha visto la *mulier Alexandrina* con i propri occhi.

2. PER LA DATA DELLE ISTITUZIONI.

Come è noto, la *communis opinio* è che le Istituzioni di Gaio siano state redatte sotto Antonino Pio almeno sino a 2.151 *a* perché sino a quel paragrafo Antonino viene citato come vivente (*imperator Antoninus*); viceversa esse sarebbero state continuate e terminate dopo la morte di Antonino, che in 2.195 viene citato come *divus*. (Cfr., per tutti, Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*² [Halle 1908] 56 s.).

La *communis opinio* è stata avversata da alcuni, i quali hanno sostenuto che 2.195 è glossato. (Cfr., particolarmente, Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 2 [Tübingen 1911] 105 s.; Appleton, in *NRH.* 1929, 219 s.).

Io ritengo convincente e fondata la critica mossa a 2.195, tanto piú che mi riesce difficile pensare che Gaio non abbia riletto l'opera ultimata, mettendo in ordine (con la sostituzione di *divus* ad *imperator*) le citazioni di Antonino Pio, se questi era morto nel tempo intercorso fra l'inizio ed il completamento delle Istituzioni. È piú che probabile che il manuale gaiano sia stato completamente redatto sotto Antonino Pio: il che serve a spiegare perché in 2.177 ss. non si tien conto della innovazione di Marco Aurelio, della quale parla invece Ulp. 22.34.

Un ulteriore argomento a sostegno della tesi che le Istituzioni furono redatte sotto Antonino Pio anche oltre 2.195 è fornito, a mio parere, da:

3.94: *Unde dicitur uno casu hoc verbo peregrinum quoque obligari posse, veluti si imperator noster principem alicuius peregrini populi de pace ita interroget rell.*

L'*imperator* (vivente) a cui si riferisce Gaio in questo paragrafo è uno soltanto: è noto, invece, che ad Antonino Pio, morto nel 161 d.C. succedettero due *Augusti*, Marco Aurelio e Lucio Vero (*divi Fratres*). L'*imperator noster* di 3.94 è, dunque, ancora Antonino. (L'argomento è ana-

* In *AUCT.* 1 (1947) 331.

logo, sia detto tra parentesi, a quello portato dal Fitting, *cit.* a riprova del fatto che sotto Pio fu scritto 1.94: *dum, civitatem sibi et uxori ab imperatore petit*).

Insomma se Gaio avesse realmente scritto 3.94 sotto i *divi Fratres*, egli avrebbe almeno detto *unus* (o *alter*) *ex imperatoribus nostris*, e non *imperator noster*.

3. SULLA GENUINITÀ DEL VERONESE.

Gaio e le sue Istituzioni continuano ad essere oggetto di attente ricerche e di alterne diagnosi da parte della romanistica contemporanea. Da quando, e son circa sessant'anni, ci si è convinti che il discorso del Codice Veronese non è affatto un modello di precisione e di lucidità, le vie seguite sono state essenzialmente due: quella della ricerca dei numerosi glossemi postclassici che avrebbero intorbidato il limpido originale del giurista classico; quella della negazione dei tanti glossemi e dell'attribuzione a Gaio delle storture avvertibili nel Veronese. Ed è umano che i seguaci di questo secondo orientamento, per non incorrere nel sarcasmo solaziano di essere « le Vestali del Veronese », si siano potuti trasformare nei detrattori di Gaio, qualificando quest'ultimo di giurista di second'ordine (Schulz), di stella di ridotta grandezza del firmamento giurisprudenziale romano (Kunkel), o addirittura di giurista « non classico », pur se vissuto nella così detta età classica del diritto romano (Kaser).

Il mio punto di vista al riguardo è stato espresso assai chiaramente da tempo (cfr. Guarino, *Il classicismo dei giuristi classici*, in *Scr. Jovene* [1954] 227 ss.; in senso adesivo, van Oven, in *T.* 23 [1955] 240 ss.) ed è, quindi, con comprensibile soddisfazione che segnalo il recente, autorevole schieramento del Flume sulla stessa linea, che è quella del « classicismo » di Gaio (Flume, *Die Bewertung der Institutiones des Gaius*, in *ZSS.* 79 [1962] 1 ss.). Le Istituzioni gaiane, dice (sante parole) il Flume, non meritano di essere qualificate come non classiche, volgari, semivolgari, insomma come sottoprodotto (« können nicht als unklassisch, als vulgär oder halbvulgär, als Produkt von Unterströmungen usw. eingeordnet werden »): esse sono un libro di scuola e pertanto non possono avere le caratteristiche di lucentezza, di acutezza e via dicendo dei *libri tres* di Sabino e di tante altre opere celebrate della giurisprudenza

* In *Labeo* 9 (1963) 398 s.

romana. Il che viene specificamente illustrato attraverso l'analisi della famosa distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* (11 ss.).

Malgrado tutto, peraltro, vi sono troppe cose nel Veronese, che il carattere elementare e didattico delle Istituzioni non è sufficiente a spiegare. Per me la spiegazione è semplice. Anche se non così numerose e profonde quali le hanno viste taluni (dal Beseler al Solazzi), è ovvio che di glosse ve ne siano anche in Gaio, sarebbe strano se di glosse non ve ne fossero nel Veronese. Ma il Flume non la pensa così e, aderendo a una poco felice tesi del Wolff (cfr. *St. Arangio-Ruiz* [1953] 4.171 ss.), sostiene, sia pur con argomentazione parzialmente difforme (cfr. 2 ss.), la non genuinità del dettato veronese: il Codice Veronese, in parallelo con le *Res cottidianae*, altro non sarebbe che una epitome dell'opera originale di Gaio, a noi non pervenuta.

Ora, per quanto ingegnose siano le considerazioni dell'A. in ordine ai passi presi in esame (Gai 2.66-68, 70-72, 73 ss., 3.161), non mi sembra, con tutta franchezza, che il Flume riesca a conferire colore di verosimiglianza alla tesi del Wolff. Strano, davvero strano, che dell'opera originale di Gaio nessuna notizia ci sia conservata dai *Digesta* o dalle *Institutiones* giustiniane. Strano che una epitome postclassica, o comunque postgaiana, parli ancora di *imperator Antoninus*. Strano che nel Veronese sia lasciata ancora tanta parte al processo formulare. Strano che nella tarda epitome di Gaio si dia ancora tanto rilievo alle dispute tra le due scuole giurisprudenziali e che queste non vengano ancora nominate come Sabiniiana (o quanto meno, Cassiana) e Proculiana. E sarebbe facile continuare, elencando altri motivi di incredulità più o meno profonda.

Posso sbagliare, ma più gli studi critici sulle istituzioni gaiane si moltiplicano e più queste ne escono fresche e « genuine », pur con i loro innegabili chiaroscuri. Le sdruciture e i rattoppi che si avvertono nel Codice Veronese non sono tali da compromettere il giudizio prevalente circa la bontà del tessuto e l'eleganza del taglio.

4. PREZIOSITÀ GAIANE.

La polemica tra i critici delle Istituzioni di Gaio e le « Vestali del Veronese » (per usare ancora una volta la nota espressione del Solazzi) va fortunatamente spegnendosi, ma temo che risorgerà in nuove e più aspre forme se i paleografi, nella revisione critica del Codice Veronese di

* In *Labeo* 22 (1976) 118 s.

Gaio, vorranno troppo fieramente privilegiare il testo letterale del codice nei confronti della sua lettura a lume di logica e di diritto.

Mi spiego. Il manoscritto gaiano di cui disponiamo (volutamente mi limito qui al Veronese) è quello che è: pieno non solo di lacune, ma anche, nelle parti leggibili, di abbreviazioni dallo svolgimento non sempre agevole. Lo sforzo gigantesco che R. G. Böhm ha dedicato e tuttora dedica, nelle sue *Gaiusstudien* (cfr. G.D.C., in *Labeo* 22 [1975] 388 s.), alla revisione delle letture precedenti (in particolare, alla revisione della lettura, pur accuratissima, di W. Studemund) è uno sforzo altamente meritorio, che ha determinato risultati (cioè varianti di letture) spesso interessanti e convincenti. Non bisogna però esagerare, non bisogna cioè partire dal presupposto inflessibile che l'amanuense abbia sempre rispettato il *Lexicon abbreviatarum* di A. Cappelli (sesta ed., 1961) e non abbia mai, a parte ciò, commesso errori di interpretazione o di scrittura. A questo presupposto innaturale mi sembra che il Böhm si sia troppo vincolato, con l'effetto di proporre talvolta nuove letture che fanno di singolare o addirittura di incredibile.

Per esempio, trovo in *Hermes* 102 (1974) 127 s., 377 s. tre « *addenda lexicis* » (in due casi al lessico latino in generale, in un terzo caso al lessico della giurisprudenza romana) che mi lasciano fortemente perplesso.

In 2.232 Gaio segnala il divieto di legare con la formula « *pridie quam heres meus morietur* », aggiungendo « *quod non pretiosa ratione receptum esse videtur* », e in 1.190 (non 109, come indica il Böhm) si legge il notissimo « *feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur* »: contestando le letture precedenti delle abbreviazioni (indubbiamente poco chiare) da cui è sortita la prima e la seconda volta il « *pretiosa* », il nostro autore propone due novità assolute per quel che sappiamo della lingua latina, e cioè « *probatiosa ratione* » per 2.232 e « *praeluminosa ratio* » per 1.190. A prescindere da una significativa coincidenza che vien meno, non è sorprendente che Gaio, proprio lui, si sia rivestito dei panni di Petronio, o di chi altro, coniano raffinati neologismi? D'altra parte, se si guarda allo spunto semantico da cui è partito il Böhm per porre in dubbio « *pretiosa ratio* » in Gaio, si noterà facilmente che esso è ben più intollerante degli spunti da cui partivano talvolta i critici di Gaio per attribuire certe sue frasi o parole all'ignorante e puerile glossatore postclassico. Secondo il Böhm qualificare una *ratio* come « *pretiosa* » è « *kaum sinnvoll* », perché vi è ben poco di « preziosità » (anziché di probabilità, di evidenza e via dicendo) in una motivazione (cfr. anche *Gaiusstudien* 2 [1969] 29 ss.): ma « *pretiosus* », che proviene da « *pretium* » (e si ricordi che Gaio è

un giurista: cfr. in particolare 3.140), non significa, in senso immediato, ricco, altamente stimabile o inestimabile, ma significa, piú modestamente, che un *quid* è commisurato (come è proprio del *pretium*) ad un altro *quid*: una *ratio* che non sia commisurata alla spiegazione di una certa *regula iuris* non è « *pretiosa* », e ciò per il fatto che non è sufficiente al suo scopo, quindi non è bastantemente valida, ecco tutto.

Né, per completare questo rapido *excursus*, qualificherei felice la correzione che il Böhm suggerisce per 2.72, là dove si legge: *at si in medio flumine insula nata sit, haec eorum omnium commune est, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident; si vero non sit in medio flumine, ad eos pertinet, qui ab ea parte quae proxima est, iuxta ripam praedia habent*. Gli editori sono unanimi nel correggere « *commune* » in « *communis* », ma il nostro autore lascia il « *commune* » intatto e sviluppa « *haec* » in « *hoc aequor (aequor)* », dando ad *aequor* il senso, noto solo alle fonti letterarie, di superficie. Ora, a parte che Gaio viene posto con ciò in netta contraddizione con gli altri giuristi romani (cfr. Maddalena, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica* [1968] 42 ss.), anzi anche con sé stesso cfr. *Gai. 2 cott. D. 41.1.7.3*), e con sé stesso persino nell'ambito di 2.72 (in cui il secondo periodo, *si vero rell.*, continua a riferirsi all'*insula* e non alla sola superficie della stessa), leggiamo tutti insieme la motivazione di sostanza da cui ha preso le mosse il Böhm: la regola dell'isola nata nel fiume è fondata sul *ius gentium* e non sarebbe facilmente credibile che da tutti gli ordinamenti giuridici dell'antichità si sia potuta assegnare ai confinanti di una *insula in flumine nata* non solo la proprietà della sua superficie, ma anche l'utilizzazione del sottosuolo con diritti di scavo ed altri annessi e connessi.

Ecco una *ratio* che qualificherei poco o niente « *pretiosa* », ove si tenga presente la nota massima (ricavata da sonanti testi giuridici) in forza della quale il *dominium* immobiliare si estendeva, per i Romani, « *usque ad coelum et usque ad inferos* ». Ed ove ci si chieda, in aggiunta, a chi sarebbe dovuto andare il diritto al sottosuolo dell'*insula*, ove lo si fosse negato al proprietario rivierasco.

5. IL « CLASSICISMO » DI GAIO.

1. In un suo elaborato scritto dell'ormai lontano 1953, M. Kaser sostenne che Gaio, pur essendo stato un contemporaneo dei giuristi

* In *Atti Acc. Pontaniana* 32 (1983) 193 ss.

romani così detti « classici », fioriti nei primi due secoli e passa dell'era volgare, nella sua più intima sostanza, cioè nei modi suoi personali di fare e di esporre giurisprudenza, veramente « classico » non fu, ma fu piuttosto una specie di anticipatore della giurisprudenza dell'età successiva¹. Una nuova maniera per escludere che le opere di Gaio, e in particolare le *Institutiones*, siano state inquinate da glossemi postclassici.

La tesi non mi convinse e vi reagii con un articolo del 1954 in cui contestai piuttosto vivacemente, sul piano metodologico, che il « classicismo dei giuristi classici » potesse, una volta definito nei suoi termini generali, essere negato in concreto a taluno tra i giuristi per l'appunto « classici ». Un articolo, il mio, che riscosse poco dopo la esplicita adesione di J. C. van Oven, il quale viene anzi solitamente citato come l'unico contraddittore delle opinioni kaseriane.

La questione della priorità nella replica alla dottrina kaseriana è, comunque, priva di ogni importanza, tanto più che l'adesione maggiormente ambita alle mie critiche è venuta dallo stesso Kaser nel 1963, e sopra tutto nel 1965, anno in cui ha avuto luogo a Napoli un simposio su « Gaio nel suo tempo ». In questa occasione il romanista germanico ha detto e scritto, ad esempio: « per me ora Gaio è veramente un classico », anche se ha aggiunto che si tratta di « un classico di tutt'altro tipo rispetto alla grande maggioranza degli altri, perché è un classico della scuola giuridica », cioè uno scolastico.

Sarò incontentabile, ma sento il bisogno, malgrado tutto ciò, di fare ancora un paio di messe a punto.

2. La prima messa a punto riguarda Gaio come « giurista classico minore ».

È una qualifica, quella di giurista « minore », che si può anche in qualche modo condividere: la dimensione di Gaio, ad esempio, è visibilmente diversa da quella di Celso o di Giuliano. Ma non si può acco-

¹ Sul tema: M. KASER, *Gaius und die Klassiker*, in ZSS. 70 (1953) 127 ss.; A. GUARINO, *Il classicismo dei giuristi classici*, in *Scr. centenario Jovene* (1954) 227 ss.; J. C. VAN OVEN, *Gaius der Hochklassiker*, in T. 23 (1955) 240 ss.; M. KASER, *La classicità di Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico* (1966) 42 ss.; G. ARCHI, *Dubbi su Gaio*, in *Gaio nel suo tempo* cit. 12 ss.; G. DIOSDI, *Gaius der Rechtsgelehrte*, in ANRW. 2.15 (1976) 605 ss.; G. PUGLIESE, *Gaio e la formazione del giurista*, in AA.VV., *Il modello di Gaio nella formazione del giurista* (1981) 1 ss. V. anche: F. WIEACKER, « *Vulgarrecht* » und « *Vulgarismus* ». *Alte und neue Probleme und Diskussionen*, in *St. Biscardi* 1 (1982) 33 ss., con letteratura. Adde: P. C. KOP, *Beschouwingen over het zgn. « Vulgaire » Romeinse recht* (1980. non cons.), con la *rc.* di T. MAYER-MALY in T. 51 (1983) 165 ss.

gliere la qualifica di « minore » nei termini recisi, e sulla base delle succinte motivazioni, che si leggono nell'intervento del Kaser e altrove.

Giurista minore perché? Perché Gaio, dice il Kaser, fu prevalentemente (o sia pure esclusivamente) dedito all'insegnamento ed alla redazione di opere didattiche. Senonché, a parte il fatto che il carattere meramente didattico di tutte le opere di Gaio non è sostenibile, è stato fondatamente replicato da G. G. Archi che non è giusto « impoverire » il quadro complesso della letteratura giuridica classica con una graduazione tra giuristi creatori e giuristi accademici.

Abbia avuto o non abbia avuto egli il *ius publice respondendi*, si sia occupato o non si sia occupato del « Fallrecht » (cioè di quella casistica del diritto che, analogamente al vino generoso, rendeva il giurista romano, si fa per dire, « cavaliere »), sia stato egli un Romano di « Roma » o sia invece egli stato un romano (o non romano) di provincia (vi è stato chi è giunto a chiedersi se Gaio fosse una donna): ecco alcune tra le molte ragioni di dubbio che al personaggio di Gaio si collegano. Ma ecco anche, sia permesso di aggiungerlo, altrettante discussioni, il cui esito non influisce menomamente sulla determinazione della cifra del giurista. Sono lieto che questo mio convincimento sia stato confermato, tra gli altri, da G. Diósi e da G. Pugliese.

Né può influire sulla valutazione riduttiva di Gaio il fatto che egli non risulti mai citato dai giuristi classici. Le spiegazioni avanzate a proposito di questo silenzio mancano, a mio parere, di una base sufficiente di attendibilità, e in certi casi mancano addirittura di una base decorosa di serietà. Senza stare qui a ripeterle, e tanto meno a discuterle, mi limito ad osservare quanto segue.

Mettiamo che la mancanza delle citazioni non derivi dal caso, in correlazione con la relativa scarsità delle fonti (oltre tutto passate per mani postclassiche) di cui disponiamo. Mettiamo cioè, per inverosimile ipotesi, che nessun giurista classico (coevo o successivo) abbia fatto il nome di Gaio. E con ciò? Se anche nei primi tempi Gaio non trovò molto credito tra i colleghi giuristi, ciò non vuol dire che egli sia stato da meno di loro. Sta a dimostrare l'opposto la lettura di quel che resta delle sue opere e il successo che queste ultime riscossero nel mondo postclassico.

3. Ed ora alla seconda messa a punto.

Nel replicare alla tesi del Kaser sulla « non classicità » di Gaio, io non ho affatto equivocato, come sembra credere il Pugliese, circa il « significato particolare, ossia sostanziale e qualitativo, non cronologico », dato dal Kaser ai termini « classico », « classicità », « classicismo ». Nes-

suna « curiosa polemica », almeno da parte mia. Nessuna polemica « imperniata in parte sull'equivocità di quei termini polisensì », che tanto io quanto il Kaser avevamo inteso benissimo.

La mia reazione, come doveva dedursi anche e sopra tutto dal titolo dell'articolo, è stata proprio diretta, nella realtà, contro chi vuole distinguere tra « classicismo » e « volgarismo » in ordine ad una giurisprudenza, alla quale non nega, considerandola nella sua totalità, la qualifica di « classica », nel senso di primeggiante rispetto alla giurisprudenza romana dei tempi anteriori e, sopra tutto, dei tempi posteriori.

Se le connotazioni della « classicità » e dello stile « classico » si desumono, come effettivamente si desumono, dal modo di occuparsi di diritto che caratterizzò i « giuristi » professionali dell'età del principato (e dell'ultima età repubblicana), è pienamente lecito passare a dire che ben diverso dallo stile « classico » si manifesta lo stile « volgare » dei giuristi e delle cancellerie imperiali di Occidente nell'età del dominio, o anche quello dei giuristi e degli imperatori di Oriente in quell'età, nonché infine quello dei « non-giuristi » (ma « pratici », nel senso di pratici degli ambienti giudiziari e para-giudiziari) della stessa età (preclassica e) classica.

Tutto questo è lecito e può anche essere più o meno convincente. Ma non è metodologicamente corretto, almeno a mio parere, passare a distinguere tra classicismo e volgarismo nel seno di quella stessa giurisprudenza che si è assunta per definizione (a titolo di « postulato », direbbe qualcuno) come giurisprudenza complessivamente « classica ». È tutto.

6. L'INTELLIGENZA DI GAIO.

Perché Gaio, 3.90-91, indica come causa di *obligatio re contracta* il *mutuum* e la *solutio indebiti*, tralasciando la menzione del *commodatum*, del *depositum* e della *datio pignoris* di cui in Gai. *aur. D.* 44.7.1 e 5.3?

Il vecchio e ben noto problema (su cui, da ultimo, Kaser, *RPR.* 1.441 s., 449 e nt. 11; Grosso, *Il sistema romano dei contratti*³ [1963] 111 s.) è stato ripreso in esame dal Wubbe (*Gaius et les contrats réels*, in *T.* 35 [1967] 500 ss.): il quale, lasciando da parte ogni questione circa il silenzio relativo alla *fiducia* (cfr. 507 nt. 16), avanza un'ipotesi indubbiamente originale, ma, se non erro, difficilmente accoglibile.

* In *Labeo* 14 (1968) 115 s.

In sintesi, la tesi è questa: *a*) il Gaio delle Istituzioni non aveva ancora maturato l'idea, sposata poi nei *libri aureorum* da lui stesso o dal compilatore postclassico dell'opera (cfr. 523 nt. 59), che anche comodato, deposito e pegno fossero contratti reali; *b*) per il Gaio delle Istituzioni (che era a piena conoscenza delle azioni *commodati*, *depositi* e *pigneraticia*) le fattispecie del comodato, del deposito e del pegno non avevano giuridica rilevanza in quanto determinatrici di un obbligo di restituzione della cosa, ma avevano rilevanza giuridica, e davano quindi luogo a responsabilità *ex actione*, solo od essenzialmente nella ipotesi che la restituzione fosse mancata e non fosse più possibile o conveniente; *c*) secondo il Gaio delle Istituzioni, insomma, dalle fattispecie anzidette non derivava una *obligatio*, ma solo una responsabilità, sicché non era a parlarsi in ordine ad esse di *obligatio re contracta*.

Ora, è forse il caso di chiedersi se l'a. si sarebbe tanto inoltrato nella sua dimostrazione, indiscutibilmente non priva di notazioni sottili, se avesse maggiormente riflettuto su un punto essenziale: e cioè che per il Gaio delle Istituzioni anche la responsabilità è una manifestazione di *obligatio*, come stanno a dimostrare non solo le *obligationes ex delicto* (Gai 3.182 ss.), ma la stessa *obligatio (re contracta) ex indebiti solutione* di cui a Gai 3.91. Se Gaio, sia pur con qualche dubbio, ritiene, in particolare, che dal pagamento dell'indebitto derivi un'*obligatio re*, perché non ritiene egli la stessa cosa in ordine alla fiducia, al comodato, al deposito e al pegno? D'altra parte, se è vero, come lo stesso Wubbe (515 ss.) ammette e sottolinea, che almeno a partire da Nerazio si fece strada tra i giuristi l'idea che le *formulae in factum ed in ius* dell'*actio commodati* e dell'*actio depositi* fossero utilizzabili anche contro chi fosse tuttora in grado di rendere la cosa, non è davvero credibile che Gaio non sia stato spinto ad ampliare convenientemente l'elenco delle *obligationes re contractae*.

Vero è che il Wubbe (523 e nt. 58) sembra aderire alla tesi di un modello del I secolo, che sarebbe stato ricalcato dal Gaio delle Istituzioni (da ultimo, in questo senso, Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* [1965] 160). Tuttavia, vi sia stato o non vi sia stato il famoso modello, possiamo credere a tante cose: ad un Gaio puramente esemplificativo, come induce a pensare il *veluti* di Gai 3.90; ad un Gaio sciatto o non ancora giunto alla fase di rifinitura dell'opera, come taluni hanno supposto; ad un Gaio restio a qualificare *obligationes* in senso proprio quelle derivanti dal *ius honorarium* e non sanzionate da una *condictio*, come inclinerei a ritenere io; e via di questo passo. Ma prima di pensare ad un Gaio sciocco, incapace di ammodernare l'anti-

quato calepino di cui si serviva, bisogna aver convincentemente discussa e respinta ogni altra piú plausibile ipotesi.

7. IL RAGIONIERE GAIO?

1. Di Gaio, come è ben noto, si è detto di tutto¹, giungendo sino al punto di qualificarlo un poveraccio di provinciale, un non classico vissuto ai tempi dei classici, un plagiatore di Cassio Longino, uno pseudonimo di Lelio Felice e persino una donna travestita da uomo. In attesa che qualcuno lo additi (secondo una moda ossessiva oggi corrente) come un omosessuale, ovvero sia come « Gay », ecco un valente romanista, C. A. Cannata, che ce lo presenta (e ce lo ripresenta piú volte, poiché lo afferma in vari suoi scritti) in un modo parzialmente nuovo.

Gaio, secondo il Cannata, era certo un grande e accurato studioso (quel che si definisce, in linguaggio scolastico, un « secchione »), ma come giurista il suo « quoziente di intelligenza », per dirla con gli psicometri, era tutt'altro che soddisfacente: « il n'était probablement pas très intelligent, car il ne comprenait pas tout ce qu'il expliquait », anche se « il était bien informé et possédait un style impeccable et d'une clarté exemplaire ». Pertanto il nostro viene giudicato sulla base del solo « opuscule » delle sue *Institutiones* ed è « donc certainement un écrivain 'classique', mais il ne peut pas être considéré comme un juriste classique ».

Senza ripetere il molto (o il troppo) che ho già pubblicato in varie occasioni per contestare le interpretazioni piú azzardate, vorrei qui tentare di esprimere (brevemente, brevemente: sia chiaro) i motivi essenziali per cui anche la ingegnosa interpretazione del Cannata non mi trova d'accordo.

2. Innanzi tutto direi che Gaio non va « giudicato e mandato » sulla base delle sole sue Istituzioni. Prescindendo dalle *res cottidianae* (della cui genuinità si discute) e da altre opere minori, i *libri ad edictum*

* In *Labeo* 35 (1989) 341 ss.

¹ Sul tema: C. A. CANNATA, *Histoire de la jurisprudence européenne*, 1: *La jurisprudence romaine* (1989) 123 ss., spec. 135 ss. e nt. 27-32; *Id.*, *Introduzione ad una rilettura di Gai 4.30-33*, in *Scr. Guarino* (1984) 1869 ss., spec. 1875 ss., 1879; Th. MAYER-MALY, « *Gaius* », in *Roczniki Teologiczno-Kanoniczne* 10 (Lublin 1963) 55 ss. e citazioni *ivi*; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*⁷ (1987) n. 228 (p. 442 ss.); *Id.*, *Genuinità del Gaio Veronese*, in *Tagliacarte* (1983) 74 ss.; *Id.*, *L'intelligenza di Gaio*, *ivi* 100 s.; *Id.*, *Gaio Felice?*, *ivi* 137 s.; *Id.*, *La dimensione di Gaio*, ora in *Iusculum iuris* (1984) 224 ss.

praetoris urbani (almeno dieci), quelli *ad edictum provinciale* (in numero di trentadue), quelli *ad legem Duodecim tabularum* (in numero di sei), quelli *ad legem Iuliam et Papiam* (in numero di quindici) ci mostrano un giurista (di cui i brani della palingenesi Ieneliana, escluse le Istituzioni, sono non meno di 521) che stava molto attento al diritto dei suoi tempi e che era pienamente (anche se non luminosamente) in grado di interpretarlo col metodo casistico, cioè con un metodo che il Canata segnala piú volte (ed è esatto) come particolarmente difficile, cioè come particolarmente da giurista.

A proposito di queste altre opere gaiane, è ben vero che i « *puto* », i « *consentio* », i « *sed ego contra* » e via dicendo non abbondano, o addirittura non vi sono. Tuttavia, a parte il fatto che locuzioni siffatte o analoghe sono infrequenti anche negli altri autori giuridici dell'età classica, non mi sembra che Gaio mancasse sempre di esprimere la sua opinione personale e che egli « n'osait pas proposer sa pensée de manière directe, comme l'aurait fait un juriste ». Al pari della gran maggioranza dei giuristi del II e III secolo, Gaio usava concludere le sue argomentazioni (spesso facendo proprio qualche indirizzo di opinione precedentemente manifestatosi in concorrenza con altri indirizzi) con un « *ex his omnibus apparet rell.* », con un « *sed dicendum est* » e in modi simili, manifestando con ciò precisamente il suo personale punto di vista. Punto di vista che non era meno personale per il fatto di non essere il frutto di un'escogitazione assolutamente nuova, ma di essere l'espressione di una ragionata scelta tra quelli manifestati dai giuristi anteriori e contemporanei.

Là dove Gaio sembra essere meno « personale » è certamente nelle *Institutiones*, ove è notorio che spesso (non sempre) accoglie l'opinione dei suoi « *praeceptores* » e che, solitamente, preferisce dare un'idea univoca (cioè indiscussa e non problematica) degli istituti che via via rappresenta. Anche a questo proposito, però, non bisogna andare a conclusioni precipitose: non tanto perché non mancano i casi in cui Gaio la sua opinione o la sua scelta nelle Istituzioni chiaramente la esprime, quanto perché il manuale di Gaio (un « *opuscule* » che io sarei stato lieto di saper scrivere) è un libro elementare (privo, per di piú, di apparato di note) in cui l'autore è tenuto a parlare brevemente, in maniera puramente isagogica, facendo cenno solo dei problemi principali e risolvendo gli stessi secondo ciò che « *magis placuit* » alla giurisprudenza che lo ha preceduto (anche se è evidente, ed anzi il piú delle volte chiaramente affermato, che le soluzioni preferite sono quelle della scuola sabiniana). Chiunque fra noi abbia scritto un manuale elementare di diritto, sopra

tutto se di diritto vigente, sa bene (a cominciare dal Cannata ed a finire, varie lunghezze dopo, con me) che, almeno nella « parte alta » (cioè nel « testo », e non nelle note a piè pagina), è stato doverosamente breve, succinto, compendioso ed esente dai « *puto* » e dai « *sentio* », proprio alla maniera di Gaio nelle *Institutiones*.

Le quali *Institutiones*, me lo permetta il Cannata, sono un « profilo » originale ed efficace del *ius Romanorum*: un profilo che si apre, fra l'altro, con una chiara (e prima di allora inconsueta) elencazione, avente a paradigma la *lex publica*, dei documenti scritti dai quali (« *ex* ») si ricavano i « *iura populi Romani* ». Certo che ad un ristretto « profilo » qualche cosa sfugga e che le Istituzioni gaiane pertanto qualche cosa non ce la dicano intera (si pensi al *matrimonium*), qualche cosa non ce la dicano al posto dove più o meno giustamente ce la aspetteremmo (si pensi al *depositum*) e qualche cosa addirittura non ce la dicano affatto: ma tutto ciò è inevitabile e non autorizza, a mio avviso, il giudizio che le *Institutiones* siano una sorta di « colapasta » tutto bucherellato. La « griglia ordinatrice » delle Istituzioni gaiane non sarà quella così detta « civilistica » e non sarà nemmeno quella così detta « editale » (due griglie sistematiche che non so, per verità, quanto siano preziose), tuttavia, visto che le Istituzioni sono state scritte quando B. Windscheid era ancora da nascere, essa serve abbastanza bene (per quel che è possibile ad una esposizione dottrinale, la quale è sempre e fatalmente deformatrice), serve abbastanza bene, dicevo, ad « evidenziare i rapporti sistematici che strutturano la materia esposta ».

3. Ed è poi generoso asserire che Gaio non capiva, a volte, quel che diceva? No, proprio no. A prescindere dal punto che nelle Istituzioni i glossemi postclassici (pur se non quanti ne vuole il Solazzi) indubbiamente (mi si crocifigga) non difettano, io mi permetto di replicare che il tirar giù di tanto in tanto affermazioni infondate, e il trarre in questo o in quel caso conclusioni erronee, è cosa che può capitare e forse capita a tutti.

Se ci vogliamo parlare sinceramente e in un orecchio tra noi, che altro facciamo, noi dottrinarii, se non scoprire gli errori (veri o presunti) commessi da quelli che ci hanno preceduto e divulgarli (i malvagi che siamo) in libri, articoli e recensioni? Siamo perciò autorizzati a sostenere, degli studiosi di cui abbiamo riveduto le bucce, che non erano o sono giuristi, ma erano o sono solo divulgatori (magari eleganti, ma talvolta inconsapevoli) di cose giuridiche?

D'altra parte, ci vorrebbe una dimostrazione molto più lunga e minuziosa di quella che il Cannata ci offre per poter stabilire, in scienza

e coscienza, che « Gaio non era un giurista, e le cose che, con amore e chiarezza, esponeva, le capiva in una misura analoga a quella che oggi siamo soliti attenderci da un buon ragioniere o da un causidico dell'equo canone ».

Guardiamo, per esempio, a Gai 4.36, cioè al paragrafo in cui Gaio, parlando dell'*actio Publiciana*, dice che l'attore « fingeva » nell'*intentio* di aver acquistato la cosa reclamata per usucapione (« *fingitur rem usuccepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit* »). Non è vero che la formula edittale fingesse l'usucapione, osserva il Cannata, perché essa formula (che è, del resto, riportata dallo stesso Gaio) fingeva come avvenuto solo il decorso del tempo (di un anno o di due anni) richiesto per l'usucapione: Gaio non si sarebbe reso conto che fingere l'usucapione « equivale a fingere *dominus* l'attore, . . . con la conseguenza di rendere inutile l'azione, perché l'attore ha già vinto quando si sia interamente posta fuori discussione la fondatezza della *causa petendi* ». Ora, a prescindere dal fatto che nell'asserito errore di Gaio sono caduti dopo di lui migliaia di giusromanisti (tutti ragioniere o causidici dell'equo canone, costoro?), l'errore di Gaio forse, se non erro a mia volta di grosso, è alquanto immaginario. La formula dell'*actio Publiciana* non presume affatto che la *causa petendi* vantata dall'attore sia fondata o sia comunque riconosciuta dalla controparte, ma subordina al « *si paret* » del giudice la verifica della fondatezza della *causa petendi* esposta nell'*intentio* e contestata dal convenuto. Come nella *rei vindicatio* l'attore asserisce a tutta voce di essere *dominus ex iure Quiritium* della *res litigiosa* (ma resta poi da stabilire se lo sia veramente), così nella *Publiciana* l'attore asserisce falsamente (e forse un po' imbarazzato) che ha posseduto la cosa per il tempo necessario a diventarne *dominus* per usucapione (ma resta poi da stabilire se per il resto la *causa petendi* da lui messa su sia da riconoscere giusta).

4. E allora ecco il punto cui mi premeva di arrivare.

Come si sa, Pomponio (22 *ad Q. Muc.*, D. 45.3.39) conclude una certa discussione, che qui non importa riferire, con le parole: « *sed qua actione id recipere possumus, quaeremus, et non sine ratione est, quod Gaius noster dixit, condici id in utroque casu posse domino* ». Per il che ci si domanda da secoli chi fosse il *Gaius noster* (se Gaio, se Cassio Longino, se qualchedun altro) e una lunga serie di giusromanisti, sulle tracce del Lenel, ha anche autorevolmente supposto che la menzione di Gaio sia stata interpolata da persona agli occhi della quale Gaio, data la larghissima notorietà acquisita in età postclassica, era indubbiamente « *Gaius noster* », cioè da Triboniano.

Io non ho alcuna pretesa, in questa sede, di dare fiato alla mia convinzione, che è nel senso dell'interpolazione postclassica (pregiustiniana o giustiniana). Una cosa sola mi importa, ed è di sostenere che non è molto persuasiva, alla luce di quanto ho accennato dianzi, l'opinione secondo cui il riferimento a Gaio può essere stato fatto giusto da Pomponio, il quale in tal caso sembra dire: « pas bête notre ami Gaius, quand il dit . . . », con « une allusion ironique à un contemporain, auteur diligent de livres juridiques mais pas juriste ».

L'ironia, dov'è l'ironia nelle parole di Pomponio? Di più: chi avrebbe mai potuto capire, tra i lettori di Pomponio, la sua « ironica » (per verità, io direi inurbana) battuta? Il « *noster* » riferito ad un altro personaggio sta, ragionevolmente, ad indicare uno stimato giurista, o insomma qualcuno già conosciuto nell'ambiente (e mi esento dalle citazioni relative), non un sempliciotto di *magister iuris*, per di più a tutti i contemporanei (almeno a quanto pare, e come il Cannata riconosce) affatto ignoto. Quale dei miei lettori capirebbe prima ancora di apprezzarla, la mia fine ironia, se, a conclusione di un dibattuto problema giuridico, me ne uscissi inaspettatamente con la frase: « mica sciocca la soluzione del nostro ragionier Pappalardo »? (Carneade, chi era costui?).

Quindi lasciamo perdere l'idea dell'ironia di Pomponio e del basso quoziente intellettuale di Gaio. Va bene, non si trattava di un sommo: sono il primo a riconoscerlo. Ma questo volerlo sminuire a tutti i costi mi sa, poveretto di un Gaio, mi sa di partito preso.

8. GAIO IL FESTEVOLE.

Avevo da pochissimi giorni dato il « si stampi » ad un mio scritto su Gaio (v. *Labeo* 35 [1989] 341 ss.), e da ancor meno giorni avevo licenziato le bozze di una nuova edizione del *Breviarium iuris Romani* dell'Arangio-Ruiz e mio, in cui compare una breve prefazione sull'autore delle *Institutiones*, quando mi è giunto per posta, che cosa? Ma è ovvio: un nuovo libro su quel benedettissimo giurista, del quale in vita non si è accorto nessuno, ma dopo morto si sono occupati e si occupano da secoli schiere infinite di studiosi.

Il libro stavolta è di Obrad Stanojevic, che riprende in lingua francese, generosamente ospitato dagli « *Studia Amstelodamensia* » (n. 18), i temi di una sua monografia in serbo-croato del 1976 (S. O., « *Gaius*

* In *Labeo* 36 (1990) 146 s.

noster ». *Plaidoyer pour Gaius* [Amsterdam, Gieben, 1989, lito] p. VII-184).

Ebbene, pur se l'opera non sempre convince (il che è destino finanche della Bibbia), essa certamente è, a mio avviso, tra le più gustose e simpatiche che si possano leggere: primo, perché è scritta in stile festevole e chiaro; secondo, perché prende apertamente le difese (come appare sin dal titolo) del « povero untorello » di Gaio contro tutte le accuse petulanti e micragnose che gli sono state mosse sin'oggi.

Forse le troppo poche pagine del libro (che potranno essere seguite da altri e più approfonditi studi) non giungono al punto di dimostrare pienamente, almeno per esplicito, che il nostro « *était un homme de science, un visionnaire aux idées audacieuses, un innovateur hors de pair dans la jurisprudence romaine* » (2). Esse riescono però a dimostrare luminosamente che Giustiniano e Triboniano, parlando di « *Gaius noster* », mostravano il dovuto rispetto nei riguardi di un dignitoso giurista (anche se non giureconsulto), che tanto aveva contribuito, col suo insegnamento e con i suoi scritti, alla diffusione della cultura giuridica romana.

D'accordo, d'accordo, insomma: anche se un po' perplesso mi lascia l'ipotesi (di cui segnalo comunque la novità) secondo cui Gaio era addirittura un personaggio di animo gentile e tendente al buon umore, che era sposato ed era in ottimi rapporti con la moglie (110 s.). Certo, il giurista si dimostra molto poco convinto della *tutela mulierum*, ma tanto può darsi che ciò dipenda (così sostiene l'a.) dall'amore che egli nutre per la moglie, quanto può darsi che egli (se ed in quanto sposato) si esprima come si esprime per timore di una moglie bisbetica (e facile ad usare nei suoi confronti, chi sa, la *caia*, cioè il matterello). Quanto all'idea che Gaio fosse un tipo gioviale, sarà pur vero che « *le nomen est aussì omen* » e che esso « *influence qui le porte, un peu à la manière d'une suggestion permanente* », tuttavia alquanto ardito mi sembra dedurre il significato di « lieto, allegro, sorridente, spensierato » dall'italiano « gaio » (di cui è antenato il provenzale « gai », discendente a sua volta dal gotico « gāheis ») e non dal latino « *caius* » o « *gaius* », che non mi risulta abbia questo senso. Si tratta forse solo di una « *analogie sémantique* » pari a quella che, secondo l'a. (3), intercorre tra il nome di Gaio e il suo proprio nome di Obrad in serbo-croato?

Il meno che possa fare, nella mia profonda ignoranza di semantiche, è di astenermi dal pronunciare qualsiasi giudizio in proposito, anche perché non dimenticherò mai il caso di quell'etimologista provetto, cui siamo debitori della dimostrazione che violino deriva da Nabuccodonosor.

« AD VITELLIUM »

1. — I *Digesta* di Giustiniano ci rivelano l'esistenza di due opere giuridiche classiche qualificate *libri ad Vitellium*: l'una attribuita a Sabino, la seconda a Paolo. I *libri ad Vitellium* di Sabino non sono stati utilizzati direttamente dai compilatori, né sono citati dall'*Index Florentinus*¹: Ulpiano ne ha riportato testualmente un passaggio nei suoi *libri ad Sabinum*² e forse Paolo ne ha trascritto altri due brani nei suoi *libri ad Vitellium*³; per il resto ne abbiamo solo citazioni indirette, quattro di Ulpiano⁴ ed una di Trifonino⁵. I *libri ad Vitellium* di Paolo, dei quali rimangono ventiquattro frammenti nei *Digesta*⁶, erano, anche per attestazione di *D. Ind.*⁷, in numero di quattro⁸.

Questo lo stato delle fonti. Uno stato di cose troppo gramo perché i romanisti potessero accontentarsene. E difatti son più di sessanta anni che essi pongono alle poche fonti a nostra disposizione una ridda di insistenti domande, per ottenere risposta alle quali non hanno esitato, più volte, a procedere ad una torturante « sollicitation des textes ». Premuti dall'incalzare delle contestazioni, i testi sembrano ormai aver detto

* In *BIDR.* 66 (1963) 1 ss.

¹ Come è noto, *D. Ind.* si limita alla citazione dei tre *libri iuris civilis* di Sabino.

² Ulp. 22 *Sab. D.* 32.45 (L. 11).

³ Paul. 1 *Vit. D.* 28.5.18 (L. 10), 2 *Vit. D.* 33.7.18.12 (L. 14). In questi due frammenti, pur riportandosi letteralmente il dettato di Sabino, non si specifica che si tratta di passi estratti dai *libri* di Sabino *ad Vitellium*.

⁴ Ulp. 20 *Sab. D.* 33.7.8 pr. (L. 12), 20 *Sab. D.* 33.7.12.27 (L. 13), 20 *Sab. D.* 34.2.19.17-18 (L. 16), 22 *Sab. D.* 33.9.3 pr. (L. 15).

⁵ Triph. 5 *disp. D.* 34.9.22 (L. 17).

⁶ Cfr. L. Paul. 2062-2091.

⁷ Cfr. *D. Ind.* (Paul.) 12.

⁸ Restano: quattro frammenti del primo libro (L. 2062-2065: *D.* 28.2.19, 28.3.10, 28.5.18, 50.17.181), nove del secondo libro (L. 2066-2080: *D.* 31.12, 32.46, 32.78, 33.4.16, 33.7.14, 33.7.18, 34.2.32, 36.2.21, 50.16.184), nove del terzo libro (L. 2081-2089: *D.* 7.1.1, 7.1.50, 7.8.3, 7.8.19, 26.1.11, 35.1.46, 40.7.22, 45.1.93, 50.17.182), due del quarto libro (L. 2090-2091: *D.* 28.5.59, 31.14).

tutto, ed anche qualcosa di piú. Ma forse, come spesso succede in clima di « terzo grado », essi non hanno detto sempre la verità. Ed è perciò che mi propongo di celebrare, con ogni possibile pacatezza, un piccolo processo di revisione dei problemi dei *libri ad Vitellium*.

2. — Il primo episodio del nostro processo di revisione deve essere costituito, a mio avviso, dalla riabilitazione dei *libri* di Paolo *ad Vitellium*, come opera, per quel che risulta dai testi della compilazione, complessivamente genuina di Paolo. Lo Schulz⁹ ha, infatti, sostenuto che essa sarebbe stata notevolmente rielaborata, nel sec. IV d.C., da un ignoto giurista postclassico¹⁰. Ora, pur essendo innegabile che i libri di Paolo hanno subito qua e là singole alterazioni di forma o di sostanza, la tesi della rielaborazione strutturale, organica, dell'opera assolutamente non regge.

I sospetti di una riedizione postclassica sono nati nello Schulz¹¹ dal rilievo, nei libri paolini *ad Vitellium*, di due singolarità: in primo luogo, che Cervidio Scevola, maestro di Paolo, viene indicato solo come *Scaevola* o come *Scaevola consultus*, mentre in ogni altro scritto di Paolo¹² egli è sempre denominato, a titolo di riguardo, *Scaevola noster*¹³; in secondo luogo, che ben quattro *responsa* di Scevola, tra i molti che Paolo riferisce in questa sua opera, corrispondono letteralmente ad altrettanti *responsa* dei *libri responsorum* e dei *libri digestorum*¹⁴, cioè di due raccolte che lo Schulz sostiene essere state confezionate verso la fine del sec. III d.C. Solo la rielaborazione del quarto secolo può

⁹ *Ueberlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola*, in *Symb. Lenel* (1932) 218 ss., 235 ss.

¹⁰ V. anche: SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961) 261.

¹¹ SCHULZ (nt. 9) 223: « die Scaevola-Zitate in den *libri ad Vitellium* sind nicht von Paulus geschrieben, sie sind, wenn dieses Werk überhaupt von Paulus stammt, spätere Nachträge ». SCHULZ (nt. 10) 261: « In nachklassischer Zeit ist das Werk überarbeitet worden. Der (oder die) Bearbeiter haben ganze Reihen von Zitaten aus den *Responsa* des Cervidius Scaevola und noch manches andere hinzugefügt ».

¹² E così pure si dica per l'altro allievo di Scevola, Trifonino.

¹³ Unica eccezione: D. 5.1.49.1, su cui v. *infra* nt. 22.

¹⁴ Cfr. D. 32.78 pr. (Paul. 2 *Vit.*) con D. 33.7.20.6 (Scaev. 3 *resp.*); D. 32.78.2 (Paul. 2 *Vit.*) con D. 32.92.3 (Scaev. 3 *resp.*); D. 32.78.3 (Paul. 2 *Vit.*) con D. 32.101.1 (Scaev. 16 *dig.*); D. 7.1.50 (Paul. 3 *Vit.*) con D. 33.2.32.5 (Scaev. 15 *dig.*). Accurato confronto dei testi ora indicati, con rilievo delle varianti, in SCHULZ (nt. 9) 220 ss., 235 s.

spiegare, si è detto, la duplice singolarità¹⁵. Ma, se esaminiamo spassionatamente la situazione, ci accorgeremo che si è dato corpo alle ombre.

Cominciamo con la prima singolarità, cioè con la mancata denominazione di Scevola come *Scaevola noster*. Si tratta di un vecchio problema, in ordine al quale sono stati prospettati i piú diversi tentativi di soluzione. Il Beseler¹⁶, ad esempio, col suo temperamento radicale, ha proceduto alla strage di tutti i casi in cui, fuori dei *libri ad Vitellium*, Scevola è qualificato come *noster*, ed anzi, preso da una autentica ossessione contro l'innocente *noster*, ha incarcerato tra parentesi quadre anche il *noster* delle locuzioni *Gaius noster*, *Iulianus noster* e via dicendo. Meno spietato, lo Schulz¹⁷ ha ritenuto genuino il *noster* ovunque esso si incontra ed ha conseguenzialmente ipotizzato che esso si trovasse anche nell'edizione originale dei *libri ad Vitellium*: salvo che il rielaboratore postclassico dell'opera, sentendosi ormai distaccato da questo lontano Scevola giurista, avrebbe depennato il *noster*. Ora, diciamolo francamente: i trattamenti di questo genere hanno fatto il loro tempo, c'è troppo di Erode in essi. Molto piú plausibile, se mai, è il vecchio tentativo di spiegazione del Fitting¹⁸, il quale ha supposto che Paolo avrebbe lui stesso omesso di chiamare *noster* il suo maestro Scevola nei *libri ad Vitellium* per il fatto che questi ultimi furono scritti dopo la morte di Scevola. Tentativo, peraltro, ingeneroso verso Paolo, perché assume che questi avrebbe smesso di onorare con il *noster* il proprio maestro subito dopo la sua scomparsa; e in ogni caso tentativo improbabile anche per un motivo meno patetico: perché la tesi del Fitting postula, poco credibilmente, che Paolo avrebbe scritto durante la vita di Scevola tutte le altre opere in cui Scevola vi è qualificato *noster*, vale a dire gli otto decimi della sua vastissima produzione¹⁹. Per mio conto, l'ipotesi

¹⁵ Per vero il MOMMSEN, in *Ges. Schr.* 2.171, aveva pensato a un errore dei compilatori giustiniani: i quali, dopo aver escerpito i quattro testi di Scevola, li avrebbero pubblicati due volte, una delle quali con l'errata *inscriptio* di Paul. *ad Vit.* Tesi altamente improbabile (v. già SCHULZ [nt. 9] 219), oltre tutto perché la trascrizione dei *libri ad Vitellium* presenta, per ciascuno dei quattro testi, una serie di piccole varianti rispetto al dettato di Scevola.

¹⁶ *St. Bonfante* 2 (1929) 78; *St. Riccobono* 1 (1932) 132.

¹⁷ *Cit.* (nt. 9) 219 s.

¹⁸ *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen* (1908) 4. Si noti che il Fitting trae proprio dall'uso di *noster* argomento per ritenere che Scevola sia stato maestro di Paolo e di Trifonino.

¹⁹ Cioè i *libri ad edictum*, *ad Sabinum*, *ad Neratium*, *ad Plautium*, i *libri quaestionum* e il *liber singularis de secundis tabulis*. Cfr. MOMMSEN (nt. 15) 171; SCHULZ (nt. 9) 219 nt. 4.

più accettabile è quella acutamente formulata di recente dall'Honoré²⁰, il quale ha esattamente osservato che il familiare ed affettivo *noster* manca nei frammenti di Paolo solo là dove si riporta o si ricorda di Scevola un *responsum*, cioè un atto formale, pur se privato, di decisione di un caso pratico²¹. E la riprova di questa tesi è data dal fatto che, al di fuori dei *libri ad Vitellium*, vi è un'altra opera di Paolo in cui Scevola non è qualificato *noster*, e si tratta del terzo libro *responsorum*, in cui è appunto riportato un *responsum* di Scevola²².

Se la spiegazione dell'Honoré è, come credo, esatta, svanisce la prima, pretesa caratteristica singolare dei *libri ad Vitellium* di Paolo²³. Rimane tuttavia la seconda singolarità. Come si spiega che i *libri ad Vitellium* di Paolo riferiscano testualmente almeno quattro *responsa* di Scevola? Come può conciliarsi la classicità dei *libri ad Vitellium* con la asserita non classicità dei *libri responsorum* e dei *libri digestorum* di Scevola, da cui i quattro *responsa* sarebbero stati tratti? Lo Schulz, pienamente convinto di aver dimostrato la elaborazione postclassica (oggi si preciserebbe: protopostclassica) delle due raccolte di Scevola, non ha dubbi sul carattere, a maggior ragione postclassico, dell'opera di Paolo nello stato in cui ci è pervenuta²⁴. Ma io credo che la « Ueberlieferungsgeschichte » dei *responsa* di Cervidio Scevola, così come l'ha ricostruita lo Schulz, debba essere radicalmente ridimensionata²⁵. In real-

²⁰ HONORÉ, *Gaius, A Biography* (1962) I ss., 4 s.

²¹ « In relation to a formal act familiarity is out of place ».

²² D. 5.1.49.1 (Paul. 3 resp.): *Iudices a praeside dati solent etiam in tempus successorum eius durare et cogi pronuntiare [easque sententias servari]. in eundem sensum etiam Scaevola respondit*. Il MOMMSEN (nt. 15) 271 tenta di spiegare la mancanza del *noster* col fatto che Paolo usa parlare di sé, nei *libri responsorum*, in terza persona (onde non può evidentemente chiamare *noster* Scevola); ma lo SCHULZ (nt. 9) 213 s. rileva che giusto in questo frammento manca un *Paulus respondit*. A mio avviso, tanto la spiegazione quanto la critica sono piuttosto deboli. Né è da dire, almeno a mio avviso, che il testo sia alterato: v. *infra* nt. 41.

²³ Lo stesso SCHULZ (nt. 9) 220 dubita del valore probatorio di questa singolarità, pur sostenendo che « da und dort, wo sich bei Paulus 'Scaevola noster' findet, eine nachklassische (vorjustinianische) Hand das Zitat nachgetragen hat ».

²⁴ In senso adesivo allo Schulz, particolarmente: KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1952) 217 s.; WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (1960) 16 e nt. 31. *Contra*: SCIASCIA, *Le annotazioni ai « digesta-responsa » di Q. Cervidio Scevola*, in *AUCA*. 16 (1942-44) 85 ss.

²⁵ Si noti che in tre dei quattro testi quasi letteralmente corrispondenti a *responsa* di Scevola (v. nt. 14), quest'ultimo è indicato nominativamente solo in D. 7.1.50 (*respondit Scaevola*): negli altri tre passi si legge soltanto *responsum est, respondit, respondit*.

tà, i *responsa* di Scevola, così come oggi li leggiamo nei *Digesta*, provengono da una raccolta classica, e i *libri ad Vitellium* di Paolo sono, in ogni caso, ancora più sicuramente genuini.

3. — Riesaminiamo anzi tutto, brevemente, la « Ueberlieferungsgeschichte » dei *responsa* di Cervidio Scevola, così come l'ha ricostruita lo Schulz in uno dei suoi saggi più suggestivi²⁶.

Come è noto, lo Schulz ha preso le mosse da un dato di fatto incontestabile: e cioè dal fatto, indubbiamente sorprendente, che tra i *libri responsorum* ed i *libri digestorum* di Scevola esistono numerose e importanti coincidenze. Molti *responsa* delle due raccolte sono quasi completamente identici²⁷, le domande sono riprodotte *in extenso* così come furono effettivamente formulate (non senza lungaggini ed ingenuità) dagli interroganti, le risposte appaiono spesso frettolose ed hanno tutta l'aria di appunti o di minute. Secondo lo Schulz (e sin qui non vi può essere difficoltà a seguirlo) è incredibile che Cervidio Scevola abbia pubblicato un'opera in queste condizioni, ed è ancora più incredibile ch'egli abbia addirittura pubblicato due opere diverse così abborracciate e con tante coincidenze tra loro²⁸. Di qui l'ipotesi che Scevola non curò mai, personalmente, di trarre dal suo archivio privato il materiale per un'opera di *digesta* o di *responsa*: una raccolta affrettata di questo materiale fu pubblicata solo verso la fine del III o verso gli inizi del IV secolo d.C.²⁹ e da questa « Erstaugabe » protopostclassica derivò, successivamente, una « zweite Ausgabe »³⁰, la quale, in epoca ancora successiva, fu infine utilizzata per la separata compilazione degli apocrifi *libri digestorum* da un lato e degli apocrifi *libri responsorum* dall'altro lato³¹. Ora, è ben possibile che la « Erstaugabe » non sia stata compilata da Scevola, ma dopo la morte di lui, a guisa di raccolta reverente di scritti

²⁶ SCHULZ (nt. 9) 143 ss.

²⁷ Quadro completo dei testi paralleli (in numero di diciotto) in SCHULZ (nt. 9) 228 ss.

²⁸ Per i vari altri tentativi di spiegazione, cfr. SCHULZ (nt. 9) 144 ss.

²⁹ Comunque, in epoca successiva ad Ulpiano: cfr. SCHULZ (nt. 9) 212 ss.

³⁰ Lo SCHULZ (nt. 9) denomina questa « zweite Ausgabe » anche come « Archetypus »: cfr. 225. Egli ritiene altresì che l'archetipo, prima di passare ad essere utilizzato per i *digesta* e per i *responsa*, sia stato variamente glossato: cfr. 167, 178, 197 ss., 201 ss., 205 s.

³¹ Nei *libri digestorum* il testo dell'archetipo sarebbe stato lievemente racciato. I *libri responsorum* sarebbero stati piuttosto una epitome dell'archetipo.

postumi, ed è anche probabile che i *libri responsorum* derivati da questa prima edizione³² siano stati pubblicati dopo la morte di Ulpiano, che effettivamente non sembra citarli mai³³. Quel che proprio non mi convince è che la « Erstaugabe » sia postclassica, e sia pure protopostclassica. Queste raccolte di scritti postumi, di « *posteriores* », di « *nachgelassene Schriften* » o son curate dai figli, dalle vedove, dai discepoli, o non si fanno più³⁴. Pertanto, a mio avviso, è probabile che la « Erstaugabe » individuata dallo Schulz sia stata messa insieme e posta in circolazione³⁵ brevissimo tempo dopo la morte di Scevola, cioè ancora in epoca classica, e per motivi diversi da quelli che taluni adducono a sostegno della ipotesi della « codificazione » delle opere classiche in età protopostclassica³⁶.

A conforto della mia opinione, ricorderò, in primo luogo, che i *libri digestorum* di Scevola contengono ben ventuno *notae* del classico Trifonino e i *libri responsorum* contengono, a loro volta, due *notae* di Paolo ed una *nota* di Trifonino³⁷. Queste annotazioni non dimostrano, è vero, la genuinità dei *libri digestorum* e dei *libri responsorum* perché potevano già trovarsi nella « Erstaugabe »: è evidente, peraltro, che

³² Cioè quella che lo Schulz denomina « *zweite Ausgabe* » (o « *Archetypus* »): cfr. nt. 30.

³³ Cfr. SCHULZ (nt. 9) 214 s. Una citazione di *responsa* di Scevola è tuttavia contenuta in D. 12.1.17 (Ulp. 1 *disp.*): *Cum filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit, cum studiorum causa Romae ageret, responsum est a Scaevola extraordinario iudicio esse illi subveniendum*. Indubbiamente le due proposizioni con *cum* suonano male a così breve distanza, ma mi sembra tuttavia azzardato trarne la conseguenza (SCHULZ [nt. 9] 215) che la citazione è forse una inserzione postclassica, o che Ulpiano cita Scevola dai *libri quaestionum* (*responsum est*), o che egli cita un responso di Scevola appreso per tradizione orale. L'ipotesi più plausibile è che Ulpiano, se pur non aveva tra le mani dei *libri digestorum* o dei *libri responsorum* di Scevola, conosceva i *responsa* di Scevola sulla base della « Erstaugabe » o di citazioni altrui di questa raccolta postuma.

³⁴ Prescindo da esempi moderni, che vengono in mente a tutti. Mi limito a citare il caso dei *posteriores* di Labeone: SCHULZ (nt. 10) 286.

³⁵ Diciamo pure: in limitata circolazione. È sintomatico, infatti, che i *responsa* di Scevola siano relativamente assai poco citati dalla giurisprudenza classica successiva.

³⁶ L'ipotesi da me prospettata è fugacemente ventilata anche dallo SCIASCIA (nt. 25) 157, il quale peraltro la esclude, giudicando poco probabile che le annotazioni di Paolo e di Trifonino (v. nt. 37) siano state aggiunte « al manoscritto inedito dell'opera di Scevola ». Ma se è vero che Trifonino e Paolo furono gli allievi di Scevola (il che, peraltro, giova ribadirlo, si deduce essenzialmente dal loro uso di qualificare Scevola come *Scaevola noster*), non vi è nulla di strano che essi abbiano curato la edizione, con note, di una scelta dei *responsa* del maestro.

³⁷ Cfr. SCHULZ (nt. 9) 178 ss.

esse provano la classicità della « Erstausgabe », la quale fu pubblicata prima della morte di Paolo e di Trifonino e forse proprio ad opera di questi due discepoli di Scevola³⁸. L'unico modo per sottrarsi alla stretta di questa argomentazione può consistere, ovviamente, nel sostenere il carattere apocrifo delle *notae* di Paolo e di Trifonino. Lo Schulz ha avuto l'audacia di farvi ricorso³⁹, ma basta rileggere spassionatamente le sue esegesi (comunque, magistrali per finezza di notazioni) per convincersi della loro inaccogliibilità⁴⁰. Si aggiunga che Paolo cita almeno una volta, nel libro terzo *responsorum*, un *responsum* di Scevola⁴¹⁻⁴². La conclusione più saggia è di credere alla classicità della « Erstausgabe ».

Ma ecco un altro argomento: un argomento particolarmente rilevante, perché servirà a dimostrare, nello stesso tempo, sia la classicità della « Erstausgabe » dei *responsa* di Scevola, sia la classicità dei riferimenti a quei *responsa* che si incontrano nei *libri ad Vitellium* di Paolo. Esso si basa sul confronto tra questi tre frammenti:

D. 31.14 pr. (Paul. 4 Vit.): *Si idem servus et legatus et liber esse iussus sit, favor libertatis praevalet: sin autem et in posteriore scriptura legatus est et evidens ademptio libertatis ostenditur, legatum propter defuncti voluntatem praevalebit.*

D. 40.4.10.1 (Paul. 4 Sab.): *Si servus legatus liber esse iussus est, liber est. Sed si prius liber esse iussus, postea legatus sit, si quidem evidens voluntas sit testatoris, quod ademit libertatem, cum placeat hodie etiam libertatem adimi posse, legato eum cedere puto. Quod si in obscuro sit, tunc favorabilius respondetur liberum fore.*

³⁸ V. *retro* nt. 36.

³⁹ SCHULZ (nt. 9) 178 ss.

⁴⁰ Ritengo sostanzialmente accoglibile, a questo proposito, l'ampia dimostrazione fornita dallo SCIASCIA (nt. 25).

⁴¹ Cfr. D. 5.1.49.1 (riportato *retro* nt. 22). Lo SCHULZ (nt. 9) 214 ritiene che la frase finale sia glossata, basandosi peraltro sull'unico e labile indizio di *in eundem sensum* (ἄπαξ λεγόμενον). In subordinata, lo Schulz ipotizza che il *respondit* stia ad indicare la soluzione di una *quaestio* (e cita a conforto lo *Scaevola respondit* di D. 47.6.6), ma non tiene presente che proprio in questo testo Scevola non è chiamato *noster*, il che si spiega plausibilmente solo nel modo indicato *retro* nt. 22. In linea ancora più subordinata, lo Schulz, infine, ammette che qui Paolo possa aver veramente citato un *responsum* di Scevola a lui noto per ricordo diretto: spiegazione, dunque, analoga a quella data per D. 12.1.17 (v. *retro* nt. 33). Lo sforzo di sfuggite, mediante queste ipotesi, alla soluzione più ovvia è evidente.

⁴² Non vedo la necessità di pensare ad un *responsum* di Scevola nella citazione di Trifonino (8 *disp.*) D. 20.5.12.1 (*Scaevola noster restituendam probavit*). Lo SCHULZ (nt. 9) 213 pensa invece ad un *responsum* citato da Trifonino a memoria.

D. 40.5.50 (Marcian. 7 *inst.*): *Si servus legatus et [per fideicommissum] manumissus sit, Cervidius Scaevola consultus putabat novissimam scripturam valere [sive libertas sit, sive legatum], quia, cum libertatem datam [postea] placeat (posse) adimi, et per legatum constat posse adimi: sed si in obscuro sit, qua mente post libertatem legavit eundem servum, in obscuro libertatem praevalere. quae sententia mihi quoque verior esse videtur.*

I primi due frammenti (estratti, rispettivamente, dal quarto libro *ad Vitellium* e dal quarto libro *ad Sabinum* di Paolo) sono sostanzialmente conformi e, a mio avviso, genuini⁴³. Vi si legge, anzi tutto, che, se uno schiavo è fatto oggetto nello stesso testamento sia di una *manumissio* che di un *legatum*, prevale la *manumissio* in omaggio al *favor libertatis*. Successivamente viene introdotto, peraltro, un « distinguo »: se il legato dello schiavo è scritto dopo la *manumissio*, e se risulta evidente una volontà del testatore di revocare con ciò la precedente *manumissio*, non prevale più la *libertas* sul *legatum*, ma deve prevalere il *legatum* sulla *libertas*. È fuor di dubbio che il « distinguo » di cui sopra costituisce una limitazione ed una riforma dell'insegnamento iniziale, da presumersi originario, ma tutto fa credere che esso non sia postclassico, come da taluni si è sostenuto, ma sia da attribuire a Paolo, che con ciò volle correggere un principio troppo drastico espresso dall'autore da lui commentato (Sabino o Vitellio che fosse). Orbene, il terzo frammento, quello di Marciano, ci spiega l'origine del « distinguo » formulato da Paolo: esso fu introdotto da Scevola, maestro di Paolo, in un *responsum*⁴⁴, se non addirittura in una serie di *responsa*⁴⁵. Dunque, i *responsa* di Scevola (raccolti nella « Erstausage » ipotizzata dallo Schulz) erano conosciuti e citati dai giuristi classici, e Paolo, dal canto

⁴³ Rinvio, per l'approfondito esame di questi frammenti e del passo di Marciano, a: GUARINO, « *Ademptio libertatis* » implicata da « *legatum* », in *Labeo* 9 (1963) 7 ss.

⁴⁴ Che si trattasse di un *responsum*, si deduce da *Scaevola consultus*. Lo SCHULZ (nt. 9) 915 riconosce la forza dell'argomento, ma passa a sostenere che in realtà Marciano citava le *quaestiones*, sulla base di debolissimi argomenti stilistici: il *quia rell.* sarebbe caratteristico delle esplicazioni date nella discussione di *quaestiones* e il « *sive sive* » non si attaglia ad un *responsum* concreto. Il primo argomento mi sembra palesemente arbitrario e il *sive libertas sit, sive legatum* è probabilmente interpolato.

⁴⁵ Che Marciano si sia riferito a una serie di *responsa* sostanzialmente conformi di Scevola, può dedursi dal *putabat* (in luogo di *respondit* o *putavit*). È probabile che il delicato quesito del concorso di manomissione e legato sia stato prospettato, con differenze tra l'una e l'altra fattispecie, più di una volta a Scevola.

suo, utilizzò la « Erstausgabe » dei *responsa* di Scevola sia nei *libri ad Sabinum*, sia nei *libri ad Vitellium*.

4. — Dovrebbe essere sufficiente per convincerci della genuinità dell'opera di Paolo *ad Vitellium*. Ma l'autorità dello Schulz impone che si prenda in esame, per dimostrarne l'inammissibilità, quel che egli indica come un « hübsches Beispiel » della supposta rielaborazione postclassica⁴⁶.

D. 32.78.4 (Paul. 2 Vit.): *Illud fortasse quaesiturus sit aliquis, cur argenti appellatione etiam factum argentum comprehendetur, cum, si marmor legatum esset, nihil praeter rudem materiam demonstratum videri posset. cuius haec ratio traditur, quippe ea, quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa numquam vires eius effugiant.*

Che la forma del passo sia ampiamente inquinata è fuori discussione⁴⁷, ma il problema da risolvere è quello della genuinità sostanziale. Secondo lo Schulz, la distinzione tra il *legatum* di *argentum* e il *legatum* di *marmor* starebbe bene nelle *Variae* di Cassiodoro⁴⁸. Ma perché? È un dato di fatto, di cui non è lecito contestare la classicità⁴⁹, che il *legatum argenti* fosse ritenuto comprensivo dell'argento lavorato⁵⁰ e il *legatum marmoris* fosse ritenuto ristretto al marmo in blocco⁵¹. Paolo deve pur essersi sforzato di darne la ragione, ed è altamente plausibile che la ragione della differenza egli l'abbia vista nel fatto che l'argento lavorato può essere fuso e riportato nel pristino stato (dunque, l'*argentum* è sempre *argentum*), mentre il marmo lavorato no (dunque, il marmo in quanto tale è diverso dalla statua di marmo). Altamente plausibile, se si pensa che Paolo qui conferma un orientamento di pensiero,

⁴⁶ Cfr. SCHULZ (nt. 10) 261 s.

⁴⁷ Il testo è stato già esaminato criticamente dal BESELER (*Beitr.* 3.87 s.; 4.215, 236; 5.12), che lo ha siglato con molti punti esclamativi, mettendolo quasi tutto tra parentesi quadre. Da ultimo, su di esso, MAYER-MALY, *Spezifikation*, in *ZSS.* 73 (1956) 150 s., con ulteriore bibliografia.

⁴⁸ Quanto allo stile formale, il rilievo è indiscutibile.

⁴⁹ Anche il BESELER (nt. 47) ha parlato di « echter Kern ».

⁵⁰ Con esclusione della *pecunia numerata*. Cfr. D. 34.2.19 pr. (Ulp. 20 *Sab.*): *Cum aurum vel argentum legatum est, quidquid auri argentique relictum sit, legato continetur sive factum sive infectum; pecuniam autem signatam placet eo legato non contineri.* Cfr. anche D. 34.2.27.1 (Ulp. 44 *Sab.*).

⁵¹ Valga il parallelo del *legatum* di lana, che era ritenuto relativo alla sola lana non ancora tessuta. Sul punto: VOCI, *Diritto ereditario romano* 2² (1963) 294 s.

di origine proculiana⁵², ch'egli manifesta, con riguardo alla specificazione, anche nei *libri ad Sabinum*⁵³. Lo « hübsches Beispiel » del carattere apocrifo dei *libri ad Vitellium* è, insomma, immaginario⁵⁴.

5. — Il discorso svolto fin qui è servito, se non erro, a ridarci fiducia nella saldezza (vale a dire, nella classicità) della principale base di operazione di cui disponiamo per la nostra ricerca. Le interpolazioni, i glossemi, le parafrasi e via dicendo indubbiamente non mancano nei passi dei *libri* di Paolo *ad Vitellium*, ma non vi è ragione per contestare che la struttura dell'opera sia classica e che l'autore della stessa sia stato proprio Paolo. Passiamo a vedere, pertanto, quale fu l'oggetto, quale il piano sistematico, quale il « tipo » dell'opera.

Oggetto dei *libri ad Vitellium* fu esclusivamente la materia dei *testamenta*: materia complessa e di grande rilevanza pratica, cui i giuristi classici e Paolo in particolare dedicarono anche altre opere *ad hoc*⁵⁵. La palingenesi dei quattro libri paolini ha, peraltro, dato luogo a qualche dubbio. Il Lenel ha intitolato il primo libro *de testamentis* ed i due libri successivi *de legatis*, mentre per il quarto libro, di cui rimangono solo

⁵² Cfr. D. 32.100.1 (Javol. 2 post. Lab.): *Duae statuæ marmoreæ cuidam nominatim, item omne marmor erat legatum: nullam statuam marmoream præter duas Cascellius putat deberi: Oflius Trebatius contra. Labeo Cascellii sententiam probat, quod verum puto, quia duas statuas legando potest videri non putasse in marmore se statuas legare.* Non vi è dubbio che il passo sia sostanzialmente genuino.

⁵³ Cfr. D. 41.1.24 (Paul. 14 Sab.): [*In omnibus quæ ad eandem speciem reverti non possunt dicendum est*] *si [materia manente] species dumtaxat forte mutata sit, veluti si meo aere statuam aut argento scyphum fecisses, me eorum dominum manere.* Sul testo, con convincenti argomenti: MOZZILLO, *Note in tema di specificazione*, in *Scr. Jovene* (1954) 731 ss.

⁵⁴ Probabilmente, il fr. D. 32.78.4 contiene la parafrasi postclassica, riassuntiva ed esplicativa, delle conclusioni di Paolo sul problema. Ma la parafrasi non dice nulla che non sia sostanzialmente classico, anzi specificamente attribuibile a Paolo.

⁵⁵ Quanto a Paolo, si ricordano: un *liber singularis de testamentis* (L. 1.1300) e un *liber singularis de forma testamenti* (L. 1.1102), da identificarsi forse col primo (L. 1.1102 nt. 6; SCHULZ [nt. 10] 327), un *liber singularis de secundis tabulis* (L. 1.1293), un *liber singularis de inofficioso testamento* (L. 1.1113), un *liber singularis de septemviralibus* (o piuttosto, *de centumviralibus*) *iudiciis* (L. 1.957; SCHULZ [nt. 10] 328), un *liber singularis de iure codicillorum* (L. 1.1115; SCHULZ [nt. 10] 328), tre *libri de fideicommissis* (L. 1.1099), un *liber singularis de tacitis fideicommissis* (L. 1.1300), un *liber singularis ad regulam Catonianam* (L. 1.1221), un *liber singularis de instrumenti significatione* (L. 1.1114). Tralascio il problema relativo al carattere genuino o meno di alcuni dei *libri singulares*.

due frammenti⁵⁶, si è dichiarato incerto se fosse dedicato all'*heredis institutio*, di cui parla il primo frammento⁵⁷, o alle *manumissiones testamenti* e *fideicommissaria* che costituiscono oggetto del secondo frammento⁵⁸. Ma è chiaro, a mio avviso, che la prima eventualità è da escludere e che nel quarto libro, dopo aver già parlato *de legatis*⁶⁰, Paolo non poté dedicarsi *ex professo* all'*heredis institutio, caput et fundamentum totius testamenti*, di cui aveva già diffusamente trattato nel primo. Si legga il frammento in discussione:

D. 28.5.59 (Paul. 4 Vit.): *Nemo dubitat recte ita heredem nuncupari posse « hic mihi heres esto », cum sit coram, qui ostenditur. 1. Qui frater non est [, si fraterna caritate diligitur,]⁶¹ recte cum nomine suo sub appellatione fratris heres instituitur.*

Potrebbe suppersi un errore di *inscriptio* (quarto invece di primo), ma sarebbe una spiegazione di comodo. A mio avviso, è possibile che il passo sia stato enucleato da più ampi brani dell'opera, i quali riportavano e commentavano *responsa* in tema di *manumissiones* o di altre specifiche disposizioni testamentarie⁶²: nulla di strano che, nello sviluppo di questi *responsa*, si sia anche e rapidamente fugato qualche dubbio in ordine alla formulazione dell'*heredis institutio*.

Ed eccoci al punto più interessante, cioè al problema del tipo dell'opera di Paolo *ad Vitellium*. A questo proposito, io penso che l'usuale qualificazione della nostra opera come « opera di commento a giurista precedente »⁶³ o come « commentario lemmatico »⁶⁴ pecchi di astrattismo. Certamente i *libri ad Vitellium* furono un'opera di commento a giurista precedente (vedremo in seguito se Vitellio o Sabino) e certamente essi presentano tracce di riferimenti a carattere lemmatico, visto che molti insegnamenti di Paolo prendono le mosse da riferimenti o

⁵⁶ L. Paul. 2090 e 2091.

⁵⁷ Cfr. L. 1.1307 nt. 2.

⁵⁸ D. 28.5.59, riportato *infra* nel testo.

⁵⁹ D. 31.14 pr. (riportato *retro* n. 3) e 1: *Servo alieno herede instituto post mortem domini eius cui adquisita hereditas et libertatem fideicommissariam dari posse constat.*

⁶⁰ Ed inoltre anche di fedecommissi (L. Paul. 2082), di *tutoris datio* (L. 2087), di *statuliberi* (L. 2088-2089).

⁶¹ Cfr. GROSSO, in *St. Bonfante* 2 cit. 201 nt. 40.

⁶² V. *retro* nt. 60.

⁶³ Cfr. ad es.: KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des r. Rechts* (1912) 229.

⁶⁴ Cfr. ad es.: SCHULZ (nt. 10) 261.

addirittura da riproduzioni testuali del giurista precedente, Vitellio o Sabino che fosse⁶⁵. Ma quel che conta è che i *libri ad Vitellium* di Paolo sono pieni di *quaestiones* e *responsa*, propri e soprattutto altrui, e che questa caratteristica è in essi talmente viva da indurre a qualificarli anche come opera di casistica, anzi sopra tutto di casistica. Paolo ha preso lo spunto da un'opera precedente per riprodurne alcuni insegnamenti e per offrire al lettore una larga scelta di soluzioni pratiche relative alla materia testamentaria.

6. — Prima di occuparsi di Vitellio, sarà bene che veniamo all'altra opera *ad Vitellium* della giurisprudenza classica, cioè ai *libri ad Vitellium* di Sabino.

Poco si può dire di essi, se non che furono probabilmente relativi, alla pari dei *libri ad Vitellium* di Paolo, alla materia testamentaria⁶⁶. Quale sia stato il piano dell'opera non è dato sapere, visto che Ulpiano e Trifonino, nelle loro citazioni della stessa, non ci dicono nemmeno di quanti libri era composta⁶⁷. Anzi il silenzio dei due giuristi, e sopra tutto del diligentissimo Ulpiano, a questo proposito, mi induce a sospettare, pur con ogni cautela, che Ulpiano (il quale notoriamente si astiene, per incerti motivi, dal citare mai Paolo)⁶⁸ deve aver conosciuto i *libri* di Vitellio solo attraverso gli squarci riprodotti dallo stesso Paolo⁶⁹: squarci che, d'altro canto, erano privi della indicazione del preciso libro di Sabino da cui erano stati estratti⁷⁰. L'ipotesi, indubbiamente ardita, sembra però contraddetta da due frammenti, i quali potrebbero fare invece pensare che Ulpiano disponesse di una propria copia personale dei libri di Sabino *ad Vitellium*, annotata da Aristone e da Cassio.

D. 33.9.3 pr. (Ulp. 22 *Sab.*): *Qui penum legat quid legato complectatur, videamus. et Quintus Mucius scribit libro secundo iuris civilis penu legata contineri quae esui potuique sunt. idem Sabinus libris ad Vitellium scribit. (—) quae harum, inquit, patris familiae uxoris(ve)*⁷¹

⁶⁵ V. *retro* nt. 3.

⁶⁶ Cfr. i testi citati *retro* nt. 2-5.

⁶⁷ Più di uno certamente, visto che si parla di *libri*.

⁶⁸ V. in proposito KRÜGER (nt. 63) 250.

⁶⁹ Pertanto, anche la riproduzione testuale di D. 32.45 (v. *retro* nt. 2) deve essere stata mediata da Paolo.

⁷⁰ La cosa è spiegabile in un'opera che trae spunto da un'opera precedente. Del pari accade, ad esempio, nei *libri ad Minicium* di Giuliano.

⁷¹ MOMMSEN.

liberorumve eius vel familiae, quae circa eos esse solet, item iumentorum, quae dominici usus causa parata sunt. 1. Sed Aristo notat etiam quae esui potuique non sunt contineri legato, ut puta ea, in quibus esse solemus, oleum forte, garum muriam vel ceteraque his similia.

La nota di Aristone ai *libri ad Vitellium* di Sabino è stata vista da molti⁷², ma è stata vista, se non erro, male⁷³. Il testo è indubbiamente guasto. Nel *principium* si avverte una lacuna, già segnalata dal Krüger⁷⁴, tra *scribit* e *quae harum rell.*: sicché non è affatto sicuro che le parole riferite da Ulpiano (*inquit*) si trovassero nei *libri ad Vitellium*. È probabile anzi che quelle parole si trovassero nei *libri iuris civilis* di Sabino, cioè nell'opera direttamente commentata da Ulpiano e che quindi, più precisamente, Sabino prima riferisse il pensiero di Mucio (*quae esse solet*) e poi passasse ad aggiungere, come suo contributo personale alla definizione della *penus*, che nella *penus* vanno compresi anche i mangimi destinati agli animali domestici. Ci spinge a crederlo il confronto tra il nostro passo e Gell. 4.1.17 e 21.

Ulp. 22 Sab.: *Et Quintus Mucius scribit libro secundo iuris civilis penu legata contineri quae esui potuique sunt. idem Sabinus libris ad Vitellium scribit . . . quae harum, inquit (Mucius), patris familiae uxorisve liberorumve eius vel familiae, quae circa eos esse solet, (causa parata sunt) . . . item iumentorum, quae dominici usus causa parata sunt.*

Gell. 4.1.17 e 21: *Penus est, inquit (Mucius), quod esculentum aut poculentum est, quod ipsius patris familias aut matris familias aut liberum patris familias aut familiae eius, quae circum eos aut liberos eius est et opus non facit, causa paratum est.*

Masurius Sabinus in *iuris civilis secundo etiam quod iumentorum causa apparatus esset, quibus dominus uteretur, penori attributum dicit*⁷⁵.

⁷² Per tutti: KRÜGER (nt. 63) 179.

⁷³ In tal senso: DI MARZO, *Di una recente congettura sull'indole dei « libri ad Vitellium » di Massurio Sabino* (1899) 13; BAVIERA, *Di una congettura sull'indole dei « libri ad Vitellium » di Masurio Sabino*, in *Scr. giur.* 1 (1909) 142. L'argomento di questi due autori è tuttavia un po' debole: Ulpiano avrebbe usato il verbo *notat* « in senso assoluto, indicando, cioè, un'osservazione critica fatta per incidenza da quel giurista in altro suo scritto » (così, in particolare, Di Marzo, che tenta di corroborare la sua tesi con due citazioni poco convincenti: D. 7.8.7 e Vat. 88).

⁷⁴ *Cit.* (nt. 24): « Nonnulla desiderantur ».

⁷⁵ Il testo viene riportato con le integrazioni e correzioni del Hertz.

Non credo si possa condividere l'opinione del Wieacker⁷⁶, secondo cui *idem Sabinus — scribit* è fuori posto e va inserito prima di *item iumentorum rell.* Con questo sistema si viene a ricostruire esattamente il pensiero di Q. Mucio e quello di Sabino, ma si viene anche a riferire l'insegnamento di Sabino ai libri *ad Vitellium*, anziché ai libri *iuris civilis* indicati testualmente da Gellio⁷⁷. È più probabile che la citazione dei libri *ad Vitellium* costituisca un riferimento generico (e impreciso) di Ulpiano, sempre incline ad abbondare in riferimenti bibliografici, anche se di seconda mano⁷⁸. Posto, dunque, che la frase *quae harum rell.* riferisca il pensiero di Mucio e di Sabino, quale Ulpiano lo desunse dal secondo libro *iuris civilis* di quest'ultimo, ne consegue che la nota di Aristone, contenuta nel paragrafo 1, non è una nota ai libri di Sabino *ad Vitellium*, ma una nota, come altre dello stesso autore⁷⁹, ai libri *iuris civilis* di Sabino⁸⁰.

D. 33.7.12.27 (Ulp. 20 Sab.): *Sed si fundus non sit cum instrumento legatus, sed ita ut instructus sit, quaesitum est, an plus contineatur, quam si cum instrumento legatum esset. et Sabinus libris ad Vitellium scribit [fatendum esse] plus esse, cum instructus fundus legatur, quam si cum instrumento: [quam sententiam cottidie increscere et inualescere videmus]. quanto igitur hoc legatum uberius est, videndum est. et Sabinus definit et Cassius [apud Vitellium] notat: omnia quae eo collocata sunt, ut instructor esset paterfamilias, instructo, inquit, continebuntur, id est quae ibi habuit, ut instructor esset. hoc ergo legato non agri instrumentum, sed proprium suum instrumentum reliquisse videtur.*

Non interessa, in questa sede, il punto se Sabino abbia trattato dell'*instrumentum* e dell'*instructum legatum*, o particolarmente di quest'ultimo, solo nei libri *ad Vitellium* o anche nei libri *tres iuris civilis*⁸¹. La nostra attenzione va qui concentrata sul *Cassius apud Vitellium notat*,

⁷⁶ WIEACKER (nt. 24) 280 s. Questo autore ritiene come meno probabile che l'*inquit* si riferisca a Q. Mucio, ma non tien conto del fatto che prima di *quae harum* vi è certamente una lacuna.

⁷⁷ Il Wieacker non se lo nasconde e finisce per sospettare che *idem—scribit* sia una inserzione successiva dello stesso Ulpiano o di un editore posteriore.

⁷⁸ Sul punto, per tutti: KRÜGER (nt. 63) 243 ss.

⁷⁹ Cfr. D. 7.8.6 e Vat. 88.

⁸⁰ Sul problema dell'oggetto della *penus legata*: ORMANNI, *Penus legata*, in *St. Betti* 4 (1952) 678 ss.

⁸¹ Sul punto: SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpian's Sabinus-Kommentar* (1906) 47 ss.

che, secondo alcuni⁸², dimostrerebbe l'annotazione di Vitellio da parte di Cassio. Il quesito è se il *legatum* avente ad oggetto un *fundus instructus* equivale al *legatum* di un *fundus cum instrumento*. Riferisce Ulpiano che Sabino, nei libri *ad Vitellium*, esprime l'avviso che l'espressione *fundus instructus* è più comprensiva di quella *fundus cum instrumento*: perché (*Sabinus definit et Cassius apud Vitellium notat*) il *fundus cum instrumento legatus* è comprensivo di tutto ciò che serve obiettivamente alla sua coltivazione, mentre il *fundus instructus* comprende in più anche ciò che concretamente il *paterfamilias* vi ha addotto per il suo migliore sfruttamento. La nota di Cassio *ad Vitellium* è esclusa dal fatto che l'opinione commentata non è di Vitellio, ma di Sabino. Come si spiega allora lo *apud Vitellium*? A questo fine sono state percorse varie vie, tra le quali giova ricordarne tre: alcuni hanno sostenuto che la motivazione è stata scritta da Cassio in nota ai libri di Sabino *ad Vitellium*⁸³; altri hanno sostenuto che la motivazione è stata redatta da Sabino *ad Vitellium*, ma che Ulpiano l'ha ritrovata, anziché nel testo di Sabino, in calce ai libri di Vitellio, ove Cassio, allievo di Sabino, l'aveva riportata⁸⁴; altri infine hanno opinato che la citazione di Cassio sia insitica e che pertanto dal testo debbano espungersi le parole *definit et Cassius*⁸⁵. Delle tre teorie ora riassunte io ritengo, peraltro, che la prima vada respinta, in quanto non spiega perché Ulpiano abbia potuto scrivere *Cassius apud Vitellium notat*, anziché *apud Sabinum (ad Vitellium) notat*; che vada altresì respinta la seconda per la sua più che evidente improbabilità⁸⁶; e che respinta vada anche la terza, quella interpolazionistica, sempre che si trovi una spiegazione meno radicale e tuttavia plausibile⁸⁷. Per mio conto, la spiegazione più cauta del passo sta nel pensare che Ulpiano, dopo aver riportato l'opinione di

⁸² Cfr. KRÜGER (nt. 63) 169 nt. 67.

⁸³ DI MARZO (nt. 73) 12.

⁸⁴ BAVIERA (nt. 73) 133 ss.

⁸⁵ SCHULZ (nt. 10) 262 nt. 2.

⁸⁶ Per sostenere questa tesi, oltre tutto basata su un ragionamento di estrema sottigliezza, il BAVIERA (nt. 84) è costretto a supporre che Cassio leggeva *Sabinus ad Vitellium* e trasportava sulla propria copia di Vitellio sentenze, definizioni e responsi di Sabino. Si potrebbe obiettare « à quoi? », se non vi fosse una obiezione ancora più calzante: se Ulpiano aveva tra le mani i libri di Sabino *ad Vitellium* e se in questi già figurava la osservazione *omnia quae rell.*, a che scopo avrebbe egli dovuto preferire la trascrizione fattane da Cassio a margine dell'opera di Vitellio?

⁸⁷ Pur se si voglia ammettere, con certa dottrina, che il commentario sabiniano di Ulpiano fu ampiamente rielaborato in età postclassica, è buon canone metodico accedere alla soluzione interpolazionistica solo come *ultima ratio*.

Sabino, è passato a mettere in rilievo una motivazione esplicativa di Cassio, riproducendola con le precise parole di quest'ultimo. Questa esegesi sacrifica le parole *apud Vitellium*, ma il sacrificio è ragionevole: posto infatti che l'opinione di Sabino fu da questi espressa nei *libri ad Vitellium* e che l'osservazione di Cassio chiarisce l'opinione di Sabino, è evidente che Cassio non ha espresso la sua osservazione in calce ai *libri* di Vitellio, dove l'opinione di Sabino non poteva ancora figurare, ed è evidente altresì che Ulpiano non può aver localizzato l'opinione di Cassio *apud Vitellium*, dove quell'opinione non aveva ragione di essere espressa. La precisazione *apud Vitellium* deve essere derivata dall'estro completomane di un lettore postclassico, il quale ha, del resto, cincischiato il frammento anche con altre inserzioni piuttosto peregrine⁸⁸.

Assodato che la nota di Cassio può essere stata scritta, tutt'al più, a margine dei libri di Sabino *ad Vitellium*, ma che Ulpiano per verità non lo ha detto, si consolida un dubbio. Il silenzio di Ulpiano circa la collocazione della nota di Cassio deriva da un insolito laconismo del giurista, o non piuttosto dalla impossibilità di precisare ove quella nota si leggesse? In altri termini, Ulpiano ha letto la nota di Cassio in calce ai libri di Sabino *ad Vitellium*, o l'ha invece vista riportata da Paolo *ad Vitellium*? Si pensi, a questo proposito, che i libri di Paolo abbondavano di citazioni di giuristi anteriori: Sabino⁸⁹, Scevola⁹⁰, Pomponio⁹¹, Nerazio⁹², Pedio⁹³, Proculo⁹⁴, Aquilio Gallo⁹⁵, Labeone⁹⁶, Tu-

⁸⁸ Una esegesi meno cauta, ma sostanzialmente non travolgitrice, potrebbe essere questa: *... et Sabinus libris ad Vitellium scribit [...] plus esse cum instructus fundus legetur, quam si cum instrumento [...] : «omnia quae eo collocata sunt, ut instructor esset paterfamilias, instructo, inquit, continebuntur [...] . (et Cassius notat): hoc ergo legato non agri instrumentum, sed proprium suum instrumentum reliquisse videtur.* L'opera del lettore postclassico sarebbe, dunque, consistita, oltre che nel glossare piuttosto inutilmente il passo, nell'unificare la citazione di Sabino e la nota di Cassio con un introduttivo *et Sabinus definit et Cassius apud Vitellium notat.* Non convince la critica del VocR (nt. 51) 274 nt. 25 contro *hoc ergo rell.*

⁸⁹ L. Paul. 2063 (D. 28.3.10), 2064 (D. 28.5.18), 2071 (D. 33.7.18.12), 2078 (D. 32.78.6: cfr. D. 32.45).

⁹⁰ L. Paul. 2062 (D. 28.2.19), 2067 (D. 33.4.16), 2070 (D. 33.7.18.4-9), 2071 (D. 33.7.18.13, 32.78 pr. e 2 [retro nt. 14], 32.78.1 [?]), 2072 (D. 33.7.18.14 [?]), 2073 (D. 32.78.3 [retro nt. 14]), 2074 (D. 34.2.32.3 e 4), 2077 (D. 34.2.32.7-9), L. 2082 (D. 7.1.50 [retro nt. 14]).

⁹¹ L. Paul. 2068 (D. 36.2.21.1).

⁹² L. Paul. 2070 (D. 33.7.18.2), 2074 (D. 34.2.32.5).

⁹³ L. Paul. 2070 (D. 33.7.18.3).

⁹⁴ L. Paul. 2074 (D. 34.2.32.5).

berone⁹⁷, Aburnio Valente⁹⁸, Salvio Giuliano⁹⁹ e (last but not least) Cassio¹⁰⁰. Senza essere assolutamente sicura, l'ipotesi che Ulpiano citasse i libri di Sabino *ad Vitellium* di seconda mano non è, insomma, da scartare.

7. — Ed ora a Vitellio. Di questo misterioso personaggio si pensa generalmente che fosse un giurista anteriore a Sabino, la cui opera *iuris civilis* fu commentata prima da Sabino e poi da Paolo¹⁰¹. Ma il Bremer¹⁰² e il Di Marzo¹⁰³, pur se con scarso successo, hanno difeso l'ipotesi che *Vitellius*, a noi in nessun modo noto come giurista, fosse un contemporaneo e amico di Sabino, cui Sabino dedicò la sua opera; quanto ai libri di Paolo *ad Vitellium*, essi sarebbero il commentario dell'opera di Sabino *ad Vitellium*. A favore della quale opinione (non per accoglierla, ma solo per difenderla da critiche esagerate) si può dire almeno questo: che effettivamente i libri di Paolo *ad Vitellium* hanno tutta l'aria di prendere spunto esclusivamente dai *libri ad Vitellium* di Sabino, come del resto non pochi riconoscono¹⁰⁴.

L'opinione del Bremer e del Di Marzo diverrebbe estremamente improbabile, se fosse vero che l'intitolazione *libri ad* stava necessariamente ad indicare un commentario ad altra, precedente opera giuridica¹⁰⁵. Ma non è vero, ed ho tentato di dimostrarlo altrove¹⁰⁶. Il titolo *ad Vitellium* non esclude affatto, a mio avviso, che l'opera di Sabino possa essere stata dedicata ad un *Vitellius*, per esempio a *Publius Vitellius* (avo dell'imperatore dello stesso nome) che fu *procurator rerum*

⁹⁵ L. Paul. 2074 (D. 34.2.32.1).

⁹⁶ L. Paul. 2074 (D. 34.2.32.1). Il Labeo di L. 2075 (D. 34.2.32.6) non è il giurista.

⁹⁷ L. Paul. 2074 (D. 34.2.32.1).

⁹⁸ L. Paul. 2078 (D. 32.78.6).

⁹⁹ L. Paul. 2079 (D. 40.7.22.2).

¹⁰⁰ L. Paul. 2070 (D. 33.7.18.10 e 11).

¹⁰¹ Per tutti: KRÜGER (nt. 11); SCHULZ (nt. 10) 261.

¹⁰² *Jurispr. antehadr.* 2.1 (1899) 375 ss.

¹⁰³ *Cit.* (nt. 73).

¹⁰⁴ Per tutti LENEL *Pal.* 1.301 nt. 2. L'argomento base è costituito dalle trascrizioni letterali che si leggono in L. 2064 (D. 28.3.10) e 2071 (D. 33.7.18 pr.).

¹⁰⁵ In questo senso, per tutti: SCHULZ (nt. 10) 261 e nt. 27.

¹⁰⁶ GUARINO, « *Libri ad* », in *Synt. Arangio-Ruiz* (1964) 768 ss.

Augusti ai tempi di Sabino¹⁰⁷. Tuttavia il processo di revisione che ci eravamo proposti di compiere non sarebbe equanime, se terminasse con l'accettazione dell'una ipotesi piuttosto che dell'altra. La sola cosa che si può dire è che la questione è dubbia. E con questo dubbio sulla personalità di Vitellio la nostra indagine, allo stato degli atti, si chiude

¹⁰⁷ È il personaggio individuato dal BREMER (nt. 102). Poco convincente è, comunque, l'ipotesi che i *libri ad Vitellium* furono scritti per agevolare Vitellio nell'accettazione delle eredità e dei legati a favore del *princeps*.

« PAULI DE IURE CODICILLORUM LIBER SINGULARIS »

I. 1. — Di *Pauli de iure codicillorum liber singularis* ci rimangono nei Digesti cinque frammenti, dei quali uno soltanto, il piú ampio, nel titolo 29.7, *de iure codicillorum*¹.

Per quel che ne sappiamo, l'operetta paolina sarebbe l'unica succinta monografia dedicata dalla giurisprudenza classica alla materia dei *codicilli*². Di questi ultimi non par proprio che i commentari dei giuristi romani abbiano mai trattato molto diffusamente. La menzione dei *codicilli* è, nelle opere sistematiche che noi conosciamo, piuttosto incidentale ed appare intrecciata con la trattazione dei *fideicommissa*: cosa evidentissima,

* In ZSS. 62 (1942) 209 ss.

¹ I frammenti sono: D. 29.7.8 pr.-6; 30.127; 34.4.16; 35.1.38; 40.4.28.

² La materia dei *codicilli* è stata ben poco studiata dalla moderna dottrina romanistica, salvo per qualche punto particolare (v. ad es. BIONDI, *La convalidazione del codicillo fatto dall'incapace* [Catania 1911]; sul problema dei requisiti di forma dei codicilli nel diritto postclassico, DAVID, *Studien zur heredis institutio ex re certa* [Leipziger rechtswiss. Stud. 44] 58 s.; sulla clausola codicillare e sul problema della conversione, FERRINI, *Teoria dei legati e fedecommissi* 309 s.; DAVID, *cit.* 64 s.; SIBER, *Römisches Recht* 2.342 s.; BETTI, *Diritto romano* 339 s.; BESELER, in ZSS. 47.357 s.). L'opera fondamentale in materia rimane ancora oggi la trattazione pandettistica del FEIN, *Continuaz. delle Pand. del Glück XXIX*, parte II (tr. it. BONFANTE [Milano 1910]): ivi, p. 1 nt. 1, le citazioni della dottrina anteriore. Cfr. anche, per la dottrina precritica, WINDSCHEID-KIPP, *Pand.*⁹ 586 ss. Dei manuali moderni, cfr. RABEL, *Grundzüge*⁷ 522; SIBER, *cit.* 2.342; CUQ, *Man.*² 768; GIRARD-SENN, *Man.*⁸ 846 s.; MONIER, *Man.*² 410, 670 s.; BUCKLAND, *Roman Law*² 356 s.; BONFANTE, *Inst.*¹⁰ 649; PEROZZI, *Inst.*² 2.677 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Inst.*⁵ 576 s.; [JÖRS-] KUNKEL, *Römisches Recht*² § 207; DI MARZO, *Inst.*² 483 s.; LONGO G., *Dir. rom.* 477; BIONDI, *Inst.*² 701 ss.; BIONDI, *Corso. Succ. Test.* 2.229 ss.; SEECK, sv. *Codicilli*, in *PWRE.* 4.174 ss. Piú recente è l'opera dello SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (Milano 1939) (sulla quale cfr. la recensione di WENGER, in ZSS. 60.304 ss.), di cui non saprei accettare la tesi generale (195 s.): che il diritto romano classico conobbe una terza specie di successione (la codicillare), accanto alle altre due della dottrina tradizionale (la civile e la pretoria). Risulterà da questo scritto che, se mai, ad una « successione codicillare » autonoma (*ius codicillorum*) pensarono, piuttosto, nebulosamente, le scuole postclassiche.

non solo in Gaio³ ed in Marciano⁴, ma anche nelle Istituzioni di Giustiniiano⁵, le quali ripetono, almeno nella sistematica, un modello classico⁶.

Dei codicilli si è discusso invece parecchio dai classici in sede di *quaestiones* teoriche e di *responsa* pratici, e non pochi sono i rescritti imperiali ad essi dedicati. Statisticamente parlando, è nelle opere giurisprudenziali di casistica e nei rescritti imperiali che i codicilli vengono più di frequente menzionati, in ordine, più particolarmente, a tutta una serie di problemi relativi ai loro rapporti coi testamenti⁷.

Di un ravvicinamento sistematico sempre maggiore, forse esclusivamente postclassico, della materia dei codicilli a quella della successione testamentaria paiono essere espressione, tra l'altro, i titoli relativi dei Digesti (tit. 29.7 cit.) e del Codice (tit. 6.36 *de codicillis*), situati appunto

³ Gai 2.268 s., dopo aver parlato dei legati (191-245) e dei fedecommissi (246-267), tratta delle differenze fra legati e fedecommissi. A questo proposito egli fa menzione dei codicilli (270a, 273). Anche Ulp. *reg.* 25.8 parla dei codicilli a proposito dei fedecommissi.

⁴ Marciano parla dei codicilli nel libro settimo delle Istituzioni (cfr. D. 29.7.6), in calce alla trattazione dei legati e immediatamente prima di quella relativa ai fedecommissi (libri 8-9): cfr. LENEL, *Pal. Marcian.* 118.

⁵ Tit. 2.25. Esso segue ai tit. 20-22, relativi ai legati, e 23-24, relativi ai fedecommissi.

⁶ Più precisamente, come è noto, esse riportano molto da vicino il modello gaiano: ARANGIO-RUIZ, *Storia*² 380. Circa la provenienza del materiale in Inst. 2.25 pr., cfr. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniiano*, in *Opere* 2.377. Inst. 2.25 pr. (che per ragioni formali non può attribuirsi a Gaio) è attribuito a Marciano, ma unicamente in considerazione del nesso col § 1, « la cui origine è sicura » (« non tantum autem...; Papinianus ait... sed divi Severus et Antoninus rescripserunt — criterio della citazione). Il § 2 i. f. è cfr. con D. 29.7.6 pr. i. f. (Marciano), ma i comp. hanno molto abbreviato il testo genuino. Il § 3 è cfr. con D. 29.7.6.1 i. f., ma i comp. hanno mutato le ultime parole. Per la critica di questa argomentazione, v. *infra*.

⁷ Basti il seguente rilievo. Il tit. D. 29.7 si compone di 20 frammenti: di Ulpiano (fr. 1), Giuliano (2, 3, 4), Papiniano (5, 10, 11, 12, 13), Marciano (6, 7), Paolo (8, 16, 17, 20), Marcello (9, 19), Scevola (14), Africano (15), Celso (18). Orbene, di questi frammenti solo i seguenti sono estratti da opere sistematiche: fr. 6, Marcian. 7 *inst.*; fr. 7, Marcian. 2 *regul.*; fr. 8, Paul. *sing. de iure cod.*; fr. 17, Paul. 3 *sent.* A parte la trattazione monografica di Paolo, siamo dunque di fronte a puri cenni di carattere istituzionale: maggiore sviluppo del normale dovettero avere i cenni di Marciano perché dedicati alle popolazioni greche. Gli altri frammenti di D. 29.7 sono estratti da *libri disputationum* (fr. 1, Ulpiano), da *libri digestorum* (fr. 2, 3, 4, Giuliano; 9, 19, Marcello; 18, Celso), da *libri responsorum* (fr. 5, Papiniano), da *libri quaestionum* (fr. 10, 11, 12, 13, Papiniano; 14, Scevola; 15, Africano; 16, Paolo) e dal libro quinto *ad legem Iuliam et Papiam* di Paolo (20).

dopo quelli sui testamenti ed immediatamente prima di quelli sui legati e fedecommessi⁸.

Questo ravvicinamento sistematico è, come ben può comprendersi, anche in funzione del progressivo ravvicinamento sostanziale dei due istituti, testamento e codicilli, operato nella legislazione postclassica, da Costantino e Teodosio II⁹. Completamente unificati quanto ai requisiti di forma, testamento e codicilli appaiono, alla luce di questa legislazione, come i due mezzi tra loro complementari concessi dal diritto obbiettivo ai soggetti giuridici per emanare le loro disposizioni di ultima volontà: il mezzo giuridico proprio delle istituzioni di erede è il *testamentum*, mentre il mezzo valevole per ogni altra sorta di disposizione *mortis causa* può essere, ed è in pratica, quello dei codicilli¹⁰. Neanche Giustiniano, il quale — come ben è stato osservato¹¹ — tende, in questa come in altre materie, a valorizzare nuovamente le distinzioni classiche, seppe o volle annullare del tutto gli effetti di questo progressivo ravvicinamento, talché egli si limitò a fare dei codicilli una forma semplificata di testamento, ammettendo che fossero sufficienti alla loro redazione cinque testimoni¹².

La storia dei codicilli può essere dunque raffigurata come la corrente di un fiume, le cui acque vadano ad affluire in un certo momento in un corso d'acqua più importante. Il punto di confluenza è dato, forse, dalla costituzione di Costantino in CTh. 4.4.1 (a. 326?)¹³.

⁸ Nei Digesti, ai testamenti sono dedicati i libri 28 e 29, di cui il titolo sui *codicilli* forma come un'appendice, mentre ai legati e fedecommessi sono dedicati i libri 30-34. Nel Codice si occupano della materia testamentaria i tit. 21-35 del sesto libro, di cui ancora una volta il titolo sui codicilli (6.36) forma come un'appendice; la trattazione dei legati e fedecommessi incomincia dal tit. 37. Nel Teodosiano si ha un titolo unico (4.4) *de testamentis et codicillis*, mentre nessun titolo è dedicato ai legati.

⁹ Cfr. CTh. 4.4.1 (Costantin., a. 326 d.C.?); CTh. 4.4.7.2 (Theod.). Sul ravvicinamento postclassico dei codicilli al testamento e su alcuni problemi ad esso attinenti, v. *infra* cap. IV.

¹⁰ CI. 6.36.7 (Costantin., a. 332): *...igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas iuris auctoritate data non est*. V., in proposito, *infra* n. 21.

¹¹ ARANGIO-RUIZ, *Ist. cit.* 576.

¹² Egli operò indirettamente, modificando, in CI. 6.36.8.3, le parole di Teodosio II riportate in CTh. 4.4.7.2.

¹³ Eccone il testo. CTh. 4.4.1 (Constant. Constantio pp., a. 326?): *In codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet: sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur. Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. Quod et in ceteris voluntatibus placuit observari.*

Quel che è difficile in questa materia è, tanto per rimanere nella metafora, di risalire il corso del nostro fiume, al fine di ritrovarne le sorgenti. Appare anche qui il fenomeno che le polle d'origine risultino irripetibili o quasi: noi vediamo che l'esistenza dei codicilli è attestata d'un tratto, per la prima epoca imperiale, da I. 2.25 pr., ma, mentre l'attribuzione pura e semplice del sorgere dell'istituto a quell'epoca non convince, è molto difficile risalire più oltre¹⁴.

Esorbita, tuttavia, dal piano di questo studio il riesame completo di questa materia dei codicilli e la ricostruzione complessiva della evoluzione da essi subita, dalle origini al diritto giustiniano. Il mio intento è più ristretto, ed in parte diverso: il mio intento è solo di apprestare qualche elemento di valutazione storica del *liber singularis de iure codicillorum*, che le *inscriptiones* dei *Digesta* attribuiscono allo stilo di Paolo.

« *Liber singularis de iure codicillorum* ». Dico subito che — a seguito di un riesame esegetico dei testi che ci rimangono di esso, esame che molto di sospetto ha portato, come si vedrà¹⁵, alla luce — ha preso vita in me il dubbio fortissimo che esso non debba attribuirsi a Paolo, né sia un'opera della giurisprudenza classica.

2. — Già in altra occasione¹⁶ ho avuto a manifestare l'opinione che molti fra i *libri singulares* attribuiti ai giuristi classici siano il frutto di elaborazioni avvenute nell'ambiente delle scuole postclassiche.

L'opinione non era peregrina. Fu primo il Solazzi, se non vado errato, ad avanzare l'idea che un'attività sistematica dei bassi tempi della giurisprudenza romana sia consistita nel compendiare ed alleggerire le opere classiche¹⁷: e questa opinione egli manifestava a sostegno della

¹⁴ Il problema circa l'origine dei codicilli sarà delibato *infra* n. 22. Qui possiamo anticipare quanto segue: a) i codicilli sorsero nella prassi repubblicana come mezzo abituale per la costituzione dei fedecommissi; b) Augusto, dando esplicito riconoscimento e tutela giuridica ai fedecommissi, riconobbe anche, di conseguenza, i codicilli, ma esclusivamente in funzione dei fedecommissi; c) la giurisprudenza imperiale ammise che con i codicilli potessero essere stabiliti anche legati, qualora essi fossero confermati nel testamento, e distinse quindi, in base agli effetti, tra *codicilli testamento confirmati* e *codicilli testamento non confirmati*.

¹⁵ *Infra* cap. II e III.

¹⁶ Cfr. GUARINO, *Adfinitas* (Roma 1939) 97 n. 15.

¹⁷ *BIDR.* 37 (1929) 95: «Tuttavia la disputa continuerà, perché vi sono ancora altri aspetti da chiarire. Ne indico uno. È probabile che Ulpiano, autore di *VII libri regularum*, abbia scritto, prima o dopo, anche un *liber singularis regularum*?». Gaio ha scritto le *Istituzioni*, ma non ha scritto l'*Epitome*. Compendiare ed alleggerire le opere classiche fu un'attività dei bassi tempi.

tesi dell'Albertario¹⁸, avversata dal Kübler¹⁹, che Ulpiano (già autore — a quanto risulta dai Digesti²⁰ — di *VII libri regularum*) non abbia mai scritto il *liber singularis regularum* (*Epitome Ulpiani*) a lui comunemente attribuito.

Io ritengo, dal mio canto, che, accanto al lavoro di compendio e di alleggerimento delle piú ponderose opere classiche, le scuole giuridiche dell'epoca postclassica abbiano operato anche nel senso di escerpire dalle opere classiche quanto loro potesse servire per la confezione di monografie, di *libri singulares*, su singoli argomenti, cui i giuristi classici non pensavano o non potevano aver pensato. Non vi ha bisogno che mi richiami a quanto sinora si è scritto, negli ultimi trent'anni, circa l'opera della giurisprudenza postclassica nei confronti di quella classica²¹. Credo invece opportuno ricordare, a sostegno della mia opinione, quanto segue:

a) La tesi piú attendibile circa la compilazione dei Digesti di Giustiniano mi pare quella avanzata per primo dall'Arangio-Ruiz²², in parte accolta dall'Albertario²³, per cui le sottocommissioni giustinianee, di cui l'acuta indagine del Bluhme²⁴ ha reso indiscutibile l'esistenza, si sarebbero ripartito il lavoro nel senso di riordinare e semplificare il materiale classico, già sistematicamente rielaborato, per i fini della scuola, dai postclassici²⁵. Ed è indiscutibile quanto, da parte sua, osserva l'Albertario, che l'ossatura di tutta la compilazione è costituita appunto dalle opere dei cinque giuristi della legge delle citazioni²⁶: Papiniano, Gaio, Paolo, Ulpiano, Modestino.

I bisogni dell'insegnamento giuridico erano diversi, a seconda dell'anno frequentato dai discenti. L'ordinamento scolastico dell'epoca di

¹⁸ *Studi di diritto romano* 5 (1937) 491 ss.

¹⁹ *Geschichte des römischen Rechts* (Erlangen 1924) 281 s.

²⁰ Cfr. LENEL, *Pal. Ulp.* n. 2382 ss.

²¹ Cfr. per tutti ALBERTARIO, *Introduzione storica* 1 (Milano 1935) 109 ss., e ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 354 ss.

²² *Precedenti scolastici del Digesto*, in *Confer. per il XIV centen. delle Pandette* (Milano 1931) 297 ss.: cfr. *Studi Albertoni* 1.5 ss.

²³ *Introduzione storica* cit. 14 ss.

²⁴ *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln*, in *ZGR.* 4 (1820) 257 ss.

²⁵ Secondo l'ARANGIO-RUIZ (*loc. cit.*) l'opera si sarebbe svolta così: 1) le scuole postclassiche avrebbero rielaborato sistematicamente il materiale classico, disponendolo in ripartizioni scolastiche; 2) le varie ripartizioni sarebbero state affidate alle sottocommissioni giustinianee.

²⁶ Cfr. *Introduzione storica* cit. 18 n. 29. Non saprei aderire, invece, alle ulteriori illazioni dell'Albertario.

Giustiniano era, a quanto ci riferisce lo stesso imperatore²⁷, consegnato in modo che si studiassero le Istituzioni di Gaio e quattro *libri singulares* (*de re uxoria, de tutelis, de testamentis, de legatis*) in primo anno, i *πρῶτα* e la *pars de iudiciis* o quella *de rebus* in secondo, la *pars* tralasciata e i *responsa* negli ultimi due. Ora, il procedimento attraverso il quale queste elaborazioni scolastiche sono passate nei Digesti non ci interessa in questa sede, ma ci interessa moltissimo la constatazione che i bisogni della scuola avevano determinato una rielaborazione sistematica di tutta l'opera della giurisprudenza classica, e che alcune materie, alcuni argomenti furono messi progressivamente in evidenza, ai fini didattici, sì da formare oggetto di vere e proprie monografie specifiche, *libri singulares*.

Ma non può credersi davvero che a questo stadio (corrispondente, come si è detto, all'epoca di Giustiniano) si sia passati *ex abrupto* nelle scuole postclassiche. L'opera di queste attraverso i secoli (e non bisogna dimenticare quanta differenza sia intercorsa fra le scuole orientali e quelle occidentali) fu certamente molto più complessa. Si glossarono e si semplificarono (o si riassunsero) i troppo ampi commentari classici, ma si fece certamente, soprattutto ai fini teorici (particolarmente grati alle scuole orientali), anche opera di enucleamento degli insegnamenti ivi contenuti.

Non deve apparire infondata, perciò, l'ipotesi che ai predigesti si sia giunti anche attraverso la compilazione d'interesse operette di « estratti », operette che presero il nome dall'autore classico da cui si era attinto o principalmente attinto.

b) Questa ipotesi è corroborata dal rilievo che proprio i giuristi classici che più lavorarono in amplissimi commentari, segnatamente Paolo e Ulpiano, paiono essere — attraverso l'*Index* della *Florentina* — gli autori del massimo numero di *libri singulares* a carattere monografico²⁸.

²⁷ C. *Omnem* 1.

²⁸ *Libri singulares* di Paolo: *de actionibus, de adsignatione libertorum, de adulteriis, de appellationibus, de articulis liberalis causae, de centumviralibus iudiciis, de cognitionibus, de conceptione formularum, de concurrentibus actionibus, de donationibus inter virum et uxorem, de dotis repetitione, de excusationibus tutelarum, de extraordinariis criminibus, de forma testamenti, de gradibus et adfinibus et nominibus eorum, ὑποθηκαρια μονόβιβλος, de inofficioso testamento, de instrumenti significatione, de intercessionibus feminarum, de iure codicillorum, de iure libellorum, de iure patronatus, de iure patronatus quod ex lege Iulia et Papia venit, de iure singulari, de iuris et facti ignorantia, ad legem Cinciam, ad legem Falcidiam, ad legem Fufiam Caniniam, ad legem Vellaeam, de legibus, de legitimis hereditatibus, de liberali causa, de libertatibus dandis, ad municipalem, de officio adsectorum, de officio praefecti vigilum, de officio praefecti urbi, de officio praetoris tutelarum, ad orationem divi Antonini et Commodi, de poenis militum, de poenis omnium legum,*

Limitando il nostro discorso a Paolo, non è possibile — almeno io penso — che Paolo, autore (fra l'altro) di 18 *libri ad Plautium*, di 26 *libri quaestionum*, di 23 *libri responsorum*, di 16 *libri ad Sabinum*, di 78 *libri ad edictum*, abbia anche scritto tutta quanta la congerie di opere monografiche di cui si è serbata memoria. L'umana immaginazione stenta a concepire una attività di lavoro così notevole. E si noti che, pur non partendo dai nostri presupposti, già vari autori, ragionando in base a diversissimi motivi, sono giunti a sostenere il carattere apocrifo di molti dei *libri singulares*, oltre che di altre opere minori, di Paolo.

c) Vi è qualcosa di piú. Un'opera nel senso dianzi esposto è stata svolta, dalle scuole postclassiche, principalmente sugli scritti di Paolo. I postclassici non si limitarono alla raccolta di *variae lectiones* del giurista classico²⁹, non si limitarono nemmeno ad escerpire dai suoi commentari spunti, di poi piú o meno falsificati e rielaborati (come, ad esempio, il *liber singularis de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*³⁰), ma addirittura si spinsero ad intitolare al suo nome rielaborazioni monografiche piú audaci, di un carattere teorico e astratto, che non risponde per nulla alle caratteristiche di concretezza e di praticità sempre manifestate dal nostro giurista nelle altre sue opere. Paolo sarebbe, piú in particolare, l'unico giurista romano, per quanto ci risulta, il quale avrebbe trovato il tempo e il modo (soprattutto il modo) di scrivere un *liber singularis de iuris et facti ignorantia*, un *liber singularis de iure singulari*, un *liber singularis de iure codicillorum*. Sicuramente apocrifo è il primo³¹, apocrifo — almeno a mio avviso³² — il secondo, apocrifo è anche — come cercherò di dimostrare nelle pagine seguenti — l'ultimo.

de poenis paganorum, de portionibus quae liberis damnatorum conceduntur, de publicis iudiciis, ad regulam Catonianam, regularum, de secundis tabulis, de senatus consultis, ad sc. Claudianum, ad sc. Libonianum, ad sc. Orfitianum, ad sc. Silanianum, ad sc. Tertullianum, ad sc. Tertullianum et Orfitianum, ad sc. Turpillianum, ad sc. Velleianum, de tacitis fideicommissis, de variis lectionibus, de usuris. Totale: 59 *libri singulares*. *Libri singulares* di Ulpiano: *excusationum, de officio consularium, de officio curatoris reipublicae, de officio praefecti vigilum, de officio praefecti urbi, de officio praetoris tutelaris, de officio quaestoris, pandectarum, regularum, de sponsalibus.* Totale: 10 *libri singulares*. Si noti bene che il rapporto fra i *libri singulares* di Paolo e quelli di Ulpiano è di 6 a 1.

²⁹ *Pauli variarum lectionum liber singularis*: cfr. LENEL, *Pal. Paul.* n. 2059 ss. Per il carattere non genuino di quest'opera v. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschr. Lenel* (Lipsia 1921) 204 ss. e, da ultimo, GUARINO, in *SDHI.* 5 (1939) 468 ss.

³⁰ Cfr. LENEL, *Pal. Paul.* n. 876. Per la dimostrazione della non genuinità di questa monografia, v. GUARINO, *Adfinitas* cit.

³¹ V. EBRARD, in *ZSS.* 45 (1925) 118.

3. — Veniamo dunque senz'altro all'esame diretto dei testi, che saranno presi in considerazione nell'ordine loro impresso dal Lenel³³, cioè nell'ordine in cui si presentano entro i libri delle Pandette³⁴. Non pare infatti degno di considerazione lo sforzo di chi³⁵, piú recentemente, si è sforzato di compiere un tentativo di palingenesi critica del *liber singularis de iure codicillorum*, spostando l'ordine dei frammenti in maniera del tutto ingiustificata³⁶.

- I = (D. h. t. 8 pr.): *Conficiuntur codicilli quattuor modis; aut enim in futurum confirmantur aut in praeteritum aut per fideicommissum testamento facto aut sine testamento.*
- II = (D. h. t. 8.1): *Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur pater familias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.*
- III = (D. h. t. 8.2): *Codicilli totiens valent, quotiens quis testamentum quoque facere possit. Non tamen hoc ita intellegemus, ut exigamus potuisse eum eo tempore, quo scribit eos codicillos, testamentum facere: quid enim, si sufficientium testium facultatem non habuit? sed³⁷ si iure testamenti factionem habuit.*
- IV = (D. h. t. 8.3): *Si post factum testamentum³⁸ codicillos quis confirmaverit, deinde adrogandum se praebuerit et ibi codicillos fecerit atque ita emancipatus decesserit, quaeritur, an ex codicillis legata debeantur: nam et testamentum valet, sed³⁹ eo tempore eos fecit, quo testamenti factionem non habuit. Nec similis est muto, qui recte codicillos confirmaverit: licet enim is testamentum facere non possit, tamen testamentum quod ante fecerat in eodem statu est, huius autem testamentum sub-*

³² V. GUARINO, *Ius singulare*, in *Atti Soc. Reale Napoli* (1942).

³³ *Pal. Paul.* n. 895 ss.

³⁴ Cfr. *retro* nt. 1. Quest'ordine è, d'altronde, l'unico ammissibile nella ricostruzione di una monografia di un sol libro, della quale ci rimangono così poche tracce.

³⁵ SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit. 215 s.

³⁶ Non si vede perché il riordinamento compiuto dallo Scarlata Fazio debba avere un minimo di probabilità, dato che esso si basa esclusivamente sulla sistemazione espositiva adoperata dall'autore nella sua monografia.

³⁷ *sed del.*: MOMMSEN.

³⁸ *si post testamentum factos*: MOMMSEN.

³⁹ *nam nec testamentum valet et*: ALOANDRO.

latum est et de alienis quodammodo rebus testatur. Sed dicemus codicillos valere: nam et si postumus natus ruperit testamentum et decesserit, nibilo minus codicilli valent.

- V = (D. h. t. 8.4): *Si miles testamentum quidem ante militiam, sed codicillos in militia fecerit, an iure militari valeant codicilli, quaeritur, quoniam testamentum iure communi valet, nisi si militiae tempore signavit⁴⁰ vel quaedam adiecerit. Certe codicilli militiae tempore facti non debent referri ad testamentum, sed iure militari valent.*
- VI = (D. h. t. 8.5): *Si ei servo, qui testamento legatum acceperit, libertas codicillis detur, utile legatum esse dicemus, quasi ab initio constituerit legatum.*
- VII = (D. h. t. 8.6): *Si quis certi generis codicillos confirmaverit, puta 'quos novissimos fecero', non utique statim quae codicillis dantur consistere videbuntur, quamdiu alii quoque fieri possint: et ideo si alii postea fiant, legata in prioribus data non valebunt.*
- VIII = (D. 30.127): *A fratris postumo fideicommissum dari potest: sola enim voluntas servatur in fideicommissis, et optinuit Galli sententia alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri.*
- IX = (D. 34.4.16): *Nihil interest, inducatur quod scriptum est an adimatur.*
- X = (D. 35.1.38): *Si ita scripsero: 'quantum codicillis Titio legavero', licet codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valet solaque quantitas in codicillo⁴¹ delata est. Nam et apud veteres legata talia fuere: 'quantum ei per epistulam scribsero': 'quantum ex illa actione detraxero, heres dato'.*
- XI = (D. 40.4.28): *'Stichus, si codicillis eum non vetuero liberum esse, liber esto': sic est atque si diceret: 'Stichus, si in Capitolium non ascendero, liber esto': nam et heres sic institui potest.*

Esamineremo, nelle pagine seguenti, uno per uno i testi sopra riportati. La sintesi delle singole conclusioni critico-esegetiche darà — confido — piena conferma alla tesi di questo lavoro.

⁴⁰ *resignaverit*: CUIACTO.

⁴¹ *codicillos*: KÜBLER.

II. 4. — D. *b.t.* 8 pr. (Lenel Paul. n. 895): *Conficiuntur codicilli quattuor modis: aut enim in futurum confirmantur aut in praeteritum aut per fideicommissum testamento facto aut sine testamento.*

Il testo ha dato sempre moltissimo filo da torcere agli interpreti, sin dal tempo della Glossa, con la sua classificazione, fin oggi universalmente ammessa, dei codicilli in codicilli testamentari e *ab intestato*, nonché, nell'ambito della prima categoria, in codicilli *confirmati* e *non confirmati*.

La comune dottrina⁴² ha preso sin oggi le mosse dal rilievo di una certa qual diversità terminologica che si riscontra nelle fonti⁴³, per distinguere tra *codicilli ad testamentum facti* e *codicilli ab intestato*. Codicilli testamentari sono quelli relativi alla successione testamentaria, nel senso che, essendo stati redatti in vista del verificarsi di questo tipo di successione, le loro sorti dipendono da quelle del testamento: sono efficaci, se il testamento non è invalido né è revocato, sono nulli, nell'ipotesi opposta. Codicilli *ab intestato* sono invece quelli relativi alla successione intestata, nel senso che, essendo stati redatti in vista del verificarsi di questo tipo di successione, sono validi, sempre che non abbia luogo la successione testamentaria.

Nell'ambito dei codicilli testamentari, si fa distinzione, dicevo, tra codicilli *confirmati* e codicilli *non confirmati*, a seconda che il testatore abbia o meno dichiarato di volerne ammettere l'efficacia⁴⁴. Il rilievo pratico della distinzione è dato da ciò, che solo i codicilli *confirmati* possono portare, tra l'altro, la *datio* e l'*ademptio legatorum*, la *datio* e l'*ademptio libertatis*⁴⁵.

Ora, a prescindere — almeno per il momento — dalla disamina di queste classificazioni, è un fatto indiscutibile che il fr. 8 pr. non le

⁴² Cfr. gli autori citati *retro* nt. 2, ma principalmente FEIN 97 s. (§ 1501a). Non tutti gli autori moderni espongono la distinzione con altrettanta recisione, il che dipende soprattutto — io penso — dal fatto che essa non ha un solido *ubi consistam*. Cfr. [JÖRS -] KUNKEL § 207.3, che contrappone ai *codicilli testamento confirmati* i *codicilli testamento non confirmati*, che chiama indifferentemente anche « Intestat-Kodizille »; ma specialmente ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 576, che contrappone, molto opportunamente, ai codicilli *confirmati* i « codicilli semplici ». La distinzione tra codicilli testamentari e codicilli *ab intestato* è ripresa dallo SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit. 29 s., ma poco chiaramente spiegata.

⁴³ V. la discussione sui testi *infra* nt. 92.

⁴⁴ Cfr. FEIN 134 s. (§ 1511b); SCARLATA FAZIO, *cit.* 85 s.

⁴⁵ Arg. Gai 2.270.

riflette molto esattamente, che esso non pare avere, anzi, un qualsivoglia senso plausibile.

Tutto si è tentato per ridurre alla ragione la strana formulazione paolina. La Glossa⁴⁶ ha teso a riconoscere che Paolo non abbia parlato dei codicilli *non confirmati*, pur abbandonandosi a discussioni interminabili circa il significato della frase *per fideicommissum testamento facto (confirmantur codicilli)*⁴⁷. Altri⁴⁸ ha interpretato il *confirmantur* di questo paragrafo come *conficiuntur*, in modo da poter dare ombra di verosimiglianza alla tesi che Paolo abbia voluto alludere anche ai codicilli *non confirmati*. Altri⁴⁹ ancora ha sostenuto che il *conficiuntur* della prima proposizione regge a buon diritto anche *per fideicommissum rell.*, giungendo quindi a conclusioni analoghe alle precedenti. Altri infine⁵⁰, con facile uso della critica esegetica, ha dichiarato di recente che *per fideicommissum* è il glossema di qualche lettore o di qualche amanuense, al cui posto si incontrava nel testo genuino un *conficiuntur*, e che Paolo, anziché dare la distinzione tra codicilli *confirmati* e *non confirmati*, avrebbe preferito tracciare, accanto a quella tra codicilli testamentari e *ab intestato*, una distinzione relativa al tempo della conferma dei codicilli *ad testamentum facti*.

Tutte spiegazioni, io ritengo, le quali si accordano nell'essere pienamente insoddisfacenti. E non perché non risulti esattamente riprodotta o convincentemente richiamata nel testo di Paolo la distinzione e la successiva suddistinzione, dianzi accennate, dei codicilli, tutt'altro⁵¹; ma perché il testo di Paolo, comunque si voglia interpretarlo od emendarlo, presta pur sempre il fianco a critiche insuperabili.

⁴⁶ Cfr. VIVIANUS, *casus ad l. 8 pr.* Coglie indubbiamente nel vero, come vedremo (*infra* n. 9), l'ipotesi di Viviano che *per fideicommissum testamento facto* voglia alludere ad una clausola di conferma fedecommissaria. Ma ciò vale solo in ordine alla interpretazione del testo postclassico.

⁴⁷ Cfr. ACCURSIVS, *gl. testamento facto ad h. l.*; ma v. *contra* FEIN 103.

⁴⁸ BÖHMER, cit. da FEIN 103 nt. 3. Il Böhmer si basa sui seguenti rilievi terminologici: D. 32.37.2 *per fideicommissum confirmare* e D. 29.7.8.3 *post testamentum codicillos confirmare*. Sul primo testo v. *infra* n. 8. Circa il secondo testo, v. *infra* n. 13: in esso *confirmare* appare effettivamente in un senso che richiama il *conficere*. L'emendamento del Mommsen (*post testamentum factos codicillos confirmare*: cfr. *retro* nt. 38) è arguto, ma arbitrario.

⁴⁹ FEIN 103 s.

⁵⁰ SCARLATA FAZIO, *cit.* 33.

⁵¹ Il fatto che a base del testo di Paolo non si trovasse la distinzione tra codicilli testamentari e codicilli *ab intestato* gioverebbe infatti alla mia tesi della non rilevanza di questa distinzione in diritto classico.

Qui mi importa di porre in rilievo che l'alterazione dell'originario dettato paolino ha dovuto necessariamente essere piú ampia e profonda di quanto non sia stato sinora arguito.

L'opinione che il giurista classico abbia veramente parlato delle due distinte classificazioni dei codicilli, almeno secondo il senso che ad esse generalmente si affida, non mi par seriamente sostenibile. Anche se volessimo concedere che il «genio della lingua latina» permette di riferire il *conficiuntur* iniziale a per *fideicommissum testamento facto* *rell.*⁵², poco evidente sarebbe l'accento alla categoria dei codicilli testamentari non confermati⁵³.

Non meno criticabile è tuttavia l'opinione che Paolo abbia voluto illustrare due categorie di codicilli, testamentari confermati (suddistinti in *confirmati in praeteritum* e *confirmati in futurum*) e *ab intestato*⁵⁴. La sostituzione di *conficiuntur* a per *fideicommissum* è arbitraria; comunque è evidente che Paolo avrebbe piuttosto scritto, in primo luogo che i codicilli *conficiuntur testamento facto* oppure *sine testamento*, e in secondo luogo che essi (o meglio i codicilli testamentari) possono essere *confirmati* o *in praeteritum* o *in futurum*.

In ogni caso non si può fare a meno di notare che tra la conferma dei codicilli (*confirmantur*) e la confezione dei codicilli stessi (*conficiuntur*) non vi ha congruenza alcuna. Il testo non dice *quattuor sunt genera codicillorum*, bensì *conficiuntur codicilli quattuor modis*. Orbene dalla lettura di esso risulta che i modi di confezione dei codicilli sono invece due: o li si compila con riguardo al testamento (ma dubito che ciò possa significare *testamento facto*)⁵⁵ o li si compila senza avere scritto il testamento, cioè con riguardo alla successione *ab inte-*

⁵² FEIN 103 s. Ma il «genio della lingua latina» non permette simili furbolismi. Del resto tutto il ragionamento del Fein è aprioristico, motivato dalla necessità di sovrapporre al dettato paolino la quadripartizione da lui sostenuta.

⁵³ Avendo Paolo detto che i codicilli possono essere confermati *in futurum* o *in praeteritum*, la continuazione *aut (conficiuntur) testamento facto* non basta a significare che essi possono essere anche non confermati: il terzo *aut* può indicare il passaggio alla distinzione tra cod. test. e cod. *ab int.* I cod. test. *non conf.* restano fuori. Superficiale è poi il modo con cui il FEIN (13) giustifica il per *fideicommissum*: «nei cod. non conf. potevano essere ordinati solo dei fedecommissi» (!).

⁵⁴ Si noti questo. Se Paolo dice che i codicilli possono essere *test. conf. (in fut. o in praet.)* e *ab int.*, ne risulta esclusa la categoria dei cod. test. *non conf.*: chiunque potrebbe pensare che i codicilli, se testamentari, debbono essere sempre confermati.

⁵⁵ Il significato letterale dell'ablativo assoluto *testamento facto* è «essendo stato redatto il test. ».

stato (ma è discutibile che ciò possa significare *sine testamento*⁵⁶). La conferma dei codicilli, insomma, resta fuori da questa classificazione: essa infatti non è un modo di confezione dei codicilli, ma una modalità della confezione dell'atto di conferma, cioè del testamento⁵⁷.

È la frase iniziale che suona falsa, promettendoci l'elencazione di quattro modi di confezione dei codicilli, mentre di tali modi ne incontriamo tutt'al più due. Ma se anche volessimo dare ad essa una interpretazione meno rigorosa, ammettendo cioè che essa equivalga ad un *quattuor sunt genera codicillorum*, rimane pur sempre il *quattuor* a mettere nei pasticci l'interprete. Le categorie dei codicilli nel testo di Paolo non son punto quattro, ma tre: testamentari confermati *in futurum* (cioè, evidentemente, quelli che *testamento facto conficiuntur*)⁵⁸, testamentari confermati *in praeteritum, ab intestato*. Vi è di più: se *testamento facto* non può essere che una tautologia per *codicilli in futurum confirmati*, sorge il sospetto che *sine testamento* sia una tautologia per *codicilli in praeteritum confirmati*: il codicillo confermato *in praeteritum* è appunto quello compilato quando un testamento ancora non v'era, prima del testamento, *sine testamento*⁵⁹.

Eccoci dunque di nuovo a due specie di codicilli, ma di significato diverso dalle precedenti, e, per di più, basate su una assai arbitraria interpretazione del *conficiuntur* iniziale. Ma allora si può anche dire che le quattro categorie dei codicilli annunziate da Paolo si riducono ad essere una sola, cioè quella dei *codicilli confirmati*.

Anche l'occhio meno aduso alla critica dei testi, anche l'esegeta più conservatore è di necessità costretto a scorgere l'alterazione, e non solo relativa a *per fideicommissum*, nel brano di Paolo.

Quali sono dunque i limiti dell'alterazione? La risposta mi pare evidente.

a) *Conficiuntur codicilli quattuor modis* non può essere di Paolo: 1. perché, se si ritiene genuino tutto quel che segue, si hanno le insormontabili difficoltà che abbiám visto; 2. perché, se si ritiene genuino soltanto *aut per fideicommissum rell.*, non si tratta di *quattuor modi*, ma se mai di due modi di confezione dei codicilli, né anzi (forse) si tratta di circostanze modali ma di circostanze temporali della compilazione dei

⁵⁶ *Sine testamento* non esclude l'esistenza del testamento, ma, tutt'al più, esclude il riguardo ad un testamento (che può essere anche esistente).

⁵⁷ V. *infra* n. 5.

⁵⁸ V. *retro* nt. 55.

⁵⁹ V. *retro* nt. 56.

codicilli⁶⁰; 3. perché, se si ritiene genuino soltanto *aut enim — in praeteritum*, non solo non si tratta di confezione dei codicilli, ma si tratta comunque di due soli modi di conferma testamentaria.

b) *Aut per fideicommissum rell.* non può essere di Paolo: 1. perché il *per fideicommissum* è stranamente inesplicabile⁶¹; 2. perché manca un verbo reggente (*conficiuntur?*).

c) *Aut enim — in praeteritum* e *aut per fideicommissum rell.* non possono stare insieme in un testo della giurisprudenza classica: 1. perché *confirmantur*, venendo ineluttabilmente a reggere anche la seconda frase, farebbe ripetere a Paolo cose già dette⁶² o gli farebbe persino attribuire delle sciocchezze⁶³; 2. perché almeno la ripetizione non potrebbe essere evitata, se si integrasse la seconda frase con un *conficiuntur*.

d) *Aut enim — in praeteritum* è una possibile frase classica, se si immagina che essa era inserita in un discorso ove si era giunti a parlare dei *codicilli confirmati*, sí che può rappresentarne un'utile specificazione, o se si pensa (e ciò è meno probabile) che Paolo abbia scritto apoditticamente che i *codicilli aut in futurum confirmantur aut in praeteritum*⁶⁴.

Io ritengo, pertanto, di essere riuscito a dimostrare l'inquinamento

⁶⁰ Circostanze modali della compilazione dei codicilli sarebbero il riferimento, rispettivamente, alla successione testamentaria e a quella intestata. Ma, come abbiamo visto, è possibile interpretare il testo nel senso che i codicilli sono compilati dopo la conferma del testamento (*test. facto*) o prima della conferma del testamento (*sine testamento*).

⁶¹ In ordine, ben inteso, al diritto classico. Quanto al probabile significato post-classico della espressione *per fideicommissum confirmare*, v. *infra* n. 13.

⁶² Il che vale per (*cod. confirmantur*) *test. facto* (= *cod. in fut. conf.*).

⁶³ Il che vale per (*cod. conf.*) *sine test.*: come si conferma un *cod. sine testamento*? V. *infra* nt. 92.

⁶⁴ Che la prima ipotesi sia la piú probabile, risulterà dalle seguenti considerazioni relative alla differenza tra conferma *in futurum* e conferma *in praeteritum*. Il significato logico della distinzione posta da Paolo è che i codicilli possono essere confermati o da un testamento precedente o da un testamento successivo: mediante un testamento precedente si confermano i codicilli *in futurum* e mediante un testamento successivo si confermano i codicilli *in praeteritum*. Ma può avvenire naturalmente che vi siano codicilli anteriori al testamento, confermati, e che il testamento confermi anche i codicilli posteriori o una certa categoria di codicilli posteriori. È giusto dunque quanto osserva lo SCARLATA FAZIO (92 s.), che la distinzione non ha una reale importanza pratica: il che rende poco probabile che Paolo l'abbia formulata in sede di principio e non l'abbia invece ricordata nel giro di un discorso. A conferma di quanto sopra detto, cfr. D. 29.7.18 (Cels.) e D. 50.16.123 (itp. l'ultima frase: SCARLATA FAZIO 92): se la conferma è fatta al tempo futuro, ciò non esclude che essa possa riguardare codicilli *ante testamentum facti*.

del testo, per quanto non giudichi né opportuno né conveniente di proporre una ricostruzione del contesto originario.

5. — Giova ora porci degli ulteriori problemi: A) quale è la portata delle alterazioni segnate; B) a chi vanno esse attribuite.

A) A mio credere, la portata delle segnate alterazioni non può essere intesa a pieno, se non analizzando la materia relativa alla conferma dei codicilli. Detta analisi dovrà portarci a chiarire il possibile significato di *aut per fideicommissum testamento facto (codicilli confirmantur)*, il probabile senso di *aut sine testamento (confirmantur)*, nonché, in ordine a questi significati, il perché della inserzione di *conficiuntur — modis*: il tutto nell'ambiente del diritto postclassico.

Amnesso che esistano dei *codicilli confirmati*, un problema che può sorgere al fine della precisazione del loro concetto è il seguente: in quale atto e con quale forma deve avvenire la loro conferma?

a) Per quanto riguarda l'atto che deve contenere la conferma dei codicilli, abbiamo presupposto come certo, sin qui, che la conferma debba di necessità avvenire in un testamento. Ma l'affermazione è esatta solo per il diritto classico. Per il diritto postclassico-giustiniano va preso in considerazione un testo, che enuncia un concetto diverso.

D. 29.7.5 (Papin. 7 resp.): *Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento quod postea factum est [vel codicillis] confirmantur [aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur: sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime iudicavit].*

La pandettistica⁶⁵ aveva dedotto da questo frammento⁶⁶ che la conferma dei codicilli potesse avvenire anche con altri codicilli, aggiungendo tuttavia, gratuitamente, allo scopo di attenuare una palese assurdità, che questi secondi codicilli dovessero essere a loro volta confermati in testamento. A questa interpretazione tanto ovvia si è opposto di recente lo Scarlata Fazio⁶⁷, sostenendo che nel brano di Papiniano, anche per lui genuino, *confirmare* non ha un significato tecnico, ma il significato generico di « ratificare »: il giurista classico si sarebbe limitato a far la questione se i codicilli *ante tabulas testamenti facti* si abbiano a considerare, quando il testamento sia intervenuto, come codicilli *ab intestato* (e quindi nulli) o come codicilli testamentari (e quindi validi), e l'avrebbe

⁶⁵ Cfr., per tutti, FEIN 114 s.

⁶⁶ Che essa, malgrado gli appunti critici del Cuiacio (di cui faremo cenno più oltre, nel testo e nt. 69), tendeva a ritenere genuino.

⁶⁷ *Successione codicillare* cit. 92; cfr. anche 41 s.

risolta nel senso che bisogna aver riguardo alla volontà del testatore, non soltanto se espressa nel testamento, ma comunque espressa o deducibile da fatti concludenti.

L'interpretazione dello Scarlata Fazio è palesemente arbitraria. Nel brano di Papiniano, relativo alla materia dei codicilli, *confirmare* non può significare che « confermare » e meglio facevano i pandettisti a sostenere che i codicilli potessero essere confermati o con testamento o con altri codicilli, salvo ad aggiungere che i codicilli di conferma dovessero essere a loro volta confermati in testamento⁶⁸.

Ma può aver enunciato Papiniano questi principii?

Già da tempo la critica ha appuntato *aut voluntas-retineatur*⁶⁹ o addirittura *aut voluntas-iudicavit*⁷⁰, per il motivo che tali frasi cozzano contro ben diverse attestazioni circa il pensiero di Papiniano, contenute in Inst. 2.25.1. Ma, prima di stabilire un confronto fra il frammento papiniano e le Istituzioni di Giustiniano, anch'esse *a priori* sospettabili di non rispondenza al genuino pensiero dei classici, è necessario affermare che vi sono motivi autonomi, di forma e di sostanza, per la condanna di quelle frasi, nonché delle parole *vel codicillis*.

Vel codicillis non può essere di Papiniano, neanche se si tien conto che non sempre questo giurista è di cristallina chiarezza espositiva. Dire che « un codicillo anteriore al testamento non è valido, a meno che non sia confermato (dal testamento o) da un altro codicillo » è altamente sorprendente: forse che l'unione fa la forza, in materia di codicilli? Né vale aggiungere che il secondo codicillo s'ha da intendere confermato dal testamento: non solo il testo non lo dice⁷¹, ma se lo dicesse vi sarebbe un motivo di più per sostenere l'alterazione, dato che non è serio scrivere che « con un testamento il testatore può confermare un codicillo di conferma di un precedente codicillo contenente una determinata disposizione ». Comunque non è a credere che Papiniano, volendo enunciare tali assurdi concetti, si sarebbe espresso come è scritto nel testo: se vi era necessità di specificare qualcosa in quel dettato, ciò

⁶⁸ Quanto ad *aut voluntas eorum vell.*, può dirsi che trattasi di una frase che tende a stabilire i limiti di validità dei codicilli non confermati: validi se emerga un qualunque indizio che il testatore li abbia voluti mantenere in vita e nei limiti in cui il testatore, col suo testamento posteriore, non abbia disposto diversamente.

⁶⁹ Cfr. CUIACIO, *Op.* 4.1100 E.

⁷⁰ Cfr. LENEL, *Pal. Papin.* 569; BONFANTE, nota a FEIN 142; KRÜGER H., *St. Bonfante* 2.313.

⁷¹ Cfr., del resto, Gai 2.270 a, riportato *infra*.

non era nel senso di dire che il testamento *postea factum est*, perché trattavasi di una cosa ovvia, data la dichiarazione che i codicilli *ante tabulas testamenti facti sunt*, ma era invece nel senso di dire che i secondi codicilli erano posteriori ai primi (*vel codicillis qui postea facti sunt*). Non rimane che credere, salva la persistenza degli appunti di forma, che Papiniano abbia voluto dire che i codicilli anteriori al testamento e non confermati da questo valgono (naturalmente, come *codicilli non confirmati*) solo se richiamati da altri codicilli posteriori al testamento. Ma tutto ciò equivale a dire che i codicilli *ante tabulas testamenti facti* restano saldi solo se confermati nel testamento, perché la validità loro come codicilli confermati è puramente e semplicemente la validità dei codicilli (non confermati) posteriori al testamento che vi fanno richiamo: equivale cioè a dire che *vel codicillis* è di troppo.

Institicia è certo, nel frammento di Papiniano, tutta la frase *aut voluntas rell.* Che si deve intendere per *voluntas eorum*? La volontà dei codicilli? Ma la volontà non è dei codicilli, sí bene di quelli che li redigono. Inoltre l'espressione *non aliter valent quam* è inconciliabile con la frase *voluntas eorum quocumque indicio retineatur*: la prima espressione è palesemente restrittiva e ci si aspetterebbe, di seguito ad essa, l'indicazione piú precisa e definita dei casi in cui il codicillo può ritenersi valido. Ma l'accento al *quodcumque indicium* è, in tal caso, una doccia fredda: basta un qualunque fatto conducente a determinare la validità del codicillo (come codicillo non confermato). Non sarebbe stato quindi piú logico esprimersi cosí: *... codicilli ... valent ... non solum si testamento ... confirmentur, sed etiam si voluntas eorum quocumque indicio retineatur*⁷²? L'imprecisione palese dell'ultima frase (*sed non servabuntur rell.*)⁷³ conferma ampiamente il sospetto di interpolazione.

6. — Qui deve venire in considerazione, per quanto riguarda i sospetti destati dal frammento in esame, un passo delle Istituzioni, nel quale la decisione di Papiniano viene esplicitamente richiamata.

Inst. 2.25.1: *Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillos potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papi-*

⁷² Né va tralasciato che il testo classico avrebbe dovuto avere un *aut* (in corrispondenza con *aut voluntas eorum rell.*) davanti a *testamento*.

⁷³ Si noti: *non servabuntur ea* (?); *ea, de quibus ... defunctus ... iudicavit* (!).

nianus ait non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur. Sed divi Severus et Antoninus rescripserunt ex his codicillis qui testamentum praecedunt posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse.

È stato, sin oggi, proprio sulla frase *sed cum — confirmentur* che la critica si è basata per sostenere l'interpolazione, in D. 29.7.5, di *aut voluntas — iudicavit: aut voluntas rell.*, si è detto⁷⁴, rispecchia una riforma di Severo e Caracalla⁷⁵, e non il pensiero di Papiniano. Sino a Papiniano si sarebbe pertanto sostenuto, dalla giurisprudenza classica, che i codicilli anteriori al testamento e quivi (o altrove) non confermati fossero da ritenere invalidi: i due imperatori avrebbero invece posto il principio ch'essi fossero da ritenere validi a costituire fedecommissi, se dal testamento non risultasse una volontà contraria del testatore stesso.

A questa tesi si è opposto invece lo Scarlata Fazio⁷⁶, sostenendo: 1) che tutti i testi dei giuristi classici a nostra disposizione danno come specifico il principio che basta, a mantenere in vita i codicilli, la volontà comunque manifestata o deducibile dal testatore, e che quindi è assurdo ritenere che Papiniano possa essersi, Orazio sol contro l'Etruria tutta, dichiarato in disaccordo; 2) che è ancora più assurdo ragionare di un contrasto di idee fra Papiniano e i divi Severo e Caracalla, mentre fu proprio, forse, quel giurista a redigere, come membro della cancelleria imperiale⁷⁷, il testo originale del rescritto. Egli pertanto ritiene che, ammesso che Inst. 2.25.1 sia stato estratto dalle Istituzioni di Marciano⁷⁸, queste ultime suonassero: *sed cum — confirmentur. [sed] (et) divi Severus et Antoninus rescripserunt rell.* Sarebbero stati i compilatori delle Istituzioni a rendere antitetiche le affermazioni di Papiniano da un lato e quelle dei due imperatori dall'altro, e ciò mediante l'inserzione di un *sed* al posto dell'originario *et*.

Dei due argomenti qui riferiti, il secondo è certo ottimo e vale ad infirmare non poco l'argomento dei critici; il primo è invece infondato,

⁷⁴ Cfr. *retro* nt. 69 e 70.

⁷⁵ Le Istituzioni enunciano infatti il medesimo principio dicendo: *Sed divi Severus et Antoninus rell.*

⁷⁶ *Successione codicillare* cit. 42 s.

⁷⁷ Secondo il KRÜGER, *Quellen* 251, Papiniano scrisse i suoi responsi non prima del 206. Al 211 attribuiscono i *Responsa* di Papiniano HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon* sv. Papinianus.

⁷⁸ Cfr. FERRINI, *Opere* 2.291 (*retro* nt. 6); COSTA, *Papiniano* 1.117.

perché lo Scarlata Fazio non adduce né può addurre nessun frammento, dal quale risulti che la volontà del testatore, comunque manifestata, sia tale da dar vita al codicillo anteriore al testamento, quando il testamento vi sia ma non faccia menzione del codicillo⁷⁹.

Vi ha invece un testo sicuramente genuino, che è opportuno esaminare prima di avviarci ad una soluzione.

Gai 2.270a: *Item legatum codicillis relictum non aliter valet, quam si a testatore confirmati fuerint, id est nisi in testamento caverit testator, ut quidquid in codicillis scripserit, id ratum sit: fideicommissum vero etiam non confirmatis codicillis relinqui potest*⁸⁰.

Il testo di Gaio ci dà un'idea molto chiara di ciò che si debba intendere per *codicilli confirmati*: tali sono soltanto quelli confermati nel testamento. Papiniano, qualora avesse detto che i codicilli anteriori al testamento (e contenenti, per avventura, anche legati) possono essere confermati da altri codicilli, si sarebbe veramente posto contro la giurisprudenza classica. Dunque, che, per lo meno, l'interpolazione di *vel codicillis* sia stata fatta in D. 29.7.5 è sicuro. Ma allora è parimenti sicuro che non a Papiniano risalga la frase *aut voluntas rell.*, perché essa (dato che non si specifica se i codicilli sono soltanto fedecommissari, oppur no) può implicare l'assurdità che un qualunque fatto conducente sia tale da rendere valido un codicillo che dispone un legato.

Ciò di cui la critica non si è fin qui accorta è che D. 29.7.5 dice, in sé e per sé, una cosa altamente assurda.

7. — Analizziamo ora, al lume di questa osservazione, il passo di Papiniano e quello delle Istituzioni giustiniane, in confronto.

<p>D. 29.7.5: <i>Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent quam si testamento quod postea factum est [vel codicillis] confirmentur [aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur: sed non servabuntur ea, de quibus ali-</i></p>	<p>Inst. 2.25.1: <i>... sed cum ante testamentum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur. Sed divi Severus et Antoninus rescripserunt ex his codicillis qui testamentum</i></p>
---	---

⁷⁹ I testi da lui addotti (p. 36-41) sono relativi a casi particolari, e riguardano comunque questioni che non hanno nulla a che fare con il presente argomento.

⁸⁰ Cfr. anche Ulp. *reg.* 25.8: *Fideicommissum et ante heredis institutionem et post mortem heredis et codicillis etiam non confirmatis testamento dari potest, licet legari ita non possit.*

ter defunctus novissime iudicavit]. praecedunt posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse.

È indubitabile che *sed — confirmentur* di Inst. 2.25.1 riflette il contenuto di *ante tabulas — confirmentur* di D. 29.7.5, ivi compreso *vel codicillis: testamento vel codicillis* viene riassunto con *speciali voluntate*. Per diritto giustiniano è dunque da ammettersi che un codicillo anteriore al testamento possa essere confermato non solo con il testamento, ma anche con un altro codicillo, ed è questione di buon senso il limitare questa affermazione nel senso che il codicillo posteriore debba essere confermato nel testamento.

Indubbiamente però *sed — confirmentur* di Inst. 2.25.1 non riflette la seconda parte di D. 29.7.5 (*aut voluntas — fin.*). Ma non è a dire che questa seconda parte è riflessa in *sed divi Severus et Antoninus rell.* di Inst. 2.25.1. Ciò non è vero perché, mentre il frammento dei Digesti dà per validi i soli codicilli fedecommissari, *si appareat eum, qui postea testatori*, il rescritto dei divi Severo e Antonino, riportato in Inst. 2.25.1, dà per validi i soli codicilli fedecommissari, *si appareat eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse*. Una divergenza fra la presunta opinione di Papiniano ed il rescritto di Severo e Antonino vi sarebbe solo se noi ammettessimo che tutto D. 29.7.5 sia genuino o che comunque i compilatori abbiano avuto sott'occhio tutto il testo che noi oggi nelle Pandette vediamo: ed in tal caso la divergenza sarebbe in ciò, che Papiniano (contro ogni regola logica e positiva) avrebbe enunciato una opinione straordinariamente largheggiante e sovvertitrice, la quale sarebbe stata ridotta entro più corretti limiti dagli imperatori. Ma se riconosciamo che l'opinione di Papiniano non era così assurda, che *aut voluntas rell.* non è stato scritto da lui, allora possiamo capire come il rescritto di Severo e Antonino integri e non contraddica quella opinione: Papiniano dice che i codicilli (sia di legato che di fedecommissario) non sono validi se, essendo *ante tabulas testamenti facti*, non incontrino la conferma testamentaria (o, aggiunge un lettore postclassico, codicillare), e gli imperatori dicono che per altro (*sed*) i codicilli anteriori al testamento, ma fedecommissari, rimangono in vita anche se manchi una conferma esplicita, ma si possa ritenere che il testatore non li ha voluti invalidare col testamento.

Alla luce di queste conclusioni, appare chiara la genesi dell'interpolazione di D. 29.7.5. I compilatori giustinianeî si incontrano in un

testo di Papiniano che enuncia con singolare recisione il principio della invalidità dei codicilli anteriori al testamento e non confermati. Essi non pensano di trovarsi davanti ad un responso pratico, cioè ad un testo che risponde ad un preciso quesito e non può né deve far menzione di ogni possibilità: essi pensano che questo frammento è in disaccordo col rescritto di Severo e Caracalla che incontrano nella lettura di Marciano. Ed interpolano frettolosamente il brano con le parole *aut voluntas rell.*, non badando che così vengono ad ammettere la validità degli altri codicilli confermati contenenti legati. In Inst. 2.25.1 essi operano più saggiamente: da una parte riassumono il testo di Papiniano, quale è a loro pervenuto, dall'altra lo integrano con la citazione marcianea del rescritto di Severo e Caracalla⁸¹.

Possiamo dunque con tutta probabilità stabilire che, in D. 29.7.5, *vel codicillis* è un glossema postclassico e *aut voluntas rell.* è un emblema triboniano.

Ma rimane da chiederci: cosa ha voluto significare il lettore postclassico col glossema *vel codicillis*? A me pare strano che, anche trattandosi di un commentuccio postclassico, si sia potuto dire una sciocchezza così patente come quella che un codicillo possa essere confermato da un altro codicillo. Vero è che Giustiniano la ripete (Inst. 2.25.1), ma anzitutto egli è scusato dal fatto che l'ha incontrata nel frammento che credeva di Papiniano, e secondariamente egli scrive in un'epoca in cui i codicilli, avendo gli stessi requisiti di forma dei testamenti, possono dirsi *grosso modo* a questi simili⁸². Il lettore postclassico, meno frettoloso dei compilatori, doveva por mente a ciò, che Papiniano parlava di invalidità dei codicilli in genere e non di quelli soli contenenti legati: io presumo dunque che, aggiungendo *vel codicillis*, egli abbia voluto operare in un certo senso un imperfetto richiamo al principio enunciato da Severo e Caracalla: i codicilli fedecommissari sono validi, se comunque risulti che la volontà del testatore non è stata diretta ad invalidarli. *Codicilli codicillis confirmantur* vuol significare for-

⁸¹ Non è da escludere che l'opinione di Papiniano si trovasse già citata nel testo di Marciano.

⁸² Non si dica perciò che *vel codicillis* è stato inserito da Triboniano. Perché in Inst. 2.25.1 quest'ultimo avrebbe riportato come pensiero di Papiniano solo una parte della sua interpolazione e non anche l'altra, che attribuisce a Severo e Caracalla? Se poi fosse stato Triboniano a voler dire quanto è implicato da *vel codicillis*, tanto valeva che egli, più speditamente, dicesse che i codicilli sono validi, anche se non confermati.

se, già nel pensiero postclassico, che anche i *codicilli (testamento) non confirmati* si debbono intendere in un certo senso confermati, come portanti disposizioni fedecommissarie, se sopravvengano altri codicilli che li sostengano. Il che riflette indubbiamente il pensiero classico (Severo e Caracalla), ma con formulazione (sia pure imperfetta ed inesatta) diversa. Anche i codicilli non confermati possono dirsi confermati a titolo di disposizioni fedecommissarie per il solo fatto che è intervenuto il testamento: *per fideicommissum testamento facto (confirmantur)*.

8. — *b*) Dato che in diritto classico l'atto di conferma del codicillo doveva essere il testamento, dobbiamo domandarci se la forma della conferma fosse oppur no indifferente.

All'opinione della indifferenza della forma di conferma testamentaria ci spinge il citato Gai 2.270 *a*, ove si parla di conferma in generale, senza specificare, ed ove *in testamento cavere* non può non abbracciare ogni e qualsiasi forma di conferma⁸³. Ma qualche testo lievemente discorde ha fatto avanzare alla pandettistica l'opinione⁸⁴ che, accanto ad una conferma con parole dirette, necessaria per i codicilli disponenti legati, esistesse una conferma con parole fedecommissarie, sufficiente per i codicilli disponenti fedecommissari. Assurda teoria, perché non considera che non occorre conferma per la validità dei codicilli fedecommissari, di modo che manca uno dei due termini della distinzione.

Principalmente⁸⁵ la pandettistica si è fondata su

D. 32.37.2 (Scaev. 18 *dig.*): *Seiam et Maevium libertos suos aequis partibus heredes scripsit: Maevio substituit Sempronium pupillum suum: deinde codicillos [per fideicommissum] confirmavit, quibus ita cavet*⁸⁶ . . . (segue il testo di un codicillo fedecommissario).

Per fideicommissum è inesplicabile e di troppo: palese glossema postclassico⁸⁷. Ma anche qui val la pena di domandarsi perché mai un lettore postclassico di Papiniano l'abbia voluto segnare a margine. Ed a mio credere può risponderci che ciò egli ha fatto perché ha ravvisato, di fronte a un codicillo fedecommissario, la non necessità di una conferma

⁸³ V. anche le osservazioni dello SCARLATA FAZIO, *cit.* 87 s.

⁸⁴ Cfr. per tutti FEIN, *cit.* 102 s.

⁸⁵ Rimando, per la rimanente confutazione, alle convincenti osservazioni dello SCARLATA FAZIO, *cit.* 86 s.

⁸⁶ Arbitrario è l'emendamento del Mommsen: *deinde per fideicommissum confirmatis codicillis ita cavet*.

⁸⁷ Cfr. LENEL, *Pal. Scaev.* n. 68: v. anche VIR. 1.767.52.

testamentaria, ed ha voluto stoltamente porre in rilievo che basta un fedecommissario a confermarlo, cioè una preghiera scritta, orale e comunque deducibile.

È importante notare che Scevola parla di una conferma testamentaria del codicillo, fatta (come il seguito del testo fa capire) con parole fedecommissarie. Il lettore postclassico ha invece creduto che la conferma fosse sopravvenuta dopo il testamento (*deinde . . . codicillos confirmavit*) ed ha voluto chiarire che ad integrarle bastava un qualunque comportamento da fedecommissario. Egli ha creduto, insomma, di trovarsi di fronte ad un codicillo non confermato: 1) perché contenente disposizioni fedecommissarie; 2) perché anteriore al testamento e non confermato ivi, ma *deinde*. Allora, in conformità a quella che doveva essere la tendenza della sua epoca, ha voluto chiarire che la conferma non debba essere necessariamente testamentaria, ma comunque fatta, dando a vedere di considerare tutti i codicilli sotto l'angolo visuale della conferma. Di qui è sorta la frase *deinde* (cioè *testamento facto*) *per fideicommissum confirmavit*.

9. — c) Riassumiamo ora le fila del lungo discorso. Il diritto classico conosceva due categorie di codicilli: 1) *codicilli* (anteriori o posteriori al testamento) *testamento confirmati*⁸⁸, i quali potevano contenere non solo fedecommissi, ma anche principalmente legati (Gai 2.270 a, Ulp. Reg. 25.8); 2) *codicilli* (anteriori o posteriori al testamento o anche fatti in mancanza di testamento) *non confirmati*, i quali potevano contenere solo fedecommissi, purché non apparisse, nel caso di codicilli anteriori al testamento, un indizio qualsiasi della volontà del testatore di renderli nulli.

Il diritto postclassico tende ad allargare la categoria dei codicilli non confermati, nel senso di ritenere che in fondo lo stesso non opporsi del testatore al codicillo precedentemente fatto è un modo di conferma: conferma non certo testamentaria, ma alla buona, fiduciaria, che alcuni precisano positivamente col parlare di conferma *codicillis* (D. 29.7.5), o *per fideicommissum* (D. 32.37.2). Nulla di inesatto in tutto ciò: solo espressioni imperfette e bislacche di mentalità bizantine, che tendono all'astruso.

Ma, allora, ecco che si spiega il *per fideicommissum testamento facto* (*codicilli confirmantur*) di D. 29.7.8 pr. Anche qui la mentalità bizantina si è manifestata, facendo dei codicilli non confermati una categoria di *codicilli per fideicommissum confirmati*, cioè confermati comunque. Ed essa è andata oltre perché ha detto che la conferma *per fideicommissum*

⁸⁸ Vuoi *in praeteritum*, vuoi *in futurum*.

si ha, non solo quando vi sia stato un testamento, ma anche quando un testamento non vi sia: *codicilli per fideicommissum sine testamento confirmantur*.

Le due categorie classiche dei codicilli si sono trasfuse in quattro categorie postclassiche: 1) *codicilli in futurum (testamento vel codicillis) confirmati*; 2) *codicilli in praeteritum (testamento vel codicillis) confirmati*; 3) *codicilli per fideicommissum testamento facto confirmati*; 4) *codicilli per fideicommissum sine testamento confirmati*.

La mentalità postclassica vede insomma i codicilli, tutti, sotto l'angolo visuale della conferma. Ma allora è evidente che, per essa, il modo di conferma dei codicilli diventa in certo senso il modo di confezione dei medesimi, che quindi chi ha annotato Paolo non ha avuto difficoltà ad estendere il verbo *confirmantur* anche alla frase di sua creazione *aut per fideicommissum rell.* ed a premettere al tutto che *codicilli conficiuntur quattuor modis*.

10. — B) A chi debbono essere attribuite le alterazioni di D. 29.7.8 pr.?

a) La risposta che vien naturale alla mente è che tali alterazioni siano il frutto di *emblemata Triboniani*. Ma questo, secondo me, è da escludere.

Se Giustiniano avesse interpolato *aut per fideicommissum testamento facto aut sine testamento*, avrebbe enunciato un concetto contrario a quello che liberamente accetta in Inst. 2.25.1. Quivi egli infatti fa mostra di aderire pienamente alla dottrina classica della conferma, riportata probabilmente da Marciano, ed è forse nella seconda parte di D. 29.7.5 che egli l'ha voluta (sia pure imperfettamente) trasfondere. A Giustiniano era estranea l'idea che tutti i codicilli potessero dirsi in un certo senso *confirmati*, anche se non *testamento*, anche se *sine testamento*. Se una tendenza vi fu, nel diritto postclassico, ad inquadrare ogni possibile specie di codicillo sotto il *genus* della conferma, ad essa indubbiamente reagì Giustiniano, che preferì riaccostarsi alla realistica visione del diritto classico, rappresentata dalle Istituzioni di Marciano. Occorre dunque pensare ad una alterazione postclassica di D. 29.7.8 pr.

b) E la tesi dell'inquinamento postclassico, pregiustiniano, nel testo di Paolo può essere rafforzata da qualche ulteriore considerazione. È inopportuno credere che i compilatori abbiano avuto il tempo e la voglia di rielaborare, così come vediamo che è stato fatto, tutto il dettato di Paolo: verosimile è invece che quest'opera, non di interpolazione ma addirittura di falsificazione dei concetti paolini, sia stata com-

piuta dalle scuole bizantine, come in altri casi vediamo che è avvenuto. I classici distinguevano, in base agli effetti loro caratteristici, i codicilli *testamento confirmati* da quelli *non confirmati*, ed in questi ultimi essi vedevano tutte le ipotesi in cui ad un codicillo possa essere riconosciuto un contenuto di semplice fedecommesso: *codicilli ante testamentum facti*⁸⁹, *codicilli post testamentum facti*⁹⁰, *codicilli facti* da chi muore senza testamento, cioè *ab intestato*⁹¹. Nel primo caso i codicilli erano un mezzo valido per la *datio* e *ademptio legatorum*, per la *datio* e *ademptio libertatis*, per la nomina e revoca del tutore testamentario, oltre che per l'elargizione di fedecommessi; nel secondo caso i codicilli valevano unicamente a disporre fedecommessi, erano cioè un mezzo di estrinsecazione delle disposizioni fedecommissarie. Di più i classici non distinguevano, né il loro sano realismo poteva infatti permettere che si facessero ulteriori distinzioni. La dottrina classica è fondamentalmente accolta da Giustiniano, il quale tuttavia, data l'importanza di atto autonomo, pari al testamento, raggiunta verso gli ultimi tempi dai codicilli e data la avvenuta fusione fra legati e fedecommessi, pone alla base del sistema la distinzione fra codicilli testamentari e codicilli intestati, i quali ultimi assurgono a categoria autonoma (Inst. 2.25.1 in principio), e distingue i codicilli testamentari in confermati e non confermati⁹². Le

⁸⁹ *Si appareat eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse*: Inst. 2.25.1.

⁹⁰ Cfr. D. 40.4.43.

⁹¹ Cfr. D. 10.2.39.1; 31.89.3; 29.7.19.

⁹² Non può sostenersi che testi classici corroborino la distinzione fra codicilli testamentari e codicilli *ab intestato*, la quale è invece una distinzione giustiniana, che la pandettistica ha prediletta e potenziata. Dei testi che si portano a sostegno di questa presunta « distinzione fondamentale » (v. da ultimo SCARLATA FAZIO, *SucceSSIONE CODICILLARE* cit. 30), alcuni non provano nulla, altri sono postclassici od alterati. D. 2.15.8.2 (Ulp. 5 *de omnibus trib.*): *Haec oratio pertinet ad alimenta, quae testamento [vel codicillis] fuerint relicta [sive ad testamentum factis sive ab intestato] . . .* l'estensione *vel codicillis* è probabile; comunque l'interpolazione *sive ad testamentum factis sive ab intestato* mi pare evidente. D. 29.4.6 pr. (Ulp. 50 *ed.*): *Quia autem is qui ab intestato possidet hereditatem conveniri potest, si omittit causam testamenti, quaesitum est, si quasi ex voluntate testatoris videatur omisisse, an cogatur praestare. ut puta fratrem suum scripsit heredem [et codicillos fecit ab intestato] petique a fratre, ut, si legitima hereditas ad eum pertinuerit, fideicommissa praestaret quibusdam . . .* anche qui l'interpolazione è evidente: *scripsit heredem et codicillos fecit ab intestato petique a fratre*. Il testo classico non aveva la menzione dei codicilli *ab intestato*. (V. già BESELER, in ZSS. 43.550; ma v. *contra* SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas* 1, in AUPA. 17.163 e SCARLATA FAZIO,

scuole postclassiche tentano invece lo sterile sforzo di unificare concettualmente tutte le specie dei codicilli sotto l'esponente della conferma da parte del *de cuius*; questo si rivela anche al di fuori del tit. 29.7⁹³ e si rivela sopra tutto nella rielaborazione di D. 29.7.8 pr.

11. — Intimamente collegato alla alterazione postclassica di D. 29.7.8 pr. può finalmente apparire ora lo strano dettato del § 1.

D. 29.7.8.1 (Paul. *sing. de iure codicillorum*): *Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur pater familias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.*

È difficile ammettere che questo modo di esprimersi possa essere stato di Paolo. Nulla di male se avessimo letto: . . . *ideo fideicommissa dantur . . ., quoniam creditur . . .* Ma il testo dice *dari possunt*, e ciò è equivoco, se non erroneo.

Il testo del § 1 dimostra, se non erro, la verità della mia tesi circa la *forma mentis* del lettore postclassico di Paolo. Esso specifica, infatti, in che senso i codicilli si abbiano ad intendere confermati *sine testamento* e ribadisce l'interpretazione che del *principium* ho data, facendo dipendere tutto il costruito di esso da *confirmantur*. Il palese carattere

cit. 37 nt. 1). D. 10.2.39.1 (Scaev. 1 *resp.*): *Intestato moriens codicillis praedia sua omnia et patrimonium inter liberos divisit . . .*: nessuna prova può trarsi da questo testo. Il dante causa muore intestato, va bene, e divide il patrimonio fra i figli per mezzo di codicilli: *codicillis testamento non confirmati*. D. 31.89.3 (Scaev. 4 *resp.*): *Lucius Titius intestato moriturus, cum haberet uxorem et ex ea filiam emancipatam, codicillis haec verba inseruit . . .* (v. nota al testo precedente). D. 29.7.19 (Marc. 14 *dig.*): *Is qui unum filium habebat, cum codicillos ad eum scripsisset, decessit intestatus . . .* (v. nota a D. 10.2.39.1). Anche D. 29.7.3 pr., 31.77.29, 35.2.18 pr. non provano nulla, salvo che era frequente l'uso di non disporre dei propri beni per testamento, ma per codicilli, senza testamento, a titolo di fedecommissato. D. 40.4.43 (Mod. *sing. de manumiss.*): *Libertates directae et testamento et codicillis testamento confirmatis recte dantur, fideicommissariae et ab intestato et codicillis non confirmatis relinqui possunt*: nessuna prova dell'esistenza di cod. *ab intestato*, contrapposti ai cod. testamentari. Le libertà fedecommissarie possono essere date o con codicilli non confermati o senza codicilli (*ab intestato*). Ecco il vero significato del testo. C. 6.53.6 (Diocl. et Maxim. Eusebio): *Si fideicommissum ab intestato fuerit sorori tuae relictum codicillis . . .*: il *casus* è relativo a codicilli emessi senza testamento (*test. non conf.*). Lo stesso dicasi per C. 6.36.4 (Diocl. et Maxim. Stratonico). Le prove della contrapposizione sono dunque molto evanescenti, come si è visto. Sulla base di quanto precede, ritengo che non meriti considerazione la curiosa ipotesi avanzata dallo SCARLATA FAZIO (*Successione codicillare cit.* 33 s.) circa l'epoca in cui sorse la distinzione.

⁹³ Cfr. D. 32.37.2.

non genuino del *principium* conferma, d'altronde, a sua volta, che da mano postclassica è uscito il § 1, ad esso, nel senso, così strettamente connesso.

Della stessa mentalità è espressione un brano sicuramente alterato, pure di Paolo.

D. 29.7.16 (Paul. 21 *quaest*): ...*ad testamentum autem quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli. Et ut manifestius dicam, intestato patre familias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent: testamento autem facto ius sequuntur eius*⁹⁴.

III. 12. — I rimanenti brani del *liber singularis* meritano, per diverse ragioni, un discorso più breve.

D. 29.7.8.2: *Codicilli totiens valent quotiens quis testamentum quoque facere possit. Non tamen hoc ita intellegemus, ut exigamus potuisse eum eo tempore, quo scribit eos codicillos, testamentum facere (quid enim, si sufficientium testium facultatem non habuit?), sed si iure testamenti factionem habuit.*

Non tamen — fin. è stato, molto giustamente, giudicato interpolato dal Suman⁹⁵. Non vale opporre, con lo Scarlata Fazio⁹⁶, per salvare il testo (con qualche emendamento)⁹⁷, che esso è conforme ai principi classici sulla *factio* attiva dei codicilli, principi espressi chiaramente da Marciano in D. 29.7.6.3⁹⁸. Né vale aggiungere che la prolissità del passo dipende dal fatto che esso fa parte di un'opera speciale, monografica, sull'argomento dei codicilli⁹⁹. Il carattere monografico dell'operetta pseudo-paolina potrebbe giustificare un maggiore approfondimento di problemi, ma non giustifica alcuna eccessiva prolissità.

13. — D. 29.7.8.3: *Si post factum testamentum codicillos quis confirmaverit, deinde adrogandum se praebuerit et ibi codicillos fecerit*

⁹⁴ V., in proposito, già BESELER, in ZSS. 57.31; SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit. 45 s.

⁹⁵ *Saggi minimi di diritto romano* 92.

⁹⁶ *Successione codicillare* cit. 96 nt. 1.

⁹⁷ Lo Scarlata Fazio emenda così: ...*non habuit [? sed si] (et) iure testamenti factionem habuit [.] (?).*

⁹⁸ Marcian. 7 *inst.*: *Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest.*

⁹⁹ L'opera è pur sempre un *liber singularis*, dai confini necessariamente molto limitati.

atque ita emancipatus decesserit, quaeritur, an ex codicillis legata debeantur: nam et testamentum valet, sed eo tempore eos fecit, quo testamenti factionem non habuit. Nec similis est muto, qui recte codicillos confirmaverit: licet is enim testamentum facere non possit, tamen testamentum quod ante fecerat in eodem statu est, huius autem testamentum sublatum est et de alienis quodammodo rebus testatur. Sed dicemus codicillos valere: nam et si postumus natus ruperit testamentum et decesserit, nibilo minus codicilli valent.

Il testo è indubbiamente molto rimaneggiato¹⁰⁰, se pur non è del tutto apocrifo¹⁰¹. Non vale la pena di soffermarsi su di esso.

14. — D. 29.7.8.4: *Si miles testamentum quidem ante militiam, sed codicillos in militia fecerit, an iure militari valeant codicilli, quaeritur, quoniam testamentum iure communi valet, nisi si militiae tempore signavit vel quaedam adiecerit. Certe codicilli militiae tempore facti non debent referri ad testamentum, sed iure militari valent.*

La critica del frammento è già stata fatta da altri¹⁰², sebbene non abbia riscosso unanimi consensi¹⁰³.

Il passo in esame è il solo dal quale paia risultare che il diritto classico conosceva, accanto al *testamentum militis*, anche un codicillo speciale del militare¹⁰⁴. Ma, a parte ogni altra considerazione, appunto per ciò il brano paolino si rivela alterato, o meglio falso. Per quanti sforzi si siano fatti sinora, mai si è riusciti a comprendere, e in ordine al diritto classico e in ordine al diritto giustiniano, quale diversità possa intercorrere fra *testamentum militis* e codicillo del militare: come il codicillo classico, il *testamentum militis* è scevro di forma, inoltre, molto più del codicillo, esso permette la violazione di tutte le regole del di-

¹⁰⁰ Cfr. *Index interpolationum abl.* Aggiungi: BONFANTE, in *Glück italiano* 48 nt. Cc; SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit. 110 s., con ampia argomentazione.

¹⁰¹ È importante notare che, nel periodo iniziale (*si post factum testamentum codicillos quis confirmaverit...*), *confirmare* ha il senso di *conficere*, esattamente come in D. 29.7.8 pr.: argomento validissimo, mi pare, a sostegno della tesi che il § 3 è stato rimaneggiato da mano postclassica, e più precisamente dalla stessa mano che si è posata su D. 29.7.8 pr. Cfr. *retro* nt. 48.

¹⁰² Cfr. BONFANTE, in *Glück ital.* 79.1.56 nt. n; ARANGIO-RUIZ, in *BIDR.* 18 (1906) 162 nt. o.

¹⁰³ V. infatti BIONDI, *Convalidazione del codicillo* cit. 15 nt. 2.

¹⁰⁴ V. l'opportuna esegesi dei passi relativi alla questione operata dallo SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit. 175 s.

ritto ereditario. Di fronte all'istituto, vivo e vitale in ogni epoca, del *testamentum militis*, il codicillo del militare si rivela un non senso.

Ma è ben possibile che il codicillo del militare non si sia rivelato un non senso alle mentalità anguste dei commentatori postclassici. Lo rivela la manipolazione evidentissima subita da D. 29.1.19 pr.¹⁰⁵, nonché la probabile alterazione di D. 29.1.36 pr.¹⁰⁶.

Nel frammento in esame la questione è questa: se i codicilli fatti *in militia*, con riferimento ad un testamento anteriore alla coscrizione militare, perdano questo riferimento e valgano, perciò, autonomamente come *testamentum militis*. Io non nego che la questione possa essere stata fatta dal giurista classico, ma mi pare strano che essa sia stata portata in un *liber singularis* sull'argomento. In ogni caso i segni di un rimaneggiamento esplicativo, da *quoniam* alla fine, sono evidenti e bastano allo scopo di additare il carattere apocrifo dell'operetta sul *ius codicillorum*.

15. — D. 29.7.8.5: *Si ei servo, qui testamento legatum acceperit, libertas codicillis detur, utile legatum esse dicemus, quasi ab initio constiterit legatum.*

Anche questo frammento presenta tracce di manipolazione, da *quasi* alla fine¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. *Index interpolationum* ahl. e SCARLATA FAZIO, *cit.* 176 s.

¹⁰⁶ (Papin. 6 resp.): *Militis codicillis ad testamentum factis etiam hereditas iure videtur dari. Quare si partem dimidiam hereditatis codicillis dederit, testamento scriptus ex asse heres partem dimidiam habebit, legata autem testamento data communiter debentur.* Già il BESELER (ZSS. 50.28) ha espunto *ad testamentum factis* (a lui aderisce lo SCARLATA FAZIO, *cit.* 182 nt. 1 e 184). Ma anche la seconda parte del frammento è criticabile. *Dederit* è senza soggetto. Tutto il periodo è oscuro: dire che « il militare lascia con i codicilli una metà dell'asse e che pertanto l'*heres ex asse* in base al testamento riceverà solo quella metà » è insensato. Papiniano avrebbe scritto, piuttosto: « *si partem dimidiam hereditatis, ei, qui testamento ex asse heres erat, dederit, testamento scriptus heres partem dimidiam habebit* ». Codicilli nell'originario responso di Papiniano era un termine innocente, ed aveva un significato analogo a *testamentum militis*. La scuola postclassica ha invece teso a sottilizzare ed a distinguere dal *testamentum militis* i codicilli militari. Si noti che l'atecnico *militis codicilli* (in luogo di *testamentum militis*) stava ancor bene nel discorso di Papiniano, perché questi rispondeva ad un interrogante adottando la sua stessa terminologia. È inammissibile invece che Paolo, potendo e dovendo dire *testamentum militis*, abbia usato il termine di *codicilli*.

¹⁰⁷ Cfr. SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare cit.* 57. Il carattere aggiuntivo di *quasi legatum* è anche formalmente evidentissimo. Paolo si sarebbe, se mai, limitato a dire: « *quasi ab initio constiterit* ».

16. — D. 29.7.8.6: *Si quis certi generis codicillos confirmaverit, puta « quos novissimos fecero », non utique statim quae codicillis dantur consistere videbuntur, quamdiu alii quoque fieri possunt: et ideo si alii postea fiant, legata in prioribus data non valebunt.*

Non è da escludere che il testo sia genuino. Generico esso è certo nella sostanza. Quanto alla forma, mi pare di dover aderire alla critica del Beseler¹⁰⁸, che sospetta *non utique — et ideo*.

17. — D. 30.127: *A fratris postumo fideicommissum dari potest: sola enim voluntas servatur in fideicommissis, et optinuit Galli sententia alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri.*

Il passo è stato già criticato dal Siber¹⁰⁹ e dall'Albertario¹¹⁰. Controversa è la ricostruzione del testo, che io addirittura ritengo impossibile, quando si pensi che esso fa parte di un'opera apocrifa.

18. — D. 34.4.16: *Nihil interest, inducatur quod scriptum est an adimatur.*

Il testo non presta fianco a critiche, anche per la sua brevità.

19. — D. 35.1.38: *Si ita scripsero: « quantum codicillis Titio legavero », licet codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valet solaque quantis in codicillo delata est. Nam et apud veteres legata talia fuere: « quantum ei per epistulam scribsero », « quantum ex illa actione detraxero heres dato ».*

Anche questo frammento non è stato immune da critiche. Genericamente lo appunta il Bonfante¹¹¹ a cagione del singolare *codicillo*, ove avremmo dovuto leggere *codicillis* o meglio *codicillos*¹¹². Più addentro

¹⁰⁸ T. 10 (1930) 227.

¹⁰⁹ *Röm. Privatrecht* 344 nt. 4.

¹¹⁰ *Studi* I (Milano 1933) 45. Cfr. anche ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana* (Milano 1937) 205; SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit. 82 nt. 1.

¹¹¹ *Glück ital.* 29.2.12 nt. c.

¹¹² Il linguaggio classico non conosce la forma singolare *codicillus*, ma unicamente il plurale *codicilli*: FORCELLINI, *Lexicon sv. codicillus*; HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*⁹ sv. *codicillus*. Cfr. D. 50.16.148 (Gai. 8 *Iul. et Pap.*): ... *haec enim enuntiatio « habet liberos » « non habet liberos » semper plurativo numero proferatur, sicut et pugillares et codicilli*. Nelle Pandette si incontra la forma singolare di *codicillus* solo due volte, in D. 35.1.38 e in D. 29.7.19, certamente interpolato nel pezzo *igitur—postumus* (v. *Index interpolationum* ahl.). Quanto al Codice, è

va il Beseler¹¹³, che espunge tutto il pezzo *licet codicillis — talia fuere*, sostituendolo con la frase *tantum heres meus ei dare damnas esto*; ma, se le sue critiche sono esatte, pochissimo convincente è la sua restituzione. Lo Scarlata Fazio¹¹⁴, da ultimo, ha sostenuto l'interpolazione di tutto il secondo periodo, da *nam* in poi, attribuendo quest'ultimo ai compilatori. Per quanto non mi senta di sottoscrivere alcuni argomenti dello Scarlata Fazio¹¹⁵, approvo sostanzialmente la sua critica, non solo per quanto riguarda l'ampiezza dell'interpolazione ma anche per quanto riguarda la qualifica di questa come emblema di Triboniano: l'accento ai *veteres*, se non è di Paolo, non può essere che di Triboniano.

Ammetto pertanto che non vi sono argomenti per sostenere che una mano postclassica si sia poggiata su D. 35.1.38: *codicillo* è certamente un errore di amanuense per *codicillis*, come già il Kübler ha indicato¹¹⁶.

Probabilmente il compilatore postclassico del *liber singularis de iure codicillorum* ha escerpito il brano in esame da una raccolta di *quaestiones* di Paolo. L'interpolazione di *nam et — fin.* è giustiniana, quindi non ci interessa ai fini di questo studio.

20. — D. 40.4.28: « *Stichus, si codicillis eum non vetuero liberum esse, liber esto* »: *sic est atque si diceret: « Stichus, si in Capitolium non ascendero, liber esto »: nam et heres sic institui potest.*

notevole che due rescritti di Diocleziano e Massimiano (C. 6.23.14; 6.36.3) usano la forma singolare *codicillus*, né paiono menomamente alterati. La circostanza non deve però indurci a non prestar fede men che rigorosa alla citata esplicita attestazione di Gaio: la confezione dei codicilli doveva essere particolarmente gradita ai romani di altra nazionalità, particolarmente greca; e la traduzione greca di codicilli è ὁ κωδικέλλος; or bene a due interroganti di origine greca (Achilleus e Hyacinthus) rispondono nei loro rescritti Diocleziano e Massimiano, ed è evidente che la forma adoperata nelle interrogazioni deve aver preso la mano ai funzionari della cancelleria imperiale. Nel diritto postclassico il singolare *codicillus*, appunto per influsso della terminologia greca (cfr. Theoph. *parl.* 2.25 e B. 36.1 [Hb. 3.642 ss.]), fu maggiormente adoperato e divenne fungibile con l'originario sostantivo difettivo *codicilli*: v. C. 3.36.26 (Constantin.); CTh. 4.4.1 (Constantin.); C. 1.5.4.5 (Arcad. Hon. Theod.); CTh. 16.5.40.5 (Arcad. Honor.); CTh. 8.18.7 (Arcad. Honor.); C. 6.22.8 (Iust.); C. 7.6.1 (Iust.).

¹¹³ ZSS. 43 (1922) 438.

¹¹⁴ *Successione codicillare* cit. 23 s.

¹¹⁵ Principalmente a quello per cui *scribsero* sarebbe un voluto arcaismo di Giustiniano per dare al brano una parvenza di stile classico (I); cfr. p. 14.

¹¹⁶ V. *retro* nt. 112.

Il testo non ha sinora destato l'attenzione della critica, ma è facilmente attaccabile. *Nam et heres sic institui potest* è inammissibile; al suo posto dovremmo leggere, se mai, *nam et ita heres institui potest*.

La mano postclassica si rivela in questo frammento abbastanza chiaramente. Anche qui, come nel caso di D. 35.1.38, siamo di fronte a qualche *quaestio* paolina che il compilatore del *liber singularis* ha voluto escerpire ad uso e consumo della sua monografia. Ed è anche evidente che la *quaestio* non era punto imperniata sui *codicilli* ma sulla efficacia giuridica delle condizioni potestative negative. Il compilatore del *liber singularis* ha adocchiato la menzione, puramente casuale, dei *codicilli* ed ha utilizzato il brano per il suo *liber singularis*, condendolo con l'impagabile frase *nam et heres sic institui potest*.

IV. 21. — Gli argomenti che precedono possono essere corroborati da qualche ulteriore considerazione, relativa al titolo stesso del presunto *liber singularis* di Paolo.

L'operetta paolina non si intitola « *liber singularis de codicillis* », ma, si noti, « *liber singularis de iure codicillorum* ». Questa espressione, *ius codicillorum*, la si incontra, per quel che mi risulta, nei seguenti luoghi: tit. D. 29.7 (*de iure codicillorum*), D. 29.7.2.2 (*codicillorum ius singulare est*), Inst. 2.25 pr. e 2.

Ora, è sintomatico che l'unico testo di giurista classico, nel corso del quale si senta parlare di *ius codicillorum*, è indubbiamente alterato.

D. 29.7.2.2 (Iul. 37 dig.): *Codicillorum ius singulare est, ut quaecumque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent . . .*

Questo periodo si condanna da sé, anche a prescindere dalla moltitudine di sospetti che desta il resto del brano e l'intero passo di Giuliano¹¹⁷. Come bene è stato rilevato dallo Scarlata Fazio¹¹⁸, è impossibile credere che un giurista classico abbia potuto dire che *quaecumque* fossero scritti nei *codicilli* si avessero a ritenere scritti nel testamento: è più che noto, infatti, che i *codicilli* non confermati potevano, tutt'al più, contenere disposizioni fedecommissarie e che gli stessi *codicilli testamento confirmati* non potevano contenere né l'istituzione di erede

¹¹⁷ Il giurista classico avrebbe scritto, se mai: *nam et ita heres institui potest*. Cfr. *Index interpolationum* ahl. e SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit. 53 s.

¹¹⁸ Cit. 55.

né la diseredazione¹¹⁹. Giova ammettere, col Kreller¹²⁰, che ci troviamo di fronte ad un passo totalmente rimaneggiato da un postclassico facitore ed amante di astrazioni.

22. — Caduto il *ius codicillorum* di D. 29.7.2.2, rimane che di questa espressione fanno uso due paragrafi delle Istituzioni di Giustino, derivati — secondo il Ferrini¹²¹ — da Marciano.

Inst. 2.25 pr.: *Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem eius impleset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit. dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur.*

Inst. 2.25.2: *Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur ius testamentorum et codicillorum, et ideo nec exhereditatio scribi. directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest: nam per fideicommissum hereditas codicillis iure relinquitur. nec condicionem heredi instituto codicillis adicere neque substituere directo potest.*

Incominciamo con l'analizzare il secondo di questi testi.

Secondo il Ferrini il brano deriva, come si è detto, dalle Istituzioni di Marciano, e più precisamente dal passo riportato in

D. 29.7.6 pr. (Marcian. 7 inst.): *Divi Severus et Antoninus rescripserunt nihil egisse matrem, quae, cum pure liberos suos heredes instituerit, condicionem emancipationis codicillis adiecit, quia neque condicionem heredi instituto codicillis adicere neque substituere directo potest.*

¹¹⁹ Cfr. Gai 2.273.

¹²⁰ ZSS. 47.438.

¹²¹ V. retro nt. 6.

La tesi del Ferrini è sostanzialmente esatta, ma giova riconoscere, con lo Scarlata Fazio¹²², che i compilatori non hanno soltanto abbreviato, ma hanno anche notevolmente rimaneggiato il testo genuino.

Marciano riferiva un rescritto di Severo e Antonino, per cui era nulla la condizione apposta mediante un codicillo ad una istituzione di erede, e ne enunciava implicitamente il motivo citando il principio che non si può *neque condicionem heredi instituto codicillis adicere neque substituere directo*: il non verificarsi della *condicio emancipationis* avrebbe implicato il cadere della istituzione diretta, cioè una *exhereditatio*, mentre *codicillis nemo heres institui potest neque exheredari*¹²³.

Se ai classici era ben chiaro che i codicilli non possono contenere né la *institutio* né la *exhereditatio*, per il semplice fatto che essi non sono un *testamentum*, ciò divenne progressivamente sempre men chiaro ai postclassici, i quali non videro una sostanziale diversità fra erede e fedecommisario universale. Nell'epoca postclassica il principio classico viene tenuto ancora fermo, quasi in ossequio alla recisione con cui è enunciato, ma non viene chiaramente compreso, talché l'imperatore Costantino lo ricorda ancora, ma attribuendolo ad una *ius auctoritas*, del cui fondamento molto probabilmente non si rende conto.

C. 6.36.7 (Constant. ad Max. pp. a. 323): *Si id codicilli quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset? igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas iuris auctoritate data non est.*

Queste premesse fanno capire perché il testo delle Istituzioni di Marciano sia stato rimaneggiato da Giustiniano. Come Costantino, anche Giustiniano si è chiesto perché mai, *si id codicilli quod testamenta possent*, deve essere preclusa ai codicilli la *institutio* (e quindi la *exhereditatio*) e la *substitutio*. Ed egli trovava a questo interrogativo una risposta lapalissiana: « altrimenti testamento e codicilli verrebbero ad essere la stessa cosa! »¹²⁴.

È indiscutibile pertanto che, nel brano delle Istituzioni, *ne confundantur ius testamentorum et codicillorum* è stato scritto da Giustiniano. Dato il progressivo adeguamento dei fedecommessi alle disposizioni tipicamente testamentarie, i codicilli erano diventati sostanzialmente (ed

¹²² *Successione codicillare* cit. 151 s.

¹²³ Cfr. Gai 2.273.

¹²⁴ Con questa frase Giustiniano reagisce a tutta una evoluzione storica che ha portato alla identificazione dei codicilli coi testamenti.

anche formalmente)¹²⁵, nell'epoca postclassica, la stessa cosa dei testamenti: accanto al *ius testamentorum* si era venuto formando un vero e proprio *ius codicillorum*, perfettamente analogo. Nell'intento di mantenere ad ogni costo distinti questi due *iura*, Giustiniano stabilì la nota diversità di forme¹²⁶ e sottoscrisse, in Inst. 2.25.2, un principio di differenziazione sostanziale ormai senza più vita.

23. — Quanto sopra detto chiarisce perché s'abbia a ritenere spuria, in Inst. 2.25 pr., la menzione di un *ius codicillorum* come scaturito da una pratica, iniziata ai tempi di Augusto, e corroborata dall'autorità di eminenti giuristi, quali Trebazio e Labeone.

La fattispecie che mosse Augusto fu, dunque, la seguente. Lucio Lentulo muore durante un suo viaggio in Africa e lascia dei codicilli, che aveva a suo tempo provveduto a confermare (*in futurum*) nel testamento redatto a Roma prima della partenza¹²⁷: mediante questi codicilli egli stabiliva dei fedecommessi a carico di Augusto. Avendo Augusto fedelmente eseguito i fedecommessi di Lentulo, avvenne che in seguito *reliqui fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit*. In relazione a tutto ciò (evidentemente, allo scopo di decidersi ad eseguire i fedecommessi di Lentulo), Augusto convocò il suo *consilium* per sapere se l'*usus codicillorum* non urtasse contro la *ratio iuris*. Trebazio, membro del *consilium*, persuase Augusto con l'argomento che l'istituto tornava molto provvido nel caso che i cittadini si trovassero a voler disporre *mortis causa* durante un viaggio, lontano dalla città. L'uso dei codicilli divenne, infine, universalmente accetto quando Labeone ne fece egli stesso.

La dottrina pandettistica si è universalmente attenuta alla interpretazione più superficiale di questo testo ed ha ammesso, pertanto: *a*) che l'origine dei codicilli sia da ricercarsi in una pratica iniziata soltanto con Augusto¹²⁸; *b*) che i codicilli di Lentulo contenessero fedecommessi a carico di Augusto e di altri, nonché legati a carico della figlia¹²⁹.

¹²⁵ Cfr. retro n. 1.

¹²⁶ Cfr. C. 6.36.8.3.

¹²⁷ Interpretazione confermata dalla Parafrasi di Teofilo e comunemente accettata: v. FEIN, *cit.* 8.

¹²⁸ Cfr. per tutti FEIN, *cit.* 8.

¹²⁹ Cfr. FEIN, *cit.* 10 s. La pandettistica ha generalmente sostenuto che i legati posti a carico della *filia Lentuli* fossero disposti nei *codicilli*. Ma il CUIACIO, dopo aver sostenuto anch'egli, in un primo tempo, questa opinione (*Notae priores ad Inst.*, sv. *legata quae iure non debebat*, in *Opp.*, tomo I, 188), ha ritenuto poi

Circa il punto *a*), lo Scarlata Fazio¹³⁰ ha giustamente posto in dubbio che la consuetudine relativa ai codicilli si sia iniziata soltanto con Augusto. Egli riporta l'inizio di tale consuetudine ad epoche anteriori. Prendendo le mosse dall'inciso *ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt* e dalla ipotesi del Ferrini¹³¹, che il passo sia derivato da Marciano, egli giunge a dire che, ragionando per analogia con i fedecommissi, anche i codicilli debbono aver avuto un piú o meno lungo periodo di incubazione, precedentemente ad Augusto. Anche la narrazione intorno a Lucio Lentulo non convince troppo, in sé e per sé presa, lo Scarlata Fazio. Ma non occorre, secondo lui, pensare ad un rimaneggiamento di Marciano¹³²: questi alluse all'origine giuridica (*ius codicillorum*), non a quella materiale dell'istituto.

Di questo ragionamento non convince che l'esigenza onde esso prende le mosse. Pare inverosimile che i codicilli possano essere stati introdotti d'un tratto al tempo di Augusto. È, per conseguenza, altamente sospetta tutta la introduzione del racconto¹³³. La tesi dello Scarlata Fazio in pro della genuinità del testo è poco convincente: il testo dice in tutte lettere che Lucio Lentulo introdusse per primo i codicilli (inverosimiglianza) e che da lui ebbero origine anche i fedecommissi (inesattezza). Per questi motivi noi dobbiamo credere ad un suo rimaneggiamento, così come dobbiamo sospettare un rimaneggiamento, la cui entità non è dato stabilire, di tutto il passo di Marciano.

24. — Si è visto, dunque, quale è il significato di *ius codicillorum* nella concezione postclassica e giustiniana. In un ambiente in cui co-

(*Notae posteriores ad Inst.*, h. t., n. 1, in *Opp.*, tomo I, 80) che i legati fossero stati disposti per testamento e che essi fossero invalidi per altre ragioni: egli ritiene infatti che in origine potessero essere lasciati per codicilli solo fedecommissi, non legati. Questa interpretazione risulta confermata da Theoph. *parl.* ahl., ove si dice che i legati erano stati disposti a favore di persone incapaci (*προσώποις μὴ δυναμένοις λαμβάνειν*).

¹³⁰ *Successione codicillare* cit. 20 s.

¹³¹ *Opere* 2.307 s.: cfr. *retro* nt. 6.

¹³² Non occorre, se « si procede ad una interpretazione che vada al di là della lettera e consideri le espressioni in esso contenute nel loro senso strettamente tecnico ». Non saprei dire, peraltro, come una interpretazione al di là della lettera possa conciliarsi col senso strettamente tecnico delle espressioni.

¹³³ Basta leggere. *Ante Augusti tempora constat ius (!) codicillorum non fuisse (!), sed primus (!) Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt (!), codicillos introduxit (!)*.

dicilli e testamento si sono tanto ravvicinati, sin quasi ad identificarsi, almeno nella sostanza, *ius codicillorum* è il *pendant* di *ius testamentorum*.

Di *ius codicillorum* è invece poco probabile si sia parlato nel discorso classico, dato che in quel diritto i codicilli esplicavano una funzione assolutamente secondaria e marginale.

Il titolo dell'operetta paolina, « *liber singularis de iure codicillorum* », è, perciò, un elemento di ulteriore sospetto della genuinità di quest'opera. Il *ius codicillorum* è una creazione delle scuole postclassiche, che si riflette nel titolo 29.7 dei Digesti (« *de iure codicillorum* »). Molto più opportunamente suonano i titoli corrispondenti delle Istituzioni e del Codice: « *de codicillis* »¹³⁴.

¹³⁴ Cfr. Inst. 2.25 e C. 6.36.

« PAULI DE GRADIBUS ET ADFINIBUS
ET NOMINIBUS EORUM LIBER SINGULARIS »
E LA COMPILAZIONE DI D. 38.10.10.

1. — La congettura che *Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis* sia una compilazione postclassica — prolissa e ridondante rielaborazione scolastica di uno schema paolino — è stata già presentata da molto tempo¹, ed è stata accolta e confermata da altri² che da me stesso³. Non metterebbe conto, forse, di tornare sia pur brevemente sull'argomento, se non fosse che in alcuni recenti autori — i quali per una ragione o per l'altra hanno sfiorato il problema dell'*adgnatio*, della *cognatio* e dell'*adfinitas* nei loro reciproci rapporti — questa facile, ma non per ciò meno importante tesi critica appare o ancora ignorata o per lo meno negletta⁴.

L'ipotesi da me accolta si basa sulla forza di molti indizi, ed anzi tutto sul rilievo del gran numero di alterazioni che si incontrano nel lungo frammento D. 38.10.10 (Lenel 876): alterazioni che, per il loro carattere, non possono essere tutte riportate, come dimostrerò fra poco, alla attività interpolatrice di Giustiniano o all'opera di apposizione di glosse sporadicamente esercitata da lettori postclassici. Che in 38.10.10 vi siano anche interpolazioni e glossemi è certo, ma cercherò di dimo-

* In *SDHI.* 2 (1944) 267 ss.

¹ Cfr. PRINGSHEIM, in *Festschr. Lenel* 279 ss.

² BESELER, in *ZSS.* 47.370, 53.37, 56.55, 57.5; EBRARD, in *ZSS.* 45.117; ARANGIO-RUIZ, in *Atti Soc. Reale Napoli* 54.13 nt. 1; DE MARTINO, *eod.* 58.44 estr.; SOLAZZI, in *SDHI.* 2.329 s.

³ *Adfinitas* 101 ss. Da ultimo, in *ZSS.* 62.218 e *Ann. Dir. Comp.* 17 (1943) estr.

⁴ La ignora, ad esempio, la LEPRI (*Saggi sulla terminol. e sulla nozione del patr.* 1.60 ss.), in un suo *excursus* sugli *adgnati*, che fa pilastro di tutta la dimostrazione D. 38.10.10 pr.-4 (v. *infra* n. 8). Non la tiene, almeno secondo me, nel debito conto il CASTELLO (*Studi di dir. fam. e gentilizio* 123 ss.), occupandosi delle relazioni intercorrenti, nel diritto arcaico e nel diritto classico, tra le categorie giuridiche *adgnatio* e *cognatio* (v. anche *infra* n. 6, nonché la mia *Recensione* al CASTELLO, di prossima pubblicazione in *SDHI.*).

strare anche che il lungo frammento è stato essenzialmente elaborato dalle scuole postclassiche.

Si domanderà ora quale specifico interesse ha potuto portare, in epoca postclassica, alla rielaborazione di un frammento paolino, per farne un'operetta autonoma, zeppa di considerazioni teoriche. La risposta non è difficile. Si tenga presente, da un lato, la tesi da me avanzata⁵ che alla redazione dei predigesti, piú o meno ampi e numerosi, che furono sfruttati dai compilatori giustiniani, si giunse anche, molto probabilmente, attraverso l'enucleamento e la rielaborazione di squarci di opere dei giuristi classici — squarci scelti secondo diversi criteri e rielaborati in diverse maniere — in modo da formare numerosi *libri singulares*, monografie per singole materie ed argomenti, particolarmente utili all'insegnamento scolastico. Si tenga presente, d'altro canto, la circostanza che dello specifico interesse dell'età postclassica verso i trattatelli in tema di computo ed enumerazione dei gradi di parentela di sangue abbiamo altrettanti espliciti documenti in due operette, che ci sono giunte al di fuori della compilazione: il *Tractatus de gradibus cognationum*⁶ e lo *Stemma cognationum*⁷.

Io credo che l'analisi del nostro *liber singularis* e dello stesso tit. D. 38.10 potrà dirci qualcosa di interessante, oltre tutto, a conferma della teoria dei predigesti postclassici⁸. La tesi che intendo sviluppare è, in sintesi, la seguente:

— il fr. D. 38.10.10, attribuito dalla relativa *inscriptio* al *liber singularis de gradibus et adfinibus et nominibus eorum* di Paolo, mostra di essere stato fondamentalmente elaborato in età postclassica, allo scopo di farne un trattatello teorico-pratico sulla *cognatio* (non anche sull'*adfinitas*), ad uso delle scuole giuridiche;

— il fr. 10 è molto probabilmente tutto quanto componeva il *liber singularis de gradibus*: il quale fu, con altrettanta probabilità, estratto *in nuce* dal libro 43 *ad edictum* di Paolo e si intitolò in un primo tempo « *de gradibus cognatorum et nominibus eorum* », o forse soltanto « *de gradibus* »;

— in un momento successivo il *liber singularis de gradibus* (co-

⁵ *Adfinitas* 97 nt. 15, ZSS. 62.214 ss., *Annuario* 17 cit. estr.

⁶ BAVIERA, *FIRA*. II² 631 s. V. in proposito SCHERILLO, in *St. Cagliari* 18 estr.

⁷ BAVIERA, cit. 633 s. Sugli *Stemmata cognationum* v. FERRINI, in *Opere* 1.224 ss.

⁸ Cfr. ARANGIO-RUIZ, in *Conf. per il XIV cent. delle Pandette* 297 ss., e in *Studi Alberoni* 1.5 ss.; ALBERTARIO, *Introd. storica* 1.14 ss.; DE FRANCISCI, *Storia* 3.1.279 ss.; GUARINO, *Profilo storico delle fonti del dir. romano*² 126 ss.

gnatorum) divenne il brano fondamentale di una piccola compilazione a catena, che allargò la sfera dei suoi interessi anche alla categoria degli *adfines*: di qui la nuova, più ampia intitolazione della monografia e l'immissione, o almeno l'accentuazione, della menzione degli *adfines* nel brano introduttivo di essa;

— la compilazione postclassica predetta venne sfruttata ed integrata, in ultimo, dai commissari giustinianeî nella compilazione del tit. D. 38.10 « *de gradibus et adfinibus et nominibus eorum* ».

2. — L'impalcatura del nostro *liber singularis* è molto semplice, ma risulterà assai significativa per la nostra tesi.

Una breve introduzione (pr.) sulla utilità dello studio della *cognatio* e dell'*adfinitas* per il giurista. Una parte di carattere generale (1-10) sulla *cognatio*, sui suoi rapporti con l'*adgnatio*, sui *gradus*. Una parte speciale (11-18) con la enumerazione dei *gradus cognationis*, l'indicazione delle denominazioni corrispondenti e ogni sorta di questioni sui rapporti di cognazione (specialmente in tema di parentela molteplice). Salvo che nell'introduzione, mai appare ricordata l'*adfinitas*.

Gli indici di alterazione sono stati con più cura ed impegno rilevati, sinora, nella parte speciale, che è un vero repertorio di sintomi dell'attività scolastica postclassica. Essi non mancano, tuttavia, neanche nella parte generale (oltre, beninteso, che nell'introduzione), e sarà particolarmente sull'introduzione e sulla parte generale che io mi soffermerò in questa sede, onde dar colore di verosimiglianza alle tesi che sostengo.

3. — A) *Introduzione* (pr.):

10 pr.: *Iurisconsultus cognatorum gradus et adfinium nosse debet, quia legibus hereditates et tutelae ad proximum quemque adgnatum redire consuerunt: sed et edicto praetor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem: praeterea lege iudiciorum publicorum contra adfines et cognatos⁹ testimonium inviti dicere non cogimur.*

La totale rielaborazione è resa particolarmente evidente dal tenore caratteristicamente scolastico dell'avvertimento introduttivo¹⁰. Da escludere l'intervento di Triboniano, non solo per il notato tenore scolastico della frase, ma anche per la menzione del *praetor*, che *dat la bonorum possessio*.

⁹ La *Florentina* ha *adgnatos*: corretto secondo i *Basilici*.

¹⁰ Sul testo cfr. RABEL, *Grundzüge* 413; GUARINO, *Adfinitas* 102 s. Il PRINGSHEIM, *cit.* 280, richiama opportunamente il parallelo di Mod. D. 27.1.1 pr.

È più che probabile che Paolo si sia limitato ad esprimere uno degli effetti della *cognatio*, e cioè la *bonorum possessio unde cognati* (es.: *hoc edicto praetor proximo cuique cognato bonorum possessionem dat*). Il compilatore ha totalmente rifatto il discorso, aggiungendovi l'avvertimento circa l'utilità dello studio della materia per il giureconsulto ed integrandolo con il ricordo della successione intestata secondo la legge delle XII tavole (ricordo che gli veniva offerto dal successivo § 2), nonché con l'indicazione di un altro esempio di rilevanza giuridica della categoria *cognatio*, quello della testimonianza nelle cause penali. Che la genesi di questo brano introduttivo sia stata così come io la suppongo, è dimostrato dal fatto che, dopo la dichiarazione solenne *iurisconsultus — nosse debet*, il *quia* non introduce una dimostrazione di carattere corrispondente, cioè di carattere generale, ma soltanto una esemplificazione approssimata dei casi di rilievo giuridico della categoria *cognatio*¹¹.

Altri elementi confermano la tesi della confezione postclassica del brano. Paolo non avrebbe scritto il generico *legibus per lege XII tabularum*: il § 2 sta a dimostrarlo. Né Paolo avrebbe scritto, con altrettale genericità imprecisa, *lege iudiciorum publicorum* al posto di *lege Iulia iudiciorum publicorum*¹². Se il secondo appunto può evitarsi, pensando alla omissione di un amanuense, non così è per il primo. E non si tralasci quel *consuescere* usato per effetti giuridici stabiliti *legibus*.

Vi è dell'altro. La costruzione « *quia... sed et* » denuncia una concezione della *cognatio* che è inammissibile in qualunque giurista classico. « La legge delle XII tavole dava a ciascun prossimo agnato l'eredità e la tutela, ma anche l'editto del pretore dà la *bonorum possessio* a ciascun prossimo cognato »: la conseguenza che dovremmo trarre da questo enunciato è che non vi è differenza alcuna tra *adgnatus proximus* e *cognatus proximus*. È evidente che Paolo non si sarebbe espresso così, ma che avrebbe scritto, ad esempio: *...sed edicto praetor et proximo cuique cognato dat bonorum possessionem*¹³. Il compilatore postclassico, invece, non ha avvertito il senso in cui *cognati* si ha da intendere nei riguardi della *bonorum possessio unde cognati* (*cognati* = non *adgnati*) ed ha grossolanamente identificato i *cognati* con gli *adgnati*. Di questa

¹¹ Basti rilevare che non sono nominati gli impedimenti matrimoniali, né il delitto di *incestum* in cui si concreta, in diritto classico, la loro violazione (sul tema, cfr. GUARINO, in ZSS. 63.215 ss.).

¹² Coll. 9.2.3 attribuisce la norma alla *lex Iulia de vi publica et privata*. Ma v. anche, per l'attribuzione alla *lex Iulia iudiciorum publicorum*, Paul. D. 22.5.4.

¹³ Oppure: *sed edicto praetor proximo cuique cognato* rell. (*similiae*).

sua faciloneria nell'intendere i rapporti fra *adgnatio* e *cognatio* avremo un altro esempio, esaminando il successivo § 4.

4. — Qui mi preme di aggiungere che la menzione degli *adfines* nel primo periodo del pr., oltre che non classica, è assai probabilmente stata aggiunta in un secondo momento al testo rielaborato.

Che la menzione degli *adfines* non sia classica è indubitabile. Se in diritto postclassico l'*adfnitas* divenne una categoria riflessa della *cognatio*, è certo che nel diritto romano puro essa fu invece una categoria giuridica autonoma, cui fu del tutto estraneo l'ordinamento per gradi¹⁴. *Gradus cognatorum* sta bene, ma *gradus adfinium* no.

Ma la menzione degli *adfines* nel primo periodo non è nemmeno derivata dalla mano di colui che ha rielaborato in epoca tarda l'intero paragrafo. Basti por mente, per convincersene, al fatto che, salvo che in questo brano, gli *adfines* non sono più ricordati nel corso della monografia, ed in specie nella parte generale. Del resto, il carattere insitico di questa menzione si rivela attraverso lo stesso costrutto *cognatorum gradus et adfinium* (anziché *gradus cognatorum et adfinium*, oppure *cognatorum adfiniumque gradus*).

Il Mommsen¹⁵, quasi universalmente seguito¹⁶, propone invero un emendamento del primo periodo, che tende a riordinare la struttura sintattica ed a salvare la classicità del ricordo degli *adfines*: *iurisconsultus cognatorum gradus (et adfines et nomina cognatorum) et adfinium nosse debet*. Ma la congettura è gratuita, quindi inaccettabile. Gli elementi posti in luce or ora, uniti al carattere non meno equivoco del titolo stesso dell'operetta, di cui parleremo fra breve, invitano a credere all'inserzione, fatta da una seconda mano, di *et adfinium*. Ammettendo la quale inserzione, il periodo iniziale formalmente si sana: *iurisconsultus cognatorum gradus nosse debet*¹⁷.

Gli *adfines* sono nominati ancora una volta nel brano introduttivo del *liber singularis*, e precisamente nel terzo periodo. Non è necessario, peraltro, sostenere che anche qui si riveli l'inserzione di una seconda mano. Lo studioso postclassico che ha redatto tutto il paragrafo può bene aver citato la *lex Iulia*, per dare un altro esempio della rilevanza

¹⁴ Cfr. GUARINO, *Adfnitas* cit. *passim* e spec. 101 s.

¹⁵ *Ed. maior* ahl.

¹⁶ KRÜGER, *Dig. Milano*; ma v. GUARINO, *cit.* 102 s.

¹⁷ Non per ciò il periodo può essere attribuito a Paolo, che non avrebbe mai scritto questo ridicolo avvertimento, di stile caratteristicamente scolastico.

giuridica della *cognatio* (non anche dell'*adfinitas*, cui non pensava): nel riferire la norma sulla testimonianza degli *inviti*, ch'era appunto relativo ai cognati e agli affini, gli è naturalmente avvenuto di menzionare anche questi ultimi¹⁸.

5. — B) *Parte generale* (§ 1-10).

In quella che abbiamo chiamata la parte generale del *liber singularis* in esame è riconoscibile uno schema genuino, attraverso i §§ 2, 6 e 8. Lo schema paolino è stato peraltro inquadrato e quasi oppresso in una trattazione rielaborata piú ampia e complessa. Non è da escludere, tuttavia, che questa trattazione rielaborata — la quale non può non attribuirsi a mano postclassica — non sia sorta in un solo momento, ma che qualche cosa di essa, ed in ispecie i §§ 5 e 7, siano frutto di una seconda rielaborazione.

Indiscutibilmente postclassico è il primo paragrafo di questa parte generale, nel quale — come spesso — la scuola postclassica ha voluto stabilire il punto fermo dell'etimologia.

10.1: *Nomen cognationis a Graeca voce dictum videtur: συγγενείς enim illi vocant, quos nos cognatos appellamus.*

Chi scrive confonde l'etimologia con l'analogia etimologica: *cognatio* non deriva affatto dal greco *συγγένεια*, né è lecito dire che «pare (*videtur*) derivare da esso», ma mostra tutt'al piú un analogo *pedigrée* etimologico (*cum nascor, σὺν γίγνομαι*)¹⁹.

Per quanto facile potesse essere in materia etimologica, nessun giurista classico avrebbe mai redatto un periodo siffatto²⁰. La forma può confermarne, del resto, il carattere non genuino: *nomen... a Graeca voce dictum... enim illi vocant*²¹.

¹⁸ Non è naturalmente il caso di far leva sulla invertita menzione dei *cognati* e degli *adfines* (la *lex Iulia* parlava, infatti, prima dei *cognati* e poi degli *adfines*: cfr. Coll. 9.2.3): v. infatti, pure con menzione invertita, Coll. 9.3.2. Si rilevi piuttosto che il frammento dice *adfines et adgnatos* (cfr. *retro* nt. 9): il che può essere prova della confusione postclassica tra la categoria *cognatio* e la categoria *adgnatio*.

¹⁹ Il *dictum videtur* esclude che il passo possa interpretarsi nel senso che *cognati* corrisponda alla voce greca *συγγενείς*.

²⁰ Molto piú opportunamente dice Mod. D. 38.10.4.1: *Cognati ab eo dici putantur, quod quasi una... nati vel ab eodem orti... sint*. Su questo testo cfr. GUARINO, *Adfinitas* 41 nt. 30 e 31; ma v. anche MASCHI, *La concezione naturalistica* 146 s.

²¹ All'anacoluto si aggiunga il fatto che il testo promette l'etimologia di *cognatio*, mentre dà invece la traduzione di *cognati*.

6. — Lo schema genuino di Paolo si rintraccia attraverso i §§ 2, 6 e 8 e merita qualche considerazione a commento.

10.2: *Cognati sunt et quos adgnatos lex XII tabularum appellat, sed hi sunt per patrem cognati ex eadem familia: qui autem per feminas coniunguntur, cognati tantum nominantur.*

10.6: *Cognitionis origo et per feminas solas contingit: frater enim est et qui ex eadem matre tantum natus est: nam qui eundem patrem habent, licet diversas matres, etiam adgnati sunt.*

10.8: *Sunt et ex lateribus cognati, ut fratres sororesque et ex his prognati: item patrum (et) amitarum [et]²² avunculi et materterae.*

La forma e la sostanza di questi paragrafi non prestano il fianco a sospetti. Il giurista classico — dopo aver esordito, come abbiamo supposto, con la frase *hoc edicto praetor proximo cuique cognato bonorum possessionem dat* — ha voluto spiegare il senso della parola *cognati* nell'editto, mettendo in rilievo che la *bonorum possessio* è promessa dal pretore ai *cognati tantum*, cioè a coloro che non sono *adgnati*, nel senso delle XII tavole, dato che essi rientrano nella categoria successoria editale dei *legitimi*. Dopo di che, Paolo ha forse voluto ancor meglio chiarire il concetto di *cognatio*, spiegando come la cognazione derivi anche per la sola linea femminile (ed è appunto a questo tipo di cognazione che si riferisce l'editto) e come la cognazione in linea retta vada differenziata da quella in linea trasversa²³.

Dal discorso di Paolo traspare quel che è il concetto della *cognatio* e dell'*adgnatio* nei loro reciproci rapporti alla luce del diritto romano dell'epoca classica avanzata, ed è evidente lo sforzo del giurista di far comprendere ai suoi lettori il senso tecnico di « *cognati* » nella *bonorum possessio unde cognati*.

Non è il caso, in questa sede, di diffondersi sull'interessante argomento della storia della *cognatio* romana, che è ancor tanto poco chiara in dottrina²⁴. Le proposizioni che mi interessa rilevare sono le seguenti, e son tutte abbastanza sicure.

L'*adgnatio*, sorta come categoria giuridica in epoca antichissima, fu l'unica presa in considerazione dal diritto romano sino a quando, per influsso dell'antico *fas* e delle concezioni sociali predominanti, non le

²² Così corretto dagli ead.

²³ Sul sistema successorio *ab intestato* dell'editto v. LA PIRA, *La successione intestata e contro il testamento* spec. 259 ss.

²⁴ V. in proposito, da ultimo, MASCHI, *cit.* 142 ss.; CASTELLO, *cit.* 123 ss.; GUARINO, *Adfinitas* 32 ss. e *Recensione* al CASTELLO, *cit.*

si mise accanto, in epoca storica, la nuova categoria della *cognatio*, la quale includeva in sé quei rapporti parentali che il concetto di *adgnatio* non poteva assolutamente ricomprendere, cioè i rapporti parentali fondati esclusivamente sul sangue, sulla discendenza in linea femminile. Già la concezione della importanza della parentela di sangue aveva influito, nei limiti del possibile, sull'antico diritto: ne è prova la creazione, per *interpretatio prudentium*, della categoria dei *consanguinei* (*fratres ex patre*), che, staccandosi dalla più generica categoria degli *adgnati*, prese un posto intermedio, nella successione intestata, tra i *sui heredes* e gli *adgnati*²⁵. Ma il passo decisivo, che importò la rilevanza giuridica anche della parentela in linea femminile, dovette essere fatto mediante espliciti atti normativi, quali la *lex Cincia de donis et muneribus* ed in ispecie la concessione della *bonorum possessio unde cognati*.

Sorse così, e si affermò rapidamente come la più rispondente alla nuova coscienza sociale, la categoria giuridica *cognatio*, ma occorsero dei secoli, e bisognò giungere sino all'epoca della decadenza, perché essa riuscisse a soppiantare quasi completamente la vecchia categoria della *adgnatio*. In particolare, nella materia successoria i due sistemi — successione intestata civile (agnatizia) e successione intestata pretoria (cognatizia) — coesistero per tutto il corso dell'epoca classica²⁶; ma — sempre sotto l'impulso delle concezioni sociali correnti, le quali erano sempre più orientate a vedere ogni rapporto parentale *sub specie cognationis* — la giurisprudenza operò una sorta di contemperamento concettuale dell'*adgnatio* con la *cognatio*, considerando quest'ultima come categoria più comprensiva della prima, ed in cui ogni rapporto parentale agnatizio veniva a poter essere identificato²⁷.

Sarebbe esagerato affermare che in virtù di questo processo storico la *cognatio* assorbì sin dall'epoca classica l'*adgnatio*, facendone una sua sottospecie. Ciò non è vero, non solo perché ancora nettamente distinti rimasero, per tutto il corso dell'epoca classica, gli effetti giuridici della *cognatio* e dell'*adgnatio*, ma anche perché non può dirsi svanita, nel corso della stessa epoca, la concezione potestativa dell'organismo fami-

²⁵ Cfr. ad es. Coll. 16.3.3: *Intestatorum hereditas lege XII tabularum primum suis heredibus, deinde adgnatis et aliquando quoque gentilibus deferebatur. sane consanguinei, quos lex non adprehenderit, interpretatione prudentium primum inter adgnatos locum acceperunt.*

²⁶ Cfr. LA PIRA, *cit. retro* nt. 22 *passim*.

²⁷ Cfr. ad esempio Gai 1.156: *Sunt autem adgnati per virilis sexus personas cognatione iuncti...*

liare e quindi la riconnessione ad essa (come *familia proprio iure* e come *familia communi iure*) dei rapporti di agnazione²⁸. Tuttavia è del pari innegabile che, sin dall'epoca classica, la *cognatio* manifestò un influsso potente sulla *adgnatio*, determinando il sorgere del concetto di *gradus adgnationis*, e provocando inoltre la diffusa tendenza a classificare i rapporti agnatizi dal punto di vista dei rapporti cognatizi. Avvenne così che, in frammenti innegabilmente genuini, Gaio, Ulpiano, Paolo definissero gli *adgnati* come *personae per virilis sexus cognationem iuncti*, includessero in una classificazione dei *cognati* anche gli *adgnati*, parlarono di una *cognatio legitima* a proposito dell'*adgnatio* ecc. Del resto, la legislazione imperiale mostrò chiaramente, sempre che fosse possibile, di voler mettere da parte la categoria *adgnatio* e di preferire il ricorso alla categoria *cognatio*, come comprensiva di ogni rapporto parentale, integrandola, se del caso, con l'indicazione della categoria *adfinitas*²⁹.

Tutto questo si è detto, in particolare, per spiegare il motivo per cui Paolo ha parlato, a questo punto, anche degli *adgnati*, definendoli come *cognati per patrem ex eadem familia*, ed insistendo sul concetto della *cognatio* pura e semplice, cioè di quella che *per feminas solas contingit*. Egli ha dovuto reagire, cioè, alla ormai corrente concezione della *cognatio*, spiegando il significato tecnico di *cognatio* e *cognati* nell'editto sulla *bonorum possessio sine tabulis*. Il quale editto — è bene ripeterlo — si riferiva solo ed esclusivamente ai *cognati* nel senso di « non *adgnati* », cioè alle persone *per feminas coniunctae*, e più esattamente a quei *cognati* i quali, oltre a non essere *legitimi*, non fossero neanche *liberi*, cioè discendenti del *de cuius*.

L'essenzialità dei §§ 2, 6, 8 ai fini di questo ragionamento — il quale è, d'altronde, l'unico che valga a spiegarli in maniera conforme alle nostre conoscenze del diritto romano classico — appare evidente.

²⁸ Cfr. Pomp. D. 50.16.195.2: *...iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae... communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.*

²⁹ Un esempio ci è dato dalla stessa disposizione della *lex Iulia* (retro n. 3 e 4), secondo la quale non possono essere costretti a testimoniare in cause penali, se *inviti*, i *cognati* e gli *adfines*. Il legislatore imperiale ha tenuto, in questo caso, presente l'accezione più lata dei *cognati*, che ricomprende quasi tutti gli *adgnati* (*adfines* esclusi).

7. — Ma l'intento paolino non è stato certamente compreso — od anche, in parte, non è stato volutamente compreso — dal rielaboratore postclassico.

Già abbiamo visto, attraverso l'analisi del *principium*, come il compilatore del *liber singularis* avesse un concetto abbastanza confuso dei rapporti tra *adgnatio* e *cognatio*. Analoga confusione si riscontra specialmente nei §§ 3 e 4.

10.3: *Proximiores ex adgnatis sui dicuntur.*

10.4: *Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem: nam qui est adgnatus, et cognatus est, non utique qui cognatus est, et adgnatus est: alterum enim civile, alterum naturale nomen est.*

Il § 3 è quello che rivela piú spiccatamente l'incomprensione, parte inconscia e parte voluta, del rielaboratore postclassico. Paolo aveva parlato degli *adgnati* e dei *cognati* nel senso, rispettivamente, delle Dodici tavole e dell'editto, quindi nel senso di « *adgnati* = non *sui heredes* né *gentiles* » e di « *cognati* = non *liberi* (discendenti) né *adgnati* ». Il compilatore del *liber singularis* cerca di spiegare, invece, che sono detti *adgnati* (in senso lato) anche i *fili in potestate* del defunto, e dichiara perciò: *proximiores ex adgnatis sui dicuntur.*

Non è la forma che denuncia l'origine postclassica della dichiarazione del § 3, ma sopra tutto la sostanza³⁰. A parte infatti l'incongruenza di essa con quello che era il presumibile intento di Paolo, vi è da rilevare il marchiano errore di aver definito i *sui heredes* come i *proximiores ex adgnatis*, mentre essi sono i *proximiores* fra i discendenti³¹. Qui non vi ha certo ombra del concetto di Paolo, tanto piú che questi

³⁰ Quanto alla forma, il CARCATERRA, in AUBA. 2.309, ha appuntato il *proximiores*, in quanto comparativo di un aggettivo che è già stato portato al grado superlativo; ma la LEPRI, cit. 61 s., ha addotto testi di indubbia classicità in cui quella forma compare. Rimane in ogni caso il *dicuntur*.

³¹ Lo stesso errore ricompare in: D. 38.16.12 (Pomp. 30 *ad Q. Muc.*): *Filius patri adgnatus proximus est.* Il CARCATERRA, cit. 309, dà piena fede a questo frammento, traendone argomento per la sua teoria (esposta e criticata *infra* n. 8); la LEPRI, cit. 59, correggendo *filius* in *filiusfamilias*, dà anche essa piena fede al frammento, ma ne trae la deduzione che si ha *adgnatio* relativamente al *paterfamilias*, non rispetto al primogenito, come invece sostiene il Carcaterra. In verità il passo è guasto, anzi è probabilmente del tutto non genuino: non basta appuntare (come la Lepri fa, dubitativamente) *proximus*. Piuttosto che correggere con l'ALCIATO (Παρόργων 3.25): *filius — (non) est*, io ritengo che D. 38.16.12 sia da ascrivere alla penna di un postclassico, il quale ha fatto un ragionamento analogo a quello del compilatore del nostro *liber singularis*.

non avrebbe certamente usato l'equivoco termine *proximior*, quando è termine tecnico della successione intestata classica l'attributo *proximus* del sostantivo *adgnatus*, per indicare il piú vicino tra i collaterali agnati del *de cuius* dopo i consanguinei³².

8. — Ma prima di passare all'esegesi del § 4 occorre liberarci, sia pure in pochi tratti, da erronee concezioni storiche manifestate in questi ultimi tempi a proposito del concetto di *adgnatus* secondo la legge delle XII tavole.

Non mi soffermo sulla impossibile teoria del Carcaterra³³, secondo il quale la legge decemvirale avrebbe deferito la successione *ab intestato* in primo luogo ai *sui heredes*, cioè ai *fili in potestate* del *de cuius*, e subordinatamente agli altri discendenti di grado ulteriore, i quali sarebbero appunto stati chiamati *adgnati*, in quanto « nati dopo i *sui heredes* »³⁴. Pur ritenendo io stesso non genuino D. 38.10.10.3, che è una delle bestie nere di questa teoria³⁵, penso che essa non abbia alcun fondamento di verosimiglianza per moltissime ragioni tanto evidenti, che non è il caso di esporle³⁶.

Adgnatio, *adgnascor* si ricollega ad *ad-nasci* ed indica — come è stato ben detto³⁷ — l'accrescimento numerico del gruppo. In esso può

³² Coll. 16.1 (= Ulp. *reg.* 26.1): *Si intestato moritur, cui suus heres nec escii, adgnatus proximus familiam habeto*. Avremmo capito una dichiarazione del genere: *filiifamilias sui dicuntur*, o del genere: *inter adgnatos filii sui dicuntur*, ma è incomprendibile la dichiarazione che *proximiores ex adgnatis sui dicuntur*, perché nell'uso del linguaggio classico *proximi adgnati* sono sempre i collaterali, mai i discendenti.

³³ *Cit.* 291 ss.

³⁴ ARANGIO-RUIZ, nelle prime ediz. delle sue *Istituzioni* (cfr., ad es., *Ist.*² 470 nt. 1) suppose che la legge alludesse ai « cadetti ».

³⁵ Il CARCATERRA, *cit.* 309 s., parla di un « canone tardivo », risalendo ad una epoca in cui « *adgnatus* significa di preferenza non il fratello dell'*heres*, ma anche il fratello o il prossimo congiunto del *de cuius* »: « poiché da Q. Mucio e ancora da Gaio si propaga il significato di *adgnatus* per i *fratres*, ecco che si è costretti a vedere un *genus* amplissimo di *adgnati*, e a scegliere fra questi, come *piú prossimi*, i figli ». I testi di Q. Mucio e di Gaio cui il Carcaterra si riferisce sono D. 38.16.12 (*cit. retro* nt. 31) e *Gai* 3.10 (... *eodem patre nati fratres adgnati sibi sunt*).

³⁶ Contro l'ipotesi dell'ARANGIO-RUIZ (*cit. retro* nt. 34) v. già BETTI, in *BIDR.* 34 (1935) 268 nt. 1, e DE FRANCISCI, *Storia* 1.440 nt. 1, che oppongono la mancanza di qualsiasi traccia di un diritto di primogenitura in Roma. Contro il Carcaterra v. ora LEPRI, *cit.* 55 ss.

³⁷ BONFANTE, *Ist.*¹⁰ 139 nt. 2.

anche ricomprendersi, come sostiene il Carcaterra, il concetto del « nascer dopo », ma non certo quello del nascer dopo il *suus heres*, bensì quello del nascer dopo (o meglio dell'accrescersi al gruppo dopo) il *paterfamilias*, che è espressione e simbolo dell'unità politica dell'organismo familiare³⁸.

Questo concetto, ultimamente difeso dalla Lepri, non è tale, peraltro, da sostenere nemmeno l'altra teoria che questa autrice ci offre circa il senso di *adgnati* nella legge decemvirale. Richiamandosi alla nota formulazione della legge decemvirale che trovasi in Auct. ad Herenn. 1.13.23 ed in Cic. de invent. 2.50.148, « *Si intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto* », e rilevando come in questa formulazione manchi l'inciso « *cui suus heres nec escit* », la Lepri³⁹ si spinge ad affermare che le XII tavole non distinguevano tra *sui heredes* e *adgnati*, ma che esse concedevano la successione *ab intestato* anzi tutto ai discendenti (*adgnati*) e subordinatamente ai collaterali (*gentiles*). Soltanto dopo Cicerone, si sarebbe venuta specificando la categoria dei collaterali *ex eadem familia (adgnati proximi*, nel senso di Coll. 16.4.1) rispetto ai *gentiles*, mentre i discendenti, come *adgnati proximiores*, acquistavano una posizione particolare e la denominazione di *sui heredes*, e tra i *sui heredes* e gli *adgnati* si creava l'altra categoria intermedia dei *consanguinei*.

Orbene non è possibile non scorgete a prima vista quanto inverosimile e falso sia il processo storico che, secondo la Lepri, avrebbe portato alla distinzione tra *sui heredes* e *adgnati*. Basterà che ci si chieda in che modo, solo approssimativamente plausibile, si sarebbe venuta a determinare la differenza di grado tra *adgnati* (nel nuovo senso della parola) e *gentiles*, per quale motivo la denominazione che sarebbe stata originariamente dei *sui heredes* sarebbe passata da questi ai collaterali del defunto, come mai si sarebbe determinata (proprio in un'epoca avanzata) la diversità anche solo terminologica tra *sui « heredes »* e *adgnati* e *gentiles*, non denominati parimenti « *heredes* ». Questo è il punto. Ci risulta che in epoca storica, pur essendo tutti i successibili *ab intestato* parimenti trattati come *heredes*⁴⁰, i *fili* del defunto si chiamano *sui heredes*, i collaterali non si chiamano *heredes*: ciò è segno evidentissimo che originariamente la posizione dei successibili non era la stessa, che

³⁸ Così, giustamente, anche LEPRI, *cit.*

³⁹ *Cit.* 60 ss.

⁴⁰ Questo punto è notissimo: cfr. ad esempio Gai 3.1 e 9.

originariamente erano *heredes* solo i figli del *de cuius*. Basterebbero queste considerazioni per farci concludere, anche in mancanza dell'inciso « *cui suus heres nec escit* » nel versetto decemvirale, che questo non riferiva la denominazione di *adgnati* ai figli: e tanto più la conclusione è forte quando si pensi che la omissione della clausola « *cui suus heres nec escit* », nel versetto riferito da Cicerone e dall'Auct. *ad Herenn.* può essere spiegata e giustificata — come credo di aver dimostrato altrove — con sufficienti ragioni ⁴¹.

Ma la Lepri adduce a principale argomento della sua teoria proprio il nostro fr. 10.3, ove il *dicuntur* ed il *proximiores* starebbero a significare che, « dopo aver considerata l'*adgnatio* come un *genus* ⁴², i giureconsulti chiamarono *suus* chi era più vicino al *paterfamilias* e distinsero accanto all'*adgnatus proximior*, o *suus*, l'*adgnatus proximus* » ⁴³. Senonché *proximior*, anche se non è dato contestarne la classicità, ha valore di semplice intensivo di *proximus*, perché manca il termine di paragone immaginato dalla Lepri: per aderire alla argomentazione della quale avremmo perlomeno bisogno che il nostro paragrafo dicesse che *proximiores quam adgnati proximi sui dicuntur (similiae)*. Né giova attardarsi, dopo di ciò, sulla stranezza della interpretazione del *dicuntur*.

Basarsi sul nostro paragrafo per sostenere una qualsivoglia teoria innovativa quanto al diritto romano classico, non è, come si vede, consigliabile. Il nostro paragrafo esprime un concetto inesatto in modo pericolosamente impreciso.

9. — Anche il § 4 è un bell'esempio dell'ingarbugliata mentalità del compilatore del *liber singularis*.

L'*adgnatio* — si dice — sta alla *cognatio* come il genere sta alla specie. Se mai, ci saremmo aspettati il contrario dopo la lettura del pr. e del § 2, e verrebbe la voglia di sospettare che il periodo si sia guastato nella tradizione manoscritta e che esso originariamente dicesse che l'*adgnatio* sta alla *cognatio* come la specie sta al genere ⁴⁴.

⁴¹ Quanto alla spiegazione per cui manca l'inciso « *cui suus heres nec escit* » nelle redazioni del versetto delle XII tavole tramandatoci dall'Auct. *ad Herenn.* e da Cicerone, rimando ad un mio articolo di prossima pubblicazione sull'argomento.

⁴² L'a. allude al § 4, che segue e non precede il paragrafo in discussione: v. *infra* n. 9.

⁴³ *Cit.* 62.

⁴⁴ Ad esempio: *Inter adgnatos et cognatos hoc interest, quod inter speciem et genus.*

Questa correzione del periodo iniziale non salverebbe peraltro il paragrafo, anzi lo renderebbe ancora piú incomprensibile. Bisogna riconoscere che la tradizione manoscritta non ha guastato la frase, ma che questa è stata a bella posta scritta cosí, per chiarire con una formulazione generale le dichiarazioni che seguono. Salvo che questo modo di esprimersi non può essere certamente attribuito a Paolo, tanto piú che certamente di Paolo non sono le dichiarazioni seguenti.

Basta leggere il periodo *nam — adgnatus est* per vedere in che modo originale il compilatore postclassico applica la contrapposizione *genus — species: nam* (si badi a questo *nam*) *qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est*. Ecco dunque cosa voleva dire il nostro uomo: che la categoria *adgnatio* è piú ampia della categoria *cognatio*, perché quando si è *adgnati* di qualcuno si è anche suoi *cognati*, mentre quando si è solamente *cognati* di qualcuno non si è certamente suoi *adgnati*. Né il discorso strampalato finisce. Con un ultimo *enim* — che è quasi una beffa alla logica piú elementare — il postclassico conclude, a mo' di esplicazione, che *adgnatus* è una denominazione civile, *cognatus* è una denominazione naturale.

Basterebbe questa esegesi, per convincerci che con il § 4 Paolo non ha avuto nulla a che fare. Vero è che egli, indulgendo alla preminenza della categoria *cognatio* ai suoi tempi, ha definito gli *adgnati* in termini di cognazione, come *a patre cognati ex eadem familia* (§ 2), ma questa formulazione, pur essendo alquanto ristretta, non è tale da implicare l'esclusione della nuora, dei figliastri *in potestate*, degli adottati dal novero degli *adgnati*: anche queste persone sono *filii* o *filiae loco*, ed anche ad esse può adattarsi la definizione *a patre cognati ex eadem familia*. Viceversa l'affermazione che ogni *adgnatus* è anche *cognatus* non lascia adito a sottintesi e se ne ricava, nientedimeno, che la nuora è cognata, non affine, di suo suocero: il che è palesemente erroneo.

E allora? È avvenuto che il compilatore del *liber singularis*, tanto audace quanto pasticcione nella logica dei concetti, ha voluto probabilmente esprimere, senza riuscirvi, una verità che si incontra — ben altrimenti formulata — in testi sicuramente genuini.

D. 38.7.5 pr. (Mod. 3 *pandect.*)⁴⁵: *Inter adgnatos et cognatos hoc interest, quod in adgnatis et cognati continentur, in cognatis non utique et adgnati. verbi gratia patris frater, id est patruus, et adgnatus est et cognatus, matris autem frater, id est avunculus, cognatus est, adgnatus non est.*

⁴⁵ Cfr. Paul. *sent.* 4.8.14.

Modestino non dice che tutti gli *adgnati* sono *cognati*, ma che in quanto *adgnati* si può essere anche *cognati* (*in adgnatis et cognatis continentur*), mentre in quanto si è *cognati* si può non essere *adgnati*.

Questo è il logico, vero e giusto concetto del diritto classico: concetto che esclude non solo la definizione dell'*adgnatio* come *genus* della *cognatio*, ma anche della *cognatio* come *genus* dell'*adgnatio*. La *cognatio* è una categoria che definisce molti (non tutti) rapporti giuridici già definiti dall'*adgnatio*: avviene pertanto che quando si parla di *adgnati* si viene a parlare molto spesso anche di *cognati*, non viceversa.

Il rielaboratore postclassico del nostro *liber singularis*, volendo esprimere la stessa verità, ma vivendo in un'epoca nella quale ormai la *cognatio* ha completamente surrogato ed assorbito la *adgnatio*, ha fatto ricorso non solo all'infelice paragone tra *genus* e *species*, ma anche ad una formulazione così drastica ed intransigente del concetto stesso (*qui est adgnatus, et cognatus est*), che denuncia luminosamente la sua mentalità arruffona. Il periodo finale, con il notato *enim* inesplicativo, è ulteriore elemento di diagnosi della totale compilazione postclassica del brano.

10. — La parte generale del *liber singularis* è chiusa da due paragrafi di evidentissima fattura postclassica.

10.9: *Nam quotiens quaeritur, quanto gradu quaeque persona sit, ab eo incipiendum est, cuius de cognatione quaerimus: et si ex inferioribus aut superioribus gradibus est, recta linea susum versum vel deorsum tendentium facile inueniemus gradus, si per singulos gradus proximum quemque numeramus: nam qui ei, qui mihi proximo gradu est, proximus est, secundo gradu est mihi: similiter enim accedentibus singulis crescit numerus. idem faciendum in transversis gradibus: sic frater secundo gradu est, quoniam patris vel matris persona, per quos coniungitur, prior numeratur.*

10.10: *Gradus autem dicti sunt a similitudine scalarum locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id est in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus.*

Non vale fermarci sull'infantile discorso del § 10, che introduce un'altra etimologia (piú plausibile, giova riconoscerlo, di quella del § 1). Il periodo è stato già sufficientemente bollato dalla critica del Beseler⁴⁶.

Il § 9 denuncia la sua fattura postclassica attraverso parecchi indizi. Vi è l'inopportuno e sorprendente *nam* iniziale e l'*enim* non meno

⁴⁶ In ZSS. 53.49. V. anche gli autori citati nell'*Index*.

strano che leggiamo più in là: siamo al solito modo di ragionare in maniera puramente esteriore, caratteristico del compilatore del *liber singularis*, e non possono accogliersi i tentativi di emendamento del Mommsen⁴⁷. Si aggiungano: *quanto per quoto*⁴⁸; la sconcordanza *inveniemus . . . numeramus*; la mancanza di un *fratri* o di un *mibi* dopo *frater*.

11. — Restano da considerare i §§ 5 e 7.

10.5: *Non parcimus his nominibus, id est cognatorum, etiam in servis: itaque parentes et filios fratresque etiam servorum dicimus: sed ad leges serviles cognationes non pertinent.*

10.7: *Parentes usque ad tritavum apud Romanos proprio vocabulo nominantur: ulteriores qui non habent speciale nomen maiores appellantur: item liberi usque ad trineptem*⁴⁹; *ultra hos posteriores*⁵⁰ *vocantur.*

Né l'uno né l'altro paragrafo sono genuini. La critica del primo è stata già fatta dal Niedermeyer⁵¹, e gli indizi sono per verità evidentissimi: *parcere nominibus* che è ἄπαξ λεγόμενον; *non parcere . . . etiam*, là dove ci aspetteremmo *utimur etiam* o similmente; *ad leges (?) pertinere*. Quanto al § 7, basta la frase iniziale a metterne in luce l'origine e la fattura postclassica: *apud Romanos* indica al critico che chi scrive non è un Romano.

Va segnalato — come già accennavamo — che nello stesso discorso rielaborato della parte generale i due paragrafi in esame hanno qualcosa di insiticio, quasi che siano venuti ad aggiungersi in un secondo momento al contesto, mentre erano prima pure note marginali di quello. Ambedue i paragrafi spostano infatti il discorso dal concetto di *cognatio* e dalla preoccupazione dei *gradus cognationum* al tema dei *nomina cognatorum*. Ambedue i paragrafi, inoltre, interrompono sgraziatamente il filo del discorso: il primo inserendosi tra il § 4 ed il § 6, che sono intimamente legati; il secondo interrompendo d'un tratto il discorso sulla

⁴⁷ Ed. maior: [nam] (iam), [enim] (dein).

⁴⁸ Così corregge MOMMSEN, Ed. maior.

⁴⁹ Gli edd., sulla scorta dei Basilici, correggono *trinepotem*. Io penso, peraltro, che la lezione della *Florentina* non sia sbagliata: il redattore postclassico del paragrafo (o anche un successivo amanuense) ha scritto proprio *trineptem*, in quanto che l'ultimo grado (*usque*) è appunto quello del *trinepos* e della *trineptis* e l'ultima denominazione che si incontra nel grado stesso è appunto quella femminile, *trineptis*.

⁵⁰ Gli edd. (D'ARNAUD) correggono arbitrariamente *posteris*.

⁵¹ In ZSS. 50.101 nt. 2.

cognatio, che ritrova poi il suo collegamento nel § 8, relativo alla parentela in linea collaterale.

Con tutta la cautela necessaria, io avanzo pertanto il sospetto che entro lo stesso *liber singularis* elaborato da una prima mano postclassica, questi due paragrafi rappresentino il frutto di un ulteriore allargamento dell'opera, e di un estendimento del tema ai *nomina cognatorum*. La particolare cura che nella parte speciale si mostra nell'enunciazione dei *nomina cognatorum* può, forse, confermare la congettura di questa ulteriore elaborazione del *liber singularis de gradibus*.

12. — C) *Parte speciale* (§§ 11-18).

Come ho già avvertito, evito di proposito di intrattenermi su questa parte dell'opera. I segni della rielaborazione postclassica, ad opera di mani successive, sono in essa evidentissimi e sono già stati denunciati in buon numero dalla critica, sopra tutto riguardo ai §§ 14, 15, 17 e 18⁵². D'altro lato, è la critica della parte generale dell'opera che assume carattere decisivo per la valutazione storica di essa⁵³.

La rielaborazione della parte speciale si manifesta, con tutta probabilità, anche nelle frasi introduttive dei §§ 13-18, con le quali si annuncia il numero complessivo delle denominazioni parentali contenute nel rispettivo grado (dal secondo al settimo). Si intravede più particolarmente, attraverso queste frasi, la mano del secondo rielaboratore del *liber*. Lo prova, forse, il fatto che nel corso del § 16 avviene di riscontrare che sono state dimenticate otto denominazioni parentali⁵⁴: orbene, la frase introduttiva annuncia che *quinto gradu personae continentur centum octaginta quattuor*, mentre invece le *personae* di cui trattasi devono essere, tenuto conto dell'omissione, *centum nonaginta duae*⁵⁵.

Non può contestarsi che un nocciolo genuino di questi paragrafi vi sia: basterebbero la citazione di Trebazio (§ 15) e quella di Sabino (§ 16) a provarlo.

⁵² Cfr. i citati dall'*Index* ed in specie, per quanto riguarda la tesi della rielaborazione postclassica, PRINGSHEIM, *cit.* 280.

⁵³ Si noti che il § 11, della cui classicità non è dato dubitare, dice semplicemente: *Nunc singulos gradus numeramus*.

⁵⁴ Il MOMMSEN, *Ed. maior*, seguito dagli edd., reintegra nella maniera seguente: *... cetera eadem quae in patrum nepote vel nepte. (materterae nepos neptis: hi sunt avi materni vel aviae maternae pronepos proneptis: cetera eadem quae in amitae nepote vel nepte.) his omnibus, quos a patrum nepote proposuimus...*

⁵⁵ Così corregge MOMMSEN, *Ed. maior*, seguito dagli edd.

13. — Dopo di che l'elaborazione postclassica del nostro *liber singularis* mi par confermata. Il carattere dell'operetta è anch'esso abbastanza chiaro. Si tratta di una compilazione di scuola con pretese teoretiche, gonfia di ogni sorta di osservazioni superflue od inesatte.

Sorge la domanda circa la derivazione del *liber singularis*.

Io penso che il nucleo di esso sia stato veramente estratto da un'opera di Paolo, ch  altrimenti non sapremmo spiegarci l'attribuzione a questo autore della piccola compilazione scolastica.

Pi  precisamente, il nucleo del nostro *liber singularis*   stato ricavato, a mio parere, dal commentario editale di Paolo, nel punto ove questi trattava della *bonorum possessio unde cognati* e dove, quindi, era d'obbligo l'*excursus* sui *gradus cognationis*. Gi  le tracce di pensiero classico che abbiamo riscontrato nel § 2 invitano a questa conclusione, ma altri argomenti la rafforzano. Anche Ulpiano parla dei *gradus cognationis* a proposito della *bonorum possessio unde cognati*, nel libro 46 del commentario editale (D. 38.8.1). N  pu  dirsi che il nostro convincimento soffra molto per il fatto che nell'opera *ad edictum provinciale* Gaio parla della *bonorum possessio unde cognati* al libro 16 (Lenel 285 = D. 38.8.2), mentre pare discorrere dei *gradus cognationis* nel libro 8 (Lenel 200 = D. 38.10.1 e 3).   molto probabile che la sorprendente *inscriptio* dei fr. 1 e 3 del tit. D. 38.10 — cui il Lenel non ha saputo, nella sua Palingenesi⁵⁶, come trovare una collocazione giustificabile entro il libro VIII — rappresenti un errore di copia dei compilatori.

  inoltre da credere che Paolo abbia discorso della *bonorum possessio unde cognati*, e quindi dei *gradus cognatorum*, nel libro 43 *ad edictum*. Quivi infatti ci risulta che egli commentava la *bonorum possessio unde legitimi*, che precede immediatamente la *unde cognati*, mentre nel libro 44 egli passava ad occuparsi delle clausole generali e dell'editto successorio⁵⁷. Da notare che del commento all'editto sulla *bonorum possessio unde cognati* — commento la cui parte essenziale era data appunto dalla indicazione dei *gradus cognatorum* — nulla ci rimane nei Digesti⁵⁸.

⁵⁶ *Pal.* 1.207 nt. 2. In *Ed.*³ il LENEL ha abbandonato le congetture fatte nelle precedenti edizioni (rispettivamente, 169 nt. 4, 209). V. anche PRINGSHEIM, *cit.* 280.

⁵⁷ LENEL *Paul.* 602 ss.

⁵⁸ Potrebbe supporre che le scuole postclassiche abbiano stralciato la parte del commentario editale di Paolo dedicata alla *bonorum possessio unde cognati*, sostituendola in un primo momento con il *liber singularis de gradibus*, e che questo abbia formato per un certo tempo una appendice del libro 43.

14. — Le considerazioni dianzi esposte, se esatte, portano ulteriormente a supporre che D. 38.10.10 rappresenti tutto quanto il *liber singularis de gradibus* dello pseudo-Paolo. È evidente, infatti, che il giurista classico non può aver parlato, in margine alla *bonorum possessio unde cognati*, che dei *cognati*, non anche degli *adfinēs*. D'altra parte, non si può supporre che il lungo fr. 10 fosse seguito, nella compilazioncella postclassica, da altri paragrafi dedicati agli *adfinēs*: la « parte generale » dell'operetta (§§ 1-10) non avrebbe mancato, in tal caso, di parlare anche degli *adfinēs*⁵⁹.

Resta da concludere che il *liber singularis* in esame sia stato originariamente compilato nelle scuole postclassiche all'unico scopo di offrire ai lettori una trattazione relativa ai gradi della cognazione, e non anche relativa all'*adfinitas*.

Una prima conferma di questa tesi, già di per sé legittima, si trae dal già notato carattere adiettizio della menzione degli *adfinēs* nel periodo iniziale del pr. Altra conferma deve trarsi dallo stesso titolo dell'operetta, che è un titolo palesemente saturo, ed appunto perciò oscuro: *de gradibus* (di chi?) *et adfinibus* (e i *cognati*?) *et nominibus eorum* (*nomina* degli *adfinēs*, o di chi altro, o di che?)⁶⁰.

Allo stato degli atti, la congettura che il titolo originario della nostra compilazioncella non contenesse la menzione degli *adfinēs* deve prevalere su quella di un guasto da esso subito nella tradizione manoscritta⁶¹. Possiamo pensare, ad esempio, al seguente titolo: *de gradibus cognatorum et nominibus eorum*. È questa l'ipotesi che mi pare più accettabile.

Ma forse ha da farsi ancora un passo avanti. Il *liber singularis* ebbe evidentemente molta fortuna nelle scuole postclassiche, come dimostrano le ulteriori sovrapposizioni di cui resta traccia. Particolarmente notevole è il carattere insiticio, rispetto allo stesso tenore dell'opera rielaborata, che presentano — come si è già messo in rilievo — i §§ 5 e 7, ove si discetta sui *nomina cognatorum*⁶².

⁵⁹ Queste argomentazioni trovano conferma nelle affermazioni del CUIACIO, *Observationes* 6.40, il quale dichiara di aver visione di un manoscritto autonomo (ora perduto) dell'opera e di aver riscontrato che la coincidenza con D. 38.10.10 era quasi completa. Cfr. KRÜGER, *Gesch. der Quellen*² 232 nt. 57.

⁶⁰ V. già GUARINO, *Adfinitas* 103.

⁶¹ Questa congettura — che tuttavia non mi risulta formulata da alcuno — potrebbe essere avanzata in connessione col tentativo di integrazione del pr. fatto dal MOMMSEN (v. *retro* n. 4).

⁶² V. *retro* n. 11.

Potrebbe darsi, in conclusione, che il *liber singularis* in esame, cosí come fu originariamente elaborato, non contenesse i §§ 5 e 7 e non menzionasse nel titolo i *nomina cognatorum* (o, peggio, i *nomina graduum*). Esso era una pura e semplice operetta, molto gonfiata da sovrabbondanti considerazioni pseudo-teoretiche, relative ai *gradus cognationis* (e quindi, necessariamente, ai *nomina cognatorum*), e si intitolava « *de gradibus cognationis* » (o *cognatorum*), o piú semplicemente « *de gradibus* »⁶³.

15. — Ma il problema circa l'esatta intitolazione del *liber singularis* all'epoca della sua confezione ha un valore molto relativo, salvo che per quanto riguarda gli *adfines*. Alla nostra congettura — che gli *adfines* non erano punto considerati nell'operetta — potrebbe, malgrado gli indizi non trascurabili addotti dianzi, ancora opporsi: come mai in un certo momento si pensò ad inserire la menzione degli *adfines* nel titolo e nel pr. della compilazione, mentre invece non si provvide affatto (ed era la cosa piú importante) a completare la trattazione con considerazioni generali e speciali sugli *adfines*?

La risposta a questa domanda può darsi — secondo me — guardando sopra tutto al fr. 4 del tit. D. 38.10, frammento che la relativa *inscriptio* dichiara estratto dal libro 12 *pandectarum* di Modestino. Questo frammento, che è relativo ai *cognati* ed agli *adfines*, a questi in rapporto con quelli, è un altro tipico esempio di completo rimaneggiamento postclassico di un dettato classico molto piú ridotto e circoscritto. Non occorre ripetere la dimostrazione che ne ho fornito altrove⁶⁴.

Orbene, io credo che si possa e si debba congetturare che, nell'uso delle scuole postclassiche, il fr. 10 ed il fr. 4 abbiano avuto una molto intima relazione, che essi siano passati a formare, insieme a qualche frammento minore (principalmente il fr. 9, come vedremo), una piccola compilazione a catena, ove il fr. 10 ha esposto la situazione giuridica

⁶³ Nel manoscritto fiorentino l'*inscriptio* del fr. 10 è seguita da una rubricchetta « *de gradibus* », che a sua volta è seguita da una ripetizione dell'*inscriptio*. Già l'ARANGIO-RUIZ, in *Atti Soc. Reale Napoli* 54.13 nt. 1, ha rilevato che deve trattarsi « per lo meno » di « una nota marginale con cui un possessore dell'opera di Paolo aveva contrassegnato l'inizio della parte relativa ai gradi ». È molto piú probabile, invece, che « *de gradibus* » fosse l'originaria intitolazione dell'opera e che il titolo piú ampio (« *de gradibus et adfinibus et nominibus eorum* ») sia sopravvenuto in un momento successivo, quando cominciò a prendere forma il *tractatus* postclassico, di cui il *liber singularis* di Paolo costituí un elemento, anzi il piú importante elemento.

⁶⁴ *Adfinitas* 33 ss., 90 s., 100 s.

relativa alla *cognatio* ed ai suoi *gradus*, mentre il fr. 4 ha particolarmente trattato degli *adfines* e dei loro rapporti con i *cognati*⁶⁵.

Indizi di forma e di sostanza corroborano questa mia congettura. Quanto alla forma: *apud Romanos* appare in 4.2 e in 10.7 (e questo paragrafo sembra inoltre, per via di altri indizi, non aver fatto parte della compagine originaria della compilazione); *bifariam* (*accipere, intellegere, numerare*) ricorre in 4.2 ed in 10.15, 17 e 18, e — per quanto sappiamo — non ricorre in alcun altro testo giuridico romano⁶⁶. Quanto alla sostanza: si pensi alla identica concezione della *cognatio* come categoria giuridica, che comprende anche l'*adgnatio*⁶⁷; si pensi ancora alla identica concezione (sebbene molto nebulosamente manifestantesi) che *gradus adfinitatis nulli sunt*, ma che tuttavia essi possono determinarsi in relazione a quelli della *cognatio*, di riflesso a quelli (concezione che mi pare di aver sufficientemente dimostrato, altrove, estranea al diritto romano classico⁶⁸).

Il fr. 10 ed il fr. 4 andarono, dunque, assieme nell'uso delle scuole postclassiche. Il compilatore del *liber singularis* pseudo-paolino, non trovando nel suo schema alcun accenno all'*adfinitas*, si astenne dal trattarne. Altri studiosi, posteriormente, si compiacquero di infarcire l'opera di nuove considerazioni e pensarono addirittura di accompagnarla — data la pratica importanza dell'argomento — con il fr. di Modestino (fr. 4), già a sua volta rielaborato. Nuovi frammenti si aggiunsero, probabilmente, al complesso — forse, come diremo, tutti i frammenti dal 5 al 9 —, formando una piccola compilazione a catena, che ebbe un titolo piú com-

⁶⁵ Il PRINGSHEIM, *cit.* 280, dopo aver messo in rilievo l'alto numero di alterazioni pregiustiniane che possono riscontrarsi in D. 38.10 e la estrema varietà di derivazione dei brani che compongono questo titolo, conclude ponendosi il problema se il *tractatus* scolastico in cui si riassume il titolo sia opera dei pregiustiniani: egli rimanda la risposta definitiva ad una successiva ricerca. Confido di aver dimostrato che già prima della compilazione giustiniana dovette formarsi il *tractatus* postclassico *de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*.

⁶⁶ PRINGSHEIM, *cit.* 241 s. (cfr. *VIR.* sv. *bifariam*).

⁶⁷ Si confronti da un lato il fr. 10 pr. (*retro* n. 3) e dall'altro l'astruso discorso del fr. 4.2 (su cui, ampiamente, v. *Adfinitas* 36 ss.). Il CASTELLO, *cit.* 123 ss., oppone che anche i giuristi classici videro una relazione tra *adgnatio* e *cognatio*: non ne dubito (v. *retro* n. 6), ma escludo che essi vedessero nella *adgnatio* (o *cognatio civilis*) una sottospecie della *cognatio naturalis* (cioè della *cognatio tantum*). In questo assurdo modo viene invece concepito il rapporto tra *adgnatio* e *cognatio* nei fr. 10 pr. e 4.2.

⁶⁸ Per la dimostrazione, rimando ad *Adfinitas* 101 ss.

plesso di quello originario del *liber singularis*, cioè « *de gradibus et adfinibus et nominibus eorum* », accolto più tardi dai compilatori giustinianeî.

Il fr. 9, che indubbiamente ha dovuto far parte della minuscola catena e della cui totale alterazione non vi è certo luogo a dubbi, può forse farci ancor meglio capire come per effetto della costituzione della catena e dell'amplificazione dell'argomento il *liber singularis*, che era il brano più lungo ed importante della compilazione, ebbe corrispondentemente modificato il titolo e la breve introduzione.

D. 38.10.9 (Paul. 4 *sent.*): Στήματα *directo limite in duas lineas separantur, quarum altera superior, altera inferior: ex superiore autem et secundo gradu transversae lineae pendent, quas omnes latiore tractatu habito in librum singularem conteximus*⁶⁹.

Questo frammento, come ulteriore testimonianza della esistenza di un *liber singularis de gradibus* di Paolo, non ha di certo alcun valore, trattandosi di un passo alterato e contenuto nello stesso titolo in cui si contiene il *liber singularis* pseudo-paolino, al numero immediatamente precedente. È da supporre peraltro — anche in considerazione del carattere non emblematico delle alterazioni che esso denuncia⁷⁰ — che il fr. 9 si sia accompagnato sin da un'epoca abbastanza antica al *liber singularis*, costituendone quasi una premessa con il suo discorso relativo agli στήματα *cognationum*⁷¹. Il fatto che in esso l'operetta *de gradibus* sia ancora descritta come relativa alla sola *cognatio* è significativo. Fu, dunque, proprio per effetto di un lungo processo di tradizione scolastica, che si formò la catena *de gradibus et adfinibus et nominibus eorum* e che si modificò in conseguenza il titolo ed il brano introduttivo del *liber singularis* pseudo-paolino che ne costituiva l'ossatura.

16. — La breve catena postclassica, di cui abbiamo dianzi messo in rilievo i principali elementi, venne sfruttata ed integrata dai commissari giustinianeî, che fecero del nuovo titolo assunto dal *liber singularis* pseudo-paolino l'intitolazione di D. 38.10.

⁶⁹ Gli edd. correggono *contexuimus*, ma sull'uso di *contexere* v. PRINGSHEIM, *cit.* 279.

⁷⁰ PRINGSHEIM, *cit.* 279.

⁷¹ Il Pringsheim non distingue tra i vari momenti che dovette attraversare la catena postclassica. A me pare invece necessario rilevare che il fr. 9 si accompagnò con il fr. 10 (costituendo, forse con altri frammenti, una prima ossatura del *tractatus* scolastico) prima che nel fr. 10 fosse inserita la menzione degli *adfines*, cioè prima che del *tractatus* entrasse a far parte il fr. 4. Si rilevi, infatti, che il fr. 9 attribuisce al *liber singularis de gradibus* soltanto la materia della *cognatio*.

Io credo che il materiale della catena postclassica sia stato riordinato dai compilatori ed integrato con altro materiale da loro scelto, cioè essenzialmente con l'*excursus* gaiano sui *cognati* (fr. 1 e 3), che è stato anche sfruttato da Triboniano e dai suoi collaboratori nella confezione di Inst. 3.6 «*de gradibus cognationum*». Il fatto che il nostro *liber singularis* sia diventato l'ultimo frammento (fr. 10) del tit. D. 38.10 non deve stupire, quando si pensi alla non lieve opera di riorganizzazione del titolo dei Digesti, che esercitarono certamente le sottocommissioni e la commissione di coordinamento.

Una obiezione che potrebbe muoversi alla mia ipotesi è che questa contrasta apparentemente con quella del Bluhme, secondo la quale il fr. 10 avrebbe fatto parte della massa papiniana. Ma l'ipotesi del Bluhme deve cadere, una volta tanto, di fronte alle nostre constatazioni. Io sono tentato di riformarla, rispetto al tit. D. 38.10, nella maniera seguente:

— fr. 1, 2, 3 e 7: massa sabiniana. Infatti la *inscriptio* dei fr. 1 e 3 va corretta in 16 *ad ed. provinciale*⁷². Si viene così ad eliminare l'incongruenza del fr. 2, che è fuori dell'ordine bluhmiano;

— fr. 5 e 6: massa edittale;

— fr. 4, 8, 9, 10: massa papiniana.

Questa è l'ipotesi più prudente. Tuttavia non credo possa essere giudicata arrischiata l'ipotesi che la commissione papiniana abbia riordinato l'intero gruppo di fr. 4-10, che si trovavano già riuniti, in modo da formare una compilazione a catena, attorno ad un'opera di sua diretta competenza: il *liber singularis de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*. Ad esso la commissione plenaria giudicò opportuno premettere i fr. 1-3, contenenti l'*excursus* gaiano sulla *cognatio* con l'integrazione di un breve passo di Ulpiano, che erano stati escerpiti dalla sottocommissione sabiniana.

Ma penetrare più addentro nel processo della compilazione di D. 38.10 non è possibile, o sarebbe opera di pura fantasia. A me basta aver indicato — in base a indizi, di cui non potrà disconoscersi facilmente il valore — quale sia stata, nelle sue grandi linee, la storia di quel titolo.

⁷² V. *retro* n. 13.

« L. PAULI VARIARUM LECTIONUM LIBER SINGULARIS »

1. — Del « *variarum lectionum liber singularis* » di Paolo ci rimangono soltanto tre frammenti, pervenutici attraverso la compilazione dei Digesti. Qui li riporto secondo l'ordine, ovvio del resto, impresso loro dal Lenel (*Palingsenesia iuris civilis* 1.2059-2061).

2059 (D. 14.3.18): *Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendumque praeponitur quique sine loco ad eundem actum praeponitur.*

2060 (D. 38.1.1): *Operae sunt diurnum officium.*

2061 (D. 44.1.22): (pr.) *Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem. (1) Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio.*

Trattasi, come qui si vede, di quattro brevi definizioni: dell'*institor*, delle *operae libertorum*, della *exceptio* e della *replicatio*. Troppo poco, indubbiamente, per poterci formare una idea completa della operetta paolina, ma già abbastanza — io ritengo — per renderci conto, sia pur genericamente, del suo carattere. Conforme alla promessa contenuta nel titolo, il « *variarum lectionum liber singularis* » si presentava ai lettori romani come una rapida scelta di definizioni giuridiche, da servire, con ogni probabilità, ad una breve sintesi della materia da studiare nelle scuole.

È proprio Paolo l'autore del trattatello? La cosa è già di per se stessa non troppo credibile, dato il carattere estremamente elementare — starei per dire pedestre — dell'opera, e dato anche l'ingente numero di altri scritti di ben maggiore portata cui si dedicò nella sua vita operosa il giureconsulto classico. Sin d'ora potremmo dunque accedere alla idea che la raccolta sia stata piuttosto l'opera di un qualche discepolo di Paolo, il quale abbia escerpito e riordinato sistematicamente un certo numero di definizioni trovate qua e là negli scritti del maestro. Ma sarebbe pericoloso attardarsi solo per ciò su una congettura, che non sfuggirebbe, e a buon diritto, alla taccia di gratuita ed inutile.

* In *SDHI.* 5 (1939) 468 ss.

Tuttavia l'analisi piú accurata delle definizioni paoline rivestirà di verosimiglianza la nostra congettura e autorizzerà anzi alla formulazione di una ipotesi molto piú ardita e praticamente rilevante: il « *variarum lectionum liber singularis* » fu confezionato nelle scuole postclassiche usando, e all'occorrenza deformando, per evidenti finalità didattiche, alcune delle definizioni contenute nell'opera di Paolo.

2. — A) Nessun elemento può provenirci dalla definizione delle *operae libertorum*, che è — ai nostri fini — troppo breve ed anodina. Maggiore importanza assume invece l'esame della definizione dell'*institor*.

D. 14.3.18: *Institor est, qui tabernae [locove] ad emendum vendendumque praepositur [quique sine loco ad eundem actum praepositur]*.

Nulla ho da appuntare a questa definizione dal punto di vista della esattezza giuridica, se non fosse il fatto che essa è insufficiente a fornire nella sua interezza il concetto dell'istitore: ma è ben possibile che Paolo volesse, in questo periodo, porre principalmente in rilievo il requisito della *praepositio*, tralasciando di menzionare gli altri. Senonché anche nella compagine attuale il frammento lascia scorgere per chiarissimi indizi di essere stato alterato.

Strano sarebbe che Paolo avesse discorso di una *praepositio* ad un *locus*, oltre che della *praepositio* ad una *taberna*: « *taberna* » è certo un termine troppo ristretto e specifico ai fini di una definizione dell'esercizio cui può essere preposto l'*institor*, ma « *locus* » è in compenso un termine troppo vago e generico, cui ci potremmo rassegnare solo a patto che Paolo non menzionasse almeno la *taberna*. È distinguibile in « *locove* » l'intento generalizzativo di un commentatore, cui è piaciuto di mettere in chiaro che si è institori, nel senso tecnico della parola, anche quando non si sia preposti ad una *taberna*, bensì ad un qualunque altro locale dove si possano compiere affari di compra e vendita.

Né il commentatore si è limitato a questa sola inserzione: egli ha voluto invece anche rilevare che addirittura la preposizione ad un locale determinato può mancare, pur sussistendo intatta la figura giuridica dell'*institor*. Ma lo stile smaschera dinanzi ai nostri occhi l'aggiunta postclassica: Paolo, se si fosse trattato veramente di lui, non avrebbe incalzato dicendo che può esservi l'istitore anche « *sine loco* », ma avrebbe presumibilmente fatto addirittura a meno di parlare, in tutto il suo dettato, di *taberna* o di qualsiasi altra limitazione spaziale della figura giuridica che veniva definendo; in ogni caso ci saremmo ben potuti aspettare da lui che esprimesse tutto quanto il concetto in una sola proposizione relativa, senza ricorrere a quella coordinazione « *qui...*

quique . . .», che suona a primo colpo malissimo. Gli elementi decisivi per negare la paternità di Paolo rispetto alla proposizione « *quique — praeponitur* » sono, ad ogni buon conto, i seguenti: 1) « *sine loco* » è, per un verso, inelegante ed impreciso, mentre si rivela, per l'altro verso, derivante dalla stessa mano che ha inserito poco prima « *locove* »: a meno di non voler commettere la stranezza di credere che il giurista classico, dicendo « *sine loco* », sottintendesse pur sempre « *tabernae* », bisogna riconoscere che egli avrebbe detto, se mai, « *sine taberna* » o avrebbe evitato, lo ripeto, di gingillarsi nella frase precedente con la menzione della « *taberna* », che è un *minus* rispetto al *maius* rappresentato dal « *locus* »; 2) « *ad eundem actum* » manca di un « *perficiendum* » o di un verbo consimile al gerundivo, mentre ciò sarebbe necessario ad esprimere correttamente il fine di compiere affari di compra e vendita; 3) « *praeponitur* » non ha un senso plausibile: se prima si è detto che l'*institor* « *tabernae locove praeponitur* », se ora si dice che il locale fisso di esercizio può anche mancare (« *sine loco* »), ne risulta proprio che l'institore non « *praeponitur* » ad un bel niente. È probabile che, mentre nella proposizione « *qui — praeponitur* » si parlava della *praepositio* ad un certo luogo per il fine del compimento di un affare, nella proposizione « *quique — praeponitur* », escluso il *locus*, si sia voluto parlare della *praepositio* come preposizione ad un affare (« *ad eundem actum* »): senonché, a parte il fatto che questo secondo pensiero sarebbe espresso in una forma sensibilmente asintattica, è proprio la variazione nell'andamento logico della *lectio* paolina che inequivocabilmente conferma l'intervento della mano postclassica.

Glossema o tribonianismo? Non credo che una risposta sicura potrebbe essere resa a questo quesito.

3. — B) Una piega decisiva è determinata, ai fini della nostra dimostrazione, dalla analisi di:

D. 44.1.22 pr.: *Exceptio est condicio, quae [modo] eximit reum damnatione, [modo minuit damnationem].*

L'insegnamento che si legge nel testo non risale di certo all'epoca classica. Che l'*exceptio* potesse avere nel processo formulare classico altra efficacia, all'infuori che quella di elidere *radicitus* la condanna del convenuto, è del tutto assurdo. Nella controversia, ultimamente riaccesa dall'Arangio-Ruiz (*L'exceptio in diminuzione della condanna*, Modena 1930), circa la possibilità o meno di una efficacia diminutiva della eccezione, non posso che schierarmi con la opinione dominante, vigorosamente difesa dal Solazzi (ZSS. 42.238 s.), la quale è per una risposta deci-

samente negativa. In ogni caso, anche ammettendo che in determinate ipotesi, piú o meno eccezionali, la *exceptio* potesse avere unicamente la forza di rendere piú mite la condanna del convenuto, la regola sarebbe dovuta sempre rimanere quella della efficacia elidente (l'unica che risponda alla struttura dommatica del processo privato classico), con tanta esplicitezza enunciata da Gai 4.119 (su cui, *amplius*, Solazzi, *cit.* 279 s.). Noterò, a questo proposito, che anche un testo della compilazione, pur presentando probabili tracce di *emblemata Triboniani*, conferma con una definizione generale, per nulla ammorbida dai compilatori, l'insegnamento di Gaio.

D. 44.1.2 pr. (Ulp. 74 *ed.*): *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni [cuiusque rei] solet [ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est].*

Ammetto anche che dubbi seri si possano avere (col Solazzi, *cit.* 281 nt. 4) se le inserzioni in questo testo siano di fattura compilatoria o pregiustiniana. Certo è che Triboniano lesse e valutò molto attentamente il dettato di questo frammento, al quale era devoluto il compito di fornire, subito dopo la definizione dell'*actio* (contenuta nel fr. 1), una definizione generale dell'*exceptio*, e per di piú nel titolo *ad hoc* (D. 44.1: « *de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis* »). La constatazione che Triboniano non ha punto falsificato il frammento, nel senso di ammettere per la eccezione la efficacia diminutiva della condanna, penso che sia decisiva per credere che non certo a lui o ai suoi collaboratori risalga la alterazione di D. 44.1.22 pr. Se Triboniano avesse voluto formulare egli stesso una definizione generale della *exceptio*, nella quale risultasse ammissibile anche la forza diminutiva della *condemnatio*, non avrebbe probabilmente aspettato il fr. 22, ma avrebbe operato direttamente sul fr. 2. Senonché appunto il fatto che il frammento ulpiano, pur essendo alterato (e forse dai compilatori), si limita a riconoscere all'*exceptio* — perlomeno in sede di definizione teorica e generale — la pura efficacia elidente della condanna, rende inverosimile la ipotesi che nel frammento paolino « *modo* » e « *modo minuit condemnationem* » siano degli emblemi: e ciò anche a voler tener conto della risultanza che i due testi furono escerpiti in masse differenti (editale e sabiniana).

In conclusione, aderendo in pieno alla espunzione di « *modo* » e « *modo minuit condemnationem* » sostenuta dal Solazzi (*cit.* 283 nt. 3), io mi permetto di precisare che le inserzioni in parola sono di indubbia provenienza pregiustiniana. Ed allora, tenendo presente la analogia della alterazione in esame con quella scoperta a proposito della definizione

dell'*institor*, fatto conto del carattere di generalizzazioni scolastiche che l'una e l'altra alterazione imprimono alle *lectiones* di Paolo, non obliando la osservazione iniziale della poca credibilità che Paolo in persona si sia dedicato alla compilazione di un « *variarum lectionum liber singularis* », e fondando sopra tutto sulla sicura origine pregiustiniana della seconda delle due alterazioni, prende corpo l'ipotesi che il « *liber singularis* » fosse null'altro che una compilazione postclassica, alla guisa stessa delle « *Receptae sententiae* » paoline.

NOTE DI TACCUINO

1. QUALE NASICA?

A ricordo di Gianfranco Tibiletti l'istituto di Storia dell'Università di Pavia ha pubblicato un volume di riproduzioni fototipiche di una ventina tra i suoi scritti minori, tutti dedicati all'Italia romana settentrionale ed a connessi problemi di diritto municipale (T.G., *Storie locali dell'Italia romana* [Pavia, Università, 1978] p. 382). La prefazione è di E. Gabba e P. Tozzi (5 ss.); di P. Tozzi sono le note di aggiornamento bibliografico finale (375 ss.). Per la precisione, due brevi note (299 ss. e 325 ss.) vengono qui edite per la prima volta.

Interessante l'ipotesi sul giurista Scipione Nasica ventilata a p. 269 s. (nello scritto *Per la storia di Comum nel I sec. a.C.*, in *Riv. arch. Como* 159 [1977] 259 ss.). D. 1.2.2.37 attribuisce a questo Scipione il prenome di Caio (*Caius Scipio Nasica, qui Optimus a senatu appellatus est; cui etiam publice domus in sacra via data est, quo facilius consuli posset*), ma gli studiosi sono convinti che gli Scipioni adottarono sempre e solo i prenomi di Cneo, Lucio o Publio e tendono generalmente ad identificare il giurista di Pomponio con P. Cornelio Scipione Nasica Corculum cos. 162 e 155 (cfr. W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der röm. Juristen* [1967] 11, e v. anche Cic. *Cato mai.* 50). Il Tibiletti suppone invece nell'*Optimus* un fratello del *Corculum* e ritiene possibile che il prenome Caio fosse accettato dal ramo *Nasicae* degli Scipioni: il che gli permette di sostenere che il Caio Scipione incaricato di condurre un complemento di coloni a Como tra l'89 e il 59 a. C. (cfr. Strab. 5.1.6) sia stato, precisamente uno Scipione Nasica, pronipote del giurista.

Ipotesi, per verità non meno ardita di quella che porta a sussumere il giurista Caio nell'uomo politico Publio. Dato e non concesso (o concesso almeno a denti stretti) che gli Scipioni fossero allergici, in tutte le loro diramazioni e in tutte le epoche, a prenomi diversi da

* In *Labeo* 25 (1979) 233 s.

Publio, Lucio e Cneo (il che è smentito da M. Cornelio Scipione Maluginense, *praet.* 176), molto piú che verosimile è che il Caio di Pomponio e il Caio di Strabone siano stati il frutto di una confusione scrittoria tra l'abbreviativo di Caio (C.) e quello Cneo (Cn.).

2. TUSCIANUS.

1. Esisté realmente un giureconsulto *Tuscianus*, successore di Giavoleno Prisco e collega di Aburnio Valente nella direzione della *statio sabiniana*?

La sola menzione di questo misterioso giurista è in D. 1.2.2.54 i. f. (Pomp. *sing. enchir.*): ...*Iavoleno Prisco (successit) Aburnius Valens et Tuscianus, item Salvius Iulianus.*

Come ho già detto altrove (*Profilo storico delle fonti del diritto romano*² [Catania 1945] 141 s.: ivi letteratura sull'argomento), il *liber singularis enchiridii* di Pomponio deve ritenersi sostanzialmente classico, sebbene sia innegabile che esso sia stato infarcito di glossemi ed in qualche punto rielaborato dalle scuole postclassiche. Probabilmente Pomponio scrisse un solo *enchiridion*, e cioè i *libri duo* citati nell'*Index Florentinus* delle Pandette: i postclassici utilizzarono come *liber singularis* l'ampia introduzione di storia delle fonti, della magistratura e della giurisprudenza, che vi si conteneva.

Se si ammette che il *liber singularis enchiridii* non sia stata una falsificazione postclassica (v. invece, in questo senso, Ebrard, in ZSS. 45 [1925] 117 ss.; ma v. Schulz, *History of Roman Legal Science* [Oxford 1946] 167 ss.), occorre, per giustificare qualunque espunzione o correzione del testo, un motivo specifico di sospetto, o almeno un indizio specifico della alterazione che si afferma essere stata operata.

Nel caso nostro, a parte il fatto che *Tuscianus* non è altrimenti noto, l'indizio, forse un po' vago, ma non del tutto trascurabile di alterazione del testo vi è. Occorre ricordare che il nome completo di Giavoleno Prisco fu *L. (o G.) Octavius Titius Tossianus Iavolenus Priscus* (cfr. Berger, art. *Octavius Iavolenus*, in PWRE.). Ciò premesso, io prospetto due possibilità: a) Pomponio ha scritto *Tossianus Iavolenus Priscus* e il *Tossianus* (trasformato in *Tuscianus*) è andato a finire, per errore di un primo amanuense ed incompienza di un successivo copista, dopo *Aburnius Valens*; b) un lettore di Pomponio ha annotato a

* In *AUCT.* 1 (1946-47) 331 s. e in *Labeo* 27 (1981) 431 s.

marginale l'altro nome di Giavoleno (*Tossianus*) e questo (trasformato in *Tuscianus*) è stato interpretato come nome di un diverso giurista da qualche amanuense successivo, che l'ha accoppiato con *Aburnius Valens*.

Questo l'indizio. Ma, naturalmente non mi nascondo che esso non è sufficiente a scalzare la possibilità che *Tuscianus* sia veramente esistito e che Pomponio lo abbia davvero citato nel par. 53.

2. Nel lontano 1947 pubblicai una noticina, lunga appena tre quarti di pagina nella quale indicai la possibilità, piú che l'ipotesi, che il misterioso giurista *Tuscianus*, mai altrove nominato, di Pomp. *sing. enchir.* D. 1.2.2.54 (...*Iavoleno Prisco [successit] Aburnius Valens et Tuscianus, item Salvius Iulianus*) fosse in qualche modo derivato dalla corruzione e trasposizione di *Tossianus*, ch'era uno dei *nomina* di Giavoleno Prisco (*C. Octavius Titius Tossianus L. Iavolenus Priscus*).

« Questo l'indizio », scrissi. E aggiunsi subito dopo: « Ma naturalmente non mi nascondo che esso non è sufficiente a scalzare la possibilità che *Tuscianus* sia veramente esistito e che Pomponio lo abbia davvero citato nel paragrafo 53 » (A. Guarino, *Note romanistiche*, in *AUCT.* 1 [1946-47] 331 s.). Che si voleva di piú, quanto a cautela da parte mia? Ecco quello che mi dissi, ma che tenni riguardosamente per me, quando W. Kunkel (*Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* [1951] 153 nt. 225) scrisse, della possibilità da me prospettata: « das ist ebensowenig undenkbar wie wahrscheinlich ».

Senonché proprio la mia noticina indusse il Kunkel a chiedersi se *Tuscianus* stesse, nell'edizione corrotta di Pomponio, per il « *Cn. Tuscianus P... consul...* » di CIL. 6. 1534 = 14.175 e proprio e sempre la mia sommessa indicazione ha indotto indirettamente D. Liebs (*Nicht-literarische römische Juristen der Kaiserzeit*, in *Das Profil der Juristen in der europäischen Tradition* [1980] 149 ss.) a sviluppare l'ipotesi del Kunkel e a sostenere come probabile l'identità di *Tuscianus* con « *Cn. Tuscianus P[roculus iuris]consul[tus]* » (cosí integrato sulla base di CIL. 6.27843) e con « ... *cutus iurisconsultus* » del testamento di Dasumio (CIL. 6.10229, a. 108 d.C.).

Io non dirò, a proposito di questi arditi accostamenti epigrafici (e delle ardite integrazioni testuali che essi postulano): « das ist ebensowenig undenkbar wie wahrscheinlich ». Mi sia consentito però di osservare che essi non valgono molto di piú dell'assonanza da me per primo rilevata e dell'accostamento da me conseguentemente ventilato di *Tuscianus* a « *Tossianus (Iavolenus Priscus)* ». E mi sia concesso ricordare che pasticcetti del genere nei precedenti paragrafi del frammento pomponiano, come è ben noto, non mancano. Sicché il mio dubbio circa la

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 relatium 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 noluisset et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam*

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

solvisent: 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 solvisent* ») 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 temperamento 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.

nalissima metodologia » di Celso comporta che la giuridicità non sia costituita « *ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt* » (cfr. Cels. 5 dig. D. 1.3.4), ma scaturisca da comportamenti o accadimenti tipici, socialmente « normali », misurati secondo i parametri della « naturalità » (cioè di ciò che concretamente si verifica nelle comuni relazioni economico-sociali) e della « razionalità » (cioè di ciò che concretamente congruisce con un determinato assetto economico-sociale, attuando l'equilibrio tra il bene dei singoli e la *utilitas communis*). Impostazioni, queste, che Celso non enunciò in astratto, ma che si ricavano dall'analisi esegetica minuziosa di testi attinenti ai temi piú svariati.

Segue, nel terzo capitolo (100 ss.), la verifica di quanto detto prima: verifica esplicita attraverso l'esame della concreta interpretazione dedicata da Celso a *leges publicae*, a *senatusconsulta*, a *edicta* giurisdizionali, a *constitutiones principum*, a *regulae iuris*. Particolarmente diffusa la parte dedicata alle leggi (ed ai senatoconsulti), la quale si apre con il controllo del pensiero celsino in ordine all'interpretazione delle *leges publicae* (cfr. D. 1.3.17, 18, 19, 24) e continua con la dimostrazione che il giurista fu contrario ai principii dell'interpretazione retorica e concepì le leggi come semplici « modelli » per la soluzione dei casi esaminati.

2. Il giudizio sul libro del Cerami non può che essere positivo. Lo sforzo compiuto dall'autore è stato davvero ingente e si è tradotto in pagine degne di molta attenzione. Sopra tutto da apprezzare è il lungo terzo capitolo, in cui si incontrano esegesi testuali accuratissime, che già di per sé fanno libro.

Per quanto mi riguarda, prescindo in questa sede dalla mia personale valutazione (o svalutazione) della definizione celsina (cfr. Guarino, *L'ordinamento giuridico romano* [1980] 15 s.) e accolgo per amor di discussione la « *communis opinio* », condivisa dal Cerami, che vede nelle parole di Celso una solenne e importantissima affermazione di principio. Resto tuttavia dell'idea che Celso, come rivela l'uso del termine *ars* (meglio ancora se inteso come « ricerca », giusta i suggerimenti del Cerami), non abbia voluto dirci in che cosa consista il diritto, ma abbia voluto dirci in che cosa consista l'attività volta alla sua interpretazione ed alla sua attuazione. Il diritto, per chi lo pratica (a culminare nei giureconsulti), è la ricerca del *bonum et aequum*, cioè della giustizia.

Se il senso attribuibile alla definizione celsina è quello da me (e da molti altri) individuato, non sembrano autorizzate le conclusioni di fondo del Cerami, secondo cui per Celso la giustizia prevaleva sullo stretto diritto, per esempio sui testi di legge, e la ricerca del diritto

equivaleva alla ricerca del *bonum et aequum*. Solo subordinatamente allo sforzo di individuare il diritto vigente doveva essere invece compiuto il tentativo di accoglierne l'interpretazione che piú si accostasse al *bonum et aequum*. Il che ravvicina Celso agli altri giuristi romani e conferisce alla sua definizione un significato che non è piú fatto per stupire.

D'altra parte, se si leggono con pacatezza le fonti esaminate dall'autore nel terzo capitolo, non sempre si rimane pienamente soddisfatti delle sue esegesi. È il caso, tanto per fare un esempio, di D. 9.2.27.14 (cfr. 125 ss.), in cui Ulpiano (18 *ad ed.*), illustrando le applicazioni del « *rumpere* » previsto dal capitolo III della *lex Aquilia de damno*, afferma: *Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares*, con quel che segue. Secondo il Cerami l'*et ideo* sarebbe opera di Ulpiano e Celso non si sarebbe riferito, nella sua *quaestio*, al *rumpere* aquiliano. Ma, a parte il fatto che la dimostrazione non convince, non si vede a che altro appigliare, sia pure implicitamente, la *ratio dubitandi* di Celso.

5. I « LIBRI DEFINITIONUM » DI PAPINIANO.

Mario Talamanca (*Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR.* 80 [1977] 195 ss.) ha dedicato le circa 150 pagine di un suo scritto ad una valutazione (parziale) del recente volume di *ANRW.* (2.15 [1976]) sulla giurisprudenza romana del principato. Se l'amico (« *sed magis . . .* ») me lo consente, si ha un po' la sensazione, leggendo il suo articolo, di assistere al passaggio del « ciclone Carolina », o di un altro di quei cicloni che devastano periodicamente, di là dell'Atlantico, l'Oklahoma, l'Alabama o il Tennessee: alcune contrade vengono stranamente risparmiate, ma nelle altre, in compenso, gli alberi divelti, i tetti scoperti e i fiumi in piena non si contano. Basta, se la vedano le vittime a fare l'inventario dei danni subiti. Io fortunatamente, anche perché non ho contribuito al volume, ne son fuori, salvo che per una brevissima citazione: una citazione graffiante alla quale ritengo di potere e dover replicare.

Che avevo scritto nella prosa, necessariamente stringatissima, di un mio manuale? Avevo supposto (*Storia del diritto romano*⁵ [1975] 468 s., 483) che i *libri duo definitionum* di Emilio Papiniano appartenessero alla categoria delle crestomazie elementari e siano stati, piú precisamen-

* In *Labeo* 24 (1978) 235 s.

te, una « esposizione *in apicibus* del diritto vigente, condotta secondo l'ordine sistematico dei *digesta* ». Ohibò, esclama il T. (208 nt. 21), si tratta di una « insostenibile ipotesi », cui basta opporre « una rapida lettura dei frammenti rimasti », la quale, dichiara, « dà l'impressione — a mio parere difficilmente confutabile — dell'assenza di qualsiasi criterio per la distribuzione della materia nei due *libri*, a prescindere dall'ordine seguito [?]: si veda la definizione della *lex* nel l. 1 (D. 1.3.1) e la partizione del *ius* nel l. 2 (D. 1.1.7), per non parlare, in quest'ultimo, del frammento sulla *sanctio legis* (D. 48.19.41), nonché il ricorrere in entrambi i libri della materia relativa, ad es., ai legati ed alla *stipulatio* ».

Ebbene no. Strano che il T., così severo con ogni notazione « rapida e impressionistica » altrui, si sia qui tanto fidato di una sua fugace e svagata impressione. Dando per scontato che il sistema dei *Digesta* giustinianeî corrisponda all'ingrosso (ho detto: all'ingrosso) all'ordine (più o meno vario, si badi) dei *digesta* giurisprudenziali classici, comincio col rilevare che, dei 34 frammenti rimastici delle *definitiones* papiniane (cfr. L. Pap. 29-62): a) quelli estratti dal primo libro sono rintracciabili, in numero di 15 su 17, entro i libri 1-35 dei *Digesta Iustiniani*; b) quelli estratti dal secondo libro, in numero di 12 su 17 (contando anche il n. 62 = Coll. 2.3 e accettando la parentela, proposta dal Lenel, 813 nt. 1, del n. 61 = D. 50.17.83 con il n. 53), corrispondono ai libri posteriori al 35. E non basta, perché aggiungerei quanto segue: c) a prescindere dalle ovvie spiegazioni di taluni spostamenti dei restanti 6 frammenti (il che va detto quanto meno per il n. 31, originariamente relativo alla *stipulatio Aquiliana* e al tema del n. 30, nonché per il n. 48, relativo al *fideiussor* o allo *sponsor*, quindi alla materia trattata da Giuliano nei l. 88-90), non si vede perché Papiniano non dovesse parlare della *sanctio legis* (stiamo bene attenti: con riferimento alle pene) verso la fine del libro secondo (n. 59 = D. 48.19.41), in un punto relativo a leggi e *quaestiones* penali; d) il n. 46 del secondo libro è stato presumibilmente portato nel titolo introduttivo, « *de iustitia et iure* », dei *Digesta* (D. 1.1.7) dai compilatori di Giustiniano (o chi, prima, per essi) per le stesse ragioni ed allo stesso modo per cui ivi è stato inserito dagli stessi il fr. 11, estratto da Paul. 14 *ad Sabinum* (un punto in cui Paolo aveva, sí, pronunciato *verba generalia*, ma occupandosi *de acquirendo rerum dominio*: cfr. L. Paul. 18-64): nel contesto originario è pensabile che i *verba generalia* del brano papiniano si riferissero, tanto per dirne una, alla *bonorum possessio* (cfr. D. 37.1), cioè all'istituto di *ius praetorium* più vistosamente

in giustapposizione al *ius civile*; e) l'adozione di un « ordine », sia pure molto approssimativo, in qualche modo improntato a quello dei *digesta* è confermato dal fatto che Coll. 2.3 (= L. 62) porta ancora una sua rubrica, « *de iudicatis* », la quale ha fatto pensare al Lenel (*Pal.* 1.809 nt. 1) che tutta l'opera fosse internamente rubricata, quindi ordinata a sistema. È tutto.

Con licenza ancora di un codicillo, che è questo. Quando, il giorno del Giudizio Universale, sarò giudicato (anche) per le numerose malefatte di romanista, difficilmente il Signore escluderà il dolo o mi concederà le attenuanti. Anche se ho l'assillo della brevità e il vezzo dell'« understatement », io le mie sciocchezze raramente le scrivo, purtroppo, senza averle prima, *frigido pacatoque animo*, addirittura pensate.

6. LE «DISPUTATIONES» DI TRIFONINO.

Nella *Festgabe für Johannes Sontis*, pubblicata con il titolo piú generale di *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht* (München, Beck, 1977, p. VII-266), compaiono solo cinque scritti romanistici, ma tutti molto interessanti, dovuti ad H. J. Wolff, M. Kaser, D. Nörr, F. Wieacker, D. Simon. Lo spazio per occuparsi di tutti, o anche solo di uno tra questi saggi qui non è concesso. Sia lecita solo una nota a proposito di un famoso frammento di Trifonino, 10 *disputat.* D. 48.19.39, preso in esame dal Nörr (*Cicero als Quelle und Autorität bei den römischen Juristen*, 33 s., spec. 36 ss.): « *Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnans fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filius procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est* ».

Nella scarsità e nella singolare inesattezza delle citazioni ciceroniane da parte dei giuristi classici, a cominciare da Celso, posta in luce dal N. (cosa che, peraltro, può essere anche in gran parte dipesa dalle scorciature e dalle sforbiciature dei postclassici e dei giustinianeî), questa citazione fa spicco, perché corrisponde quasi letteralmente (volto il discorso in terza persona) al passo di Cic. *pro Cluent.* 11.32: « *Memoria teneo Milesiam quandam mulierem, cum essem in Asia, quod*

* In *Labeo* 25 (1979) 109 ss.

ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi ipsa medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam». La minuziosa e impeccabile trattazione di E. Nardi (*Procurato aborto nel mondo greco-romano* [1971] 214 ss., 413 ss.) esime dalla necessità di commentare sia il testo di Cicerone, relativo ad una fattispecie estranea al diritto romano, sia quello di Trifonino, in cui si afferma che anche il diritto romano punì in qualche modo, *extra ordinem*, l'azione della moglie che si procurasse l'aborto in odio al marito, quanto meno a partire da un rescritto di Severo e Caracalla (cfr. Ulp. 33 *ed. D.* 48.8.8, Marcian. 1 *reg. D.* 47.11.4). Il punto che qui interessa è questo: vero è che Cicerone era nel secondo secolo largamente utilizzato nelle scuole di retorica e che Trifonino può avere avuto senza difficoltà sott'occhio l'orazione *pro Cluentio* (così N., 37 s.); ma come mai tanto insolita fedeltà al testo ciceroniano?

Sempre che il tutto non dipenda dal caso o da altro, direi che la risposta è forse da intravedere nel tipo dell'opera di Trifonino, l'unica intitolata, per quanto ne sappiamo, « *libri (21) disputationum* ». F. Schulz (*Storia della giurisprudenza romana* [tr. it. 1968] 405, 420), pur dubitando avventatamente dell'autenticità dell'opera, contrasta giustamente la tesi di G. Beseler (*T.* 10 [1930] 190), secondo cui il termine « *disputatio* » sarebbe stato estraneo alla giurisprudenza classica. Il termine non può essere considerato spurio solo perché le *disputationes* erano caratteristiche, di regola, delle discussioni retoriche o filosofiche e dei contrasti giudiziari; ed è appunto questo rilievo che induce a pensare che l'opera di Trifonino (certamente di lui, anche se inquinata da interventi postclassici) sia stata in certo qual modo, nei confronti delle raccolte di *quaestiones* e via dicendo, un'opera singolare: singolare perché accolse in sé anche, forse prevalentemente, resoconti di *disputationes* avute da Trifonino con persone non limitate alla cerchia dei giuristi e degli *auditores*.

Che dispute del genere fossero possibili o addirittura frequenti è dimostrato, ad esempio, dalla ben nota controversia ad armi cortesi intervenuta, « *in area Palatina, cum salutationem Caesaris opperiremur* », tra Sesto Cecilio Africano e il filosofo Favorino, della quale ci riferisce Gell. *N.A.* 20.1: una controversia in cui è evidente il compiacimento dell'accademico (o di Gellio) nel fare citazioni letteralmente precise. Se, ciò posto, supponiamo che la *disputatio* riferita, una volta tanto senza eccessi di sintesi, in *D.* 48.19.39 sia derivata dall'incontro tra il giurista Trifonino e un « letterato » che gli ricordava polemicamente il passo della *pro Cluentio*, ci si renderà conto, penso, tanto della fedeltà

della citazione al testo originario, quanto del « *sed* » con cui viene introdotta la notizia del rescritto di Severo e Caracalla contro la moglie che abortisce per far dispetto all'ex-marito. (A Mileto si condannò a morte, sin dai tempi di Cicerone, una donna che si procurò l'aborto per evitare la nascita del figlio postumo e per far andare l'eredità del marito ai secondi eredi? Sì: ma oggi, in forza di un rescritto di Severo e Antonino, una moglie che faccia qualcosa del genere va a finir in temporaneo esilio).

7. LA DATA DELLA MORTE DI ULPIANO.

1. Nel dedicare una segnalazione alla mia *Storia del diritto romano*⁶ (1981), J. Modrzejewski (in *RHD.* 60 [1982] 118) deplora che io, pur avendo largamente ragguagliato il lettore in ordine al materiale epigrafico e papirologico di cui disponiamo, non abbia fatto cenno delle rassegne papirologiche pubblicate in *RHD.* e in *SDHI.* Potrei limitarmi a rispondergli che l'economia del mio manuale non comportava, almeno a mio giudizio, queste precisazioni (tanto più che la menzione di *RHD.*, di *SDHI.* e di ogni altro importante periodico non viene affatto omessa). Ma forse è opportuno che la risposta chiarificatrice si trasformi in una piccola, pur se cordialissima, replica. Il M. passa infatti anche ad accusarmi di non aver sempre tenuto conto degli apporti della papirologia allo studio del diritto romano. Il che sarebbe dimostrato dal fatto che la data della probabile morte di Ulpiano è sempre da me (449) fissata nel 228 d. C., « contre le temoignage de *P. Oxy.* XXXI 2565 (cfr. *RHD.* 1967, 565-611) ».

Ovviamente, io non ignoravo, aggiornando la *Storia* per la nuova edizione, l'ampio ed interessante commento dedicato da J. Modrzejewski e T. Zawadzki a *POxy.* 2565a, nell'articolo intitolato *La date de la mort d'Ulpian et la préfecture du prétoire au début du règne d'Alexandre Sévère*, né ignoravo la letteratura successiva, sino all'articolo di G. Crifò (*Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*), in *ANRW.* 2.15 (1976) 708 ss., ed all'ancor più recente articolo di R. Syme (*Fiction about Roman Jurists*), in *ZSS.* 97 (1980) 78 ss. Ma il fatto è che *POxy.* 2565a non prova affatto, almeno a mio avviso, che Ulpiano sia morto nel 223, mentre l'ipotesi più affidante, sempre a mio avviso, è ancora quella di una fine violenta avvenuta nel 228.

* In *Labeo* 28 (1982) 343 s. e 38 (1992) 97 s.

Il papiro di Ossirinco riporta una professione di nascita resa nel 224 « *Apud M. Aurelium Epagathum praefectum Aegypti* » ed Epagato è colui cui l'epitome di Dione Cassio, redatta nel sec. XI del monaco Giovanni Xifilino, attribuisce la principale responsabilità dell'assassinio di Ulpiano. Dato che Xifilino aggiunge che Epagato fu subito dopo inviato in Egitto in veste di *praefectus*, per essere poi prestamente trasferito a Creta ed ivi condannato a morte, non vi è dubbio che la prima idea che viene alla mente sia appunto quella di assegnare al 223 la morte del nostro giurista. Tuttavia, fra le tante imprecisioni di Xifilino, del resto notissime, può esservi stata anche quella relativa alla responsabilità di Epagato ed al singolare metodo seguito dall'imperatore per allontanare da Roma e successivamente per far giustiziare l'odioso personaggio.

Tutto fa credere, invece, che la notizia meno inattendibile data dall'epitomatore (80.4.2) sia quella di una vivace sollevazione dei pretoriani contro Cassio Dione nel 228: sollevazione che si tradusse in accuse formulate πρὸς τῷ Οὐλπιανῷ, cioè « davanti ad Ulpiano » (nella qualità di *praefectus praetorio*), il quale dunque in quell'anno era, a quanto pare, ancora vivo. È alla maggiore attendibilità di questa notizia (e della lettura del πρὸς come indicativa della presenza fisica di Ulpiano) che va sacrificata, a rigor di metodo, la credibilità del residuo racconto.

2. In una ricca e accurata rassegna degli studi papirologici dal 1985 al 1988 (cfr. *JJP.* 21 [1991] 105 ss.) Joseph Modrzejewski si è compiaciuto vivamente di un'altra adesione, quella di T. Honoré (*Ulpian* [1982] 8 e 39 s.), alla ipotesi da lui e da T. Zawadzki prospettata nel 1967 in ordine alla data di morte del giurista Ulpiano (*La date de la mort d'Ulpian et la préfecture du prétoire au début du règne d'Alexandre Severe*, in *RHD.* 45 [1967] 565 ss.): data che POxy. 2565 inviterebbe a sistemare nel 223, anziché nel 228 d.C. Giusto compiacimento, se non fosse che quella che era nel 1967 una ricostruzione in cui « l'hypothèse joue un rôle considerable » (cfr. p. 609 del 1967) è diventata nel frattempo « une donnée sûre », la quale è « désormais l'opinio communis des historiens », dai quali ora mi distacco io soltanto, visto che preferirei la notizia sospetta di Dio. (Xiph.) 80.1.1 e 2.2-4 al « témoignage » del documento di Ossirinco (cfr. p. 253 del 1991).

Orbene, mentre rilevo che l'adesione della maggioranza lo ha fratantanto indotto a trasformare il primitivo indizio in un dato incontestabile, mi permetto di obiettare al M., dopo avere ancora una volta attentamente letto il saggio del 1967, le stesse cose che già gli ho obiettate in un « tagliacarte » del 1982 (cfr. *Labeo* 28 [1982] 343 s.).

Supposizione per supposizione, considero « meno inattendibile » quella basata sulla sostanziale accettazione del racconto contenuto nel testo dioneo riassunto da Xifilino. Dato che questo testo, con indubbio riferimento all'anno 228, dice che Ulpiano fu trucidato dai suoi pretoriani su istigazione di (M. Aurelio) Epagato ed aggiunge che Epagato fu subito dopo allontanato dall'imperatore e mandato a fare il prefetto di Egitto, il fatto che da POxy 2565a risulti che Epagato era già prefetto di Egitto nel 223 implica tre possibilità: o che l'uccisione di Ulpiano sia avvenuta nel 223 (come appunto sostiene il M.); oppure che l'uccisione del giurista sia avvenuta nel 228, ma non sia stata organizzata da Epagato; o anche che Epagato, già prefetto d'Egitto nel 223, sia stato rinvitato dopo il delitto del 228 in quella provincia (nuovamente o ancora come prefetto) al solo scopo di rimanervi momentaneamente e di venire quindi trasferito a Creta per esservi a sua volta ucciso.

Il mio cauto e prudente « avis isolé » è che Xifilino indubbiamente qualche confusione l'abbia commessa, ma che sia molto avventato gettarsi sulla prima possibilità e negare la non meno buona (anzi, forse, migliore) consistenza di una delle altre due, a scelta. In altri termini, non bisogna cader troppo facilmente vittime di quello che altrove (*Giusromanistica elementare* [1989] 190 ss.) ho chiamato il « complesso dell'epigrafe », o più precisamente il complesso della sopravvalutazione del « reperto » epigrafico o papirologico a detrimento delle altre fonti di informazione.

Pensarci due volte (o, meglio ancora, dieci), alle cose, non è affatto male. « *Semel emissum volat irrevocabile verbum* » (Hor. *Epist.* 1.18.71).

8. INTERPOLAZIONISTI, VIL RAZZA DANNATA.

Il volume che Vincenzo Scarano Ussani, rimeditando suoi precedenti scritti (alcuni dei quali ospitati su *Labeo*), ha dedicato al pensiero di Nerazio Prisco e di Celso figlio è, come sempre, molto accurato e preciso. Forse un po' enfatico il titolo (S. U. V., *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano* [Torino 1989] p. 158) e non del tutto misurata l'introduzione (1 ss.), la quale ultima è in sottile e sopravvenuta polemica (o sbaglio?) con chi, come me, giudica assai difficile (mai detto « impossibile ») ricostruire in modo affidante, con le fonti di cognizione che ci passa il convento, le « personalità » e i « saperi » dei

* In *Labeo* 36 (1990) 311 s.

giuristi romani, né si preoccupa di imbellettare ad ogni costo le sue ricerche pur di essere maggiormente « conosciuto e considerato » nei circoli degli antichisti (cosa tutta da dimostrare) « ad alto livello ».

Ma i titoli e le introduzioni, come ben si sa, vengono fuori, di solito, dopo che il libro è stato scritto, spesso su suggestioni provenienti (come è prassi, ad esempio, dei giornali) da « titolisti » e affini diversi dall'autore. Quel che ha importanza è il libro: e, nel caso nostro, lo ripeto a scanso di equivoci, siamo in presenza di un buon prodotto, che va letto e meditato con interesse e che risulta, a lettura compiuta, di molto profitto, pur se non se ne possano condividere pienamente le tesi (e pur se, ad esempio, sia piuttosto difficile da ammettere il forte dissenso che vi sarebbe stato tra il « dogmatico » Nerazio e l'« empirico » Celso: dissenso che l'a. suppone, con audace visione « dietrologica », aver addirittura avuto, causa la presunta contemporanea presenza dei due nel *consilium* di Adriano, anche « non irrilevanti implicazioni di carattere politico »).

Per quanto mi riguarda (ma qui parla, si badi, un personaggio calato, dalla cintola in giù, in quel perverso « primo cinquantennio di questo secolo » che fu percorso in lungo e in largo dalle bande feroci, forse contagiatrici anche di peste, degli « interpolazionisti »), per quanto dunque mi riguarda, nessuna « ostentata » diffidenza, e tanto meno « malcelata ostilità ». Come ho scritto (e ad alcuni autori, il nostro compreso, personalmente detto) non una, ma più volte, il « recupero » può essere tentato; ma va fatto con molta, moltissima prudenza, senza lasciarsi incantare da coincidenze ed analogie culturali non sicure e non ragionevolmente probabili e senza levare i risultati parziali che talora persuasivamente si raggiungono a indici totalizzanti della personalità (dogmatica, empirica, pirronica, eclettica, o che altro si voglia) del giurista considerato (v. in proposito il mio scritto *Le ragioni del giurista*, trascurato dall'a., con cui si apre la raccolta dello stesso titolo pubblicata nel 1983).

Mi spiego meglio. Come non è detto che la corrispondenza di una mia frase con un'affermazione sgorgata dal genio di un grande filosofo o poeta (contemporaneo o del passato) sia indice del fatto che io conosca le opere di quell'eminente e vi aderisca, così non è detto che la coincidenza di un concetto espresso da questo o quel giurista romano con le idee manifestate (ai suoi tempi o prima di lui) da questo o quel filosofo o poeta sia indice, a sua volta, di conoscenza e assimilazione da parte del giurista degli scritti del predetto filosofo o poeta (il che vale sopra tutto per i tempi antichi, che erano tanto carenti di edizioni, di enciclopedie e di « mass media »). Ragionare senza questa necessaria prudenza, non

porsi il dubbio (faccio per dire) che la consonanza di una frase del modesto Guarino con un insegnamento del grande Gadamer (di cui Guarino non ha mai letto una riga) possa anche dipendere da un casuale sprazzo di intelligenza del modesto Guarino (o da un momentaneo abbassamento di livello del grande Gadamer), insomma che possa dipendere dal caso, significa, a mio (modesto) parere, ragionare per l'appunto alla maniera prevenuta e arrogante dei non mai abbastanza maledetti « interpolazionisti » (« vil razza dannata » del primo cinquantennio del secolo).

9. UCCIDERE I MORTI.

Alf. 6 *dig.* D. 5.1.76 è un testo notissimo (quello del collegio dei giudici che non cambia per il mutar dei suoi membri e dei casi analoghi della legione e dei suoi soldati, del popolo e dei suoi cittadini, della nave e delle sue tavole, nonché del corpo umano e del continuo ricambio delle sue *particulae minimae*): un notissimo responso di Alfeno (forse di Servio), che F. Schulz (*Storia giurispr. rom.* [1968] 158 s.), insospettito dal suo sapore scolastico, ha ritenuto parzialmente glossato.

Ebbene si legga questo squarcio. « In una pagina che non gli fa onore, e che sarebbe meglio dimenticare, Fritz Schulz ha dubitato dell'autenticità di questa scrittura, e arriva a immaginare che da 'neque in' alla fine si tratterebbe solo di una tarda aggiunta. La motivazione fa ricorso ad argomenti della piú scombinata e disarmante filologia interpolazionista, quella di un Beseler, non osiamo dire di un Gradenwitz o di un Pringsheim. Una leggerezza sconsolante, frutto del piú ostinato pregiudizio, vi sarebbe da non parlarne neppure, se questi atteggiamenti non avessero fatto scuola negli studi romanistici, purtroppo piú delle molte cose serie che Schulz poteva insegnare ».

Con tre periodetti tra loro concatenati, Aldo Schiavone (*Giuristi e nobili nella Roma repubblicana* [Bari, Laterza, 1987] 132 ss.) è riuscito, in una volta sola, a dare una fiera bacchettata sulle dita a F. Schulz e ad insolentire (è la parola), tra altri che non nomina, tre romanisti egregi, che non sono in grado di rispondergli.

È ben fatto questo atteggiarsi a giudice sprezzante di studiosi per di piú trapassati? Sarà ben fatto se, da qui a cento anni, poco dopo la fatale scomparsa dello Schiavone nostro contemporaneo, qualche Schiavone

* In *Labeo* 34 (1988) 382 ss.

del futuro, non apprezzando (come è pur possibile) l'enfasi di certe teorie sul « secolo della rivoluzione scientifica », proromperà, nei riguardi del loro autore e degli altri cui egli avrà fatto scuola, in analoghe disgustate condanne? Io ritengo fermamente di no: non solo perché rispetto i romanisti (nominati e innominati) con cui se la prende Schiavone, ma anche perché ho stima proprio di Schiavone, studioso acuto pur se talvolta un tantino immaginifico, e mi fa dispiacere sia che egli possa essere in un lontano futuro a sua volta svillaneggiato, sia che, al giorno d'oggi, egli non faccia sempre mostra, forse per eccesso di emotività, di quella fondamentale virtù della tolleranza, che deve stare alla radice della conversazione scientifica.

Detto il che per doverosa sincerità, io aggiungerò che, per vero, lo Schiavone ha pienamente ragione nel difendere il testo di Alfeno dalla critica dello Schulz, anche se non mi sentirei di accogliere alcuni degli argomenti (forse di un filologismo un po' esasperato e di una sottigliezza piuttosto eccessiva), che egli porta a dimostrazione del carattere « letteralmente » (non solo sostanzialmente) serviano del dettato di D. 5.1.76. Premesso che il testo riferisce una *quaestio* teorica (« *proponebatur* ») relativa ad un collegio giudicante di numero imprecisato di membri e che questi vengono in parte sostituiti per *excusatio* quando la *causa* è stata già (totalmente?) *audita*, il problema è se la *causa* (o *res*) sia sempre la stessa (e quindi il dibattimento non debba essere interamente rifatto), oppure no. La risposta affermativa di Alfeno (o di Servio) è plausibile, ed è evidente che ad essa si è pervenuti attraverso un'ampia discussione svoltasi nella cerchia ben nota degli *auditores Servii*. Perché, dunque, e con quale verosimiglianza, pensare al glossatore postclassico, quando è così quasi addirittura visiva la scena di Servio e dei suoi allievi, che si incalzano l'un l'altro con nuovi argomenti analogici, sino all'argomento supremo, anche se non proprio raffinatissimo (ma non stiamo qui ad allungare il discorso), del corpo umano che è sempre lo stesso, eppure è sempre diverso per il rinnovarsi incessante degli atomi che lo compongono?

All'ipotesi interpolazionistica bisogna ricorrere come ad *ultima ratio* (posso concedermi un richiamo ad A. Guarino, *L'esegesi delle fonti del diritto romano* [1967] *spec.* 579 ss.?) e, nel caso nostro, dall'*ultima ratio* siamo, mi sembra, ben lontani.

(A proposito, stavo per dimenticarmene. Nel senso della genuinità di D. 5.1.76 cfr., con buona pace dello Schiavone, G. von Beseler, *Juristische Miniaturen* [1929] 132-141).

Finito di stampare
nella Tip. G. Pipola - Napoli
nel mese di luglio 1994