

gato dai due compilatori per giungere, nel corso della redazione delle rispettive parti, al punto che ci interessa<sup>45</sup>. Quel che piuttosto importa è notare che il compilatore di Inst. 3.2.1 ha indubbiamente tenuto avanti agli occhi il testo di Gaio e non la copia fattane dal suo collega: tanto è vero, che egli ha riprodotto diversamente quel testo. Si aggiunga che, forse, se egli avesse letto Inst. 1.15.1, avrebbe rinunciato a definire una seconda volta, quasi nello stesso modo, gli *adgnati* ed avrebbe scritto, sulla scorta di quel che presumiamo essere stato il testo genuino di Gaio: *qui sint autem adgnati, primo libro tradidimus*.

Tutto porta, pertanto, a concludere che sull'operato singolo ed indipendente dei due redattori si sia sovrapposto in un secondo momento l'operato di Triboniano e della commissione plenaria in sede di coordinamento. Questa tesi concorre a spiegare l'*ut primo quoque libro tradidimus* di Inst. 3.2.1<sup>46</sup> ed è quella che meglio chiarisce la identica modificazione di Gai 1.156, con l'intrusione del termine *cognati*<sup>47</sup>.

POSTILLA: SUI GRADI DELL'« ADGNATIO ».

D. 38.10.4 pr. (Mod. 12 *pand.*): *Non facile autem, quod ad nostrum ius attinet, cum de naturali cognatione quaeritur, septimum gradum quis excedit [quatenus ultra eum fere gradum rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur].*

Il fr. introduce, in un titolo derivante da un predigesto postclassico (cfr. da ultimo Guarino, *Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis*, in *SDHI.* 9 [1944]), un lungo brano

<sup>45</sup> A rigor di termini, quando il redattore della seconda parte delle Istituzioni giunse al secondo titolo (3.2), il redattore della prima parte non poteva ancora essere giunto al quindicesimo titolo (1.15). Ma è proprio il « rigor di termini » che non deve essere osservato in questa materia.

<sup>46</sup> Dico « concorre a spiegare », perché non può escludersi che il redattore di Inst. 3.2.1 abbia preso un appunto del rinvio fatto da Gaio al primo commentario, e che di questo appunto si sia servita la commissione plenaria per inserire la frase *ut primo quoque libro tradidimus*.

<sup>47</sup> *Cognati* è stato scritto, forse, dal redattore di Inst. 1.15.1 (meno preciso, come abbiamo visto, nella riproduzione del testo gaiano) ed è stato poi riportato in Inst. 3.2.1 dalla commissione di coordinamento. Poco probabile l'ipotesi di un glossema postgiustiniano.

\* In *AUCT.* 1 (1947) 329 s.

quasi totalmente rielaborato in ambienti di scuola (cfr. da ultimo, Guarino, *Adfinitas* [Milano 1939] 33 ss., 57 ss., 100 s.).

Altrove (*Adfinitas* cit. 33 ss.), preso dalla necessità di investigare criticamente i paragrafi successivi, non mi sono soffermato nell'analisi critica del pr. Ma il periodo *quatenus—non patitur* è certamente non genuino, e basteranno poche parole a dimostrarlo.

La dichiarazione *non facile—excedit* significa che difficilmente ha rilevanza nel campo del diritto (*quod ad nostrum ius attinet*) la parentela di sangue oltre il settimo grado. Può darsi che questa dichiarazione fosse seguita da qualche frase esplicativa o esemplificativa; più probabile è che Modestino si sia fermato ad essa, ritenendola già di per sé completa.

Mi pare, comunque, che *quatenus* rell. sia un ben infelice tentativo di esplicitare la dichiarazione modestiniana. Già la forma dà luogo a qualche sospetto: *quatenus* nel senso di *quoniam* è raramente usato ed appartiene piuttosto alle ricercatezze dello stile poetico; *fere* è fuori posto (... *fere consistere non patitur*). Molto più significativa — anzi, secondo me, decisiva per la nostra critica — è la sostanza.

Che significa che « la natura non permette quasi mai che vi sia la vita dei cognati oltre il settimo grado »? La stranezza della frase ha già impressionato il Mommsen (*Ed. maior* ahl.), il quale ha tentato un salvataggio, sostituendo *vinculum* a *vitam*. Senonché, adottando l'emendamento proposto dal Mommsen, si viene a creare una frase che è in parte tautologica e in parte puerile: oltre il settimo grado difficilmente ha rilevanza il vincolo cognatizio « perché la natura quasi non ammette che esso vincolo sussista oltre il settimo grado ».

Il Brini (in *Rendic. Acc. Bologna* 3.36 ss.) ha, credo, giustamente ripudiato l'emendamento del Mommsen ed ha proposto di intendere il *quatenus* rell. nel senso che non è quasi possibile nell'ordine naturale delle cose la coesistenza (*vita*) dei membri di tutte le generazioni attraverso cui si calcola la *cognatio*, sino al capostipite. Ma perché mai questo rilievo sarebbe dovuto e potuto servire a giustificare l'affermazione che la *cognatio* non ha rilevanza giuridica oltre il settimo grado? Si dica che oltre il settimo grado i legami del sangue sono ormai affievoliti, si dica che non è opportuno ritenere unite dal vincolo giuridico della *cognatio* persone che non sentono più l'affetto derivante da una comune generazione e che si ritengono perciò estranee le une alle altre, si dica quel che si vuole; ma a che servirebbe dire quel che propone il Brini?

Senonché l'Arangio-Ruiz (*Istituzioni*<sup>9</sup> [Napoli 1947] 428 nt. 2) ha

cercato a sua volta di salvare la frase in esame e di giustificarne l'interpretazione del Brini, rilevando che « un tal criterio si spiega solo risalendo dalla cognazione all'agnazione e riconnettendo la composizione della *familia communi iure* a quella della *familia proprio iure* ». Di qui l'affermazione che l'*adgnatio* è anch'essa limitata al settimo grado, sebbene questo limite sia « appena riconoscibile » nel passo di Modestino.

Il tentativo di interpretazione dell'Arangio-Ruiz è, come sempre, veramente sottile, ma ho il dubbio che esso ecceda oltre modo dai limiti imposti all'interprete dalla lettera del fr. e dalla considerazione del sistema generale.

A mio avviso l'unico modo per dare un significato plausibile alla strana frase che forma oggetto di queste note è certamente quello escogitato dall'Arangio-Ruiz. Ma è ammissibile che Modestino si diletasse ad architettare di tali sciarade per i modesti lettori dei suoi *libri pandectarum*? Non pare davvero che Modestino sia stato così complesso e concettoso nei suoi scritti; né, purtroppo, egli poteva illudersi di avere degli Arangio-Ruiz fra i suoi lettori.

In ogni caso, quando si sia risaliti, sulle orme dell'Arangio-Ruiz, dalla cognazione alla agnazione, ci si viene ad accorgere, se non erro, che il passo implicherebbe per altro verso delle difficoltà, che vorrei definire di ordine sistematico.

Non metto in dubbio che, nel corso del diritto classico, la categoria *cognatio* abbia influito sulla categoria *adgnatio* sino al punto da determinare il concetto di *gradus adgnationis*. Dubito, invece, che l'influenza sia andata più oltre, cioè sino al punto da far concepire l'*adgnatio* come limitata al settimo grado: la congerie di testi di cui disponiamo in ordine alla successione *ab intestato* ed alla *tutela legitima* ci dice concordemente che *adgnatus proximus* è anche chi sia al di là del settimo grado, è anche colui che sia nato dopo la morte del comune capostipite. Che Modestino abbia potuto modificare e limitare queste regole esplicitamente potrei capirlo, trattandosi di un tardo giurista classico; meno facile mi è ammettere che egli abbia implicitamente alluso a queste modificazioni e limitazioni dell'insegnamento corrente sino a Paolo ed Ulpiano, perché ciò dovrebbe significare che l'opinione accennata da lui era già sufficientemente diffusa.

Io concluderei, pertanto, col rigettare anche il tentativo di interpretazione dell'Arangio-Ruiz. Il diritto romano classico non conobbe una limitazione del vincolo agnatizio al settimo grado. *Quatenus* rell., mancando di un significato plausibile e chiaro, deve ritenersi frutto di un

glossema, col quale si è voluto probabilmente dire che la cognazione non ha rilevanza oltre il settimo grado perché in pratica non avviene quasi mai che si considerino parenti tra di loro persone tanto distanti nell'ordine delle generazioni.