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

VI

CASA EDITRICE DOTT. EUGENIO JOVENE
NAPOLI 1995

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

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI
© *Copyright 1995 by Casa editrice Jovene - Napoli*

*Stampato in Italia* *Printed in Italy*

Tipografia G. Pipola - Via Anticaglia, 17 - Napoli

## INDICE GENERALE

### Sezione VIII

### CASI E ISTITUTI DEL « IUS PRIVATUM »


*pag.*

Il problema dogmatico e storico del diritto singolare . . . 3

Postilla prima: In tema di costituzione dell' « ususfructus », p. 75
Postilla seconda: Analogia e dintorni, p. 79

« Rem tene, verba sequentur » . . . . . 81

Questioni intorno a Gai 3.10 . . . . . 89

Postilla: Sui gradi dell' « adgnatio », p. 101

L'oggetto del « castrense peculium » . . . . . 105

I « gladiatores » e l' « auctoramentum » . . . . . 134

Il « leasing » dei gladiatori . . . . . 153

Il progetto di Vestorio . . . . . 159

« Abalienatio » . . . . . 167

Tra asini e cavalle . . . . . 171

Il mandato e la procura . . . . . 186

Alle origini del « mandatum credendi » . . . . . 197

« Consuetudo micandi » . . . . . 213

*pag.*

La congruenza delle somme . . . . . 220

« Magister » e « gubernator navis » . . . . . 224

Per la storia del « contrarius consensus » . . . . . 232

L'obbligazione da indebito . . . . . 244

Le matrone e i pappagalli . . . . . 262

La sussidiarietà dell' « actio de dolo » . . . . . 281

La tradizione globale . . . . . 291

Note sul testamento segreto romano . . . . . 298

La forma orale e la forma scritta nel testamento romano . . 314

La scrittura nel « testamentum per aes et libram » . . . 331

« Aboleri carmina flammis » . . . . . 341

Sull'origine del testamento dei militari nel diritto romano . . 346

« Ademptio libertatis » implicata da « legatum » . . . . 358

Über den Begriff der Kollation . . . . . 375

« Collatio dotis » . . . . . 404

« Extraneus » . . . . . 421

Il « beneficium separationis » dell' « heres necessarius » . . 442

Gai 2.155 e il « beneficium » dell' « heres necessarius » . . 475

« In iure cessio hereditatis » . . . . . 503

*pag.*

Extravaganti e bricciche . . . . . 512

1. La « pruderie » di Catone il censore, p. 512
2. Antonio e Cleopatra, p. 516
3. Gli « specialisti » e il diritto romano, p. 520
4. Il sedicesimo anno, p. 523
5. Lo stato giuridico di Titiro, p. 525
6. « Collo dorsove domantur », p. 528
7. I « circumcelliones », p. 531
8. La donna tutrice, p. 534
9. « Manumissio cum grano salis », p. 536
10. Schiavi in fuga, p. 537
11. Il « iudicium domesticum », p. 538
12. « Tollere liberos », p. 539
13. Banche e banchieri, p. 540
14. Romanità sportiva, p. 542
15. Il tempo e il diritto, p. 543
16. Il barbiere giurista, p. 544

# Sezione VIII

# CASI E ISTITUTI DEL « IUS PRIVATUM »

# IL PROBLEMA DOGMATICO E STORICO DEL DIRITTO SINGOLARE

1. — Dalla prima presa di contatto con i futuri discepoli molto può dipendere della fortuna di un docente [1]. Questa verità vale sopra tutto per noi romanisti del secolo XX, che abbiamo prima d'ogni altro il grave còmpito di combattere con tutti i mezzi, nell'animo dei nostri allievi, una diffidenza piú o meno pronunciata, una prevenzione piú o meno tenace, ma innegabili entrambe: la diffidenza, la prevenzione contro questo « diritto romano », materia storica piú che giuridica, gravosa forse ad apprendersi, certo non facilmente e sempre armonizzabile con i dati della cultura giuridica moderna. Materia, insomma, di cui non tutti vedono, almeno a prima vista, qual possa essere la utilità pratica, immediata, concreta [2].

* In *Annuario dir. comparato* 18 (1946) 1 ss.

[1] Prolusione al corso ufficiale di Storia del diritto romano, letta il 21 gennaio 1943 nella R. Università di Catania. Nessuna modificazione nel testo: omesse soltanto le parole di circostanza ed aggiunte le note piú strettamente necessarie. Per una giustificazione del tema di questa prolusione e della sua posizione rispetto a miei precedenti scritti, v. *infra* nt. 19.

[2] Prescindo completamente, in questi cenni introduttivi, dal discutere o dal delibare il cosí detto problema della « crisi del diritto romano », già affiorante da alcuni anni in Europa (v. in proposito LAURIA, *Indirizzi e problemi romanistici*, in *FI.* 61 [1936] IV estr.: ivi citazioni alla nt. 3) e posto sul tappeto dell'attualità dalla magnifica discussione del KOSCHAKER, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistiche Rechtswissenschaft*, in *Schriften der Ak. für Deutsches Recht* (München-Berlin 1938): difesa appassionata della legittimità dei nostri studi, essenzialmente volta contro una tendenza eversiva di carattere meramente politico (v. in proposito BETTI, *La crisi odierna della scienza romanistica in Germania*, in *RDCo.* 38 [1939] 1.20 s.; GROSSO, *Rc.* a Koschaker, in *SDHI.* 5 [1939] 505 ss.). Sta di fatto che nuovi attacchi sono mossi, in questi anni, particolarmente in Germania, contro l'utilità dello studio del diritto romano e quindi del suo insegnamento nelle Università: e, a differenza del KOSCHAKER (*cit.* 46 s. e *passim*), io penso che eguali attacchi non sono stati mossi in Italia durante il periodo del regime fascista unicamente perché l'indirizzo politico di quel regime era fatto di esaltazione della ro-

Purtroppo, è un fatto che la prevenzione contro i « romanisti » ed il loro « diritto romano » non si ferma agli studenti, la cui fresca intelligenza facilmente può essere ricondotta, dalla guida sicura di un accorto docente, a trarre fruttuoso godimento anche dalle indagini romanistiche. Essa, purtroppo, tende a salire e a dileguarsi tra gli stessi dogmatici del diritto moderno.

È già un bel po' di tempo — son già piú di quarant'anni [3] — che i cultori del diritto moderno e dei problemi generali del diritto seguono con sempre maggiore discontinuità e — perché non dirlo? — incomprensione le nostre ricerche di storia dei dogmi giuridici romani. È già un po' di tempo che, forse, molti di loro, anche se non tutti, guardano al nostro lavoro come ad una fatica piú da filologi che da giuristi; che molti di loro, quindi, si chiedono se, a leggere i nostri libri, a penetrare i sempre nuovi problemi che ci poniamo, il gioco valga poi la candela.

Le lodi, veramente, non mancano neanche ai romanisti, da parte dei cosí detti « dogmatici », loro colleghi di Facoltà giuridica. Ma sono espressioni di pura cortesia che non ci ingannano, anzi che ci dispiacciono. La lode è un po' per noi il suggello della incomprensione di chi si sente troppo « in altre faccende affaccendato », per indursi a prestare orecchio alle nostre discussioni. Si è detto, ad esempio, da uno dei piú geniali rappresentanti della moderna dogmatica giuridica, il Carnelutti [4] che « adesso, con i loro scavi, i romanisti hanno sconvolto una delle zone piú interessanti per la nostra osservazione e, purtroppo, il meno che costino questi stupendi lavori è che la zona diventi impraticabile agli altri finché non siano finiti »[5].

manità. Ma se c'è molto di vero nella diagnosi di un generale allontanamento della cultura europea dall'antichità classica e quindi anche dagli studi romanistici (v. sul punto BETTI, *cit.* 127), non sottoscrivo l'idea di una crisi del diritto romano, neppure sul piano pratico. L'esperienza giuridica romana vive tutt'ora di una vitalità imponente: condivido, dunque, in pieno l'ottimismo manifestato quarantadue anni or sono dal FERRINI, *Lotte antiche e recenti contro il diritto romano*, ora in *Opere* 4 (Milano 1930) 413 s., e mi rafforza in esso la recente, forte indagine del DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, in *ADC.* 16 (1941-43) 1 s. (su cui v. GROSSO, *Rc.* a De Martino, in *SDHI.* 8 [1942] 322 s.), che viene a confermarlo.

[3] Il primo avviso venne dato dal REGELSBERGER, in *Jherings Jahrb. für Dogm.* 41 (1900) 281 s. all'atto dell'entrata in vigore del *BGB.* tedesco.

[4] *Metodologia del diritto* (Padova 1939) 43.

[5] Il CARNELUTTI, che anche in campo storico dice di aver fatto le sue prove, non nega invero l'utilità della comparazione storica, ma ne prescinde perché (*cit.* 42 s.) « il vero è che anche nel campo della storia e della comparazione ... le cose, di-

Ma allora è cosí. I giuristi moderni non si avvicineranno mai piú al nostro cantiere di lavoro, mai piú non ne varcheranno gli aperti cancelli, perché una cosa è indubitabile e indubitata: che i nostri lavori « di scavo » (sia pure), i nostri lavori, « stupendi » ma « sconvolgitori », mai non avranno fine. Perché se la Scienza è ricerca incessante del Vero irraggiungibile, e se la nostra è una scienza, mai essa potrà cessare di offrire al nostro spirito messe abbondante, sempre piú abbondante, di nuovi problemi da risolvere.

2. — Quel che vi è di vero, e forse anche di giusto, nella riluttanza della dogmatica moderna a tenere il debito conto dei risultati della scienza romanistica ed a collaborare con essa nell'approfondimento dei problemi del diritto, è che non pochi ostacoli sono frapposti dagli stessi romanisti a che gli studiosi del diritto moderno possano, senza necessità di soverchia preparazione erudita, prendere conoscenza dei nostri risultati e trarne quindi un reale giovamento per le loro ricerche. Ci si accusa di ermetismo, e si ha in un certo modo ragione perché non può negarsi che spesso il problema meramente filologico ci prenda e ci assorba totalmente, a tutto discapito della questione giuridica [6]. Chi non sia uso per

ceva il marchese Colombi, si fanno o non si fanno, vale a dire non bisogna farle a metà », e soggiunge: « a farle per intero, purtroppo, io non ci arrivo ». Giuste parole, che scoprono la piaga purulenta di tanti capitoli introduttivi di moderne, anche pregevolissime, ricerche, in cui le notizie storiche sono rimpolpettate con poco criterio e con moltissima confusione, rimanendo allo stato di notizie (non mancano le eccezioni lodevoli; cito fra i piú recenti MICHELI, *L'onere della prova* [Padova 1942] e AULETTA, *La risoluzione per inadempimento* [Milano 1942]). Che poi il CARNELUTTI non arrivi a fare per intero le necessarie ricerche storiche e non arrivi, in particolare, nemmeno a seguire e ad utilizzare i molteplici dati elaborati dalla romanistica moderna, è una affermazione della cui sincerità, in considerazione delle stupende capacità di analisi e di sintesi di questo nostro luminoso giurista, io mi permetto di dubitare seriamente: tanto piú che, come si vedrà, posso riconoscere in lui uno dei precursori della critica storica che verrò svolgendo in questo lavoro.

[6] A tale proposito il pensiero corre spontaneo agli estremismi del BESELER, nei cinque volumi dei suoi *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (Tübingen 1910, 1911, 1913, 1920, Leipzig 1931) e nelle sue numerosissime *Wortmonographien*. Ma è doveroso aggiungere subito che in questi suoi contributi, che invadono tutti i settori della nostra materia, il Beseler, anche se con affermazioni estreme (perché troppo rigorosamente basate su criteri filologici), ha sempre dimostrato squisitezza di senso giuridico e penetrantissima sensibilità storica, tanto che può legittimamente dubitarsi se, senza i suoi finissimi studi, la scienza romanistica avrebbe raggiunto oggi lo stadio veramente avanzato in cui si trova. Anche la « caccia alle interpolazioni », denunciata dal LENEL (*Interpolationenjagd*, in *ZSS.* 45 [1925] 17 s.; v. *contra*

lunga esperienza a valutare le nostre affermazioni, chi non sia egli stesso un romanista, può trovarsi allora fortemente imbarazzato, se addirittura non corre il rischio di andare fuori strada [7].

Bisogna augurarsi pertanto, — e non sono il primo a sostenerlo — che, nei limiti del possibile, i romanisti si sforzino anche un tantino di « porgere », per cosí dire, il metodo e i frutti delle loro indagini a chi non sia familiarizzato con la loro tecnica, si sforzino cioè di « attualizzare » il loro insegnamento e la loro esposizione [8].

ALBERTARIO, *A proposito di Interpolationenjagd*, ora in *Studi di dir. romano* 5 [Milano 1937] 309 s.), è stata, dunque, di fondamentale importanza per lo sviluppo degli studi storici sul diritto romano: oggi essa tende ad esaurirsi, ma non certo ad essere superata. Col che non si vuol dire, peraltro, che abbiano molto servito contributi del genere di quelli del RECHNITZ, *Studien zu Salvius Julianus* (Weimar 1925), né che abbiano giovato alla nostra fama esercitazioni del tipo di quella del PAMPALONI, *Divagazioni dantesche*, in *Studi Bonfante* 2 (Milano 1930) 253 s.

[7] Un aspetto molto importante dei nostri problemi, che non è possibile discutere in questo breve scritto, è quello attinente alla valutazione critica delle interpolazioni, e piú in generale ai fattori dell'evoluzione del diritto romano, dal periodo classico a Giustiniano. Contro la *communis opinio* (che mi pare sostanzialmente indiscutibile) di una decadenza subita dal diritto romano nel periodo postclassico, per effetto principalmente di influssi provinciali, si è posto dal 1914 il Riccobono, secondo il quale il diritto giustinianeo sarebbe nuovo solo nella forma esteriore, sarebbe cioè « tutto il diritto romano per quanto rifuso e ricomposto nei suoi elementi costitutivi » (*Punti di vista critici e ricostruttivi a proposito della dissertazione di L. Mitteis*, in *AUPA.* 12 [1928] 565; ma v. soprattutto la bella serie di scritti *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in *AUPA.* 3-4 [1917] 165 s.). Rimando, per una informazione completa sull'argomento, ad ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del dir. romano giustinianeo* 1 (Milano 1935) 83 s. (v. in particolare, dello stesso, *La cosiddetta crisi del metodo interpolazionistico*, ora in *Studi* 5 cit. 67 s.). Di vero vi è, a mio parere, nella dottrina del Riccobono e della sua scuola, la messa in guardia contro il pericolo di basare sulla scoperta di una alterazione testuale la presunzione assoluta di una riforma sostanziale del diritto romano (v. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano* [3] [Napoli 1942] 342 s.). Maggior cautela, dunque, ma senza tornare indietro su posizioni ormai superate da un pezzo (v. invece, in questo senso, il solitario scritto del KRETSCHMAR, *Kritik der Interpolationenkritik*, in *ZSS.* 59 [1939] 102 s.).

[8] In questi sensi, appunto, il KOSCHAKER, *cit.* 76 s., che peraltro non saprei seguire nella proposta di fare della lezione di diritto romano (« Hauptvorlesung ») addirittura la « dogmatische Darstellung der Hauptlehren der europäischen Privatrechtswissenschaft » (aderisce invece BETTI, *Istituzioni di diritto romano*[2] [Padova 1942] XV nt. 28). La lezione di diritto romano non può essere che lezione di diritto romano, ma la sensibilità del docente può, con opportune comparazioni e con adeguati rilievi di note differenziali, renderla piú accetta, ed anche in certo senso piú utile agli studenti. Quanto agli studiosi del diritto moderno, se è vero che son essi

Ma qui si ferma e deve fermarsi, almeno a mio parere, il còmpito nostro nei rapporti con la dogmatica moderna. Sarebbe illegittimo il nostro operato, e noi verremmo meno alle finalità stesse della nostra scienza, se ci sforzassimo di applicare — come è stato proposto [9] — le categorie dogmatiche moderne alla materia del diritto romano, o se anche

che devono venire a noi romanisti, è pure augurabile che noi romanisti facilitiamo loro la strada, adoperando, per quanto ci sia possibile, un linguaggio a loro familiare: il che deve essere tanto piú agevole, in quanto non vi è vero studioso del diritto romano, credo, il quale possa permettersi di ignorare il diritto moderno e tutti i suoi problemi.

[9] È l'indirizzo propugnato dal BETTI, di cui v. da ultimo *Methode und Wert des heutigen Studiums des römischen Rechts*, in *T.* 15 (1937) 137 s., nonché la prefazione alle *Istituzioni* cit., ma il cui programma fu enunciato nella prolusione *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG.* 99 (1928) 129 s., 100 (1928) 26 s. Ma v. *contra*, con opportunissime considerazioni, DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, in *Studi Riccobono* 1 (Palermo 1936) 1 s. e, da ultimo, GORLA, *L'interpretazione del diritto* (Milano 1941) 511 (cui risponde ancora il BETTI, in *Istituzioni* cit., prefazione). Il Betti — le cui altissime qualità e prestazioni di storico sono, naturalmente, fuor di discussione — non nega la ricerca storica sulle fonti del diritto romano, ma la ritiene un presupposto dell'inquadramento sistematico del materiale secondo criteri di dogmatica moderna, perché « una determinazione storica astrattamente oggettiva, nella quale ci si possa disfare della nostra mentalità di giuristi moderni, è un'utopia gnoseologicamente assurda » (*Istituzioni* cit. VIII s.). Indugiarsi nella critica di questa concezione metodologica sarebbe qui fuor di luogo. Mi basti rilevare: 1) che il Betti confonde, a mio modestissimo avviso, il còmpito dello storico del diritto con quello del giurista: ma lo storico del diritto è giurista soltanto in quanto la sua cultura giuridica deve servirgli per meglio approfondire e valutare le concezioni dogmatiche del passato, né gli è lecito « mettere a fuoco » un periodo o una fase dell'evoluzione che rappresenta (nella specie, il diritto romano classico) a scapito della rappresentazione e della valutazione di tutto il processo storico che ha il còmpito di ricostruire; 2) che con il suo metodo di inquadramento della materia romanistica il Betti, piú che « deformare » (il che potrebbe anche ritenersi legittimo: v. *Istituzioni* cit. X) ai fini ricostruttivi il diritto romano, lo « falsa », o perlomeno lo considera e lo prospetta parzialmente, quindi imperfettamente. Il Betti accusa i suoi avversari di « atomismo » giuridico (v. *Istituzioni* cit. VII nt. 3), ma i suoi avversari potrebbero ben a ragione accusarlo, se si contentassero di leggere le prefazioni alle sue *Istituzioni* ed al suo *Diritto romano* 1 (Padova 1935), di atomismo storico: in pratica, quando si passa alla lettura di queste due magnifiche opere, si vede subito che il Betti non si discosta di molto da quelle che sono le prospettive storiche correnti, salvo che per tentare qua e là degli inquadramenti dogmatici, del cui valore relativo è egli stesso il primo a fare avvertito il lettore (si veda, ad esempio, quanto alla equiparazione tra gli editti pretori ed i regolamenti moderni, il complesso di limitazioni subito posto a pag. 24 nt. 20). La verità è, insomma, sempre a mio sommesso avviso, che il Betti assegna inesattamente al romanista un còmpito che non è e non deve essere suo, ma che deve incombere

solo volessimo — come altri han sostenuto [10] — giustificare le nostre indagini in funzione di quella « scienza del diritto » che, secondo si dice [11], ha lo scopo di trarre dall'analisi obbiettiva dei fenomeni giuridici la formulazione di concetti e princípi teoretici costanti, valevoli per ogni ordinamento positivo [12].

al giurista moderno, per i suoi ulteriori fini dogmatici. Questi stessi appunti possono muoversi, se non vado errato, anche alla difesa che dell'indirizzo del Betti tenta il GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano* (Torino 1940) 37 nt.: indiscutibilmente è una « esigenza di giuristi » che ci muove allo studio storico del diritto romano, ma in questo studio noi siamo e dobbiamo essere anzitutto e sopra tutto storici, al fine di penetrare la *forma mentis* dei giuristi romani quale essa veramente fu: se e quando si passi ad una valutazione dogmatica dei risultati acquisiti, a me pare che non si compia piú opera di storico e che perciò il nostro còmpito di « romanisti » sia esaurito.

[10] PUGLIESE, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Ann. Macerata* 15 (1941) estr. (su cui v. la *Rc.* adesiva del CARNELUTTI in *RDPrC.* 20 [1943] 1.79 s.). Per il Pugliese, « l'utilità degli studi storici in materia di diritto consiste nel contributo fondamentale che essi possono recare alla conoscenza del fenomeno giuridico nella sua complessa essenza; pertanto lo scopo ultimo che si devono proporre gli storici, è quello di collaborare in tal senso con gli scienziati del diritto » (*cit.* 11) e pertanto « i romanisti devono anzitutto sperimentare la validità dei concetti e dei princípi elaborati sulla base dei diritti moderni: essi devono inoltre isolare nel fenomeno studiato quegli elementi, che possono servire alla scoperta di concetti o princípi universali... devono considerarsi anch'essi scienziati del diritto e collaborare al progresso della scienza nel particolare campo che si sono prescelto » (*cit.* 47 s.). Anche questa concezione mi sembra, come quella del Betti (*retro* nt. 9), unilaterale ed impropria: unilaterale, se si pensa che còmpito dei romanisti può e deve essere anche quello di coltivare terreni improduttivi per la scienza del diritto; impropria, se si pensa che, sperimentando anzitutto la validità di concetti e princípi elaborati sulla base dei diritti moderni, il romanista verrebbe a limitare *a priori* il suo campo di indagine e la sua libertà nell'indagarlo. Anche la tesi del Pugliese si risolve, almeno secondo me, in atomismo storico; anche il Pugliese, come il Betti, assegna al romanista un còmpito che non è il suo, nella specie quello di « scienziato del diritto ».

[11] Per indicazioni bibliografiche, v. *infra* nt. 29.

[12] Nel senso da me sostenuto, v. CARRELLI, *A proposito di crisi del diritto romano*, in *SDHI.* 9 (1943) 1 s., il quale ben mette in luce che tutti i recenti tentativi di assegnare còmpiti straripanti allo studio del diritto romano sorgono da un equivoco: quello della esistenza di una crisi del diritto romano e della scienza romanistica. Non sarà, tuttavia, mai abbastanza ripetuto che le questioni di metodo che oggi con tanta passione si agitano non portano all'atto pratico, alla discrepanza di risultati che si potrebbe temere: tutti gli indirizzi metodici si conciliano in una univocità di risultati, che è la piú bella prova della vitalità della nostra scienza.

Ben lungi dal credere alla necessità o alla opportunità di una commistione dei dogmi giuridici romani con quelli moderni, io tengo invece per fermo che l'attività di noi romanisti deve piú che mai volgersi — secondo che è anche corretto criterio scientifico — ad « isolare » i dati dell'esperienza giuridica romana da quelli di ogni altra esperienza giuridica passata e presente, ed a « trattare », valutare e sistemare i primi con i mezzi e negli schemi che piú appaiono propri a questo scopo. Al diritto romano deve corrispondere, insomma, solo ed esclusivamente la dogmatica giuridica romana, e nella ricostruzione di questa deve esaurirsi il còmpito dei romanisti [13], in quanto tali [14].

Con la quale formulazione — sia subito aggiunto, a scanso di ogni equivoco — io non credo di contraddire alle premesse, di venire a negare cioè l'apporto rilevantissimo che la conoscenza del mondo giuridico romano indubitabilmente fornisce alla conoscenza del mondo giuridico moderno, specie nei punti, ancora numerosissimi, in cui questo è una derivazione diretta o mediata di quello. Io affermo soltanto che da parte nostra, di noi romanisti, bisogna continuare a profittare, non incomin-

[13] Cosí, giustamente, il De Francisci, nello scritto cit. *retro* nt. 7. Si avverta che la stessa dogmatica giuridica romana, che è scopo del romanista di ricostruire, non può e non deve essere unica, ma deve mutarsi e rinnovarsi in relazione ad ogni singola fase che, per ciascun settore degli studi romanistici, la ricerca storica è in grado di fissare. È questa ricostruzione dogmatica nell'ambito dei vari periodi della storia giuridica romana il còmpito maggiore, io credo, della romanistica contemporanea.

[14] Che poi il romanista si sforzi di contribuire, con la sua ricerca storica, anche alla soluzione di problemi dogmatici moderni, è cosa lodevole, purché la sua ricerca storica non sia in funzione della discussione dogmatica, non ne sia cioè influenzata, ma sia rispetto ad essa assolutamente indipendente. Il distacco tra diritto classico e diritto moderno, cui accenna Biondi, *Prospettive romanistiche*, in *Pubbl. Univ. Cattolica* 2.37.58 s., non deve spaventare (v. invece Betti, *Istituzioni* cit. XI nt. 12), perché esso può servire alla critica dei dogmi giuridici moderni molto meglio di una impostazione dogmatica aprioristica, che non potrà mai essere tanto « animata da un vivo intimo senso della tradizione giuridica », da far sí che lo storico del diritto romano, anziché mettersi « in grado di intendere e di giustificare nella loro storica continuità le successive fasi e le graduali conquiste di questa tradizione, che muove da Roma e che, attraverso il diritto giustinianeo e comune, continua in noi » (cito ancora parole del Betti, *cit.* X), faccia di quella aberrante « storia ideale » degli istituti e dei dogmi, che è stata tanto malaccortamente propugnata ed applicata, di recente, dall'Allorio (*Il giuramento della parte* [Milano 1937], e *Significato della storia nello studio del diritto processuale*, in *RDPrC.* [1938] 1. 185 s.; v. *contra*, con opportunissime considerazioni, Satta, *Storia e pubblicizzazione del processo*, ora in *Teoria e pratica del processo* [Roma 1940]).

ciare tardivamente a dolersi del fatto che con la entrata in vigore del Codice civile dell'Impero tedesco sia venuta a cessare ogni relazione di interdipendenza, per dir cosí, « positiva » tra diritto romano e moderni diritti europei [15]. E bisogna profittarne per riesaminare obbiettivamente, senza piú obbligo di adattamenti e di compromessi, tutta la materia romanistica, per ritrovare il « vero » diritto romano, nei suoi veri dogmi e nella reale evoluzione subíta dai suoi istituti [16].

Quando in questa direzione si lavori, i risultati non potranno non apparire rilevanti, e grande sarà il giovamento che, in piú di un suo capitolo, potrà trarne la dogmatica giuridica moderna. Questa dovrà operare, nei riguardi del diritto romano e della scienza del diritto romano, con i criteri ortodossi della comparazione giuridica, perché non può dubitarsi che la comparazione possa essere esercitata non solo in rapporto allo spazio, ma anche, e con maggior profitto, in rapporto al tempo [17]: ed il diritto romano, nel suo sviluppo plurisecolare, che non è fatto soltanto di luci, ma anche di ombre, che non è solo di ascesa, ma anche di decadenza, è il campo piú fertile e vasto che s'offra all'esercizio di una sana e fruttuosa fatica di comparazione [18].

[15] Per qualche residuo e trascurabile campo (extraeuropeo) di applicazione diretta del diritto romano, v. KOSCHAKER, *Krise* cit. 16 s.

[16] Cosí già FERRINI, nello scritto citato *retro* nt. 2.

[17] Ben lo riconosce il CARNELUTTI, *Metodologia* cit. 42 il quale parla di « comparazione esterna », nel senso di « comparazione dei fenomeni appartenenti a un dato ordine giuridico con quelli relativi a ordini giuridici diversi, esistiti o esistenti nel tempo e nello spazio », e la dichiara non meno utile della « comparazione interna » (che è la « comparazione dei fenomeni appartenenti ai vari settori di un medesimo ordine giuridico »). Una chiara percezione della utilità concreta della comparazione storica e, nel contempo, una pratica visione dei mezzi mediante cui essa può essere fruttuosamente operata, ha dimostrato da gran tempo il GALGANO, *Per un Istituto di Studi Legislativi*, in *Ann. dir. comp.* 1 (1927) 14: « Potrà il costituendo organismo contribuire a dare impulso a tali studi? Se potesse, non solo forse il diritto intermedio si avvierebbe a riacquistare il suo posto tra le fonti piú ricche di insegnamenti per il moderno legislatore, ma anche lo stesso diritto romano, del quale la considerazione nella preparazione delle riforme è venuta sempre piú diminuendo e quasi scomparendo, e che invece, organicamente rappresentato nella sua secolare e prodigiosa evoluzione, dovrebbe esserne almeno per tanta parte uno dei punti di partenza e dei mezzi di controllo piú sicuri ».

[18] Il presupposto fondamentale di quest'opera di comparazione è proprio l'« isolamento » dell'esperienza giuridica romana rispetto ad ogni altra esperienza giuridica, ed in particolar modo rispetto all'esperienza giuridica moderna. Ciò dato, i casi sono tre: 1) o la ricerca storica avrà chiarito la sostanziale diversità, almeno in certe epoche, di questi o quei dogmi giuridici romani da corrispondenti dogmi giuridici

Ed acché queste mie parole non rimangano il vuoto enunciato di una tesi, di cui possa parer difficile fornire una dimostrazione adeguata, mi sforzerò senz'altro — nei limiti delle mie forze — di dare una prova del mio assunto.

Io cercherò di dimostrare come e qualmente una analisi obbiettiva e indipendente del problema dogmatico e del problema storico del « diritto singolare », rispettivamente nel mondo giuridico moderno e nell'evoluzione giuridica romana, possano portare a risultati che si completano e si sorreggono a vicenda per la risoluzione di questioni vecchie « per antico pelo »[19].

3. — Io penso che sia bastato enunciare il tema di questa mia conversazione, perché il pensiero di ognuno sia riandato incontanente alla famosa definizione che del *ius singulare* ci fornisce un frammento paolino dei Digesti[20]: « *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* ». Definizione famosa, che impera ancor oggi, piú o meno apertamente, in tutte le ricerche che la dogmatica moderna e la stessa scienza del diritto

moderni, ed allora si potrà tener conto di quelli per il miglioramento o il chiarimento di questi; 2) o la ricerca storica avrà messo in luce il vero significato e l'effettiva evoluzione che ebbero, nel corso del diritto romano, dogmi giuridici ancor oggi sussistenti, ed allora potrà farsi opera di chiarificazione, di approfondimento, di eliminazione di errori; 3) o, infine, la ricerca storica appurerà che certi dogmi giuridici accolti dai diritti moderni mai non esistettero nel diritto romano, o vi rappresentarono il frutto di involuzioni tarde e decadenti, ed allora potrà persino determinarsi il definitivo abbandono di quei dogmi da parte della scienza moderna, per essere venuto meno il peso della tradizione, dalla quale, anche se inconsciamente, ancora sono soggiogati i giuristi del nuovo diritto.

[19] La tesi principale di queste mie note — carattere non classico della dottrina romana del *ius singulare* — è stata già dichiarata in piú d'uno dei miei scritti, da alcuni anni a questa parte, ed è stata ampiamente trattata in una memoria dal titolo *Ius singulare*, letta all'Accademia di Scienze morali e politiche della Società Reale di Napoli nel 1940, che avrebbe dovuto essere pubblicata negli *Atti* di quell'Accademia. Vari miei articoli, in cui, relativamente a questo o a quel lato dell'argomento, ho cercato di fornire la prova della mia tesi, verranno richiamati nei luoghi opportuni. Le *Note preliminari sul « ius singulare »* (Napoli 1939), citate e criticate *a priori* dal Di Marzo, *Istituzioni di diritto romano*[4] (Milano 1942) 27 nt. 1, erano la pura e semplice enunciazione, in edizione provvisoria e fuori commercio, della mia tesi. Pur avendone fatto ricerca, non ho ancora potuto vedere, alla data di licenziamento delle bozze (agosto 1943) l'annunciato volume dell'Ambrosino (Milano 1940) sul tema.

[20] D. 1.3.16 (Paul. *sing. de iure singulari*).

hanno dedicato al nostro problema [21]. Essa imposta una contrapposizione tra norme giuridiche « comuni » e norme giuridiche « singolari » o « eccezionali » e la riporta, a prescindere da altri suoi elementi, al con-

[21] Per le teorie proposte, v. *infra* n. 4-6 e note relative. Qui farò qualche citazione di opere generali, per dimostrare l'impaccio della dottrina rispetto alla definizione romana del *ius singulare* e le varietà singolari di formulazione. COVIELLO N., *Manuale di dir. civile, Parte generale*[4] (Milano 1929) 16 s., distingue la norma di diritto comune da quella di diritto eccezionale (intesa come norma che « devia da princípi fondamentali, ossia contraddice alle conseguenze che da questi deriverebbero, perché si riferisce a rapporti di vita che si allontanano anch'essi dai normali »); altra distinzione è quella tra norme di diritto nomune e norme di diritto speciale, la differenza delle quali ultime rispetto alle norme eccezionali « si è affermata, ma non dimostrata » (formulazioni quasi letteralmente riprodotte da SCUTO, *Istituzioni di diritto privato* 1[3] [Napoli 1941] 31 s.). Accettano in pieno l'insegnamento paolino molti autori, fra cui il DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*[6] (Messina 1932) 1.50 s., che distingue tra diritto normale (o regolare, o comune, o generale) e diritto singolare (o anomalo, o speciale, o eccezionale), definendo quest'ultimo come « un diritto in cui la *ratio iuris*, ossia i princípi fondamentali del diritto, non vengono applicati in tutte le logiche conseguenze, e ciò in vista di una particolare *utilitas* che consiglia la deviazione » (cosí pure DE RUGGIERO - MAROI, *Istituzioni di diritto privato*[5] [Messina 1942] 15 s.; PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile* 1[2] [Milano 1935] 93 s.; MARTINEZ, *Principi di diritto civile italiano. Parte generale* [Napoli 1936] 20 s.; MESSINEO, *Istituzioni di diritto privato*[5] [Padova 1942] 18). Nello stesso ordine di idee, ma diversificando il diritto speciale dal diritto singolare: PACCHIONI, *Diritto civile italiano* (Padova 1937) 11 s.; AZZARITI - MARTINEZ - AZZARITI, *Diritto civile italiano secondo il nuovo codice* 1 (Napoli 1940) 22 s.; DUSI, *Istituzioni di diritto civile* 1[2] (Torino 1930) 37; BARASSI, *Istituzioni di diritto civile* (Milano 1942) 13 s. Per il RAVÀ, *Istituzioni di diritto privato*[2] (Padova 1938) 26 s., il diritto eccezionale « si ha tutte le volte che per determinate circostanze, o per gruppi di persone, o località, o tempi, si stabiliscono delle norme particolari, diverse da quelle norme comuni che altrimenti si dovrebbero applicare ». Questa formulazione coglie perfettamente, secondo me, il vero concetto delle norme eccezionali (v. *infra* n. 7), salvo che, poco conseguentemente, il Ravà aggiunge subito che « analogo è il concetto romano del *ius singulare* », e spiega che « la caratteristica del diritto eccezionale sta in ciò, che la norma di diritto singolare o eccezionale non è un'applicazione di generali criteri giuridici ad una condizione particolare (come è il caso del diritto speciale), ma una vera deviazione dai generali princípi del diritto, suggerita solo da una particolare esigenza od utilità »: col che la definizione paolina, da cui il chiaro autore aveva inizialmente prescisso, torna a imperare e, secondo me, ad intorbidare il concetto del diritto singolare. Per la dottrina tedesca, v. per tutti ENNECCERUS - NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*[13] (Marburg 1931) 193 s., ove pure si definisce il diritto sulla falsariga della definizione di Paolo, distinguendolo dal diritto speciale, ma si aggiunge: *a*) « innerhalb des engeren Prinzips, das dem singulären Rechtssatz zugrunde liegt, ist aber Analogie gestattet »; *b*) « ferner kann die Bildung eines

trapposto logico tra regola ed eccezione: regola il diritto comune, eccezione il diritto singolare [22].

Il valore pratico dell'antitesi cosí formulata apparirebbe da altri frammenti dei Digesti [23], principalmente da un altro passo di Paolo [24], ove si legge: « *quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* ». In corrispondenza di questa formulazione, cui si ricollega tradizionalmente il significato di un divieto dell'analogia [25], stabilisce l'art. 14 delle nostre Preleggi [26] che le norme « che

zunächst singulären Rechtssatzes die Abänderung oder Aufhebung des früheren Prinzips anbahnen »: col che si viene a togliere, io credo, ogni rilievo pratico alla categoria del diritto singolare.

[22] Non può discutersi che questa sia la interpretazione rigorosa, l'unica possibile della definizione paolina: v. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (tr. ital. di FADDA e BENSA, ristampa, Torino 1930) 184 (« Regolare è quel diritto, che è conforme ai princípi riconosciuti nel diritto; quando il diritto, per speciali motivi, contraddice a questi princípi, sorge il diritto eccezionale »). Per altre definizioni meno rigorose, v. *infra* n. 9 e note relative. Qui è da notare, in linea generale, che la Pandettistica, presa fra la regola della indeducibilità a conseguenze del diritto singolare e la realtà, per cui risulta che le norme di diritto singolare furono sempre applicate per analogia, ha cercato di sfuggire al dilemma in due modi: o interpretando meno rigorosamente la definizione paolina, o (cosí il WINDSCHEID, *cit.*) interpretando meno rigorosamente il divieto di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris* (il diritto eccezionale « non deve essere portato al di là dell'intendimento vero della disposizione »). Questa seconda via è quella prescelta dalla moderna dottrina civilistica tedesca (v. ENNECCERUS - NIPPERDEY, *cit. retro* nt. 21), la quale non è impastoiata da una disposizione analoga a quella dell'art. 14 delle nostre Preleggi.

[23] Oltre al frammento di Paolo riportato nel testo, si sogliono addurre i seguenti passi: D. 1.3.15 (Iul. 27 *dig.*): *In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*; D. 50.17.162 (Paul. 70 *ad ed.*): *Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi.* Su questi frammenti v., rispettivamente, *infra* n. 20 e nt. 247.

[24] D. 1.3.14 = 50.17.141 pr. (Paul. 54 *ad ed.*), su cui *infra* n. 18 e 19.

[25] Il punto è pacifico, salvo che per coloro i quali, sulle tracce del WINDSCHEID (*cit. retro* nt. 22), cercano di interpretare la regola in modo da renderla praticamente innocua: v. sul punto ORESTANO, *Ius singulare e privilegium in diritto romano*, in *Ann. Macerata* 11-13 (Padova 1938-1939) estr. 190 s. Si osservi che dire, col WINDSCHEID, che « il diritto singolare non deve essere portato al di là dell'intendimento vero della disposizione » significa illudersi di aver potuto aggirare con una formulazione cauta il divieto di analogia: ma una disposizione che sia portata al di là del suo « intendimento vero » viene appunto applicata per analogia, dimodoché anche la formulazione del WINDSCHEID importa, implicitamente, che la non deducibilità *ad consequentias* significa la non riducibilità di una norma ai suoi princípi al fine della regolamentazione di una fattispecie da essa non considerata.

[26] V. già art. 4 disp. prel. cod. civ. 1865: « Le leggi penali e quelle che

fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati »[27], non possono cioè andar soggette ad applicazione analogica[28].

restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e i tempi in esse espressi ». Per piú lontani precedenti, v. art. 8 tit. prel. cod. Due Sicilie, art. 6 tit. prel. cod. Estense. La norma è ignota tanto al *Code civil* quanto al *BGB*. In base alla formulazione dell'art. 4 si discuteva, sotto l'impero del codice abrogato, se fosse vietata la sola integrazione analogica o anche l'interpretazione estensiva (quest'ultima opinione si basava sui termini: « casi e tempi in esse espressi » e « non si estendono »). La questione può dirsi risolta dal nuovo codice: v. *infra* nt. successiva.

[27] Il divieto di applicazione analogica si estende anche alle norme penali e alle norme corporative (in ordine a quest'ultime esso è stato formulato nella edizione definitiva del nuovo codice civile, mentre mancava nel testo separato del libro I). Gioverà qui riportare il testo degli artt. 13 e 14 disp. sulla legge in generale. Art. 13 (*Esclusione dell'applicazione analogica delle norme corporative*): « Le norme corporative non possono essere applicate a casi simili o a materie analoghe a quelli da esse contemplati ». Art. 14 (*Applicazione delle leggi penali ed eccezionali*): « Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati ». Tre ordini di rilievo possono farsi a questo proposito: 1) che il divieto di applicazione analogica delle norme eccezionali è stato mantenuto (e chiarito come divieto della pura analogia: v. nt. 26), ad onta della opposizione di alcuni membri della Commissione parlamentare di esame del progetto definitivo, cui parve che « la disposizione avesse una scarsa utilità, soverchiata dalle questioni che fa sorgere » e che « si può escludere l'applicazione analogica, senza bisogno di ricorrere all'art. 4 (*oggi* 14), sulla base dell'art. 3 (*oggi* 12), quando dal testo della legge e dai suoi motivi si può riconoscere che si tratta di una legge speciale che, secondo la volontà del legislatore, non può estendersi a regolare altri rapporti giuridici all'infuori di quelli espressi » (*Relaz. Comm. parlam.* 728); 2) che la formulazione dell'art. 13 è indubbiamente migliore di quella dell'art. 14 per significare il divieto di applicazione analogica, e che in ogni caso la diversità di formulazione dei due articoli è deprecabile; 3) che la dottrina penalistica ritiene, nella sua grande maggioranza, che il divieto di analogia per le norme penali vada riferito alle sole norme penali cosí dette « incriminatrici », ma non sono mancate, secondo me a ragione, forti voci in contrario (v. principalmente TESAURO, *L'applicazione analogica della legge penale*, in *Riv. dir. Penit.* 1935, 447, PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale* [Roma 1942] 95 s.). Per una completa informazione sul punto, v. da ultimo VASSALLI G., *Limiti del divieto di analogia in materia penale* (Milano 1942) 32 s., le cui opinioni, peraltro, non condivido: v. infatti GUARINO, *Rc.* a Vassalli, in *Ann. dir. comp.* 17 (1943) 83 ss.

[28] Dottrina ormai pacifica. Un punto da discutere è, tuttavia, se all'intenzione del legislatore, che vuole esclusa la pura applicazione analogica, ciò possa corrispondere in pratica, o se sia inevitabile che l'applicazione analogica si identifichi con l'interpretazione estensiva. V. in proposito *infra* n. 8 nt. 73.

Senonché, vien fatto di domandarsi, a questo punto, quali siano mai i criteri per stabilire che una norma giuridica, espressa o inespressa, ha carattere di regola nei confronti di un'altra, la quale rispetto alla prima ha invece carattere di « eccezione »; ed ancora, perché, in che senso, per quali mai ragioni teoriche o esigenze pratiche le norme eccezionali non possono essere sottoposte, come tutte le altre, al procedimento integrativo dell'analogia.

Queste sono, in brevi parole, le piú essenziali questioni, che, coerentemente ai nostri propositi, dobbiamo cercare di analizzare sul piano dogmatico, prima che su quello storico, con assoluta indipendenza della prima dalla seconda ricerca.

4. — Un primo punto da mettere in chiaro è che, ammessa la legittimità di una « scienza del diritto », avulsa da ogni concreta e positiva sistematica di norme [29], si rivela impossibile, alla luce di essa, la formulazione di un concetto teoretico del diritto singolare, distinto ed antitetico rispetto al concetto del diritto comune [30].

Sul piano scientifico, le norme giuridiche altrimenti non possono definirsi che come estrinsecazioni di concetti logici; e, come tali, esse possono essere tutte sottoposte a quel procedimento logico di « riduzione » a princípi generali, espressi o inespressi, in cui si sostanzia l'analogia [31]. Una distinzione ontologica tra le norme giuridiche, a seconda che ammettano o non ammettano la riduzione a princípi generali, viene pertanto ad essere esclusa in partenza [32]. Tanto è vero che un autore

[29] Sul punto, variamente, BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto* (Torino 1934), CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (Milano 1937), LEONI, *Il problema della scienza giuridica* (Torino 1941), GUELI, *Diritto singolare e sistema giuridico* (Milano 1942) 13 s. Non è questo il luogo per discutere o per delibare il problema della scienza del diritto: basti accettare come legittima l'esigenza di pensiero che vi sta a fondamento.

[30] V. sul punto GUARINO, *Rc.* a Gueli, in *Ann. dir. comp.* 17 (1943) 413 ss.

[31] Sui caratteri dell'integrazione analogica v. le lucide pagine del CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile* 1 (Padova 1936) 112 s. (ove opportunamente si distingue tra autointegrazione ed eterointegrazione). V. anche, da ultimo, con maggiori precisazioni: GIANNINI M. S., *L'analogia giuridica*, in *Jus* 2 (1941) 519 s. (specialm. 525 s.) e 3 (1942) 41 s. (specialm. 72 s.), GUELI, *Diritto singolare* cit. 52 s. (specialm. 57 s.). V. anche, circa la differenza tra interpretazione estensiva e analogia, *infra* nt. 73.

[32] Che teoricamente le norme giuridiche possano essere tutte sottoposte al procedimento di riduzione a princípi, mi pare un punto indiscutibile, molto felice-

recente [33], per salvare il concetto teoretico del diritto singolare [34], ha dovuto ricorrere all'espediente di dire che, razionalmente parlando, norme singolari son quelle di cui gli ordinamenti positivi vietano l'applicazione analogica [35]. Teoria indubbiamente poco felice e affatto improduttiva, che è inutile indugiarsi a criticare [36].

mente e convincentemente ribadito dal GUELI, *cit.* 57 s. Il punto non è contestato dal BOBBIO, *Analogia* cit. 171 s., il quale mette in rilievo che l'analogia incontra soltanto dei limiti di fatto, il che si verifica quando la *ratio* di una determinata norma è cosí specificata, da rendere assolutamente improbabile che si verifichino in pratica fattispecie simili a quelle considerate dalla norma stessa. Secondo il GIANNINI, *Analogia* cit. 43 s. e 74 s., talvolta la mancanza del presupposto logico della estensione deriva proprio dalla natura della norma, donde egli ricava la regola che « potranno estendersi per analogia le norme che per il loro contenuto possono ricondursi ad un principio »: tali non sono, oltre alle norme che stabiliscono esse stesse un principio (es.: art. 1151 c.c. 1865 = 2043 c.c. vigente), le norme a fattispecie vaghe o indeterminate (es.: art. 1, n. 1 e 8, R.D. 14 novembre 1901 n. 466, sulle attribuzioni del Consiglio dei Ministri: deliberazioni di ordine pubblico e di alta amministrazione, deliberazioni relative ai conflitti tra i ministri) e soprattutto le « norme esclusive » o « norme a fattispecie esclusiva », le quali racchiudono « qualificazioni giuridiche esclusive di situazioni di fatto (astratte) esclusive, e quindi determinazioni di effetti esclusive » (es.: alcune norme sulla forma di certi atti e documenti, quali il testamento o la cambiale; norme organizzatorie e sulla competenza; norme « a carattere singolare, in senso assoluto », quali le esenzioni tributarie a titolo personale o le concessioni di pensioni di grazia). Ma la categoria delle norme esclusive, che il Giannini ha con tanto impegno e con tanta ingegnosità formulata, mi pare, in verità, frutto di un sofisma, mediante il quale si cerca di dare una giustificazione teorica astratta ad un fenomeno che può spiegarsi solo in maniera concreta, e cioè nel modo indicato dal Bobbio. Che poi le norme eccezionali non siano sempre norme esclusive e che anch'esse ammettano la integrazione analogica, cioè la riduzione a princípi, è una affermazione del Giannini che mi trova consenziente (salva la riserva sulla stessa qualificabilità delle norme giuridiche come « eccezionali »).

[33] GUELI, *Diritto singolare* cit. 99 s. e specialm. 102 s.: il diritto singolare consiste in « quella categoria di norme che (qualunque siano i caratteri che concretamente le individuano in ciascun ordinamento) sono contrassegnate dall'ordinamento giuridico con il divieto della riduzione a princípi piú generali ».

[34] E in ciò — tengo a rilevarlo ancora una volta, per l'importanza che ha ai fini della dimostrazione storica — si dimostra la verità dell'affermazione che la definizione paolina domina ancora oggi la mente di chi si pone alla ricerca del concetto del diritto singolare.

[35] L'ANDRIOLI, *Codice di procedura civile e leggi processuali speciali*, in *FI.* 67 (1942) 4.45 nt. 1, giudica la teoria del Gueli un « interessante capovolgimento della tesi tradizionale ».

[36] Rimando alle osservazioni contenute nella mia recensione cit. *retro* nt. 31.

Quel che importa di mettere in rilievo è che la distinzione tra norme comuni e norme eccezionali è proprio solo un dato degli ordinamenti giuridici positivi, in particolare di quello italiano [37], e che pertanto essa va osservata e studiata sul terreno della dogmatica giuridica.

Il problema del diritto singolare è, dunque, nella ricerca della « qualifica » di una norma, naturalmente espressa [38], che si abbia sott'occhio: qualifica che porti a concludere che la norma è eccezionale, quindi inapplicabile per analogia [39]. Se la norma dichiari esplicitamente il proprio carattere di eccezione ad altra norma o a princípi generali, il problema è risolto *in limine* [40]. Se, come piú spesso avviene, la norma taccia in proposito, vien fatto di domandarsi perché mai essa non possa soggiacere alla regola generale, che è — nell'ordinamento positivo vigente [41] — quella della analogia.

[37] V. *retro* nt. 26-28.

[38] Un equivoco in cui incorre, a mio avviso, il GUELI, *cit.* 48 s., è quello di ritenere che il caso veramente difficile, e nel contempo il caso piú frequente, in cui sorge il problema del diritto singolare è che delle due norme di cui bisogna accertare la contrapposizione una soltanto sia espressa, ed in particolare sia inespressa la norma singolare. Ma in tal caso io credo che il problema del diritto singolare non sorga neppure: la norma eccezionale deve essere sempre espressa e deve portare già con sé elementi di qualificazione tali che inducano a subordinarla ad altre norme o princípi, anziché a disporla accanto alle norme giuridiche comuni. Il vero e solo problema è, come tendo a mettere in rilievo nel testo, quello di accertare la qualifica « derogatoria » della norma, per poter concludere, eventualmente, che la norma non può essere applicata per analogia: ed è un problema (a parte l'opportunità o meno del divieto di analogia per le norme eccezionali) che non può risolversi altrimenti che ricorrendo ad un criterio quantitativo.

[39] Il problema della « qualifica » delle norme corporative e delle norme penali è invece risolto *ab initio* dalla stessa natura di queste norme: a meno che, per le norme penali, non si voglia aderire alla poco convincente illazione del VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia* cit. 65 s., il quale ritiene che anche nell'ambito loro (e piú precisamente nell'ambito delle norme penali non incriminatrici) debba farsi distinzione tra norme comuni e norme eccezionali.

[40] Questo era l'unico caso che avessero in mente quei membri della Commissione parlamentare (v. *retro* nt. 2), i quali si opponevano alla riproduzione dell'art. 4 cod. civ. 1865 nel nuovo cod. civ.; ma, in verità, è il caso meno frequente, cosí come non molto frequente è il caso di una norma che dichiari espressamente di non dover essere applicata per analogia.

[41] Giustamente afferma il GUELI, *Diritto singolare* cit. 60 s., che il procedimento dell'analogia, portando a risultati di mera probabilità logica (non a risultati di certezza, quali li esige il diritto), deve essere esplicitamente autorizzato in ogni ordinamento positivo. Diversamente BOBBIO, *Analogia* cit. 87 s. e 100 s., secondo

5. — Molte e molte teorie divergenti sono state finora formulate, per l'identificazione del carattere eccezionale di una norma. Io ve le risparmio [42]. Mi basti osservare che — salvo qualche eccezione, di cui parleremo piú diffusamente fra poco — esse sono tutte imperniate, sia pure in diverso modo, sulla definizione paolina del *ius singulare*: definizione che — mi si conceda di dirlo — parlando (come si parla) di una « contrarietà » al *tenor rationis*, non chiarisce un bel nulla, per l'ottimo motivo che non spiega qual sia il *tenor rationis*, la *ratio*, la ragion efficiente del diritto comune, e come si faccia per identificare quest'ultimo.

Non si può dire — come si usa — che la qualifica della norma eccezionale è data dalla sua qualità di eccezione, perché con ciò si involge una petizione di principio [43]. Né si può credere di risolvere il problema affermando [44] che la norma di diritto singolare è, bensí, quella che regola in modo diverso da un'altra norma una data fattispecie, « ma, bisogna aggiungere, in forma derogatoria, cioè in modo che, se essa non fosse

cui l'analogia sarebbe un « ragionamento formalmente valido e sostanzialmente certo » tanto nella logica quanto nel diritto (v. le opportune critiche a questa concezione in GUELI, *cit.* 61 nt. 14).

[42] Ampia esposizione in COPPA ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale* 1 (Modena 1915). Altre citazioni *retro* nt. 21. Aggiungi BOBBIO, *Analogia* cit. 163 s.; GIANNINI, *Analogia* cit. 64 s.; GUELI, *cit. passim*; VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia* cit. 6 s.

[43] Nota giustamente il GUELI, *Diritto singolare* cit. 45, che una concezione eclettica fra le teorie qualitative e le teorie quantitative rappresenta la dottrina del COPPA ZUCCARI, *Diritto singolare* cit. 78 s. (cui aderiscono senza riserve FERRARA F., *Trattato di diritto civile* 1 [Roma 1921] 87, VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia* cit. 8 s.). Secondo il citato autore, tra norme giuridiche piú ampie e norme giuridiche meno ampie (rispetto alle fattispecie previste) possono differenziarsi due ordini di rapporti: *a*) la norma giuridica meno ampia contiene tutte le statuizioni della norma giuridica piú ampia, con in piú qualche elemento che specifica l'ipotesi di fatto da essa regolata; *b*) la norma giuridica meno ampia esclude alcune delle statuizioni della norma giuridica piú ampia, col risultato di diminuirne la portata regolamentativa e di interromperne la conseguenzialità logica. Nel primo caso si ha un rapporto « norma superordinata-norma speciale », nel secondo un rapporto « norma superordinata-norma eccezionale ». Ora, a parte l'osservazione che questa teoria non può avere, per la sua estrema sottigliezza, eccessiva utilità pratica (cosí, giustamente, GUELI, *cit.* 47), vi è da notare che tutta la teoria del Coppa Zuccari poggia su di un presupposto fondamentale, che cioè la norma superordinata sia, rispetto alla norma speciale o a quella eccezionale, la piú ampia: essa tenta, dunque, di dare alle teorie quantitative una giustificazione di cui non abbisognano. Quanto alla distinzione tra norme speciali e norme eccezionali, mi pare che, anche teoricamente, essa si regga su basi cosí sottili, che possono dirsi inconsistenti.

[44] V. BOBBIO, *Analogia* cit. 166.

intervenuta, quella fattispecie, che ora è regolata dalla norma eccezionale, non sarebbe stata una fattispecie non regolata o indifferente al diritto, ma sarebbe stata regolata dalla norma di diritto comune »[45]. C'è del vero in questa affermazione [46], ma non nel senso postulato dai sostenitori dell'autonomia concettuale del diritto singolare [47]: « singolare » verrebbe ad essere per essi, in fondo, ogni norma derogatoria di altra norma o principio giuridico, quindi anche la norma « speciale », che invece con tanta acribia si tenta, e ben a ragione, dai moderni dogmatici, di sottrarre al destino del divieto di integrazione analogica [48].

[45] Aderiscono pienamente a questa formulazione GIANNINI, *Analogia* cit. 65, VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia* cit. 10 s.

[46] V. infatti quanto noteremo *infra* n. 7.

[47] Significative sono le parole con cui il BOBBIO, *cit.* 166 s., cerca di prevenire le obbiezioni e di dare alla sua affermazione un significato che sia ad esclusivo sostegno della teoria qualitativa: « Né si obbietti che, una volta eliminato l'elemento quantitativo, il criterio della deroga non sia piú sufficiente a dar rilievo a quella distinzione sopra il piano dogmatico, per la ragione che il rapporto di deroga a derogato, considerato come rapporto di successione temporale, sarebbe soltanto riconoscibile sul terreno storico. La verità è infatti che la priorità della norma derogata non è soltanto una priorità storica, ma anche e soprattutto una priorità logica, ed è storica proprio in quanto è logica; e che quindi la norma eccezionale è in rapporto di logica assai prima che di cronologica successione rispetto alla norma generale. Anzi aggiungiamo che, mentre è pensabile in sede storica un principio generale, che ponendosi faccia salvi i diritti precedenti nella stessa materia già fissati, i quali verrebbero a presentarsi come norme eccezionali anteriori al principio generale, in sede astratta non può assolutamente pensarsi ad una eccezione che stia logicamente prima della regola, perché una eccezione, che non presupponesse alcuna regola, non sarebbe piú eccezione, ma regola essa pure ». Mi permetterò di obbiettare a questo ragionamento: 1) che indubbiamente sul piano storico è ammissibile che l'eccezione sia sorta prima della regola, ma anche sul piano storico, sin che la regola non era emanata, la cosí detta (*a posteriori*) eccezione non era eccezione, ma regola: essa cioè è diventata eccezione alla nuova norma soltanto dopo la introduzione della medesima; 2) che, sul piano logico, l'eccezione presuppone altrettanto indubbiamente la regola, ma se ci si limita a dire che la eccezione è un regolamento derogatorio rispetto alla regola, si deve concludere che eccezione è la norma di piú limitata sfera di applicazione fra le due, a meno che non si voglia cadere nell'assurdo di dire che eccezione è la norma sorta posteriormente.

[48] Non occorrono citazioni. Una convincente spiegazione pratica della categoria del « diritto speciale » è quella fornita dall'ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Studi Ratti* (Milano 1934) 456 s., la cui tesi è che i diritti speciali non sono categorie dogmatiche, ma categorie storiche. Ma (come rileva anche il GIANNINI, *Analogia* cit. 65 nt. 3) risolvere in questo senso il problema del diritto speciale non ha importanza ai nostri fini, dato che non

Forse sembrerà che io sia stato troppo succinto nella esposizione e nella critica di queste teorie, che cercano un criterio qualitativo di differenziazione tra diritto singolare e diritto comune. Eppure, per quanto mi guardi attorno, non sembra che i loro sostenitori — pur cosí *suffisants* nei confronti di quei pochi che hanno osato sinora di fissare piú realisticamente il problema [49] — abbiano, in sostanza, altri argomenti a sostegno della loro discutibile tesi [50]. Segno evidente — mi sia concesso di ripeterlo — che la tradizione romana, visibile o non, li tiene inesorabilmente fermi ad un presupposto intangibile: quello che le norme « eccezionali » siano le norme *contra rationem iuris* [51].

6. — Norme « eccezionali » vi sono, ma bisogna intendersi sul significato e sul valore dell'espressione [52]. L'eccezione non è qualcosa di concettualmente definito *a priori,* ma qualcosa di relativo e di contingente, qualcosa che deve essere rapportato, *a posteriori*, all'*id quod plerumque accidit,* che è certamente la regola. L'eccezione è quel poco che rimane da un canto, di non classificabile, di non armonizzabile con il resto, quando si imprenda un'opera di classificazione e di armonizzazione in sistema di dati svariati di esperienza. Nozione di tutti i giorni, questa, che vale per tutti i campi, dalla morfologia alla chimica, alla medicina, al diritto: ma nozione esatta, l'unica veramente tangibile, sicuramente comprensibile.

È stato, io credo, da queste modeste, diciamo pure pedestri, consi-

spiega perché ai diritti speciali non si debba riferire il divieto di integrazione analogica.

[49] Si badi, ad esempio, alle seguenti parole del VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia* cit. 7: i « tentativi » dei sostenitori del criterio quantitativo « possono ritenersi superati dalle facili obbiezioni della dottrina dominante ».

[50] I sostenitori del criterio qualitativo parlano di « relatività del diritto eccezionale », nel senso che una norma può essere eccezione verso un'altra e può rappresentare la regola verso una terza: v. GIANNINI, *Analogia* cit. 65 nt. 2 e citazioni ivi (*adde*: VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia* cit. 11 s.). Ma questa ammissione non mi pare che agevoli l'accettabilità della loro tesi.

[51] A parte il caso del Gueli (v. *retro* n. 4 e nt. ivi), citerò quello del GIANNINI, *Analogia* cit. 64 s. (v. anche *L'intepretazione e l'integrazione* cit. 123 s.), il quale, mentre asserisce che l'impossibilità di essere sottoposta al procedimento dell'analogia non dipende dal carattere eccezionale della norma, ma dal suo carattere « esclusivo », accetta in pieno la distinzione tra norme comuni e norme eccezionali sotto il profilo (che non mi pare sostanzialmente diverso da quello tradizionale) del ricollegamento o meno ai princípi.

[52] V. GUARINO, *Rc.* a Gueli cit. 418 s.

derazioni, che han preso le mosse i sostenitori del criterio « quantitativo »[53], per sostenere che, rispetto alla norma comune, la norma eccezionale è quella e quella soltanto, che regola, in un dato momento storico, un minor numero di casi[54]. E ciò sostenendo, essi non hanno voluto — come troppo facilmente si crede[55] — trasportare su un piano diverso la distinzione tradizionale tra diritto comune e diritto singolare,

[53] Due finissimi giuristi: CARNELUTTI, *Criterii d'interpretazione della legge sugli infortuni*, in *RDCo.* 2 (1904) 1.202 s. (ora in *Infortuni sul lavoro* 1 [Roma 1913] 3 s.), *Ancora sulla interpretazione della legge sugli infortuni*, ivi 2.563 s., ROCCO Alfr., *Intorno ai caratteri del diritto commerciale obbiettivo e ai suoi rapporti col diritto civile*, in *Studi Scialoja* 2 [Prato 1904] (ora in *Studi di diritto commerciale* 1 [Roma 1933] 51 s.), *Principi di diritto commerciale* (Torino 1928) 54 s. (ora anche *Diritto commerciale, Parte generale* [Milano 1936] 53 s.). V. anche SCIALOJA A., *Le fonti del diritto commerciale* (Perugia 1907) (ora in *Saggi di vario diritto* 1 [Roma 1927] 302 s.).

[54] ROCCO Alfr., *Principii* cit. 61: « In sostanza, la qualifica di diritto singolare non esprime che un rapporto di eccezione a regola, nel quale una norma, comprendendo uno o piú determinati rapporti che fanno parte di una categoria piú generale, si trova con la norma generale comprendente tutti gli altri casi di quella categoria ».

[55] Cosí COPPA ZUCCARI, *Diritto singolare* cit. 72 s. Giova esaminare in succinto le obbiezioni che si son mosse al criterio quantitativo. Si è detto che la diversa quantità dei rapporti regolati è appunto una conseguenza del carattere comune o meno delle norme, ma può rispondersi: 1) che, astrattamente, una norma comune, nel senso delle teorie qualitative, può ben regolare un minor numero di casi della corrispondente norma eccezionale; 2) che i sostenitori del criterio quantitativo non si riferiscono alla applicazione concreta delle norme, bensí alla loro sfera di applicazione espressamente predeterminata, in ordine alla quale è ben possibile parlare di maggiore o minore ampiezza (v. CARNELUTTI, *Sistema* cit. 122: eccezionale è « la norma che si applica espressamente a un minor numero di casi di quello a cui si applichi espressamente la norma contraria »). Si è anche detto che, per potersi parlare di maggiore o minore ampiezza del campo di applicazione di una norma bisogna non soltanto riferirsi alla sfera di applicabilità espressa, ma a tutti i rapporti che possono essere ricondotti sotto il regolamento della norma medesima, anche se non previsti; ma è evidente che, ciò dicendo, si commette l'errore di ritenere che nella sfera di applicabilità di una norma rientrino anche i rapporti che alla norma stessa possano essere ricondotti in virtú del procedimento analogico, rapporti che non fanno parte della sfera di applicazione di quella norma, ma della sfera di applicazione del principio inespresso da cui la norma stessa discende. Un'altra obbiezione — quella per cui col criterio quantitativo si verrebbe ad eliminare la distinguibilità fra diritto eccezionale e diritto speciale — è veramente calzante, ma non è una obbiezione valida, perché *al giurista è lecito fare* le sole distinzioni che il diritto gli concede di fare (diversamente GUELI, *Diritto singolare* cit. 43 s.).

ma eliminare, con molto buon senso, un equivoco secolare, che è stato a base del divieto di applicazione analogica posto dall'art. 14 delle nostre Preleggi in ordine alle cosí dette leggi eccezionali [56].

Può ben darsi che io difetti di logica, o di sottile capacità di distinguere, o di profondità ed acume scientifico; ma, nella mia spirituale pochezza, io mi schiero decisamente con la minoranza, lieto ed onorato di essere in assai buona compagnia.

Unicamente il criterio quantitativo può chiarirci, di fronte ad un determinato ordinamento positivo, dove sia la regola e dove sia l'eccezione. Ed è perciò appunto, che non deve ritenersi giustificato il generale divieto di applicazione analogica delle norme eccezionali: perché esso tende a cristallizzare un ordinamento giuridico su basi assolutamente empiriche, a coartare il logico e naturale principio per cui ogni fattispecie deve essere sottoposta al regolamento che piú le si adatta, che piú le è proprio. Accertato che non vi sono norme concettualmente definibili come *contra rationem iuris*, crolla il fondamento stesso del divieto di analogia [57].

7. — Tuttavia è bene chiarire che, giusta quanto ho detto poco fa, se anche non vi è luogo ad identificare le norme eccezionali con quelle *contra rationem iuris*, norme eccezionali ve ne sono, e tale loro qualifica realmente si traduce nella conseguenza di una inestensibilità per analogia, entro certi limiti, delle norme stesse.

L'elemento di « qualificazione » delle norme eccezionali è dato, secondo me, unicamente e solo dalla loro sfera di applicazione [58]. È in questo modo, io credo, che il criterio quantitativo ancor meglio si rivela l'unico possibile, perché vedremo subito che è anche l'unico capace di darci la vera percezione delle interferenze fra carattere eccezionale delle norme giuridiche ed applicazione delle norme stesse per analogia.

Requisiti fondamentali delle norme giuridiche — ripeto cose assai note, per quanto non unanimemente accette [59] — sono la astrattezza e

[56] V. in proposito le chiare parole del CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto* (Roma 1940) 149 s.

[57] S'intende che mi riferisco sempre al divieto generale di analogia. Libero il legislatore, quando creda che una norma presenti particolari caratteri di contrarietà ai princípi generali dell'ordinamento giuridico, di disporre in ordine a quella singola norma il divieto di analogia.

[58] Sfera di applicazione espressa: v. *retro* nt. 55.

[59] Contro i requisiti di astrattezza e di generalità comunemente riconosciuti

la generalità [60]. Ciò dato, risulta chiaro, in primo luogo, che non è norma giuridica quella che non consideri una ipotesi meramente astratta, nella quale cioè rientrino (e possano essere fatte rientrare per analogia) tutte le singole fattispecie concrete che corrispondano alla fattispecie tipica disegnata dal precetto: non è norma giuridica, in senso sostanziale, quello che i Romani chiamavano *privilegium* per eccellenza [61], e che alcuni (si badi) chiamano oggi « diritto singolare »[62]. Da quanto ho premesso risulta anche chiaro, in secondo luogo, che, rispetto ad una norma avente la piú illimitata sfera di applicazione possibile — nel tempo, nello spazio, nelle fattispecie previste [63] — si pone come gerarchicamente subordinata ogni altra norma che abbia una sfera di applicazione piú limitata, comunque circoscritta [64].

Questa limitazione della sfera di applicazione di una norma giuri-

alle norme giuridiche, v. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto* (Fabriano 1930) 185 nt. 97 (ivi altre citazioni). Ma questa teoria, anche se fosse ammissibile, porterebbe addirittura all'esclusione del problema del diritto singolare: ed infatti l'Esposito parla di norme singolari esclusivamente nel senso di norme relative ad una persona determinata (cfr. *Norma giuridica*, in *NDI.*).

[60] Naturalmente, mi riferisco alle norme giuridiche in senso sostanziale. Inutili le citazioni. Si ricordi, quanto all'astrattezza, il passo di Cicerone, *de leg.* 3.19.44, citato *infra* n. 20, e, quanto alla generalità, il famoso detto di Papiniano in D. 1.3.1, *Lex est commune praeceptum* (l'insegnamento di quest'ultimo testo, che è certamente corrotto — v. *Index itp.* ahl. — può essere, per i nostri riguardi, pienamente accettato, anche in ordine al diritto romano classico). Sulla « tipizzazione » delle situazioni di fatto, caratteristica delle norme giuridiche, v. da ultimo BETTI, *Istituzioni* cit. 3 e i citati ivi a nt. 5, CARNELUTTI, *Teoria generale* cit. § 104.

[61] Legge del caso, della persona, del rapporto singolo: v. *infra* n. 20.

[62] Per esempio, ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*[7] (Padova 1943) 303, CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principî generali del diritto*, in *RIFD.* (1941) estr. 63.

[63] La norma avente la piú illimitata sfera di applicazione possibile è sempre da qualificarsi norma « generale », non universale, per il solo fatto che emana dallo Stato, cioè da un organismo sociale che, coesistendo con altri organismi equivalenti, subisce, ad opera di questa coesistenza, delle limitazioni. Inesatto è pertanto DE RUGGIERO, *Istituzioni* cit. 1.29 (del resto, si tratta di pura inesattezza di espressione).

[64] Questo stesso concetto di subordinazione gerarchica tra le norme implica la relatività delle reciproche situazioni: una norma gerarchicamente subordinata ad un'altra può essere gerarchicamente sovraordinata rispetto ad una terza, meno ampia. In ogni caso, è solo in base al criterio esteriore della diversa ampiezza della sfera di applicazione, che può riconoscersi e stabilirsi, io credo, una gerarchia tra le norme giuridiche.

dica rispetto ad un'altra piú generale noi la possiamo riscontrare in tre ordini di ipotesi: *a*) anzitutto rispetto alla materia, cioè alle fattispecie astratte dalla norma previste: una materia che la norma sopraordinata regolava o potrebbe regolare viene disciplinata invece dalla norma subordinata in maniera diversa [65]; *b*) secondariamente rispetto alla materia ed al tempo: una materia che la norma sopraordinata regolava e tornerà a regolare viene invece diversamente disciplinata, per un dato periodo di tempo, dalla norma subordinata [66]; *c*) in terzo luogo rispetto alla materia ed allo spazio: una materia che la norma sopraordinata regola nella cerchia di un territorio piú ampio viene diversamente disciplinata, entro un territorio piú ristretto, dalla norma subordinata [67].

Quale che sia la loro piú specifica caratteristica — di norme « speciali », di norme « temporali », di norme « territoriali » —, le « norme limitate » (come io complessivamente le chiamo) presentano la nota comune di importare indiscutibilmente una deroga alle norme sopraordinate [68]. Ecco, dunque, profilarsi con naturalezza e conseguenzialità, almeno a mio credere, il concetto dogmatico della norma « eccezionale » (o « singolare » che dir si voglia), intesa come quella che impone un regolamento comunque diverso da quello adottato dalla norma comune (sopraordinata) ed ha inoltre una sfera di applicazione piú limitata. Voler distinguere tra regolamento diverso, cioè specifico, e regolamento antitetico, cioè

[65] Si guardi al tradizionale esempio dell'art. 114 c.c. (*ex* art. 69 cod. civ. 1865): la norma subordinata regola in maniera diversa il matrimonio, quando si tratti del re e dei príncipi reali. Questo fa sí che fra le norme generali sul matrimonio e quella eccezionale dell'art. 114 non vi sia conflitto, ma naturale distinzione di sfera di applicazione.

[66] Si pensi alla numerosa schiera delle leggi di guerra.

[67] Si pensi ai particolari ordinamenti ancora esistenti (es.: in ordine alla trascrizione dei trapassi immobiliari) nelle nuove province.

[68] In questo senso, ma solo in questo senso, ha valore la formulazione del Bobbio, riportata e criticata *retro* n. 5. Ed invero, se una norma posteriore ad un'altra ne invada interamente il campo di applicazione, noi ci troviamo di fronte al fenomeno dell'abrogazione tacita; se invece una norma, anteriore o posteriore ad un'altra, regola solo una limitata cerchia di rapporti rispetto ad essa, ci troviamo di fronte al fenomeno della derogazione alla seconda norma da parte della prima. E si badi che, mentre la norma piú ampia non ha bisogno di essere esplicitamente mantenuta in vigore dalla norma meno ampia emanata posteriormente (in quanto sussisterà automaticamente per la parte non derogata), la norma meno ampia cui succeda una norma piú ampia richiede, per poter sussistere, che quest'ultima la mantenga espressamente in vigore: il che conferma che, storicamente, l'eccezione è sempre posteriore alla regola.

opposto [69], è cosa vana, perché basta una qualunque divergenza di una norma piú ristretta da una piú generale per importare la deroga, cioè l'eccezione a questa per opera di quella [70].

8. — In funzione delle precisazioni concettuali or ora fatte, può essere qui delibato l'aspro problema dell'analogia.

Già da tempo si è sentito il disagio, nella dottrina e nella pratica, della sussistenza di un divieto generale di analogia del genere di quello sancito, per le norme giuridiche eccezionali, dall'art. 14 delle nostre Preleggi. Quando esso non si rivela inutile, per l'assoluta impossibilità pratica del verificarsi di una fattispecie concreta simile a quella astratta della norma giuridica cosí detta eccezionale [71], questo divieto si rivela inopportuno, iniquo, dannoso [72]. *Similia similibus curantur* è un detto di saggezza antica che vale anche per la materia giuridica. E i due sistemi cui si è cercato di far ricorso per sfuggire alle inique conseguenze del divieto sono stati, come è noto, o l'esasperazione dell'interpretazione estensiva, sino a farla straripare oltre i limiti di ogni umana e giuridica ragionevolezza [73], o la configurazione di una categoria del « diritto spe-

[69] Cosí Bobbio, *Analogia* cit. 168.

[70] Sin qui abbiamo parlato di norme, non di diritti, cioè di sistemi giuridici. Nei riguardi di questi si ripete l'alternativa « regola-eccezione » che abbiamo messo in luce per le singole norme: ed anche sotto questo punto di vista può dirsi che i sistemi giuridici non sono due soltanto (quello regolare e quello eccezionale) ma molteplici, teoricamente infiniti. Diritto eccezionale (speciale, temporale, territoriale) non è altro, infatti, che il complesso delle norme giuridiche comuni, ad alcune delle quali si sono sostituite altrettante norme giuridiche eccezionali (speciali, temporali, territoriali).

[71] Concordo in ciò pienamente col Bobbio, *Analogia* cit. 171, quando dice: « Che l'art. 69 cod. civ. (oggi art. 114) ... non possa essere esteso per analogia, non dipende dal fatto che esso rientra fra le norme colpite dal divieto dell'art. 4 (oggi art. 114 disp. sulla legge in generale), ma bensí molto piú semplicemente dal fatto che non si dà e non si darà mai la condizione essenziale perché si applichi l'analogia: cioè la presenza di una fattispecie simile ».

[72] Basti pensare, per fare l'esempio piú noto, al danno che ne derivava, sotto l'impero delle vecchie leggi (e che ne deriva anche, entro certi limiti, sotto l'impero del nuovo c.c.), per il diritto commerciale.

[73] V. Bobbio, *Analogia* cit. 167 s. Il Bobbio, *cit. passim* e specialm. 123 s., nega addirittura la possibilità di distinguere, in teoria ed in pratica, tra interpretazione estensiva e analogia, perché tanto l'una che l'altra consistono nel far sí che ad un caso non regolato esplicitamente si estenda una determinata disposizione, in forza di un *quid* comune ai due casi, della *ratio* della norma che si viene ad estendere. Contro questa concezione v. Giannini, *Analogia* cit. 1519 s.

ciale », autonoma e distinta rispetto a quella del « diritto eccezionale »[74]. L'uno e l'altro sistema, a prescindere dai considerevoli servigi che hanno reso alla causa della libera espansione del diritto, sono tuttavia criticabili: il primo perché la interpretazione della legge ha i suoi confini ben netti e definiti, oltre i quali non è lecito andare; il secondo perché, come si è visto, diritto speciale altro non è che diritto eccezionale.

Ora, in verità, se noi fermiamo lo sguardo sulla categoria delle norme giuridiche limitate, vediamo subito che esse portano in se stesse, intrinseci ed invalicabili, i limiti della loro applicabilità. È cosa ovvia, che non merita una esplicita disposizione legislativa, il fatto che le norme giuridiche limitate non possono essere applicate oltre i confini di materia, di tempo o di spazio loro assegnati dal legislatore. D'altra parte, quando il legislatore non abbia tanto specificato la materia della norma da rendere praticamente impossibile che si verifichino casi simili a quelli in essa previsti, allora è evidente che i casi simili a quelli previsti dalla norma eccezionale debbano essere attratti nel regolamento di quest'ultima e non nel regolamento del diritto comune[75].

Anch'io ritengo, in conclusione, che l'art. 14 delle nostre Preleggi si risolva in un gravissimo male per il nostro ordinamento giuridico e spero di aver mostrato, sia pure in pochi cenni, qual è l'equivoco dogmatico su cui esso si fonda. Tutte le norme di un ordinamento giuridico sono qualitativamente eguali, salvo a determinarsi fra esse delle differenze e dei rapporti di subordinazione in base al profilo della sfera di applicazione loro prefissa dal legislatore. L'inapplicabilità di certe norme per analogia non può dipendere che dalle norme stesse, cioè dal carattere estremamente specificato, o limitato che dir si voglia, delle fattispecie da esse previste. A prescindere da ciò, le norme giuridiche possono e debbono esplicare pienamente la loro funzione, sia in ordine ai casi in esse previsti che in ordine ai casi simili a quelli previsti.

e 2.72 s., il quale opportunamente nota che « la distinzione è sempre possibile, dato che nell'interpretazione estensiva il *quid* comune si trae direttamente dalla norma interpretata, nell'analogia dal principio o norma sopraordinata » e che « l'interpretazione estensiva inoltre è semplicemente una risultanza tecnica dell'atto interpretativo, mentre l'analogia dà luogo a un atto, avente propri caratteri giuridici nel seno del procedimento di applicazione del diritto ». Per quanto attiene alla pratica, bisogna tuttavia riconoscere che il Bobbio ha pienamente ragione.

[74] Basti rimandare agli autori citati *retro* nt. 21.

[75] Insomma, l'applicazione di una norma eccezionale in via analogica in tanto può dirsi esclusa in quanto il legislatore abbia esplicitamente o implicitamente posto dei limiti all'applicazione di quella determinata norma.

La nostra brevissima indagine dogmatica si chiude, dunque, con due constatazioni negative. La categoria del « diritto singolare », intesa come categoria di norme contrarie alla *ratio iuris,* non ha ragione di essere sul piano dogmatico. Cosí non ha ragione di essere, sul piano positivo, il divieto di analogia applicato alle norme singolari, che il legislatore italiano si è indotto a formulare per evidente influsso di una concezione dogmatica che abbiamo giudicata falsa e di una tradizione storica di cui passo subito ad analizzare il tenuissimo valore.

9. — Non dico cosa nuova se affermo che la tradizione romana del diritto singolare, pur traendo origine da espliciti frammenti della compilazione giustinianea, è soprattutto una costruzione della Pandettistica tedesca [76]. Questa ha, infatti, solo nel secolo scorso, tratto dall'isolamento in cui si trovavano entro la grande congerie dei Digesti i pochi frammenti sul *ius singulare,* per formulare sulla base di essi tutta una complessa teoria.

Vero è che la definizione paolina piú volte ricordata si trova nei Digesti, ma è anche vero che essa non figura, entro lo stesso sistema giustinianeo, in quella posizione di primissimo piano che ci potremmo aspettare. Le Istituzioni, che con tanta compiacenza riferiscono ogni classificazione generale del diritto obbiettivo, non parlano tuttavia del *ius singulare* [77]. Entro i Digesti la definizione di Paolo non si incontra nel tit. 1.1 (« *de iustitia et iure* ») [78], ma nel tit. 3 (« *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine* »), dopo una serie di testi relativi alle lacune della regolamentazione scritta (leggi e senatoconsulti) ed alla opportunità o meno di colmarle col metodo dell'*ad similia procedere* [79],

[76] V. in proposito le osservazioni dell'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 8 nt. 1, circa il poco rilievo dato dalla dottrina del diritto intermedio al *ius singulare* ed ai *privilegia.* Una piú accurata ricerca sul punto sarebbe, peraltro, estremamente opportuna.

[77] L'unico punto delle Istituzioni di Gaio, 3.114, in cui appare la locuzione *iure singulari* non è riprodotto nelle Istituzioni di Giustiniano: v. *infra* n. 14.

[78] Ivi si incontrano tutte le partizioni fondamentali per la dogmatica giustinianea: *ius publicum* e *ius privatum* (fr. 1.2), *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile* (fr. 1.3-4, 6 pr.), *ius* (*civile*) *ex scripto* e *sine scripto* (fr. 6.1), *ius civile* e *ius honorarium* (fr. 7).

[79] I fr. 1 (Pap.) e 2 (Marc.) sono dedicati alla definizione della *lex*. I fr. 3 (Pomp.), 4 (Cels.), 5 (Cels.), 6 (Paul.) chiariscono il concetto di legge in senso sostanziale: non si hanno *iura* (norme giuridiche) nei casi singoli, *nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt.*

e dopo che un testo di Giuliano [80] è venuto a chiatire che *in his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*, e prima ancora, l'altro frammento, già citato, di Paolo [81] ha stabilito che *quod... contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*. Nel corso logico di questa successione di testi la definizione di Paolo appare per ultima, a suggellare il tutto con la dichiarazione di quel che debba intendersi per *ius singulare* [82]. Non pare, quindi, almeno per queste prime constatazioni, che la categoria *ius singulare* abbia un valore preminente nella compilazione, tanto piú che rarissimi sono i frammenti in cui essa viene praticamente applicata e richiamata [83]: si deve, tuttavia, subito aggiungere che la regola che vieta di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris* ha l'indiscutibile valore di un

Il fr. 7 (Modest.) indica il contenuto delle norme di legge (*imperare, vetare, permittere, punire*). Il fr. 8 (Ulp.) ribadisce il carattere di generalità che deve essere delle norme giuridiche: *iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*. Il fr. 9 (Ulp.) introduce, accanto alla *lex*, il concetto di *senatusconsultum* come fonte di produzione giuridica. I fr. 10-12 (Iul.) chiariscono ancora che leggi e senatoconsulti possono prevedere soltanto l'*id, quod plerumque accidit*, che pertanto *de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est* e che, quando sia certo il significato delle leggi e dei senatoconsulti, *is quid iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet* (perché, aggiunge il fr. 13, di Ulp., *bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri*). Non può davvero affermarsi che vi sia molta coerenza in questo seguito di frammenti, né che sia da essi molto chiaramente esposta la dottrina dell'interpretazione. Si osservi, inoltre, come tutti i frammenti abbiano le piú diverse provenienze e nessuno o quasi mostri di essere stato estratto da una sede generale (possono eccettuarsi, tutt'al piú, i due primi). In ogni caso, è importante ricordare, a proposito del tit. D. 1.3, che già l'ARANGIO-RUIZ, *Precedenti scolastici del Digesto*, in *Ann. Univ. Catt.* 2.33 estr. 34, ha sospettato che quel titolo sia stato preceduto da una compilazione postclassica a catena.

[80] D. 1.3.15.

[81] D. 1.3.14 (che certamente, nel contesto originario — alterato o meno, non importa —, non si riferiva alle leggi ed ai senatoconsulti: libro 54 *ad edictum*).

[82] Ed è di grande momento la constatazione seguente: che la regola *quod contra rationem rell.* non è estratta dal *liber singularis de iure singulari* di Paolo, ma dal libro 54 *ad ed.* del medesimo autore: ciò pare proprio fatto per confermare il sospetto, che formuleremo nel testo (*infra* n. 12), che la categoria *ius singulare*, se pur fu concepita dalla giurisprudenza classica (il che io escludo), non lo fu in vista della inapplicabilità per analogia delle norme di diritto singolare, ma a meri scopi di classificazione teorica, senza riflessi pratici.

[83] Otto in tutto, a parte la definizione paolina: vedili riportati ed esaminati *infra* n. 13-15.

principio di portata generale, per trovarsi riprodotta nel tit. 50.17 dei Digesti (« *de diversis regulis iuris antiqui* »)[84].

La categoria *ius singulare* rimane piuttosto negletta, anche dopo Giustiniano, in tutti coloro che per secoli e secoli si applicarono a glossare e a commentare gli insegnamenti delle Pandette[85]. Solo a partire dal Savigny[86], ed attraverso le rimarchevoli precisazioni del Windscheid[87], il *ius singulare*, nettamente distinto dal *privilegium*, ha assunto l'alta importanza che tuttora immeritatamente riveste nella dogmatica moderna.

Ora, niuno può negare l'opera altamente meritoria della Pandettistica tedesca nella fondazione della moderna dogmatica giuridica, ma chi ricordi in quante e quali occasioni i pandettisti non hanno esitato a fare uso di un minimo appiglio testuale romano, per costruire tutta una audace castellatura dogmatica, assolutamente incompatibile con quello che fu il vero diritto romano, storicamente accertato[88]; chi ricordi questo alto merito, ma anche questo demerito storicistico dei pandettisti, non può non esser tratto a sospettare che, forse, anche la teoria del diritto singolare sia un po' una « montatura » — *absit iniuria verbis* — pandettistica, e che — a volerla riesaminare storicamente — si possa avere anche la sorpresa di apprendere che essa fu ignota o diversamente nota al diritto romano puro, cioè al diritto dell'epoca classica.

Questo vago sospetto accenna a consolidarsi, per non dire che accenna a divenire certezza, quando si consideri il curioso incontro di contraddizioni che qui vengo a prospettare.

10. — A) La definizione paolina piú volte ricordata dice essere il *ius singulare* caratterizzato da una contrarietà al *tenor rationis*, cioè — a

[84] D. 50.17.141 pr.

[85] La dottrina anteriore al Savigny, ed anche parte della dottrina posteriore, concepí l'unica categoria dei *privilegia* (comprendendovi anche il *ius singulare*), accennando solo vagamente alla distinzione fra i due concetti: v. ORESTANO, *Ius singulare* cit. 8 s.

[86] *Sistema del diritto romano attuale* 1 (tr. it. Scialoja: Torino 1886) 83, 86. Per il Savigny il *ius singulare* è « diritto anomalo », cioè diritto non puro, commisto con elementi politici, mentre il *privilegium* è esenzione del singolo dall'osservanza del diritto. Come ben mette in luce l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 12, è stato appunto il Savigny a mettere sul tappeto il problema del « diritto » singolare.

[87] V. *retro* nt. 22.

[88] Gli esempi pullulano. Basti richiamarsi al piú noto: quello della teoria del negozio giuridico, costruito dalla Pandettistica sulla base di elementi romanistici, ma di cui i Romani non videro che pochi e scarsi spunti.

quanto sembra logico intendere [89] — da una antitesi tra il suo proprio regolamento ed i princípi informatori del diritto comune [90]. Senonché, vi sono istituti esplicitamente definiti come *iuria singularia* o implicitamente riguardati come tali i quali, invece, non paiono presentare, almeno nella concezione romana (che è quella che qui particolarmente importa), carattere alcuno di eccezionalità rispetto al sistema del *ius commune*.

Si pensi da un canto ai *codicilli*, che un passo dei Digesti, attribuito dalla relativa *inscriptio* a Giuliano [91], inquadra appunto nel *ius singulare*, ma di cui un passo delle stesse Istituzioni giustinianee [92], tratto probabilmente dalle Istituzioni di Marciano [93], dice che Augusto in tanto li introdusse nel mondo giuridico, in quanto non vi si trovò nulla di *absonans a iuris ratione* [94] e che, in ogni caso, dopo pochissimo tempo, *iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur* [95]. Si

[89] V. *retro* nt. 22.

[90] V. tuttavia, per diverse interpretazioni, *infra* n. 11.

[91] D. 29.7.2.2, riportato *infra* n. 13.

[92] Inst. 2.25 pr.

[93] V. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere* cit. 2.377. V. tuttavia anche GUARINO, *Pauli de iure codicillorum liber singularis*, in *ZSS*. 62 (1942) 252 s. ove si sostiene che il passo originario di Marciano è stato rimaneggiato, soprattutto nel periodo introduttivo.

[94] ... *dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonas 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 cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur.* Si obbietterà (e mi pare che appunto a ciò alluda l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 76 s.) che il passo è da interpretare nel senso che l'*usus codicillorum* fu introdotto *utilitatis causa* proprio perché *absonans a iuris ratione*, ma mi pare che il parere di Trebazio Testa non sia tale da dimostrare la verità di questa interpretazione. Potremmo ammettere la implicita risposta positiva al quesito di Augusto circa la contrarietà alla *ratio iuris* dei *codicilli*, se il testo dicesse: *Trebatius tamen*; ma il testo dice: *et Trebatius*, il che deve stare a significare che il parere di Trebazio suonò a riprova del fatto che l'*usus codicillorum* non era *absonans a iuris ratione*.

[95] Erra pertanto l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 76 s., quando sostiene che l'*usus codicillorum* esordí come *absonans a iuris ratione* (*ius singulare*), ma entrò ben presto, con Labeone, a far parte anch'esso del *ius commune*. Giuliano (se suo è il frammento di D. 29.7.2.2), un secolo dopo Labeone, dice che i *codicilli* sono *ius singulare*.

pensi, dall'altro canto, all'istituto del cosí detto *beneficium competentiae* [96], di cui si occupava, a quanto risulta da un'altra *inscriptio* dei Digesti [97], proprio il *liber singularis de iure singulari* di Paolo, ma che mi lusingo di aver dimostrato, in altra sede [98] (e non era poi molto difficile), essere stato, nell'epoca classica, un mezzo processuale di limitazione della pretesa dedotta in giudizio, non piú contrario alla *ratio iuris* (cioè al principio fondamentale che l'obbligazione deve essere adempiuta esattamente ed interamente [99]) di quanto lo potesse essere, ad esempio, la concessione di una *exceptio*, elidente, dati certi presupposti, tutta la pretesa dell'attore [100].

Strane incongruenze, che risultano documentate dagli stessi testi della compilazione giustinianea e che risultano di molto complicate dal fatto che altri istituti romani — come il *SC. Velleianum* [101] o il *peculium castrense* [102] — presentano realmente notevoli divergenze dal regolamento normale, ma tuttavia non appaiono in nessuna occasione definiti o considerati dalle fonti come *iura singularia* [103].

[96] Questa terminologia non è romana: v. da ultimo GUARINO, *Il beneficium competentiae del promissor dotis*, in *RISG.* n.s. 14 (1939) 156 nt. 9.

[97] D. 24.3.54, su cui v. *infra* n. 15.

[98] V. GUARINO, *Studi sulla taxatio in id quod facere potest*, in *SDHI.* 7 (1941) estr.

[99] V. Gai 3.168, Inst. 3.29 pr., su cui GUARINO, *Taxatio* cit. 8 s.

[100] V. GUARINO, *Taxatio* cit. 24 s.

[101] Sul quale v., da ultimo, VOLTERRA, voce *Senatusconsulta*, in *NDI.* estr. 11 (n. 85 dell'elenco): detto senatoconsulto estese a tutte le donne, per qualunque sorta di intercessione, il divieto che due editti di Augusto e di Claudio (v. D. 16.1.2 pr.) avevano fatto alle donne maritate di intercedere per il marito. Cito il *SC. Velleianum* perché costituisce uno degli esempi abituali delle trattazioni pandettistiche e dei moderni manuali.

[102] Sul quale v., da ultimo, GUARINO, *L'oggetto del « castrense peculium »*, in *BIDR.* 48 (1941) 41 s.

[103] Secondo il PEROZZI, *Istituzioni di dir. romano*[2] 1.106 nt. 2, « sarebbe opportuno che le discussioni intorno al diritto singolare rimanessero limitate ai casi, che i Romani esplicitamente qualificano come di diritto singolare. Perché non basta che a noi certe norme appaiono anomale; conviene anche vedere se le consideravano per tali gli antichi ». Diversamente pensa l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 38 s., secondo il quale « la determinazione se una norma sia di *ius singulare* si può e si deve compiere indipendentemente dal fatto che tale qualifica le sia attribuita dalle fonti ». Alla seconda concezione è facile opporre che in tal modo si viene ingiustamente a sovrapporre alla materia romanistica una categoria ricostruita secondo elementi di cui non possiamo essere sicuri se realmente siano atti a caratterizzare il *ius singulare*. Col Perozzi, peraltro, neanche si può pienamente consentire, perché, se è vero che dai soli casi esplicitamente definiti di *ius singulare* noi siamo autorizzati a trarre gli elementi necessari a valutare la defini-

*B*) La definizione paolina del *ius singulare* aggiunge che questo viene introdotto nell'ordinamento giuridico positivo *propter aliquam utilitatem*. Senonché questo requisito dell'*aliqua utilitas*, che tanto piacque a passati studiosi [104], si rivela, in sostanza, una nota caratteristica di qualunque forma di produzione giuridica: alla radice di qualunque norma di diritto vi è, vi deve essere una *aliqua utilitas*, a meno che non si voglia ammettere — *horresco suspicans* — che le norme giuridiche comuni sono introdotte nel sistema senza una speciale ragione, per speculazione teorica o per puro divertimento [105].

*C*) La definizione paolina dice che il *ius singulare* è introdotto nel sistema giuridico *auctoritate constituentium*. Si è molto discusso circa il valore di questa locuzione [106], ma si può essere per lo meno d'accordo che tra le fonti di produzione giuridica adombrate col termine *auctoritas constituentium* non rientri, di certo, almeno la consuetudine [107]. Senonché, è sorprendente che istituti romani logicamente concepibili come *iura singularia* o esplicitamente definiti come tali risultino invece proprio di origine consuetudinaria.

zione paolina, tuttavia non si può fare a meno dall'essere colti da meraviglia, notando che altri casi in tutto simili a quelli non sono né definiti né trattati dalle fonti come *iura singularia*. (V. già sul punto GUARINO, *Sul « beneficium competentiae » dei « milites »*, in *RIL*. 77 [1938-1939] 401 ss.).

[104] All'*aliqua utilitas* si richiama il SAVIGNY, *op. loc. cit.*, per sostenere la sua teoria del diritto singolare come diritto anomalo. Il FADDA ed il BENSA, *Note a Windscheid* (Torino 1930) 4.35, hanno cercato di sottilizzare, dicendo che l'*utilitas* delle norme di *ius singulare* si differenzia da quella delle norme di diritto comune perché è « *aliqua* », cioè specifica, ma giustamente ha opposto il COPPA ZUCCARI, *Diritto singolare* cit. 1.15, che ogni norma giuridica è determinata dall'impulso di una specifica utilità pratica.

[105] Si è voluto anche stabilire una identità tra l'*aliqua utilitas* della definizione paolina e l'*utilitas* cui spesso fanno riferimento le fonti, quando ci parlano della introduzione di nuove norme nel sistema, e si è voluto conseguentemente fissare una equazione tra le norme introdotte *utilitatis causa* e la contrarietà alla *ratio iuris*, cioè il *ius singulare*. Ma v., per la critica di questa opinione, *infra* n. 18 e 19.

[106] Rimando, per una informazione sul punto, ad ORESTANO, *Ius singulare* cit. 63 s.

[107] In questo senso può dirsi che tutti gli autori sono concordi: v. PEROZZI, *Istituzioni* cit. 1.105 nt. 5, ORESTANO, *Ius singulare* cit. 67. A me pare qualcosa di piú, e cioè che la definizione di Paolo escluda, oltre la consuetudine, anche la giurisprudenza (v. le convincenti osservazioni del BONFANTE su *constituere* in *Scritti giuridici vari* 2 [Torino 1918] 126 s., ma v. tuttavia PEROZZI, *Istituzioni* cit. 1.106 nt. 1).

Si pensi, da un canto, al divieto di donazioni fra coniugi, esempio tipico (per quanto — ed è strano — non portato dalle fonti) di *ius singulare* [108], la cui derivazione consuetudinaria, da altri e da me sostenuta [109], trova oggi nuovi convinti assertori [110]. Si pensi, d'altro canto, all'istituto del *postliminium*, che un passo di Giavoleno definirebbe appunto come *ius singulare* [111], ma della cui origine consuetudinaria non vi è nemmeno luogo a dubitare [112].

Anche queste sono stranezze documentate delle fonti romane, che rendono piú ardua l'impresa di adattarsi al concetto di un *ius singulare*, le cui applicazioni divergono radicalmente dalla definizione datane.

*E*) Esiste, rapportata alla definizione del *ius singulare*, una regola che dice: *quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*. È una regola, come si vede, che valica i confini della definizione paolina, nel senso di farci intendere che, sia o non sia un istituto definito *ius singulare* dalle fonti, tutto ciò che è contrario ai princípi informatori del sistema non può, non deve essere applicato per analogia. Senonché qui si rivela l'incongruenza piú grave, perché è un fatto notissimo che gli istituti del diritto singolare romano sono stati tutti, qual piú qual meno, oggetto di estensione per analogia.

Occorrono gli esempi? Ebbene, si pensi al *postliminium*, che, sorto in confini limitatissimi per mere esigenze di guerra [113], divenne, con l'andar del tempo, un istituto complesso, che trovò applicazione per ogni cosa o persona, sia in pace che in guerra [114]; si pensi al *peculium castrense*, che, concepito come diritto di disporre (*inter vivos* e *mortis causa*) di determinati beni per il *filiusfamilias* militare [115], fu esteso ad altre categorie di beni, ai *filiifamiliarum* non militari e divenne patrimonio separato ed autonomo di questi [116]; si pensi alla *taxatio in id quod facere po-*

[108] V., ad esempio, PEROZZI, *Istituzioni* cit. 1.105.

[109] V. ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano* (Padova 1938) 6 s., GUARINO, *Adfinitas* (Milano 1939) 47 s.

[110] V. SCHERILLO, *Le origini del divieto di donazioni fra coniugi*, in *Studi Solmi* (Milano 1941) 1.169 s. Ma v. tuttavia sul punto, con argomentazione poco convincente, BIONDI, *Successione testamentaria - Donazioni*, in *Trattato di dir. romano* dell'ALBERTARIO 10 (Milano 1943) 649 e specialm. 649 nt. 2.

[111] D. 41.2.23, riportato *infra* n. 13.

[112] Non occorrono citazioni. V. da ultimo DE VISSCHER, *Aperçus sur l'origine du postliminium*, in *Festschrift Koschaker* (Weimar 1939) 1.367 s.

[113] V. in proposito lo scritto del DE VISSCHER, *cit. retro* nt. 112.

[114] V. D. 49.15.5 (Pomp. 37 *ad Q. Mucium*).

[115] V. Ulp. *reg.* 20.10 e GUARINO, *L'oggetto del castrense peculium* cit. 46 s.

[116] GUARINO, *L'oggetto del castrense peculium* cit., ove in particolare si dimo-

*test*, che, ammessa dall'Editto pretorio in ordine a particolarissime ipotesi [117], fu estesa a casi analoghi numerosi e svariati [118]; si pensi ancora al *SC. Velleianum* [119], ai *codicilli* [120], alla *fideicomissaria libertas* [121].

11. — Come si vede, il problema storico del diritto singolare presenta un viluppo di oscurità e di incongruenze da risolvere, che è ancora piú grosso ed intricato di quello che forma oggetto del problema dogmatico [122]. Un viluppo che bisognerà pure, una buona volta, tentar di dipanare.

Ora è da notare che la romanistica moderna, pur rilevando alcune o tutte le stranezze da me or ora messe in luce, non ha ancora affrontato o voluto affrontare in pieno il problema storico del *ius singulare* [123].

stra che in diritto classico avvenne un ampliamento dell'originario oggetto del *castrense peculium* esclusivamente in forza di un'evoluzione giurisprudenziale.

[117] E cioè in ordine al caso del socio (cui fu promessa la *taxatio* se convenuto dall'altro socio: LENEL, *Edictum perpetuum*³ 298) e in ordine ai figli emancipati, diseredati, astenutisi dall'eredità paterna (cui fu concesso di essere condannati in *id quod facere possunt*, se convenuti da chi fosse loro creditore in forza di una obbligazione sorta mentre erano *in potestate*: D. 14.5.2 pr.).

[118] Ad opera della giurisprudenza furono ammessi numerosi altri casi di *condemnatio in id quod facere potest*, estendendo per analogia il caso edittale del socio: v. GUARINO, *Taxatio* cit. 15 nt. 42.

[119] Che la giurisprudenza classica abbia, almeno per qualche lato, applicato per analogia il *SC. Velleianum* è cosa notissima: v. per tutti JÖRS-KUNKEL, *Römisches Recht*² (Berlin 1935) 217.

[120] Che anche i *codicilli* abbiano subito estensioni giurisprudenziali nel corso del diritto classico, risulta dalla semplice constatazione del caso originario da cui sorsero (v. Inst. 2.25 pr., già riportato) e dal contenuto ben piú ampio che essi giunsero ad avere nel diritto classico (ogni sorta di disposizione *mortis causa*, almeno per i *codicilli testamento confirmati*, ad esclusione della istituzione di erede e della diseredazione): *infra* n. 14.

[121] Sul punto v. *infra* n. 14.

[122] FADDA e BENSA, *Note a Windscheid* cit. 4.34, concludevano pertanto la loro trattazione pandettistica, osservando che il *ius singulare* è qualcosa di ripugnante all'armonia del sistema, onde non può venir considerato come un principio fecondo e produttivo.

[123] Poche e vaghe, spesso contraddittorie nozioni si incontrano nei moderni manuali romanistici. V. BONFANTE, *Istituzioni di dir. romano*⁹ (Milano 1932) 14 s. (aderisce alla concezione del diritto eccezionale), PEROZZI, *Istituzioni* cit. 1.103 s. (aderisce alla concezione del diritto anomalo: la piú elaborata e feconda trattazione istituzionale in materia), PACCHIONI, *Manuale di diritto romano* (Torino 1935) 151 s. (aderisce alla concezione del DERNBURG, su cui v. *infra* nt. 144), DI MARZO, *Isti-*

Del *ius singulare*, in alcune pregevolissime trattazioni generali moderne [124], addirittura si tace, evidentemente perché esso non appare in alcun modo armonizzabile e con una visione ricostruttiva del diritto classico romano e con una visione dogmatica della parte generale del diritto. Altri, invece, ancora tentano di risolvere il problema, ma lo affrontano tuttavia di scorcio, ottenendo risultati parziali ed insoddisfacenti.

Molto sensatamente, ad esempio, si è sostenuto di recente dall'Arangio-Ruiz [125] che bisogna rinunciare ad intendere il *contra tenorem rationis* nel senso assoluto di antitesi tra la norma di diritto singolare ed il sistema, ma che il *ius singulare* rappresenta « una disposizione divergente dal sistema di un determinato ordinamento giuridico, non rispondente quindi alla *ratio iuris*, bensí suggerita da motivi di utilità pratica » [126]. Ma questo è evitare, non superare le difficoltà del problema, ché non ci si spiega ancora, in tal modo, perché mai solo alcune, e non tutte, le norme divergenti dal sistema siansi potute definire *iura singularia*, perché mai il concetto di « divergenza » sia stato reso da Paolo attraverso una chiarissima terminologia di « contrarietà » (*contra tenorem rationis*, *contra rationem iuris*) e perché ancora sia stato posto il divieto (praticamente inattuato) di *producere ad consequentias* le norme soltanto « divergenti » dal sistema giuridico comune [127]. Bisogna rinunciare ad intendere il *contra tenorem rationis* nel senso assoluto di antitesi tra il *ius singulare* ed il

*tuzioni* cit. 26 s. (concezione piuttosto vaga: « norme speciali per determinate categorie di persone, di cose o di rapporti »).

[124] È il caso caratteristico della fortissima ricostruzione dogmatica del BETTI, *Istituzioni* cit., e della accuratissima ricostruzione storica di JÖRS-KUNKEL, *Römisches Recht* cit. V. anche GIRARD-SENN, *Manuel de droit romain*[8] (Paris 1929), SIBER, *Römisches Recht* 2 (Leipzig 1928).

[125] *Istituzioni di diritto romano*[7] (Napoli 1943) 31 s. Aderisce esplicitamente a questa interpretazione della definizione paolina l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 15 s.

[126] Aggiunge l'ARANGIO-RUIZ, *cit.*, che « anche qui bisogna guardarsi dalla tentazione di interpretare alla lettera », ma che « è certo che, mentre nella norma comune gli elementi di equilibrio, che la inquadrano perfettamente nel sistema, saltano agli occhi dell'osservatore, nella norma di diritto singolare l'attenzione è immediatamente richiamata sopra le ragioni di utilità pratica che hanno consigliato di derogare ai principi: e ciò basta a spiegare le parole di Paolo ». In base a questa concezione, che sminuisce il valore diagnostico del *contra tenorem rationis* e potenzia l'intuizione giuridica dell'osservatore, diventa però singolare tutto il diritto pretorio rispetto al diritto civile.

[127] Del divieto di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris*, in cui si concentra tutto l'interesse della categoria *ius singulare*, l'ARANGIO-RUIZ, *cit.*, non parla a questo punto: ma v. *infra* nt. 138.

diritto comune, ma bisogna anche rinunciare a credere che Paolo l'abbia inteso cosí o cosí si sia espresso per intendere un mero concetto di divergenza tra norme.

Altri romanisti, invece, hanno dato prova di apriorismo critico, che non ci sentiamo di condividere. Cosí il Biondi [128] e l'Orestano [129]: cui è parso legittimo, e nel contempo sufficiente, denunciare, nella definizione paolina, l'emblema di *auctoritate constituentium*, per superare lo scoglio rappresentato dalle svariatissime fonti, anche non imperiali, donde gli istituti del diritto singolare romano sarebbero pervenuti [130]. Ma *auctoritate constituentium* è per lo meno tanto inspiegabile che *contra tenorem rationis*: condannare l'una per indulgere all'altra espressione mi pare, in verità, estremamente arbitrario.

Da ultimo l'Orestano [131] ha operato un commendevole sforzo (ma — a mio parere — ben poco felice nei risultati) per conciliare una visione storica del problema con i gravi intoppi del *contra tenorem rationis* e del divieto di *producere ad consequentias*. Le norme del *ius singulare* sono, per lui, tutte le norme a carattere innovativo introdotte nel sistema giuridico accanto alle norme preesistenti, cioè al *ius commune* [132]; e il

[128] *Istituzioni di diritto romano* 1.90 s., cit. da ORESTANO, *Ius singulare* cit. 67 nt. 1. Va notato, peraltro, che nell'ultima edizione (lit.) delle sue *Istituzioni* (Milano 1940) il Biondi non mantiene piú la congettura.

[129] *Ius singulare* cit. 67 s.

[130] Secondo l'ORESTANO, *cit.* 72, « sin dal periodo classico tutte le varie fonti creatrici di diritto potevano validamente formulare e introdurre nel sistema giuridico una norma di *ius singulare*. Nel periodo postclassico invece si tende ad escludere anche in questo campo l'azione della consuetudine. In quest'ordine di idee i compilatori del Digesto, per salvaguardare la loro opera legislativa da inquinamenti ed eccezioni ... interpolano la definizione di Paolo in modo tale da eliminare del tutto la consuetudine e richiedono il requisito dell'*auctoritas constituentium*, che praticamente si riduce ad essere l'*auctoritas* imperiale, perché anche la giurisprudenza è esclusa ». Sono perfettamente d'accordo con l'Orestano tanto in ordine al diritto classico, quanto in ordine al diritto postclassico-giustinianeo, ma ritengo che questo convincimento non possa bastare a giustificare l'atetesi di *auctoritate constituentium*.

[131] *Ius singulare* cit. 24 s., 190 s. È sintomatica peraltro la incertezza con cui lo stesso Orestano prospetta questa sua teoria: essa varrebbe a chiarire il problema solo « nella maggior parte dei casi ».

[132] A questa affermazione l'Orestano giunge, principalmente, argomentando dal *tenor rationis* e dall'*aliqua utilitas*: 1) « il contrasto della norma di *ius singulare* con la norma di *ius commune* non è un contrasto ideale con il principio astratto di questo ... ma con il *tenor*, con la *ratio* della disposizione positiva » (p. 53); 2) circa l'*aliqua utilitas*, « la difficoltà dell'interpretazione cade se si considera ...

divieto di *producere ad consequentias* riguarda la norma singolare solo al momento della sua introduzione, ma « non colpisce la creazione di ulteriori norme che amplifichino il campo di applicazione del principio nuovo »[133]; l'elevazione di questo divieto a regola generale, importante la inapplicabilità per analogia, fu opera di Giustiniano, che riservò a sé la creazione del *ius singulare*. Ma non è difficile obbiettare a quest'ultima, piuttosto artificiosa concezione che essa tiene, forse, ancor meno conto della lettera dei testi sul *ius singulare*, di quanto non ne abbia per la verosimiglianza dei processi storici da ricostruire [134]. Noi non possiamo assolu-

che questa *utilitas* specifica è una *utilitas* nuova » (p. 57). Ma è ben facile mettere in rilievo le imprecisioni e le contraddizioni di questo discorso: 1) se *ratio iuris* e *tenor rationis* significano praticamente la stessa cosa (come riconosce l'ORESTANO, *cit.* 52), è erroneo interpretare *contra tenorem rationis* diversamente da « contrarietà alla *ratio* del sistema », ed è assolutamente fuor di luogo appellarsi a testi che parlano di *tenor senatusconsulti* (Paul. *sent.* 2.21A.18) o di *tenor legis* (D. 9.2.56) o di *tenor constitutionis* (Inst. 2.19.6), perché in questi testi la parola *tenor* assume un significato subordinato all'altro termine (*senatusconsultum*, *lex*, *constitutio*) che la specifica; 2) l'interpretazione di *tenor rationis* nel senso di *ratio* di una disposizione positiva vigente sarebbe potuta essere lontanamente plausibile, proprio se l'Orestano avesse affermato la netta differenza di significato tra *ratio iuris* e *tenor rationis* (il che egli non ha fatto, anche perché, di fronte al divieto di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris*, si sarebbe dato la zappa sui piedi); 3) è ingiustificato interpretare l'*aliqua utilitas* nel senso di *utilitas* nuova, perché questa espressione non significa tanto, ma è estremamente piú generica, ed è assolutamente fuor di luogo richiamare a sostegno di questa interpretazione D. 1.4.2 (*in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est*), di cui basta la semplice lettura per dimostrare che non può a nulla servire, almeno ai fini della teoria dell'Orestano.

[133] « Avviene cosí che solo apparentemente il divieto viene violato quando l'amplificazione ha luogo; è che dietro un nuovo impulso si riprende quel processo di creazione che aveva già introdotto il principio di *ius singulare* » (204). Anche qui bisogna dire che le intuizioni dell'Orestano sono buone: indubbiamente l'*utilitas* che ha determinato l'introduzione di una norma nel sistema si esaurisce in questa norma, dimodoché ogni modificazione o ulteriore innovazione non può dirsi proveniente da quella determinata *utilitas*, ma da una *utilitas* nuova e distinta. Tuttavia, questa è una cosa, ed interpretare cosí il divieto di *deducere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris* è una cosa tutta diversa, ed una cosa errata, perché è evidente che, se Paolo avesse pensato quel che afferma l'Orestano, non avrebbe proprio parlato.

[134] Va rilevato, da ultimo, che l'ORESTANO, *cit.* 59 s., tenta di conferire una grande importanza anche all'*introductum est* della definizione paolina. *Introductum est* dimostra che « nel momento della sua creazione la norma di *ius singulare* penetra nel sistema, viene in esso introdotta e da esso è recetta e si colloca a fianco

tamente ammettere che gli elementi della definizione paolina — il *contra tenorem rationis*, l'*aliqua utilitas*, l'*introductum est* — si debbano interpretare in maniera cosí arbitraria, da richiamare alla memoria il *bon mot* che fu detto a proposito della pronuncia inglese: in inglese si scrive « Birmingham » e si pronuncia « Liverpool ». Giusta ed acuta è l'esigenza di un superamento storico del problema del *ius singulare*, ed altissimo è perciò il merito dell'Orestano, che per primo l'ha formulata: ma, all'atto pratico, il superamento non può dirsí riuscito.

12. — Quando è cosí, non mi si accusi *a priori* di temerità, se sarò piú reciso e deciso nel mio tentativo di superare storicamente le altrimenti insopprimibili asperità del problema. Il mio intento è di muovere guerra — se mi è lecito usare l'enfatica espressione — alla classicità della categoria dogmatica *ius singulare*, nonché, entro certi limiti che appresso chiarirò, allo stesso divieto generale di applicare per analogia le cosí dette norme *contra rationem iuris*.

Il rilievo già fatto, che non tutti gli istituti concepibili, alla luce della definizione stessa di Paolo, come *iura singularia* risultano nelle fonti definiti o considerati cosí [135], ché anzi gli esempi piú cospicui — quali il *testamentum militis* e il *postliminium* e il *peculium castrense* e il *SC. Velleianum* — appaiono in tutte le epoche liberamente estesi in ogni direzione per analogia [136], invita a ritenere: 1) che la categoria *ius singulare*, se pure fu formulata dai giuristi dell'epoca classica, non ebbe in diritto classico alcun riflesso pratico preponderante, ma ebbe il puro carattere di una isolata definizione scolastica, e — mi si conceda di dirlo — assai poco felice, nonché in netto contrasto con tutto lo spirito della giurisprudenza classica, aliena quant'altre mai da classificazioni teo-

della norma comune »: del che non dubitiamo perché, stando alla definizione paolina, la norma di *ius singulare* deve essere certamente qualificata come norma di « diritto eccezionale » e non di « diritto anomalo ». Non vedo, quindi, come e perché l'*introductum est* possa essere addotto a sostegno delle argomentazioni dell'Orestano. Se poi l'*introductum est* è addotto per sostenere che la norma entra a far parte dello stesso sistema specifico costituito dalla norma positiva derogata, basterà richiamarsi: 1) al testo che dice essere stato il *ius honorarium* introdotto dai pretori, evidentemente nel sistema giuridico generale (D. 1.1.7.1); 2) al fatto che lo stesso ORESTANO, *cit.* 62, non può disconoscere che talvolta i princípi di *ius singulare* non penetrano in un sistema specifico preesistente, ma dànno luogo ad istituti nuovi, estranei a quel sistema (si pensi ai *codicilli*, rispetto ai testamenti).

[135] V. *retro* n. 10 A.

[136] V. *retro* n. 10 D.

riche e scolastiche di concetti [137]; 2) che il divieto di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris*, se pure fu formulato nel diritto classico, non ebbe in esso il valore generale e preponderante che le Pandette gli attribuiscono almeno da un punto di vista formale, ma ebbe, forse, un significato piú limitato e meno assoluto [138].

Tutta la storia del diritto romano classico, dall'epoca quiritaria ai Severi, tutta la storia della giurisprudenza repubblicana e del Principato, tipicamente libera nell'uso piú audace della *interpretatio*, sta ad indicare qualcosa di piú, che il concetto del *ius singulare* ed il connesso divieto di applicazione analogica non furono assolutamente compatibili con le concezioni basilari del diritto romano puro, il quale ci presenta innumeri esempi di introduzione di nuovi istituti e di invasione, da parte di questi istituti, di tutto il mondo giuridico, con conseguente esautoramento degli istituti piú vecchi [139]. Si pensi alla vastissima elaborazione giurisprudenziale dei formalistici e ristretti princípi quiritari [140], si pensi al *ius gentium* [141], si pensi soprattutto alla funzione esercitata dal *ius honorarium* nei riguardi del *ius civile* [142]. Tutto ciò non sta certo a significare che i Romani applicassero ciecamente ed irrazionalmente in qualunque direzione le norme ed i princípi del loro diritto, ma sta ad indicare, peraltro, che essi non ebbero, non poterono avere il concetto generale di una eccezione contrapposta alla regola di una impossibilità di applicare per

[137] La renitenza della giurisprudenza classica verso le formulazioni teoriche astratte e la tendenza verso le medesime della giurisprudenza postclassica sono fra le cose piú note: v. sul punto SCHULZ, *Prinzipien des Römischen Rechts* (Berlin 1934) 33 s.

[138] In questo senso potremmo aderire, salve le risultanze dell'esame esegetico che sarà svolto *infra* n. 18 e 19, a quanto afferma l'ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 39 nt. 1, che inserisce il divieto di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris* tra i canoni di interpretazione a questo o a quel proposito formulati dai giuristi classici, avvertendo che la loro generalità può tollerare eccezioni. Tuttavia io credo che a questa osservazione in tanto si possa aderire, in quanto si rinunci ad accettare come classica e vera la categoria *ius singulare*.

[139] Non è possibile addentrarsi in questa sede nelle interessantissime discussioni che si svolgono in proposito. Rimando ad ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano* cit. *passim*, ed al recente libro del GROSSO, *Premesse generali* cit. 61 s.

[140] V. sul punto, da ultimo, con vasta elaborazione del tema, GROSSO, *Premesse generali* cit. 65 s.

[141] Sul punto v. per tutti ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 138 s.

[142] Sul punto ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 157 s., GROSSO, *Premesse generali* cit. 111 s.

analogia la prima di fronte al predominio della seconda [143]: la storia del diritto romano è, anzi, principalmente la storia delle eccezioni che diventano regole e delle regole primitive che, arginate e compresse dallo sviluppo delle successive eccezioni, si riducono con l'andar del tempo a divenire meri relitti, anomalie, rudimenti di epoche passate [144].

Occorre, allora, riesaminare criticamente le basi testuali su cui poggia la dottrina del *ius singulare* romano, onde accertare quanto vi sia in esse di classico, di puro, di genuinamente romano. E vedremo subito che esse sono molto piú fragili di quanto ci si potrebbe aspettare.

13. — Col Perozzi [145], distingueremo i testi che parlano del *ius singulare* in due categorie: testi in cui l'espressione *ius singulare* viene usata relativamente alle persone o alle cose per cui vale un diritto eccezionale e testi in cui l'espressione *ius singulare* viene usata assolutamente (all'ablativo assoluto) senza indicare cioè una persona o una cosa per cui valga. Nel primo caso il riferimento alla categoria dogmatica del diritto eccezionale è piú sicuro, mentre nel secondo caso è invece da dubitare che, almeno in taluni testi, la categoria dogmatica non venga richiamata, ma

[143] Piú in generale, deve ricordarsi come il divieto di applicazione analogica sia rimasto certamente estraneo anche al diritto penale romano, che non conobbe né formulò mai il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. V. sul punto, da ultimo, SIBER, *Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrechte des römischen Freistaates* (Leipzig 1936), LEVY, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrechte*, I. *Die Strafzumessung*, in *BIDR*. 40 (1938) 57 s., SOLAZZI, *D. 48.4.7.3 e l'analogia nel diritto penale*, in *Studi Massari* (Napoli 1937) estr., e anche VASSALLI G., *Nullum crimen sine lege*, in *GI*. 91 (1939) 4 estr. 11 s.

[144] È perciò che io qualificherei estremamente perspicua, per il tempo in cui fu formulata, la tanto bistrattata teoria del DERNBURG, *Pandette* (tr. it. Cicala) 1.1 (Milano 1906) 83 s. Il Dernburg distingue i diritti singolari dalle singolarità di diritto: i primi « escludono per una sfera di casi le regole comuni ed i princípi comuni, per motivi particolari, sia di utilità, sia di morale, sia del pubblico bene », le seconde sono « un complesso di norme giuridiche, che appartengono alle rappresentazioni del passato, o che, formate per effetto di altre leggi, non concordano col sistema ». Per conseguenza, riteneva il Dernburg che Paolo avesse formulato la definizione del *ius singulare*, tenendo davanti agli occhi, unilateralmente, il secondo caso, e che alle sole norme di questa seconda categoria si dovesse riferire il divieto di *producere ad consequentias*. Ora, non che la teoria del Dernburg possa essere minimamente accettata (in questo senso, sono pienamente consenziente con la critica che ne fa l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 41 s.), ma è certo che il Dernburg ha visto storicamente almeno un lato del problema: quello che attiene alla infecondità dei princípi superati, alla impossibilità di applicarli per analogia.

[145] *Istituzioni* cit. 1.106 nt. 3.

si voglia soltanto mettere in evidenza il carattere particolare, singolare, di certe norme [146].

Vediamo anzitutto i testi della prima categoria:

*a*) Il primo frammento che viene in considerazione è quello famoso, in cui si contiene la definizione stessa del *ius singulare* [147]. Ma siccome la questione verte proprio sulla classicità di questa definizione, noi lasceremo per un momento da parte il testo paolino, salvo a riprenderlo in esame in un momento piú opportuno [148].

*b*) Un secondo frammento, attribuito alla penna di Giavoleno Prisco, parlerebbe di *ius singulare* in ordine all'istituto del *postliminium*.

D. 41.2.23.1 (Iavol. 1 *epist.*): *In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: corporaliter tamen possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit.*

Non ripeterò qui un discorso già ampiamente svolto altrove [149], per dimostrare che il frammento di Giavoleno è profondamente alterato [150] e che, in particolare, indiscutibilmente spurio è il primo periodo di esso, ove si dice che *in his, qui in hostium potestatem pervenerunt in retinendo iura rerum suarum singulare ius est*. La *possessio*, cui si restringe il discorso nel resto del frammento, non era considerata dai classici un « diritto » reale, un *ius rerum suarum*, ma un mero rapporto di fatto tra il possessore e la cosa [151]; il *postliminium*, anche se non è certo abbia importato reviviscenza dei diritti dopo la prigionia o piuttosto quiescenza

[146] Vedremo, tuttavia, che alcuni testi della seconda categoria sono abbastanza chiaramente allusivi al *ius singulare*, mentre vi è un paio di testi della prima categoria in cui l'allusione è molto meno sensibile, e forse manca del tutto. Ma l'utilità di distinguere le due categorie, come vedremo, permane, perché ci aiuterà a chiarirci la genesi della concezione postclassica di un *ius singulare*.

[147] V. *retro* n. 3.

[148] V. *infra* n. 15.

[149] V. GUARINO, *Sul ius singulare postliminii*, in *ZSS*. 61 (1941) 58 s.

[150] Quanto alla sostanza, il frammento può essere cosí ricostruito (seguendo BESELER, in *ZSS*. 45 [1925] 205): *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.*

[151] V. sul punto ALBERTARIO, *In tema di classificazione del possesso*, in *Studi di diritto romano* 2 (Milano 1941) 173 s., GUARINO, *Postliminium* cit. 69 nt. 37 bis.

dei medesimi durante la cattività [152], non fu certo, sempre in diritto classico, un semplice *retinere iura sua* durante la schiavitú di guerra [153]; in ogni caso, la singolarità delle norme sul *postliminium* non fu nel riservare al titolare fatto prigioniero i soli *iura rerum suarum* (proprietà e diritti affini), ma gli *omnia iura*, con esclusione dei soli rapporti di fatto (possesso, matrimonio) [154]. D. 41.2.23.1 è, con ogni probabilità, un elaborato postclassico, e dalla penna del lettore postclassico, non da quella di Giavoleno, è certamente uscita l'infelice frase che inquadra malamente ed incompletamente l'istituto nella categoria dogmatica del *ius singulare* [155].

[152] V. sul punto, in vario senso, BESELER, in *ZSS.* 45 (1925) 205, RATTI, *Studi sulla captivitas* 3, in *Ann. Macerata* 1927, estr. 100 ss.; GUARNERI CITATI, *Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano*, in *Ann. Messina* 1 (1927) estr. 26.

[153] In questo senso è invece, per il periodo anteriore a Gaio, l'AMBROSINO, *Da Giavoleno a Gaio in tema di postliminio*, in *SDHI.* 5 (1939) 202 s., che difende pertanto la genuinità di D. 41.2.23.1 (salvo l'inciso *corporaliter*, già appuntato dal ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, ora in *Scritti giuridici* [Milano 1922] 184 s.). Ma v. *contra* GUARINO, *Postliminium* cit. 62 s.

[154] V. GUARINO, *Postliminium* cit. 76.

[155] V. GUARINO, *Postliminium* cit. 71 s. Chi tenga presente l'ipotesi del BESELER, in *Studi Bonfante* 2.72, per cui i *libri epistularum* di Giavoleno sarebbero un'opera apocrifa, troverà che essa è confermata dalle nostre conclusioni (ma v. tuttavia, sulla questione del carattere apocrifo dei *libri epistularum*, BERGER, in *BIDR.* 44 [1936-37] 96, e art. *Octavius Javolenus*, in *PWRE.* shv.). Mi corre l'obbligo, in questa sede, di rispondere ad un appunto indirettamente rivoltomi dal DI MARZO, *Istituzioni* cit. 34 nt. 1, il quale dice, a proposito della questione dibattuta fra me e l'Ambrosino: « Mi sembra che l'Ambrosino ... sopravvaluti la importanza di D. 41.2.23.1, nel quale Giavoleno adopera la espressione *in retinendo*, perché ha la mente rivolta all'effetto ultimo del *postliminium*: i *iura rerum suarum* si ritengono perché si considerano come non mai perduti ... Del tutto fuori strada è Beseler ...: la sua ricostruzione del testo di Giavoleno accoglie Guarino ..., attribuendo l'alterazione alle scuole postclassiche ». Ora io sono lieto che il Di Marzo concordi con me nel ritenere che l'Ambrosino sopravvaluti la importanza di D. 41.2.23.1, ma solo nel senso che non è sostenibile la tesi di una teoria giavoleniana per cui gli effetti del postliminio sarebbero consistiti in un *retinere iura sua*: l'interpretazione bonaria che il Di Marzo vuol dare dell'*in retinendo* di Giavoleno è invece da scartare nel piú pieno dei modi, perché attribuisce ad un giurista serio una imprecisione di linguaggio che può essere solo di un cattivo, di un pessimo giurista. È indubitabile che, tra il Beseler e me, da un lato, e l'Ambrosino, dall'altro, qualcuno sia fuori strada: ma mi permetto di ritenere altrettanto indubitabile che una delle due opinioni sia quella vera e che fuori strada sia certamente il Di Marzo, che le combatte entrambe, sottovalutando in maniera inaccettabile la personalità di un giurista come Giavoleno.

*c*) In un testo di Salvio Giuliano la categoria *ius singulare* sembra essere applicata all'istituto dei *codicilli*. Ma vedremo subito che, anche in questo caso, il riferimento è quanto mai impreciso, che anche questo testo è stato rimaneggiato nella forma e nella sostanza da mano postclassica [156].

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...*

A prescindere dalla ridda di sospetti che genera il resto del paragrafo e l'intero frammento di Giuliano [157], la condanna del periodo su riportato non può che essere radicale [158]. Il giurista classico non può aver detto che *quaecumque* siano stati scritti nei *codicilli* si debbano considerare come scritti nel testamento: ed invero i *codicilli testamento non confirmati* potevano contenere soltanto disposizioni fedecommissarie, mentre gli stessi *codicilli confirmati* non potevano contenere né l'istituzione di erede né la diseredazione [159]. Indubitabilmente sul discorso originario di Giuliano ha posato le sue mani inette uno studioso postclassico facilone ed amante di astrazioni.

*d*) Ed ancora del *ius singulare* ci parlerebbe Gaio, in un frammento relativo al *testamentum militis*.

D. 29.1.2 (Gai. 15 *ad ed. prov.*): *De militis testamento ideo separatim proconsul edicit, quod optime novit ex constitutionibus principalibus propria atque singularia iura in testamenta eorum observari.*

Se aderissimo alla tesi del von Velsen [160], secondo il quale l'*edictum provinciale* commentato da Gaio sarebbe stato l'editto del pretore peregrino [161], potremmo tranquillamente sbarazzarci, sulla traccia del citato

156 V. GUARINO, *Pauli de iure codicillorum* cit. 249.

157 V. *Index itp.* ahl. e SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (Milano 1939) 53 s.

158 Buone osservazioni in proposito fa lo SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit.

159 Gai 2.273: *Item codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint; at is, qui testamento heres institutus est, potest codicillis rogari, ut eam hereditatem alii totam vel ex parte restituat, quamvis testamento codicilli confirmati non sint.*

160 *Das Edictum provinciale des Gaius*, in *ZSS.* 21 (1900) 73 s.

161 Ma v. tuttavia KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*[2] (München-Leipzig 1912) 20 nt. 9 e sulla questione dell'editto provinciale, da ultimo, BUCKLAND, *L'Edictum provinciale*, in *Rev. hist. de droit franç. et étranger* (1934) 81 s., e autori ivi citati.

autore, anche di questo frammento [162]. Ma a noi basta ritenere, con il Lenel [163], che siamo in presenza di una delle consuete introduzioni parafrastiche ai capitoli dell'editto pretorio: che una *bonorum possessio ex testamento militis* sia stata promessa dai magistrati edicenti non è dubbio [164], che invece sia proprio di Gaio il ridondante e sostanzialmente poco corretto periodo introduttivo del suo commento all'editto *de bonorum possessione ex testamento militis*, questo è ben poco credibile [165]. In ogni caso, è da tener ben presente, con lo Scharlach [166], che l'espressione *propria atque singularia iura* ha ben poco a che vedere con la nozione tecnica del *ius singulare*, quale ci verrebbe fornita dalla definizione paolina: essa adombra il carattere specifico, peculiare dei diritti che sorgono per i *milites* dalle concessioni di privilegio delle costituzioni imperiali [167]. Siamo in tema di privilegi, non di diritto singolare, e terremo il debito conto di questa constatazione fra poco [168].

*e*) Un ultimo testo della prima categoria, che si suole citare in ordine al *ius singulare* è di Ulpiano.

D. 12.1.15 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam, nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis, quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.*

Anche la prima frase di questo frammento ben poco prova per il riferimento delle regole ivi espresse alla categoria dogmatica *ius singu-*

[162] VON VELSEN, *cit.* 145: [*quod—observari*].

[163] *Edictum perpetuum* cit. 351 nt. 12.

[164] V. LENEL, *Edictum perpetuum* cit. 155 ed i testi ivi citati.

[165] Riporto la motivazione del VON VELSEN: « Der Satz *quod—observari* soll offenbar den Grund für das *separatim* enthalten, denn *ideo* steht vor *separatim*. Unmöglich aber kann die hervorragende Kenntnis des *proconsul* von den kaiserlichen Konstitutionen in dieser Materie den Grund für Aufstellung eines Sonderabschnittes im Edikt abgegeben haben: hier ist die Hand der Kompilatoren zu deutlich ». In verità la giustificazione dell'editto *de bonorum possessione ex testamento militis* non poteva essere piú ingenua. Ridondante è l'espressione *propria atque singularia iura*. Non sottoscrivo invece l'idea della interpolazione dei compilatori: le *laudationes edicti* mi paiono piuttosto annotazioni di scuole postclassiche.

[166] *Das ius singulare im Römischen Recht*, in *Archiv für die civil. Praxis* 62 (1879) 455 nt. 11. Ma v. tuttavia PEROZZI, *Istituzioni* cit. 1.106 nt. 2.

[167] V. anche *infra* n. 17.

[168] V. *infra* n. 20.

*lare,* e ben lo ha visto il Perozzi [169]. Qui non si parla di norme *contra tenorem rationis*, ma di norme particolari, caratteristiche, di norme che a prima vista potrebbero parer sorprendenti a chi pensasse che, per aversi mutuo, occorra anzitutto la proprietà nel mutuante della pecunia mutuanda [170]. Ma a chi potevano parere sorprendenti queste deviazioni, questi ampliamenti dell'originario concetto del mutuo, se non ad una mentalità ristretta e confusa di studioso postclassico? Ulpiano ed i suoi contemporanei conoscevano ed applicavano largamente queste figure di mutuo in senso lato [171]: nel frammento sopra riportato vediamo anzi, e subito, procedere il giurista classico, con tutta naturalezza, ad una applicazione analogica del principio allor allora enunciato: *quod igitur in duabus personis recipitur, hos et in eadem persona recipiendum est* [172]. Io ritengo, pertanto, con il Beseler [173], insiticio tutto il periodo *singularia—creditam*, che è la nota di meraviglia di un lettore postclassico verso un principio ammesso pianamente da Ulpiano e dai giuristi dell'età sua [174].

14. — L'ultimo testo sopra esaminato [175] ci facilita il passaggio all'e-

[169] *Istituzioni* cit. 1.106 nt. 2.

[170] Cfr. Inst. 3.14 pr., D. 12.1.2.2.

[171] Ne fornisce ampia dimostrazione l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 82 s., cui rimando. Non aderisco, naturalmente, alla conclusione dell'Orestano: essere il frammento in esame genuino anche nella frase *singularia—creditam.*

[172] Secondo il KRÜGER, ahl., al frammento in esame va congiunto D. 17.1.10.4.

[173] *Beiträge* cit. 3.45: « Zu Ulpians Zeit waren nicht mehrere Dinge *recepta*, sondern eins *receptum* und eins *recipiendum* ». *Adde*: *circa pecuniam*, su cui *Vocab. iurispr. romanae* 1.774.18. Su *circa* v. anche GUARNERI CITATI, *Indice* e *Suppl.* 2 shv. Mi paiono, quindi, perlomeno esagerate le seguenti parole dell'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 82: « Ma il tenore di tutta la frase è cosí classico, cosí genuine tutte le parole che la compongono, cosí ricorrenti in altri casi, che difficilmente si può ammettere che essa sia effettivamente interpolata e non piuttosto dettata nell'originale di Ulpiano ».

[174] Sulle discussioni del periodo postclassico relative a questo frammento, v. LONGO, *Natura actionis nelle fonti bizantine*, in *BIDR.* 17 (1905) 81 s. Può anche darsi che il *singularia quaedam* sia sintomo della stessa nota di meraviglia che appare in Steph. sch. ad D. 12.1.15 (Heimb. 2.611 sch. 5): τοῦτό ἐστιν τὸ θαυμαστὸν, καὶ δοκοῦν ὥσπερ παρὰ κανόνα, ὅτι μηδὲ ἀπαριθμήσεως γενομένης ἐπὶ δανείῳ μηδὲ ἐπερωτήσεως κατὰ νοβατίονα, τίκτεται ὁ κονδικτίκιος, ἤτοι ἡ μανδάτι ἀναδυομέμη [τὸν κονδικτίκιον] ⟨τοῦ κονδικτικίου⟩ τὴν φύσιν..... (*Hoc mirabile est, et videtur quasi contra regulam, quod nec facta numeratione mutui nomine, nec stipulatione novandi causa nascitur condicticia, seu actio mandati, quae assumit naturam condicticiae...*).

[175] D. 12.1.15.

same e alla critica del secondo gruppo di frammenti, in cui incontriamo l'espressione *iure singulari*, ablativo assoluto, usato senza riferimento diretto a cose o persone che formano oggetto dei precetti del diritto singolare.

Abbiamo visto come in quel frammento la frase *singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam* è il segno di una confusa e contorta tendenza delle scuole postclassiche a classificare « singolari » le norme giuridiche a tutta prima, per esse, poco comprensibili, di una tendenza non ancora ben chiara, cioè, a configurare come « di diritto singolare » questi ed altri princípi. La stessa tendenza si rivela e si concreta nei frammenti del secondo gruppo.

*a*) In tre frammenti di Papiniano questa progressiva formazione del dogma del *ius singulare* si coglie a vista d'occhio, ma aggiungeremo subito che essa non può essere ritenuta genuina, bensí prodotto di note marginali penetrate nel testo.

Si guardi anzitutto a:

D. 41.3.44.3 (Pap. 23 *quaest.*): *Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere coeperat: sed haec iure singulari recepta sunt.*

Non occorre spendere parole, credo, per ribadire la certezza della provenienza postclassica di *sed haec iure singulari recepta sunt*, già sostenuta dal Bonfante [176] e dal Perozzi [177]. Come è avvenuto per D. 12.1.15, anche qui un lettore postclassico ha sottolineato la regola, per lui singolare, che ai fini della *successio possessionis* la cosa si considera posseduta dal chiamato all'eredità anche nel tempo in cui l'eredità era giacente, purché egli poi l'abbia accettata.

*b*) In un secondo testo di Papiniano, dello stesso libro 23 *quaestionum*, il lettore postclassico [178] fa a margine una nota perfettamente analoga ma ancora piú allusiva alla categoria *ius singulare*.

D. 41.2.44.1 (Pap. 23 *quaest.*): *Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaereretur. dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere...*

Papiniano non può avere scritto — e lo dico a prescindere dalle altre critiche che si sono mosse al frammento [179] — *utilitatis causa iure*

[176] *Note al Windscheid* cit. 5.495.

[177] *Istituzioni* cit. 656 nt. 5.

[178] Non è da escludere che si tratti dello stesso annotatore del brano precedentemente riportato.

[179] V. *Index itp.* ahl.

*singulari* [180]. L'equazione è di mano di un annotatore postclassico, il quale va applicando il concetto di scuola del *ius singulare* un po' dovunque, e principalmente in margine ai testi in cui vengono enunciati princípi che gli paiono singolari o che il giurista classico afferma introdotti *utilitatis causa*.

*c*) In un terzo (ed ultimo) frammento papinianeo parrebbe vedersi operare in pieno la categoria *ius singulare*, nel senso che un principio *iure singulari receptum* risulterebbe dichiarato inestensibile a casi e materie analoghi.

D. 40.5.23.3 (Pap. 9 *resp.*): *Etiam fideicommissaria libertas a filio post certam aetatem eius data, si ad eam puer non pervenit, ab herede filii praestituta die reddatur* [181]*: quam sententiam iure singulari receptam ad cetera fideicommissa* [182] *relicta porrigi non placuit.*

Dico subito che la seconda parte del testo (*quam sententiam rell.*), pur dicendo qualcosa di sostanzialmente esatto, non mi convince [183]. In un frammento sostanzialmente genuino [184], che può dirsi esattamente parallelo al nostro, salvo che si riferisce alla *libertas* testamentaria [185], Giuliano, dopo aver affermato che *Sticho libertas competet, sed legatum non debebitur*, spiega, a mo' di conclusione: *nam favore libertatis receptum est, ut mortuo Titio* (il testatore) *tempus superesse videtur, quo impleto libertas contingeret* [186]. Ora, se in materia di *libertas directa* la giurisprudenza ha potuto sacrificare al *favor libertatis* il regime severo del negozio sotto condizione, egli è perché, io credo, a ciò essa è stata spinta dal fatto che la stessa deroga si era ammessa in materia di fedecommessi; ed in questa

[180] V. in particolare SIBER, *Römisches Privatrecht* cit. 2.141.

[181] Aloandro corregge *reddetur*.

[182] Mommsen corregge *fideicommisso*.

[183] Il testo non mi risulta ancora attaccato dalla critica.

[184] D. 40.4.16 (Iul. 37 *dig.*): *Si ita scriptum fuerit: «cum Titius annorum triginta erit, Stichus liber esto eique heres meus fundum dato» et Titius, antequam ad annum trigensimum perveniret, decesserit, Sticho libertas competet, sed legatum non debebitur. nam favore libertatis receptum est, ut mortuo Titio tempus superesse videretur, quo impleto libertas contingeret* [*: circa legatum defecisse condicio visa est*].

[185] Rimando alla buona difesa della genuinità sostanziale del passo, che si trova in ORESTANO, *Ius singulare* cit. 86, contro gli attacchi del Beseler, dell'Albertario e di altri.

[186] L'ultima proposizione, *circa legatum defecisse condicio visa est*, è molto probabilmente spuria: *circa* (v. *retro* nt. 173) e lo stile poco chiaro mi par che lo provino.

materia la deroga si era potuta facilmente ammettere per le peculiarità dell'istituto del fedecommesso, in ordine al quale la giurisprudenza operava con criteri informati ad una certa elasticità di vedute [187]. Escluso è, dunque, che il principio riferito da Papiniano quanto alla *fideicommissaria libertas* fosse considerato dalla giurisprudenza classica come di *ius singulare* e quindi inapplicabile per analogia: il frammento di Giuliano ci rivela il contrario. D'altra parte lo stesso frammento di Giuliano ci chiarisce perché alla giurisprudenza classica *non placuit* di estendere la *sententia* enunciata da Papiniano ai *cetera fideicommissa*: ciò fu perché a quest'uopo sarebbe mancato il motivo del *favor libertatis* [188]. Pertanto io sostengo che o la seconda parte del testo in esame non è di Papiniano ma di un suo tardo commentatore [189], o Papiniano ha parlato di una *sententia favore libertatis* (non *iure singulari*) *recepta* [190]: e in questa seconda ipotesi è da credere che *iure singulari* sia stata una glossa esplicativa dell'originario *favore libertatis*, glossa entrata, in un secondo momento, a far parte del testo in luogo della espressione che il lettore postclassico intendeva chiarire [191].

*d*) Considereremo per ultimo un paragrafo delle Istituzioni di Gaio, in cui pure compare l'espressione *iure singulari*.

Gai 3.114: *In hoc autem iure quaedam singulari iure observantur. nam adstipulatoris heres non habet actionem. item servus adstipulando nihil agit, quamvis ex ceteris omnibus causis stipulatione domino adquirat. idem de eo qui in mancipio est magis placuit; nam et is servi loco est. is autem, qui in potestate patris est, agit aliquid, sed parenti non adquirit, quamvis ex omnibus ceteris causis stipulando ei adquirat. ac ne ipsi quidem aliter actio competit, quam si sine capitis deminutione*

[187] V. *amplius* RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del dir. romano*, in *Mélanges Cornil* (Paris 1926) 2.341 s.

[188] Si noti, in ogni caso, che il testo non parla di impossibilità di *producere ad consequentias* il principio ammesso in ordine alla *fideicommissaria libertas*, ma dice che *non placuit* estendere quel principio ai fedecommessi in generale: v. anche SCHARLACH, *Ius singulare* cit. 451 s.

[189] Un argomento per ritenerlo sarebbe il fatto che qui si tratta di un responso pratico e che stupisce, pertanto, la frase *quam sententiam rell.*, che col caso pratico non ha nulla a che fare.

[190] Questa ipotesi, che avanzo per pura precauzione, è peraltro molto meno sicura della precedente.

[191] Si sarebbe avuto, in sostanza, lo stesso fenomeno verificatosi in ordine all'*utilitatis causa* di D. 41.2.44.1 (*retro* sub *b*), salvo che, mentre ivi la sostituzione di *iure singulari* ad *utilitatis causa* non si è avverata, quivi *iure singulari* sarebbe subentrato al posto di *favore libertatis*.

*exierit de potestate parentis, veluti morte eius aut quod ipse flamen Dialis inauguratus est. eadem de filia familias et quae in manu est dicta intellegemus.*

Il regime dell'*adstipulatio* era indubbiamente caratterizzato da particolarità di regolamento, le quali dipendevano dal fatto che alla *adstipulatio* si applicavano, in concorso tra loro, norme relative alla *stipulatio* e norme relative al mandato [192]. Particolarità sí, ma princípi di diritto singolare no, perché l'*adstipulatio* non è in tutto una *stipulatio*, né da altra parte obbedisce in tutto alle regole del mandato [193]. Per questi motivi, nonché per la inelegante struttura della frase [194], io ritengo che *in hoc—observantur* sia un glossema. Che i lettori postclassici di Gaio si compiacessero dei riferimenti al *ius singulare* è dimostrato da un altro glossema, da un glossema palese, che si trova a margine dei frammenti antinoesi delle Istituzioni [195], in cui si cita appunto — come avremo occasione di ripetere — l'opera pseudopaolina *de iure singulari* [196].

15. — Possiamo trarre dal sin qui detto una prima conclusione, di carattere esegetico. Tutti i pochi frammenti giuridici in cui appare la menzione esplicita del *ius singulare* — fatta eccezione, per ora, per la definizione paolina — sono frammenti palesemente alterati o fortissimamente sospettabili [197].

[192] In questo senso RICCOBONO, *Le applicazioni della « stipulatio »* (Roma 1934) 61 s., ORESTANO, *Ius singulare* cit. 79 s. Ma v. tuttavia SEGRÈ G., *Corso di diritto romano. Le garanzie personali* (Torino 1934) 34 s., SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* 1² (Napoli 1935) 73.

[193] In questo senso dice giustamente l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 80 s.: « Si hanno pertanto nella *adstipulatio* delle particolarità rispetto alle disposizioni positive che regolano i due istituti generatori, particolarità giustificate dalla doppia derivazione », ma inesattamente egli aggiunge che dette particolarità « per la posteriore formazione della *adstipulatio* vengono rettamente configurate da Gaio sotto l'aspetto dello *ius singulare* »: l'*adstipulatio*, per essere sottoposta ad un regolamento particolare, non è però *contra rationem iuris*. O, dunque, anche il periodo introduttivo di Gai 3.114 è spurio, o perlomeno è spuria la definizione paolina. Tuttavia io ritengo che tanto la frase introduttiva del paragrafo gaiano, quanto la definizione paolina non siano classiche: se Gaio avesse voluto soltanto accennare alle particolarità di regime della *adstipulatio* non avrebbe detto *iure singulari*.

[194] Sintomatica dello stile postclassico è la ripetizione a breve distanza di due *iure*: *in hoc... iure quaedam singulari iure...*

[195] *PSI*. 11.1182 (Firenze 1933), colonna F dell'*editio princeps*.

[196] V. *infra* n. 16.

[197] Quanto a Gai 3.114 (riportato *retro* nt. 14), quando anche non se ne

La mia constatazione esegetica rafforza di molto il sospetto che la teoria del *ius singulare* non abbia cittadinanza nel mondo giuridico dell'epoca classica, ma derivi invece dalle scuole giuridiche postclassiche. Ed infatti, contestata l'autenticità dei passi in cui alla categoria *ius singulare* indubbiamente si allude, accenna a tornare la piena armonia nel sistema del puro diritto romano, ove per chiari segni risulta che il problema del diritto singolare fu del tutto ignorato [198].

Senonché, mi si potrebbe a questo punto osservare che questa mia tesi della non classicità del *ius singulare* è gravemente, forse irreparabilmente ostacolata dalla circostanza che, attraverso le *inscriptiones* di tre

voglia ammettere il glossema, s'ha da dire che esso è, perlomeno, ben poco allusivo alla categoria *ius singulare*.

[198] L'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 22 s., adduce altre « fonti nelle quali non ricorre l'espressione *ius singulare*, ma che ad esso si riferiscono ». Per alcune di queste fonti il riferimento è inammissibile: D. 25.2.1 (ove si parla dell'*iudicium singulare rerum amotarum*), D. 40.7.20.3 (in cui il riferimento non è neanche lontanamente visibile). Per altre fonti il riferimento è ammissibile e di esse ci occuperemo in prosieguo: D. 1.3.15 (v. *infra* n. 20), D. 1.3.14 (v. *infra* n. 18 e 19), D. 50.17.162 (v. *infra* nt. 247), D. 7.1.63, D. 24.3.54 (v. in questo numero, *sub b* e *sub a*). Quanto a D. 35.1.78 pr., riportato dall'ORESTANO, *cit.* 101 s., diremo che ivi la interpolazione di *iure communi* al posto di un originario *iure singulari* è una induzione gratuita del RICCOBONO (*Fasi e fattori* cit. 344 s.). Rimane da esaminare un testo di cui l'ORESTANO (cit. 22, 61 s., 77 s., 93 s.) fa moltissimo conto: D. 9.2.51.2 (Iul. 86 *dig.*): *Multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest* ... L'intero frammento giulianeo, ed in particolare il brano su riportato, sono indiscutibilmente alterati (v. *Index itp.* e *Suppl.* I ahl.) né l'Orestano lo contesta (*cit.* 78). L'Orestano, tuttavia, cerca di difendere la genuinità sostanziale del passo (*cit.* 61 nt. 1), affermando che « l'interpolazione a questo riguardo sarebbe stata del tutto superflua: i compilatori infatti avendo in mano il potere legislativo non avrebbero avuto ragione di indugiarsi a ricercare una giustificazione al loro operato, fondandola sullo *ius singulare* »: ma obbietteremo che, siccome il passo appare a prima vista glossato in epoca pregiustinianea, queste parole dell'Orestano forniscono tutt'al piú un ulteriore motivo per credere all'inquinamento postclassico e non triboniano. L'ORESTANO (*cit.* 93), prevedendo questa obbiezione, dice peraltro anche che « queste parole, sia che fossero di Giuliano, oppure di un glossatore o di un commissario giustinianeo, contengono una testimonianza preziosa ed eloquentissima, della cui verità ed esattezza, sino a prova contraria, non ci è lecito dubitare ». Senonché, ammesso che le parole del testo di Giuliano siano state scritte da un glossatore, è lecito dubitare, soprattutto in forza della dimostrazione che veniamo svolgendo in questo articolo, che il glossatore postclassico esprima un fenomeno reale ed innegabile in base a sue proprie concezioni e valutazioni, che furono estranee ai giuristi dell'epoca classica.

frammenti dei Digesti [199], ci risulta che un giurista classico, Paolo, non solo formulò la definizione che oggi tanto ci angustia, ma la formulò in una monografia *ad hoc*, in un *liber singularis de iure singulari* [200].

Questa obbiezione apparentemente grave merita qualche parola di risposta e di chiarimento. Ed anzitutto sia detto che i tre frammenti che ci rimangono, tramandati dalle Pandette, dell'operetta paolina sul *ius singulare* sono indiscutibilmente rimaneggiati, nella forma e nella sostanza.

*a*) Un primo frammento ci parla del cosí detto *beneficium competentiae*, cioè di un istituto di cui assolutamente non si capisce qual possa essere stata in diritto classico la singolarità, e che solo in epoca postclassica, con l'ammissione a favore del debitore del diritto di ritenere un *aliquid sufficiens ne egeat*, assumerà veramente carattere di *beneficium* [201]. Si tratta di D. 24.3.54 [202], un frammento di cui credo di aver ampiamente dimostrato, in altra sede, la totale rielaborazione postclassica [203].

*b*) Viene per secondo un frammento addirittura paradossale, in cui è chiaro ed evidente il lavoro compiuto dal rielaboratore postclassico per spiattellarci un esempio di istituto di *ius singulare*.

D. 7.1.63: *Quod nostrum non est, transferemus ad alios: veluti is qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest.*

Se io sono il pieno proprietario di un fondo, ne sono, naturalmente, anche l'usufruttuario, ma giuridicamente il mio usufrutto non esiste perché il *dominium* l'assorbe [204]. Questo è chiaro; ma stiamo a vedere cosa arzigogola il giurista postclassico. A spiegazione del fatto che il proprietario del fondo può costituire ad altri l'usufrutto del fondo stesso, egli dice — *nescio quid stultius* — il seguente paradosso, davvero « singolare »: *quod nostrum non est, transferemus ad alios* (quasi che l'usufrutto

199 LENEL, *Pal.* Paul. n. 905-907.

200 Al *liber singularis de iure singulari* si richiama inoltre, come sappiamo (*retro* n. 14), un glossema in *PSI.* 11.1182.

201 V. GUARINO, *Taxatio in id quod facere potest* cit. *passim.*

202 D. 24.3.54. *Maritus facere posse creditur nullo deducto aere alieno, item socius, item patronus parensve: at is, qui ex donatione convenietur, omni aere alieno deducto facere posse intellegitur.*

203 V. GUARINO, *Beneficium competentiae dei milites* cit. 14 s.; *Taxatio* cit. 28. V. già, sul testo, i cit. dall'*Index itp.* e SOLAZZI, *Estinzione* cit. 228.

204 Per questa ovvia interpretazione cfr., da ultimo, GROSSO, in *SDHI.* 2 (1936) 403 che peraltro non seguo nel ritenere genuino il testo. Inaccettabile l'interpretazione del BISCARDI, *Il dogma della collisione alla luce del dir. rom.* (Città di Castello 1935) 54 s., contro cui v. anche HELDRICH, in *ZSS.* 58 (1938) 423.

non fosse nostro, solo perché è assorbito nella proprietà). Nessuno vorrà aggiudicare a Paolo, io spero, questo strampalato discorso [205].

*c*) Ed esaminiamo infine, spregiudicatamente, la famosa definizione paolina — terzo ed ultimo brano conservatoci del *liber singularis de iure singulari* —. Domandiamoci ora se essa sia l'espressione di un ragionamento chiaro, nitido, aperto, quale è presumibile che avrebbe dovuto essere quello di Paolo, o non piuttosto l'espressione di una concezione torbida ed equivoca.

D. 1.3.16 è un passo che non presta il fianco a soverchie critiche di forma [206], ma che in compenso si espone a tutta una ridda di osservazioni di sostanza, almeno per chi ritenga esatti i rilievi che sono venuto svolgendo sin qui in merito al diritto singolare ed alla insufficienza dogmatica della contrapposizione tra regola ed eccezione. L'indagine romanistica, applicata alle fonti di cognizione in nostro possesso, porta spesso a questo risultato: che un principio che pareva oscuro perché profondo, e profondo perché classico, può essere finalmente giudicato torbido perché vano, e vano perché non genuino, perché frutto della decadenza giuridica postclassica [207].

Quella definizione paolina che è stata il cruccio di tanti studiosi di problemi generali del diritto, oltre che di tanti romanisti, ci si manifesta, alfine, come il portato di una rielaborazione scolastica postclassica, da cui sarebbe inutile pretendere la conseguenzialità e la logica che giustamente esigiamo nei testi della giurisprudenza classica. Ed io non voglio escludere affatto che essa sia, almeno *in nuce*, genuina; non escludo cioè che essa sia stata realmente formulata da Paolo, in qualche suo commentario giuridico, per scolpire la categoria delle norme giuridiche puramente formali, dei precetti mancanti del requisito essenziale dell'astrattezza: la catego-

[205] V. già sul testo PAMPALONI, in *BIDR.* 22 (1909) 124.

[206] Si badi, tuttavia, alla vaga espressione *contra tenorem rationis*, che, oltre tutto, è ἅπαξ λεγόμενον.

[207] Non è — si creda — la comoda maniera di risolvere un problema e di eliminare delle difficoltà, ma è il risultato di una obbiettiva ricerca storica, volta a fissare i diversi piani prospettici della evoluzione giuridica romana nel quadro della compilazione giustinianea. E mi sia lecito credere, sino a prova contraria, che molto piú obbiettiva è una ricerca condotta nel senso da me indicato, che non quella dell'Orestano, il quale è costretto a riconoscere (*cit.* 92 s.) che la categoria fu formulata da pochi giuristi classici ed applicata incompletamente e frammentariamente agli istituti (io aggiungerei: contraddittoriamente): tutto ciò dimostra invece che la categoria dogmatica *ius singulare* sorse sui margini delle opere classiche, ad opera della giurisprudenza postclassica.

ria che i Romani conobbero sotto il nome di *privilegium*. Il *privilegium*, sí, quello è veramente qualcosa di contrario alla *ratio iuris*, perché privo dei requisiti della norma giuridica; qualcosa di introdotto nel sistema *propter aliquam utilitatem*, per un contingente motivo politico; un istituto introdotto ormai, all'epoca di Paolo, *auctoritate constituentium*, dalle costituzioni imperiali [208]. Se Paolo ha definito il *privilegium*, come io ritengo possibile, ha detto qualcosa di sufficientemente esatto, e non è dato contestare, perciò, che la definizione utilizzata dalle scuole postclassiche per adombrare il torbido e malfermo concetto del *ius singulare* sia stata proprio scritta da lui [209].

Ma è certo, a mio parere, che — abbia o non abbia il giurista classico formulato, in ordine ai *privilegia* imperiali, la definizione che in D. 1.3.16 troviamo riferita al *ius singulare* — questa definizione, in quanto rapportata al diritto singolare, non è del diritto classico, come non è del diritto classico la stessa categoria dogmatica del diritto singolare.

16. — Il *liber singularis de iure singulari*, dei cui residui ho tentato di dimostrare il carattere non genuino, rimarrebbe pertanto il solo argomento a favore della tesi, da me avversata, della classicità del *ius singulare*. Se Paolo ha dedicato un trattatello al *ius singulare* — mi si potrebbe opporre — è evidente che il *ius singulare* era ai suoi tempi qualcosa.

[208] *Amplius* sul punto *infra* n. 20.

[209] Io ritengo, pertanto, che il testo originario paolino possa essere cosí ricostruito: *Privilegium est, quod contra rationem iuris propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*. Ho corretto anche il *contra tenorem rationis*, che è espressione eccessivamente generica ed imprecisa. Si avverta tuttavia che la stessa espressione *contra rationem iuris*, ed ogni altra consimile, non è del tutto esente da sospetto. *Contra rationem iuris* appare in D. 1.3.14 (= D. 50.17.141 pr.), di cui sosterremo la derivazione postclassica *infra* n. 19. Interpolato è certamente *contra iuris formam* in D. 46.1.49.2 (v. i citati dell'*Index itp.* ahl.) e in D. 2.14.7.15 (già sospettato dal Fabro). Completato da mano postclassica mi pare anche D. 47.10.40 (Macer 2 *publ. iudic.*): *Divus Severus Dionysio Diogeni ita <re>scripsit: «Atrocis iniuriae damnatus in ordine decurionum esse non potes[i]. nec prodesse tibi debet error praesidum aut eius, qui de te aliquid pronuntiavit [, aut eorum qui contra formam iuris mansisse te in ordine decurionum putaverunt]»*. (L'ultima frase del rescritto è troppo generica ed ingenua, per poterla attribuire con sicurezza all'imperatore). Anche *contra iuris regulas* in D. 2.14.28 pr. non è genuino (v. gli autori citati dall'*Index itp.* ahl.). Non prestano il fianco ad appunti Ulp. 23.10 (*contra iuris regulas*) e D. 40.5.14.10 (*contra iuris rigorem*). Su D. 1.3.15 (*contra rationem iuris*) v. *infra* n. 20.

Ma che lo stesso *liber singularis de iure singulari* di Paolo sia una opera apocrifa, è mio saldo convincimento.

Già da tempo, e per altri riguardi, io ho sostenuto la tesi che le scuole giuridiche dell'epoca postclassica, accanto al lavoro di compendio e di alleggerimento delle piú ponderose opere classiche, abbiano operato anche nel senso di escerpire dalle opere classiche quanto loro potesse servire per la confezione di monografie, di *libri singulares*, su argomenti singoli, cui i giuristi classici non pensavano o non potevano aver pensato [210]. Di questo tipo di attività scolastica dell'epoca postclassica noi abbiamo le prove attraverso la stessa precisa testimonianza di Giustiniano, il quale — nella costituzione *Omnem*, § 1 — ci riferisce che, ai suoi tempi, le scuole giuridiche erano organizzate in modo che, nel primo anno di corso, si studiassero, accanto alle Istituzioni di Gaio, quattro *libri singulares: de re uxoria, de tutelis, de testamentis, de legatis* [211]. Il procedimento attraverso il quale queste elaborazioni scolastiche in *libri singulares* sono passate nei Digesti non ci interessa in questa sede [212], ma ci interessa

[210] V. GUARINO, *Adfinitas* cit. 97 nt. 15, *Pauli de iure codicillorum* cit. 214 s. V. già, in questo senso, con visione parziale, SOLAZZI, *Rc.* a Kübler, in *BIDR.* 37 (1929) 95.

[211] Const. *Omnem* (a. 533) 1: *Et antea quidem, quemadmodum et vestra scit prudentia, ex tanta legum multitudine, quae in librorum quidem duo milia, versuum autem tricies centena extendebatur, nihil aliud nisi sex tantummodo libros et ipsos confusos et iura utilia in se perraro habentes a voce magistra studiosi accipiebant, ceteris iam desuetis, iam omnibus inviis. in his autem sex libris Gaii nostri institutiones et libri singulares quattuor, primus de illa vetere re uxoria, secundus de tutelis et tertius nec non quartus de testamentis et legatis connumerabantur: quos nec totos per consequentias accipiebant, sed multas partes eorum quasi supervacuas praeteribant.* Il seguito di questo paragrafo è molto interessante, perché dimostra ad usura, contro coloro che si affannano a negare l'immensa mole dei glossemi postclassici nei testi della compilazione, quanto invece le scuole postclassiche abbiano operato, in ogni senso, per semplificare, trascegliere e sintetizzare gli scritti dei giuristi classici. Per questi e per altri motivi (fra cui è della massima importanza il fatto che tutto o quasi tutto quello che ci è pervenuto della giurisprudenza classica al di fuori della compilazione giustinianea, ci è pervenuto attraverso altre compilazioni delle scuole postclassiche) io tengo per fermo che ormai, nel secolo di Giustiniano, le opere dei giuristi classici non erano note, salvo che a qualche erudito e a qualche bibliofilo, se non attraverso le rielaborazioni scolastiche, orientali e occidentali, dei secoli immediatamente precedenti.

[212] D'altra parte, è cosa evidentissima — per fare l'esempio piú noto — che i libri 30-32 dei Digesti, costituenti il titolo *de legatis et fideicommissis*, devono essere strettamente imparentati con il *liber singularis de legatis* di cui nella costituzione *Omnem*. Si pensa pertanto, oggi, con buon fondamento, che ai *Digesta* di

moltissimo la constatazione che, nel periodo di transizione dal diritto classico al diritto giustinianeo, i bisogni della scuola avevano determinato una rielaborazione sistematica di tutta l'opera della giurisprudenza classica [213] e che alcune materie, alcuni argomenti passarono progressivamente a costituire l'oggetto di vere e proprie monografie specifiche, *libri singulares*. Su questa constatazione fondamentale io credo sia lecito basare l'ipotesi che una delle forme in cui si realizzò questo lavorío sistematico delle scuole postclassiche sia consistita nell'enucleamento di brani particolarmente significativi, ai fini del chiarimento dei dogmi che si venivano formando, e che intorno a questi nuclei si siano potute costruire vere e proprie operette di « estratti » adeguatamente raffazzonati: operette che presero il nome dell'autore classico cui si era attinto o particolarmente attinto [214].

Ora veniamo a Paolo. A guardare il lunghissimo elenco delle opere a lui attribuite [215], si rimane colpiti non solo dall'immensa congerie di questi scritti, ma in ispecie dalla moltitudine di *libri singulares*, che fanno corrispondenza con le materie trattate nei suoi già cosí ampi commentari giuridici [216]. Il sospetto che molti di quei libri singolari siano opera di scuola diviene allora incoercibile [217]. Ma, date queste premesse,

Giustiniano si sia pervenuti attraverso piú o meno numerosi e complessi Predigesti: v. sul punto ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 377 s.

[213] Basti pensare, per convincersene, a qualcuna delle compilazioni, orientali o occidentali, a noi direttamente o indirettamente pervenute. I *Tituli ex corpore Ulpiani* (*Ulp. liber sing. regularum*), di cui non può dubitarsi che facciano parte elementi non ulpianei, le *Receptae Sententiae* di Paolo, le *Res cottidianae* di Gaio. V. su queste opere ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 354 s.

[214] Sull'attività delle scuole postclassiche v. PRINGSHEIM, *Beryth und Bologna*, in *Festschrift Lenel* (Leipzig 1921) estr.

[215] Basti pensare che Paolo è 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*: ma l'elenco delle opere non monografiche potrebbe continuare. V. LENEL, *Pal.* sv. *Paulus*.

[216] Ben 59 *libri singulares*: v. LENEL, *Pal.* sv. *Paulus*.

[217] E si noti che già molti di questi *libri singulares* sono stati giudicati apocrifi da svariati autori per ragioni svariate: v. sul punto FELGENTRAEGER, in *Symbolae Lenel* (Leipzig 1932) 338 s. *Adde*, per *Pauli variarum lectionum liber singularis*, GUARINO, in *SDHI.* 5 (1939) 468 s.; per *Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*, GUARINO, *Adfinitas* cit. 101 s. V. anche *infra* nt. 221. Inesattamente afferma però lo STEINWENTER, *Fundus cum instrumento* (Wien 1942) 39 nt. 5, che io ho segnalato, in *ZSS.* 62.216 ss. il carattere apocrifo di *Pauli de instrumenti significatione liber singularis*.

dobbiamo parlare di alcunché di piú di un sospetto in merito ad alcuni *libri singulares* paolini, esegeticamente assai poco saldi, i quali trattano di argomenti, a giudicare dal solo titolo, di un carattere teorico astratto, che non risponde per nulla alla concretezza di trattazione e di argomenti solita in Paolo e negli altri giuristi classici [218]. Paolo sarebbe, in particolare, l'unico giurista romano, il quale avrebbe scritto un *liber singularis de iuris et facti ignorantia* [219], un *liber singularis de iure codicillorum* [220], un *liber singularis de iure singulari:* tre *libri singulares*, oltre tutto, i cui frammenti a noi pervenuti sono per la massima parte palesissimamente rimaneggiati in epoca postclassica [221].

Non sorprenda, dunque, la mia affermazione che il *liber singularis de iure singulari* — cosí come è stato dimostrato per gli altri due or ora citati [222] — è una compilazione di scuola, e piú precisamente una compilazione di scuola postclassica.

E la diagnosi del processo scolastico che portò, nell'epoca postclassica, alla compilazione del *liber singularis de iure singulari* può essere confermata da qualche ulteriore riflessione. Si sa che, mentre numerosi passi dei Digesti danno concordemente per possibile una accettilazione parziale [223], vi è un luogo delle Istituzioni di Gaio [224] ove invece, sorprendentemente, si dice: *an autem in partem acceptum fieri possit, quaesitum est* [225]. I frammenti antinoesi delle Istituzioni riportano anch'essi, se pur con qualche modificazione, questo passo [226], ma in piú essi sono

[218] V. sul punto SCHULZ, *Prinzipien* cit. 27 s.

[219] LENEL, *Pal.* Paul. n. 895.

[220] LENEL, *Pal.* Paul. n. 895-899.

[221] Basta uno sguardo all'*Index itp.*, ahll. *Adde*, GUARINO, *Pauli de iure codicillorum* cit. 220 s.

[222] Per il *liber singularis de iuris et facti ignorantia*, v. EBRARD, *Die Lehre von Rechtsschulen und Rechtsliteratur römischer Juristen im Lichte eines vorjustinianischen Digestentitels*, in *ZSS.* 45 (1925) 118; per il *liber singularis de iure codicillorum*, v. GUARINO, *Pauli de iure codicillorum* cit. 209 s.

[223] V. D. 46.4.9 (Paul. 12 *ad Sab.*), 46.4.10 (Pomp. 26 *ad Sab.*), 46.4.13.1-2 (Ulp. 50 *ad Sab.*), 46.4.17 (Iul. 54 *dig.*).

[224] Gai 3.172.

[225] *Item quod debetur, pro parte recte solvitur: an autem in partem acceptum fieri possit, quaesitum* ⟨*est*⟩. Sui tentativi della dottrina per spiegare le ragioni del dubbio circa la necessità dell'accettilazione totale, v. SOLAZZI, *Estinzione* cit. 256 s.

[226] Il testo di *PSI.* 11.1182 è lacunoso, ma può ricostruirsi con sufficiente sicurezza cosí: *Item quod debetur pro parte recte solvitur: an autem in partem acceptilatio fieri potest, quaesitum.*

corredati da un interessante glossema marginale, in cui sono chiamati a sostegno del *quesitum est* due passi di Paolo: uno delle *sententiae* ed uno del *liber singularis de iure singulari*[227]. Queste due citazioni e soprattutto la seconda, sono molto caratteristiche, perché indirettamente confermano il criterio adottato dal compilatore postclassico del *liber singularis*: quello di andar scovando per ogni dove particolarità, singolarità del diritto, onde infarcirne l'operetta dedicata alla trattazione del *ius singulare*[228]. Spigolare negli scritti della giurisprudenza classica le *sententiae*, le *opiniones*, le *variae lectiones*, le singolarità è fra le manie scientifiche del periodo della decadenza[229]: lo mostra l'annotatore del Gaio antinoese, rilevando la singolarità del paragrafo sull'*acceptilatio* parziale[230] e richia-

[227] *Editio princeps*, pag. F, righi I-V: ἔδοξεν ὥστε λύ[εσδαι] εἰς μέρος τὴν ἐνοχὴ[ν... *solu*]*tione*, ὡς ὁ Paul. βι(βλίῳ) β' [ἐν τῷ] τί(τλῳ) κδὲν τῇ ν' *s*(*ententi*)*ar*(*um*) [... ζητε]ῖτ(αι) ἃ μέρη ου [... *an accept*]*ellatione debita*[*rum rerum* ...] *dubitandum*. [ἀνάγνωδι τοῦ αὐτοῦ τὸ βι(βλίον)] *de iure sing*[*ulari* ... μετὰ ... ἐ]πη τῆς ἀρχῆ[ς. ]. Condivido l'opinione dell'ARANGIO-RUIZ, *cit.* 49 s., che Paolo è stato chiamato in causa dal glossatore di Gaio, non per smentire, ma per confermare il *quaesitum est* relativo alla possibilità dell'accettilazione parziale.

[228] L'ARANGIO-RUIZ, *cit.* 49, rileva giustamente che l'annotatore postclassico ha scovato almeno un passo « in cui anche Paolo distingueva fra un'estinzione di obbligazione che è certa e un'altra in cui si discuteva, riproducendo in qualche modo l'impalcatura del § 172 » (sul punto: nt. 230), ma egli non si è chiesto perché l'annotatore postclassico ha dato tanto rilievo ad una questione che, se pure esistita — come egli fermamente crede (nt. 230) — negli scritti di qualche antico giureconsulto, era ormai ai tempi di Paolo (v. D. 46.4.9) ampiamente superata, e doveva essere quindi, ai tempi del glossatore dell'Antinoese, addirittura inconcepibile. Il perché di ciò io lo vedrei nella piccola mania di molti lettori postclassici di mettere in rilievo, dando prova di sottigliezza a buon mercato, questioni preziose e singolari, e piú in generale nell'intento scolastico di mettere in luce le controversie (significativa a questo proposito è la glossa marginale di pag. D dell'*editio princeps*, e ancora di piú la glossa di pag. C, che si riferiva probabilmente ad una controversia fra Sabiniani e Proculiani). Queste riflessioni confermano indirettamente lo spirito con cui lavorava il compilatore del *liber singularis de iure singulari*: scovare e mettere in luce aspetti sorprendenti, caratteristici, singolari del diritto romano, traendoli (attraverso una interpretazione tutt'altro che fine) dagli scritti dei giureconsulti classici.

[229] Basti pensare al numero, che si va rivelando sempre piú notevole, di compilazioni postclassiche di *opiniones*, *sententiae*, *variae lectiones*, ecc. attribuite da compilatori postclassici ai giuristi dell'epoca classica (e certamente solo in parte da essi derivanti): vedine l'elenco in FELGENTRAEGER, *cit.* 357 ss.

[230] Un problema di notevole interesse è quello della genuinità di Gai 3.172. Si ritiene generalmente che questo paragrafo sia ispirato al ricordo di una regola antiquata (v. RABEL, in *ZSS.* 27 [1906] 332 nt. 1; PEROZZI, *Istituzioni* cit. 2.401

mando le complicazioni postclassiche in cui, prima ancora che da lui, questa singolarità era stata rilevata.

nt. 1; GIRARD, *Manuel* cit. 758; SIBER, *Römisches Recht* 2.268; MEYLAN, *Acceptilation et paiement* [1934] 36 s.: con variazioni dall'uno all'altro circa la identificazione dell'antica regola); l'opinione viene ora confermata dall'ARANGIO-RUIZ, *cit.* 49 nt. 4, il quale sostiene che siamo in presenza di un relitto della prima stesura del manuale gaiano (Cassio?). Tuttavia obbietta il SOLAZZI, *Estinzione* cit. 256 s. e 258 nt. 7, che nessuno degli antichi princípi che si sogliono citare spiega convenientemente il paragrafo gaiano, che questo presenta almeno una grave lacuna di sostanza (*pro parte recte solvitur*, ma bisognava aggiungere *debitori consentienti*), che è strano che Gaio non abbia cancellato il relitto della prima stesura, o che non abbia per lo meno provveduto a renderne piú chiaro il dettato: egli ritiene pertanto che si possa legittimamente dubitare che il § 172 sia un glossema (v. già in questo senso, piú precisamente, ma con debolissimi argomenti, KNIEP, *Gai institutionum commentarii* 3.2 [Jena 1914] 44 nt. 2), ed aggiunge che la coincidenza fra il Veronese e la pergamena egiziana dimostra tutt'al piú che trattasi di un glossema abbastanza antico, risalente ad un manoscritto molto vicino all'originale. In verità, malgrado il forte argomento della coincidenza dei due manoscritti, anch'io ritengo che « il dubbio che il § 172 sia un glossema è ... incoercibile » e mi orientano verso il dubbio le seguenti considerazioni: 1) è strano che l'annotatore dell'Antinoese, anziché tralasciare il § 172 (in quanto attinente ad una questione superata), lo abbia invece ampiamente glossato, ricercando con ogni diligenza altri testi in cui la questione si ripresentava (v. nt. 219); 2) ancor piú strana appare la circostanza sovra esposta, se si pensa che le pag. A e B dell'Antinoese (ove compare il famosissimo *excursus*, mancante nel Veronese, sul *consortium*) non presentano alcuna glossa marginale, ma solo qualche piccolo glossema interlineare (lo stesso ARANGIO-RUIZ, *cit.* 4, spiega che « i brani aventi un mero interesse storico dovevano essere un po' trascurati nella scuola »); 3) è strano che Gaio alluda al dubbio circa la possibilità dell'accettilazione parziale (*quaesitum est*) e non lo risolva, come è suo costume, indicando l'opinione che ha finito per prevalere (v. invece Inst. 3.29.1). Ciò premesso, non è inopportuno notare (ed è un'acuta osservazione dell'ARANGIO-RUIZ, *cit.* 49 s., che ce ne fornisce il destro) che l'annotatore dell'Antinoese si richiama a passi in cui non si discute se sia possibile l'accettilazione parziale, ma di quali parti sia possibile l'accettilazione (ἅ μέρη, non εἰ μέρη) e che in diritto classico l'accettilazione parziale non era sempre possibile, perché Ulpiano, ad esempio, nega giustamente che la si possa fare in materia di obbligazioni indivisibili (v. D. 46.4.13.1-2), e la casistica poteva e doveva certamente essere piú complessa. Si potrebbe pertanto formulare, pur con ogni riserva, l'ipotesi che il § 172 sia proprio « l'appunto volante di un lettore, non il discorso preciso ed elegante di Gaio » (SOLAZZI, *cit.* 258) e che l'intento del lettore sia stato appunto di riferirsi alla casistica che si faceva dalla giurisprudenza classica in ordine all'accettilazione parziale. I giuristi classici discutevano, in questa o in quella occasione, se fosse possibile *in partem acceptum fieri* e le scuole postclassiche hanno rilevato la singolarità di queste controversie: di qui il possibile glossema del § 172, l'annotazione marginale della pag. F dell'Antinoese, la discussione del caso nel *liber singularis de iure singulari*.

17. — Aver dimostrato che la specifica categoria dogmatica *ius singulare* è il prodotto di una elaborazione dottrinale della decadenza non significa ancor aver dimostrato che al diritto classico fu estraneo un concetto della norma giuridica eccezionale, *contra rationem iuris*, non applicabile per analogia. Occorre vedere ora se il divieto di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris* sia stato realmente formulato in diritto classico, od in che senso e con quali riferimenti vi sia stato concepito.

A sfatare l'idea che i giuristi classici abbiano comunque avuto il sentimento di una antitesi produttiva di conseguenze giuridiche tra diritto comune e diritto eccezionale, io noterò anzitutto che l'espressione *ius commune*, che si incontra talvolta nelle fonti [231], non assume ivi, né per diritto classico né per diritto giustinianeo [232], una significazione tecnica di « diritto regolare », ma vi sta unicamente a significare il sistema giuridico piú ampio, entro cui e rispetto a cui si pone una norma o un complesso organico di norme piú ristrette [233]. Vero è che nelle fonti romane ricorre non di rado una contrapposizione specifica tra *ius commune* e *ius militare* [234], senonché, dimostrata la non classicità della categoria dogmatica *ius singulare*, questa contrapposizione non può dirsi *a priori* significativa. *Ius militare* — e ne vedremo meglio la genesi tra poco [235] — è il regime giuridico proprio dei militari, riconnesso cioè ai privilegi concessi dagli imperatori alla categoria dei *milites*: la giustapposizione *ius militare* - *ius commune* non può essere intesa che in questo senso quantitativo [236], cosí come in senso nettamente quantitativo si suole intendere, e giustamente, la giustapposizione tra *ius civile*,

[231] L'espressione si trova un po' dovunque nei testi della giurisprudenza romana, e ricorre soprattutto in tema di diritto ereditario (contrapposizione tra regime normale dei testamenti e regime eccezionale del *testamentum militis*). Rimando quindi, per le citazioni, ai Vocabolari.

[232] Nemmeno per diritto giustinianeo. Ciò risulta dai molti testi conservatici nei Digesti e, piú perspicuamente, fra l'altro da: Inst. 1.10.7: *... si adhuc noverca est, id est si adhuc patri tuo nupta est, communi iure impeditum tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest ...*

[233] V. sul punto, con opportunissime considerazioni, PEROZZI, *Istituzioni* cit. 106 s. V. anche ORESTANO, *Ius singulare* cit. 24 s.

[234] V. ad es., Paul. *sent.* 3.4A.3, D. 28.3.7, D. 29.1.3, D. 29.1.11 pr.

[235] V. *infra* n. 20.

[236] Giustamente osserva a questo proposito il PEROZZI, *Istituzioni* cit. 170: « Si tratta dunque sempre di opposizione tra il diritto di alcuni (i soldati) e il diritto di tutti gli altri ».

cioè *ius proprium civitatis*, e *ius gentium*, cioè *ius commune omnium hominum* [237]. Come il *populus Romanus* vive, a detta di Gaio [238], *partim suo proprio, partim communi omnium iure*, cosí (e solo in questo senso) può dirsi che i militari vivono parte *iure militari* e parte *iure communi* (*omnium civium*) [239]. Il *ius militare* non è un complesso di norme *contra rationem iuris*, ma un regime giuridico particolare ai militari, rispetto a cui l'analogia è pensabile ed ammessa, purché, s'intende, non si varchi il confine di fatto rappresentato dall'ambiente dei *milites*, per il quale esso è stato formulato [240].

Ma vi è un altro punto da chiarire. Le fonti romane non difettano di luoghi, in cui l'introduzione di nuove norme è motivata da una *utilitas* particolare, che appunto ne ha consigliato l'adozione [241]: potrebbe pensarsi, e si pensa difatti, che l'*utilitatis causa* o le locuzioni consimili, mediante cui si giustificano dai giuristi romani alcune innovazioni, siano espressione, anche, di una impossibilità di estendimento analogico delle nuove norme, come del resto inviterebbero a ritenere alcuni dei frammenti dianzi esaminati, se non ne avessimo dimostrato l'alterazione [242]. Senonché il richiamo all'*utilitas*, che le fonti talvolta fanno, altro non è che la indicazione dell'*occasio* della norma nuova, della ragion pratica per cui un nuovo regime è stato adottato [243]. *Utilitatis causa* è l'indica-

[237] Le citazioni mi sembrano superflue. V. per tutti ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 25. s.

[238] Gai 1.1.

[239] A dimostrare in maniera definitiva ed insuperabile che l'espressione *ius commune* non ha un significato tecnico di contrapposizione al *ius singulare* (o *militare*, o *fisci*, ecc.), basta ricordare questo frammento: D. 4.4.12 (Gai. 4 *ad ed. provinc.*): *Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summoveri debet: scilicet quia communi iure in priorem debitorem ei actio restituitur. haec si solvendo sit prior debitor: alioquin mulier non utetur senatus consulti auxilio.* Nel conflitto tra le disposizioni del SC. Velleiano e le norme relative ai minori, le prime vengono qualificate *ius commune*: eppure il *SC. Velleianum*, anche se non qualificato mai *ius singulare* dalle fonti, è indiscutibilmente un esempio notevole di *ius singulare*.

[240] V. *retro* n. 8. L'esempio piú caratteristico di applicazione analogica nell'ambito del *ius militare* è — come si è visto (*retro* n. 10) — il *peculium castrense*.

[241] Esempi: Gai 3.109 (*propter utilitatem*), Paul. *sent.* 5.2.2 e 5.10.2 (*utilitatis causa*). V. inoltre i luoghi citati nei Vocabolari.

[242] V. D. 41.2.44.1 (*retro* n. 14).

[243] Una convincente prova del fatto che l'introduzione di una norma *utilitatis causa* non implica il carattere di singolarità della norma stessa, né tanto meno l'impossibilità di *producere* la norma *ad consequentias* è apprestata dal seguente

zione generica dei « motivi » di un nuovo regolamento, che equivale alla indicazione specifica dei motivi stessi [244]; nulla di piú, assolutamente nulla di piú di questo [245]. L'*utilitas* è strettamente connessa con la norma nuova di cui ha consigliato l'adozione, ma la sua funzione si esaurisce con l'atto stesso per cui la nuova norma fa il suo ingresso nell'ordinamento giuridico: dal momento in cui la norma è nata l'*utilitas* ha esplicato la sua funzione, dimodoché non può escludersi affatto che una nuova e diversa *utilitas* si formi, la quale consigli l'estensione della norma a casi e materie analoghe [246]. Un diritto che, come il romano, ammette e dichiara con tanta frequenza che nuove norme, regolamenti divergenti da altri precedenti sono stati introdotti *utilitatis causa* è un diritto evidentemente contrario, e non favorevole, alle limitazioni di estensibilità dei suoi princípi [247].

passo di Gaio: Gai 3.160: *Item, si adhuc integro mandato mors alterutrius [alicuius] interveniat, id est vel eius, qui mandarit, vel eius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum; sed utilitatis causa receptum est, ut si mortuo eo, qui mihi mandaverit, ignorans eum decessisse executus fuero mandatum, [posse me] <possem> agere mandati actione ... et huic simile est, quod plerisque placuit, si debitor meus manumisso dispensatori meo per ignorantiam solverit, liberari eum, cum alioquin stricta iuris ratione non posset liberari eo, quod alii solvisset, quam cui solvere deberet.*

[244] Es.: il *favor libertatis* (v. D. 40.4.16, riportato *retro* n. 14 sub *c*, in nota).

[245] In questo senso, e solamente in questo senso, può essere citato D. 1.4.2 (su cui *retro* nt. 132): ove si mette in luce la ovvia necessità che una qualche *utilitas* debba essere alla radice della introduzione di nuove norme nel sistema, specificando che questa *utilitas* deve essere evidente.

[246] Possiamo quindi anche sottoscrivere le parole dell'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 58: « L'*utilitas* di cui parlano i giuristi in relazione alle norme dello *ius singulare* o in genere alle norme nuove è ... un'*utilitas* innovativa che perciò si distingue da quella piú generica *utilitas* che essi riconoscono essere inerente al processo formativo di tutto il diritto ». Ma aggiungiamo subito (v. del resto *retro* nt. 132) che i giuristi romani dell'epoca classica non hanno affatto parlato di questa *utilitas* in relazione alle norme del *ius singulare*, ma in relazione alle norme nuove in generale: anzi il fatto che essi ne abbiano parlato in relazione alle nuove norme in genere (v. D. 1.4.2) smentissce che essi abbiano potuto vedere nell'*aliqua utilitas* un requisito caratteristico del supposto *ius singulare*.

[247] È tempo di sbarazzarci di un frammento che si suole citare a sostegno della tesi della indeducibilità a conseguenze delle norme di *ius singulare*: D. 50.17.162 (Paul. 70 *ad ed.*) *Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi.* Molte illazioni arbitrarie si sogliono basare su questo frammento. Si dice anzitutto che vi è equivalenza, se non identità, fra le norme introdotte *utilitatis causa* e quelle introdotte *propter necessitatem* (v. ad es. ORESTANO, *Ius singulare*

18. — Tuttavia non si può tralasciare di tener conto dell'opinione di un illustre romanista, l'Albertario [248], il quale riconnette proprio alle norme introdotte nel sistema *utilitatis causa* il divieto di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris* [249].

Rileggiamo anzitutto il frammento paolino:

D. 1.3.14 = D. 50.17.141 pr. (Paul. 54 *ad ed.*): *Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* [250].

Il passo, estratto dal libro 54 del commentario edittale di Paolo, è stato dal Lenel [251] disposto, nella palingenesi di quel libro, nel corpo del lungo brano che ora si legge in D. 41.2.1.2—*fin.*, e piú precisamente tra i paragrafi 16 e 17: esso appare, nella palingenesi leneliana, un po' isolato, un po' sconnesso rispetto al discorso del paragrafo 16, ma non par dubbio che proprio al discorso di questo paragrafo si rife-

cit. 56): asserzione, come si vede, assolutamente campata in aria. Si equipara, in secondo luogo, il divieto di *trahere in argumentum* al divieto di *producere ad consequentias*: altra asserzione con poco fondamento, ché fra l'una e l'altra espressione non vi è la minima congruenza. Potremmo, dunque, concludere che il passo in esame non interessa affatto la teoria del *ius singulare*, se non ci corresse l'obbligo di segnalare che esso è, con tutta probabilità, spurio. *Argumentum* è significativo (v. GUARNERI CITATI, *Indice* shv.), ma ancor piú significativo è l'indizio fornito da *necessitas*, parola cara ai postclassici, che sogliono usarla in senso generale da ogni momento, ma sempre fuor di proposito (v. i citati dal GUARNERI CITATI, *Indice* shv.; *adde* KOSCHAKER, *L'alienazione della cosa legata*, in *Conferenze romanistiche Pavia* [Milano 1940] 92, 164 s.). Parlare di princípi *propter necessitatem recepta* è ridicolo ed antigiuridico, perché privo di significato plausibile, dato che le norme giuridiche non si creano per necessità, ma per libera determinazione. Non è possibile dire a che cosa volesse riferirsi l'autore postclassico di questo peregrino principio perché l'*inscriptio* dei Digesti è sicuramente errata (v. LENEL, *Pal.* 1.785, KRÜGER).

248 *I problemi possessori relativi al servus fugitivus*, in *Pubblicazioni Università Cattolica* (Milano 1939), ora in *Studi* cit. 2 (Milano 1941) 271 s.

249 Bisogna osservare, tuttavia, che, in *Il diritto romano* (Messina 1940) 96, l'ALBERTARIO parrebbe smentire egli stesso la sua audacissima tesi: « Sarebbe erroneo credere che l'*utilitas* venisse considerata soltanto nelle norme di *ius singulare*, mentre tutto il diritto privato, secondo la definizione ulpianea, *ad singulorum utilitatem pertinet*: gli è, invece, che in esse l'*utilitas* spicca piú evidente ».

250 Il testo parallelo (D. 50.17.141 pr.) presenta delle varianti: *quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.* Su dette varianti v. *infra* n. 19 in nota.

251 *Pal.* Paul. nt. 657.

risca[252]. L'Albertario[253] ha invece voluto riconnettere il nostro frammento al paragrafo 14, ove si parla di princípi accolti *utilitatis causa* in tema di possesso per mezzo del *servus fugitivus*. Se il ricollegamento fosse sicuro, è certo che la nostra tesi subirebbe un grave colpo; ma il ricollegamento non è sicuro, anzi — a mio modestissimo avviso — è sicuro che il ricollegamento è sbagliato.

Non è questo il luogo per esaminare e discutere i gravi e delicati problemi possessori relativi al *servus fugitivus*[254]. Mi sia consentito, tuttavia, di esprimere il mio netto dissenso dalla tesi dell'Albertario, secondo cui, di contro alla presa di posizione negativa di Nerva e Pomponio, altri giuristi (Cassio, Giuliano, Paolo e Ulpiano)[255] si indussero ad ammettere il possesso del *servus fugitivus*, ma *utilitatis causa*, per uno scopo particolarissimo, al solo effetto dell'usucapione. Questo suggestivo e brillante tentativo di ristabilire la pace e la coerenza in una grave controversia dei giureconsulti classici, mediante la tesi che tutti fossero perfettamente d'accordo nel senso che al *servus fugitivus* non si estendesse il principio *possessio animo retinetur*[256], salva l'eccezione

[252] V. anche KRÜGER nell'edizione dei Digesti (ma con una contraddizione: mentre in nota a D. 1.3.14 riconnette il testo a D. 41.2.1.16, in nota a D. 41.2.1.14 richiama D. 1.3.14).

[253] *Problemi possessori* cit., specialmente 284 s.

[254] Vastissima letteratura, suscitata dal magnifico e controllatissimo studio del ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, in *BIDR.* 30 (1920) 1 s., ora in *Scritti giuridici* cit. 3.94 s. (sul *servus fugitivus*, v. in particolare 143 s.). Per il Rotondi vi fu divergenza fra i giuristi classici: Nerva figlio (D. 41.2.1.14), seguito da Pomponio (D. 6.2.15), avrebbe negato il possesso sul fuggitivo e *per fugitivum*, mentre Cassio, Giuliano Paolo (D. 41.2.1.14 cit.) e Gaio (D. 40.12.25) avrebbero ammesso il possesso *per fugitivum* e quindi (logico e necessario presupposto) la conservazione del possesso *solo animo* anche sul fuggitivo. Questa è anche l'opinione dominante: v. per tutti JÖRS-KUNKEL, *Römisches Recht* cit. § 65.1 nt. 4, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 227 nt. 1, 278.

[255] Per le adesioni a questa tesi, v. le citazioni in ALBERTARIO, *Problemi possessori* cit. 273 nt. Contro la tesi dell'Albertario sono, fra altri, il RABEL, *Zum Besitzverlust nach klassischer Lehre*, in *Studi Riccobono* cit. 4.220 s., e il CARCATERRA, *Il servus fugitivus e il possesso*, in *AG.* 120 (1938) 158 s. (La tesi di quest'ultimo — in verità poco convincente — è che tutti i giuristi classici furono d'accordo nel riconoscere la *possessio* del *servus fugitivus*, salvo che Cassio, Giuliano e Gaio ammisero anche la *possessio per servum*: la limitazione dell'acquisto del possesso *per servum* ai soli fini dell'usucapione sarebbe stata introdotta dai commissari triboniani). V. anche GUARINO, *Postliminium* cit. 60 nt. 11.

[256] Come è notissimo, il principio *possessio animo retinetur* fu ammesso dalla giurisprudenza classica in ordine ai *saltus hiberni et aestivi*: v. ROTONDI, *Possessio* cit. 114 s.

consapevolmente postulata da alcuni nei riguardi del compimento della usucapione, si frange contro il linguaggio inequivocabile dei testi [257]. Ed invero tutto il ragionamento dell'Albertario si basa su di una esegesi di D. 41.2.1.14, nella quale è impossibile poterlo seguire.

D. 41.2.1.14 (Paul. *ad ed.*): *Per servum, qui in fuga sit, nihil posse non possidere Nerva filius ait, licet respondeatur, quamdiu ab alio non possideatur, a nobis eum possideri ideoque interim etiam usucapi, sed utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nactus sit eius possessionem. possessionem autem per eum adquiri, sicut per eos, quos in provincia habemus, Cassii et Iuliani sententia est.*

Anche se, in questo testo, *licet—usucapi* non fosse genuino [258], inesatta sarebbe la conseguenza che ne trae l'Albertario, e cioè che Paolo ammise il possesso *solo animo* esclusivamente al fine dell'usucapione. Vero è invece il contrario: al fine dell'usucapione fu introdotto nel sistema il principio *possessio animo retinetur* anche riguardo al *servus fugitivus* [259]; e l'Albertario è costretto implicitamente a riconoscerlo, quando ammette che, sempre in ordine al *servus* in fuga, lo stesso principio trovò applicazione perlomeno in un altro caso, e cioè

[257] Oltre i testi citati *infra*, nt. 259, si confrontino principalmente D. 41.3.15.1 (Paul. 15 *ad Plaut.*) (v. anche su questo frammento le buone osservazioni del CARCATERRA, *Servus fugitivus* cit. 177), D. 7.1.12.3 (Ulp. 17 *ad Sab.*), D. 40.12.25.1 (Gai. *ad ed. praet. urb. tit. de liberali causa*), D. 41.2.50.1 (Hermog. 5 *iuris epit.*).

[258] In questo senso, ALBERTARIO, *Problemi possessori* cit. 279, e, prima di lui, KNIEP, *Vacua possessio* (Jena 1865) 146 nt. 1. Conformi: DULCKEIT, *Erblasserwille und Erwebswille bei Antretung der Erbschaft* (Weimar 1934) 34 nt. 1, BESELER, in *ZSS.* 55 (1925) 479, RABEL, *Besitzverlust* cit. 225. V. invece, *contra*, CARCATERRA, *Servus fugitivus* cit. 169 s.

[259] Inattaccabili mi sembrano i seguenti due testi di Paolo: Paul. *sent.* 2.31.37: *Servus, qui in fuga est, a domino quidem possidetur, sed dominus furti actione eius nomine non tenetur, quia in potestate eum non habet.* Paul. *sent.* 4.14.3: *Quotiens numerus servorum propter legem Fufiam Caniniam ineundus est, fugitivi quoque, quorum semper possessio animo retinetur, computandi sunt.* Gli unici appunti che l'ALBERTARIO, *Problemi possessori* cit. 279 s., può muovere ai testi sopra citati, per giustificare l'atetesi, rispettivamente, di *a domino—sed* e di *quorum semper—retinetur*, sono il carattere di superfluità di questi incisi e, soprattutto, il « definito e preciso orientamento » derivante dalla sua interpretazione di D. 41.2.1.14. Ma la prima osservazione è inesatta e sarebbe comunque insufficiente, mentre il secondo appunto si basa a sua volta sull'affermazione (contestabilissima) di alterazioni sostanziali in D. 41.2.1.14, il che porta a doverlo senz'altro respingere. V. anche CARCATERRA, *Servus fugitivus* cit. 178 s.

anche relativamente all'*interdictum utrubi*[260]. All'Albertario preme, evidentemente, di minimizzare il principio *possessio animo retinetur* e pertanto egli ragiona cosí[261]: « essendo un principio di *ius singulare*, vuol dire che il principio di *ius commune* era per l'appunto la perdita del possesso del *servus fugitivus* »; ma con questo ragionamento egli dà per dimostrato proprio quello che era da dimostrare[262]. Né mi pare ammissibile la restituzione che egli propone dell'ultimo periodo, restituzione che si risolve in un sovvertimento ingiustificato di esso: *possessionem autem per eum non adquiri, nec esse condicionem eius similem condicioni eorum, quos in provincia habemus, Cassii et Iuliani sententia est*[263]. La verità è che in questo testo, non in tutto limpido[264], appare tuttavia abbastanza chiaro che Paolo, dopo aver enunciato il parere di *Nerva filius*, è subito passato ad indicare il motivo di pratica utilità

[260] Si confronti il seguente testo di Ulpiano: D. 44.3.8 (Ulp. 1 *reg.*): *In accessione temporis et id tempus, quo in fuga sit servus, domino eius procedere verum est. In accessione temporis* è dichiarato interpolato dallo ZANZUCCHI, *La successio e l'accessio possessionis*, in *AG.* 72 (1904) estr. 123 (aderisce il ROTONDI, *Possessio* cit. 147). V. in senso contrario ALBERTARIO, *Problemi possessori* cit. 288, CARCATERRA, *Servus fugitivus* cit. 167. Non mi pronuncio sull'interpretazione dell'ALBERTARIO, *cit.* 287 (v. *contra* CARCATERRA, *cit.* 168): mi basta rilevare che manca del tutto la prova che, nel nostro caso, « si tratti della somma di due possessi distinti, quasi che il periodo della fuga costituisca un possesso autonomo del servo su se tesso ».

[261] *Problemi possessori* cit. 279.

[262] E cioè che la regola del compimento del tempo per l'usucapione sia una regola considerata eccezionale dai giuristi classici, quindi inapplicabile per analogia. Si noti inoltre che per l'Albertario il concetto di diritto singolare si identifica con quello di diritto anomalo, sostenuto dal Savigny, cioè di diritto estraneo al sistema: è perciò che egli considera la norma singolare relativa al *servus fugitivus* come norma che non deve essere presa in considerazione per ritenere che, sia pure in un singolo caso, il principio *possessio animo retinetur*, applicato al *servus fugitivus*, facesse parte del regime giuridico del possesso: ma questa concezione del *ius singulare* è contraria alla definizione stessa di Paolo, di modo che, anche se si voglia seguire l'Albertario nel ritenere che la regola sancita in D. 41.2.1.14 è di *ius singulare*, si deve pur sempre concludere che il principio *possessio animo retinetur*, nel diritto classico, si applicava dalla giurisprudenza anche al *servus fugitivus*.

[263] Come nota giustamente il DULCKEIT, *op. loc. cit.*, in questa ricostruzione l'*autem* avversativo non si spiega.

[264] Cosí, giustamente, ROTONDI, *Possessio* cit. 149 s., che peraltro appare particolarmente stupito dall'impersonalità di Paolo, « che non si pronuncia né per un'opinione né per l'altra ».

per cui la maggioranza dei giuristi accolse, anche in ordine al *servus fugitivus*, il concetto della *possessio animo retenta*; dopo di che il giurista ha anche enunciato il parere largheggiante [265] di Cassio e di Giuliano [266], parere cui mi pare che implicitamente aderisca [267].

È appunto quest'ultimo periodo che dimostra chiaramente, io credo, come il principio *quod contra rationem iuris rell.* non si leghi affatto al paragrafo 14 [268].

19. — Il principio *quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* si riconnette, invece, al successivo paragrafo 16 del frammento paolino [269], come il Lenel ha esattamente veduto [270]. Ma aggiungo subito che esso si riconnette ad un discorso manifestissimamente non genuino [271]. Valga la lettura e l'esegesi del passo a dimostrarlo.

D. 41.2.1.16 (Paul. 54 *ad ed.*): *Veteres putaverunt non posse nos per servum hereditarium adquirere, quod sit eiusdem hereditatis...*

Dopo quest'esordio, della cui sostanziale classicità non si può

[265] *Licet—usucapi* non è, dunque, un glossema innovativo, ma una glossa riassuntiva.

[266] Vero è che in D. 47.2.17.3 (Ulp. 30 *ad Sab.*) Giuliano sembrerebbe ammettere il possesso del *servus fugitivus* soltanto *ad usucapionem*, ma il testo è indubbiamente inquinato (v. *Index itp.* ahl., CARCATERRA, *Servus fugitivus* cit. 183). In ogni caso il vero pensiero di Giuliano risulta anche da D. 7.1.12.3 (Ulp. 17 *ad Sab.*). Non è giusto, quindi, dire con l'ALBERTARIO, *cit.* 284, che il secondo frammento deve essere inteso con la limitazione sostanziale portata seco dal primo.

[267] A prescindere dal fatto che il parere di Paolo ci è ben noto attraverso i frammenti riportati *retro*, non condividerei l'opinione del ROTONDI (*retro* nt. 264) che Paolo non esprima, in D. 41.2.1.14, il suo parere.

[268] Ad ogni modo, basterebbe pensare che il principio introdotto *utilitatis causa* per l'usucapione fu ammesso dalla giurisprudenza anche in ordine alla protezione interdittale, per convincersi che il giurista classico non può aver detto, almeno in ordine a quel principio, che esso non è tale da potersi applicare per analogia.

[269] Gioverà riportarlo qui per intero: D. 41.2.1.16 (Paul. 54 *ad ed.*): *Veteres putaverunt non posse nos per servum hereditarium adquirere, quod sit eiusdem hereditatis, itaque agitatur, num haec regula longius producenda sit, ut, si plures servi legati sint, per unum an possint ceteri possideri, idem tractatus est, si pariter empti vel donati sunt, sed verius est ex his causis posse me per unum reliquorum adquirere possessionem.*

[270] V. *retro* n. 18.

[271] Già il PRINGSHEIM, *Beryth und Bologna* cit. 250, ha segnalato la derivazione scolastica (postclassica) di *itaque—possessionem*. Il KRÜGER ritiene interpolato il frammento da *sed verius* alla fine.

dubitare, perché confermato da testi insospettabili [272], io presumo che il frammento abbia seguitato dicendo che il *servus hereditarius*, cosí come il *servus pignori datus* (di cui parla il paragrafo 15) [273], *ad unam tantum causam videtur possideri, ad usucapionem*. Non affermo che il seguito del discorso sia stato proprio di Paolo, anziché di un commentatore postclassico, come forse è piú probabile [274], ma la necessità di ammettere che il discorso continuasse cosí scaturisce dalla lettura dei rimanenti periodi del testo giustinianeo, che solo ad un discorso del genere di quello da me ipotizzato possono riconnettersi:

*... itaque agitatur, num haec regula longius producenda sit, ut, si plures servi legati sint, per unum an possint ceteri possideri. idem tractatus est, si pariter empti vel donati sunt...*

Con queste frasi, di indubbia derivazione postclassica [275], si pone il quesito se la *regula* dianzi sancita (la quale, come ormai deve esser chiaro, altro non poteva dire, che quanto da me supposto) *longius producenda sit*. La riconnessione a questo discorso del famoso divieto di *producere ad consequentias* mi par che si imponga, per ragioni di sostanza e per indizi di forma [276]:

*... quod ... contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias ...*

Cosí è che, finalmente, ci è dato di spiegare, con un forte grado di probabilità, non solo la derivazione specifica di *quod contra rationem iuris receptum rell.* [277], ma anche la sua origine postclassica, che è

[272] Cfr. D. 29.2.43 (Iul. 30 *dig.*), D. 41.1.18 (Ulp. 4 *ad Sab.*).

[273] D. 41.2.1.15: *Per servum corporaliter pignori datum adquirere nos possessionem Iulianus ait (ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem), nec creditori, quia nec stipulatione nec ullo alio modo per eum adquirat, quamvis eum possideat.* V. su questo testo i citati dall'*Index itp.* ahl. *Adde* STINTZING, in *Arch. civ. Praxis* 109 (1912) 363 nt. 3 (contro cui però ROTONDI, *Possessio* cit. 145 nt. 2, che ritiene intruso solo *corporaliter*). Io ritengo insiticio l'inciso *ad unam—usucapionem*: v. *infra* nt. 274.

[274] A questa opinione mi induce il fatto che lo stesso principio è enunciato perlomeno in altri due testi senza la limitazione *ad unam tantum causam videtur possidere, ad usucapionem* (v. *retro* nt. 272). Probabilmente un lettore di Paolo, suggestionato dalla limitazione che si incontra in D. 41.2.1.14 (*sed utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nactus sit eius possessionem*), la ha applicata, sia pure in maniera diversa, nei successivi §§ 15 e 16.

[275] V. *retro* nt. 271. Basti pensare ad *agitatur* e a *tractatus*.

[276] Degna del massimo rilievo è la coincidenza fra *longius producere* e *producere ad consequentias*.

[277] Un altro discorso è come piú precisamente *quod contra rationem rell.* si

confermata, se pur ve n'è bisogno, da un indizio di forma: *consequentia*, termine sospettabile e sospettato[278]. Il principio in esame era un inciso di tutto un discorso postclassico, volto a valutare il pro ed il contro circa l'estensibilità della *regula* da me ricostruita in via di ipotesi: è probabile che esso suggellasse con una netta negativa la questione postclassica e che Giustiniano, volendo invece risolvere affermativamente la questione stessa, lo abbia enucleato, per disporlo in D. 1.3.14 ed in D. 50.17.141 pr., a titolo di formulazione generale, lasciando penetrare nel testo un altro glossema[279], e cioè:

*... sed verius est ex his causis posse me per unum reliquorum adquirere possessionem*[280].

20. — Le considerazioni sin qui fatte circa l'origine della formulazione *quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* sono certo delle ipotesi, e ci tengo ad insistere su ciò, acché il tormento di una ricerca obbiettiva non sia scambiato con la

incardini nel testo di D. 41.2.1.16. Io penso che il glossema postclassico continuasse con le parole indicate in D. 1.3.14: *quod vero contra rationem rell.* L'avversativa *vero* concludeva negativamente la *quaestio* postclassica: Giustiniano, escerpendo da questo brano la frase *quod vero contra rationem rell.*, la ha lasciata immutata quando si è trattato di trascriverla nel tit. 1.3 (perché ivi la frase doveva conservare, rispetto al discorso dei paragrafi precedenti, la sua funzione avversativa), mentre ha eliminato il *vero*, quando si è trattato di riferire la stessa frase, a titolo di *regula iuris antiqui*, nel tit. 50.17.

[278] V. BESELER, in *Studi Bonfante* cit. 2.71 e *Beiträge* 5.43 s. Il Beseler, esaminando D. 1.3.14, si limita a correggere *consequentias* in *consequentia* (come si legge in D. 50.17.141 pr.), ma io ritengo (anche per le ragioni esposte *retro* nt. 277) piú esatta la lezione *consequentias*. Del resto, sia detto per inciso, *producere ad consequentias* (o *consequentia*) è un'altra di quelle espressioni postclassiche (come *trahere in argumentum*) che nella loro ampollosità esprimono ben poco, ed in maniera molto imprecisa. Cfr. BESELER, in *ZSS.* 47 (1927) 373 (su *trahere aliquid ad aliquid*).

[279] Sarei piuttosto per il glossema che per l'emblema, perché lo stile di *sed verius est rell.* non è quello delle interpolazioni giustinianee. Non è improbabile che l'originario testo di Paolo fosse contornato da piú di un glossema, in cui si esprimevano pareri contrastanti, né è improbabile che il glossema di *sed verius est rell.* sia stato apposto a margine (cioè dove Giustiniano l'ha trovato) dopo che già l'altro glossema si era incorporato nel testo.

[280] È indubitabile che questa frase glossata sia di provenienza diversa da quella della glossa *itaque—donati sunt.* Lo stile lo dimostra chiaramente: nel secondo glossema l'annotatore postclassico parla, infatti, in prima persona.

smania del nuovo e dell'originale. Ma nessuno potrà affermare che queste ipotesi siano campate in aria, né tanto meno che esse non rispondano ad una retta interpretazione dello spirito del diritto romano classico. L'indeducibilità a conseguenze delle norme *contra rationem iuris*, cioè la inapplicabilità per analogia delle medesime, è una concezione torbida delle scuole postclassiche, che non venne neanche lontanamente in mente ai giuristi dell'epoca classica. In particolare, è pensiero postclassico, non classico, quello della singolarità dei princípi *utilitatis causa recepta* [281] e quello della inapplicabilità per analogia di detti princípi [282].

Con ciò il còmpito che mi ero prefisso può dirsi esaurito [283]. Ma non sarà male aggiungere al già detto qualche ulteriore parola per dimostrare in ordine a quali precetti la giurisprudenza classica realmente non esercitò opera di applicazione analogica e, secondariamente, in base a quale processo (presumibilmente) avvenne che si formò, nel diritto postclassico, il dogma del *ius singulare*.

La chiave di tutto il problema sta nell'istituto del *privilegium* e nella storia dell'evoluzione di detto istituto, molto convincentemente ricostruita, nei suoi tratti essenziali, dall'Orestano [284].

Storicamente, l'origine dell'istituto del *privilegium* si pone come quella di un comando emanato nei confronti di una persona singola, sia a suo danno che a suo vantaggio [285]. E l'ordinamento giuridico quiri-

[281] V. *retro* n. 14 sub *b*.

[282] V. *retro* n. 14 sub *c*.

[283] Non vi è bisogno di indugiarsi, ai fini di questo lavoro, sul termine e sul concetto di *beneficium*. Come concetto assoluto, *beneficium* indica semplicemente « comodo », « vantaggio », che si dà o che si riceve: si tratta di un concetto, dunque, buono ad essere applicato a qualunque concezione (diritto subbiettivo, interesse, privilegio, ecc.). Come termine, *beneficium* viene adoperato nelle fonti, classiche e postclassiche, svariate volte, ma con significato variabile, dal privilegio al diritto subbiettivo. Non vi sono testi, per quanto io sappia, che stabiliscano una equazione fra *beneficium* ed *ius singulare*: ciò basta, io credo, a far ritenere fondatamente che lo studio della parola *beneficium* non può essere produttivo di conseguenze ai fini dello studio del concetto di *ius singulare*. V. sul punto, con argute osservazioni, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 32 s.; v. anche ORESTANO, *Ius singulare* cit. 16, 131 nt. 1, GUARINO, *Beneficium competentiae del promissor dotis* cit. 159 nt. 17 e *Il beneficium separationis dell'heres necessarius*, in *ZSS*. 60 (1940) 208.

[284] *Ius singulare* cit. 106 s.

[285] Solitamente si dice che i privilegi furono, originariamente, soltanto disposizioni sfavorevoli a singole persone (*leges in privos latae*): v. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 32. Ma bisogna distinguere la parola dal concetto: terminologica-

tario manifesta una tale avversione contro simili statuizioni, prive del carattere di astrattezza proprio delle norme giuridiche, che una disposizione delle leggi delle XII tavole vieta addirittura di irrogare privilegi (*privilegia ne inroganto*) [286], e Cicerone, che le riferisce [287], esclama, a proposito dei *privilegia: quo quid est iniustius, cum legis haec vis sit: scitum et iussum in omnes?* La genesi del privilegio come comando non normativo [288] e *contra rationem iuris* non potrebbe essere piú chiara.

Ma la realtà storica indusse sempre piú spesso i comizi, e piú ancora il senato, e molto di piú gli imperatori alla emanazione di norme di privilegio, soprattutto nel senso del riconoscimento di determinate esenzioni dall'osservanza delle norme generali del diritto a favore di determinati enti o persone [289]. Augusto si decise ad annullarli, per assumere in avvenire su se stesso e sui suoi successori il còmpito di emanare nuove concesioni [290]. Da questo momento i privilegi si moltiplicarono in ogni direzione e tesero ad identificarsi con le costituzioni imperiali da cui promanavano; ma rimase loro proprio il carattere mera-

mente, sino a Cicerone ed oltre, si parlò, in ordine alle norme favorevoli, di *iura praecipua* (ORESTANO, *Ius singulare* cit. 109), ma concettualmente il *privilegium* era anche la norma favorevole ad una singola persona. Invero, quando Cicerone (*de leg.* 3.4.11) dice essere i privilegi *leges in privos latae*, non è lecito tradurre, come si suole, l' « *in* » con « contro », perché subito dopo Cicerone spiega che la *vis legis* consiste nello *scitum et iussum in omnes* (dove « *in* » non si può certo tradurre ancora una volta « contro »): *lex in privos lata* significa, dunque, norma emanata nei riguardi di singoli individui (sul significato di *privus*, v. Gell. *N.A.* 10.20, Fest. sv. *privus*, Isid. *etym.* 18). A conferma di questa interpretazione, basti leggere l'altro passo di Cicerone, *pro domo* 17.43, ove non può sostenersi che, nell'espressione « *leges privatis hominibus irrogari* », il *privatis hominibus* sia necessariamente un *dativus incommodi*.

[286] *Lex XII tab.* 9.1 (?): v. RICCOBONO, *FIRA.* 1² (Florentiae 1941) 64.

[287] *De leg.* 3.19.44: *...leges praeclarissimae de XII tabulis translatae duae, quarum altera privilegia tollit, altera de capite civis rogari nisi maximo comitiatu vetat... In privatos homines leges ferri noluerunt, id est enim privilegium; quo quid est iniustius, cum legis haec vis est, scitum et iussum in omnes?* V. anche Cic. *de leg.* 3.4.11, *pro domo* 17.43 (*Vetant leges sacratae, vetant XII tab. leges privatis hominibus irrogari, id est enim privilegium*), *pro Sest.* 30.65.

[288] Cioè come comando privo dell'essenziale requisito dell'astrattezza (e quindi della generalità): v. *retro* n. 7.

[289] V. ORESTANO, *Ius singulare* cit. 108 s.

[290] V. *CIL.* 10.8038, *CIL.* 2.1423: sul punto, MOMMSEN, *Droit public romain* (tr. franc. del GIRARD) 5.2³ (Paris 1895) 439, ORESTANO, *Ius singulare* cit. 110.

mente personale, specifico della concessione [291], onde leggiamo in un testo di Ulpiano, che definisce la *constitutio personalis* [292]:

(*Constitutiones*) *quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulsit vel si quam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit personam non egreditur.*

Si vede chiaro, sin da questo momento, come sia esatta la mia tesi [293], per cui la definizione paolina del *ius singulare*, se genuina ed in quanto genuina, si riferiva esclusivamente alle statuizioni di privilegio, cioè alle norme giuridiche puramente formali emanate per motivi meramente politici dalle costituzioni imperiali. E non si creda che, almeno, la teoria del *ius singulare*, di cui abbiamo negato *in toto* la classicità, possa essere ristretta sino a ricomprendere soltanto le norme giuridiche eccezionali introdotte dalle costituzioni degli imperatori, perché anche a quest'ultima difesa della classicità del *ius singulare* si opporrebbero validamente gli stessi argomenti che abbiamo enunciato contro la tesi della categoria generale del diritto singolare [294] e perché, inoltre, è assolutamente sicuro che la giurisprudenza classica mai non si allontanò dalla concezione del *privilegium* come precetto non normativo. Se si incontrano dei testi in cui la terminologia *privilegium* pare adombrare un concetto corrispondente a quello del *ius singulare*, questi testi risultano alterati [295], e se si incontrano dei testi in cui la terminologia *privilegium* si applica ad istituti giuridici, come il *testamentum militis* [296],

[291] Cito due passi giustamente richiamati dall'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 113: D. 40.5.36.2 (Marcian. 16 *fideic.*): *Nihil facit ad interpellandam iurisdictionem eius, qui de fideicommissa libertate cognoscit, privilegium cuisque vel civitatis vel corporis vel officii, in quo quisque est, vel condicio personarum.* D. 50.1.10 (Marcian. *sing. de delator.*): *Simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a principe datum sit.*

[292] D. 1.4.1.2. (Ulp. 1 *instit.*).

[293] V. *retro* n. 15.

[294] V. *retro* n. 10.

[295] Rimando per questo punto all'ampia dimostrazione dell'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 140-187, cui sostanzialmente aderisco. La frequenza dell'uso atecnico di *privilegium* (e di *praerogativa*: v. ORESTANO, *cit.* 130 s.) nelle costituzioni imperiali del periodo postclassico ed in testi giurisprudenziali evidentissimamente interpolati è la riprova della mia tesi, che l'origine del *ius singulare* è da ricercarsi appunto nell'istituto del *privilegium*.

[296] In D. 29.1 (*de testamento militis*) e in D. 37.13 (*de bonorum possessione ex testamento militis*) si incontra quattro volte il termine *privilegium*, ma in tre frammenti esso è certamente stato portato nel testo da glossemi o interpolazioni: D. 29.1.20.1, D. 29.1.21, D. 29.1.41 pr. (v., da ultimo, ORESTANO, *Ius singulare*

ciò è perché essa si richiama alle origini di questi istituti, che furono origini di privilegio [297].

Solo nel diritto postclassico il significato tecnico del termine *privilegium* accenna a corrompersi [298], tanto che lo vediamo adattato anche ad istituti che indiscutibilmente di privilegio non sono e non sono mai stati [299]. Parallelamente a questa corruzione postclassica del concetto e della terminologia dei *privilegia*, sorse e si affermò il concetto, la terminologia, la teoria del *ius singulare*, che le scuole postclassiche andarono applicando malamente e disordinatamente a tutti gli istituti che ai loro occhi si presentassero con caratteristiche di singolarità, quindi (secondo la loro empirica concezione) di contrarietà alla *ratio iuris*.

In diritto romano classico le norme *contra rationem iuris* erano, dunque, le statuizioni di privilegio, che portavano connaturata in se stesse la inapplicabilità a casi simili e materie analoghe, e che nel contempo escludevano di poter essere interpretate — ciò proprio per le

cit. 120 s.). In un quarto frammento il termine *privilegium* è genuino, ma si riferisce all'origine di privilegio del *testamentum militis*: D. 29.1.24 (Florent. 10 *inst.*): *Divus Traianus Statilio Severo ita rescripsit*: « *Id privilegium, quod militantibus datum est* ... ». In CI. 6.21 (*de testamento militis*) *privilegium* si incontra in due costituzioni di Alessandro Severo, cioè dell'ultimo periodo classico: CI. 6.21.6 e CI. 6.21.7. Anche se detti frammenti non sono alterati (nel senso dell'alterazione v. ORESTANO, *cit.* 122), non provano, data l'epoca in cui le costituzioni sono state emanate, per il diritto classico, almeno sino ad Ulpiano. V. tuttavia D. 26.7.40 e D. 28.6.15, ambedue di Papiniano, 6 *resp.*, i quali giustificano l'affermazione dell'ORESTANO, *cit.* 122, che i classici hanno fatto, comunque, un uso assai limitato di *privilegium*, ed hanno usato questa parola pensando all'origine di privilegio dell'istituto del *testamentum militis*.

[297] Anche il *peculium castrense* ebbe origini di privilegio, da una costituzione di Augusto (v. Ulp. *reg.* 20.10), ma il termine *privilegium* non si incontra, applicato ad esso, per quanto mi risulta, nei testi classici (i quali parlano di *ius*). La ragione della differenza di terminologia in ordine ai due istituti è da ricercarsi nella naturalezza con cui la concessione di Augusto relativa ai *filii familias* fu accolta dalla giurisprudenza classica, che vedeva in essa il riconoscimento di una pratica già da lungo tempo diffusa e che tendeva a stabilire una sensibile analogia fra il *peculium castrense* e il *peculium profecticium*: v. sul punto GUARINO, *L'oggetto del castrense peculium* cit. 70 s.

[298] Va rilevato, tuttavia, che sin dal periodo classico non mancano esempi di uso atecnico del termine *privilegium*: si pensi ai *privilegia exigendi* (es.: D. 42.5.24.1). V. sul punto le osservazioni dell'ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 32, e dell'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 125 s.

[299] Per una ampia esemplificazione, rimando alle già citate pagine dell'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 140 s.

loro peculiari caratteristiche — alla stregua delle vere norme giuridiche. È a questa origine di privilegio delle norme sul *testamentum militis*, che si avviarono a diventare vere norme giuridiche soltanto a partire da Nerva [300], che probabilmente si riferisce la nota sentenza di Giuliano riportata in D. 1.3.15 [301].

D. 1.3.15 (Iul. 27 *dig.*): *In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris* [302].

Non è l'espressione della impossibilità di applicazione analogica del *ius militare* che viene enunciata in questo frammento, ma — come giustamente ha intuito il Perozzi [303] — ivi è formulata la impossibilità di applicare al *ius militare* (e, aggiungo io, con riferimento alla sua fase originaria di privilegio) i princípi giuridici che valgono per i cittadini non militari.

Nel diritto postclassico, essendo impallidite sino a sparire le note differenziali tra il *privilegium* e il *ius*, le scuole crearono il concetto di *ius singulare* e il divieto di analogia, che Giustiniano accolse e sistemò nei suoi *Digesta*, dando loro il rilievo generale che non avevano avuto ai margini delle opere classiche, ma tuttavia non sopravvalutandone il valore e la fecondità [304]. Piú che altro, nel *Corpus iuris*, la regola della

[300] V. GUARINO, *Sull'origine del testamento dei militari* cit. *passim*.

[301] LENEL, *Pal.* Iul. nt. 402 (27 *dig.*).

[302] Anche questo testo non è in tutto insospettabile: si pensi alla genericità di espressione del *sequi regulam iuris*. Ma, prescindendo dalla questione della sua alterazione, mi sia concesso di rilevare che esso non esprime niente di dissonante dalla concezione classica, quale io l'ho ricostruita. Il *testamentum militis* si avviò ad entrare nel mondo del diritto soltanto a partire da Nerva (v. *retro* nt. 300) e Giuliano scriveva in un'epoca in cui, molto probabilmente, il processo di amalgamazione dell'istituto nel campo del diritto obbiettivo non era ancora del tutto compiuto. Si aggiunga quanto abbiamo rilevato *retro*, ntt. 296 e 297, circa la maggior lentezza e difficoltà che il testamento dei militari incontrò per essere concepito come vero e proprio istituto giuridico. Si ricordi infine il seguente frammento ulpianeo, pure relativo al *testamentum militis*: Ulp. *reg.* 20.10: *...Idque testamentum, quod miles contra iuris regulam fecit, ita demum valet, si vel in castris mortuus sit vel post missionem intra annum.*

[303] *Istituzioni* cit. 1.107 nt. 3. Erra l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 190 nt. 1, quando afferma che interpretando in questo modo il passo di Giuliano « esso conterrebbe una affermazione in parte ingenua, in parte inesatta »: bisogna ricordarsi, invece, che il passo di Giuliano si riferiva originariamente al *testamentum militis*, istituto di cui era ancora presente, nella mente del giurista, la natura originaria di privilegio.

[304] Son proprio di Giustiniano le famose parole: *Humani iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit* (Const. *Tanta*-Δέδωκεν 10).

inestensibilità per analogia delle norme eccezionali è posta per l'avvenire, per coloro che saranno chiamati ad interpretare e ad applicare il diritto della compilazione: ed è un segno ulteriore della riluttanza di Giustiniano ad ammettere che, dopo di lui, il diritto romano potesse ulteriormente evolversi e mutarsi per opera della giurisprudenza e delle scuole [305].

21. — È tempo, oramai, di concludere.

L'insoddisfacimento in cui ci lascia l'analisi dogmatica della categoria « diritto singolare » trova riscontro nei risultati di un riesame obbiettivo ed indipendente della formazione di questa categoria. Al diritto singolare manca un solido « *ubi consistam* » dogmatico, e manca del pari un solido « *ubi consistam* » storico.

Costruita dalla Pandettistica tedesca sulla base di elementi romanistici di non accertato valore, la teoria del diritto singolare è stata causa di una formulazione positiva dannosa ed iniqua, quale quella del divieto di analogia per le norme « eccezionali », accolto dal nostro ordinamento positivo. Ma questa nostra, necessariamente succinta, ricapitolazione storica può servire a chiarire e a confermare la diagnosi dell'equivoco dogmatico, che è alla radice della disposizione dell'art. 14 delle nostre Preleggi. Onde, se questa mia breve ricerca fosse riuscita — come mi auguro — convincente, potrei anche conchiuderla con la speranza che non sia per rimanere vana esercitazione di critica dogmatica e storica.

Ma un'altra speranza io nutro. E cioè di aver dato una prova del credo metodologico che ho pronunciato all'inizio di questa mia conversazione. Il diritto romano deve esser studiato solo ed esclusivamente per se stesso; e potrà forse servire, in tal guisa, molto meglio che in altra maniera a chiarire il senso ed a fugare gli equivoci dei dogmi giuridici moderni.

Se volessimo utilizzare della materia romanistica quel tanto che ancor oggi può servire come materiale di costruzione per i moderni edifici dogmatici, noi faremmo peggio di quei barbari, che diroccarono i magnifici templi di Roma per utilizzarne i marmi e le pietre nelle loro rozze bicocche: *quod non fecerunt barbari, facient Barberini*. Ma se

[305] Si ricordi, a questo proposito, il famoso divieto di ogni elaborazione dottrinale sui testi dei Digesti che Giustiniano pose con le costituzioni *Deo auctore* (a. 530) 12, e *Tanta*-Δέδωκεν (a. 533) 21.

ricordiamo, invece, che dall'amore per le antiche forme del Brunelleschi e di Donatello (i quali si aggiravano — come dice il Vasari [306] — con religioso fervore tra le rovine dell'antica Roma, cercando di penetrare le leggi che avevano presieduto alla confezione dei suoi monumenti e delle sue opere d'arte), se ricordiamo che da quel loro amore per le antiche forme, lungi dal derivare il commercio degli antiquari, scaturí la mirabile rinascita artistica del Quattro e del Cinquecento, possiamo concludere che il diritto di Roma merita di essere studiato per se stesso e che lo studio di qualsivoglia suo capitolo è e deve essere fruttuoso in quello del nuovo diritto e nell'approfondimento di ogni suo problema.

## POSTILLA PRIMA: IN TEMA DI COSTITUZIONE DELL'« USUSFRUCTUS ».

1. In una recente, egregia monografia in tema di *ususfructus* [1] torna per l'ennesima volta alla luce una vecchia *crux interpretum*:

D. 7.1.63 (Paul. *sing. de iure sing.*): *Quod nostrum non est, transferemus ad alios: veluti is qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usum fructum cedere potest.*

L'interpretazione corrente del testo è che il proprietario della cosa, costituendo l'usufrutto sulla cosa stessa, viene a cedere ad altri (cioè all'usufruttuario) un diritto (l'usufrutto) che non è suo (per il noto principio *nemini res sua servit*) [2]. Contro questa interpretazione si schiera oggi il Bretone [3], preceduto tuttavia da altri [4], tra cui il Biscardi [5], anzi addirittura l'Anonimo [6], sostenendo che il testo significhi che il nudo

[306] *Opere* (edizione milanese) 2 (Firenze 1906) 337.

* In *Labeo* 10 (1964) 46 ss.

[1] BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* 1 (1962) 188 ss.

[2] Per tutti: ELVERS, *Die römische Servitutenlehre* (1856) 41 ss. Altra bibliografia in BRETONE (nt. 1) 189 nt. 110. *Adde*: GROSSO, in *SDHI.* 2 (1936) 403; HELDRICH, in *ZSS.* 58 (1938) 423.

[3] *Cit.* (nt. 1) 189 ss.

[4] Cfr. BRETONE (nt. 1) 189 nt. 113.

[5] *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano* (1935) 53 ss.

[6] B. 16.1.63 (H. 2.189): Παῦλ. καὶ τὸ μὴ ὂν ἐμὸν ἑτέρῳ παραχωρεῖν δύναμαι. τὴν γὰρ χρῆσιν τοῦ ἀγροῦ μου, ἣν ἕτερος ἔχει, παραχωρεῖν ἄλλῳ δύναμαι. Si noti che l'Anonimo parla di χρῆσις, cioè di un istituto che corrisponde solo approssimativamente all'usufrutto, ma che è concepito, nell'ambiente ellenistico, come proprietà temporanea, quale non era certamente l'usufrutto nel diritto romano clas-

proprietario (*is qui fundum habet, quamquam usum fructum non habeat*) può *in iure* cedere l'*usus fructus* (di cui è titolare l'usufruttuario attuale), calcolando sul fatto che il cessionario acquisterà il diritto nel giorno in cui verrà meno l'usufrutto attuale. Altri, non ritenendo comunque ragionevole l'iniziale *quod nostrum—alios*, ha sospettato l'interpolazione del testo, proponendo la espunzione di *quod nostrum—veluti* [7] o un rovesciamento della sua significazione attuale [8]. A mia volta, io ho esposto l'opinione [9] che il dettato sia un elaborato postclassico che si inquadra nella probabile elaborazione postclassica di tutto quanto il *liber singularis de iure singulari* di Paolo [10].

Anche a costo di sembrare a qualcuno una donna Prassede di manzoniana memoria [11], spiegherò qui di seguito le ragioni per cui mantengo ferma, a venti anni di distanza, la mia tesi.

2. L'interpretazione ultimamente difesa dal Bretone è indubbiamente sagace e conferisce al passo un significato plausibile e concreto, confortato dal fatto che anche il legato di usufrutto operato dal nudo proprietario era ritenuto da taluni valido [12]. Tuttavia, se *cedere* sta ad

sico: cfr. BRETONE (nt. 1) 217 ss. e i testi e la bibliografia da lui citati. Di qui l'uso di παραχωρεῖν tanto per tradurre *transferre*, quanto per tradurre *cedere*.

[7] KASER, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Fs. Koschaker* (1939) 1.466 nt. 118; cfr. anche *ZSS.* 65 (1947) 368 e nt. 20. Il Kaser corregge anche *habeat* in *habet* e inserisce *in iure* prima di *cedere*.

[8] PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto*, in *BIDR.* 20 (1910) 124: *quod nostrum non est, ⟨non⟩ transferemus ad alios: veluti is qui fundum habet, ⟨si⟩ [quamquam] usumfructum non habeat, [tamen] usumfructum cedere ⟨non⟩ potest.*

[9] Sfuggita al BRETONE (nt. 1).

[10] GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in *Ann. d. comp.* 18 (1946) 37.

[11] MANZONI, *I promessi sposi* (1840) 482: « Con l'idee donna Prassede si regolava come dicono che si deve far con gli amici: n'aveva poche; ma a quelle poche era molto affezionata » (« ... tra le poche, ce n'era per disgrazia molte delle storte; e non eran quelle che le fossero men care »).

[12] Cfr. D. 7.1.72 (Ulp. 17 *Sab.*): *Si dominus nudae proprietatis usum fructum legaverit, verum est, quod Maecianus scripsit libro tertio quaestionum de fideicommissis, valere legatum: et si forte in vita testatoris vel ante aditam hereditatem proprietati accesserit, ad legatarium pertinere.* [*plus admittit Maecianus, etiamsi post aditam hereditatem accessisset usus fructus, utiliter diem cedere et ad legatarium pertinere*]. Il VON LÜBTOW, *Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder und der Vorbehalt dinglicher Rechte* (1949) 42, pone tra parentesi quadre (anche) *et si forte rell.*, ma a me sembra che il glossema si limiti all'ultimo periodo, che sostiene una estensione, sia pure *utiliter*, veramente inammissibile.

indicare, come dovrebbe essere per un testo classico, la *in iure cessio usus fructus* [13], vi è la difficoltà che la *in iure cessio* era probabilmente *actus legitimus* e non ammetteva termini e condizioni sospensive *ex die*, quanto meno espressi [14]. È vero che si potrebbe pensare ad un termine o ad una condizione taciti [15], ma riterrei che l'ipotesi della costituzione a favore di Tizio di un usufrutto già costituito a favore di Caio non possa, sul piano dell'implicito, intendersi nel senso di costituzione dell'usufrutto a favore di Tizio dal momento della estinzione dell'usufrutto di Caio [16]. Vi è un limite alle possibilità dell'interpretazione negoziale, sopra tutto se tipica. D'altronde, anche a prescindere da questa difficoltà, come poteva venire in mente a Paolo di definire il nudo proprietario come colui *qui fundum habet, quamquam usum fructum non habeat?* Anche alla goffaggine delle espressioni vi è un limite, almeno per i giuristi classici.

Resta l'interpretazione corrente [17], che dà risultati meno plausibili, ma è indubbiamente però conforme al senso immediato del testo. Il pieno proprietario, pur non potendosi dire che sia titolare dell'usufrut-

[13] Così KASER (nt. 7). Il BRETONE (nt. 1) 190 giustamente ribadisce: « Paolo impiega la locuzione *cedere usum fructum*, che se non indicasse specificamente la *in iure cessio* ovviamente la ricomprenderebbe ».

[14] Cfr. ARCHI, sv. *Condizione (Diritto romano)*, in *ED.* 8 (1961) 744 s.

[15] Cfr. D. 50.17.77 (Pap. 28 *quaest.*): *...nonnumquam tamen actus supra scripti* [i.e. *actus legitimi*] *tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt.* Cfr. anche Paul. D. 40.7.1.1. Il BRETONE (nt. 1) 190 s. e nt. 118 argomenta appunto da questi frammenti per sostenere che « all'esperienza giuridica romana non è sconosciuta l'eventualità che gli effetti giuridici di un *actus legitimus* siano sospesi in vista dell'avverarsi di una determinata circostanza (che nel nostro caso sarebbe la estinzione del primo usufrutto), sempre che questa circostanza non si concreti in un *dies* o in una *condicio*, ma influenzi — per così dire — dall'esterno l'efficacia dell'atto ».

[16] A meno di non ipotizzare una *in iure cessio* a favore di Tizio, la quale abbia come esplicito oggetto l'usufrutto del fondo « di cui è attualmente usufruttuario Caio ». Ma, per escludere l'ammissibilità di questa ipotesi, non v'è che da richiamarsi ancora a D. 50.17.77 (nt. 15): *...si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur, si obligationis condicio extiterit: quae* [i.e. *obligationis condicio*], *si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.* D'altra parte è del concetto stesso degli atti traslativi del *dominium* (o costitutivi di diritti reali) l'immediatezza della attribuzione (il che si dice malgrado Paul. *Vat.* 50).

[17] *Retro* nt. 7.

to [18], lo può *in iure cedere* [19] ad altri. E tutto filerebbe a meraviglia, anzi avrebbe il sapore di una finezza [20], se non vi fosse il cappellaccio sgraziato del *quod nostrum non est, transferemus ad alios* [21]: mediante la *in iure cessio usus fructus*, leggiamo meravigliati, il proprietario della cosa viene a trasferire ad altri ciò che non è suo, in deroga dunque al principio *nemo plus iuris transferre potest, quam ipse haberet* [22].

Se anche ciò fosse la conferma del principio paolino per cui l'*usus fructus* non era *pars dominii* [23], non mi sentirei comunque di attribuire a Paolo la singolare sciocchezza.

3. La singolare sciocchezza si spiega invece, nel modo piú verosimile, se uscita dalla penna di uno studioso postclassico [24]. Sí che, prescindendo dalla troppo ardita esegesi del Pampaloni [25], è certo, a mio avviso, che bene ha fatto il Kaser [26] a segnare tra parentesi quadre il tratto iniziale del nostro frammento.

Senonché, a questo punto io domando: che singolarità di diritto vi è mai nel fatto che il proprietario del fondo può *in iure cedere* l'*usus fructus*? Nessuna, sopra tutto se si tenga presente la famosa definizione, secondo me pseudo-paolina [27], del *ius singulare* [28]. Se il fr. D. 7.1.63

[18] Ecco il perché del *quantquam—habeat* (invece di *habet*), cioè della « particolare sfumatura » che il BRETONE (nt. 1) 188 nt. 108 finemente avverte nella proposizione concessiva.

[19] Con effetto, ovviamente, immediato.

[20] Nel senso che l'*usus fructus* si costituisce (*ex novo*) mediante una *in iure cessio*, cioè un atto tipico per i trasferimenti.

[21] L'affermazione quivi contenuta va male, si noti, anche per l'interpretazione difesa dal Bretone: il nudo proprietario, costituendo un usufrutto a favore di Tizio mentre ancora dura l'usufrutto a favore di Caio, non cede certamente ciò che non è suo (cioè l'usufrutto di Caio), ma ciò che, sia pure condizionatamente alla cessazione dell'usufrutto di Caio, rientra nella sua sfera di poteri.

[22] Cfr. Ulp. D. 50.17.54.

[23] Cfr. BRETONE (nt. 1) 179 ss., con una spiegazione peraltro alquanto dubbia di Paul. D. 7.1.4 (*Usus fructus in multis casibus pars dominii est, et extat, quod vel praesens vel ex die dari potest*).

[24] Non mette conto (ammesso che fosse possibile) stabilire l'età dell'intervento. Sintomatico è, comunque, che sia scomparso *in iure* davanti a *cedere*: ma è chiaro che la cancellatura può essere stata anche operata da Giustiniano.

[25] *Cit.* (nt. 8). V. *contra*: DEBRAY, in *NRH.* 35 (1911) 108; VON LÜBTOW (nt. 12) 39 s.

[26] *Cit.* (nt. 7).

[27] GUARINO (nt. 10) 37 s.

[28] Cfr. D. 1.3.16 (Paul. *sing. de iure sing.*): *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

risultasse estratto dai *libri ad Sabinum* di Paolo, potremmo essere paghi dell'atetesi segnata dal Kaser. Ma il frammento risulta estratto da un *liber singularis de iure singulari*. È perciò evidente che Paolo, non potendo essere colui che ha rilevato la singolarità, nel *liber singularis* il frammento non può avercelo messo.

Ce lo ha messo un rielaboratore postclassico di quell'opera. O meglio, secondo me [29], ce lo ha messo colui che ha confezionato, rielaborando materiale paolino, tutto intero il *liber singularis de iure singulari*.

## POSTILLA SECONDA: ANALOGIA E DINTORNI.

Il mio studio sul *ius singulare*, pubblicato nel 1946 a fini di sviluppo e di completamento di altri saggi precedenti ivi citati, ha visto la luce anteriormente agli scritti dedicati da R. Reggi a *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano* (1952) e da A. Steinwenter ai *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie* (1, in *St. Arangio-Ruiz* [1953] 169 ss.; 2, in *St. Albertario* [1952] 105 ss.; 3, in *Fs. Schulz* [1951] 345 ss.). Di data posteriore (sorvolando su altri contributi di altri autori) è F. Gallo, *Alle origini dell'analogia* (in *Diritto e processo nell'esperienza romana, Atti in mem. di G. Provera* [1994] 37 ss.).

Non ho alcuna intenzione, in questa postilla, di riprendere in esame il tema del *ius singulare*, e nemmeno quello connesso dell'analogia (e del relativo divieto), salvo che per un punto essenziale: il punto delle origini del ricorso all'analogia da parte dei giuristi e dei giusdicenti romani.

Il Gallo, se ho ben capito, intravvede le « origini » dell'analogia (o, come altrove dice, il « riconoscimento » di essa) nella cosí detta « codificazione » giuliano-adrianea dell'*edictum perpetuum*, o almeno (se una vera e propria codificazione non vi fu) nel senatoconsulto che venne provocato dall'imperatore Adriano, secondo quanto osserva Giustiniano in const. *Tanta*-Δέδωκεν 18: senatoconsulto (meglio: *oratio principis*) che « *hoc apertissime definivit, ut, si quid in edicto positum non invenitur, hor ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas* ». Posto che la « *nova auctoritas* » della *Tanta* fosse il potere imperiale (nel che, per quanto mi riguarda, tendo a convenire, mal-

[29] Cfr. GUARINO (nt. 10) 39 ss.

* Inedito.

grado i dubbi sollevati in alcuni della frase parellela della costituzione greca), Giustiniano avrebbe riservato esclusivamente a se stesso ed ai suoi successori l'integrazione analogica dell'editto (cioè, praticamente, di tutto il *ius vetus*), attribuendo questa riserva già ad Adriano, nonché alla venerata dottrina di Salvio Giuliano (« *cum et ipse Salvius Iulianus . . . in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur* »): attribuzione peraltro menzognera, o comunque erronea, dal momento che Salvio Giuliano nei suoi *digesta* (cfr. D. 1.3.12, Iul. 15 *dig.*) aveva scritto, invece, che l'integrazione delle lacune delle leggi e dei senatoconsulti col metodo dell' « *ad similia procedere* » spettava in primo luogo ad « *is qui iurisdictioni praeest* ».

A mio avviso, il processo evolutivo adombrato dal Gallo (sempre, ripeto, che io l'abbia ben capito) lascia piuttosto perplessi, sopra tutto se si considera che il frammento giulianeo tanto malamente (anzi falsamente) citato da Giustiniano è riportato proprio dai *Digesta* giustinianei. Comunque, lascio ad altri il compito di riesaminare la questione, limitandomi qui a segnalare che essa non può essere discussa a fondo senza prendere in esame l'argomento del *ius singulare* e del « *non est producendum ad consequentias* », cioè del testo di Paolo che Giustiniano riporta non solo in D. 1.3.14, ma eleva a *regula* autorevole anche in D. 50.17.141 pr. Se le norme « *contra rationem iuris* » non erano passibili di integrazione analogica, segno è, direi, che per Giustiniano (come già per i giuristi classici) « *producere ad consequentias* » le norme « *secundum rationem iuris* » era attività lecita a tutti.

Ecco un argomento piuttosto importante che il Gallo ha trascurato, pur riconoscendo, con l'onestà scientifica che gli è consueta (cfr. p. 84 nt. 77), che esso è « tra i problemi da studiare ».

# « REM TENE, VERBA SEQUENTUR »

1. — « *Rem tene, verba sequentur* ». Il detto famoso di Catone maggiore ha raccolto nei secoli felicitazioni ed elogi che non si contano. Schanz e Hosius, persone notoriamente misuratissime nei loro giudizi, si spingono a definirlo la perla fra tutte le massime catoniane e F. Leo esclama, tra l'altro, che chi ha coniato questo detto era consapevole di essere un dominatore della parola. Del resto, aveva cominciato Giulio Vittore, l'autore antico che riporta il passo, a parlare di « *praeceptum paene divinum* ». E non sarà male, ai fini della prosecuzione del nostro discorso, averne sotto gli occhi tutto intero il brano (Iul. Vict. *reth.* p. 374, 14-18): *Socrates quoque dicere solebat, omnes in eo, quod scirent, satis esse eloquentes. scire autem est rem, de qua dicturus sis, universam ante pernoscere. in hanc rem constat etiam Catonis praeceptum paene divinum, qui ait:* « *rem tene, verba sequentur* » [1].

Per quanto sottili possano essere le diverse interpretazioni della massima, tutti gli studiosi concordano nel ritenerla un insegnamento, che si inserisce tra quelli che Catone dedicò « *ad Marcum filium* », al figlio Catone Liciniano, e che doveva trovare la sua piú precisa collocazione nella presunta sezione del libro relativa all'*ars rethorica*, nella sezione che almeno spiritualmente si apriva (cfr. Sen. *contr.* 1 pr. 9) con un'altra frase celebre: « *Orator est, Marce fili, vir bonus, dicendi peritus* ». Di qui la convinzione generale che « *res* » stia, all'ingrosso, per « oggetto » del discorso, per « fatto » cui il discorso si riferisce, e che « *verba* » stia, sempre all'ingrosso, per « contesto verbale » adattato dall'oratore

* In *Atti Acc. Pontaniana* 28 (1979) 27 ss., 29 ss.

[1] In generale: M. Schanz e C. Hosius, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinians* 1[4] (1927, rist. 1966) 181; F. Leo, *Gesch. der röm. Literatur* 1 (1913, rist. 1967) 282 ss. In particolare: G. Calboli, Intr. a *M. Porci Catonis Oratio pro Rhodensibus* (1978) 22 ss., con altra bibliografia. V. anche: G. Kennedy, *The Art of Rhetoric in the Roman World, 300 b.C.-a.D. 300* (1972) 56.

all'oggetto per la migliore utilizzazione dello stesso ai suoi fini di convincimento del pubblico: fini peraltro, almeno secondo Catone, condizionati e circoscritti dalla temperie di *vir bonus* dell'oratore, il quale dunque non deve indurre i suoi ascoltatori a prendere lucciole per lanterne. Anche chi, come G. Kennedy, ha giustamente intravvista una probabile attinenza di « *res* » alla materia giuridica, o meglio alla rilevanza giuridica dei fatti considerati, non è andato, per quanto riguarda i « *verba* », oltre il senso di dizione o di stile.

Sia ben chiaro che non sarò certo io a contestare empiamente la straordinaria efficacia della massima catoniana. Essa appartiene al rango di quelle affermazioni fulminanti e definitive che mozzano il fiato all'interlocutore, impedendogli quasi di riflettere. Ma, ecco il punto: se il detto catoniano lo si intende alla maniera corrente, non si tratta, piú che di altro, di una magnifica frase ad effetto?

È ovvio che un oratore non possa imbastire il suo discorso prima di essersi reso conto della situazione di fatto. È ovvio, in ogni caso, che un oratore non possa proclamare nulla di diverso, anche se poi in realtà tende a piegare i fatti di cui parla alle parole che preferisca pronunziare. Anche Cicerone, che alle parole notoriamente assegnava molto peso, non mancò di affermare, nel *de oratore* (1.20), che « *ex rerum cognitione efflorescat et redundet oportet oratio* ». Se il senso di « *rem tene, verba sequentur* » è tutto e solo nell'interpretazione corrente, sia pure arricchita dalla « nuance » secondo cui le parole appropriate sgorgano spontanee quando si siano ben studiati i fatti, ebbene dopo una pacata riflessione del detto catoniano rimane tanto poco quanto niente. Si può essere quasi tentati di approvare la parafrasi scherzosa, non certo consona alla reverenza unanimemente riscossa da Catone il censore, coniata, a quanto riferisce Porfirione (*schol. in Hor. artem* 311), da Asinio Pollione: « *male Hercule eveniat verbis, nisi rem sequuntur* ».

Ma forse Catone maggiore, quando formulò la sua frase, non volle dire l'ovvio che i suoi posteri gli hanno attribuito. Con viva preghiera ai sapienti contemporanei e futuri di non prendere la mia ipotesi per una teoria asseverativa e di non darsi la pena di iscriverla, se non gli va giú, nel libro nero delle dottrine perverse, io qui vorrei, se mi è concesso, esporre una mia minima considerazione sul tema.

La considerazione è questa. Tutti sanno che Catone maggiore, il « *princeps Porciae familiae* » come lo chiama Pomponio (*sing. enchir.* in D. 1.2.2.38), era fondamentalmente un giurista. Cicerone, che una prima volta lo definisce « *iuris civilis omnium peritissimus* » (*de orat.* 1.171), specifica in altro punto che giurista egli era non meno che oratore: *num*

*quia ius civile didicerat, causas non dicebat aut quia poterat dicere, iuris scientiam negligebat? utroque in genere et elaboravit et praestitit* (*de orat.* 3.135). Giurista, dunque, e in piú (anche questo è risaputo da tutti) ossessionato dall'idea di sottrarre il figlio ai pedagoghi greci e di ammannirgli egli stesso quanti piú insegnamenti, e di genuina marca romana, potesse. Poste le cose in questa luce, è proprio assurdo immaginare che Catone abbia fatto riferimento, anche nella massima che ci interessa, alla cultura giuridica romana, e in particolare a quel rigido *ius civile* cui egli o il figlio dedicarono, a detta di Festo (144 L.), addirittura dei « *commentarii* »? Darlo per certo non si può, visto che ci è ignoto il contesto da cui la nostra massima è stata enucleata; ma darlo per possibile, se non addirittura per probabile, mi sembra pienamente lecito, e lo faccio.

La possibilità ora detta invita a chiedersi se Catone padre non abbia voluto impartire al figlio un ammaestramento ai fini specifici dell'attività di *iuris consultus* che egli si apprestava ad intraprendere. Nel secondo secolo avanti Cristo imperava ancora il formalistico e antiquato *ius civile* della tradizione. I giuristi erano costretti a moltiplicare i loro sforzi di ingegno per adattarlo alla molteplicità e complessità delle nuove fattispecie che si presentavano nella Roma post-annibalica. Sopra tutto l'impegno riguardava l'attività giurisprudenziale del cosí detto « *cavere* », che constava nel trovare le formule verbali adatte alle fattispecie negoziali, e quella del cosí detto « *agere* », che constava nel trovare le formule verbali (quelle delle *legis actiones*) adatte alle fattispecie processuali e, per indotto, alle argomentazioni giudiziarie degli oratori. Nell'uno e nell'altro caso la difficoltà derivava al giurista non meno dalla identificazione della fattispecie nuova (la *res*) che dalla scelta, entro il ristretto catalogo offerto dal *ius civile*, della formula verbale (i *verba*) adeguata alla fattispecie.

Ecco allora chiarita la radice, quanto meno psicologica, del precetto catoniano. « Se vuoi fare il giurista, l'oratore giudiziario, il magistrato, il sacerdote, dovrai far capo necessariamente a *verba*, a formule verbali preesistenti e ritoccabili solo in minimi particolari. Ma intanto la realtà sociale, la *res* da tener presente, va straordinariamente arricchendosi di situazioni nuove. Se questa realtà sociale, questa *res*, non la individui con esattezza, non ti sarà facile trovare i *verba* che le si adattino. Prendi dunque buona conoscenza della fattispecie e vedrai che le formule verbali adeguate al suo regolamento ti verranno facili alla mente. *Rem tene, verba sequentur* ».

2. — Mi si dia atto che, nel formulare la nuova ipotesi di let-

tura in chiave « giuridica », della massima « *rem tene, verba sequentur* », mi sono rigorosamente astenuto da ogni riferimento della massima stessa al rituale della *mancipatio*. Eppure mi sarebbe stato facilissimo ricordare che, secondo quel rituale, il *mancipio accipiens* pronuncia i suoi *verba*, la sua formula solenne di rivendicazione, « *rem tenens* ». Ma la fortuna aiuta i romanisti, talvolta, ad evitare di dire delle sciocchezze, ed io le sono sinceramente grato di essermi stata almeno in questa occasione, benevola.

Non si pensi peraltro che io escluda, nella descrizione gaiana del rito mancipativo, la lezione « *rem tenens* » e propenda, con molti studiosi, per la lezione « *aes tenens* » [2]. Al contrario, io sono convinto che Gaio abbia scritto, ambo le volte in cui ha parlato della *mancipatio* nel suo manuale, « *rem tenens* » e che la dizione « *aes tenens* », accolta da Boezio, sia frutto di un equivoco.

Ma procediamo con ordine. E cominciamo appunto con la lettura di Gai 1.119, nella edizione che del manuale gaiano ci offre l'arcifamoso *codex rescriptus* della Biblioteca Capitolare di Verona: *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio; quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est, eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit rem tenens ita dicit: « Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra »; deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco.*

Anche se un controllo diretto del Veronese, che in questo punto è diventato oggi illegibile, non ci consente di giungere a piena certezza circa il « *rem tenens* », un livello assai vicino alla certezza piena ci è assicurato dalla coincidenza tra gli apografi del Böcking e dello Studemund, stesi in epoca in cui il Veronese era ancora leggibile, nonché dalla fiducia che è lecito e doveroso nutrire nell'accuratezza di questi due studiosi del manoscritto gaiano di Verona. Inoltre una conferma, sia pure indiretta, ci viene dal riscontro di Gai 2.24, in materia di *in iure cessio*,

[2] Sul punto: A. CORBINO, *Il rituale della « mancipatio » nella descrizione di Gaio (« Rem tenens » in Inst. 1.119 e 2.24)*, in *SDHI.* 42 (1976) 149 ss., con amplissima bibliografia sul tema. *Adde*: R. G. BÖHM, « *Emendationes Gaianae* » II.1, in *Labeo* 22 (1976) 369 ss. V. anche: H. VAN DEN BRINK, « *Festuca, quasi hastae loco* », in *Talanta* 2 (1970) estr.; H. J. WOLFF, *Ein Vorschlag zum Verständnis des Manzipationsrituals*, in *Fs. Sontis* (1977) 1 ss.

ove si legge: *...is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit: « Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio »*.

È veramente singolare, ciò posto, che il Böhm, almeno per quanto attiene a Gai 1.119, dubiti della lettura del Veronese fatta sia dal Böcking che dallo Studemund e basi sui loro apografi l'ipotesi che nel Veronese fosse scritto: *« is qui vel hominem mancipio accipit, istum manu tenens ita dicit rell. »*. La congettura è fondata essenzialmente sul pregiudizio che, essendo l'esempio riferito ad un *homo*, ad uno schiavo, Gaio non potesse parlare apoditticamente di *res*; ma non tien conto della conferma scaturente da Gai 2.24, e non è nemmeno imposta da Gai 4.16, relativo alla *legis actio sacramenti in rem*, che il Böhm invece invoca (*« qui vindicabat festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat rell. »*). Di gran lunga piú coerente si mostra A. Corbino, in un suo articolo molto meditato e sottile, quando parte dalla accettazione del Veronese e pone soltanto in dubbio che il testo originale di Gaio, da cui il manoscritto veronese è derivato qualche secolo dopo, abbia anch'esso portato, sia in 1.119 che in 2.24, *« rem tenens »* anziché *« aes tenens »*, che è la lezione autorevolmente testimoniata da Boezio in una sua trascrizione di Gai 1.119 (cfr. Boeth. *ad Cic. top.* 5.28). In fondo, sembra dire il Corbino, la lezione del Veronese non vale piú di quella di Boezio: ragion per cui la ricostruzione del dettato genuino di Gaio deve dipendere dal maggior grado di attendibilità dell'una piuttosto che dell'altra lezione.

Anch'io sono di questo avviso, naturalmente. Tuttavia penso che piú attendibile di *« aes tenens »* (o di *« aes et rem tenens »*, come altri hanno proposto) sia, fuor di ogni dubbio, *« rem tenens »*. E infatti nessuno può certo porre in discussione che il *mancipio accipiens* dovesse ad un certo punto prendere in mano, se già non lo aveva sin da principio, un pezzo di bronzo, di *aes*, con cui toccare la bilancia del *libripens* a simbolo di pagamento (cfr. Gai 1.119: *deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco*): senonché, a parte il fatto che le mani del *mancipio accipiens* erano due (sí che con l'una poteva *rem tenere* e con l'altra poteva impugnare il pezzo di bronzo), non si vede assolutamente perché egli, il *mancipio accipiens*, ' dovesse ' avere l'*aes* in mano sin dal primo momento, e non soltanto dal momento successivo (*« deinde »*) in cui gli incombeva di *percutere libram* e di passare il pezzo di bronzo all'alienante. Il rito della *mancipatio*, stando a Gai 1.119, si svolgeva in due fasi ben distinte: quella della pronuncia della formula mancipatoria e quella (ancora una volta richiamo l'attenzione sul *« deinde »*) del pagamento simbolico della *res mancipi*. E la riprova, con in piú

la conferma del « *rem tenens* », è data dal rito dell'*in iure cessio*, la quale era un finto processo di revindica, svolgentesi davanti al magistrato, e non era una finta vendita. A parte il fatto che Gai 2.24 dice, come abbiamo visto, che il cessionario pronunciava la sua formula « *rem tenens* »; a parte che gli sforzi del Corbino per dimostrare improbabile la gaianità di questa lezione sono pregevoli solo per la loro ingegnosità, ma non altrettanto per la loro capacità di convincimento; a parte ciò, di *aes* non era davvero il caso di fare uso in un negozio in cui non si operava nessuna *imaginaria venditio*.

Il Corbino è ovviamente studioso troppo acuto per sostenere che anche nell'originale di Gai 2.24 si dicesse « *aes tenens* »: è perciò che egli ipotizza un originario « *festucam tenens* » che, abbreviato in « *fem tenens* », sarebbe stato erroneamente interpretato dal copista del Veronese come « *rem tenens* ». Ora io sono convinto quanto lui che, pronunciandosi la formula della *vindicatio*, si impugnasse una *festuca*, segno del potere, della *vis* affermata in ordine alla *res*: « *festucam tenens* » in Gai 2.24, dunque, mi starebbe bene, se vi si leggesse effettivamente. Ma qui domando: perché in Gai 1.119, relativo anch'esso alla pronuncia, almeno nelle prime parole, di una *vindicatio* (« *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio* »), il *mancipio accipiens* non avrebbe preso con mano la *res*, o almeno brandito la *festuca*, ed avrebbe tenuto in pugno sin dal principio solamente l'*aes rude*? Non è evidente che « *rem tenens* » equivale a « *festucam tenens* » ed a locuzioni corrispondenti, con le quali si poneva in luce che la pronuncia della *vindicatio* era sempre accompagnata dall'imposizione della *festuca*, oppure direttamente della mano, sulla *res* proclamata come propria?

3. — Spero che non si replichi a questa mia induzione che la *mancipatio* delle *res immobiles* (lo dicono Gai 1.121 e Ulp. 19.6) poteva essere fatta anche non in presenza delle stesse (« *praedia vero absentia solent mancipari* »), e che non si aggiunga che l'*in iure cessio* dell'eredità, delle servitú e dell'usufrutto, essendo relativa a cose incorporali, non poteva implicare il contatto di alcunché di tangibile. Gli istituti a base « vindicatoria » di cui discorrono Gaio e i giuristi del suo tempo erano solo la parvenza di quel che erano stati all'origine e nell'epoca di fioritura del *ius civile*, erano rituali ormai incompresi e pertanto erano anche in parte disapplicati o malamente applicati. Si può capire che per i beni immobili si ' solesse ' (cosí dice Gaio) fare la *mancipatio* e la *in iure cessio* senza averli presenti, e quindi senza toccarli, l'acquirente, con la mano o con la

*festuca*; si può anche capire che il requisito dell'impostazione della *festuca* o della mano, avendo perso tutto il valore magico che sicuramente aveva all'inizio, sia venuto meno in ordine a *mancipatio* o *in iure cessio* di quelle che Gaio configurava come *res incorporales*; ma il problema di fondo è se nell'età piú antica la *vindicatio* di un oggetto mobile o immobile (radice comune della *mancipatio* e dell'*in iure cessio*) fosse, sempre e in ogni caso, accompagnata dall'imposizione della *festuca* o della *manus*, oppur no.

A questa domanda la risposta non può essere, a mio avviso, che affermativa. Premesso che io trovo del tutto ingiustificate le teorie che escludono dalla sfera originaria di applicazione della *mancipatio* (non però della *in iure cessio*) i *praedia* e i beni immobili, mi sembra che, per rendersi conto dell'essenza originaria e specifica degli atti di *vindicatio*, sia necessario far capo a quanto Gaio (4.16) spassionatamente riferisce, piú a titolo di notizia storica che di descrizione del diritto coevo, in ordine alla antichissima *legis actio sacramenti in rem*, ormai pressoché scomparsa ai suoi tempi: *qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat: « hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam: sicut dixi, ecce (tibi) vindictam imposui »; et simul homini festucam imponebat.* Né basta. Si legga anche quanto Gaio aggiunge: *festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii . . . unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur.*

Le parole di Gaio, anche in relazione a quanto rimane dell'*actio sacramenti in rem* nel secolo suo (cioè in ordine all'*hasta* nei *centumviralia iudicia*), fanno intendere che la pronuncia della formula di *vindicatio* era sempre accompagnata, anche fuori dalla sede processuale, dalla impugnazione di una *festuca* e dall'imposizione della stessa alla *res*: nel che si realizzava la cosí detta « *adprehensio rei* ». Di questa gestualità originaria le tracce residue, ai tempi di Gaio, sono diverse. Nei giudizi centumvirali, relativi ad una *res incorporalis* (l'*hereditas*), vi è l'*hasta*, con la quale peraltro nulla si tocca perché nulla di materiale vi è piú da toccare. Nella *manumissio vindicta* dello schiavo la *festuca* sussiste ancora e viene, a quanto pare, effettivamente utilizzata dall'*adsertor libertatis* per toccare lo schiavo. Nella *vindicatio* di cose mobili, in sede di *mancipatio* e di *in iure cessio*, il toccamento con la *festuca* è surrogato, di solito, dal semplice *rem tenere*. Nella *vindicatio* di cose immobili al *rem tenere* ed alla *festuca* si è, nell'uso corrente (« *solent* »), quasi del tutto (ma non del tutto e pienamente) rinunciato, per evitarsi di andare a compiere l'atto in presenza della cosa lontana e per evitarsi di portare di quella cosa lontana

un frammento simbolico al cospetto delle parti (cosí come invece avveniva, a quanto narra Gaio, nell'*actio sacramenti in rem*). Infine, nella *mancipatio familiae* e nella *mancipatio* o *in iure cessio* costitutive di servitú prediali o di usufrutto la cosa corporale non vi è (o non la si ravvisa piú), ed ecco quindi che mancano sia il « *rem tenere* » che l'« *adprehendere* » con l'imposizione della *festuca*.

# QUESTIONI INTORNO A GAI 3.10

1. — Interessanti problemi esegetici e storici si riconnettono al confronto fra quattro testi relativi alla *cognatio* e alla *adgnatio*: due delle Istituzioni di Gaio (1.156 e 3.10) e due delle Istituzioni di Giustiniano (1.15.1 e 3.2.1).

Fulcro di tutte le questioni è Gai 3.10. Ma è bene riportare anzitutto il testo dei quattro frammenti.

Gai 1.156 [1]: *Sunt autem adgnati per virilis sexus personae cognatione iuncti, quasi a patre cognati* [2], *veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patrui filius et nepos ex eo* [3]. *at hi, qui per femini sexus personas cognatione* [*con*]*iunguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali iure cognati. itaque inter avunculum et sororis filium non adgnatio est, sed cognatio. item amitae, materterae filius non est mihi adgnatus, sed cognatus, et invicem scilicet ego illi eodem iure coniungor* [4], *quia qui nascuntur, patris, non matris familiam secuntur.*

Inst. 1.15.1 [5]: *Sunt autem adguati cognati* [6] *per virilis sexus cognationem coniuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo. at qui per feminini sexus personas cognatione iunguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali iure cognati. itaque amitae tuae filius non est tibi adgnatus, sed cognatus* (*et invicem scilicet tu illi eodem iure coniungeris*), *quia qui nascuntur, patris non matris familiam sequuntur.*

* In *SDHI*. 10 (1944) 290 ss.

[1] A proposito della tutela legittima: cfr. Gai 1.155 (riportato *infra* nt. 28).

[2] *Quasi a patre cognati*: glossema per GUARINO, *Adfinitas* 37 nt. 21.

[3] Sin qui uguale (salvo varianti minime) Gai. D. 26.4.7.

[4] *Scilicet — coniungor*: glossema per POLENAAR, seguito da GUARINO, *cit.* 38. PÖSCHMANN integra, sulla scorta di Theoph. *par.* ad Inst. 1.15.1: ...*et invicem, scilicet etsi ego illi adgnatus sum, tamen filio illius eodem iure coniungor rell.*

[5] A proposito della tutela legittima: cfr. Inst. 1.15 pr.

[6] *Cognati* è espunto da KRÜGER in base al confronto con Gai 1.156, Gai. D. 26.4.7, Theoph. *par.* ahl.

Gai 3.10 [7]: *Vocantur autem adgnati, qui legitima cognatione iuncti sunt. legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas coniungitur. itaque eodem* [8] *patre nati fratres adgnati sibi sunt, qui etiam consanguinei* [9] *vocantur, nec requiritur, an etiam matrem eandem habuerint. item patruus fratris filio et invicem is illi adgnatus est. eodem numero sunt fratres patrueles inter se, id est qui ex duobus fratribus progenerati sunt, quos plerique etiam consobrinos vocant: qua ratione scilicet etiam ad plures adgnationis pervenire poterimus* [10].

Inst. 3.2.1 [11]: *Sunt autem adgnati, ut primo quoque libro tradidimus, cognati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati. itaque eodem patre nati fratres adgnati sibi sunt, qui et consanguinei vocantur, nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. item patruus patris filio et invicem is illi adgnatus est. eodem numero sunt fratres patrueles, id est qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. rell.* [12].

2. — La situazione parrebbe, a prima vista, molto semplice. Gaio definisce in due punti diversi delle sue Istituzioni — la prima volta a proposito della tutela legittima, la seconda volta a proposito della successione intestata — il concetto di *adgnatio*: parallelamente, nei due punti esattamente corrispondenti, lo stesso concetto viene definito dalle Istituzioni di Giustiniano.

Ma i quesiti sorgono non appena i quattro testi siano messi a confronto tra loro.

*a*) Si confrontino Gai 1.156 e Gai. 3.10. Come mai Gaio ha ritenuto necessario ripetere la definizione degli *adgnati*?

Ricordiamo il caso della *mancipatio*. Dopo averne fatto cenno in 1.113, a proposito della *coëmptio* [13], Gaio la descrive minutamente

[7] A proposito della successione intestata: cfr. Gai 3.9 (riportato *infra* n. 4).

[8] *Coniungitur—eodem*: integrato in base a Coll. 16.2.10.

[9] *Sunt—consanguinei*: integrato in base a Coll. 16.2.10.

[10] Uguale, salvo varianti minime, a Coll. 16.2.10.

[11] A proposito della successione intestata: cfr. Inst. 3.2 pr.

[12] Il resto del frammento si allontana dal testo di Gai 3.10: cfr. FERRINI, *Opere* 2.379.

[13] Gai 1.113: *Coëmptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem, cuius in manum convenit.*

in 1.119, notando per inciso (a proposito della affermazione che la *mancipatio* è una immaginaria *venditio*): *ut supra quoque diximus*[14]. Nel commentario seguente, pur trovandosi *in sede materiae* (2.23), Gaio, piuttosto che ripetersi, dice: *et mancipatio quidem quemadmodum fiat superiore commentario tradidimus.*

In 3.10 Gaio si comporta, invece, come se definisse per la prima volta il concetto di *adgnati*: non solo ripete la definizione (il che è strano), ma non pare accorgersi della ripetizione, perché omette di richiamarsi al primo commentario (il che è ancora piú strano)[15].

*b*) Si confrontino, da un lato, Inst. 1.15.1 e Gai 1.156 e d'altro lato. Inst. 3.2.1 e Gai 3.10. Perché Inst. 3.2.1, a differenza dell'altro passo della stessa opera, riproduce solo nella seconda parte il corrispondente brano gaiano?

Se la diversità fra Inst. 3.2.1 e Gai 3. 10 fosse totale, non vi sarebbe tanto da meravigliarsi, ma la diversità sta solo nella definizione degli *adgnati*: chè per il resto (da *itaque* a *poterimus*) la corrispondenza è quasi perfetta.

Secondo il Ferrini[16], i compilatori avrebbero preferito ricavare la definizione degli *adgnati* dalle *Res cottidianae* di Gaio, mentre per il resto avrebbero seguito le Istituzioni. Ma deve sorprendere — almeno a mio parere — che essi, non avendo ricopiato di Gai 3.10 il « *principale* » (definizione degli *adgnati*), abbiano poi riprodotto punto per punto l'« *accessorium* » (enumerazione esemplificativa degli *adgnati*)[17]: tanto piú ciò deve sorprendere, in quanto che certamente un « *accessorium* » del genere doveva esservi anche nelle *Res cottidianae*.

*c*) Si confrontino Inst. 3.2.1 e Gai 1.156: la definizione degli *adgnati* che figura nel testo gaiano è quasi perfettamente identica a quella contenuta nelle Istituzioni giustinianee. Perché il redattore di Inst. 3.2.1, anziché ricopiare la definizone di Gai 3.10, ha fatto ricorso ancora una volta a Gai 1.156?

[14] Gai 1.119: *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur rell.*

[15] Cfr. invece Gai 3.17, che, a proposito della nozione dei *gentiles*, rimanda al primo commentario. Sul punto anche *infra* n. 4 e nt. 37.

[16] *Opere* 2.379.

[17] E, viceversa, deve sorprendere che essi, avendo tenuto presente l' « *accessorium* » di Gai 3.10, non abbiamo a maggior ragione ricopiato il « *principale* ».

In verità, il Ferrini [18], seguito ultimamente dall'Ambrosino [19], non ritiene — come si è detto — che Inst. 3.2.1 riproduca Gai 1.156, talché è costretto a pensare ad una riproduzione delle *Res cottidianae*. Questa opinione — a parte quanto abbiamo già detto prima — è infondata ed inverosimile: non solo la coincidenza delle parole è impressionante [20], ma il richiamo al primo libro (« *ut primo quoque libro tradidimus* ») elimina ogni possibilità di dubbio.

*d*) Si confrontino, infine, Inst. 1.15.1 e Inst. 3.2.1. Perché il compilatore del libro III delle Istituzioni ha fatto ricorso ad una fonte di pertinenza del compilatore del libro I, ed anzi ha fatto esplicito richiamo a quel libro (cioè, mediatamente, a Gai 1.156)?

Come è ben noto, si ammette quasi unanimemente che i primi due libri delle Istituzioni giustinianee siano stati compilati da un redattore diverso da quello che ha compilato gli ultimi due libri [21]: si è notato, in particolare, che abbondano i richiami dal I al II libro, dal III al IV libro, e viceversa, mentre sono rarissimi i richiami dal I o II libro al III o IV libro, e viceversa. Inst. 3.2.1 (« *ut primo quoque libro tradidimus* ») fa eccezione a questa regola costante. A meno di non voler ammettere che il compilatore del tit. 1.15 abbia curato anche la redazione del tit. 3.2 [22], dobbiamo trovare una specifica spiegazione del fenomeno.

3. — I quesiti dianzi posti sono già di per sé — se non mi sbaglio — di tale gravità, da eliminare ogni possibilità di supina accettazione delle cose, cosí come stanno: tanto piú che — come si è visto — l'unico, parziale tentativo di spiegazione, quello del Ferrini, non è in alcun modo soddisfacente.

La soluzione che io credo piú esatta di tutti i nostri promblemi è che, in Gai 3.10 del manoscritto veronese e della *Collatio*, *vocantur autem—coniungitur* sia frutto di un glossema, che ha sostituito un puro e semplice richiamo alla nozione di *adgnati* data in Gai 1.156. Un let-

[18] Cit. *retro* nt. 16.

[19] *Vocab. Instit. Iust.* (ivi non sono segnalate come coincidenti con le Istituzioni di Gaio le parole del primo periodo di Inst. 3.2.1).

[20] Il compilatore di Inst. 3.2.1 ha, anzi, ricopiato Gai 1.156 piú fedelmente del redattore di Inst. 1.15.1: v. *infra* n. 7.

[21] Per tutti, cfr. De Francisci, *Storia* 3.1.282 nt. 1.

[22] Il Buonamici, in *AG.* 58.139 ss., ha sostenuto la tesi che il compilatore dei primi due libri delle Istituzioni giustiniance abbia redatto anche i primi dodici titoli del terzo libro.

tore postclassico, indottovi dal richiamo al primo commentario, ha voluto, per chiarezza e comodità didattica, esporre in calce a 3.10, con proprie parole, il succo della definizione degli *adgnati* contenuta in 1.156.

Il glossema da noi supposto non figurava nella copia delle Istituzioni gaiane a disposizione dei redattori delle Istituzioni giustinianee, o per lo meno non figurava nella copia personalmente usata dal compilatore dei libri III e IV. Questi, leggendo in Gai 3.10 l'ipotizzato richiamo al primo commentario, si è trovato nella specifica necessità di ricorrere a Gai 1.156 per vedere cosa fosse scritto in quel luogo: dopo di che, anche egli per motivi di chiarezza e comodità didattica, ha riprodotto il dettato di Gai 1.156, senza curarsi che lo avesse già fatto il collega che si occupava dei primi due libri (e, in questo caso, dobbiamo ammettere che lo *ut primo quoque libro tradidimus* sia stato aggiunto, in sede di coordinamento, dalla commissione plenaria), oppure lo ha riprodotto pur sapendo che anche il collega lo aveva trascritto in 1.15.1 (nel qual caso, può ammettersi che lo *ut primo quoque libro tradidimus* sia stato proprio scritto da lui).

Questa la soluzione schematica. La breve discussione delle prossime pagine ci darà il modo di precisarla e di specificarla in ordine ad ogni singolo quesito, non solo tra quelli già posti, ma anche tra quelli che — come si vedrà — affioreranno.

4. — La critica che io muovo allo squarcio *vocantur autem—coniungitur* di Gai 3.10 si basa, anzitutto, su autonomi indizi di carattere locale, dei quali non credo sia facile disconoscere il valore.

A) Dice Gai 3.9: « *si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad adgnatos* ». Anche i *sui heredes*, cioè i *filii in potestate* del defunto, sono *adgnati* di lui [23], ma il passo non

[23] *Adgnatio*, *adgnatus* deriva dall'etimo *ad - nasci* ed indica l'accrescimento numerico del gruppo familiare: BONFANTE, *Istituzioni* 139 n. 2. L'accrescimento numerico del gruppo si ha, evidentemente, anzitutto con la nascita o l'aggregazione dei *filii in potestate*. Questo concetto non è mai chiaramente espresso nelle fonti romane, perché esse sogliono parlare di *adgnati* con riguardo al significato tecnico delle XII tavole (v. *infra* nt. 25): ma, se dei collaterali del *paterfamilias* si dice che sono *adgnati*, a maggior ragione ciò vale per i *filii*. Cfr. tuttavia Ulp. D. 3.2.23: « *Parentes et liberi utriusque sexus necnon et ceteri adgnati vel cognati* ... ». In due testi i *sui heredes* sono esplicitamente indicati come i prossimi fra gli *adgnati*, ma si tratta di testi indubbiamente alterati (perché implicano confusione con la successione intestata dei collaterali): Paul. D. 38.10.10.3 (su cui GUARINO, *Pauli de*

dice che l'*hereditas* spetta *ad reliquos adgnatos*, bensí che essa spetta *ad adgnatos*. Ciò significa che Gaio intende parlare di *adgnati* proprio nel senso tecnico della *tab.* 5.4-5: « non *sui heredes* »[24], che è dire i collaterali del defunto[25]. E questa deduzione è confermata dalla esemplificazione di 3.10, ove non figurano assolutamente i discendenti in linea retta.

Data questa premessa, la definizione degli *adgnati* in Gai 3.10 non regge, perché essa è tale da riguardare gli *adgnati* in generale, cioè come categoria giuridica che comprende anche i *filii in potestate* del *de cuius* (*sui heredes*)[26]. O si ammette, dunque, che sia caduto un *reliquos* davanti allo *adgnatos* di Gai 3.9, o si ammette che la definizione di 3.10 non è gaiana, perché generica ed equivoca in rapporto alla categoria da definire in questo specifico punto della trattazione. Ma siccome sappiamo anche da altre fonti che il testo delle Dodici tavole relativo alla successione *ab intestato* era proprio nel senso che gli *adgnati* fossero i parenti in linea collaterale del defunto, con esclusione dei *filii in potestate*[27], dobbiamo concludere che Gai 3.9 è genunino e che la definizione di Gai 3.10 non lo è, perché stona con la dichiarazione del paragrafo precedente.

La situazione di Gai 1.156 è, invece, ben diversa da quella qui analizzata. *Ex lege XII tabularum*, la tutela, stando a Gai 1.155[28], spetta « agli *adgnati* del pupillo e della *mulier* », non « agli *adgnati* del *pater-*

*gradibus etc. liber singularis*, in *SDHI.* 10 [1944] 275 s.), Pomp. D. 38.16.12 (su cui Guarino, *ibid.* nt. 31).

[24] Cfr. Riccobono, *FIRA.* 1².40: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus rell. Si adgnatus nec escit, gentiles rell.*

[25] Rispetto al *paterfamilias* non esistono, nel sistema della famiglia *proprio iure* e della famiglia *communi iure*, che discendenti (*in potestate* di lui): quindi anche la *uxor in manu*) e collaterali (che sarebbero, insieme con lui, sotto la potestà del comune *paterfamilias* defunto: quindi anche la madre ecc.). Per il concetto di *adgnati* secondo le XII tavole, cfr. Ulp. Coll. 16.7.1, Ulp. *Reg.* 26.1 (= Coll. 16.4.1), Ulp. D. 38.16.2.1, Paul. Coll. 16.3.3. Isid. *orig.* 9.6.1 dice: « *Agnati dicti eo, quod accedant pro natis, dum desunt filii* » (anche attraverso una delle sue solite etimologie a buon mercato, Isidoro mette in chiaro il senso tecnico di *adgnati* nella legge delle XII tavole).

[26] Alla successione ereditaria vengono, naturalmente, solamente persone *sui iuris*: di *filii in potestate* si parla nel senso di *filii, qui in potestate patris fuerunt* (sino al momento della morte del *paterfamilias*).

[27] Cfr. i testi citati da Riccobono, *cit. retro* nt. 24.

[28] Gai 1.155: *Quibus testamento quidem tutor datus non est, iis ex lege XII tabularum adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.*

*familias* defunto con esclusione di qualcuno »[29]. Ora gli *adgnati* del pupillo e della *mulier* sono esclusivamente i loro collaterali, e, d'altro canto, i collaterali del pupillo e della *mulier* sono tutti gli *adgnati*[30]. Gaio fa quindi benissimo, in 1.156, a definire gli *adgnati* in generale, perché ciò facendo egli viene appunto a definire gli *adgnati* in linea collaterale.

B) Sostanzialmente la definizione di Gai 3.10 non presta fianco a critiche, perché traduce il concetto espresso in 1.156 e corrisponde a quella che era la normale concezione della *adgnatio* presso i giuristi dell'epoca classica[31]. Tuttavia non è possibile ammettere la derivazione gaiana della formulazione di quella definizione.

Il discorso di Gai 1.156 è molto sintetico e chiaro: gli *adgnati* sono collegati fra loro da un vincolo di parentela per linea maschile, e coloro che sono congiunti da un vincolo di parentela per linea femminile non sono *adgnati, sed alias naturali iure cognati*[32]. In 3.10, invece, la definizione non è altrettanto rapida e sintetica, ché interviene un termine medio (*cognatio legitima*) a complicarla e guastarla: *adgnati* sono i congiunti da un vincolo di *cognatio legitima*, e la *cognatio legitima* è quella che si crea attraverso persone di sesso virile. È piú che evidente la macchinosità caratteristicamente scolastica di questo modo di esprimersi, di cui non esito a negare la derivazione gaiana. Un lettore postclassico, volendo riprodurre la definizione degli *adgnati* che trovasi in 1.156 non solamente non si è accorto dell'errore che veniva a commettere definendo in generale gli *adgnati* (anziché i soli collaterali del defunto), ma non ha resistito alla tentazione di raccogliere lo spunto fornitogli dalla dichia-

[29] È discutibile, peraltro, che le Dodici tavole abbiano parlato di *adgnati* in questo senso, a proposito della tutela legittima, mentre ne parlavano in tutt'altro senso a proposito della successione intestata. È probabile che l'accezione di *adgnati* (*tutores legitimi*) in Gaio e negli altri passi della giurisprudenza classica (cfr. Riccobono, *cit. retro* nt. 24, 41) non corrisponda all'accezione di *adgnati* (*tutores legitimi*) nella legge delle Dodici tavole. Ma non è questa la sede per addentrarsi in questa discussione.

[30] Gli *adgnati* del *paterfamilias* defunto sono, rispetto al *filius* già *in potestate* di costui, *gentiles*, perché *non fuerunt sub unius potestate* col *filius*, ma col *pater*. Se Gaio parla, come di un possibile tutore legittimo, del *patruus* del pupillo (o della *mulier*), ciò è perché egli pensa ad uno zio del pupillo (o della *mulier*) che ha acquistato come lui (e come il suo padre di sangue) la capacità giuridica per la morte del comune *paterfamilias* (es.: il padre di sangue del padre e del fratello del padre del pupillo).

[31] Cfr. Mod. D. 38.10.4.2, Paul. D. 38.10.10.2.

[32] Volutamente mi astengo da ogni discussione sul *ius naturale* e sul significato di *ius naturale* e di *naturalis ratio* in Gaio.

razione che le persone *per feminini sexus cognatione coniunctae* sono *alias naturali iure cognati*, e cosí ha calcato la mano, per contrapposto, sulla configurazione della *adgnatio* come *cognatio legitima*.

La nostra critica può essere corroborata da ulteriori indizi di forma. *Vocantur autem adgnati*, in luogo del piú semplice *sunt autem adgnati* di 1.156, non convince[33]. L'espressione *cognatio coniungitur* è ἅπαξ λεγόμενον in Gaio e negli altri testi della giurisprudenza classica[34]: dire che *cognatio* (o *adfinitas*)[35] *coniungitur* (o *copulatur*)[36] è esprimersi in modo supremamente barocco, perché evidentemente possono essere congiunti (o copulati) i due elementi fra cui intercorre un vincolo che li unisce, ma questo vincolo (*cognatio*, *adfinitas*) intercorre, si stringe, tra i predetti elementi, non *coniungitur*, né *copulatur*.

C) Le critiche dianzi esposte inducono, fermo restando il carattere genuino di Gai 3.9, a formulare, in via di conclusione, le seguenti alternative: a) o la definizione degli *adgnati* in Gai 3.10 ha avuto carattere piú ristretto e specifico (limitandosi a rappresentare i soli collaterali del defunto), b) o essa definizione non ha affatto figurato in Gai 3.10, c) o, infine, il testo originario di Gai 3.10 aveva un semplice rinvio alla nozione degli *adgnati* già fornita nel primo commentario.

Poco probabile è l'ipotesi *sub* a), perché non vi è ragione di credere che un lettore postclassico, trovandosi di già in cospetto di una definizione degli *adgnati* (sia pure nel senso tecnico delle Dodici tavole), abbia voluto prendersi il gusto di modificarla generalizzandola; né, in tal caso, il compilatore di Inst. 3.2.1 avrebbe sentito la necessità di far ricorso a Gai 1.156, per dare a sua volta la definizione degli *adgnati*. Certamente da scartare è l'ipotesi esposta *sub* b), ché non si spiegherebbe, accettandola, il collegamento delle ulteriori frasi di Gai 3.10, da *itaque eodem patre* alla fine.

Resta la terza ipotesi. Nel testo genuino di Gai 3.10 si leggeva, prima

[33] Si guardi a Gai 3.17 (*Qui sint ... gentiles*), riportato *infra* nt. 37. Ma v. tuttavia Gai 3.2 (*Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerunt rell.*).

[34] In Vat. 262 si incontra l'espressione *matrimonium coniungi*, ma il brano è alterato: cfr. GUARINO, *Adfinitas* 41 ss.

[35] *Adfinitas coniungi* appare in Mod. D. 38.10.4.3 e 8, ma tutto il frammento di Modestino è stato rielaborato in epoca postclassica: cfr. GUARINO, *Adfinitas* 35 s. (ove, peraltro, l'espressione non è stata eliminata nella ricostruzione congetturale del dettato classico), 100 s.

[36] Sull'espressione *cognatio copulari*, cfr. GUARINO, *Adfinitas* 40 s.

della esemplificazione che incomincia con *itaque eodem patre*, una frase del genere: *qui sint autem adgnati, primo commentario rettulimus*. Conformemente ad una sua tendenza contraria alle ripetizioni, ed analogamente a quanto aveva fatto nel successivo § 17, a proposito della nozione dei *gentiles* [37], Gaio rinviava pertanto alle nozioni già date nel primo commentario, a proposito della *tutela legitima*.

5. — Come si vede, l'ipotesi che avevamo basato su di un primo confronto fra Gai 1.156 e Gai 3.10, nonché fra quest'ultimo testo ed Inst. 3.2.1, riceve da una critica indipendente un formidabile appoggio.

La definizione degli *adgnati* in Gai 3.10 del manoscritto veronese è un glossema che ha sostituito un generico rinvio al primo commentario, cioè a 1.156. L'epoca del glossema non deve essere molto tarda, né certamente è posteriore all'età di Diocleziano, dato che la definizione di Gai 3.10 è confermata da un testo della *Collatio*, cioè di una compilazione giuridica che risale probabilmente a quel torno di tempo [38].

La datazione del glossema come molto vicino all'epoca classica potrebbe indurre taluno a sospettare che la definizione di *adgnati* in Gai 3.10 non sia in realtà opera di un glossatore, ma sia stata scritta dal Gaio dell'epoca degli Antonini, tenendo presente la definizione che in 1.156 derivava invece direttamente dalla mano dell'autore del primo cinquantennio dell'era volgare, da lui sfruttato come schema per la redazione del suo manuale [39]. Ma questa ipotesi sarebbe assai poco raccomandabile, e per i motivi specifici di critica che abbiamo visto nel numero precedente, e per il fatto che rimarrebbe inesplicabile il motivo per cui il redattore del libro III delle Istituzioni ha fatto ricorso a Gai 1.156, mentre aveva bell'e pronta davanti a sé, in 3.10, una definizione degli *adgnati*. Si aggiunga che il Gaio degli Antonini, se avesse egli stesso scritto il brano *vocantur—coniungitur*, non avrebbe, per lo meno, omesso di aggiungere per inciso *ut primo quoque commentario tradidimus*, tanto piú che certamente il suo schema avrebbe dovuto portare un rinvio al primo libro [40].

[37] Gai 3.17: ...*Qui sint autem gentiles, primo commentario rettulimus*... Il luogo del primo commentario in cui Gaio aveva parlato dei *gentiles* è molto probabilmente il mutilo 1.164, a proposito della *tutela legitima*: cfr. KÜBLER 44 nt. 4.

[38] Sul punto, cfr. per tutti ARANGIO-RUIZ, *Storia*³ 292 nt. 2. Ma la datazione della compilazione è assai controversa e dubbia.

[39] Per questa interessante ipotesi storica (sulla quale non intendo qui pronunciarmi) cfr. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 282 ss.

[40] Ed invero ferma resterebbe la sostanza delle nostre osservazioni, basate sul

In verità, la nostra tesi di un glossema postclassico in Gai 3.10 è l'unica possibile, e si raccomanda — se l'amore per essa non mi inganna — come altamente probabile e verosimile.

6. — Il testo alterato di Gai 3.10 non pervenne al compilatore del libro III delle Istituzioni giustinianee. Non altrimenti potremmo spiegarci perché mai questi, anziché ricopiarlo, abbia fatto ricorso a Gai 1.156; né la spiegazione potrebbe plausibilmente derivare dalla ipotesi che il compilatore di Inst. 3.2 sia stato lo stesso che ha redatto Inst. 1.15.1 [41].

Dobbiamo, dunque, ritenere che la copia delle Istituzioni di Gaio usata dai compilatori delle Istituzioni di Giustiniano proveniva da una tradizione manoscritta parzialmente indipendente da quella delle copie sfruttate dai compilatori della *Collatio* e dal manoscritto veronese. A rigore, dovremmo anzi precisare che il nostro discorso si limita alla copia delle Istituzioni gaiane usata dal compilatore degli ultimi due libri delle Istituzioni di Giustiniano: ma è piú che probabile che i due separati redattori delle Istituzioni giustinianee abbiano adoperato un'unica copia, o almeno due copie identiche delle Istituzioni di Gaio.

Consegue da quanto sopra detto che non è lecito, in presenza di discordanze tra testi corrispondenti del Veronese e delle Istituzioni, attribuire senz'altro le varianti ai compilatori giustinianei. Se è vero che il 3.10 del Veronese non fu davanti agli occhi del redattore di Inst. 3.2.1, ciò significa che anche altre varianti possono essere spiegate senza il ricorso all'emblema.

Ma è lecito, per converso, in presenza di concordanze fra il Veronese e le Istituzioni di Giustiniano, postulare la genuinità del discorso gaiano? La nostra dimostrazione potrebbe essere portata a conforto di questa opinione largamente diffusa, argomentandosi dal fatto che le tradizioni manoscritte del Veronese e della copia a disposizione dei redattori delle Istituzioni sono state riscontrate diverse.

Senonché, io non mi sento di sottoscrivere questa tesi, che è impeccabile solo a prima apparenza. Vero è che l'aver datato il glossema di Gai 3.10 alla fine del terzo secolo induce a credere che le due fa-

confronto tra Gai 1.156 e Gai 3.10, ed in particolare sul fatto che 3.10 non rinvia al primo commentario.

[41] Anche in questo caso è da credere che l'unico compilatore, trovandosi di fronte a Gai 3.10 quale si legge nel Veronese, non gli avrebbe preferito senza una ragione Gai 1.156.

miglie di manoscritti abbiano avuto il tempo di distanziarsi, nei secoli successivi, di parecchio; ma rileverò che non possono né debbono escludersi, data la grande diffusione di Gaio nell'epoca postclassica, i rinnovati contatti fra le varie tradizioni manoscritte. Non solo è ammissibile che la riunione di piú copie di famiglie diverse in un unico ambiente scolastico abbia potuto influire svariatamente sulla collazione dei diversi dettati, ma in linea generale è da osservare che proprio il gran tempo intercorso tra la *Collatio* e le Istituzioni autorizza il sospetto che la moltiplicazione dei manoscritti discendenti abbia permesso tra loro i piú diversi contatti [42].

7. — Qualche ulteriore considerazione circa i rapporti tra Inst. 1.15.1 e Inst. 3.2.1.

Escludo che il redattore dei due passi sia stata la stessa persona, ma aggiungo che non è lecito pensare, come si usa, ad una compilazione del tutto indipendente delle due parti del manuale.

A) Il redattore di Inst. 3.2 non è la stessa persona che ha redatto Inst. 1.15.

È vero che in Inst. 3.2.1 si incontra un richiamo al primo libro, ma non è difficile spiegare l'origine di questo rinvio. Quel che è essenziale è che vi sono motivi sostanziali per escludere la derivazione di Inst. 1.15.1 e Inst. 3.2.1 da una stessa mano. Basta leggere, infatti, la definizione degli *adgnati* in Gai 1.156, per rilevare come — pur essendo certo che essa è stata direttamente sfruttata per la redazione dell'uno e dell'altro passo delle Istituzioni giustinianee — il compilatore di Inst. 1.15.1 non la ha trascritta alla stessa maniera del compilatore di Inst. 3.2.1: il *per virilis sexus personas cognatione iuncti* di Gai 1.156 riappare identico in Inst. 3.2.1 (cosí anche in D. 26.4.7), mentre si contrae, in Inst. 1.15.1, in *per virilis sexus cognationem coniuncti.*

Altro rilievo a conferma della nostra affermazione è il seguente. In Inst. 1.15.1 è osservato lo stile solito dell'imperatore, che non si porta

[42] Insisto, quindi, nel ritenere che Gai 1.156 presenti due glossemi: *quasi a patre cognati* e *scilicet—coniungor* (v. *retro* nt. 2 e 4). L'inciso *quasi a patre cognati* stona per piú di un motivo: 1) perché rompe l'armonia del parallelo tra *adgnati* e *cognati* (v. *Adfinitas* 37 nt. 21); 2) perché è troppo generico ed impreciso per essere gaiano (non solo gli *a patre nati*, ma i discendenti da un unico *paterfamilias* sono *cognati*); 3) perché formalmente scorretto (*a patre cognati*, invece di *per patrem cognati* [cosí Paul. D. 38.10.10.2] o *a patre orti* [cfr. Ulp. D. 38.16.2.1], si ritrova solo in Ulp. *Reg.* 11.4, derivato da Gai 1.106).

mai ad esempio, ma porta ad esempio le persone cui si rivolge; all'incontro, in Inst. 3.2.1 questa sottigliezza di stile è obliterata. Leggiamo, infatti, nel primo passo: *amitae tuae filius non est tibi adgnatus . . . tu illi eodem iure coniungeris.* Leggiamo invece nel secondo passo, con fedele riproduzione del dettato gaiano: *qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus.*

B) Non è lecito pensare, tuttavia, ad una redazione completamente indipendente di Inst. 1.15.1 e Inst. 3.2.1, cosí come non è lecito pensare, piú in generale, ad una redazione del tutto indipendente delle due parti delle Istituzioni giustinianee[43].

Oltre al richiamo al primo libro (« *ut primo quoque libro tradidimus* ») di Inst. 3.2.1, occorre considerare, a sostegno della nostra opinione, che tanto Inst. 1.15.1 quanto Inst. 3.2.1 presentano una precisa, identica integrazione del dettato gaiano, che solo può attribuirsi ad opera dei compilatori. Mentre Gai 1.156 dice: *sunt autem adgnati per virilis sexus personas cognatione iuncti*, i due passi delle Istituzioni dicono: *sunt autem adgnati . . . cognati per virilis sexus rell.*[44]. Come si vede, l'espressione genuina di Gaio è modificata nello stesso modo in ambedue i luoghi.

Vi è da chiedersi, piuttosto, quale sia la piú attendibile fra le due ipotesi da noi ventilate: che il compilatore del secondo passo delle Istituzioni abbia tenuto presente quanto scritto dal compilatore del primo passo, oppure che egli abbia operato pur non sapendo, o non curando, che il collega avesse già trascritto dal suo canto la definizione degli *adgnati* di Gai 1.156.

Ora io ritengo che, quale che possa essere la risposta a questo quesito, la sostanza della soluzione non cambia, perché non può negarsi che una non indifferente opera debba essere stata anche svolta, nella compilazione delle Istituzioni, da Triboniano, in quanto capo della commissione, e dalla stessa commissione plenaria in sede di coordinamento. Comunque, mi pare di poter segnalare con una certa sicurezza che, nel nostro caso, il compilatore di Inst. 3.2.1 ha operato pur non sapendo, e certo non curando, come si sarebbe comportato il suo collega di fronte a Gai 1.156.

Prescindiamo pure da un troppo sottile calcolo del tempo impie-

[43] Cfr. sul punto GUARINO, *Rc.* ad Ambrosino, *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti*, in *SDHI*. 10 (1944) 390 ss.

[44] Arbitraria la correzione del KRÜGER in Inst. 1.15.1, su cui *retro* nt. 6.

gato dai due compilatori per giungere, nel corso della redazione delle rispettive parti, al punto che ci interessa[45]. 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[46] ed è quella che meglio chiarisce la identica modificazione di Gai 1.156, con l'intrusione del termine *cognati*[47].

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

[45] 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.

[46] 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.*

[47] *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 postgiustinianeo.

* 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; piú 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 esplicare 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 piú 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 piú 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*[9] [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 dilettasse ad architettare di tali sciarade per i modesti lettori dei suoi *libri pandectarum*? Non pare davvero che Modestino sia stato cosí 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 piú 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.

# L'OGGETTO DEL « CASTRENSE PECULIUM »

1. — Le maggiori difficoltà per una ricostruzione storica dell'istituto romano del *peculium castrense* si raccolgono pur sempre intorno al problema riguardante la determinazione dei beni che ne formarono oggetto, nei vari periodi della sua evoluzione.

Un potente contributo di chiarificazione è fornito ancor oggi dall'opera del Fitting [1]. A questi risale la nota congettura che una costituzione dell'imperatore Settimio Severo sia venuta ad allargare — « sei es zur Zeit seiner Alleinregierung, oder auch erst während der Mitregenschaft des Caracalla » [2] — l'oggetto originario del *peculium castrense*, che era formato soltanto dall'« *id, quod in castris adquisitum est* », e vi abbia fatto rientrare anche quei donativi che il figlio di famiglia avesse ricevuto da chicchessia al momento della partenza per il campo.

Lo spunto del Fitting è stato raccolto ed utilizzato, di recente, da un nostro eminente romanista, l'Albertario [3], il quale, valendosi da par suo dell'arma acuminata della critica interpolazionistica, è andato piú oltre ed ha nettamente differenziato, entro i testi ancor ritenuti genuini dal Fitting, gli elementi spurî da quelli classici. I risultati cui perviene l'Albertario si possono riassumere in tre proposizioni:

1) oggetto originario del *peculium castrense* fu, fino al 200 circa, ciò che fosse stato dal *miles in castris adquisitum*;

2) da circa il 200 in poi — cioè dal periodo di correggenza di Settimio Severo e Caracalla [4] — fu oggetto del *peculium castrense* anche ciò che fosse stato donato al *filiusfamilias* dai genitori, dalla mo-

* In *BIDR.* 48 (1941) 41 ss.

[1] *Das castrense peculium* (Halle 1872).

[2] Cfr. 36.

[3] *Appunti sul peculium castrense*, in *BIDR.* 39 (1931) 5 s. = *Studi di diritto romano* 1 (Roma 1933) 157 s. Si noti che le due redazioni di questo interessantissimo studio non sono identiche. Cfr. *infra* nt. 57.

[4] 188-211 d.C.

glie, dai parenti nel momento del suo ingresso nella milizia: ciò, con tutta probabilità, in seguito ad una costituzione imperiale di riforma;

3) innovazioni giustinianee, conformi ad usi invalsi nell'età post-classica, furono invece i seguenti nuovi oggetti del *peculium castrense*: doni fatti dagli amici al *filiusfamilias* in partenza per il campo, eredità ricevuta dal *miles filiusfamilias* da parte del commilitone agnato, eredità ricevuta da parte della moglie.

Questa imperante dottrina Fitting - Albertario [5] non mi convince del tutto. L'ipotesi della costituzione di Settimio Severo (o, come precisa l'Albertario, di Severo e Caracalla) manca di ogni sicuro indizio che l'appoggi, non è necessaria, anzi è dannosa ad una serena e compiuta indagine storica sull'argomento. Le interpolazioni e le alterazioni additate dall'Albertario sono per gran parte accettabili, ma sorge a volte il dubbio che il loro carattere non sia sostanziale, bensí esclusivamente formale. Il fulcro della questione viene, insomma, un po' arbitrariamente spostato.

Io ritengo e mi propongo di dimostrare nelle pagine che verranno:

1) che non vi son prove né indizi sufficienti a dare ombra di verosimiglianza alla ipotesi di una riforma della materia del *peculium castrense*, per quanto riguarda il suo contenuto, riforma attuata con una costituzione imperiale, di Severo e Caracalla o di altri imperatori;

2) che l'ampliamento dell'oggetto del *peculium castrense* — ampliamento che indubbiamente vi fu — è stato dovuto ad una evoluzione, attuata progressivamente dalla giurisprudenza nel periodo classico;

3) che l'oggetto del *peculium castrense* fu, in realtà, triplice: *a*) *id, quod in castris adquisitum est*; *b*) eredità della moglie; *c*) doni fatti, da chiunque, *filiofamilias*, *eunti in militiam*.

Ma con lo svolgimento dei punti sopra indicati non avrò esaurito il mio cómpito; che anzi avrò suscitato un nuovo problema: perché nel periodo classico avvenne una evoluzione giurisprudenziale, per opera della quale l'oggetto del *peculium castrense* varcò i limiti dell'*id, quod in castris adquisitum est?*

L'ultima parte del presente studio sarà appunto dedicata ad ana-

[5] Cfr. per tutti [JÖRS]-KUNKEL, *Römisches Recht*[2] (Berlin 1933) § 185 nt. 3. Dissensi sorgono in merito ai particolari dell'indagine critica dell'Albertario, e specialmente in ordine all'asserito carattere spurio della costituzione di Adriano ricordata in D. 49.17.13 e 16 pr.: cfr. WOLFF H. J., in *ZSS.* 53 (1933) 366 s. e, conforme, [JÖRS]-KUNKEL, *cit.*; LONGO G., *Diritto romano* 3. *Dir. di famiglia* (Roma 1940) 77.

lizzare la causa della accennata evoluzione giurisprudenziale, e ad indicare, per conseguenza, al di là della conferma dei testi, i confini posti, nel sistema del diritto classico, all'oggetto del *peculium castrense*.

## I

2. — Non vi sono prove né indizi sufficienti a dare ombra di verosimiglianza alla ipotesi di una riforma del *peculium castrense* attuata con una costituzione imperiale, di Severo e Caracalla o di altri imperatori.

È merito lodevolissimo del Fitting di aver posto nettamente in rilievo come l'oggetto del *peculium castrense* sia stato, nel corso del diritto romano, duplice e come, inoltre, a quello originario — *id, quod in castris adquisitum est* — si sia venuto aggiungendo, in prosieguo di tempo, ma sempre nel corso dell'epoca classica, l'altro — dei doni fatti al milite *alieni iuris* al momento della sua partenza per il campo —.

Ma qui si arresta la forza delle affermazioni del Fitting, nonché dell'Albertario, che cerca di corroborarle con nuovi argomenti. La congettura di un rescritto di Settimio Severo, o di Severo e Caracalla, i quali, intorno al 200 dopo Cristo, avrebbero introdotti a far parte del *peculium castrense* i doni fatti al *filius proficiscens*, è altamente inverosimile.

Il Fitting e ancor piú l'Albertario mostrano di ritenere che l'ampliamento dell'oggetto del *peculium castrense* fosse cosa di tale importanza, da non poter essere attuato, almeno in epoca classica, se non mediante una costituzione imperiale. Ammettiamo, per un momento, che cosí sia. Ne consegue che è difficile, se non impossibile, credere che di una costituzione tanto importante non sia rimasta traccia alcuna nelle fonti giuridiche romane.

Ora, non si dica che, anche a proposito del *peculium castrense*, le fonti di cognizione del diritto romano sono lacunose; che cioè il trascorrere dei secoli e il lavorio della compilazione giustinianea possa aver fatto perdere la costituzione famosa di Settimio Severo e del suo collega, anzi possa aver persino fatto dileguare la menzione, che di essa dovettero indubbiamente fare, e non di rado, le opere dei giuristi romani.

Se vi è una materia in cui — a parte le statuizioni imperiali riportate direttamente nel codice teodosiano ed in quello giustinianeo — le fonti giurisprudenziali, tanto al di fuori quanto al di dentro della

compilazione, sono rigurgitanti di richiami a costituzioni imperatorie, essa è proprio la materia del *peculium castrense*. Tutti i brani di giurisprudenza che alla nostra materia si riferiscono — specialmente quelli contenuti in D. 49.7 « *de castrensi peculio* » — non sono avari, tutt'altro, di siffatti riferimenti: ed è cosa logicissima in un istituto che ebbe, come il *peculium castrense*, una genesi e continui impulsi di carattere politico.

Mi limiterò a ricordare, per una conferma del mio asserto, i seguenti frammenti:

Ulp. *reg.* 20.10: *Filius familiae testamentum facere non potest . . . sed divus Augustus* [*Marcus*] ⟨*mandatis*⟩ *constituit, ut filius familiae miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit*[6].

Inst. 2.12.2: *. . . quibus de eo quod in castris adquisierint permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. quod quidem initio tantum militantibus datum est tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervae nec non optimi imperatoris Traiani, postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est . . .*

D. 49.17.13 (Pap. 16 *quaest.*): *Divus Hadrianus rescripsit . . .*

D. 49.17.16 pr. (Pap. 19 *respons.*): *. . . divi Hadriani temporibus . . . placuit . . .*[7].

D. 49.17.19.3 (Tryphon. 18 *disp.*): *. . . denique filium posse manumittere talis peculii servum Hadrianus constituit . . .*

D. 38.2.22 (Marcian. 1 *instit.*): *. . . sed divus Hadrianus Flavio Apro rescripsit suum libertum eum facere, non patris.*

D. 37.6.1.16 (Ulp. 40 *ad ed.*): [*Nec*] *castrense* [*nec quasi castrense*] *peculium fratribus* ⟨*non*⟩ *confertur: hoc enim praecipuum esse oportere multis constitutionibus continetur*[8].

I testi dianzi riportati dimostrano che le costituzioni imperiali in merito al *peculium castrense* non furono poche e che i giuristi classici non mancarono di fare ampio riferimento ad esse.

[6] Per la critica del frammento, v. GUARINO, *Sull'origine del testamento dei militari nel diritto romano*, in *RIL.* 72 (1938-39) estr. 10.

[7] Le discussioni in merito a questo frammento e a quello che lo precede saranno svolte *infra* n. 11. Anche se il contenuto dei due frammenti non fosse classico, classica si avrebbe da ritenere la menzione di Adriano.

[8] Per la critica del frammento, cfr. GUARINO, *Über den Begriff der Kollation*, in *ZSS.* 59 (1939) 538 s.

Dato ciò, perché i giuristi romani avrebbero omesso, per l'appunto, di parlare di una « riforma » cosí importante come sarebbe stata quella di Settimio Severo e Antonino Caracalla? Evidentemente — bisogna rispondere — perché, nel diritto classico, non ebbe punto luogo quella brusca riforma, che è ipotizzata dal Fitting e dall'Albertario, ma ebbe luogo, invece, una spontanea evoluzione della giurisprudenza: evoluzione che è sempre piú necessario di seguire e di spiegare.

L'Albertario, per verità, inverte il nostro modo di ragionare, in quanto dice che « siccome questa materia del peculio castrense è precipuamente disciplinata dalla legislazione imperiale, ... è da ritenere che questo ampliamento del peculio abbia la sua origine in una costituzione imperiale di Settimio Severo e Caracalla »[9].

Ma l'illazione non può non apparire ormai arbitraria. Appunto perché qualsiasi accenno a costituzioni imperiali manca, in ordine all'ampliamento dell'oggetto del *peculium castrense*, nelle nostre fonti, bisogna dubitare che l'ampliamento in parola ripeta realmente la sua origine da una costituzione imperiale. Il ragionamento dell'Albertario avrebbe valore soltanto se, tralasciando il grave argomento del difetto di testimonianze relative alla costituzione di Severo e Caracalla, fosse necessario escludere *a priori* che alcunché dell'ampliamento subito dal *peculium castrense* nell'epoca classica possa essere derivato da altra fonte, che non da una costituzione imperiale.

Ma di questa inderogabile necessità nessuno potrà mai darci le prove. Al contrario, una forte presunzione che l'ampliamento dell'oggetto del *peculium castrense* non sia dipeso da una costituzione imperiale discende da questa considerazione. Due testi, Ulp. *reg.* 20.10 e Inst. 2.12.2, di cui il secondo indubbiamente passato per mani giustinianee, esplicitamente parlando dell'oggetto del *peculium castrense*, dicono che esso consisteva, a norma delle costituzioni imperiali, esclusivamente nell'*in castris adquisitum*. In particolare, le Istituzioni paiono insistere sul fatto che, a norma delle costituzioni imperiali, l'oggetto del peculio castrense fu sempre quello che sappiamo essere stato in origine: *quibus de eo quod in castris adquisierint permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere*[10].

[9] *L. c.* 165.

[10] È evidente che il passo delle Istituzioni fa la storia delle fonti imperiali dell'istituto (come avviene anche per altri istituti introdotti dalle costituzioni imperiali, quali il *testamentum militis* [cfr. D. 29.1.1 pr., su cui GUARINO, *L'origine* cit. 4 s.] e i *codicilli* [cfr. Inst. 2.25 pr.]). Tanto è vero che, continuando, esso

3. — L'unico argomento — non decisivo, del resto — a favore della tesi Fitting - Albertario potrebbe essere quello del brusco passaggio che si noterebbe, nei testi, tra quelli scritti prima del 200 d. C. (i quali parlano del solo *id, quod in castris adquisitum est*) e quelli scritti dopo il 200 d. C. (i quali parlano anche dei donativi). Qui la dimostrazione è stata intrapresa dall'Albertario [11], ed è soprattutto contro i suoi ragionamenti che debbono essere rivolte le nostre critiche.

Non tutti i testi che si limitano a parlare dell'*id, quod in castris adquisitum est* possono essere sicuramente riferiti ad epoca anteriore al 200. Né tutti i testi che parlano anche dei donativi sono sicuramente di data posteriore al 200.

Circa il primo gruppo di frammenti, lasciamo momentaneamente da parte quelli che sono di autori vissuti prima del 200: D. 38.17.10 pr. (Pomp. 2 *sc.*), D. 49.17.18.5 (Maecian. 1 *fideicomm.*), D. 29.1.29.3 (Marcell. 10 *dig.*).

I frammenti che rimangono sono i seguenti:

Ulp. *reg.* 20.10: *... sed divus Augustus* [*Marcus*] ⟨*mandatis*⟩ *constituit ut filius familias miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit.*

D. 36.1.56 (54) (Pap. 19 *quaest.*): *... cum enim de conferendis bonis fratribus ab emancipato filio quaereretur, praecipuum autem, quod in castris fuerit adquisitum militi, relinqui placeret, consultus imperator sumptus, quos miles fecerat, non ex eo tantummodo patrimonio, quod munus collationis pati debuit, sed pro rata etiam castrensis pecuniae decedere oportere constituit.*

D. 41.3.4.1 (Paul. 54 *ed ed.*): *Usucapere potest scilicet pater familias; filius familias* [*et maxime*] *miles in castris adquisitum usucapiet.*

D. 38.2.3.6 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Patronus contra ea bona liberti non admittitur, quae in castris sunt quaesita.*

Inst. 2.12 pr.: *... qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent ... exceptis ... militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierint permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere ... ex hoc intellegere possumus, quod in castris adquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum*

non manca di far cenno ad un mutamento avvenuto, ad opera di Adriano, nella determinazione dei beneficiari del privilegio: *postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est.*

[11] *L. c.* 159 s.

*patrem adimere posse... sed scilicet proprium eius esse id quod in castris adquisierit.*

Del passo di Ulp. *reg.* dice l'Albertario [12] che esso ha per fonte o Gaio o un'opera di Ulpiano non posteriore a Settimio Severo. A me non sfugge « la singolare composizione di quest'opera postclassica » [13], ma sta di fatto che essa è un'opera postclassica. Se non erro, l'Albertario dà per dimostrato quel che invece deve dimostrare: il che è un metodo poco raccomandabile. Quale che possa essere stata la fonte del frammento in questione, si tratta sempre di un frammento che compare in una elaborazione delle scuole postclassiche e che non può dimostrarsi in sé e per sé non derivante dalla penna di Ulpiano, di un giurista cioè che scrisse durante e dopo il regno di Settimio Severo [14].

Il frammento di Paolo fa parte del suo commentario all'editto, che — giusta la buona congettura del Fitting [15] — fu completato prima del 195. Opportunamente lo nota l'Albertario [16] e possiamo anche giudicare sufficiente questa dimostrazione.

Ma le affermazioni dell'Albertario [17] divengono inammissibili innan-

[12] *L. c.* 161.

[13] Le opinioni sono, come è ben noto, varie. Mentre vi è chi ancora ritiene che i *tituli ex corpore Ulpiani* altro non siano che il *liber singularis regularum*, di cui riportano qualche frammento i Digesti (v. KÜBLER, *Geschichte des röm. Rechts* [Erlangen 1924] 281), la tesi della compilazione postclassica è ormai generalmente accolta. Sul materiale della compilazione si concentrano oggi le discussioni. Per l'ARANGIO-RUIZ (*BIDR.* 30 [1920] 178 s.) l'operetta sarebbe essenzialmente una epitome delle Istituzioni di Gaio; l'ALBERTARIO (*BIDR.* 32 [1921] 73 s.) ritiene invece che essa sia essenzialmente composta di brani tratti da opere elementari di diritto scritte da Ulpiano; lo SCHULZ (*Die epitome Ulpiani* [Bonn 1926]) accetta la tesi dell'Albertario, ma pone in rilievo che un certo numero di frammenti è derivato anche dalle Istituzioni gaiane. Io aderisco all'opinione dello Schulz (v., per una conferma testuale della sua tesi, GUARINO, in *ZSS.* 61 [1941] 62 nt. 14, 15).

[14] Ulp. *reg.* 20.10 fa invece sorgere il problema opposto: come mai un frammento di Ulpiano (il quale, come vedremo, parla anche dei donativi come facenti parte del *peculium castrense*) si esprime in questa maniera incompleta? come mai un passo di un'operetta pastclassica non parla dei donativi, ma si limita all'*id, quod in castris adquisitum est?* Al che, peraltro, è agevole rispondere che in questo punto si riferisce il contenuto della costituzione di Augusto istitutiva del trattamento speciale per il *peculium castrense*: sarebbe stato anacronistico ed arbitrario parlare anche dei donativi.

[15] *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*[2] (Halle 1908) 84.

[16] *L. c.* 162.

[17] *L. c.* 162.

zi al passo di Ulpiano. Si tratta di un passo *ad edictum* ed è indiscusso che il commentario edittale di Ulpiano è posteriore al 200 [18], ma l'Albertario si richiama alla tesi del Mommsen [19], che l'opera dovette essere in parte elaborata prima della morte di Settimio Severo, per sostenere che il frammento in questione è da considerarsi esponente della prima stesura. Anche in tal caso si volta in dimostrazione il *quod erat demonstrandum* e non si avverte l'inverosimiglianza di ciò: che Ulpiano, rielaborando il suo commentario dopo il 200, non si sia preccupato di correggere una affermazione superata, né si sia ricordato della recente riforma di Settimio Severo e Caracalla per cogliere l'occasione di far menzione della loro costituzione innovatrice.

Un altro tentativo poco felice è quello svolto dall'Albertario [20] a proposito del passo delle Istituzioni giustinianee.

Il Ferrini [21] ha congetturato che, in questo punto, le Istituzioni siano state ricalcate per una prima parte su Gaio, per una seconda parte, a cominciare da *ex hoc intellegere*, su Marciano. Non interessa, in questo momento, discutere l'ipotesi del Ferrini. Essa è avversata tuttavia dall'Albertario, il quale sostiene che anche la seconda parte del passo è di derivazione gaiana e si basa, per dimostrarlo, su qualche argomento di lessico, che fa appunto pensare al Gaio delle Istituzioni [22].

Non mi pare che la dimostrazione dell'Albertario in proposito sia molto forte, per quanto sia doveroso riconoscere che poco robusta è anche l'argomentazione del Ferrini [23]. In ogni caso, interessa rilevare quanto segue. A proposito di *nec non*, nella prima parte, che non è di stile gaiano, l'Albertario afferma che « si può benissimo pensare ad una modificazione dovuta ai compilatori », e, circa il *vel aliter inquietare* della seconda parte, egli nega che si tratti di una espressione marcianea, ma sostiene che siamo invece in presenza di una « intrusione dei compilatori, i quali di questo verbo abusano ».

Dunque, i compilatori hanno messo mano ad Inst. 2.12 pr. Ma allora perché essi non hanno introdotto, almeno nella seconda parte, la menzione dei donativi, che nei Digesti sono andati interpolando a de-

[18] FITTING, *Alter und Folge* cit. 104.

[19] *ZSS.* 9 (1888) 101 s.

[20] *L. c.* 160 s.

[21] *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere* 2 (Milano 1929) 366.

[22] « *Ex quo intellegere possumus* richiama il gaiano *unde intellegimus* (cfr. ad es. Gai 2.20); a Gaio fanno pensare *si quidem—si vero scilicet: perinde ac si* ».

[23] V. *infra* n. 6, una piú ampia discussione sul punto.

stra ed a sinistra? *Id est veteranis* è una caratteristica intrusione compilatoria: perché i commissari giustinianei si sono astenuti dal fare l'altra, piú necessaria, almeno a prima vista? Evidentemente — io rispondo — perché essi vedevano il passo sotto la sua vera luce, che all'Albertario è forse sfuggita; sotto la sua vera luce di *excursus* storico circa il *peculium castrense* come prodotto delle costituzioni imperiali [24], nel quale sarebbe stato erroneo ed inopportuno introdurre la menzione dei donativi, perché questi non furono elevati ad oggetto del peculio castrense da nessuna costituzione imperiale [25].

4. — Rimarrebbero da esaminare tutti i testi, i quali parlano, anziché (o oltre che) dell'*id, quod in castris adquisitum est*, dell'*a patre donatum*: testi che l'Albertario si sforza di datare come posteriori al 198 [26]. Ma non occorre, evidentemente, al mio assunto combattere anche su questo punto le asserzioni dell'Albertario, la cui tesi — dopo le osservazioni da me fatte in precedenza — non si avvantaggerebbe neanche se si accettassero senz'altro le date attribuite ai testi del secondo gruppo.

Occorre notare, tuttavia, che è per lo meno dubbio che tutti i passi che parlano dei donativi siano di data posteriore al 198.

Dubbi sorgono inevitabilmente in ordine a:

D. 49.17.4 pr. (Tertull. *l.s. de castr. pec.*): *Miles praecipua habere debet, quae tulit secum in castra concedente patre.*

Il testo di Tertulliano non è databile con precisione, come rico-

[24] V. *retro* nt. 10.

[25] Abbiamo lasciato da parte il brano delle *quaestiones* di Papiniano, tratto da una opera che il KRÜGER (*Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*[2] [München-Leipzig 1912] 198) sostiene composta tra il 193 e 198, ma che il FITTING (*Alter und Folge* cit. 74 s.) ritiene scritta, negli ultimi libri, tra il 198 e il 211. L'ALBERTARIO (161 s.) evita di entrare nel merito della divergenza e crede di aver tagliato la testa al toro, notando che, in ogni caso, il nostro frammento non appartiene agli ultimi libri dell'opera di Papiniano. Ma avrebbe Papiniano omesso di correggere un'affermazione superata, contenuta nei primi libri, al momento di completare l'opera?

[26] Essi sono: D. 49.17.4 pr. (Tertull. *l.s. de castr. pec.*), D. 40.5.23.2 (Pap. 9 *resp.*), D. 24.1.3.4 (Ulp. 32 *ad Sab.*), D. 49.17.6 (Ulp. 32 *ad Sab.*), D. 49.17.3 (Ulp. 8 *ad leg. Iul. et Pap.*), D. 49.17.11 (Macer 2 *de re mil.*), Paul. *sent.* 3.4A.3, CI. 3.36.4 (Alexander, a. ?), CI. 9.49.3 (Alexander, a. 226), CI. 12.36(37).1.1 (Alexander, a. 223).

noscono e il Krüger[27] e il Fitting[28], ma l'Albertario[29] osserva che « nulla vieta di poterlo datare dopo il 198 ». In verità, per dar credito alla tesi sostenuta dall'eminente romanista, occorrerebbe anche stavolta qualcosa di piú: che vi fossero elementi per indurre necessariamente a datare il testo dopo il 198.

Nulla vieta che il testo sia datato dopo il 198, ma nulla vieta, anche, che esso sia datato prima di tale anno. È quanto basta, questa incertezza, per aggiungere un altro elemento al nostro scetticismo riguardo alla tesi dell'Albertario.

Né va tralasciato di ripetere, a proposito, di questo secondo gruppo di testi, l'osservazione già fatta: è sorprendente che tutti i brani di questo gruppo non facciano alcun cenno della asserita « riforma » avvenuta a pochi o pochissimi anni di distanza ad opera di Severo e Caracalla[30]. Tertulliano, in un'opera monografica sull'argomento, scritta (anche a voler seguire l'ipotesi dell'Albertario) a pochissima distanza dalla presunta riforma, parla addirittura, a proposito del *peculium castrense*, dei soli beni *quae* (*miles*) *tulit secum in castra concedente patre*.

## II

5. — Esposte le ragioni che rendono inaccettabile la tesi Fitting - Albertario, non rimane da credere se non che l'ampliamento dell'oggetto del *peculium castrense* — ampliamento che indubbiamente vi fu — sia stato dovuto ad un processo di evoluzione attuatosi, entro il periodo classico, nella giurisprudenza romana.

La nostra ipotesi non è solamente imposta dalla inverosimiglianza e dalla indimostrabilità della teoria proposta dal Fitting e caldeggiata dall'Albertario, ma è quella che — come si vedrà subito — maggiormente è consona allo stato delle fonti, maggiormente si adatta a spiegare il tenore dei testi conservati dalla compilazione o pervenutici altrimenti.

Vero è che si potrebbe senz'altro opporre alla nostra teoria che anch'essa risulta inverosimile, perché non deve essere credibile che, in una materia tanto accuratamente sorvegliata dalle costituzioni imperiali, la giurisprudenza abbia potuto lavorare liberamente ed in una maniera

[27] *Geschichte* cit. 226 s.
[28] *Alter und Folge* cit. 78 s.
[29] *L. c.* 164.
[30] V. *retro* n. 3.

tanto notevole. Senonché va notato che la nostra tesi si impone proprio perché inaccettabile è la tesi contraria del Fitting e dell'Albertario; i segni, anche se vaghi, di una certa evoluzione giurisprudenziale rimangono nei testi che abbiamo sott'occhio. Il nostro compito non può non essere, dunque, che quello di sforzarci di capire il perché di questo progressivo ampliamento dall'oggetto del *peculium castrense*, attuato nel corso dell'epoca classica dalla prassi giurisprudenziale romana.

Vediamo, dunque, in primo luogo, di riprendere e, se necessario, di approfondire l'esame dei testi a nostra disposizione, per cercar di intravedere, nei limiti del possibile, le tappe di questa evoluzione giurisprudenziale, che noi sosteniamo.

6. — Un primo gruppo di testi, classici e postclassici, fissa — come già si è visto[31] — i momenti originari dell'istituto del *peculium castrense* e concordemente afferma che l'oggetto di esso era solo ed esclusivamente l'*id, quod in castris adquisitum est*: Inst. 2.12 pr., Ulp. *reg.* 20.10. Dato che detti testi si riferiscono, esplicitamente o implicitamente, alla introduzione del nostro istituto nel mondo delle relazioni giuridiche, è evidente che non interessa molto stabilire l'epoca in cui furono scritti, purché si sia d'accordo circa la genuinità delle notizie in essi riportate.

Soprattutto è importante:

Inst. 2.12 pr.: *Non tamen omnibus licet facere testamentum. statim enim hi, qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis iure testari possint: exceptis* [*his quos antea enumeravimus et praecipue*] *militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierint permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. quod quidem initio tantum militantibus datum est tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervae nec non optimi imperatoris Traiani, postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia* [, *id est veteranis,*] *concessum est.* [*itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerint: si vero intestati decesserint nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit*]. *ex hoc intellegere possumus, quod in castris adquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere neque patris creditores id vendere* [*vel*

[31] Cfr. *retro* n. 3.

*aliter inquietare*] *neque patre mortuo cum fratribus esse commune, sed scilicet proprium eius esse id quod castris adquisierit, quamquam iure civili omnium qui in potestate parentum sunt peculia perinde in bonis parentum computantur, ac si servorum peculia in bonis dominorum numerantur* [*exceptis videlicet his, quae ex sacris constitutionibus et praecipue nostris propter diversas causas non adquiruntur*]. *praeter hos igitur, qui castrense peculium* [*vel quasi castrense*] *habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factum decesserit.*

Come già ho dovuto rilevare dianzi [32], questo passo delle Istituzioni è stato fortemente toccato dalla mano dei compilatori. Non occorre spendere parole per dimostrare l'introduzione di *exceptis his* — *praecipue, exceptis videlicet* — *adquiruntur* e *vel quasi castrense*: essa è, si può dire, universalmente ritenuta e ne conviene, da ultimo, il Ferrini [33]. Insiticio è, molto probabilmente, l'esplicativo *id est veteranis* e non è improbabile che il non gaiano *nec non* (*nec non optimi imperatoris Traiani*), che si legge nel terzo periodo, sia di marca compilatoria.

Le alterazioni dell'originario contesto o degli originari contesti non si arrestano qui. E per avvedersene gioverà finalmente toccare la questione, lasciata sinora insoluta, circa la provenienza del frammento che abbiamo sott'occhio.

L'ipotesi del Ferrini circa la provenienza gaiana della prima parte, sino a *concessum est*, è molto verosimile e sostenuta da buoni argomenti. Meno solide sono, circa la seconda parte, le congetture, sia del Ferrini, il quale la riferisce a Marciano, che dell'Albertario, secondo cui la provenienza rimane gaiana. Per il Ferrini gli indizi si riducono a tre: *pertinebit hoc, ex hoc intellegere* e specialmente *aliter inquietare* (che non appare se non in Ulpiano, Paolo, Marciano e Macro); ma di essi indizi il piú impressionante è scalzato dall'Albertario, che attribuisce *vel aliter inquietare* ai compilatori [34].

Io ritengo, tuttavia, che la seconda parte non possa essere stata

[32] Cfr. *retro* n. 3.

[33] *Opere* cit. 366.

[34] *L. c.* 161: « *Id inquietare* è la frase gemella di *facultates inquietari* che si incontra in una costituzione costantiniana (CI. 10.7.1 pr.) ». All'appunto di carattere formale può aggiungersi, a mio parere, un rilievo di natura sostanziale: è improbabile che l'autore classico abbia voluto accennare, oltre che alla *bonorum venditio*, anche agli altri mezzi (tanto rari) di esecuzione patrimoniale.

scritta dallo stesso autore della prima e che appunto perciò l'opinione del Ferrini sia preferibile a quella del suo contraddittore.

Tralasciamo per un momento il periodo *itaque si quidem pertinebit* ed avviciniamoci al resto, da *ex hoc intellegere* a *numerantur*. Non credo che la stessa persona che ha parlato sinora dei *milites, qui in potestate parentum sunt*, al plurale, passi a dire: *ex hoc intellegere possumus quod in castris adquisierit miles, qui in potestate patris est* . . . A parte la ripetizione, il passaggio dall'uso del plurale a quello del singolare fa intuire che l'autore di questo passo non sia Gaio, ma un altro; dunque, presumibilmente, Marciano.

Sicuramente alterato è il periodo *ex hoc intellegere — numerantur*, che io ritengo anzi totalmente insiticio. L'alterazione è evidentissimamente provata da *nullis liberis vel fratribus superstitibus*: morto il *filiusfamilias miles* senza testamento, il *peculium castrense* di lui andrebbe a finire anzitutto in mano ai *liberi*, poi in mano ai fratelli e subordinatamente nelle tasche del padre. Ma ciò — come già è stato rilevato [35] — è nettamente contrario al sistema classico, nel quale i beni castrensi del *miles* morto intestato tornavano automaticamente in mano del *pater familias*: *si filius familias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur* [36].

Ora, io ritengo che non i compilatori abbiano inserito nel periodo classico *nullis — superstitibus*, ma che tutto il periodo sia opera postclassica, e ciò per la considerazione seguente: che proprio Giustiniano, quando dispose che tutti i beni avventizi dei *filii familiarum* seguissero le sorti dei *bona materna* e dei *lucra nuptialia*, e fossero perciò trasmissibili ereditariamente (in mancanza di testamento) ai *liberi* ed ai *fratres*, prima ancora che al *pater familias*, eccettuò esplicitamente da questo regime il *peculium castrense*.

CI. 6.61.6 (a. 529): . . . *exceptis castrensibus peculiis, quorum nec usumfructum patrem vel avum vel proavum habere veteres leges concedunt: in his enim nihil innovamus, sed vetera iura intacta servamus.*

Se Giustiniano non ha toccato il periodo incriminato delle Istituzioni, è evidente che l'alterazione è stata fatta prima di lui, da lettori postclassici del testo genuino. Il carattere dell'attività delle scuole

[35] FITTING, *Castrense peculium* cit. 341 s. e ivi citazioni dell'anteriore dottrina.

[36] D. 49.17.2 (Ulp. 67 *ad ed.*). Cfr. anche D. 35.2.18 pr., D. 35.2.14 pr., D. 35.2.19.3.

postclassiche, in generale — attività che non era di interpolazione, ma piuttosto di commento, di chiarimento o di sunto — rende verosimile l'ipotesi che tutto il pezzo da *ex hoc intellegere* a *concessum est* sia una chiosa a Gaio (od a Marciano), incorporata posteriormente nel contesto.

Tutto il passo delle Istituzioni è palesissimamente in funzione delle notizie storiche che si leggono nei primi periodi. Tanto Gaio quanto Marciano (ammesso che quest'ultimo sia l'autore della seconda parte del testo) si riferiscono esclusivamente al contenuto delle costituzioni di Augusto, di Nerva e di Traiano, le quali tutte convenivano nel dire che il *filiusfamilias miles* era ammesso a disporre testamentariamente dell'*id, quod in castris adquisierit*. Il riferimento a quelle costituzioni è evidente non solo nel brano di Gaio, che è espressamente rivolto ad illustrarne il tenore, ma anche nel brano di Marciano, che è indubbiamente rivolto ad illustrarne la portata.

Una prima conclusione è, dunque, possibile. Da Augusto ad Adriano una concessione di privilegio fu fatta ai *filii familiarum milites* (poi ai veterani): una concessione per cui essi potevano far testamento relativamente a ciò che *in castris adquisierint*. Questa concessione imperiale presuppone un uso anteriore ad Augusto (dunque, dell'epoca repubblicana) per cui tutto ciò che fosse *in castris adquisitum* costituiva, per il *filiusfamilias miles*, almeno sino all'epoca della smobilitazione, una sorta di peculio: ciò per necessità di cose, dato che non era possibile al *pater familias* (a rigor di diritto, proprietario di tutto ciò che il figlio venisse acquistando sotto le armi) di assumere sotto il suo controllo gli oggetti che il *filius familias* fosse andato raccogliendo. La concessione imperiale consistette nel riconoscere al *filiusfamilias* la capacità di testare sopra questi oggetti, acquisiti a prezzo di personali fatiche non scevre di rischio, e quindi implicitamente nell'ammettere che il *filiusfamilias* esercitasse sugli oggetti in parola non pur atti di amministrazione, ma anche atti di disposizione *inter vivos*.

7. — Un secondo gruppo di testi, tutti appartenenti a giuristi classici, si riferisce esclusivamente all'*id, quod in castris adquisitum est*, ma senza adottare esplicitamente la terminologia *peculium castrense*: D. 38.17.10 pr. (Pomp.), D. 49.17.18.5 (Maecian.), D. 29.1.29.3 (Marcell.), D. 38.2.3.6 (Ulp.), D. 41.3.4.1 (Paul.), D. 36.1.56 (54) (Pap.).

D. 38.17.10 pr. (Pomp. 2 *sc.*): *...de his, quae in castris adquisierit, ...*

D. 49.17.18.5 (Maecian. 1 *fideic.*): *Sed nec cogendus est pater*

*propter aes alienum quod filius peculii nomine, quod in castris adquisiit, fecisse dicetur, de peculio actionem pati.*

D. 29.1.29.3 (Marcell. 10 *dig.*): *... exceptis his rebus, quas in castris adquisisset, ...*

D. 41.3.4.1 (Paul. 54 *ad ed.*): *... in castris adquisitum ...*

D. 38.2.3.6 (Ulp. 41 *ad ed.*): *... Patronus contra ea bona liberti non admittitur quae in castris sunt quaesita.*

D. 36.1.56 (54) (Pap. 19 *quaest.*): *... cum enim de conferendis bonis fratribus ab emancipato filio quaereretur, praecipuum autem, quod in castris fuerit adquisitum militi, relinqui placeret, consultus imperator sumptus, quos miles fecerat, non ex eo tantummodo patrimonio, quod munus collationis pati debuit, sed pro rata etiam castrensis pecuniae decedere oportere constituit.*

Come dicevo, i passi su riportati — che provengono da autori vissuti sia prima che dopo il 200 e da opere scritte, probabilmente, anche dopo il 198 [37] — si accordano nel parlare del solo *id, quod in castris adquisitum est*, ma si accordano anche nel non adoperare la terminologia *castrense peculium*. Anche se Meciano (in D. 49.17.18.5) parla di *peculium, quod in castris adquisiit*, la nostra osservazione è esatta: tutto ciò che forma un coacervo separato di beni è definito e definibile come *peculium, pusilla pecunia*, ma altro è dire « *peculium, quod* (*filius familias*) *in castris adquisiit* », altro è dire che questo peculio è « *peculium castrense* ». Non diversamente parla Ulpiano (*reg.* 20.10) di un *peculium, quod* (*filius familias*) *in castris adquisivit*. Si noti, infine, che Papiniano (D. 36.1.56) piuttosto che parlare di *castrense peculium*, discorre di *castrensis pecunia*: la locuzione tecnica non ricorre ancora, relativamente al *quod in castris adquisitum est*.

Dalle note su esposte non è il caso di trarre alcuna affermazione recisa. È tuttavia possibile avanzare un rilievo di una certa importanza: i giuristi classici non parlavano senz'altro di *peculium castrense* a proposito dell'*id, quod in castris adquisitum est*. La terminologia venne man mano emergendo nel corso del secondo secolo, posteriormente ad Adriano: il *peculium, quod in castris adquisivit* di Meciano diventa la *castrensis pecunia* del breviloquente Papiniano e soltanto Marciano (se da lui è tratto l'ultimo periodo di Inst. 2.12 pr.) parla con sicurezza di *peculium castrense*, in un senso tecnico [38], a proposito del solo *id, quod filius familias in castris adquisivit*.

[37] V. *retro* n. 3.

[38] Cfr. Inst. 2.12 pr. i. f. Ma non è improbabile che l'ultimo periodo di Inst.

Sin d'ora vi è motivo per congetturare che di *castrense peculium*, con significato divenuto tecnico, i giuristi romani non ebbero a parlare se non quando si giunse a considerare sottratto (entro certi limiti) alla disposizione del *pater familias* anche l'*id quod eunti ad militiam donatum est*.

8. — E difatti, se si guardano i testi che rimangono, si noterà che la terminologia *peculium castrense* appare in essi come quella che è stata coniata per esprimere un concetto di fronte al quale erano ormai insufficienti frasi come *id, quod in castris adquisitum est* o *peculium, quod in castris adquisitum est*.

I passi di questo terzo gruppo sono i seguenti:

D. 49.17.4 pr. (Tertull. *l.s. de castr. pec.*): *Miles praecipua habere debet, quae tulit secum in castra concedente patre.*

D. 40.5.23.2 (Pap. 9 *resp.*): *...nec ob eundem errorem cetera, quae pater in militiam profecturo filio donavit, fratri, qui mansit in potestate, conferenda, cum peculium castrense filius etiam inter legitimos heredes praecipuum retineat.*

D. 49.17.15 pr. (Pap. 35 *quaest.*): *Pater militi filio reverso quod donat, castrensis peculii non facit* [*sed alterius peculii, perinde ac si filius nunquam militasset*] [39].

D. 24.1.3.4 (Ulp. 32 *ad Sab.*): *Secundum haec si mater filio, qui in patris potestate esset, donet, nullius momenti erit donatio, quia patri quaeritur: sed si in castra eunti filio dedit, videtur valere, quia filio quaeritur et est castrensis peculii.*

D. 49.17.4 (Ulp. 8 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Si mulier filio viro militi ad castrense* [*vel militares forte*] [40] *res comparandas reliquerit pecuniam, utique castrensi peculio ea quae comparantur adnumerari incipiunt.*

2.12 pr. sia stato scritto a mo' di conclusione, dai compilatori, cui va attribuita la frase precedente (v. *retro* n. 6).

[39] L'atetesi è segnata dall'ALBERTARIO, *l.c.* 161 nt. 1 cui aderisco. Non aderirei, invece, all'idea dell'Albertario, per cui il testo, cosí depurato, non fa piú intendere che la donazione, se anziché fatta *militi filio reverso* fosse stata fatta *filio in castra eunti*, sarebbe stata *castrensis peculii*. « Ammesso che il donativo paterno non entra nel peculio castrense — cosí ragiona l'Albertario — ne consegue la nullità della donazione, non già la destinazione della cosa donata al *peculium profecticium* ». Ma tutto ciò non esclude che, ammesso che il donativo paterno sia fatto al *filius familias* « *eunti in castra* », esso entri a far parte del *peculium castrense*. Altrimenti, che c'entra la menzione del *peculium castrense*?

[40] Cfr. ALBERTARIO, *l.c.* 163 nt. 2.

CI. 3.36.4 (Alexander, a. ?): *Si filius familias fuisti et res mobiles vel se moventes, quae castrensis peculii esse possunt, donatae tibi a patre sunt, eas quoque in cetero peculio castrensi non communes cum fratribus tuis habes.*

CI. 9.49.3 (Alexander, a. 226): *Si filius tuus, cum esset in tua potestate, in insulam deportari meruit, peculium eius nec quod in castris adquisivit* [*vel*] ⟨*nec*⟩[41] *quod ei militaturo donasti auferri tibi debet.*

CI. 12.36(37).1.1 (Alexander, a. 223): *Peculio autem castrensi cedunt res mobiles, quae eunti in militiam a patre vel a matre aliisque propinquis vel amicis donatae sunt, item quae in castris per occasionem militiae quaeruntur*[42].

D. 49.17.11 (Macer 2 *de re mil.*): *Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in* [*militia agenti*] ⟨*militiam eunti*⟩[43] *donatum est vel quod ipse filius familias in militia adquisiit.*

Paul. *sent.* 3.4 A.3: *Castrense enim peculium est quod proficiscenti ad militiam datur*[44].

È, per cosí dire, una graduazione crescente di testi, la quale mostra, forse, come la creazione della teoria del *castrense peculium* da parte della giurisprudenza romana sia stata intimamente connessa col disancorarsi dell'istituto dalle strettoie delle costituzioni imperali e con l'ammissione in esso delle *res, quae in castra eunti donatae sunt.*

Le costituzioni imperiali avevano istituito un regime speciale per l'*id, quod* (*filius familias miles*) *in castris adquisierit.* Questo regime di privilegio fu mantenuto durante piú di un secolo, per via di successive rinnovazioni, sino ad Adriano. Quest'ultimo — come vedremo meglio in appresso[45] — trasformò, con una serie di adeguate riforme, il regime eccezionale dei *milites* in un vero e proprio organico istituto, che visse da allora in poi di vita giuridica sua propria. Fu allora che la giurisprudenza poté entrare in azione e sviluppare progressivamente, attraverso il lavoro di un altro secolo, il nuovo istituto, cui dette il nome di *pecu-*

[41] Cfr. ALBERTARIO, *l. c.* 164 nt. 1.

[42] Per la critica di questo testo, v. *infra* n. 10.

[43] Cfr. FITTING, *Castrense peculium* cit. 43 s.; ALBERTARIO, *l. c.* 163 nt. 3.

[44] Cfr. anche: D. 49.17.6 (Ulp. 32 *ad Sab.*): *Plane si mihi proponas ad castra eunti marito uxorem servos donasse, ut manumittat et habiles ad militiam libertos habeat, potest dici sua voluntate sine patris permissu manumittentem ad libertatem perducere.* Ma v., su questo testo, BESELER, in *ZSS.* 52 (1932) 41.

[45] *Infra* n. 13.

*lium castrense* per averlo reso, sotto certi profili, analogo, sebbene tutt'altro che identico, al *peculium profecticium* del *filius familias*.

## III

9. — Ma prima di venire a questa fase ricostruttiva della nostra indagine, occorre sgombrare il campo da qualche ulteriore elemento di confusione o di dubbio.

Alla luce del punto fermo dianzi posto — e cioè della constatazione che l'ampliamento del *peculium castrense* fu dovuto non ad una riforma imperiale, ma alla elaborazione della giurisprudenza classica — bisogna riesaminare, sia pure in breve, l'elenco delle *res* che potevano far parte del *castrense peculium*.

A me pare di poter ritenere che, nel corso dell'epoca classica, si affermò come oggetto del *castrense peculium*:

1) l'*id, quod in castris adquisitum est*,

2) l'*id, quod in militiam eunti a patre vel a matre aliisque propinquis vel amicis donatum est*, purché non si trattasse di *praedia*,

3) in forza di una costituzione di Adriano, la eredità della moglie.

A) L'oggetto primo ed originario, la considerazione del quale mosse Augusto ed i suoi successori ad emanare disposizioni di privilegio per i *milites*, nonché, a partire da Adriano, per i *veterani*, fu l'*id, quod in castris adquisitum est*.

È evidente che questa formula ricorse e si ripeté sostanzialmente immutata in tutte le successive costituzioni imperiali. Dato il suo carattere generico, alla giurisprudenza toccò di specificarla, indicando quali fossero gli oggetti in essa compresi e quali oggetti non potessero essere in essa inclusi. E la giurisprudenza classica, stante il carattere di mero privilegio della concessione [46], assolse egregiamente il suo còmpito, astenendosi rigorosamente da ogni interpretazione a carattere estensivo [47].

Appunto in forza della necessità di non interpretare estensivamente la locuzione « *id, quod in castris adquisitum est* » sarebbe stato arbitrario l'operato della giurisprudenza classica se realmente avesse, di sua iniziativa, fatto rientrare nella categoria non solo l'eredità proveniente del commilitone, ma anche quella del commilitone agnato. È evidente

[46] *Amplius infra* n. 13.

[47] Cfr.: D. 1.3.14 (= D. 50.17.141 pr.) (Paul. 54 *ad ed.*): *Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.*

che i testi i quali accennano all'eredità del commilitone agnato, dato che non si riferiscono ad alcuna particolare statuizione imperiale per cui essa s'avesse a considerare inclusa nel peculio del *filius familias miles*, sono fortemente sospetti di non genuinità. L'eredità del commilitone agnato, anche se devoluta durante il servizio militare del *filius familias*, non può dirsi *in castris adquisitum*, perché il dante causa non è entrato in relazione col *filius familias* « *per occasionem militiae* », ma è invece *ante notus*. L'Albertario [48] ha molto acutamente avvertito l'illogicità di interpretazione, per cui entra a far parte dell'*in castris adquisitum* anche l'eredità del commilitone agnato ed ha attaccato con grande vigore e con ottimi argomenti i testi relativi, dimostrando che essi esprimono una innovazione postclassica [49].

10. — B) In un secondo tempo, in virtú di una serie di impulsi che esamineremo particolarmente appresso [50], la giurisprudenza romana credette opportuno di ammettere a far parte del *peculium castrense* anche i doni fatti al *filius familias* in occasione della sua partenza per il campo.

Unica condizione limitativa: che non si trattasse di *praedia*:

CI. 3.36.4 (Alexander, a. ?): *Praedia autem, licet eunti tibi in castra filio pater donaverit, peculii castrensis non sunt* [51].

All'avviso della comune dottrina [52], che non importasse da qual persona fosse proveniente il dono, si è opposto l'Albertario [53] sostenendo, sulle tracce di un cenno del Bonfante [54], che fossero esclusi, nel diritto classico, i donativi provenienti dagli amici. Io ritengo, tuttavia, che entrassero a far parte del *peculium castrense* non solo i doni del padre, della madre e di ogni altro parente o affine, ma anche i doni degli amici.

[48] *L. c.* 167 s.

[49] I testi esaminati sono D. 49.17.19 pr. (Tryph. 18 *disp.*), CI. 12.36(37).4 (Gord.), D. 49.17.5 (Ulp. 6 *ad Sab.*), D. 49.17.8 (Ulp. 45 *ad Sab.*) [su questo testo v. però *infra* n. 10].

[50] Cfr. *infra* n. 14, 15.

[51] *Amplius* sul punto FITTING, *Castrense peculium* cit. 74 s. e citazioni di fonti ivi.

[52] FITTING, *Castrense peculium* cit. 75.

[53] *L. c.* 165 s.

[54] *Corso di diritto romano* 1. *Diritto di famiglia* (Roma 1925) 104.

I testi son pochi, ma chiari:

CI. 12.36(37).1.1 (Alexander, a. 223): *Peculio autem castrensi cedunt quae eunti in militiam a patre vel a matre aliisque propinquis vel amicis donata sunt, item quae in castris per occasionem militiae quaeruntur.*

Paul. *sent.* 3.4 A.3: *Castrense enim peculium est quod in castris adquiritur vel quod proficiscenti ad militiam datur.*

D. 49.17.8 (Ulp. 45 *ad ed.*): *Si forte uxor vel cognatus vel quis alius non ex castris notus filio familias donaverit quid vel legaverit et expresserit nominatim, ut in castrensi peculio habeat: an possit castrensi peculio adgregari? et non puto: veritatem enim spectamus, an vere castrensis notitia* [*vel affectio*] *fuit, non quod quis finxit.*

L'Albertario vuol negar fede a questa concorde attestazione di fonti, sostenendo l'interpolazione di *uxor vel cognatus vel* e di *alius* in D. 49. 17.8 [55] e l'inserzione di *vel amicis* in CI. 12.36(37).1.1: quanto al testo delle Sentenze di Paolo, si tratta di un testo postclassico, che avvalora la tesi della non classicità di *vel amicis* [56].

Per D. 49.17.8, l'opinione dell'Albertario non mi pare assolutamente sostenibile: nessuna ragione milita a favore dei sospetti di interpolazione da lui avanzati [57]. Il testo è sostanzialmente e formalmente genuino (salva l'inserzione di *vel affectio*) e prova di per sè che, in epoca classica, chiunque era in grado di far doni al *filius fmilias* partente per il campo, in modo che essi entrassero a far parte del suo *peculium castrense.*

Del *vel amicis* di CI. 12.36(37).1.1 l'Albertario vuole sbarazzarsi mediante il confronto con:

D. 49.17.11 (Macer 2 *de re mil.*): *Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in* [—] ⟨*militiam eunti*⟩ *donatum est* . . .

Ora io non vedo, in realtà, perché, nel confronto tra D. 49.17.11

[55] *L. c.* 170.

[56] *L. c.* 166.

[57] L'Albertario non adduce alcun argomento esegetico nello scritto riprodotto in *Studi di Diritto romano* 1.157 s. A p. 170 egli asserisce che « la interpolazione dell'accenno all'*uxor* e al *cognatus* è dimostrata da ciò che dice un testo genuino (D. 49.17.6) », ma non si vede come la dimostrazione sia data dall'esegesi che egli compie, a p. 175 s., di D. 49.17.6. Nella prima stesura del suo studio (*Appunti sul peculio castrense*, in *BIDR.* 38 [1931] 5 s.) egli dedica maggior numero di parole (15 s.) a D. 49.17.8, ma — a mio modesto parere — senza maggior fortuna. Probabile è, nel testo in esame, l'interpolazione di *vel affectio*, additata dall'Albertario.

e CI. 12.36(37).1.1, debba aver prevalenza il primo sul secondo e non il secondo sul primo: l'interpolazione privativa di un *vel amicis* nel frammento di Macro è non meno lecitamente concepibile dell'interpolazione positiva di *vel amicis* nel rescritto di Alessandro. E poiché D. 49.17.8 dimostra che realmente i donativi potevano provenire anche dai non parenti, è chiaro che la genuinità di *vel amicis* in CI. 12.36(37).1.1 diviene sensibilmente piú probabile [58]. Una volta tanto (nè, del resto, si tratta di cosa tanto rara) il testo postclassico (Paul. *sent.* 3.4 A.3) riflette il diritto classico [59].

11. — C) In forza di una costituzione di Adriano, entrò a far parte del *peculium castrense* anche l'eredità lasciata al *filius familias miles* dalla moglie.

D. 49.17.13 (Pap. 16 *quaest.*): *Divus Hadrianus rescripsit in eo, quem militantem uxor heredem instituerat filium ⟨familias⟩, extitisse heredem et ab eo servos hereditarios manumissos proprios eius libertos fieri.*

D. 49.17.16 pr. (Pap. 19 *resp.*): *Dotem filio familias datam vel promissam in peculio castrensi non esse respondi, nec ea res contraria videbitur ei, quod divi Hadriani temporibus filium familias militem uxori heredem extitisse placuit et hereditatem in castrense peculium habuisse.* [*nam hereditas adventicio iure quaeritur, dos autem matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur.*]

La genuinità dei due testi è stata violentemente attaccata da due

[58] L'ALBERTARIO, *cit.* 166, fedele alla sua ipotesi della riforma di Severo e Caracalla, preferisce credere che essa sia meglio rappresentata nel testo di Macro (estratto da un'opera scritta subito dopo la morte di Caracalla), che non nel rescritto di Alessandro. Ma ormai sappiamo che riforma non vi è stata e, quanto alla preferenza per Macro, dimostrata dall'Albertario, abbiamo visto nel testo come essa sia ben poco giustificata. Si noti, oltre tutto, che il testo di Macro presenta addirittura una traccia del guasto, per opera del quale è avvenuta, ocme noi tendiamo a credere, la caduta di un *vel amicis*. L'originario *in militiam eunti* si è trasformato, nella redazione giustinianea, in un inammissibile *in militia agenti* (v. *retro* n. 8 e nt. 43): non è affatto improbabile che l'errore di scrittura onde è derivata questa alterazione abbia coinvolto le sorti di *vel amicis*, determinandone la scomparsa.

[59] E lo riflette meglio di quanto non faccia un testo di Tertulliano, che parla soltanto dell'*a patre donatum* (se questo significa *concedente patre*): cfr. D. 49.17. 4 pr. (*retro* n. 8).

eminenti critici delle fonti, il Beseler[60] e l'Albertario[61]. Nel secondo sarebbe frutto di interpolazione tutto il pezzo *nec ea res — fin.* Per il primo viene proposta la ricostruzione che qui riferisco[62]:

*Divus Hadrianus rescripsit a filio familias milite, quem uxor heredem instituerat, servos hereditarios manumissos libertos eius factos non esse.*

Anche su questo punto non mi pare di poter andare d'accordo con le conclusioni dell'Albertario. Come giustamente ha notato il Wolff H. J.[63], è fuori di discussione che l'uno e l'altro frammento di Papiniano abbiano subito dei rimaneggiamenti, ma la sostanza dei testi, almeno per quello che riguarda il *peculium castrense*, è ancora quella classica.

Non è verosimile — mi permetto di sostenere — che i compilatori abbiano capovolto nel fr. 13 il senso del rescritto di Adriano, né è verosimile che essi, nel fr. 16 pr., abbiano avuto in mente di citare un rescritto da loro falsificato. Giustiniano — non lo si dimentichi[64] — non aveva nessuna intenzione di apportare modificazioni alla teoria del *peculium castrense*: « *in his enim nihil innovamus, sed vetera iura intacta servamus* ». Che poi la modificazione sia stata operata nelle scuole postclassiche pregiustinianee,è opinione cui non può pensarsi nemmeno per un momento, a causa della sua evidente, alta assurdità.

Il coraggioso tentativo dell'Albertario, di estirpare una asserita forte singolarità dalla teoria classica del *castrense peculium*, non può essere seguito. Dobbiamo noi perciò tristemente concludere, con la dottrina dominante, che l'istituto classico del *peculium castrense* sia stato afflitto da una stridente anormalità, rappresentata dall'eredità della moglie?

Io credo di no. Non vedo proprio perché l'eredità della moglie debba essere riguardata come una anormalità inspiegabile nel sistema classico del *peculium castrense*. Si dice che essa non può figurarsi come *in castris adquisita*, perché la moglie non può dirsi persona venuta in relazione col *filius familias miles* « *per occasionem militiae* », ma è una persona *ante nota*. È giusto; ma perché doversi sforzare di far rientrare l'eredità della moglie nella categoria dell'*id, quod in castris adquisitum est*?

[60] *Studi Bonfante* 2.62; *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen* 5.59.
[61] *L. c.* 172 s.
[62] ALBERTARIO, *l. c.* 174. Sostanzialmente conforme il BESELER, *l. c.*
[63] *ZSS.* 53 (1933) 366.
[64] V. *retro* n. 6.

L'*id, quod in castris adquisitum est* fu una categoria di beni, particolarmente determinata, cui Augusto ed i suoi successori, sino ad Adriano, concessero, nei riguardi del *filius familias* alle armi, uno speciale trattamento. Orbene, l'eredità lasciata dalla moglie al *filius familias miles* fu un'altra categoria di beni, cui Adriano concesse di usufruire dello stesso regime dell'*in castris adquisitum*. L'errore del Fitting[65] e di quanti lo hanno seguito è stato invece di voler fare ad ogni costo rientrare la seconda categoria, intesa come *species*, nel cerchio della prima, intesa come *genus*.

La disposizione di Adriano fu non meno una « ganz singulare und willkürliche Begünstigung der Soldaten »[66] di quanto non lo fu la disposizione di Augusto, relativa all'*id, quod in castris adquisitum est*: si tratta di due indipendenti concessioni di privilegio, e non si vede dunque perché l'una della essere giudicata singolare ed arbitraria nei confronti dell'altra. Augusto ed i suoi successori — lo si ricordi[67] — non crearono l'istituto del *peculium castrense*, ma stabilirono soltanto dei privilegi per i *milites*: l'istituto giuridico del *castrense peculium* fu invece creato, dopo Adriano, dalla giurisprudenza classica, la quale cercò — come si vedrà fra poco — di stabilire un nesso logico tra tutte le sue parti, ma non poté giungere al punto di abolire la concessione adrianea al solo scopo di dar vigore universale al principio che il *peculium castrense* non può essere formato da lasciti provenienti da persone *ante notae*.

Se la concessione di Adriano è, dunque, rimasta, nella logica dei giuristi classici, qualcosa di esterno all'istituto vero e proprio del *peculium castrense* da essi costituito[68], non perciò diremo che essa è falsamente attestata, che essa è parto infelice della mentalità postclassico-giustinianea.

12. — Abbiamo oramai definitivamente chiarito che l'ampliamento dell'oggetto del *peculium castrense* — per cui all'originario *in castris adquisitum* venne ad aggiungersi l'*id, quod eunti in militiam donatum est* — avvenne in diritto classico, ad opera della giurisprudenza, pre-

[65] *Castrense peculium* cit. 69 s.

[66] FITTING, *Castrense peculium* cit. 71.

[67] V. anche *infra* n. 12, 13.

[68] Si ricordino le definizioni contenute in D. 49.17.11 (Macer) e Paul. *sent.* 3.4A.3.

sumibilmente nello spazio di tempo intercorrente tra Adriano e Caracalla. Che le radici di detta evoluzione giurisprudenziale non possano farsi risalire ad epoca anteriore ad Adriano, è reso molto verosimile dal fatto che anche altri istituti del cosí detto *ius militare* rimasero, sino all'incirca a quell'epoca, nella sfera politica dei *privilegia*, rinnovati di volta in volta dagli imperatori, e che soprattutto nella nostra materia è chiaramente visibile, per molti segni, l'attività ancora pienamente libera svolta dagli imperatori, sino ad Adriano compreso [69].

Ora noi vogliamo renderci conto del perché della accennata evoluzione giurisprudenziale. Piú precisamente, occorre riesaminare tutta la storia dell'istituto sin dai tempi di Augusto, per poter comprendere come, ad un certo punto, esso sia potuto passare nella sfera di dominio della giurisprudenza e come e perché la giurisprudenza abbia potuto lavorare nel senso di ammettere a far parte del *castrense peculium* i donativi fatti al *miles* all'atto della sua partenza per il campo.

È presumibile — come già abbiamo accennato [70] — che la prassi della costituzione di una sorta di *peculium, in castris*, di un *peculium* formato da tutto l'*id, quod in castris adquisitum est*, sia stata alquanto anteriore ad Augusto. La vita del campo, necessariamente lontana da quella cittadina, come distoglieva (e distoglie in ogni tempo) il *miles sui iuris* dalle cure consuete della vita civile, cosí rendeva per necessità di cose relativamente autonomo rispetto alla invadenza del *pater familias* il *miles alieno iuri subiectus*. Quest'ultimo, andando al campo, si sottraeva per tutto il periodo della campagna alla esercibilità della *patria potestas*, sia dal punto di vista disciplinare che da quello economico: gli acquisti da lui fatti nel corso delle operazioni andavano, da un punto di vista strettamente giuridico, ad ingrossare il patrimonio del *pater*, ma formavano in pratica una sorta di *peculium* sul quale il *filius familias miles* poteva esercitare, in realtà, non solo atti di amministrazione, ma anche atti di vera e propria disposizione [71].

Data la enorme importanza che assunse l'esercito nell'epoca del

[69] Già un segno di notevole importanza è stato dato dalla constatazione che Adriano concesse al *filius familias miles* di poter disporre testamentariamente dell'eredità ricevuta per parte della moglie (v. *retro* n. 11): a quell'epoca, dunque, si era ancora nel campo della concessione di privilegi da parte degli imperatori. Per gli ulteriori elementi, v. *infra* n. 13.

[70] V. *retro* n. 6.

[71] V., su questo punto, FITTING, *Castrense peculium* cit. 18 s. e GUARINO, *Test. dei militari* cit. 10 s.

principato ai fini del sostegno del potere imperiale, è evidente che la vigile attenzione degli imperatori non poteva tardare ad affisarsi su questo stato di cose, per concedere ai *milites* quelle situazioni di privilegio cui essi avevano indiscutibilmente diritto [72]. Fu cosí che Augusto concesse al *filius familias miles* il potere di disporre testamentariamente del *peculium in castris adquisitum* [73].

13. — La genesi del *peculium castrense* fu dunque una genesi politica, perché di privilegio. Augusto, agendo *contra rationem iuris*, ma *propter utilitatem rerum* [74], concesse ai *milites* di poter rompere, in ordine all'*in castris adquisitum*, le rigide norme del *ius civile* circa i rapporti patrimoniali di famiglia. La concessione fu rinnovata negli stessi termini dai suoi successori, finché Adriano la estese ai veterani [75] e, in ordine all'oggetto, la rese comprensiva anche dell'eredità lasciata al militare dalla moglie [76].

È da credere che la concessione augustea relativa all'*in castris adquisitum* abbia avuto uno svolgimento analogo (anche se da esso indipendente) a quello della concessione del divo Tito relativa al testamento dei militari. Di quest'ultima abbiamo le tracce della evoluzione in:

D. 29.1.1 pr. (Ulp. 45 *ad ed.*): *Militibus liberam testamenti factio-*

[72] Dirò di piú. Non è improbabile che, sin dall'epoca repubblicana, il senato abbia incominciato a concedere ai *filii familiarum milites* un potere di disposizione, a titolo di privilegio, su tutto ciò che avessero acquistato *in castris*. Non si dimentichi, invero, che Augusto abolí, nel settimo anno di consolato, gran copia di privilegi e che dipende da ciò se tutti, o quasi, i privilegi ancora esistenti nell'epoca imperiale si fanno risalire tutt'al piú ad Augusto: cfr. da ultimo ORESTANO, *Ius singulare e privilegium in diritto romano*, in *AUMA*. 11 (1937) 110 e citazioni ivi.

[73] Cfr. Inst. 2.12 pr. e Ulp. *reg.* 20.10. Circa il grave problema dei rapporti tra *peculium castrense* e *testamentum militis*, cfr. GUARINO, *Test. dei militari* cit. 10 s. Ivi, mediante la dimostrazione dell'alterazione di D. 29.1.1 pr. (che attribuirebbe l'introduzione del *testamentum militis* a Giulio Cesare), si chiarisce come mai il regolamento dei due istituti sia stato indipendente: solo molto tempo dopo Augusto, con Tito, fu introdotto l'amplissimo privilegio del testamento militare.

[74] Mi riferisco alla notissima definizione paolina del *ius singulare*: definizione certamente non classica (v. GUARINO, *Ius singulare*, di prossima pubblicazione), ma che par fatta a posta per scolpire la categoria dei *privilegia* e che forse a questi si riferiva nel testo genuino di Paolo. D. 1.3.16 (Paul. *l.s. de iure sing.*): *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

[75] Cfr. Inst. 2.12 pr.

[76] V. *retro* n. 11.

*nem* [*primus quidem divus Julius Caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat. postea vero*] *primus divus Titus dedit:* [*post hoc Domitianus:*] *postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque et Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale . . .*

Il privilegio introdotto da Augusto passò anch'esso (a quanto risulta da Inst. 2.12 pr.) attraverso la *plenissima indulgentia* di Nerva e Traiano ed è presumibile che esso sia divenuto tralaticio, nei mandati imperiali, ad incominciare da Traiano. Fu questo, tanto per il nostro privilegio quanto per il *testamentum militis,* l'inizio della loro entrata nel mondo del diritto a titolo di norme giuridiche eccezionali. E mentre il privilegio testamentario si inseriva nel campo del diritto ereditario, come norma eccezionale rispetto al formalismo richiesto dal *ius civile,* il privilegio relativo all'*in castris adquisitum* si veniva inserendo nel campo dei rapporti giuridici patrimoniali di famiglia come norma eccezionale rispetto al principio che il *filius familias* acquista esclusivamente al *pater* [77].

14. — Esaminiamo ora piú da vicino il nostro istituto a partire dal momento del suo ingresso nel mondo del diritto.

Il *peculium, quod miles in castris adquisivit* ebbe, come abbiamo chiarito [78], un'origine cui fu assolutamente estraneo l'istituto ben noto del *peculium* dei figli o dei servi. *Peculium* è tutto ciò che rappresenti un gruzzolo di *pecunia*: lo fu tanto quello del servo, quanto quello del *filius familias* in pace, quanto quello del *miles* (*sui iuris* o *alieni iuris*). Nel caso delle persone *sui iuris,* la costituzione di un *peculium* separato

[77] Chiarisco qui le mie idee circa la differenziazione tra privilegio e norma eccezionale e il concetto di quest'ultima (v. *amplius Ius singulare* citato). Il privilegio non è norma giuridica, perché manca del carattere di astrattezza, che, insieme col carattere di generalità, forma un elemento di individuazione della norma di diritto: anche quando riguardi una categoria di persone, come nel caso nostro, la concessione di privilegio si distingue per il suo carattere effimero (nel caso nostro, la concessione decade con la morte dell'imperatore). La norma eccezionale è invece una norma giuridica (quindi munita dei requisiti di astrattezza e generalità), ma con applicazione limitata rispetto ad una norma giuridica avente una sfera di applicazione piú estesa. Norma eccezionale è, insomma, la categoria delle norme limitatrici del dirito comune: territoriali, temporali, speciali (queste ultime ristrette a certi determinati tipi di rapporti o a certe determinate categorie di soggetti o di oggetti giuridici).

[78] *Retro* n. 7.

dal restante patrimonio poté avere una rilevanza di carattere amministrativo o contabile, ma non certo una rilevanza giuridica, ché tutto il sistema giuridico patrimoniale romano dimostra l'esistenza, nel diritto romano, del principio dell'unicità del patrimonio. Nel caso delle persone *alieni iuris*, invece, pur essendo, a rigore, ancora pienamente applicabile il principio dell'unicità del patrimonio, esigenze pratiche consigliarono l'adozione di regimi speciali per i *peculia*.

È probabile che, se non vi fosse stata la concessione di Augusto, il *peculium* del *filius familias miles* non avrebbe mancato di assumere rilevanza e sarebbe stato concepito non diversamente da quello del *filius familias* non militare: complesso di beni sui quali la *concessio* paterna autorizza il figlio ad esercitare atti di disposizione, oltre che di amministrazione. La costituzione di Augusto venne invece a concedere ai *filii familiarum milites* qualcosa di piú e di diverso: il potere di disporre di detti beni *inter vivos* e *mortis causa*, sin che, almeno, rimanessero sotto le armi. Per conseguenza, non è credibile che il *peculium in castris adquisitum*, pur quando fece il suo ingresso nel mondo del diritto, si sia potuto avvicinare senz'altro agli ordinari *peculia* dei figli di famiglia: ostacolava questo ravvicinamento non tanto il regime diverso, quanto il fatto che la concessione non beneficiava per sempre il *miles*, ma solo per il periodo in cui egli si trovasse sotto le armi. Di qui il carattere puramente provvisorio, di comodo, che dovette avere la concessione imperiale anche dopo Nerva e Traiano; essa era una facoltà accordata benignamente ai *milites alieni iuris*, in riconoscimento dei pericoli corsi per conquistarsi qualcosa *in castris* ed in vista della materiale grande difficoltà di ricondurre l'*in castris adquisitum*, durante la milizia, nella sfera di azione paterna [79].

Fu Adriano a porre le condizioni per un ravvicinamento tra il *peculium* e il nostro istituto, a fare del nostro istituto un peculio speciale, un *peculium castrense*. Ciò avvenne mediante la disposizione per cui il *filius familias* poté fare testamento relativamente all'*id, quod in castris adquisiverit*, anche da veterano [80]. Da allora il diritto sull'*in castris adquisitum*, acquistato una volta, piú non si perdette dal *filius familias miles* ed il potere del *pater* fu ridotto ad un diritto di proprietà

[79] V. *amplius* sul tema la trattazione del FITTING, *Castrense peculium* cit. 92 s. (§§ 14-18).

[80] Cfr. Inst. 2.12 pr. e, per una implicita conferma del diritto dei veterani, Gai 2.106, Inst. 2.10.9, D. 49.17.19.2, D. 49.17.17.1, D. 29.1.23, D. 28.1.20.2, D. 28.3.6.13, D. 29.1.13.1, D. 29.7.9, D. 37.11.1.8, D. 35.2.18 pr., D. 30.114 pr.

allo stato di quiescenza che sarebbe tornato a farsi valere nel solo caso che il *filium familias* fosse morto intestato [81].

15. — È con riguardo a questa evoluzione (da noi molto sommariamente descritta), per cui l'*in castris adquisitum* venne ad integrare una sorta di peculio speciale, il quale fu detto *peculium castrense*, che può finalmente apparirci chiaro il perché dell'ampliamento nell'oggetto del nostro istituto, operato non con una brusca riforma imperiale, ma mediante la progressiva opera della giurisprudenza classica.

Se il regime giuridico del *peculium castrense* fu, nel diritto classico, sensibilmente diverso da quello degli altri *peculia*, pure una analogia strutturale sempre piú notevole si impose tra i due istituti, sopra tutto con la riforma di Adriano circa i *veterani*. La giurisprudenza romana venne evidentemente colpita, a partire da Adriano, dalla circostanza che il *peculium in castris adquisitum*, ora che continuava nel *miles* sino alla morte (o sino al suo divenire *sui iuris*), era, in fondo, strutturalmente un *peculium* come gli altri, anche se sottoposto ad un regime specialissimo, di eccezione. Vero è che la *concessio* non derivava dal padre, ma dal diritto obbiettivo, e che per conseguenza il padre non poteva esercitare l'*ademptio*, ma i beni del *peculium castrense* non si sottraevano in ultima analisi al regime degli ordinari beni peculiari: morto intestato il *filius familias* essi tornavano a far parte del patrimonio paterno *iure peculii*, non *iure hereditatis* [82].

Io presumo — e non credo di discostarmi dal vero — che la giurisprudenza romana, trovandosi a dover accogliere nel sistema del diritto il novello istituto imperiale, sia stata colpita dalla analogia strutturale di esso con i *peculia* ed abbia infulcrato su questo punto la sua elaborazione. Il *peculium in castris adquisitum* entrò a far parte della famiglia dei *peculia*, anche se come *peculium* speciale, come *peculium castrense*; ed incominciò cosí, tra i due istituti, un'opera di reciproco influenzamento, che doveva portare, da un lato, all'ammissione dei donativi fatti *eunti in militiam* nel *peculium castrense*, dall'altro lato, alla sovrapposizione (ma solo in epoca postclassica) del regime del *peculium castrense* al regime dei *peculia* ordinari [83].

[81] Sul regime giuridico, classico e postclassico, cui fu sottoposto il *peculium castrense*, v. BONFANTE, *Corso* cit. 1.97 s., 104 s.

[82] Cfr. D. 49.17.2 (Ulp. 67 *ad ed.*).

[83] È quindi alla concezione, tipicamente postclassica, dei *peculia* come patrimoni separati dei figli. Cfr. BONFANTE, *Corso* cit. 1.104 s.

È lecito pensare che anche a Roma larga fosse l'usanza di far donativi al *filius familias* in partenza per il campo, per metterlo in condizioni di poter vivere, come sarebbe stato necessario, con una certa autonomia. Il problema si pose, alla giurisprudenza romana, proprio per questi *dona eunti in militiam facta*: dovevano essi essere ammessi a far parte del *peculium* ordinario, o non dovevano essi piuttosto integrare il *peculium castrense?*

Il concetto romano di *peculium* era quello di patrimonio di scopo. Sorta, per il *filius familias miles*, la possibilità di costituire un *peculium castrense* accanto al *peculium* ordinario, la giurisprudenza ragionò nel senso che dovessero far parte di questo peculio speciale non solo i *bona in castris adquisita*, ma anche i beni ricevuti dal *filius familias miles* per servire alla sua vita militare. Solo cosí poté farsi una netta separazione tra *peculium* del *filius familias*, in quanto civile, e *peculium* del *filius familias*, in quanto militare.

È una ipotesi, questa, che spiega con sufficiente chiarezza il fondamento della evoluzione giurisprudenziale, che portò — nel corso del diritto classico — all'allargamento dell'oggetto del *peculium castrense*. Il quale allargamento, ripeto, non fu determinato da una riforma imperiale, ma dall'elaborazione dei giuristi, basata sulla analogia strutturale indubbiamente esistente, a datare da Adriano, tra *peculium* ordinario e *castrense peculium*.

# I « GLADIATORES » E L'« AUCTORAMENTUM »

1. — La mia congettura, esposta in un saggio su Spartaco [1] e richiamata in uno scritterello di poco successivo [2], secondo cui l'*auctoramentum* che subordinava il *gladiator* al *lanista* era praticabile e forse praticato non solo da uomini liberi, ma anche da schiavi, non ha convinto, fra gli altri, C. Sanfilippo e O. Diliberto. Il primo, in un suo elegante articolo, tanto sobrio quanto incisivo, contesta radicalmente che l'*auctoratus* potesse essere un *servus* [3]: dunque la mia ipotesi è per lui incredibile. Il secondo, in una piú lunga monografia sull'*auctoramentum*, giudica l'ipotesi priva di sostegno nelle fonti e perciò, riferisco, « plausibile solo in via ipotetica » [4].

Le critiche dei due autori, degne di attenta meditazione, mi inducono a riprendere brevemente un tema, che, nelle precedenti circostanze, avevo ancor piú brevemente trattato. E dico subito che esse non mi hanno convinto [5].

Lo scopo di queste mie note è pertanto di dimostrate: *a*) che lo « status » di « *auctoratus* », per quel che traspare dalle poche fonti di cui disponiamo, era uno « status » a sé stante, non inquadrabile entro altre categorie piú generali, di subordinazione personale di un uomo ad un altro uomo, avente quest'ultimo i requisiti della capacità giuridica; *b*) che il fatto causativo della condizione di *auctoratus* consistette in un atto a carattere eminentemente sacrale, compiuto con l'adesione di chi fosse de-

* In *Labeo* 29 (1983) 7 ss.

[1] A. Guarino, *Spartaco. Analisi di un mito* (1979) 147 ss.

[2] A. Guarino, *Spartaco professore?*, in *Labeo* 26 (1980) 325 ss.

[3] C. Sanfilippo, *Gli « auctorati »*, in *St. Biscardi* 1 (1982) 181 ss.

[4] O. Diliberto, *Ricerche sull' « auctoramentum » e sulla condizione degli « auctorati »* (1981) *passim*, ma spec. 81 ss. V. anche la rc. di R. Ganghofer, in *RHD*. 60 (1982) 450 ss.

[5] Non si pronuncia sulla mia ipotesi, nella sua acuta « lettura » del mio libro, G. Stampacchia, *La rivolta di Spartaco come rivolta contadina*, in *Index* 9 (1980) 99 ss.

stinato ad acquistare la disponibilità dell'*auctoratus*: atto usualmente denominato « *auctoramentum* » [6], atto solitamente (ma non necessariamente) utilizzato per il vincolamento del *gladiator* al *lanista*, atto ben distinto dalla *locatio servi*, o dalla *locatio operarum* (*suarum*), o da qualunque altro piú o meno analogo negozio; *c*) che esistono non solo forti ragioni di verosimiglianza, ma anche taluni indizi concreti, della prassi per cui mediante *auctoramentum* di se stessi si subordinavano direttamente al *lanista*, per le esigenze dell'arte gladiatoria, non solo i *gladiatores* liberi e *sui iuris*, ma anche quelli *alieni iuris* o di condizione servile.

2. — Cominciamo col mettere ben in chiaro che lo « status » di « *auctoratus* », per quel che traspare dalle poche fonti di cui disponiamo, era uno « status » a se stante, non inquadrabile entro altre categorie piú generali, di subordinazione personale di un uomo ad un altro uomo, avente quest'ultimo i requisiti della piena capacità giuridica.

Che la persona cui si subordinava l'*auctoratus* fosse in ogni caso un soggetto « pieno » (cioè libero, cittadino romano e familiarmente autonomo) non è, per verità, asserito da nessuna fonte. Ma ciò è anche perché la cosa è da ritenere ovvia, almeno sino a prova contraria [7]. Tengo solo ad aggiungere che, se è vero che l'*auctoratus* non era sottoposto ad un potere identico o strettamente affine alla *patria potestas*, nulla impedisce di ritenere, anche se mancano testi che lo confermano, che titolare del potere sull'*auctoratus* stesso potesse essere anche una *mulier* [8].

Ma ecco il punto. Qual era la natura giuridica del potere sull'*auctoratus*?

È noto che W. Kunkel ha sostenuto, argomentando da Serv. *in Aen.* 11.558, che l'*auctoratus* era un *liber in mancipio*, piú precisamente

[6] Per una bibliografia sull'*auctoramentum*: DILIBERTO (nt. 4) 1 nt. 1.

[7] In questo senso, v. per tutti: B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (1979) 406 nt. 280, 410 nt. 293.

[8] Il punto non è stato mai messo in chiaro, per quel che mi risulta, dalla dottrina romanistica, che è abituata sin troppo a ragionare in termini di soggetti giuridici di sesso maschile, dunque in termini di padri e padroni. Tuttavia, a parte il fatto che mancano indicazioni in senso contrario, se è vero (cfr. Gai 3.199, *infra* n. 7) che l'*auctoratus* era posto sullo stesso piano, nell'ipotesi di *furtum*, del *iudicatus* (oltre che del *filius familias* e della *mulier in manu*), non va sottovalutato che l'*addictio* poteva essere fatta anche a favore del creditore di sesso femminile.

il figlio alienato *iure vendendi* dal *pater* ad altro *pater familias* [9]: il che, se fosse esatto, escluderebbe le *mulieres*, pur se familiarmente autonome, dalla possibilità di essere titolari del potere sull'*auctoratus*. Tuttavia la teoria del Kunkel non solo ha creato evidente imbarazzo al suo autore, quando si è trattato di spiegare l'*auctorare se* del gladiatore (quanto meno del gladiatore munito di capacità giuridica) [10]. Essa è stata, inoltre, tanto efficacemente criticata dal Sanfilippo [11] e dal Diliberto [12], che mi ritengo autorizzato, rinviando a questi autori, ad accantonarla senza esplicitamente discuterla.

Escluso lo « status » di *liber in mancipio*, non si può d'altronde pensare allo « status » di *servus*. Il che va detto non solo e non tanto perché in Gai 3.199, su cui dovremo ritornare, l'*auctoratus meus* figura come una libera persona, ma anche e sopra tutto perché da varie fonti risulta che i gladiatori e gli *auctorati* (da intendersi come *auctorati depugnandi causa*), se giuridicamente capaci (o almeno se *liberi* e *cives Romani*) [13], furono, in vari momenti, privati di diritti che non spettavano certamente agli schiavi: probabilmente del diritto di *postulare pro aliis* [14], presumibilmente del diritto di accusare *publico iudicio* [15], certa-

[9] W. Kunkel, « *Auctoratus* », in *Symb. Taubenschlag* 3 (1957) 207 ss. Sul passo di Servio v. *infra* nt. 40 e 41.

[10] V. Kunkel (nt. 9) 221, di cui non convincono i cenni sulla auto-mancipazione.

[11] Sanfilippo (nt. 3) 189 s.

[12] Diliberto (nt. 4) 71 ss.

[13] Giustamente esclude il Diliberto (nt. 4) 13 nt. 22, la rilevanza in materia di CIL. 11.6528 (= ILS. 7846), iscrizione di Sarsina, da cui risulta che *Hora(tius) Balb(us)* ha donato un luogo di sepoltura ai suoi concittadini « *extra au(ct)orateis et quei sibei (la)queo manu attulissent et quaei quaestum spurcum professi essent* ». Dall'epigrafe (comunque non conservata) risulta che gli *auctorati* (e cosí pure i suicidi e i compromessi in un *quaestum spurcum*) non godevano di apprezzamento sociale, ma non risulta che fossero giuridicamente limitati. Meno persuasivo è il tentativo del Diliberto di contestare l'integrazione di « *auctorateis* », fatto all'evidente scopo di salvare dalla disistima sociale coloro che non fossero *auctorati depugnandi causa*. Anche se è vero che si poteva essere *auctorati*, e non in maniera disonorevole, per motivi diversi dal ludo gladiatorio, è piú che probabile che la gran parte degli *auctorati* fossero proprio i gladiatori e che, pertanto, a questi ultimi si riferisca « *auctorateis* » nell'iscrizione di Sarsina.

[14] Nell'elenco degli esclusi dal *postulare pro aliis*, che si legge in D. 3.1.1.6 (Ulp. 6 *ed.*), il gladiatore (o l'*auctoratus depugnandi causa*) non figura, ma figura *qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit*; d'altra parte D. 3.2.2.5 (Ulpiano *eod.*), illustrando l'elenco dei cosí detti *infames* dell'editto, precisa che nella frase « *qui in scaenam prodierit* » (tali le parole dell'editto) « *scaena est, ut Labeo definit, quae ludorum faciendorum causa quolibet loco, ubi quis consistat movea-*

mente del diritto di testimoniare nei *iudicia ex lege Iulia de vi*[16], di accedere al decurionato municipale[17], di sedere nei quattordici *gradus* del circo riservati agli equestri[18]. Restano disponibili quindi, almeno per i tempi storici, solo alcune analogie[19]: o quella con il *iudicatus-addictus*, oppure quella con il sottoposto a potere dominicale.

Entrambe le analogie sono suggerite dal citato Gai 3.199, ma sono analogie troppo vaghe per poter essere prese in determinante considerazione. L'analogia con l'*addictus*, particolarmente segnalata dal Sanfilippo[20] e prima di lui da A. Biscardi[21], trova il suo limite (cosí, giustamente, lo stesso Sanfilippo) nel fatto che il *iudicatus-addictus* è tale in forza di un provvedimento magistratuale, mentre l'*auctoratus* è tale in conseguenza di un atto rigorosamente privato, sia pur forse, e in certi casi, controllato dal tribuno della plebe[22]. A sua volta, l'analogia con il

*turque spectaculum sui praebiturus rell.* ». Considerata la decadenza pressoché totale, indiziata già da gran tempo, dei ludi gladiatorii in età giustinianea, l'interpolazione privativa è piú che probabile. Sul punto, da ultimo: ALBANESE (nt. 7) 506 nt. 93; DILIBERTO (nt. 4) 14 s., con altra bibl.

[15] In questo senso: SANFILIPPO (nt. 3) 188, con riferimento a Macer D. 48.2.2, testo che peraltro non è affatto esplicito.

[16] Cfr. Coll. 9.2.2 (Ulp. 8 *off. proc. s.t. ad l. Iuliam de vi publ. et priv.*): *... quive depugnandi causa auctoratus erit, quive ad bestias depugnare se locavit locaverit* ... Si aggiunga (pur se non può parlarsi, a rigore, di incapacità) che *qui auctoramento rogatus est ad gladium, (vel etiam illum qui operas suas, ut cum bestiis pugnaret, locavit)* poteva, se colto in flagranza di adulterio, essere ucciso seduta stante dal marito (*iure mariti*) in forza della *lex Iulia de adulteriis*: cfr. Coll. 4.3.2 (Paul. *sing. de adult.*).

[17] Tab. Heracl. 111 s.: *... queive depugnandei caussa auctoratus est erit fuit fuerit rell.* Si noti che l'incapacità si abbatte anche su chi non sia piú *auctoratus depugnandi causa*, ma lo sia stato in passato.

[18] Quint. *decl.* 302.

[19] L'analogia col *nexus* è astrattamente plausibile (v. però SANFILIPPO [nt. 3] 187), salvo che il *nexum* era, in epoca storica, a seguito della *lex Papiria* del 326 a. C., praticamente disapplicato. Meno plausibile l'analogia con il *redemptus ab hoste*.

[20] SANFILIPPO (nt. 3) 188: l'*auctoratus* si trovava, nei confronti del *lanista*, « in una situazione simile a quella dell'*addictus* ».

[21] A. BISCARDI, *Nozione classica ed origini dell' « auctoramentum »*, in *St. De Francisci* 4 (1956) 407 nt. 280.

[22] La presenza all'atto del tribuno della plebe è stata sostenuta, da ultimo, anche da F. FABBRINI, sv. « *Tribuni plebis* », in *NNDI.* 19 (1973) 815, mentre è stata posta in dubbio dal DILIBERTO (nt. 4) 4 nt. 2. Per quanto mi riguarda, non vedo motivo alcuno per mutare il pensiero espresso in GUARINO (nt. 1) 148. Né mi sembra che la eventuale assistenza del tribuno della plebe provi, come ritiene

*servus*, posta in luce dall'Albanese [23], dal Diliberto [24] e da altri [25], incontra il suo limite nel fatto che l'*auctoratus* può ben essere (anzi, secondo i miei avversari, sarebbe sempre) una persona libera, ed un potere « dominicale » su persona libera costituisce, sul piano strettamente giuridico, una contraddizione in termini [26].

Se l'« analogia iuris » consiste nella possibilità di ricondurre due casi o istituti tra loro ben distinti ad un principio giuridico (inespresso) valevole come progenitore plausibile sia dell'uno che dell'altro [27], il procedimento analogico in questi casi non è possibile per mancanza di quel minimo di omogeneità che pure occorre affinché due figure in qualche modo tra loro somiglianti si rivelino tra loro effettivamente apparentate. E non tragga in inganno il fatto che un notissimo passo di Petronio, pur

il SANFILIPPO (nt. 3) 184, che l'*auctoratus* fosse di necessità un uomo libero e cittadino. Proprio perché l'*auctoramentum* poteva essere prestato anche da stranieri (privi di *ius commercii*) o da schiavi, la sorveglianza dei *tribuni plebis* di Roma era opportuna.

[23] ALBANESE (nt. 7): « tutti gli *auctorati* (esclusi i soldati, naturalmente) furono oggetto di un potere dominicale ». Osserverei, peraltro, che la possibilità di un *furtum* dell'*auctoratus* non è prova del potere « dominicale »: da Gai 3.199 è affermato addirittura il contrario. Quanto a Petr. *Satir.* 117, vedi le esatte osservazioni del SANFILIPPO (nt. 3) 186 nt. 25.

[24] DILIBERTO (nt. 4) 63 ss., 70 ss.

[25] Contro la tesi dell'auto-vendita cosí come espressa da E. FLORES, *Selectarum de iuris elementis apud Manilium quaestionum capita duo*, in *RAArch. Napoli* 41 (1966) 247 ss., v. le puntuali repliche del SANFILIPPO (nt. 3) 186 s.

[26] È stato vigorosamente sostenuto che il *locator operarum* si riducesse, in virtú di questo contratto, *loco servorum*: F. M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori in diritto romano* (1963) *passim* e in numerosi scritti precedenti (tra cui cfr., in particolare: « *Locatio operarum* » e « *status* » *del lavoratore*, in *SDHI.* 27 [1961] 19 ss.). Personalmente ho sostenuto a mia volta, da vari decenni, che l'*obligatus* in genere e il *locator operarum* in specie si rendeva, pur essendo persona *sui iuris*, nei limiti delle obbligazioni su lui gravanti, oggetto del rapporto giuridico instaurato col *creditor*: A. GUARINO, *Dir. priv. romano*[6] (1981) 288 ss. (n. 26.6); ID., *Spirito del diritto del lavoro e materia del contratto individuale*, in *Dir. Giur.* 65 (1950) 3 ss. Tuttavia, che un *sui iuris* fosse oggetto di un rapporto da *locatio operarum* non significa che egli fosse perciò *servus* o *loco servi*: sebbene sia innegabile che sul piano sociale il lavoratore subordinato era largamente assimilato allo schiavo (o confuso con esso), non direi che sia altrettanto sicura e chiara un'assimilazione o confusione del genere sul piano della storia giuridica. Non condivido, ciò posto, la tesi del De Robertis secondo cui l'*auctoramentum* era una « clausola particolare aggiunta al contratto di locazione » (cfr. *Locatio operarum* cit. 34 s.). I due atti potevano aggiungersi l'uno all'altro, ma erano ben distinti e separati.

[27] GUARINO, *DPR.* (nt. 26) 68 s. (n. 6.2.1).

essendo da ritenere credibile ai fini della ricostruzione della formula dell'*auctoramentum*, qualifichi piú volte *dominus* colui cui l'*auctoratus* si subordina: la fonte atecnica di cognizione rappresentata da Petronio (per di piú da un Petronio dichiaratamente satirico e satiricamente iperbolico) non è fatta per dare nelle valutazioni giuridiche (nel caso nostro, nella qualificazione di *dominus*) quello stesso affidamento che può meritare nella riproduzione di una formula d'uso [28]. Questo il motivo per cui, riferendomi alla nozione generale (e generica) di *possessio* (e non certo a quella di *possessio ad usucapionem* o di *possessio ad interdicta*), io mi sono azzardato, a suo tempo, senza spingermi oltre, a dire che il *lanista* (il quale, si badi, poteva esercitare l'*actio furti* contro chi gli sottraesse subdolamente l'*auctoratus* di condizione libera) aveva sull'*auctoratus* « una sorta di *possessio* » [29].

La condizione dell'*auctoratus* era, in conclusione, mi si perdoni la definizione tautologica, quella di un *auctoratus*. Una situazione di subordinato (al *lanista* se gladiatore, ad altri soggetti giuridici se non gladiatore), che è da ritenere fosse particolarmente intensa, ma che non può essere decisivamente avvicinata ad altre situazioni conosciute dal diritto. Vi è addirittura a chiedersi se questo « status » sociale, pur essendo per certi riguardi preso in considerazione di striscio dal diritto [30], fosse determinativo di un rapporto, tra *auctoratus* e controparte (ed eventualmente anche terzi), giuridicamente rilevante. Al che aiuta a dare risposta (negativa, come vedremo), se non erro, quanto passerò subito a dire in ordine al fatto causativo della condizione di *auctoratus*.

3. — Il fatto causativo della condizione di *auctoratus* consistette, lo ripeto, in un atto a carattere eminentemente sacrale, compiuto con l'adesione di chi fosse destinato ad acquistare la disponibilità dell'*auctoratus*. Atto usualmente denominato « *auctoramentum* ». Atto solitamente (ma non necessariamente) utilizzato per il vincolamento del *gladiator* al *lanista*. Atto ben distinto dalla *locatio servi*, dalla *locatio operarum suarum*, o da qualunque altro piú o meno analogo negozio.

[28] Su Petr. *Satyr.* 117, v. DILIBERTO (nt. 4) 11 s. e *passim*. V. anche *retro* nt. 23.

[29] Al SANFILIPPO (nt. 3) 188 il mio rilievo (che poi è una costatazione) sembra « troppo vago e giuridicamente generico ». Ma non è altrettanto vago e generico sostenere (cfr. p. 187 s.) che l'*auctoramentum* va inserito, per cosí dire, tra le *variae causarum figurae*?

[30] *Retro* nt. 15-18.

Va a merito del Kunkel [31], e dopo di lui del De Robertis [32], l'avere efficacemente sottolineato che la condizione di *auctoratus* non derivò in Roma antica solo dall'*auctoramentum*, e in particolare dall'*auctoramentum* gladiatorio. Il motivo è stato felicemente ripreso e valorizzato dal Diliberto, il quale ha sopra tutto insistito sulla probabilità che alle origini l'*auctoramentum* fosse anche una particolare forma di *sacramentum militiae* prestato in vista di attività militari speciali [33]. Quello che a me qui interessa non è, peraltro, di seguire tutte le tracce, quale piú quale meno visibile, che le fonti ci offrono. Significativi, anche se (riconosciamolo) tutt'altro che decisivi, sono particolarmente gli indizi che seguono.

Primo indizio. Plin. *n. h.* 14.10, occupandosi della difficile coltivazione delle viti, si ferma sull'uso campano di « maritare » le viti ai pioppi e segnala che con questo sistema le viti giungono a tale rilevante altezza da terra, *ut vindemiator auctoratus robum ac tumulum excipiat* [34]. Il *vindemiator auctoratus*, cui l'uso assegna di tenere per sé (*excipere*) il legname che abbondantemente eccede in questo tipo speciale di coltura, non è un qualunque contadino, ma è un contadino ad alta specializzazione ed impegnato per un lavoro particolarmente difficile e pericoloso [35]. Plinio non dice se si tratta solo di un uomo libero o se può trattarsi anche di un *servus*. Certo è però che, se il nostro *vindemiator auctoratus* è un uomo libero, il vincolo che lo lega al padrone delle viti non è semplicemente quello derivante dalla *locatio operarum*, sia pure incrementata da clausole particolarmente impegnative per il *vindemiator*, ma è un vincolo aggiuntivo derivante da un atto di diversa natura [36].

Secondo indizio. Val. Max. 6.9.8, descrivendo la straordinaria car-

[31] *Retro* nt. 9.

[32] *Retro* nt. 26.

[33] DILIBERTO (nt. 4) part. 87 ss. Ma v. anche, tra gli altri, ALBANESE (nt. 7) 406 nt. 280.

[34] Plin. *n. h.* 14.10: *...In Campano agro populis (vites) nubunt, maritasque compleae atque per ramos earum procacibus bracchiis geniculato cursu scandentes cacumina aequant, in tantum sublimes ut vindemiator auctoratus robum ac tumulum excipiat, nulla fine crescendi.*

[35] Non è comunque del tutto evidente e sicuro che nel passo di Plinio si parli di *vindemiator auctoratus* con riferimento specifico ad un *auctoramentum* prestato da questi al padrone, anziché con riferimento generico al carattere di lavoratore specializzato e di fiducia del *vindemiator* stesso. *Auctoratus* può essere insomma (e forse lo è) usato solo in senso generico.

[36] Sui problemi della vendemmia, da ultimo: J. KOLENDO, *L'agricoltura nell'Italia romana* (1980) 40 ss., 203 ss.

riera che portò Publio Rupilio dai piú bassi gradini della scala sociale ai fasti del consolato, segnala che Rupilio in una prima fase si mise al servizio di una *societas publicanorum* (cioè *operas publicanis dedit*) e in una seconda fase, essendosi trovato al colmo dell'indigenza, provvide a se stesso *auctorato sociis officio*, cioè prestando alla società (*sociis*) un'attività di particolare impegno [37]. Anche qui sembra chiaro che l'*auctoratum officium* non derivi da una pura e semplice *locatio operarum* [38].

Terzo indizio. Verg. *Aen.* 11.557 s., descrivendo la scena in cui il re dei Volsci, Metabo, consacra a Diana la figlioletta Camilla, fa dire a Metabo: « *Alma, tibi hanc nemorum cultrix, Latonia virgo, / ipse pater famulam voveo* » [39]. Queste parole (in particolare: *ipse pater famulam voveo*) sono commentate da Servio cosí: *bene « ipse pater », quia auctoramenti potestatem nisi patres non habent* [40]. Ma Serv. auct. aggiunge: *In sacris tamen legitur posse etiam opera consecrari ex servis, usque dum solvatur caput hominis, id est liberetur sacrationis nexu (rell.)* [41]. Dal che si deduce che, nel pensiero degli scoliasti, l'atto di *auctoramentum*

[37] Val. Max. 6.9.8: *At P. Rupilius non publicanum in Sicilia egit, sed operas publicanis dedit. idem ultimam inopiam suam auctorato sociis officio sostentavit ab hoc postmodum consule leges universi Siculi acceperunt acerbissimoque praedonum ac fugitivorum bello liberati sunt. (rell.)*. Sul testo (nella lettura e nella interpretazione da me accolte: *idem*, non *id est*): DILIBERTO (nt. 4) 18 nt. 45 (con bibl., cui *adde*: M. R. CIMMA, *Ricerche sulle società di publicani* [1981] 84 s.), 21 ss.

[38] Contro una diversa interpretazione del KUNKEL (nt. 9), da ultimo: DILIBERTO (nt. 4) 22 nt. 56.

[39] È appena il caso di rilevare che Virgilio non accenna all'*auctoramentum*, ma parla di un *votum*, nel senso di consacrazione della figlia a Diana. D'altra parte la riferibilità all'*auctoramentum* è esclusa anche dal fatto che, essendo Camilla in fasce, non è pensabile che essa possa aver pronunciato i *verba auctoramenti*.

[40] Giustamente il DILIBERTO (nt. 4) 73 ss. e nt. 62, 82 ss. rimprovera al Biscardi e ad altri che lo hanno seguito (tra cui GUARINO [nt. 1] 148) di aver utilizzato per il commento di Servio all'Eneide un testo contratto (ed. Thilo et Hagen 2.545), che proviene da « una non corretta fusione tra il Servio autentico e il testo danielino o *Servius auctus* ». Ma le integrazioni del commento pubblicato tra il quarto e il quinto secolo dopo Cristo dal grammatico Servio (integrazioni edite, come è noto, da P. Daniel nel 1600), anche a voler negare che provengano da un « Urservius » anteriore e comune, sono generalmente accettate come attendibili non meno del testo-base di Servio: M. SCHANZ e C. HOSIUS, *Gesch. der röm. Literatur* 2[4] (1935, rist. 1967) 103 ss.

[41] Sulle parole che seguono (e che qui non interessano) bibl. in DILIBERTO (nt. 4) 83 nt. 110.

può consistere in una consacrazione agli dei di un proprio sottoposto, libero o schiavo, ed ha quindi natura sacrale [42].

Quarto indizio. Sen. *epist.* 37.1-2 parla dell'*auctoramentum* come forma di *sacramentum* e, riferendosi all'*auctoramentum* avente per oggetto « *uri vinciri ferroque necari* », afferma, con argomentazione piuttosto artificiosa su cui non è il caso di soffermarsi, che si tratta di un *auctoramentum* onestissimo quando si riferisce al servizio militare, mentre si tratta di *auctoramentum turpissimum* quando si riferisce ai combattimenti nell'arena [43]. Dunque, l'*auctoramentum* gladiatorio era, a rigore, una sottospecie dell'*auctoramentum depugnandi causa* (anche se talvolta veniva identificato con esso) [44] e non era l'unico e solo tipo di *auctoramentum*. Solo ad esso, o piú precisamente alla qualità di *gladiator*, si ricollegavano, come ha ben sostenuto il Diliberto [45], l'infamia e le altre minorazioni giuridiche [46].

Gli elementi qui sopra accennati (peraltro tutti assai vaghi) concorrono, in definitiva, nel farci intendere almeno questo: che il « *genus proximum* » dell'*auctoramentum* era un atto sacrale, che non aveva nulla a che fare con la *locatio* e con altri negozi giuridici piú o meno similari, ma che tra le varie esplicazioni dell'*auctoramentum* correvano forti « *differentiae specificae* ». Sicché, passando ora ad occuparci dell'*auctoramentum* gladiatorio, non possiamo e non dobbiamo farci influenzare oltre

[42] Non giustificate sembrano le parole del DILIBERTO (nt. 4) 83: « Appare, dunque, non del tutto convincente, essendo note le diverse tradizioni che fanno capo ai due diversi scolii (serviano e danielino), argomentare in tema di *auctoramentum* dall'esplicito riferimento agli schiavi contenuto in uno dei due ». Nulla di tutto questo. Con le avvertenze fatte *retro* nt. 39 circa il limitato valore indiziario dei versi di Virgilio e delle chiose dei suoi commentatori, i due scolii non si smentiscono a vicenda, ma concorrono nel darci una certa informazione.

[43] Sen. *epist.* 37.1-2: *Quod maximum vinculum est ad bonam mentem, promisisti virum bonum, sacramento rogatus es. deridebit te, si quis tibi dixerit mollem esse militiam et facilem, nolo te decipi, eadem honestissimi huius et illius turpissimi auctoramenti verba sunt: « uri, vinciri ferroque necari ». Ab illis, qui manus harenae locunt et edunt ac bibunt, quae per sanguinem reddant, cavetur, ut ista vel inviti patiantur: a te, ut volens libensque patiaris.* (*rell.*). Che in questo testo *auctoramentum* (per lo meno quello *honestissimum* del militare) sia inteso come sinonimo (o come « *species* ») del *sacramentum*, sembra abbastanza chiaro.

[44] Cfr. Tab. Heracl. 111 s. (*retro* nt. 17); Ulp. D. 3.1.1.6 (*sive depugnaverit, sive non*). Ma v. Gai. D. 3.2.3.

[45] DILIBERTO (nt. 4) 30 ss.

[46] V. però ALBANESE (nt. 7) 406 nt. 280.

misura dalle linee di fisionomia specifica che si intravvedono negli altri tipi di *auctoramentum*.

4. — Esistono, io dico, non solo forti ragioni di verosimiglianza, ma anche taluni indizi concreti, della prassi per cui mediante *auctoramentum* di se stessi si subordinavano direttamente al *lanista*, per le esigenze gladiatorie, sia i *gladiatores* liberi e *sui iuris*, sia anche quelli *alieni iuris* e di condizione servile.

Coloro che contestano questa mia affermazione [47] si fanno forti, come è ovvio, del fatto che il *servus* e il *filius familias* non potevano disporre di se stessi, essendo sottoposti rispettivamente al *dominus* e al *pater* [48]. Stranamente essi invece non mi oppongono gli scolii di Servio *ad Aeneidem*, in cui si legge che l'*auctoramentum* del *filius* e del *servus* spettava al *pater* o al *dominus*. Anzi il Diliberto, ritenendo che io abbia letto in Servio qualcosa che appoggi esplicitamente la mia tesi, si adopera a mettere in chiaro (non vedo bene con quale costrutto) che dello schiavo non parla il vero Servio, ma parla il Servius « auctus » del testo danielino [49].

Per me il commento di Servio vale solo a dimostrare, come ho detto dianzi, che l'*auctoramentum* era un atto sacrale e che poteva essere fatto anche dal *pater* o dal *dominus*. Certamente esso non si riferisce, ed è del resto pacifico, all'*auctoramentum depugnandi causa* e in particolare all'*auctoramentum turpissimum* dei gladiatori. Veniamo quindi all'obbiezione di fondo ed agli argomenti in cui, se ben vedo, essa si articola.

Primo argomento. « Se uno schiavo avesse potuto auctorarsi da sé a un *lanista*, si sarebbe con ciò sottratto alla *dominica potestas* del pa-

[47] Cioè il Sanfilippo e il Diliberto cit. *retro* nt. 3 e 4.

[48] L'ipotesi del *filiusfamilias* è trattata solo dal SANFILIPPO (nt. 3) 185, il quale però, pur ammettendo in astratto che un *pater* potesse destinare un *filius* all'attività gladiatoria, lo esclude in concreto, tanto più che in tal caso l'atto di assoggettamento « non sarebbe stato l'*auctoramentum*, bensí la *mancipatio* e quindi la situazione del figlio non sarebbe stata quella di *auctoratus*, ma quella di *mancipium* ». Ma C. LONGO (*Corso di dir. romano. Dir. di famiglia* [1934] 118 e 124), sul cui pensiero il Sanfilippo fa leva, aggiungeva che l'*in mancipio esse* produceva conseguenze di ordine personale e patrimoniale che non si riscontrano affatto nella condizione dell'*auctoratus*: quindi è chiaro che l'*auctoramentum* (prestato al *lanista* dal *filiusfamilias* o dal *liber in mancipio*) era tutta un'altra cosa, fornita di sua propria funzione.

[49] V. *retro* nt. 42.

drone; se avesse compiuto l'*auctoramentum* dopo essere stato mancipato al *lanista*, un tale atto sarebbe stato superfluo, perché egli sarebbe stato costretto ai ludi per ordine del suo nuovo *dominus* »[50].

Risposta. Non vi è dubbio che l'*auctoramentum* fosse da prestarsi dal *servus* al *lanista* in quanto suo *dominus* o in quanto suo *conductor rei* (o, aggiungo, in quanto *ususfructuarius* di lui); ma l'*auctoramentum* era un « di piú » di carattere sacrale, non giuridico[51], che impegnava lo schiavo (eventualmente contro elargizioni di speciali premi) a sottoporsi alla peculiare, difficile disciplina gladiatoria ed a combattere nel circo, anche sino all'ultimo sangue, se e quando il *lanista* avesse voluto[52]. Replicare che il *pati* (*uri vinciri ferroque necari*) era un « quid » cui lo schiavo era già costretto senza giuramento e che era interesse personale e vitale dello schiavo difendersi dall'avversario nell'arena, significa, direi, sorvolare sul fatto che nell'arena lo schiavo era chiamato a sfoggiare la complessa *ars gladiatoria*, senza di che sarebbe stato probabilmente spacciato a furor di pubblico[53].

Secondo argomento. L'*auctoratus* « era non soltanto un uomo libero, bensí anche un cittadino romano », perché il regime delle incapacità previste per lui (in quanto *gladiator*) lo implicava di necessità; anzi, l'*auctoratus* « era anche un *sui iuris* », perché un *filius familias* non poteva sottrarsi mediante il proprio *auctoramentum* all'autorità paterna e sarebbe stato dato dal *pater* al *lanista* mediante *mancipatio*[54].

Risposta. Il regime delle incapacità era previsto per il *gladiator* a scopo dissuasivo, se ed in quanto il *gladiator* fosse un uomo libero e cittadino, ma non escludeva che potesse essere *gladiator* anche un *alieni iuris* (o un *servus*). Sarebbe stata veramente strana la società romana, se avesse ammesso al turpe mestiere di gladiatore solo i suoi cittadini. Quanto a Gai 1.141, esso fa intendere (attraverso un « *plerumque* ») che la *mancipatio* di un *filius* al *lanista* (cui poi il *filius* avrebbe prestato

[50] SANFILIPPO (nt. 3) 183.

[51] GUARINO (nt. 1) 148: « extragiuridico ». Non vedo il perché dell'opposizione del SANFILIPPO (nt. 3) 187 nt. 31.

[52] Sul punto, da ultimo: G. VILLE, *La gladiature en Occident des origines à la mort de Domitien* (1981) 306 ss., con ampia documentazione.

[53] VILLE (nt. 52) 319 s.

[54] SANFILIPPO (nt. 3) 184 s., che richiama anche Gai 1.141, là dove dice che ai suoi tempi la *mancipatio filii* si faceva « *dicis gratia uno momento* », salvo che *ex noxali causa*.

*auctoramentum*) era certamente rara, ma, anche nell'età degli Antonini, non era del tutto fuori uso [55].

Terzo argomento. L'*auctoramentum* dell'età classica, pur presentando i segni della sua origine sacrale, mostra però « una serie di precise connotazioni giuridiche », tali da escludere la possibilità che potessero compierlo, privi come erano di soggettività giuridica, gli schiavi [56].

Risposta. A prescindere dai riflessi giuridici connessi alla qualità di *auctoratus*, l'*auctoramentum* non era causativo né di un rapporto giuridico assoluto, né di un rapporto giuridico relativo, e perciò, avendo solo carattere di istituto sacrale e sociale, è da ritenere che fosse pienamente accessibile (sino a prova contraria) ai *servi* ed ai *filii familias* [57].

Quarto argomento: le fonti. Le fonti di cui disponiamo deporrebbero per una netta distinzione tra *auctorati*, che avevano lo *status libertatis*, e *gladiatores*, che venivano invece dalla massa dei *servi* [58]. E a questo proposito, prima di andare avanti, direi che sia opportuno dare alle fonti uno sguardo non tanto fugace.

5. — Leggiamo anzi tutto Liv. 28.21, tutto dedicato al racconto relativo a P. Cornelio Scipione, il quale tornò nel 206 a Carthago nova per mantenere i *vota* fatti agli dei e per organizzarvi un ludo gladiatorio in memoria del padre e dello zio. Lo spettacolo gladiatorio, precisa Livio, non fu fatto con ricorso a quel tipo di persone che si è soliti procurarsi dai *lanistae* nei casi normali, cioè con schiavi prelevati direttamente dal palco di vendita o di uomini liberi dal sangue offerto a pagamento. Niente di tutto questo. Del tutto volontaria e gratuita fu la prestazione dei combattenti [59].

[55] V. *retro* nt. 48. Gai 1.141 (se genuino) dice esattamente: *In summa admonendi sumus adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere; alioquin iniuriarum tenebimur. ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento, nisi scilicet ex noxali causa mancipentur.*

[56] DILIBERTO (nt. 4) 81 ss.

[57] Per ciò che attiene ai *filii familiarum*, non credo che la cessione al *lanista* ne fosse operata, dai relativi *patres*, solo mediante trasferimento in condizione di *liberi in causa mancipii*. Piú probabile è che essi, agendo *iussu patris*, facessero la *locatio operarum* di se stessi: cosí come presumibilmente facevano spesso gli stessi *servi*.

[58] DILIBERTO (nt. 4) 85.

[59] Liv. 28.21.1: *Marcius inde in barbaros, si qui nondum perdomiti erant, sub ius dicionemque redigendos missus; Scipio Carthaginem, ad vota solvenda deis,*

È fuor di dubbio che Livio, nell'accennare agli spettacoli gladiatorii ordinari, cioè agli spettacoli organizzati dai *lanistae* o con ricorso alle « troupes » messe insieme dai *lanistae*, indica distintamente le due categorie da cui provenivano i gladiatori di professione: schiavi e uomini liberi. Non riesco tuttavia a capire per quale motivo si debba intendere che, secondo Livio, i *gladiatores* sarebbero solo i *servi de catasta*, mentre i liberi *qui venalem sanguinem habent* sarebbero, per implicito, gli *auctorati depugnandi causa*[60]. Livio, in realtà, parla di *gladiatores* sia per i *servi* che per i *liberi*[61], e non parla di *auctorati* né per gli uni né per gli altri, anche perché non era indispensabile l'*auctoramentum* affinché si esercitasse il mestiere di gladiatore, né tutti gli *auctorati depugnandi causa* erano di necessità *gladiatores*[62].

Per sostenere l'interpretazione qui contestata, il Diliberto[63] si appoggia ad un'altra fonte, posteriore di qualche secolo sia a Scipione, sia a Livio: il *Senatus consultum de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis* del 176-178 d. C.[64]. Ivi, nel quadro di una rigida disciplina di contenimento delle spese relative ai ludi gladiatorii, si legge (l. 59-61) che i sacerdoti provinciali non debbono rivolgersi per *gladiatores* ai *lanistae*, ma devono utilizzare i gladiatori riscattati presso i loro predecessori o quelli da loro stessi direttamente ingaggiati, trasmettendoli poi ai loro successori a prezzo tale da non guadagnarci: *Sacerdotes quoque provinciarum, quibus nullum cum lanistis negotium erit, gladiatores a prioribus sacerdotibus susceptos vel sibimet auctoratos recipiunt, at post editionem ex pretio in succedentes transmittunt; neque singulatim aliquem rei gladiatoriae causa vendat plure quam lanistis est pretium persolutum*[65].

Ora, dove mai si trova, in questo dettato, la distinzione tra *gladiatores* schiavi e *auctorati* liberi? L'unica distinzione che vi si incontra è quella tra *gladiatores* (liberi o schiavi) che i sacerdoti hanno riscattato

*munusque gladiatorium quod mortis causa patris patruique paraverat edendum, rediit. Gladiatorium spectaculum fuit non ex eo genere hominum ex quo lanistis comparare mos est, servorum de catasta ac liberorum qui venalem sanguinem habent; voluntaria omnis et gratuita opera pugnantium fuit.* (*rell.*).

[60] Così DILIBERTO (nt. 4) 59 s.

[61] In ogni caso tutto il *munus* è definito *gladiatorium*.

[62] *Retro* n. 3.

[63] DILIBERTO (nt. 4) 60.

[64] CIL. 2 *Suppl.* 6278 (*FIRA.* 1².294 ss.).

[65] Per la letteratura relativa: DILIBERTO (nt. 4) 10 nt. 15, 57 nt. 20.

dai loro predecessori e *gladiatores sibimet auctoratos*[66] dai sacerdoti stessi, i quali poi trasferiranno *ex pretio* tutti i gladiatori loro rimasti in vita e validi ai sacerdoti che gli subentreranno. Il testo non lo dice esplicitamente, ma, per quel che vi si legge, autorizza a pensare che tutti i *gladiatores*, tanto di condizione libera quanto di condizione servile, potessero essere *auctorati*.

Il senatoconsulto *de ludibus gladiatorum* è piuttosto molto importante, come bene ha visto il Diliberto[67], perché conferma che i *gladiatores* potevano, anche se liberi, formare oggetto di vendita (cioè, preciso, di *emptio venditio*). Questo agevola notevolmente la comprensione di due notissimi passi di Gaio, il 3.146 e il 3.199.

6. — Gai 3.146: *Item* [*quaeritur*] *si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos qui integri exierint pro sudore denarii viginti mihi darentur, in eos vero singulos qui occisi aut debilitati fuerint denarii mille, quaeritur, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. et magis placuit eorum qui integri exierint locationem et conductionem contractam videri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione. iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint.*

Questo non è il luogo per discutere il problema della retroattività della *condicio* in diritto romano o per affrontare il quesito circa la distinzione tra *locatio conductio* ed *emptio venditio*[68]. Quel che qui importa è di rilevare che il contratto fra Ego e Tu è un *contractus* obbligatorio *sub condicione* (si vedrà al momento del verificarsi della condizione se di *locatio conductio* o di *emptio venditio*) avente ad oggetto dei *gladiatores*. Si tratta di *gladiatores* di condizione servile, cioè di oggetti giuridici per definizione, o si tratta anche, indifferentemente, di *gladiatores* di condizione libera? E perché, almeno in ordine ai *gladiatores* liberi, non si precisa che si tratta di *auctorati*?

L'ultimo periodo del paragrafo gaiano (*iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint*) inviterebbe a ritenere

[66] Non vi è dubbio che anche *auctoratos*, cosí come il precedente *susceptos*, si riferisca a *gladiatores*.

[67] DILIBERTO (nt. 4) 62.

[68] Per la vastissima letteratura sul passo: DILIBERTO (nt. 4) 57 nt. 17. V. in particolare: J. A. C. THOMAS, *Gaius and the Gladiators*, in *Homen. Sanchez del Rio* (1967) 151.

che la questione si faccia solo riguardo a gladiatori schiavi, che sono appunto annoverati tra le *res*: si spiega, dunque, che vari autori riferiscano Gai 3.146 ai soli gladiatori di condizione servile[69]. Ma, a prescindere da quanto suggerisce il senatoconsulto *de ludibus gladiatorum*, bisogna obbiettare che Gaio non distingue: i suoi *gladiatores* possono essere anche di condizione libera. E siccome la fattispecie contempla la iniziale *traditio* dei *gladiatores* da Ego a Tu, è chiaro che Ego ha dei *gladiatores* stessi una peculiare « disponibilità », è pensabile cioè che i *gladiatores* siano a lui subordinati per *auctoramentum*.

Seneca, Orazio e Petronio[70] concorrono, come sappiamo, nel farci conoscere con sufficiente sicurezza la formula-tipo dell'*auctoramentum* gladiatorio. Essa, come ho già segnalato altrove[71], era: « *iuri per* (e qui figurava l'indicazione della divinità chiamata a punire il dichiarante in caso di spergiuro) *me uri, vinciri, verberari, virgis ferroque necari et quidquid aliud iusseris vel invitum me pati passurum* ». L'impegno non comportava soltanto il combattimento con chi avesse indicato il *lanista*, ma tutta la greve fatica dell'allenamento in un *ergastulum*, ed era, lo ribadisco, un impegno sacrale (dunque accessibile a liberi e a schiavi), che superava di gran lunga l'obbligo dello schiavo di obbedire al suo *dominus* (o all'*ususfructuarius*, o al *conductor servi*) e ancor piú l'obbligo del *locator operarum* di fare ciò che gli chiedesse il datore di lavoro. Si trattava insomma di un impegno essenzialmente verso una divinità: di un impegno che, anche se presumibilmente tenuto vivo, per schiavi e per liberi, da elevati premi e da altri vantaggi, non era collegato, nel caso dei liberi, alla *merces* della *locatio operarum* e comportava, nell'ipotesi di inadempimento, una reazione non del *lanista* (o di chi altro avesse raccolto l'*auctoramentum*), ma (per il pratico tramite, sia pure, del *lanista*) della divinità interessata[72].

Nel caso del *gladiator* di condizione libera, l'*auctoramentum*, pur non assegnando alcun potere giuridico al *lanista*, poneva egualmente l'*auctoratus*, almeno sin quando non avesse l'ardire di venir meno al giuramento, nella sfera di pratica disponibilità del *lanista*. Nessuna difficoltà può esservi nell'ammettere che l'*auctoratus*, se di condizione libera, potesse essere oggetto di *furtum*, anche se Gai 3.199, che lo afferma, ha tutta l'aria di essere glossato.

[69] Per tutti: BISCARDI (nt. 21) 122; DILIBERTO (nt. 4) 57.
[70] Sen. *ep.* 37.1; Hor. *sat.* 2.7.58-59; Petron. *Satyr.* 117.
[71] GUARINO (nt. 1) 148.
[72] Sull'eventuale intervento del tribuno della plebe, *retro* nt. 22.

Gai 3.199: *Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sint, sive etiam uxor quae in manu nostra sit, sive etiam iudicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit.*

Che il discorso sia in un curioso disordine sintattico è evidente: il che ha dato luogo, in dottrina, a considerazioni varie, spesso tra loro contrastanti, che qui non è il caso di analizzare [73]. A mio avviso, Gaio limitava l'esempio alla *subreptio* di *liberi in potestate*, cioè al caso usualmente indicato dalla giurisprudenza [74] e riferito altresí, unico e solo, nel passo corrispondente delle Istituzioni di Giustiniano [75]. Poco probabile è che il giurista citasse anche il caso della *mulier in manu*: ciò perché non si spiegherebbe nel suo discorso l'assenza del caso ben piú pertinente dei *liberi in mancipio* [76]. Meno probabili ancora gli esempi dell'*iudicatus* (*meus*?) e dell'*auctoratus meus*: esempi portati in discorso con un modo espositivo tanto diverso da quello relativo ai casi precedenti.

Il paragrafo gaiano ha tutta l'aria, insomma, di essere stato arricchito negli esempi da un glossatore (o forse da piú di un glossatore) erudito [77]. Ad ogni modo, pur se la forma suggerisce il glossema, la sostanza è genuina e non sarebbe serio contestarla. Nemmeno sarebbe serio, peraltro, dedurne rigidamente che poteva essere *auctoratus* solo chi fosse di condizione libera.

7. — Questo studio tuttavia, pur nella limitatezza dei suoi interessi e delle sue argomentazioni, contiene, mi auguro, una sollecitazione che va oltre il tema dei gladiatori e dell'*auctoramentum*.

La sollecitazione è ad operare un raccordo piú stretto, nello studio della società romana, tra le situazioni di fatto e le esigenze del diritto. Piú di una volta io, nel mio piccolo, questo invito l'ho rivolto agli storiografi non giuristi, affinché si rendano conto che una ricostruzione approfondita della storia di Roma non è possibile, o è almeno alquanto

[73] Per le discussioni sul testo, di cui nessuno può negare le evidenti sconnessioni: DILIBERTO (nt. 4) 64 ss. nt. 35-36. *Adde*: R. LAMBERTINI, *Plagium* (1980) 93.

[74] Cfr. D. 47.2.14.13 (Ulp. 29 *Sab.*), D. 47.2.38 (Paul. 9 *Sab.*).

[75] I. 4.1.9: *Interdum etiam liberorum hominum furtum fit, veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sit, subreptus fuerit.*

[76] Di diverso avviso: M. LAURIA, *Note sul possesso*, in *St. Solazzi* (1948) 783. Ma v. le repliche citate dal DILIBERTO (nt. 4) 64 nt. 35.

[77] In questo senso: S. SOLAZZI, *Appunti di critica gaiana* (1953), ora in *St. di dir. romano* 5 (1972) 457.

aleatoria, senza il contributo di esperienze del diritto romano. Ma non hanno del tutto torto quegli storiografi non giuristi che, a loro volta, accusano noi « romanisti » del difetto di non curarci abbastanza delle realtà sociali del mondo romano e di credere ostinatamente che il mondo romano funzionasse, sopra tutto nella cosí detta età classica, secondo le regole dettate del diritto: un diritto che, invece, « hésite sans cesse entre ses propres principes et le respect des réalités » [78].

Per quanto attiene al tema qui affrontato, circa la natura dell'*auctoramentum* gladiatorio e le *personae* (liberi o anche schiavi?) che solitamente lo prestavano, forse è meglio che mi ripeta, a scanso di equivoci.

Nessuno può seriamente negare che, al lume dei piú autentici principii del *ius Romanorum*, l'*auctoramentum* di uno schiavo, cioè di un essere privo di soggettività giuridica ed inquadrato nel novero delle *res mancipi*, fosse perfettamente inutile, se non addirittura contraddittorio con lo « status » di chi poteva essere dal suo padrone, anche venduto, maltrattato, ucciso: allo schiavo si dice « fa questo, fa quello », e lo schiavo è tenuto senz'altro a farlo (o son botte e magari peggio). Ma questa è teoria, anzi astrazione giuridica di jheringiana memoria. Teoria, oltre tutto, svalorizzata dalle stesse fonti giuridiche dell'età classica, le quali ci fanno sapere, per bocca di Gaio, che *hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire* [79].

La realtà degli ultimi due secoli della *respublica* democratica e dei tempi del *principatus* smentisce pienamente queste astrazioni. Gli schiavi non provenivano da una macchina distributrice e non erano tutti uguali [80]. Salvi i *vernae* nati in casa e quei pochi che direttamente pervenissero ai loro padroni dalla cattura in guerra, gli schiavi erano materiale di pregio che si comprava al mercato e che (ne rimane la traccia fortissima nell'editto degli edili curuli) si valutava capo per capo accuratamente: in base all'età, alle condizioni fisiche, alla intelligenza, alle inclinazioni di carattere, alla mancanza di *vitia animi* e via dicendo [81]. Se per quelli destinati alle *familiae rusticae* le esigenze dei compratori erano relativamente limitate (e piú basso era, ovviamente, il prezzo di mercato),

[78] J. RAMIN e P. VEYNE, *Droit romain et société: Les hommes libres qui passent pour esclaves et l'esclavage volontaire*, in *Hist.* 30 (1981) 491 nt. 119.

[79] Gai 1.53. Cfr. Ulp. D. 1.6.2.

[80] Da ultimo: J. GAUDEMET, *Esclavage et dépendance dans l'Antiquité: Bilan et perspectives*, in *T.* 50 (1982) 119 ss., con vasta bibliografia.

[81] Per tutti: G. B. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli* (1955) 5 ss., 44 ss.

per gli altri, destinati alla *familia urbana*, le esigenze (ed i prezzi corrispondenti) erano molto maggiori. Volendosi avviare questi schiavi a servizi specializzati, che richiedevano intelligenza e attitudini non meno che buona volontà, è evidente che nella contrattazione preliminare gli aspiranti compratori facevano entrare spesso e volentieri (« de facto », intendiamoci, non « de iure ») proprio gli schiavi, ed è presumibile che i servigi di questi lavoratori specializzati (dal cuoco al pedagogo, al medico, al contabile, all'eventuale amministratore) fossero conquistati, in concorrenza con altri aspiranti compratori, anche mediante la promessa di premi, di trattamenti speciali, di manomissione a scadenza data ed altri incentivi di varia sorta.

Io non credo proprio, insomma, che le compere di schiavi fossero fatte ad occhi chiusi, nella « arrière-pensée » del padrone: « Se questo schiavo non mi rende a sufficienza, lo ammazzo » (oppure, trattandosi di padrone meno cattivo: « lo rivendo a terzi » o « lo mando a faticare in campagna »). I Romani, sopra tutto se ricchi, ai soldi comprensibilmente ci badavano e non erano, pertanto, affatto inclini a pagar 100 per uno schiavo, nel dubbio di doverlo rivendere sul mercato a 60, o di doverlo utilizzare in compiti cui sarebbe bastato uno schiavuncolo da 30, o infine di doverlo ammazzare rimettendoci tutto il capitale.

Ebbene, l'attività gladiatoria, nell'ambito delle cosí dette *familiae gladiatoriae*, era un'attività non solo altamente specializzata, ma anche ed altrettanto pericolosa [82]. Non si trattava di entrare brutalmente nell'arena a menarvi in qualche modo le mani, ma si trattava di esercitare un'arte complessa e difficile, che richiedeva lunga istruzione, molto allenamento, sacrifici di ogni sorta [83]. Né si trattava di correre i rischi in fondo limitati del *bestiarius* (il corrispondente dell'odierno domatore di belve od anche, se si vuole, del moderno « matador »), ma si trattava di scontrarsi a parità di « chances » con uomini parimenti intelligenti, quindi pericolosi al massimo [84]. E si trattava infine, da bravi « professionisti », di rimettersi pienamente al *lanista* per lo spettacolo da dare e per l'avversario da affrontare. Uno schiavo si sarebbe mai piegato a tanto senza un particolare incentivo? A mio parere no. Non vi si sarebbe piegato,

[82] Sulle complesse *leges* dello spettacolo gladiatorio: VILLE (nt. 52) 403 ss. Sui pericoli di morte: ivi 323 ss.

[83] V. ancora *retro* nt. 52.

[84] Occorre aggiungere che, a differenza del toro nelle moderne tauromachie, l'avversario non aveva subito, come invece spesso oggi succede, un trattamento debilitante preventivo per perdere l'incontro?

allo stesso modo in cui non si sarebbe piegato un uomo libero senza un particolare compenso.

Guardiamo ora al *lanista*. Che cosa lo garantiva, sul piano del reale, dopo i sacrifici compiuti per ingaggiare i gladiatori, per istruirli, per allenarli al combattimento, che i gladiatori avrebbero effettivamente accettato il combattimento nei giorni e nei luoghi da lui stabiliti e si sarebbero inoltre battuti nel modo migliore? Non certo la prospettiva di un'azione giudiziaria contro il gladiatore di condizione libera o la prospettiva di una bastonatura da praticare al gladiatore di condizione servile. Non certo questo, ma un'altra cosa, che a sua volta era poco e molto nello stesso tempo. La garanzia emergente dal solenne *auctoramentum* sacrale, gravido di oscure minacce (tra cui la meno oscura era quella del disonore) per il caso di rifiuto del combattimento o di viltà nel combattimento [85].

Dato che l'atto sacrale era accessibile anche ai *servi*, dato che la situazione dei *gladiatores* (fossero liberi o schiavi) era di fronte ai rischi del combattimento la stessa, dato altresí che agli occhi del *lanista* (e di tutta la società romana) non era poi pienamente sicura la condizione di libero (e non di schiavo) o di schiavo (e non di libero) dei suoi gladiatori [86]; dato tutto ciò, perché voler chiudere gli occhi di fronte alla possibilità, anzi no, di fronte alla probabilità, alla grande probabilità che l'*auctoramentum* potesse essere richiesto dal *lanista* ad ogni tipo di gladiatori, quale che fosse il loro *status libertatis*?

[85] Un problema analogo si presentava ai Romani per gli schiavi avviati alla guerra, che erano solo i cosí detti *volones*, cioè volontarii allettati da promesse di concreti vantaggi: N. ROULAND, *Les esclaves romains en temps de guerre* (1977) *passim*. Si badi che i *volones* erano inquadrati e sottoposti a disciplina militare sulla base di un *sacramentum militiae* analogo a quello prestato dai militi di condizione libera.

[86] È appena il caso di ricordare che spesso gli schiavi si comportavano nell'attività giuridica come soggetti giuridici: GUARINO, *DPR*. (nt. 26) 306 ss. (n. 28.4); I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei « servi »* (1976) *passim*.

# IL « LEASING » DEI GLADIATORI

1. — Vi è un passo arcinoto delle *Institutiones* di Gaio, in tema di *gladiatores*, che, pur essendo stato innumerevoli volte discusso, ancora offre la possibilità (o mi sbaglio?) di una strizzata che ne faccia ricavare qualche altra stilla di succo [1].

Mi riferisco a Gai 3.146, in cui, avendo prima segnalato che in certe ipotesi è veramente difficile distinguere tra locazione e vendita [2], il giurista così si esprime:

Gai 3.146: *Item* [*quaeritur*] *si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. et magis placuit eorum qui integri exierint locationem et conductionem contractam videri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione, iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint* [3].

Tradotta in termini socio-economici, la fattispecie è fondamentalmente quella di un allevatore di atleti destinati ai ludi gladiatorii (si pensi al Lentulo Battiato, dalla cui palestra di Capua fuggirono Spartaco

* In *Index* 13 (1985) 461 ss. Comunicazione presentata al XIV Colloquio GIREA di Lecce (settembre 1983). Nelle more della stampa, l'articolo si è parzialmente incontrato con quello di G. Gatti, *Il « pactum displicentiae » nella vendita a prova e il contratto di « leasing » nel diritto romano*, in *St. Biscardi* 5 (1984) 289 ss.

[1] V. A. Guarino, *I « gladiatores » e l' « auctoramentum »*, in *Labeo* 29 (1983) 19 s.

[2] Gai 3.145: *Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio.* (*rell.*).

[3] Per la vastissima letteratura sul passo: O. Diliberto, *Ricerche sull' « auctoramentum » e sulla condizione degli « auctorati »* (1981) 57 nt. 17.

e i suoi compagni)[4], il quale fornisca una partita di gladiatori ad un *lanista*, ma può essere anche quella di un *lanista* che metta la sua « troupe » a disposizione di un certo impresario di giochi. L'intesa tra i contraenti è che per ogni *gladiator* restituito integro dopo il combattimento il *lanista* (o l'impresario) paghi venti denari, mentre per i *gladiatores* uccisi o *debilitati*, cioè resi permanentemente incapaci di avere le forze occorrenti al loro duro mestiere, i denari da pagare debbono essere mille ciascuno.

Si è verificata una locuzione o una vendita? L'opinione dominante (*magis placuit*) è che i gladiatori rimasti integri abbiano formato oggetto di una *locatio conductio*, gli altri abbiano invece costituito oggetto una *emptio venditio*. Dopo aver riferito questa opinione, Gaio aggiunge di suo che la soluzione (nel primo senso piuttosto che nel secondo) emerge dalle circostanze, quasi che la vendita o la locazione di ciascun gladiatore sia stata fatta sotto condizione.

2. — Con tutto il rispetto per Gaio e per i giuristi cui egli accorda fiducia, la soluzione giuridica non convince.

Il contratto si stabilisce qual è (locazione oppure vendita) al momento del *consensus in idem placitum*, non al momento in cui il ludo gladiatorio è avvenuto e si passa a fare l'inventario dei gladiatori superstiti. Né la *condicio* apposta al contratto migliora la situazione, perché essa non incide sulla struttura essenziale del negozio, ma precisa solo la circostanza futura ed incerta subordinatamente alla quale gli effetti negoziali si produrranno.

In altri termini, o il contratto sarà una *locatio conductio* di un certo numero di gladiatori contro una mercede di venti per ciascuno, se rimarranno integri, oppure sarà una *emptio venditio* di quel certo numero di gladiatori al prezzo di mille ciascuno, se non rimarranno integri. Non si può sapere prima quali e quanti gladiatori rimarranno integri e quali e quanti no, per quali e quanti gladiatori sarà da pagarsi il corrispettivo di venti e per quali e quanti quello di mille, per quali e quanti varranno « *ab initio* » le regole della locazione e non quelle della vendita.

Non insisto nei rilievi critici, sia per non ripetere inutilmente cose dette da altri, sia (e sopra tutto) perché è puerile non rendersi conto della situazione in cui si trova Gaio.

Nella sua operetta istituzionale, il nostro giurista è necessariamente

[4] Plut. *Crass.* 8.2.

schiavo degli schemi espositivi (e semplificativi) che egli stesso ha adottato [5]. Pur dandoci chiara prova, in altra opera, della sua piena coscienza che esistono e che hanno il loro peso altre « *variae causarum figurae* » [6], qui nelle *Institutiones* egli è legato alla dicotomia delle *causae obligationum* in *contractus* e *delicta* [7], alla riduzione dei *contractus* alle quattro categorie dei contratti reali, verbali, letterali e consensuali [8] e infine alla individuazione dei contratti consensuali nelle sole quattro figure tipiche della vendita, della locazione, della società e del mandato [9]. Del resto, la insufficienza di questi schemi egli non la nasconde del tutto: non solo quando segnala che vi sono casi dubbi tra locazione e vendita (in 3.145 già citato) [10], ma anche e proprio quando ci pone di fronte una fattispecie contrattuale, quella della *traditio gladiatorum*, che presenta tratti caratteristici della *venditio* e tratti caratteristici della *locatio*.

Insomma, pur se Gaio non lo dice a voce aperta, eccoci davanti ad un « contratto misto », a un contratto ippogrifo (o centauro, o sirena, o come altrimenti lo si voglia fantasiosamente chiamare), il quale ci dimostra ancora una volta che fanno male quei romanisti, i quali si ostinano a credere che la vita giuridica romana, e in particolare quella dei periodi preclassico e classico, davvero si svolgesse sui binari inflessibili di certi principî e di certe strutture. Come nella pratica della guerra i Romani badavano sino ad un certo punto alle regole dei manuali, ed erano maestri (cresciuti anche alla scuola di Annibale) di mille impensati espedienti, diversivi, trucchi, cosí penso che essi facessero, con l'esperto aiuto dei giureconsulti, nella pratica del diritto.

3. — Dirò di piú. La fattispecie della *traditio gladiatorum*, di cui in Gai 3.146, è un esempio « *ante litteram* » di quel contratto che i raffinati giuristi nostrani hanno scoperto solo di recente nel diritto anglosassone e che hanno importato in Italia (e in altri paesi dell'Europa continentale), lasciandogli la denominazione « doc » di « leasing » [11].

Il *leasing*, spiegano dottamente gli intenditori, dando un'occhiata

[5] A. GUARINO, *Storia del d. rom.*[6] (1981) 444.
[6] Gai. 2 *aur.* D. 44.7.1.
[7] Gai 3.88.
[8] Gai 3.89.
[9] Gai 3.135.
[10] *Retro* nt. 2.
[11] Sul « *leasing* »: V. BUONOCORE, sv. *Leasing*, in *NNDI. App.* (1983) 787 ss., con bibliografia.

in tralice ai manuali angloamericani (e non altrettanto al vocabolario inglese-italiano), no, non è una specie di locazione (« to lease ») [12], ma è una operazione di finanziamento (o anche di fornitura) diretta a consentire ad un imprenditore la immediata utilizzazione delle attrezzature che gli servono e ad assicurare al finanziatore (o fornitore) un giusto canone periodico, piú la proprietà delle attrezzature durante e dopo la utilizzazione, oppure un giusto prezzo per le attrezzature che l'imprenditore intende riscattare alla fine del periodo contrattuale [13].

È curioso, ma operazioni del genere si facevano anche presso di noi, sia pure su scala piú ridotta e bonaria, da secoli. Basti pensare ai « servizi per matrimoni », assicurati da premiate ditte dolciarie, che ci mettono il tovagliato, la posateria, le cibarie, le leccornie e le bevande varie, ritirando poi quello che resta e facendo pagare, che so, tante bottiglie di *whisky* o di *champagne* per quante ne sono state stappate.

Anzi perché non guardare (sempre con riferimento alla nostra colonia italica e alle sue usanze tribali) a quella istituzione della « plebe » napoletana che fa capo al c.d. « rammariello »? Questo provvido finanziatore, per favorire i matrimoni della povera gente pensa lui a tutto, su indicazione degli sposi: dal corredo di lei (compresi, in altri tempi, le brillanti pentole di rame, la « ramma », per la cucina) al mobilio di casa, agli abiti di festa dello sposo, al « trattamento » degli ospiti nella festa di nozze e persino, se si vuole, alla automobile utilitaria per la coppia. A ripagarlo dello speso e a corrispondergli il giusto compenso i coniugi provvederanno, sollecitati dai suoi poco rassicuranti cipigli, con i loro guadagni futuri (e se non provvederanno, tutto sarà ritirato e sparirà, come d'incanto, da un giorno all'altro) [14].

*Leasing* di *gladiatores*, dunque, in Gai 3.146. « *Leasing* operativo », cioè non basato su un finanziamento, ma su una fornitura. Contratto atipico, misto di locazione (che ne costituisce il paradigma dominante), di vendita e, chi sa, anche di altre figure convenzionali « innominate », cioè atipiche, prive di *nomen iuris*. E il risultato ci potrebbe appagare, se non restasse un dubbio da risolvere. I *gladiatores* di Gai 3.146 erano gladiatori in condizione servile o erano anche *gladiatores* liberi?

[12] V. tuttavia: P. RESCIGNO, *Diritto privato italiano*[5] (rist. 1983) 787 s. (« locazione finanziaria »).

[13] Per tutti: G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*[5] (1980) 819 ss.

[14] La conoscenza dell'istituto napoletano del « rammariello » si basa su una indagine (oggi si direbbe « sociologica ») che ho condotto « sul campo » trenta anni fa, rendendone conto in un documentario radiofonico.

4. — Alla domanda potrei rispondere, richiamandomi a mie precedenti ricerche, che i *gladiatores* di Gai 3.146 erano *gladiatores* [15].

Gaio non fa differenza tra liberi e schiavi perché è convinto quanto me, mi illudo, che l'*auctoramentum* gladiatorio fosse comune a liberi e schiavi e rendesse gli uni e gli altri strettamente subordinati ai voleri di chi ne avesse raccolto il giuramento. Per gente che aveva giurato « *me uri vinciri verberari virgis ferroque necari et quidquid aliud iusseris vel invitum me pati passurum* » [16], essere dati in locazione a terzi ed essere trattati, se morti o debilitati, come *res venditae* era cosa possibilissima, assolutamente ovvia. Sulla base di un impegno molto meno incisivo e altisonante i pugili, i calciatori, gli atleti professionisti del giorno d'oggi sono tenuti ad esporsi senza discutere agli incontri, alle partite, alle gare che decide per essi la società o la persona che li ha ingaggiati [17]. E se ci scappa l'operazione al menisco, la frattura della tibia, la commozione cerebrale, la morte, tutto sarà compreso in un conto al quale della vendita il nostro pudico diritto vigente nega soltanto il nome [18].

Ma occupiamoci di coloro che si scandalizzano al pensiero che il diritto romano potesse concepire un uomo libero (e magari anche cittadino) come oggetto di una *locatio conductio* o di una *emptio venditio*. Le fonti romane ci dicono che il loro scandalo non è giustificato.

Per quanto riguarda la *locatio conductio* (che abbiamo detto essere la spina dorsale di ogni operazione di *leasing*), non vi è che l'imbarazzo della scelta tra le fonti. Siccome queste ammettono che un uomo libero possa « *se operasque suas locare* » [19], è un gioco da bambini rendersi conto che un gladiatore di condizione libera, essendosi vincolato con la *locatio operarum* verso un imprenditore, può essere da questi facilmente passato a un terzo, con un contratto reso ancora piú agevole dai poteri conferitigli dal gladiatore mediante l'*auctoramentum*.

Si può dire lo stesso per la vendita? Probabilmente sí. Da Licinnio Rufino apprendiamo quanto segue:

[15] GUARINO (nt. 1) *passim*.

[16] Sen. *ep*. 37.1, Hor. *sat*. 2.7.58-59, Petron. *satyr*. 117.

[17] Nozione sportiva abbastanza comune, che ogni tanto viene purtroppo ravvivata da incidenti mortali.

[18] Tipico (e allucinante) il caso della squadra del Torino-calcio perita in un incidente aereo sul colle di Superga: F. VASSALLI, *Responsabilità del passeggero in trasporto aereo* (1952), ora in *St. giuridici* 3 (1960) 795 ss.

[19] A. GUARINO, *Dir. privato romano*[7] (1984) 808 s.

D. 18.1.70 (Licin. Ruf. 8 *reg.*): *Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. quod item placet etiam, si venditor sciat, emptor autem ignoret. quod si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahit.*

Solo se il compratore è *sciens* dello stato di libertà dell'*homo*, la vendita è inammissibile: del che proviene conferma da Pomp. D. 18.1.6 pr.[20]. Ma per un *liber auctoratus*, il quale poteva costituire oggetto anche di *furtum*[21], è verosimile che si sia fatta eccezione, tanto piú che la figura della vendita si profilava, quando si profilava, solo ad utilizzazione dei gladiatori ormai effettuata e solo al fine di fissare il giusto corrispettivo per gli *occisi* ed i *debilitati*.

In ordine agli *occisi vel debilitati*, cosí come nel *leasing* in ordine alle attrezzature distrutte o andate fuori uso, valeva il principio espresso dal noto detto « chi rompe paga, ma i cocci sono i suoi ». Chi aveva avuto a disposizione i gladiatori, non solo doveva pagare mille, anziché venti, per ogni « capo » andato a male, ma doveva provvedere a sue cure e spese al seppellimento dei morti e fors'anche al mantenimento dei *debilitati* di condizione libera.

Per i *debilitati* di condizione servile, almeno in astratto non vi era problema. Si poteva tranquillamente ucciderli, oppure piamente abbandonarli nell'isola Tiberina davanti al tempio di Esculapio[22].

[20] Pomp. 9 *Sab.* D. 18.1.6 pr.: *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse* (*rell.*).

[21] Gai 3.199.

[22] Suet. *Claud.* 25.2, Iust. CI. 7.6.1.3 (a. 531), Mod. D. 40.8.2.

# IL PROGETTO DI VESTORIO

1. — In un articolo molto elaborato e sottile, A. Corbino[1] ha revocato in dubbio la « *communis opinio* », secondo cui in diritto romano preclassico e classico non era consentita (diversamente da quel che avveniva per la *traditio*) l'effettuazione di una *mancipatio* per incarico del proprietario[2]. La *mancipatio* poteva essere operata, a suo avviso, anche da persona che non fosse il *dominus*, se ad essa quest'ultimo avesse indirizzato uno specifico e informale *iussus mancipio dandi*. Per il che il Corbino contrasta punto per punto la dimostrazione che della tesi oggi dominante ha fornito, a suo tempo, L. Mitteis[3].

Per il poco che vale il mio parere, l'« *opinio communis* » va condivisa. All'interpretazione del Corbino resiste, in particolare, un passaggio ben noto di una lettera inviata da Cicerone (che spediva da Tuscolo) all'amico e confidente T. Pomponio Attico in data 22 agosto del 45 a. C.[4].

Cic. *ad Att.* 13.50.2: *Vestorius ad me scripsit, ut iuberem mancipio dari servo suo pro mea parte Hetereio cuidam fundum Brinnianum, ut ipse ei Puteolis recte mancipio dare posset. Eum servum, si tibi videbitur, ad me mittes. Opinor enim ad te etiam scripsisse Vestorium.*

* In *ANA.* 99 (1988) 265 ss.

[1] A. Corbino, *La legittimazione a « mancipare » per incarico del proprietario*, in *Iura* 27 (1976) 50 ss. Ivi, nt. 1, ampia bibliografia.

[2] Per tutti: M. Kaser, *Das römische Privatrecht* 1² (1971) 267.

[3] L. Mitteis, *Ueber die « manumissio vindicta » durch den Haussohn*, in *ZSS.* 21 (1900) 208 ss.

[4] È bene avvertire che la lettera di Cicerone era, come spesso, divisa in capoversi relativi ad argomenti diversi (e talvolta chiaramente redatti, prima della chiusura e dell'invio, in diversi momenti). Nel caso nostro (Cic. *ad Att.* 13.50), i capoversi sono cinque e il brano che ci interessa è il secondo: il primo e il terzo capoverso sono relativi, in particolare, al delicatissimo argomento dei rapporti di Cicerone con Cesare, il quale aveva da poco pubblicato il libello dal titolo *Anticato*. Sul punto v. *infra* n. 3.

Vestorio, banchiere di Pozzuoli, curava gli interessi di Cicerone, di Attico e di altri in ordine ad una piccola eredità lasciata loro da Brinnio. Andata deserta l'asta dell'intero patrimonio ereditario [5], egli trova in un certo Etereio un aspirante all'acquisto del fondo di Brinnio. Occorre, dunque, fare una *mancipatio* del terreno ad Etereio. Per evitare ai suoi clienti l'incomodo di recarsi a questo scopo a Pozzuoli, Vestorio scrive a Cicerone (e verosimilmente scrive del pari ad Attico e agli altri coeredi), chiedendo di prestarsi ad una operazione, in virtú della quale egli stesso possa *mancipio dare* tutto il fondo brinniano ad Etereio (dividendo il ricavato, in un momento successivo, fra i suoi clienti) [6].

Nella esposizione ciceroniana (che ha piuttosto il carattere di un appunto) l'operazione proposta da Vestorio figura, peraltro, con parole, che hanno dato luogo ad almeno tre interpretazioni diverse: *a*) Cicerone dovrà prestarsi a *mancipio dare* la sua parte ad uno schiavo di Vestorio (*servo suo*: dativo), affinché questi possa a sua volta trasferire la proprietà del fondo, di cui è diventato proprietario, ad Etereio [7]; *b*) Cicerone dovrà prestarsi a *mancipio dare* la sua parte a Vestorio per mezzo di un suo schiavo (*servo suo*: ablativo), affinché Vestorio possa mancipare il fondo ad Etereio [8]; *c*) Cicerone dovrà ordinare a Vestorio, utilizzando uno schiavo di questi (*servo suo*: ablativo), che il fondo brinniano sia da lui mancipato ad Etereio [9].

2. — Delle tre interpretazioni ora esposte, quella che, a prima vista, seduce di piú è certamente la terza, cioè l'interpretazione sostenuta dal Corbino. Essa, infatti, dà un senso pieno al *iuberem* (il senso

[5] Cic. *ad Att.* 13.12.4, 13.14.1.

[6] Si prescinde qui dalla arbitraria ipotesi che il testo sia guasto e che, al posto di *servo suo*, figurasse nell'originale un *servum suum* retto da *iuberem*: v., in proposito, CORBINO (nt. 1) 67 nt. 41 e citazioni ivi. Altra ipotesi arbitraria, per cui rimando a CORBINO (*cit.*) 67 nt. 38 e 42, è quella che Cicerone sarebbe stato invitato ad ordinare a un proprio schiavo di *mancipio dare* la propria parte ad uno schiavo di Vestorio.

[7] Questa è la prima e piú spontanea lettura del *servo suo*.

[8] A sostegno della lettura di *servo suo* come ablativo, MITTEIS (nt. 3) 210 nt. 1.

[9] Cosí CORBINO (nt. 1), la cui traduzione dell'intero passo è la seguente (cfr. p. 68): « Vestorio mi ha scritto di dargli, tramite un suo schiavo e per la mia parte, ordine di *mancipare* il fondo brinniano a un tale Etereio, in modo che egli possa regolarmente *mancipare* a lui in Pozzuoli. Se tu credi, mandami quello schiavo. Ritengo, infatti, che Vestorio abbia scritto anche a te ».

di ordinare, di incaricare, di autorizzare) e spiega altresí in modo plausibile che il *iussus* di Cicerone a Vestorio doveva essere rivestito, per esigenze di prova, della forma scritta, ragion per cui era effettivamente necessario che vi fosse uno schiavo cursore per il recapito del documento a Pozzuoli [10]. Senonché, passata la prima impressione, sorgono dubbi serii, sia sul piano pratico, sia su quello sintattico.

Cominciamo dal piano pratico. Se Vestorio avesse voluto ottenere, da Cicerone e dagli altri coeredi, una semplice autorizzazione ad alienare versata per iscritto, perché avrebbe egli chiesto di fargli pervenire tale documento a mezzo di uno schiavo proprio? Perché Cicerone, ricevuta la lettera di Vestorio [11], avrebbe scritto ad Attico di mandargli a Tuscolo, per raccogliere il suo *iussus*, proprio quello schiavo? Cicerone aveva relazioni epistolari frequenti con Vestorio e la cosa piú ovvia sarebbe stata per lui quella di rispondere alla sua lettera con un'altra lettera apportatrice dell'autorizzazione ad alienare [12].

Si dirà: Vestorio, per essere sicuro di avere in mano tutte le autorizzazioni che gli occorrevano, avrà mandato in giro a raccoglierle un suo uomo di fiducia. Possibile; ma è strano che egli non abbia piú semplicemente comunicato, nella sua lettera a Cicerone, quale fosse la formuletta da scrivergli [13]. L'insistenza di Vestorio e di Cicerone sul fatto che tutta l'operazione dovesse avvenire per il tramite di uno schiavo di Vestorio fa sorgere il sospetto che al buon fine dell'operazione stessa fosse indispensabile l'intervento di uno schiavo di Vestorio (un *servus actor* di lui) e non di altri.

Il sospetto che, nella nostra fattispecie, lo schiavo di Vestorio abbia una parte giuridicamente importante è avvalorato dalla struttura sintattica del primo periodo della lettera ad Attico. Anzi tutto, in esso non si dice, come ci si attenderebbe, che Vestorio ha scritto a Cicerone di mandargli per mezzo dello schiavo l'autorizzazione a mancipare il fondo brinniano ad Etereio [14], ma si dice che Vestorio ha scritto a Cicerone

[10] Cfr. A. Burdese, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano* (1950) 30 e nt. 9.

[11] Lettera da lui ricevuta, molto probabilmente, non a mezzo dello schiavo inviato da Vestorio ad Attico, ma a mezzo di altro schiavo.

[12] Sia pure dopo aver ottenuto da Attico l'assenso ad aderire affermativamente alla richiesta di Vestorio.

[13] Strano è, comunque, che Vestorio non abbia inviato direttamente a Cicerone il proprio schiavo di fiducia, ma gli abbia scritto una lettera a parte per avvertirlo che quest'ultimo era a sua disposizione.

[14] Per esempio: *Vestorius ad me scripsit, ut iuberem eum mancipio dare rell.*

di *iubere* che il fondo brinniano « sia dato in mancipio » ad Etereio, affinché egli (Vestorio) possa farne oggetto di valida *mancipatio* allo stesso Etereio (*Vestorius ad me scripsit, ut iuberem mancipio dari . . . Hetereio cuidam fundum Brinnianum rell.*): singolare giro di parole, in cui vi è tutto salva (si noti) la cosa piú essenziale, cioè la indicazione del destinatario del *iussus mancipio dandi* [15]. Ma non basta. Se Cicerone, riferendo la richiesta di Vestorio, avesse voluto significare che l'autorizzazione al banchiere di Pozzuoli era da farsi a mezzo di uno schiavo di quest'ultimo, egli non avrebbe scritto *ut iuberem mancipio dari servo suo rell.*, ma avrebbe evidentemente scritto: *ut iuberem servo suo mancipio dari rell.* [16]. È chiaro, insomma, che il *servus suus* di Vestorio non è collegato con il presunto *iussus mancipio dandi*, ma è collegato in qualche modo col *mancipio dari*.

3. — Ma *iubere*, in questo brano di Cicerone, ha veramente il significato principe di ordinare, incaricare, autorizzare?

Non ho nessuna intenzione di impelagarmi, sprovveduto come sono, in una discussione filologica sul verbo *iubere*, o anche in una ricerca ristretta al vocabolario ciceroniano. Solo che, avendo letto tutta quanta la lettera ad Attico del 22 agosto 45 a. C. [17], ho notato che il verbo *iubere* (reggente un infinito passivo) compare anche nel primo paragrafo, ma in un senso molto attenuato rispetto a quello del dare ordini, o incarichi, o anche autorizzazioni. Dato che la precedente lettera di Cicerone ad Attico porta la data del 20 agosto [18], questo paragrafo sta a dimostrare quale sia stato il lessico di Cicerone, relativamente ad *iubere*, nel giro di quei due giorni di agosto.

Scrive, dunque, Cicerone che, seguendo il consiglio datogli proprio da Attico, di intessere una piú nutrita corrispondenza con Cesare, egli ha pensato bene di cogliere il destro dei *libri contra Catonem* pubblicati

[15] Non si obietti che l'uso dell'impersonale *mancipio dari* è stato studiato da Vestorio proprio allo scopo di riservarsi la possibilità di far fare ad altri, ove lui non fosse disponibile, la *mancipatio* del fondo ad Etereio. A parte il fatto che l'autorizzazione ad alienare doveva portare l'indicazione specifica del destinatario della stessa, l'intenzione di Vestorio era quella di procedere personalmente (*ipse*) alla *mancipio datio* del fondo brinniano.

[16] Questa costruzione avrebbe, oltre tutto, evitato l'equivoco (equivoco per il Corbino) che il fondo brinniano fosse da manciparsi allo schiavo di Vestorio (*servo suo*: dat.) o per mezzo dello schiavo di Vestorio.

[17] V. *retro* nt. 4.

[18] Cic. *ad Att.* 13.49.

da Cesare in quel torno di tempo[19]. Già L. Cornelio Balbo, amico comune di lui e di Cesare, gli aveva detto a Lanuvio che egli e Gaio Oppio, altro amico comune dei due, si erano premurati di comunicare a Cesare che Cicerone aveva trovato molto ben fatta l'operetta *Anticato*[20]: ecco dunque che Cicerone, in persona propria, si risolve al gravoso e imbarazzante compito di scrivere sull'argomento una lettera laudatoria da inviare a Cesare per mezzo dell'ex-genero (e in quegli anni fiduciario di Cesare) P. Cornelio Dolabella[21]. Ma Cicerone vuole andar cauto, e perciò sottopone anzi tutto una copia della lettera a Balbo e ad Oppio, ripromettendosi di consegnare l'originale a Dolabella solo se e quando i due amici gli daranno il benestare: *sed eius* (*epistulae*) *exemplum misi ad Oppium et Balbum scripsique ad eos, ut tum deferri ad Dolabellam iuberent meas litteras, si ipsi exemplum probassent.* Oppio e Balbo gli rispondono di non aver mai letto di meglio e lo spingono acché l'epistola sia consegnata a Dolabella: *ita mihi rescripserunt, nihil unquam se legisse melius, epistulamque meam iusserunt dari Dolabellae.*

Come si vede, nei periodi ora riportati compare due volte un *iubere*, che regge un infinito passivo: la prima volta nella richiesta di Cicerone ad Oppio e a Balbo di leggere attentamente l'*exemplum* e (*si ipsi exemplum probassent*) di *iubere deferri litteras ad Dolabellam*;

[19] Sui libri *Anticato* di Cesare: A. GUARINO, «*Duo Anticatones*», in *ANA.* 94 (1983) 165 ss. (= A. GUARINO, «*Iusculum iuris*» [1985] 61 ss.). I libri di Cesare, pubblicati dopo il marzo del 45, furono una dura e argomentata replica agli elogi di M. Porcio Catone minore, suicida ad Utica nell'aprile del 46, pubblicati da vari autori, ma sopra tutto da Cicerone (il cui *Cato* fu scritto nel luglio-novembre del 46).

[20] La disponibilità di Balbo e di Oppio a favore di Cicerone, ed al fine di instaurare buone relazioni tra questi e Cesare, datava da qualche anno: cfr. Cic. *ad Att.* 9.7.3 (13 marzo 49 a.C.) con l'allegato di una lettera congiunta dei due e di una lettera del solo Balbo a Cicerone.

[21] L'imbarazzo di Cicerone nel lodare un'opera, che costituiva una dura replica al suo *Cato*, è tanto evidente, che egli omette di mandar copia della sua lettera ad Attico. Di ciò egli si scuserà con l'amico (ma sempre evitando di inviargli in lettura l'*exemplum*) nella successiva lettera del 24 agosto 45 (cfr. Cic. *ad Att.* 13.51.1): *Ad Caesarem quam misi epistulam, eius exemplum fugit me tum tibi mittere. nec id fuit, ut suspicaris, ut me puderet tui, ne ridicule amicillus rell.* No, prosegue la lettera, non mi sono vergognato di parere ai tuoi occhi (come tu sospetti) un amicuzzo di Cesare a lui ossequente in modo ridicolo: la lettera a Cesare è piena di elogi perché l'*Anticato* mi piace veramente (Al che Attico, a conferma dei propri sospetti, avrà detto: sarà).

la seconda volta nella risposta entusiastica di Oppio e Balbo [22], i quali *iusserunt dari epistulam Dolabellae*. Si può anche capire, con un certo sforzo, che Cicerone, inviando la copia della sua lettera ad Oppio e Balbo, abbia scritto, per eccesso di cortesia: « se approvate, date voi stessi ordine che la lettera sia consegnata a Dolabella ». Si può capire di meno perché Cicerone, essendo colui che doveva spedire la lettera, abbia usato il passivo *deferri*, e non la forma *iubere me deferre ad Dolabellam* [23]. Non si capisce affatto, peraltro, come mai i due amici nel rispondere a Cicerone, e questi nel riferire la loro risposta ad Attico, abbiano potuto usare nei riguardi di Cicerone il verbo *iubere* nel senso di dare ordine, incarico, autorizzazione.

È, dunque, evidente che *iubere* con un infinito passivo ha per Cicerone, almeno in questa lettera, soltanto il senso debole di essere favorevole acché una certa operazione sia compiuta: acché, nella specie, Cicerone decida che sia spedita la lettera a Cesare per mezzo di Dolabella. Ond'è che, rileggendo dopo l'esperienza del § 1 il succesivo § 2, viene facile tradurre: « Vestorio mi ha scritto affinché io approvi il progetto che il fondo brinniano sia mancipato, per la parte che mi riguarda, ad uno schiavo [24] e a favore di un certo Etereio: ciò perché egli

[22] Sia detto di passata. Oppio e Balbo, interessati come erano all'avvicinamento di Cicerone a Cesare, conoscevano bene il loro uomo e il suo amore per le lodi: *nihil unquam se legisse melius*.

[23] Si potrebbe pensare che Cicerone abbia inviato a Balbo e ad Oppio uno schiavo portatore tanto dell'*exemplum* quanto della lettera originale da consegnare, sotto loro approvazione, a Dolabella, sicché la lettera potesse essere affidata a Dolabella solo dietro loro *iussus*. Ma è facile replicare che, nella loro risposta a Cicerone, i due avrebbero, in tal caso, scritto: *a*) di non aver mai letto niente di meglio, *b*) di avere perciò dato l'ordine di consegnare l'epistola a Dolabella. Tuttavia dal resoconto di Cicerone ad Attico non risulta che essi abbiano utilizzato una frase di questo tipo: *nihil unquam se legisse melius epistulamque se iussisse dari Dolabellae*. Da quel resoconto risulta invece che essi il *iussus* non lo hanno « raccontato », ma lo hanno inserito nella lettera a Cicerone: « mi risposero di non aver mai letto niente di meglio e *iusserunt* che la lettera fosse consegnata a Dolabella ». Cicerone insomma, aveva conservato presso di sé l'originale della lettera a Cesare (il che era anche consigliato da un minimo di prudenza) ed attendeva, per passarlo a Dolabella, il ' via ' di Oppio e Balbo.

[24] Mi risolvo ad interpretare *servo suo* come un dativo, e non come un ablativo (cosí come proposto dal Mitteis, *retro* nt. 8, e cosí come accolto dal Corbino), non solo perché si tratta della lettura piú ovvia (v. *retro* nt. 7), ma anche perché, nel precedente § 1, la costruzione usata da Cicerone è *iubere* (*epistulam*) *dari Dolabellae* (dativo). Non vi è ineleganza nell'uso dei due dativi *servo suo* (complemento di termine) e *Hetereio cuidam* (« *dativus commodi* »), perché fra gli stessi figura

possa poi darlo validamente in mancipio allo stesso Etereio »[25].

4. — L'interpretazione da me proposta non solo spiega l'espressione *iuberem*, ma spiega anche perché Cicerone abbia parlato due volte di Etereio nelle vesti di *mancipio accipiens*. La prima volta Etereio è nominato come beneficiario ultimo dell'operazione (*mancipio dari servo suo*) sottoposta da Vestorio al gradimento, *pro mea parte*, di Cicerone; la seconda volta egli è nominato come controparte di Vestorio nel negozio di *mancipatio* relativo all'intero fondo brinniano[26].

Resta da ricordare solo un'ultima obbiezione formulata dal Corbino[27]: l'obbiezione per cui la *mancipatio* di quota « è cosa . . . con ogni probabilità da escludere ». Ma direi che le « probabilità » viste dal Corbino debbano cedere il passo al dato testuale di Cic. *ad Att.* 13.50.2, che, invece, di una *mancipatio* di quota inequivocabilmente parla[28]. E aggiungerei che il Corbino[29], nell'appoggiarsi alla esposizione dedicata alla *mancipatio* da Gai 1.119-121 (esposizione nella quale si considera solo l'ipotesi dell'acquisto integrale dell'oggetto giuridico da parte del *mancipio accipiens*), non valuta adeguatamente il fatto che il discorso di Gaio è succinto, è istituzionale, e perciò tralascia di considerare i casi meno frequenti, quali dovevano essere quello della *mancipatio deducta servitute* (o *deducto usufructu*) e quello della *mancipatio pro parte*.

lo stacco del *pro mea parte*. Non vedo perché il CORBINO (nt. 1) 68 nt. 43, sia cosí sicuro che *mancipio dari* non possa reggere due dativi (a meno di considerare, cosa assurda, *servo suo* come apposizione di *Hetereio cuidam*): Cicerone, che di latino si intendeva alquanto, ci dimostra precisamente il contrario.

[25] Si spiega ora perché Vestorio non abbia direttamente mandato il *servus suus* a Cicerone (v. *retro* nt. 13). Vestorio non ha chiesto a Cicerone di fare senz'altro la *mancipatio*, ma gli ha solo chiesto di approvare in astratto il progetto da lui studiato, riservandosi di mandargli il *servus suus* in un secondo momento. Vestorio sapeva bene, infatti, che Cicerone non avrebbe mancato di prender tempo per chiedere il suo parere ad Attico.

[26] Il CORBINO (nt. 1) 65, sostiene, invece, che di Etereio si dovesse parlare solo nella proposizione conclusiva, al posto di *ei*. Ma la menzione di Etereio era opportuna, in primo luogo, già nella proposizione precedente, là dove si prospetta come progetto la *mancipatio* parziaria, che avrebbe dovuto fare Cicerone, affinché il fondo brinniano andasse a finire nel *dominium* di Etereio.

[27] CORBINO (nt. 1) 63 ss.

[28] V. inoltre la documentazione testuale riportata dal CORBINO (nt. 1) 64 s. nt. 34: documentazione della quale lo stesso Corbino visibilmente stenta a liberarsi.

[29] CORBINO (nt. 1) 63 s. e nt. 31-32.

Potrei continuare. Ma le poche osservazioni fatte a proposito di Cic. *ad Att.* 13.50.2 mi sembrano sufficienti al mio scopo, che era solo quello di negare il riferimento di esso ad una *mancipatio iussu domini* e di accettare, perfezionandola, la interpretazione che di esso ha dato, luminosamente, il Mitteis.

# « ABALIENATIO »

1. — Gli sforzi di decine (o forse centinaia?) di studiosi non sembrano aver sufficientemente chiarito il mistero della definizione di « *abalienatio* » che si incontra in un famoso passo di Cicerone:

Cic. *top.* 5.28: *Abalienatio est eius rei, quae mancipi est, aut traditio alteri nexu aut in iure cessio inter quos ea iure civili fieri possunt.*

Dire che Fritz Sturm, dedicando una accuratissima, e per qualche verso penetrante ricerca al mistero (Sturm, « *Abalienatio* », *Essai d'explication de la définition des Topiques* [Milano s.d., 1958] p. 230), lo abbia finalmente svelato, non mi sembra per vero possibile, anche se la monografia ha già riscosso l'autorevole adesione del Pugliatti (in *ED.*, sv. « *Alienazione* »). Non per questo è da ritenere che la tesi di dottorato del giovane allievo di Filippo Meylan non agevoli una conclusione sul tema.

2. — L'opera è divisa in quattro capitoli, di cui il primo (p. 7 ss.) è dedicato ad un'esposizione critica delle spiegazioni finora proposte, da Boezio a De Visscher.

Son tutte spiegazioni, le quali, come giustamente rileva l'a., non possono assolutamente soddisfare. Per limitarci agli autori moderni, che ricalcano del resto largamente le orme di quelli piú antichi, le ipotesi son cinque: *a*) il testo di Cicerone non poteva non parlare, oltre che del trasferimento di proprietà delle *res mancipi*, anche della *traditio* delle *res nec mancipi*: esso, dunque, ci è pervenuto mutilo (cosí Beseler, *ZSS.* 54 [1934] 325, che integra: « *abalienatio est* ⟨*aut eius rei, quae nec mancipi est, alteri traditio aut*⟩ *rell.* », ma non considera che la formulazione a noi nota è confermata da Giulio Vittore e da Boezio); *b*) il testo di Cicerone si limita ad indicare quali sono gli atti di alienazione delle *res mancipi* e va letto come se dicesse: « *abalienatio eius*

* In *Labeo* 4 (1958) 358 ss.

*rei, quae mancipi est, aut rell.* » (cosí, nelle orme antiche di Boezio, ad esempio, Scialoja, *Teoria della proprietà* 2 [1933] 7); *c*) l'*abalienatio* è l'*alienatio* dei tempi di Cicerone: tempi in cui oggetto di *dominium ex iure Quiritium* erano solo le *res mancipi* (cosí, fra gli altri, Bonfante, De Francisci e, da ultimo, Brasiello, *Alienatio*, in *SDHI*. 15 [1949] 119 nt. 17); *d*) l'*abalienatio* è uno dei modi di alienazione, che si compie mediante *mancipatio* (*traditio alteri nexu*) o *in iure cessio* (cosí Lange, *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition* [1930] 6 s., ed altri prima e dopo di lui); *e*) l'*abalienatio* è uno dei modi di alienazione, che si riferisce esclusivamente alle *res mancipi* (cosí, da ultimo, De Visscher, *Abalienatio*, in *Nouv. ét. de dr. rom.* [1949] 257 ss.).

Escludendo le prime due soluzioni, francamente inverosimili, ed escludendo altresí la terza, che è contraddetta testualmente dalle fonti (cfr. da ultimo Gallo, *Il trasferimento della proprietà* [1956] 163 ss.), rimarrebbero in piedi la quarta e la quinta, se lo Sturm non mettesse chiaramente in luce, nel suo terzo capitolo (p. 73 ss.), che *alienatio* (*alienare*) e *abalienatio* (*abalienare*) sono stati sempre usati dalle fonti come sinonimi: nessuna probabilità che *abalienatio* sia stata mai riferita alle sole *res mancipi*, nessuna probabilità che abbia avuto riguardo alla sola *mancipatio* ed alla *in iure cessio*. Nessuna possibilità, insomma, di intendere l'*abalienatio* ciceroniana come qualcosa di tecnicamente diverso dalla generica *alienatio*.

E allora? Allora, sostiene l'a. nel capitolo quarto (p. 151 ss.), bisogna ritenere che l'*abalienatio* ciceroniana stia ad indicare tecnicamente l'atto astratto di trasferimento del *dominium ex iure Quiritium*: un atto che prescinde dalla causa e che, pertanto, non può essere evidentemente la *traditio*, ma solo la *mancipatio* o la *in iure cessio*; un atto che quindi (limitandosi la *mancipatio* e praticamente anche la *in iure cessio* alle sole *res mancipi*) solo le *res mancipi* concerne.

Ma l'errore è evidente. Anche a voler prescindere dalla discutibilissima tesi della limitazione della *in iure cessio* alle *res mancipi* (una limitazione, comunque, « pratica », che non avrebbe dovuto influire sulla definizione tecnica della *abalienatio*), osta alla spiegazione dell'a. proprio la convincente dimostrazione da lui data della sinonimia di *alienatio* e *abalienatio*. È fuor di dubbio che l'*alienatio* fosse riferita anche alla *traditio* (cfr. ad es. Ulp. 19.7: *traditio propria est alienatio rerum nec mancipi*): non è lecito dubitare, per conseguenza, che anche l'*abalienatio* vi si riferisse (cosí anche, sostanzialmente, Kaser, *Rc.* a Sturm, in *ZSS.* 75 [1958] 410 ss.).

3. — Rimarrà, dunque, ancora un mistero il senso tecnico della *abalienatio* ciceroniana?

Sí e no. Io credo, infatti, che la penetrante critica operata dallo Sturm in ordine alle spiegazioni offerte precedentemente e, nel contempo, la non difficile demolizione di quest'altra, certamente ingegnosa, spiegazione da lui avanzata debbano aiutarci a capire quanto poco credito vada conferito alle disquisizioni giuridiche del fiacco Cicerone dei *Topica*. L'*abalienatio* di Cic. *top.* 5.28 non sarà perciò un mistero, quando ci saremo resi conto che essa non è punto una definizione tecnicamente rigorosa, ma una reminiscenza approssimativa e imperfetta di nozioni giuridiche che, nel 44 a. C., erano ormai lontane dagli interessi e dalle vive esperienze di Cicerone.

Del resto, è Cicerone stesos che lo riconosce e lo afferma. Perché non credergli? Lo dice nella prefazione (*top.* 1.5): « *haec, cum mecum libros non haberem, memoria repetita in ipsa navigatione* (luglio 44: da Velia a Reggio) *conscripsi tibique* (a Trebazio) *ex itinere misi* ». Lo conferma nella lettera a Trebazio (*fam.* 7.19): « *itaque ut primum Velia navigare coepi, institui Topica Aristotelea conscribere, ab ipsa urbe commonitus amantissima tui. eum librum tibi misi Rhegio scriptum, quam planissime res illa scribi potuit* ». La tesi secondo cui egli mente, afferma di scrivere a memoria per pura vanteria, finge di ricordare ciò che invece legge e copia da libri numerosi che ha con sé, è una tesi che non avrebbe meritato tanta fiduciosa adesione dallo Sturm (cap. II, p. 45 ss.).

Si legga intero il *top.* 5.28 e si consoliderà l'impressione che Cicerone veramente citava a memoria e davvero non curava la esattezza tecnica delle nozioni giuridiche che riportava nei suoi esempi: « *atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum: partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat. divisionum autem definitio formas omnis complectitur quae sub eo genere sunt quod definitur hoc modo: abalienatio rell.* ». Come non sottoscrive la definizione di *ius civile* (« *ut si quis . . . dicat . . . id esse quod . . . consistat* »), cosí Cicerone è chiaro che nemmeno sottoscrive e garantisce la definizione di *abalienatio*; e come la prima definizione (nota, notissima *crux interpretum*) è un centone mal cucito, cosí è un abbozzo rudimentale e sconnesso (si pensi alla *traditio alteri nexu* per indicare la *mancipatio*) la seconda.

Industriarsi a indovinare il modello, a ritrovare la fonte delle no-

zioni giuridiche dei *Topica* è, insomma, impresa vana (sia detto anche per la ipotesi ultimamente avanzata dal Kaser, *l. c.*). La fonte dei *Topica* è essenzialmente lo stesso Cicerone, con la sua cultura giuridica tanto vasta quanto superficiale e con possibilità di consultazioni di testi fortemente limitate, se non annullate, dal declino spirituale e dalle contingenze ambientali. Se un dubbio ancor poteva rimanere circa il tecnicismo giuridico dei *Topica*, e in particolare circa l'attendibilità della definizione di *abalienatio*, quel dubbio è stato fugato, io penso, dall'inanità degli sforzi che lo Sturm ha cosí egregiamente compiuti per dare un senso giuridico plausibile ad una frase priva di concreto riferimento al diritto.

# TRA ASINI E CAVALLE

1. — « *Omnia munda mundis* ». Con questa citazione di Paolo di Tarso o, se si preferisce, del manzoniano padre Cristoforo [1] si apriva, qualche anno fa, una brevissima nota da me dedicata, come testualmente dicevo, a « un problema innegabilmente shocking, e che potrebbe sembrare a prima vista un po' banale, sul quale si sono tuttavia chinate le teste pensose di antichi giuristi romani e di innumerevoli romanisti moderni » [2].

Le tre o quattro facciate del mio scritterello di allora hanno provocato, qualche tempo dopo, un'ampia e approfondita replica, in venti e piú pagine, dell'Archi [3]. Replica, ma sino ad un certo punto, direi, perché l'Archi ha autorevolmente confermato la mia tesi di fondo (la tesi, come vedremo, del « furto no ») e si è allontanato da me, a prescindere dalle meditazioni dedicate a risvolti che avevo deliberatamente lasciato da parte, essenzialmente nella valutazione della rilevanza socio-economica del *casus*. Il problema degli amori fuggevoli tra asini o cavalli di sesso maschile e cavalle di sesso femminile, ammonisce il mio interlocutore, non è « shocking » e tanto meno è banale: vi è poco da sorridere su di esso ed è difficile credere che di esso, come mi ero permesso di ipotizzare sorridendo, abbia sorriso il contegnoso Ulpiano [4]. È chiaro, per l'Archi, che nel mio primo approccio io sono stato preda di quell'« atmosfera panica » che, secondo i non napoletani, sarebbe « sempre presente in Neapolis » [5].

E allora bando all'atmosfera panica, bando al quadretto di stile

* Da *Inezie di giureconsulti* (1978) 189 ss.

[1] Per S. Paolo, cfr. *ad Tit.* 1.15; per padre Cristoforo, v. A. MANZONI, *I promessi sposi* (ed. 1840) c. VIII, 158 s.

[2] Da ultimo: A. WATSON, *D. 47.2.52.20: The jackass, the mares and « furtum »*, in *St. Volterra* 2 (1969) 445 ss.

[3] G. G. ARCHI, *Asini e cavalle in un passo di Ulpiano*, in *Labeo* 19 (1973) 135 ss.

[4] V. *infra* n. 6.

[5] Cfr. ARCHI (nt. 3) 135.

Poussin che avevo abbozzato, bando anche al tono scherzevole del primo pezzullo. I rapporti tra equini di sesso diverso appartenenti a diversi proprietari reclamano una riflessione piú consapevole, nella quale cercherò di adeguarmi all'esperienza georgica dell'amico e collega « cispadano » [6].

2. — La parola è a Domizio Ulpiano, o meglio ad un frammento a lui attribuito dall'*inscriptio* di D. 47.2.52.20, nel titolo « *de furtis* ». In questo passo, ritagliato dal libro 37 del commento all'editto, l'antico autore, illustrando appunto la rubrica edittale « *de furtis* » [7], si occupava in particolare del *furtum nec manifestum*, del furto non flagrante e dell'azione penale riconosciuta al derubato nei confronti dell'asserito ladro [8].

Nella stesura giustinianea il testo suona cosí: « *Si quis asinum meum coegisset et in equas suas* τῆς γονῆς *dumtaxat* χάριν *admisisset, furti non tenetur, nisi furandi quoque animum habuit. quod et Herennio Modestino studioso meo de Dalmatia consulenti rescripsi circa equos, quibus eiusdem rei gratia subiecisse quis equas suas proponebatur: furti ita demum teneri, si furandi animo id fecisset, si minus, in factum agendum* ».

Ulpiano, dunque, nel primo periodo fa un'ipotesi teorica e, come usano coloro che parlano *docendi causa*, se ne erge a protagonista, divenendo proprietario di un asino [9]; nel secondo periodo passa a sorreg-

[6] Cosí si autoqualifica l'ARCHI (nt. 3) 136, contrapponendo la sua esperienza georgica di « nativo dell'ambiente rurale della Cispadana » alla disinvoltura dell' « amico napoletano, venato di epicureismo ». Lieto, anche se un po' sorpreso, di essere paragonato in qualche modo ad Orazio, mi vien fatto di ripetere con questi l'invito dell'epistola a Tibullo (Hor. *epist.* 1.4.15 s.): « *Me pinguem et nitidum bene curata cute vises, / cum ridere voles, Epicuri de grege porcum* ».

[7] Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*[3] (1927) 322 ss., tit. XXIII.

[8] Cfr. LENEL, *Pal.* Ulp. 1041, e piú in generale 1039-1052. In questo articolo il derubato sarà spesso identificato, sulle tracce del frammento di Ulpiano, col *dominus* delle cose rubate, ma si ricordi che l'*actio furti* penale era concessa non solamente al *dominus*, ma, piú in generale, a colui « *cuius interest rem salvam esse* »: GUARINO, *Dir. privato romano*[5] (1976) 878.

[9] R. VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*[4] (tr. ital. 1953) 92 ss., ha già acutamente rilevato la tendenza professorale ad usare per gli esempi un unico e solo attrezzo personale ed ha citato a questo proposito un suo professore di pandette, purtroppo non facilmente identificabile, che, essendo un grande annusatore di tabacco, faceva oggetto di tutte le possibili vicende giuridiche tra « le ben note figure di Tizio e Mevio » la sua fidata tabacchiera (« si sarebbe detto che tutto il

gere la soluzione data col ricordo di un caso concreto analogo, non proprio identico, relativo a piú cavalli di sesso maschile, da lui risolto in precedenza, fondamentalmente allo stesso modo, in risposta ad un quesito sottopostogli da Modestino [10]. « Si ponga che un tale abbia forzato il mio asino e lo abbia spinto addosso alle sue cavalle, solo però a fini di monta [11]: ebbene egli non è aggredibile con l'azione di furto, a meno che abbia avuto anche l'intenzione di rubare. Il che comunicai in risposta (*rescripsi*) anche ad Erennio Modestino mio fedele discepolo, che dalla Dalmazia mi interrogava circa certi cavalli cui gli si diceva un tale aver sottoposto, agli stessi fini, le proprie cavalle: che questo tale sarebbe stato aggredibile con l'*actio furti* solo se avesse compiuto la sua azione con l'intenzione di rubare, se no dovesse agirsi contro di lui con un'*actio in factum* » [12].

Il testo della mia traduzione è, stilisticamente e sintatticamente, quella povera cosa che è, perché ho cercato di riprodurre il piú fedelmente possibile l'andamento, alquanto scomposto dal punto di vista stilistico e sintattico, del frammento dei *Digesta*. Ma non fermiamoci per ora su ciò e cerchiamo di afferrare la sostanza. Su questo piano la prima

commercio giuridico dell'antica Roma e tutti gli interessi della vita romana si concentravano sulle tabacchiere e sul tabacco da naso »). Questo sistema, osserva giustamente Jhering, ha il grave inconveniente di ostacolare la concentrazione dei discenti sui problemi giuridici. Ancor piú perniciosa, aggiungo io, è l'usanza di molti docenti di fare di se stessi il centro dell'ordinamento giuridico e di diventare, per poco che possano o che se la sentano, volta a volta mariti, padri, tutori, pupilli, proprietari, enfiteuti, creditori e magari adulteri, pazzi furiosi, ladri, falsari e defunti. Non so se sia realizzabile e seria la proposta di Jhering di istituire nelle università, accanto ad una collezione di oggetti giuridici, anche un gabinetto dei soggetti giuridici (questi ultimi per « stipulare contratti, fare testamenti e codicilli, emettere cambiali, far processi, rendere testimonianza, giurare il falso, vidimare documenti, emanare ordini di arresto, eseguire crimini e delitti, compiere insomma tutti gli atti che possono avere rilevanza per il diritto »), ma penso che l'egocentrismo professorale negli esempi dovrebbe essere accuratamente evitato. Ulpiano proprietario di un asino che si congiunge a cavalle, francamente, non mi pare all'altezza della sua rispettabilità.

[10] Il frammento D. 47.2.52.20 è ben noto agli storici del diritto romano perché fornisce qualche elemento ai fini della ricostruzione della carriera di Erennio Modestino: cfr. A. Honoré, *The Severan Lawyers: a preliminary Survey*, in *SDHI*. 28 (1962) 213 ss. La Dalmazia può anche essere stata la patria del grecoloquente Modestino, ma è piú probabile che in Dalmazia Modestino si sia recato, dopo essere stato uditore di Ulpiano a Roma, per coprirvi qualche ufficio pubblico.

[11] Che l'ipotesi sia del tutto astratta è mostrato dall'uso del piú che perfetto congiuntivo (*coegisset, admisisset*).

[12] Sull'*actio in factum* v. *infra* n. 5.

lettura non par presentare problemi. Il provocare le baldanze amorose di un asino altrui o il favorire le disposizioni amatorie di alcuni cavalli di altri nei confronti delle proprie cavalle non costituisce fattispecie di *furtum*, sia pur temporaneo e limitato, dell'asino o dei cavalli, salvo che lo si faccia con precisa intenzione di rubare, cioè con *animus furandi* [13]. Se l'*animus furandi* eccezionalmente c'è e viene provato, il possessore dell'asino o dei cavalli eserciterà fondatamente l'*actio furti nec manifesti*, contro il proprietario delle giumente, ottenendo la sua condanna *in duplum*, al doppio del valore del maschio o dei maschi [14]. Se l'*animus furandi* non c'è o non può esser provato, come è poi l'ipotesi normale, il padrone dell'asino o dei cavalli dovrà accontentarsi di un'*actio in factum*, non si capisce bene se intesa ad ottenere il risarcimento del lieto affaticamento subito dal maschio o dai maschi, oppure se volta ad assicurargli la giusta parte dell'arricchimento ben piú consistente che dall'incontro amoroso può derivare al proprietario delle cavalle.

Di questa lettura, che riflette lo stato del diritto in età di Giustiniano, molti romanisti si sono accontentati in passato, altri invece no. Il quesito che questi ultimi si sono posti è se dal « diritto classico », dal diritto dell'epoca in cui visse Ulpiano, il problema e la sua soluzione fossero visti allo stesso modo che dal diritto postclassico-giustinianeo [15]. E a tal proposito alcuni hanno ritenuto che il requisito dell'*animus furandi* non fosse richiesto, ad integrare la fattispecie del *furtum*, in età classica, sicché Ulpiano avrebbe risolto i due casi sulla base di un secco « *furti tenetur* » [16]; altri invece, pur convenendo nella tesi della non clas-

[13] La prima idea che può venire alla mente, nell'esame della specie trattata da Ulpiano, è che non ricorra un *furtum rei*, ma piuttosto un *furtum usus*, cioè un uso non autorizzato della cosa altrui: uso non perseguibile penalmente, se compiuto nella ragionevole convinzione che il proprietario della cosa non avrebbe mancato di permetterlo. Ma il *furtum usus* presuppone un pre-affidamento della cosa dal proprietario all'agente (per esempio, a titolo di comodato o di deposito), che qui invece manca. Cfr. sul tema Gai 3.196-197 (*... at si permissurum credant, extra furti crimen videri rell.*) e C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, in *Opere* 5 (1930) 137.

[14] Anzi la pena sarà del *quadruplum* se il proprietario delle cavalle, essendo stato colto in flagrante, sia da qualificare *fur manifestus*.

[15] Per uno specchio dell'orientamento storico-critico sino al 1935 cfr. *Index itp.* ahl. Nel senso della genuinità del testo, da ultimo: J. A. C. THOMAS, « *Animus furandi* », in *Iura* 19 (1968) 14 s.

[16] In questo senso, da ultimo: G. LONGO, *L'elemento soggettivo nel delitto di furto*, in *Ricerche romanistiche* (1966) 593 s. (ma v. già *St. De Francisci* 3 [1951]), con indicazione della letteratura anteriore.

sicità dell'*animus furandi*, hanno pensato che del proprietario delle cavalle davvero Ulpiano avrebbe detto che in ogni caso « *furti non tenetur* », ma lo avrebbe detto per il fatto che l'azione da lui commessa non ha le caratteristiche della *contrectatio rei*, in cui si materiava il *furtum* dell'età classica [17]; altri infine hanno sostenuto che a rigor di diritto classico il proprietario delle cavalle sarebbe stato reo di furto, ma che Ulpiano, nella sua fine sensibilità, avrebbe escogitato per questa sola occasione la necessità dell'*animus furandi* come ingrediente aggiuntivo per la perseguibilità del furto [18].

In altre parole, mentre per il primo e per il secondo orientamento esegetico-critico, il passo dei *Digesta* sarebbe stato piú o meno ampiamente interpolato dai commissari giustinianei o da precedenti commentatori di Ulpiano [19], per il terzo orientamento, che si conforma del resto ad un indirizzo critico piú generale di un certo settore della romanistica contemporanea, il passo dei *Digesta* corrisponderebbe almeno sostanzialmente all'originale ulpianeo, in quanto l'innovazione basata sul richiamo all'*animus furandi* sarebbe stata operata proprio da Ulpiano [20].

3. — Che il testo di Ulpiano sia stato rimaneggiato nella forma da mano o da mani posteriori, è denunciato dall'analisi stilistica.

Il primo periodo non presenta magagne formali, ma il secondo, che ha inizio con un « *quod* », chiaramente doveva concludersi, nella stesura originaria, con la parola « *proponebatur* », senza bisogno della ripe-

[17] In questo senso: B. ALBANESE, *La nozione del « furtum » da Nerazio a Marciano*, in *AUPA.* 25 (1957) 249 s. (estr. 169 s.). L'Albanese, si badi, contesta l'*animus furandi* in questo e in altri frammenti, ma giustamente ritiene che l'elemento subbiettivo fosse richiesto dai giuristi classici in misura sostanzialmente non diversa dalla giurisprudenza postclassica.

[18] A. WATSON (nt. 2) 445 ss.

[19] Secondo l'ALBANESE (nt. 17) 170 e nt. 387, l'intrusione è pregiustinianea, cioè dovuta ad un privato commentatore di Ulpiano, perché denuncia fraintendimenti in cui difficilmente sarebbero incorsi gli esperti commissari di Giustiniano. V. *infra* nt. 31.

[20] La tendenza a riportare ai giuristi tardoclassici ed a loro innovazioni personali molte variazioni che un tempo erano attribuite alla giurisprudenza postclassico-giustinianea è stata teorizzata da M. KASER in uno scritto del 1967 successivamente rielaborato, anche replicando ai miei rilievi, in *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, in *SBer. Ak. Wien* 227, 5 (1972). Per il mio punto di vista, cfr. A. GUARINO, *Sulla credibilità della scienza romanistica moderna*, in *Scr. Donatuti* 1 (1973) 479 ss. (v. già in *Atti Acc. Pontaniana* 20 [1971] 61 ss.).

tizione, oltre tutto sintatticamente inconciliabile con quanto precede, secondo cui « *furti ita demum* (*dominum equarum*) *teneri, si furandi animo id fecisset* ». Quanto al « *si minus, in factum agendum* », esso segue le sorti del « *furti ita demum rell.* », cui è collegato [21], sí che la parte sicuramente insiticia va da « *furti ita demum* » alla fine [22].

Ma l'analisi stilistica non è tutto. Un'analisi di contenuto del passo ulpianeo ci avvia a confermare e ad ampliare le prime intuizioni esegetiche.

Si cominci col notare, perché ha la sua importanza, che la singolare questione del « τῆς γονῆς *dumtaxat* χάριν » è stata posta in concreto ad Ulpiano non da un qualunque uomo della strada, ma da un giurista bene informato quale era Erennio Modestino [23], il quale Modestino non era tuttavia riuscito con le sue forze a risolvere il problema creatogli da un interrogante in Dalmazia [24]. Se teniamo presente ciò, è assai diffi-

[21] Nota giustamente l'ARCHI (nt. 3) 144, che dei molti sostenitori dell'interpolazione quasi nessuno si è preoccupato di spiegare perché Giustiniano (o, aggiungo io, un maestro dell'epoca pregiustinianea) avrebbe introdotto nel testo l'*actio in factum*: « e ciò in omaggio alla concezione del cosí detto diritto giustinianeo, cui si è soliti attenersi, e cioè che questo sia come una grande marmitta, alla quale si chiede non la congenialità degli aromi, ma solo il loro numero ». Unica eccezione, segnalata anche dall'Archi, è quella del LONGO (nt. 16) 594, secondo cui i « giustinianei » nella « pura ipotesi di uso dell'asino o dei cavalli » avrebbero scorto, anziché un *furtum*, « un atto idoneo a procurare un risarcimento ».

[22] L'espunzione è indicata anche da P. KRÜGER, nell'edizione del *Corpus iuris* 1[16], il quale l'attribuisce al Ferrini. Per vero, il FERRINI (nt. 13) 137, sostiene per esplicito solo la non classicità, nel primo periodo, di « *non* » e « *nisi—habuit* »: dal che si ricava, è chiaro, la necessità di espungere anche « *furti ita demum rell.* ».

[23] Su Modestino: A. GUARINO, *Storia del dir. romano*[5] (1975) 487. Non si dimentichi che Modestino è uno dei cinque giuristi della cd. « legge delle citazioni » di Valentiniano III: GUARINO, *SDR.* 540 s.

[24] A proposito della risposta alla consultazione di Modestino, Ulpiano usa « *rescripsi* ». Come è a tutti noto, « *rescribere* » significa rispondere per iscritto, e lo ribadisce l'ARCHI (nt. 3) 137 e nt. 9, con abbondanza di esempi e con particolare riferimento ad *epistulae* con cui un giureconsulto rispondeva ai quesiti di un altro giureconsulto: dunque l'interpretazione piú ovvia del « *rescripsi* » è che Ulpiano alluda ad una lettera di risposta inviata precedentemente a Modestino. Tuttavia, tenendo presente che « *rescribere* » si usa anche e sopra tutto per i rescritti imperiali, che qui la domanda era posta da un uomo qualificato che si trovava forse in Dalmazia per esercitarví una carica pubblica (v. *retro* nt. 10) e che Ulpiano ebbe a corte incarichi di grande rilievo (cfr., da ultimo, G. CRIFÓ, *Ulpiano, Esperienze e responsabilità del giurista*, in *ANRW.* 2.15 [1976] 708 ss., spec. 765 ss.), io ho avanzato l'ipotesi, nel mio precedente articolo, che « il caso sia stato sottoposto da un tizio

cile credere che il dubbio vertesse sulla rilevanza o meno dell'*animus furandi*. Posto che in diritto classico l'*animus furandi* non fosse ancora richiesto per la perseguibilità del furto, Modestino si sarebbe evidentemente astenuto dal porre il quesito in ordine ad esso. Posto che l'*animus furandi* fosse invece, come è di gran lunga piú probabile, già richiesto [25], del pari Modestino non avrebbe fatto ricorso ai lumi di Ulpiano per apprendere una cosa che già certamente sapeva; e tanto meno Ulpiano gli avrebbe pomposamente risposto, o fatto rispondere dall'imperatore con un rescritto, che il furto c'è solo se vi è l'*animus furandi*, il che è quanto dire, in parole piú povere, che il furto è furto solo quando è furto.

Resta, come possibile giustificazione del riferimento esplicito all'*animus furandi* sia nel primo che nel secondo periodo del frammento ulpianeo, l'ipotesi che il *deus ex machina* rappresentato dalla intenzione specifica di rubare, che prima sarebbe stata trascurata dalla giurisprudenza classica, sia stato portato sulla scena del *furtum*, almeno in ordine alla vicenda dei cavalli e delle cavalle, da Ulpiano [26]. Ma, a ben guardare, l'ipotesi è assai fragile. La fattispecie proposta da Modestino al suo maestro già era caratterizzata dall'elemento subbiettivo, perché chi

in ambasce a Modestino in Dalmazia e che Modestino, non sentendosi in grado di risolverlo da solo con un proprio responso, lo abbia fatto riversare dall'interessato in una richiesta di *rescriptum* imperiale, accompagnando l'invio di tale richiesta con una lettera al suo maestro Ulpiano, introdottissimo nella corte imperiale, affinché ispirasse egli stesso il *rescriptum* ». L'Archi contesta questa ipotesi e preferisce credere ad un Ulpiano che, soddisfattissimo della risposta data a suo tempo a Modestino, piú tardi, facendo l'esempio del somaro e delle cavalle, esplicitamente la rievoca. Cosa posso obbiettare? Assolutamente nulla, salvo, a difesa delle mie preferenze, questo ulteriore rilievo: che il « *proponebatur* » fa pensare piú che alla richiesta di un *responsum* rivolta a Modestino, addirittura ad una causa proposta davanti a lui in Dalmazia (cfr. HEUMANN-SECKEL, *Handlex.*[9] [1914] shv.), nel qual caso la possibilità che Modestino si sia ufficialmente rivolto per lumi all'imperatore (siamo, non si dimentichi, nel terzo secolo d. C.) si consolida.

[25] Cfr., per tutti, THOMAS (nt. 15) e ALBANESE (nt. 17). È opportuno segnalare, a scanso di equivoci, che gli avversari della classicità dell'*animus furandi* non intendono dire che in età classica non rilevasse, ai fini della punibilità del furto, la volontarietà dell'azione posta in essere dal ladro (cfr. Gai 3.197: *furtum sine dolo malo non committitur*). Essi si limitano a sostenere, con gratuita sottigliezza, che i postclassici svilupparono il *dolus malus* del *fur*, traendone l' « elemento nuovo » (autonomo, separato dalla *contrectatio rei fraudulosa*) dell'*animus furandi*, cui si aggiungeva l'*animus lucri faciendi*.

[26] V. *retro* nt. 18.

dice che la sottrazione dei cavalli maschi al loro proprietario è stata fatta « solo a fini di monta » implicitamente, ma chiaramente segnala una certa qualità e quantità di *animus*, di intenzionalità, di proiezione verso un fine, che sembra essere quello del *furtum*, di cui è stato provvisto l'agente [27]. Ora il testo in esame, nella sua edizione giustinianea, parla dell'*animus furandi* come di un requisito assolutamente estraneo alla fattispecie, di un requisito che deve invece concorrere anch'esso (si badi particolarmente al « *quoque* » del primo periodo) affinché l'agente sia perseguibile con l'*actio furti*. È assai difficile credere che Ulpiano sia potuto cadere in questo equivoco grossolano, tanto piú che vedremo tra poco cosa egli pensasse del caso della meretrice rapita [28]. Altra cosa, ben piú verosimile, è che nell'equivoco sia incorso un frettoloso e superficiale lettore e annotatore dei suoi *libri ad edictum*.

4. — L'*animus furandi* quindi non figurava nell'originale di Ulpiano. Ve lo ha inserito un annotatore anonimo, al quale sfuggivano le vere ragioni del dubbio di Modestino e della soluzione del suo maestro.

Diremo pertanto che il dubbio di Modestino verteva sulla configurabilità della *contrectatio rei* e che Ulpiano ha deciso che il proprietario delle cavalle « *furti non tenetur* » per il fatto che nella nostra ormai nota fattispecie la *contrectatio*, rispettivamente dell'asino e dei cavalli maschi, non è ravvisabile?

Questa tesi è stata avanzata dall'Albanese [29] sulla base di due considerazioni: in primo luogo, che Ulpiano si occupava presumibilmente, a questo punto del suo commentario edittale, proprio del requisito della *contrectatio*; in secondo luogo, che nell'operato del proprietario delle cavalle la *contrectatio* sembra non esservi perché « tanto il *coegisset* quando l'*admisisset* nei loro significati propri non importano necessariamente la *contrectatio* ». Il primo rilievo è esatto, perché proprio nel paragrafo precedente quello in esame Ulpiano afferma recisamente che se non vi è *contrectatio* non vi è *furtum* [30], ma decisivo certamente non è: non solo perché la stretta connessione tra i due paragrafi la si

[27] Si badi che Ulpiano, sia nel primo sia nel secondo periodo, non parla nemmeno di sottrazione, di *amotio*, ma usa verbi che, in relazione alla fattispecie del *furtum*, sono da qualificarre quanto meno ambigui.

[28] V. *infra* n. 5.

[29] *Retro* nt. 3.

[30] Ulp. 37 *ed.* D. 47.2.51.19 (LENEL, *Pal.* Ulp. 1041): *Hoc enim iure utimur ut furtum sine contrectatione non fiat.*

vede nel frammento ulpianeo dei *Digesta*, tuttavia non è detto che vi fosse anche nell'originale classico; ma anche perché, guarda caso, proprio la stesura giustinianea del nostro passo presuppone che la *contrectatio rei* sia indiscutibile e che la esistenza del furto dipenda dall'esistenza « anche » di un altro elemento, l'*animus furandi* [31]. Comunque, il carattere significativamente perplesso della motivazione indebolisce di molto la credibilità della tesi: il « non necessariamente » è esatto, ma non esclude che la *contrectatio* possa esservi e, stando all'*id quod plerumque accidit*, vi sia [32].

Pago di queste osservazioni di carattere critico, ad esse mi limitavo nel precedente scritterello sul tema. Ma questa volta no. Giustamente richiamato dall'Archi ad una considerazione piú attenta dei rapporti sessuali tra equini, credo doveroso aggiungere qualche parola in proposito, rifacendomi alla vasta trattazione *de re rustica* pubblicata, sul finire del primo secolo dopo Cristo, dallo spagnolo Lucio Giunio Moderato Columella [33].

Va premesso, a nostro comune ricordo, che il furto non si riduceva, per i giuristi romani dell'età classica, alla sola ipotesi di *amotio*, di sottrazione o asportazione di una cosa mobile a chi l'avesse in suo possesso, di allontanamento della cosa dalla sua sfera di disposizione. Già Masurio Sabino, stando a quanto riferisce Aulo Gellio [34], aveva affermato che era responsabile di furto chi « *alienam rem adtrectavit* », cioè chi avesse tirato a sé, ovviamente non autorizzatovi, la cosa altrui [35]. Circa un secolo dopo, parafrasando e sviluppando questa dichiarazione, Gaio

[31] L'ALBANESE (nt. 17) 170, ritiene invece che l'interpolatore in tanto abbia chiesto anche l'esistenza dell'*animus furandi*, in quanto non scorgeva nella fattispecie la *contrectatio rei*.

[32] Osservavo nel mio precedente scritto, a questo proposito, che « l'*admittere asinum in equas*, il *subicere equas* agli stalloni e sopra tutto il *cogere asinum* (anche se volenteroso) verso le proprie cavalle non può essere normalmente esente da una certa quale attività materiale svolta ai fini dell'avvicinamento tra gli animali, che, bisogna supporre, già non vivessero in completa promiscuità ».

[33] Su Columella v. SCHANZ-HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur* 2⁴ (1935) 785 ss.

[34] Gell. *N.A.* 11.18.20 (ma v. anche 11.18.13, 21 e 23).

[35] *Verba sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo: « qui alienam rem adtrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur »*. V., tuttavia, B. ALBANESE, *La nozione del « furtum » fino a Nerazio*, in *AUPA*. 23 (1953) 120 ss., il quale esclude, con argomentazione su cui non possiamo qui fermarci, che ai tempi di Sabino la *contrectatio* fosse già ritenuta requisito essenziale del *furtum*.

scriveva nel suo manuale che si ha furto « non solo quando taluno asporta la cosa altrui allo scopo di farla propria, ma, piú in generale, quando taluno dispone materialmente della cosa altrui senza la volontà del *dominus* »[36]; né risulta che da questo insegnamento si siano discostati in senso restrittivo i giuristi posteriori. « *Adtrectare* » e « *cumtrectare* », da *ad* (o *cum*) e *tractare*, verbo che è a sua volta un intensivo di *trahere*[37], indicano indubbiamente che il ladro si pone in una relazione materiale con la cosa desiderata, allo scopo di tirarla a sé o di escluderla dalla disponibilità del possessore, ma non implicano che il ladro debba apprendere con le mani la cosa o anche solo toccarla, con le mani o altrimenti. Quel che occorre, e che basta, è il ' trattamento ' operato con mezzi materiali, sicché se la cosa è semovente, se è un essere animato, la si può rubare anche inducendola con gesti o schiamazzi ad allontanarsi dal luogo in cui il possessore l'abbia sistemata, oppure impedendole in qualunque modo di far ritorno al suo luogo abituale di insediamento: del che Gaio fornisce un esempio lucidissimo in un passo famoso delle *res cottidianae*[38] relativo a galline ed a paperi volati altrove perché « *quolibet modo turbati* », in qualsivoglia modo spaventati[39].

Venendo ai nostri equini, esaminiamo meglio le due ipotesi esposte da Ulpiano. Nella prima ipotesi, quella cui si riferisce il primo periodo del testo, il proprietario delle cavalle esercita un « *cogere* » nei confronti dell'asino altrui e cosí ottiene un « *admittere in equas suas* » dell'asino in questione; nella seconda ipotesi, quella del secondo periodo, il proprietario delle cavalle effettua un « *subicere* », di queste ultime ai cavalli di un altro. I tre verbi (*cogere, admittere, subicere*) hanno un senso tecnico ben preciso, che solo pallidamente sono riuscito a rendere nella mia traduzione[40]. « *Cogere* » non è solo il costringere materiale, che nel caso nostro sarebbe il prendere di peso l'asino o il trascinarlo a viva forza in mezzo alle cavalle, ma è l'indurre con mezzi

[36] Gai 3.95: *Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat.*

[37] WALDE-HOFMANN, *Lat. etym. Wb.* shv.

[38] Su questo testo, e sul parallelo I. 2.1.16, cfr. ALBANESE (nt. 17) 83 ss.

[39] Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.5.6: *Gallinarum et anserum non est fera natura: palam est enim alias esse feras gallinas et alios feros anseres. itaque si quolibet modo anseres mei et gallinae meae turbati turbataeve adeo longius evolaverint ut ignoremus ubi sint, tamen nihilo minus in nostro dominio tenentur. qua de causa furti nobis tenebitur qui quid eorum lucrandi animo adprehenderit.*

[40] *Retro* n. 2.

materiali l'animale a muoversi ed eventualmente a saltare una siepe di confine: anche, insomma, con schiocchi di frusta o con gesti o « arri » di incitamento [41]. « *Admittere* » un maschio su una o piú femmine (« *in* ») è il verbo proprio per indicare che il maschio viene portato alla monta, sí che gli stalloni sono appunto denominati « *admissarii* » [42], e il « *subicere* » ad un maschio una femmina è chiaro come la luce del sole.

Tutto questo è evidente, ma non sarà male qui aggiungere che l'esperto Columella insegna, e noi non abbiamo ragioni per smentirlo, che la disposizione reciproca tra gli equini ad amarsi non è situazione facile a realizzarsi in un clima di spontaneità, e che anzi gli accorti agricoltori devono a volte darsi da fare non poco per ottenere l'appropriato risveglio della natura [43]. Dirò di piú. Sopra tutto in materia di incontri tra asini e cavalle, destinati alla produzione di muli, la bisogna è particolarmente difficile, perché gli animali subumani non la cedono in nulla di fronte al razzismo di certi animali umani e la cavalla vuol farsela col cavallo, mentre l'asino le preferisce decisamente l'asina [44]. Rivela a questo proposito l'inesauribile Columella che per esaltare l'asino maschio quei birboni degli allevatori usavano mettergli accanto una femmina della stessa razza, dopo di che, « quando lo stallone è stato blandito dalla presenza dell'asina ed è ormai divenuto come ardente e cieco di passione, sottrattagli colei ch'era oggetto del suo desiderio, gli pongono vicino la cavalla di cui aveva avuto fastidio » [45].

Se si pone mente alle complesse operazioni ora accennate, ogni dubbio circa la configurabilità della *contrectatio*, nelle due ipotesi esaminate, cade [46]. A Modestino, ad Ulpiano, a qualunque altro giurista romano non poteva venire nessuna ragionevole esitazione in argomento.

[41] FORCELLINI, *Lexicon t. L.* shv. Del resto, il fenomeno era colto anche nel « *metu coactus* », nel soggetto giuridico che fosse stato vittima di una minaccia.

[42] FORCELLINI shv. Cfr. Varro *r. r.* 2.5.14; Colum. *r. r.* 6.27 *passim* (dei cavalli).

[43] Colum. *r. r.* 6.27.10: *Quod si admissarius iners in Venerem est . . .; rursus si equa marem non patitur . . .* Per maggiori particolari si legga il testo.

[44] Colum. *r. r.* 6.36.4: *quoniam similia similibus familiariora fecit natura.*

[45] Colum. *r. r.* 6.36.4: *Itaque obiectu asinae cum superiectum eblanditi sunt, velut incensum et obcaecatum cupidine, subtracta quam petierat, fastiditae imponunt equae.*

[46] Colum. *r. r.* 6.36 è prevalentemente dedicato alle operazioni agevolatrici degli amori tra asini e cavalle ed eventualmente moderatrici degli eccessivi ardori dei maschi. Gli ardori delle femmine sono stati addirittura cantati da Verg. *Georg.* 3.266 e 269 ss.; ma v. anche Colum. *r. r.* 6.27 e 35, con considerazioni preziose e a volte sorprendenti.

5. — Il dubbio preso in considerazione da Ulpiano non riguardava un requisito specifico del furto, ma concerneva, a mio avviso, la singolare fattispecie nella sua globalità. E il punto era questo. La *contrectatio* di un asino o di alcuni cavalli altrui operata al limitato fine di concludere una monta per le proprie cavalle, quindi con un *animus* del tutto caratteristico, dà luogo o non dà luogo alla figura del *furtum*?

La conferma della risposta di Ulpiano, nel senso che l'agente « *furti non tenetur* », noi la possiamo trarre indirettamente dalla lettura di un altro brano ulpianeo, ritagliato dal libro 41 del commentario *ad Sabinum* [47], nel quale si esamina un caso in certo modo analogo e si mette in esplicito la ragione della configurabilità del furto. « Se un tale ha rapito la schiava altrui esercente il meretricio, la verità è che il furto non c'è: non si guarda invero al puro fatto (della *contrectatio*), ma alla finalità dell'azione, e qui il fine dell'azione è stata la libidine, non il furto » [48]. Dunque, la *contrectatio* e l'*animus furandi* debbono indiscutibilmente concorrere affinché si possa parlare di *furtum*, ma la « *causa libidinis* » non è equiparabile all'*animus furandi*. Si sostituisca a « *causa libidinis* » il « τῆς γονῆς *dumtaxat* χάριν », che è espressione ancor piú limitativa della prima, e si capirà finalmente il perché della decisione di Ulpiano in D. 47.2.52.20.

Ancora una volta si riscontra, nel nostro caso, la provvida riluttanza dei giurecosulti romani, di quelli veri, alle lusinghe assillanti del dogmatismo, della consequenziarietà logica, di quella insomma che i germanici chiamano la « Begriffsjurisprudenz », la giurisprudenza rigidamente ossequiente ai concetti generali [49]. Non vi è dubbio che astrattamente anche il semplice fine di monta sia una specie di *animus furandi*, e che quindi l'utilizzazione degli equini maschi altrui possa essere astrattamente classificata come *furtum*. Ma il buon senso pratico non permette di arrivare a tanto. Un giurista che abbia i piedi per terra, il furto non può che escluderlo.

Perché, si badi bene, la soluzione del nostro caso in un senso piuttosto che nell'altro implicava, per diritto romano, conseguenze pratiche rilevantissime. La configurazione del caso come *furtum* portava al rico-

[47] Ulp. 41 *Sab.* D. 47.2.39 (cfr. LENEL, *Pal.* Ulp. 2866, sub tit. « *de furtis* »).

[48] *Verum est, si meretricem alienam ancillam rapuit quis* [*vel celavit*], *furtum non esse: nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi: causa autem faciendi libido fuit, non furtum.* V. *infra* nt. 54.

[49] Limpide considerazioni, con riferimento ad Jhering, in F. VASSALLI, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, in *St. giuridici* 3.2 (1960) 813 ss.

noscimento dell'*actio in duplum*[50]; la negazione del *furtum* portava alla concessione di un'*actio in factum* limitata al *simplum*, anzi piú probabilmente limitata all'« *id quod actoris interest* », in forza della quale il giudice privato era invitato a tener conto, nella condanna, del valore obbiettivo della prestazione effettuata dagli equini maschi, nonché del *quid* in piú rappresentato dall'interesse dell'attore ad ottenere il rimborso al momento della *litis contestatio* (o della sentenza, o della violazione lamentata)[51]. Umanamente comprensibile è che alla vittima della frode piacesse considerarsi un derubato (di qui probabilmente il quesito posto a Modestino), ma pienamente da approvare sono la sensibilità pratica e la prudenza di Ulpiano, che esclude il *furtum* e nega l'*actio furti*.

E a questo punto un piccolo indugio sull'*actio in factum* non sarà inopportuno. Quali possano essere state le caratteristiche dell'*actio in factum* è cosa che l'Archi ha approfondito in modo altamente penetrante, anche se, bisogna dirlo, a titolo esclusivamente ipotetico[52]. Tuttavia io mi chiedo se il quesito sia stato espressamente posto da Modestino ad Ulpiano e se comunque Ulpiano abbia, nella sua risposta fatto esplicita menzione dell'*actio in factum*. E il mio parere, come già nell'articolo precedente sul tema, è, francamente, negativo. Ai Romani, e sopra tutto ai giuristi romani, tornava assolutamente ovvio, io penso, che in mancanza dell'*actio furti* trovasse luogo, a beneficio della vittima, un'*actio in factum*. È pertanto un po' ingenuo, a mio avviso, attribuire l'escogitazione dell'*actio in factum* ad Ulpiano[53], tanto piú che Ulpiano, nel discutere il caso della schiava meretrice, dell'*actio in factum*, pur diffondendosi su altri problemi, non parla[54]. Il confuso, e superfluo, accenno all'*actio in factum* come alternativa dell'*actio furti* mi sembra

[50] V. *retro* n. 2 e nt. 14.

[51] Sulla *condemnatio* nel « *quanti Auli Agerii interfuerit* »: M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (1966) 244.

[52] ARCHI (nt. 3) 144 ss.

[53] Cfr. ARCHI (nt. 3) 147, il quale fa leva sul fatto che « Ulpiano citi se stesso e con un accento di particolare compiacimento ».

[54] Cfr. D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*), già parzialmente riportato *retro* nt. 48. Ivi Ulpiano pone anche il quesito, ben altrimenti difficile, se il rapitore di una sgualdrina (non schiava?) abbia commesso *crimen* di *plagium* (represso dalla *lex Fabia de plagiariis*, forse del sec. I a. C.) e, senza particolari compiacimenti, segnala di averlo risolto in concreto negativamente: *An tamen vel Fabia teneatur, qui subpressit scortum libidinis causa? et non puto teneri, et ita ex facto, cum incidisset, dixi.*

piuttosto, insomma, frutto di una inserzione, come suol dirsi, « completomane ».

6. — E con ciò ho chiuso. O meglio non ancora, perché ancora mi manca di fare ammenda di una supposizione scherzosa, e forse anche irriverente, che avevo avanzato in quel tal primo mio articoletto sul tema.

La domanda che mi ero posta era la seguente: come mai Ulpiano, che nel suo passo ci fa sapere di aver già risolto in concreto un dubbio relativo all'incontro tra cavalle e cavalli, raffigura invece se stesso, nell'esempio astratto del primo periodo, come proprietario di un asino? E siccome mi ero immaginato che Ulpiano fosse capace di sorridere e che in occasione del quesito postogli da Modestino egli avesse sorriso del suo allievo « diligentissimo e alquanto pignolo » [55], ecco che retoricamente mi chiedevo: « Sarà stato per questo che . . . il giurista usa a mo' di verso parole greche, probabilmente prese in prestito dalla lettera del grecoloquente Modestino, mentre trasforma i nobili destrieri di cui gli scriveva preoccupato quest'ultimo in un modesto e casalingo somaro? ».

Gravissima leggerezza, lo ammetto. Prima di sottovalutare il somaro di Ulpiano avrei dovuto edurmi circa gli asini atti alla monta delle cavalle [56]. Vi sono asini ed asini, infatti. Indubbiamente utilissimo, anche perché economico, è l'asinello comune, il « *vilis vulgarisque asellus* » di taglia piccola, da mettere a frutto per il trasporto, per il lavoro dei campi, per la macina [57], nonché, dice Plinio riferendo un insegnamento di Catone, da destinare ai terreni poveri e marci [58]. Ma l'asino per cavalle è ben diversa cosa e trovarne uno adatto è tutt'altro che facile, tanto piú che l'aspetto esteriore spesso tradisce: « molti stalloni bellissimi di figura producono poi una razza pessima o per forma o per sesso », mentre « vi sono stalloni spregevoli all'aspetto, che sono

[55] Giuocavo sul senso di « *studiosus* », che indica l'allievo, ma anche il seguace fedele, il « supporter », e la persona altamente diligente.

[56] Dice Columella *r. r.* 6.27.1, che il bestiame equino si divide in tre categorie: una razza piú nobile, che offre cavalli per i giochi del circo e per le gare sacre; una razza da muli, che per i guadagni che dà con la propria prole si può paragonare alla razza nobile; e finalmente la razza volgare, che produce mediocri femmine e maschi.

[57] Colum. *r. r.* 7.1.3, che cita anche Verg. *Georg.* 1.273 ss.

[58] Plin. *n. h.* 18.44: *de terra cariosa exsecratio Catonis abunde indicata est, quamquam praedicere non cessat is: « quicquid per asellum fieri potest vilissime constat »*.

fecondi di semi preziosissimi »[59]. Se la legge della domanda e dell'offerta aveva vigore anche per i Romani, il prezzo delle prestazioni di un asino per cavalle doveva essere dunque sostanzioso.

Anche se continuo a non capire l'inusitato ricorso al greco[60], mi rendo conto, ed era ora, della scelta dell'asino. Non è che Ulpiano abbia in qualche modo voluto dar la baia al suo allievo ed estimatore Modestino. Al contrario, egli ha voluto imprimere alla fattispecie, a dir cosí, un tocco di tecnicismo e portarla al grado di evidenza massimo. Ed è comprensibile che, ciò facendo, egli abbia trascurato ogni spiegazione. « Capisca il profano quel che vuole », egli si è detto, « e magari strizzi anche l'occhio, il profano[61]: l'esperto di equini non mancherà di intendere la ragione sottile per cui ho fatto l'esempio del somaro ».

Ulpiano come Copernico? « *Mathémata mathematicis scribuntur* »?[62]

[59] Colum. *r. r.* 6.36.3.

[60] L'Arcili (nt. 3) 140 e nt. 19, ipotizza poco persuasivamente che « τῆς γονῆς *dumtaxat* χάριν » fosse un'espressione presa « dal gergo degli allevatori, che nel mondo che parla greco avevano antiche e qualificate tradizioni ».

[61] Cfr. Petron. *satyr.* 24.7: « *Haec* », *inquit* (*Quartilla*) « *belle cras in promulside libidinis nostrae militabit; hodie enim post asellum diaria non sumo* ». (L'esperta Quartilla si riferisce qui alle doti promettenti, ma immature del piccolo Gitone. I cibi di ordinaria amministrazione non la allettano, dal momento che, oggi come oggi, essa è in condizione di servirsi di un ben piú consistente *asellus*: termine che può indicare tanto, in gastronomia, un pesce di specie prelibata quanto, levate le mense, l'asino, animale ben noto per la sua validità amatoria).

[62] N. Copernicus, *De revolutionibus orbium coelestium* (1543) praef.

# IL MANDATO E LA PROCURA

1. — È il corso di diritto romano che l'a. è stato improvvisamente chiamato a svolgere, nell'anno accademico 1948-49, a seguito della dolorosa scomparsa di Emilio Albertario, dalla cattedra di Pandette dell'Università di Roma. È dedicato, dal maestro davvero indimenticabile, agli « indimenticabili » allievi, ch'egli ha avuto nei 25 anni di insegnamento a Napoli.

Il libro si divide in 30 paragrafi, di cui il primo contiene una breve premessa (p. 1-2) e i rimanenti sono raggruppati in 5 capitoli e una appendice.

A) Nel cap. I (§§ 2-9, p. 3-43: « Il mandato e gli altri casi di gestione per conto altrui ») l'a. procura, a titolo preliminare, di differenziare dal mandato ogni altra fattispecie di gestione per conto d'altri. Egli parla, pertanto, brevemente, dei casi oroginari di gestione (*cognitor*, *fiducia cum amico*: § 2, p. 3-6), dei negozi compiuti *ab antiquo* per conto del *pater familias* dal figlio e dallo schiavo (§ 3, p. 7-8), della figura del *procurator omnium rerum* (§ 4, p. 8-12), della posteriore figura del *procurator ad litem*, di cui difende (contro l'Albertario) la classicità (§ 5, p. 12-17), e dedica una succinta dimostrazione al carattere postclassico di ogni altra figura di *procurator unius rei* (§ 6, p. 17-19). Subordinatamente, passa a sostenere la tesi che l'azione relativa ai rapporti tra principale e *procurator* (*omnium rerum, ad litem*) non sia stata, in età preclassica e nel primo secolo dell'età classica, l'*a. mandati*, ma l'*a. negotiorum gestorum*, e piú precisamente la formula *in ius ex fide bona*, di cui assume l'anteriorità rispetto alla formula *in factum*: lo desume da Cic. *Top.* 10.42 e 17.66, da Sen. *de ben.* 4.27.3, da Pomp. D. 27.3.3 e 34.3.8.6, ove traspare piú o meno chiaramente il ricollegamento originario al *procurator* dell'*a. neg. gest.* (§ 7, p. 19-20);

* In *RISG.* 3 (1949) 483 ss. *Rc.* ad ARANGIO-RUIZ V., *Il mandato in diritto romano* (Napoli 1949) p. VIII-211.

lo comprova col famoso (Paul.-)Sab. D. 17.2.38 pr., di cui difende la genuinità e in cui l'*a. neg. gest.* è classificata tra i *iudicia bonae fidei generalia* (§ 8, p. 23-29); lo conferma con un *excursus* sulla storia delle formule dell'*a. neg. gest.* (§ 9, p. 29-43), nel quale tenta di provare (in parziale adesione al Kreller) che l'*a. neg. gest. in factum* fu introdotta dal pretore, posteriormente al riconoscimento (giurisprudenziale) della formula *in ius*, per provvedere all'ipotesi di chi si sostituisse di sua propria iniziativa ad una delle parti del processo, e che soltanto la giurisprudenza classica unificò i casi di gestione di affari sotto il regime dell'*a. neg. gest. in ius*, dando modo alla successiva giurisprudenza postclassico-giustinianea di isolare come casi tipici di *negotiorum gestio* quelli di spontanea sostituzione (nel processo o fuori di esso) di un terzo al soggetto di un rapporto giuridico. Secondo l'a., insomma, soltanto in periodo classico si verificarono i presupposti di una parziale commistione tra l'istituto del *procurator* e quello del *mandatum*, perché soltanto allora si profilò la tendenza a non considerare come tipica *negotiorum gestio* la gestione effettuata, non spontaneamente, ma in base a *praepositio*, dal *procurator* per conto del *dominus negotii*.

B) Il cap. II (§§ 10-15, p. 44-78: « Mandato e procura ») è dedicato allo studio ed alla precisazione dei rapporti intercorsi tra mandato e procura in periodo classico inoltrato ed in periodo postclassico. Posto in luce il carattere *iuris gentium* del *mandatum* e quindi la sua origine extracivilistica dai rapporti commerciali tra Romani e *peregrini* (§ 10, p. 44-48), l'a., dopo aver illustrato la persistente efficienza della procura *omnium rerum* in tema di acquisto del possesso (§ 11, p. 49-52), espone le ragioni tecniche che consigliavano i giuristi classici ad abbracciare la procura nel mandato (§ 12, p. 52-55) e si pone il problema se già in età classica l'estensione del regime del mandato alla procura abbia avuto luogo. Il delicato quesito è da lui risolto affermativamente, almeno nel senso di un concorso dell'*a. mandati* con l'*a. negotiorum gestorum*: lo proverebbero, anzi tutto, alcuni passi in cui si usa « *mandatum* », « *mandare* » relativamente al *procurator* (Gai 4.84 e, in certo senso, 3.15, Paul. D. 3.3.41.2, Ulp. D. 17.1.10.1-3, Pap. D. 17.1.55; § 13, p. 55-62); lo confermerebbero poi altri testi, nei quali, piú o meno evidentemente e sicuramente, traluce il concorso dei due mezzi processuali (Afric. D. 15.3.17 pr., Ulp. D. 44.2.5, Ulp. D. 3.5.16[17]) e dai quali l'a. ritiene lecito dedurre che i passi in cui l'*a. negotiorum gestorum* è ricordata al solo fine di escluderla (es. Ulp. D. 17.1.6.1) e alcuni di quelli in cui è menzionata la sola *a. mandati* (es. Iul. D. 17.1.31) sono stati alterati (§ 14, p. 62-76). Solo in diritto postclassico-

giustinianeo si venne decisamente a ritenere che il *procurator*, istituito dal *dominus* (il cd. *verus procurator*), derivasse i suoi poteri di gestione (*omnium rerum* o *unius rei*) esclusivamente da un *mandatum* e che, viceversa, l'*a. negotiorum gestorum* fosse riservata solo a chi *negotiis alienis gerendis se optulit*, che già per i classici nulla aveva a che fare con il *procurator* (contro l'opposta opinione del Solazzi, v. p. 65 ss.) e che i giustinianei si compiacquero di definire *falsus procurator*, cioè « non-procuratore » (§ 15, p. 77-78).

C) Il cap. III (§§ 16-22, p. 79-133) fornisce la definizione (§ 16, p. 79) ed illustra partitamente gli elementi proprî del contratto di mandato: consensualità, bilateralità, oggetto, gratuità, interesse. Pochi i cenni sulla consensualità del contratto, che è materia di dottrina piú vasta (§ 17, p. 79-84). Relativamente al requisito della bilateralità, l'a. afferma che si trattò di bilateralità non perfetta, in quanto che l'obbligazione del mandatario non era essenziale ma eventuale, tuttavia aggiunge subito che i Romani non dettero rilievo teorico al punto e che, data l'alta frequenza dei casi di obbligazione del mandatario, non ebbero difficoltà a parlare, senza limitazioni, di bilateralità di tutti i contratti consensuali, mandato compreso (cfr. Gai 3.137 e 155; § 18, p. 84-92). Egli critica (p. 89 ss.) la tesi del Donatuti, secondo cui il *mandatum* sarebbe stato bilaterale perfetto solo nel senso che erano eventuali tanto l'obbligazione del mandante quanto la obbligazione del mandatario, e critica altresí (§ 19, p. 92-101) la tesi secondo cui il diritto romano avrebbe conosciuto azioni « bifronti », valevoli senza mutamento di formula contro l'una e l'altra parte (Partsch), e il *mandatum* sarebbe stato classificato tra i contratti bilaterali solo nel senso che sfociava appunto in una formula di questo tipo (Biondi). In ordine all'oggetto del *mandatum*, l'a. si sofferma (§ 20, p. 101-114) sul tema del mandato illecito e su quello del *mandatum incertum*: conformemente al Siber, egli ritiene valido il mandato con oggetto lecito, ma a scopo illecito, e trae dall'esegesi di Ulp. D. 17.1.12.11 e 13 la convinzione che i classici negassero al mandatario l'*a. contraria* solo nel caso di sua consapevolezza della causa illecita (p. 105 ss.); quanto al cd. *mandatum incertum*, l'esame di Paul. D. 17.1.46 lo spinge ad avversare la tesi del Donatuti, contraria alla classicità dell'ipotesi, che a lui invece sembra piuttosto relativa ad un *mandatum* con prestazione non tassativamente determinata, cioè meno certa dei casi soliti di *mandatum* (p. 109 ss.). Dopo una breve illustrazione del requisito della gratuità (§ 21, p. 114-118) l'a. si ferma, infine (§ 22, p. 118-133), a trattare dell'interesse nel mandato e del *mandatum pecuniae credendae*, di cui illustra rapidamente

(p. 128 ss.) funzione e struttura. Riguardo alla figura del *mandatum tua (tantum) gratia*, egli propone questa soluzione del tormentato problema relativo alla sua estensione: Servio (cfr. Gai 3.156), seguito dai proculiani e da Celso (D. 17.1.48.1-2, Ulp. D. 17.1.6.4-5 itp.), considerò *tua gratia*, e quindi nullo, non solo il consiglio generico di impiegare in certo modo il proprio danaro, ma anche il consiglio specifico (cd. *mandatum*) *uti Titio credas*; Sabino, approvato dalla giurisprudenza della sua scuola e da quella post-adrianea, pur non negando che anche in questo secondo caso si avesse mandato *tua gratia*, sostenne che però il mandato fosse da considerare eccezionalmente valido, con conseguente esperibilità dell'*a. mandati contraria*; i postclassici e i giustinianei (cfr. I. 3.26.6), aderendo pur essi a Sabino, separarono l'ipotesi *ut Titio credas* dalla figura del *mandatum tua gratia* e la qualificarono come *mandatum aliena gratia* oppure (nel caso di prestito ad interesse) *tua et aliena gratia*.

D) Nel cap. IV (§§ 23-25, p. 134-158) sono passate in rassegna le cause di estinzione del *mandatum*, e piú precisamente il recesso unilaterale (§ 23, p. 134-139) e la morte di una delle parti (§ 25, p. 139-142), dopo di che si tratta il problema circa la validità del *mandatum post mortem* (§ 26, p. 142-158). In conformità con la dottrina tradizionale (Zimmern) e contrariamente a opinioni anche recentemente difese (Sanfilippo), l'a. ritiene nullo sia il *mandatum post mortem mandatarii* che il *mandatum post mortem mandantis*: egli inclina a spiegare il silenzio di Gai 3.158 su questa seconda figura come una omissione di copista determinata da omoioteleuto (es. « *si quis quid post mortem (suam vel post mortem) meam faciendum mihi mandet* . . . »), e comunque afferma che, come nel caso analogo della *stipulatio post mortem (meam, tuam*: Gai 3.100), la massima *obligatio ab heredis persona incipere non potest* (esplicitamente richiamata da Gai 3.158) implica la nullità anche del *mandatum post mortem mandantis*.

E) Il cap. V (§§ 26-29, p. 159-196) è relativo alle obbligazioni delle parti. Nel parlare delle obbligazioni del mandatario (§ 26, p. 159-165), l'a. si occupa della possibilità di eseguire il mandato mediante sostituto e, contro l'opinione del Donatuti, opta col Sanfilippo per la soluzione affermativa (p. 161 ss.). Poche pagine sono dedicate alle obbligazioni del mandante (§ 27, p. 165-168), dopo di che l'a. torna al mandatario per affrontare le due questioni dell'eccesso di mandato (§ 28, p. 168-188) e del criterio soggettivo della responsabilità del mandatario (§ 29, p. 188-196). Quest'ultimo tema (che si inquadra in un noto e perspicuo corso precedente su *La responsabilità contrattuale in dir. rom.*[2] [1933] *passim* e 41

ss.) è sviluppato con rapidi tocchi, mediante i quali l'a. ricorda il significato ampio che ebbe pei classici il criterio della responsabilità per dolo e prende partito nettamente contrario alle due recenti teorie del Sachers (che suppone una distinzione preclassica tra *dolus malus* = frode e *dolus* semplice = volontaria inesecuzione) e del Pflüger (che giustifica la latitudine della responsabilità del mandatario per *dolus* col rilievo che egli era tenuto a prestare una *fides* « *bona* », cioè, come ironizza l'a., « di buon peso »). Piú lungo il discorso sull'eccesso di mandato, che uno studio tanto acuto quanto ardito del Pringsheim ha reso, nel 1938, nuovamente attuale. Gai 3.161 afferma che, ove il mandatario abbia acquistato un fondo a prezzo superiore a quello fissatogli come massimo dal mandante, egli non può pretendere dal mandante che si riceva il fondo contro pagamento del prezzo autorizzato, « *idque maxime Sabino et Cassio placuit* »; senonché Gai. *res cott.* D. 17.1.14 e I. 3.26.8 fanno cenno della contraria opinione di Proculo (« *Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimant* »), che mostrano di preferire come *sententia benignior*. L'a., escluso che rientri nel tema Iul. D. 17.1.33 (p. 175 ss.), sostiene, anche sulla base di una minuta esegesi di Paul. D. 17.1.3 e 5 (p. 179 ss.), che i giustinianei certamente aderirono alla soluzione proculiana, ma non tace che la tesi sabiniana incontrò pur essa il favore di qualche postclassico (pregiustinianeo), come risulta da una glossa in D. 17.1.3.2; quanto a Gai 3.161, escluso che l'omissione della opinione proculiana sia derivata, in età postclassica, dal trionfo della teoria di Sabino e di Cassio (Pringsheim), egli avanza l'ipotesi che l'interpolazione privativa sia stata fatta da lettori postclassici favorevoli (non meno di quelli che glossarono D. 17.1.3.2) alla opinione sabiniana.

F) L'appendice (§ 30, p. 197-207) affronta i quesiti sollevati dalla misteriosa regola « *ratihabitio mandato comparatur* », formulata in Ulp. D. 46.3.12.4 e Ulp. D. 43.16.1.14. L'a. non crede che la massima possa spiegarsi come una *fictio* di creazione giurisprudenziale produttiva di una *utilis actio mandati*, né si mostra convinto della tesi del Cosentini, che qui *mandatum* sia usato nel senso atecnico di *iussus*: la massima, a suo avviso, vuol significare che l'atto giuridico ratificato a posteriori vale come compiuto da un *procurator* (cioè da un gestore di affari *ex mandato*). In base a questo criterio egli spiega i due testi controversi, di cui peraltro tende a ritenere, col Bortolucci e con altri, la fatturazione postclassica.

2. — L'esposizione, volutamente minuziosa, che precede varrà a mettere in evidenza di per se sola i pregi di completezza e di equilibrio del corso, nonché il perfetto inquadramento del tema nel sistema dei contratti

ed in quello della rappresentanza indiretta. È quasi inutile aggiungere, per chi mai già non conoscesse l'a., che l'opera è redatta in uno stile limpidissimo e arioso, che non si offusca nemmeno nei punti piú complessi e che la renderà particolarmente accetta ai lettori per i quali è stata principalmente scritta, gli studenti. Sotto questo profilo essa costituisce una prova luminosa di come un corso universitario possa riuscire, sol che si voglia e si sappia, a conciliare il piú alto rigore scientifico con la piú incondizionata chiarezza.

Quanto all'apporto scientifico di questa nuova fatica (o diletto?) dell'illustre a., l'esposizione dianzi condotta varrà parimenti a porne in rilievo l'importanza. I due primi capitoli, relativi al sistema romano di gestione per conto altrui, sintetizzano in maniera plastica, e in molti punti originale, il difficile e sterminato argomento, aprendo sicuramente la via a nuove discussioni e revisioni. Il rimanente del libro, che piú specialmente attiene al *mandatum*, offre sempre soluzioni profonde e acutamente ragionate, facendo assai bene sperare gli studiosi in quel trattato dei contratti consensuali romani, che l'a. si è impegnato ad offrirci in un tempo che speriamo vicino.

Un lettore superficiale di questa come di altre opere dell'a. potrebbe essere forse indotto a ritenere che egli, tra gli eccessi opposti del conservatorismo storiografico e del criticismo oltranzista, ami seguire una traccia mediana, o per meglio dire una politica intermediatrice. In realtà non è cosí. L'a. non è certamente un conservatore, ma un « criticista », di un criticismo, peraltro, assai piú penetrante, e quindi sano, di quello di alcuni, i quali riassumono il novanta per cento del loro « diritto romano » in un preteso e radicale contrasto tra « classico » e « postclassico ». Già in altra occasione (in *AG*. 134 [1947] 75) ho avuto a dire che l'Arangio-Ruiz è maestro nella ricostruzione dei chiaroscuri dell'evoluzione storica: ma i suoi chiaroscuri non sono i grigi dell'indeterminato e dell'ibrido, sono al contrario gli effetti di una penetrazione tanto sapiente e profonda nei piú riposti particolari, con le loro inevitabili contraddizioni e varietà, da avvicinare talvolta le sue ricerche quasi ad analisi psicologiche: si leggano, per convincersene, le pagine sulla storia della *negotiorum gestio* (p. 29 ss.) o quelle sull'eccesso di mandato (p. 168 ss.), tenendo particolarmente presente quanto l'a. osserva e precisa circa gli orientamenti dei varî giuristi classici in argomento.

Certo, il raffinatissimo modo di lavorare, che è proprio dell'a., non è fatto per eliminare nel lettore ogni dubbio, anzi, se mai, si risolve spesso nella suggestione alla impostazione di nuovi problemi. Non è questo il luogo per indugiarsi in una conta minuziosa di dissensi. Tut-

tavia nemmeno so rinunciare ad esprimere qualche mia personale divergenza dal modo di vedere dell'a., sopra tutto per quel che riguarda i rapporti tra mandato e procura.

La reazione dell'a., e prima ancora del Solazzi, agli eccessi critici di certi romanisti, tra cui principalmente l'Albertario, in tema di ricostruzione storica della procura romana, è certamente, a mio avviso, da approvare. Che almeno il *procurator ad litem* (ma perché non anche, eventualmente, come ben ritiene il Solazzi, qualche altro procuratore speciale?) sia stato conosciuto dai classici mi sembra indubbio; ed altrettanto indubitabile mi pare che, in periodo classico piú o meno inoltrato, si sia finito col riconoscere applicabile l'*a. mandati* ai rapporti tra principale e *procurator praepositus*, sia generale che speciale. Tuttavia, io sarei incline a precisare che: *a*) in periodo preclassico e poi sino a Pomponio per *procurator* si sia generalmente inteso il solo *proc. omnium rerum*, con conseguente applicazione dell'*a. negotiorum gestorum*; *b*) il *procurator ad litem*, ove fosse *praepositus*, si sia invece considerato *ab initio* come mandatario, con conseguente applicazione della sola *a. mandati*; *c*) l'*a. negotiorum gestorum* non sia mai stata ricollegata ad un atto di *praepositio*, ma solo al fatto compiuto dei *negotia gesta*, con la conseguenza che essa fu ritenuta applicabile tutte le volte che non vi fosse (tutela o) *mandatum*; *d*) la progressiva ammissione, in periodo classico, del mandato generale abbia progressivamente sottratto alla sfera della *negotiorum gestio* l'ipotesi di *procurator praepositus omnium rerum*, trasferendola nella sfera di applicazione del *mandatum*; *e*) i giuristi classici non abbiano mai ritenuto applicabile, in tema di *procuratio*, sia l'*a. neg. gest.* che l'*a. mandati*, ma abbiano ritenuta applicabile questa oppur quella a seconda che il *procurator* fosse o non fosse mandatario.

Valgano i pochi cenni che seguono a dar conto, sommariamente, del mio pensiero. Ed anzi tutto mi sia lecito affermare in contraddizione all'a. (p. 65 ss., 78), che la terminologia *procurator* applicata al gestore volontario di negozi, se pur non fu unanime nei giuristi classici, tuttavia corse in periodo classico piuttosto diffusamente e forse ancor piú diffusamente fu usata dalla precedente giurisprudenza preclassica. La dicotomia postclassico-giustinianea del *verus* e del *falsus procurator* non avrebbe avuto occasione di nascere se i testi classici avessero, già per conto loro, omesso di chiamare *procurator* colui che *negotiis alienis gerendis ultro se offert*; se, come assume l'a. (p. 66), il dettato genuino di Paul. *sent.* 1.3.3 fosse stato semplicemente « *qui se negotiis alienis offert, rem ratam dominum habiturum cavere debet* », il rielaboratore postclassico non avrebbe sentito il bisogno di premettere « *voluntarius*

*procurator* »: in quel testo, come ha ben visto il Levy, è di troppo il « *voluntarius* » ed è stato inserito proprio per addomesticare secondo il punto di vista postclassico il preesistente « *procurator* »; infine (per tralasciare ogni altra considerazione), Gai 4.84 (« . . . *sunt qui putant cum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum* . . . ») manifesta, come l'a. riconosce (p. 78), solo una « riluttanza della giurisprudenza classica » (forse la piú inoltrata) a chiamare *procurator* il gestore volontario, e comunque la manifesta solo in relazione al *procurator ad litem* (il quale, del resto, anche se munito di mandato, « *plerumque satisdare debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur* »).

Ciò premesso, l'affermazione da me fatta sub *a*) — che sino a Pomponio si sia generalmente inteso per *procurator* il solo *procurator omnium rerum* (fosse o non fosse *praepositus*) — mi sembra legittimata essenzialmente dalla definizione di Cic. *pro Caec.* 20.57 (« . . . *is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius, qui in Italia non sit absitve rei publicae causa, quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius* . . . ») e da Ulp. D. 3.3.1 (« . . . *quamvis quidam, ut Pomponius libro vicesimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse* . . . »); e quanto all'affermazione sub *b*) — che il *procurator ad litem praepositus* (cosí come ogni altro eventuale *procurator praepositus unius rei*) sia stato considerato mandatario sin dalla sua istituzione —, la giustificano le valide ragioni addotte dall'a. (p. 52 ss.) a dimostrazione della necessità logico-giuridica di identificare la *praepositio* accettata o eseguita con il *mandatum*. Ed è chiaro che in tanto si parlò di *procurator ad litem praepositus* come di una figura a sé stante, in quanto si riconobbe dal diritto preclassico il *mandatum*: sin che al *mandatum*, in cui si concretava la *praepositio*, non si dette riconoscimento, il *procurator ad litem* altro non era che un qualunque *procurator omnium rerum* il quale compisse atti di gestione nel processo, di guisa che era questo il motivo per cui i rapporti tra lui e il *dominus* erano dominati dall'*a. negotiorum gestorum*. Non mi nascondo che a questo mio ragionamento vien fatto, a prima vista, di obbiettare, che, dunque, già in diritto preclassico il *praepositus ad litem* doveva essere denominato, contrariamente a quanto ho desunto da Cic. *pro Caec.* 20.57, *procurator*: ma dove sono i testi che lo confermano? non è soltanto in Gai 4.84, cioè posteriormente a Pomponio, che viene definito *procurator* chi ha ricevuto espresso mandato alla lite?

A mio avviso, insomma, vi sono buoni indizi per ritenere che, sin tanto che i Romani non si decisero a concepire l'ammissibilità del man-

dato generale (il che sembra trasparire per la prima volta solo in Gai 3.155), le ipotesi di *praepositio* di un soggetto a tutti o a svariati proprî affari e le ipotesi di volontaria gestione, da parte di un soggetto, di uno o svariati affari altrui furono tutte quante indistintamente unificate nel concetto di *negotiorum gestio* effettuata da un *procurator*: *procurator*, insisto, ch'era inteso sempre come *proc. omnium rerum*, perché, nel caso dello spontaneo gestore di un unico negozio altro non si può dire che egli si assume la veste di *procurator* del *dominus*, e non vi è modo di controllare se quella veste egli non se la assuma o non sia per assumersela anche relativamente ad altri affari. Ne consegue che, secondo quanto ho affermato sub *c*), non sembra esatta la tesi del Kreller, accolta sostanzialmente dall'a. (p. 38 ss.), secondo cui in diritto preclassico da un'*a. negotiorum gestorum* civile relativa al *procurator praepositus* si sarebbe passati ad un'*a. negotiorum gestorum in factum* relativa al *procurator* processuale spontaneo: l'esservi stata o meno la *praepositio* non poté aver mai rilevanza ai fini della concessione dell'*a. negotiorum gestorum*, che era basata sul ' fatto compiuto ' di chi *negotia alterius gesserit*. La sola ipotesi atta a spiegare la esistenza di due formule dell'*a. negotiorum gestorum* (una *in ius* e una *in factum*) mi pare, pertanto, quella che una di esse (quella *in factum?*) sia stata introdotta a tutela del *procurator* contro il *dominus* e l'altra a tutela del *dominus* contro il *procurator*: né mi è possibile, in questa sede, andar piú addentro nella complessa questione.

Fu la progressiva ammissione, da parte della giurisprudenza classica, della figura del mandato generale a sottrarre, come ho affermato sub *d*), l'ipotesi del *procurator praepositus omnium rerum* all'istituto della *negotiorum gestio*. Già da tempo i giuristi rettamente giudicavano che, di fronte ad una *praepositio*, o il *praepositus* accettava (oppure eseguiva), e si aveva un *mandatum*, o viceversa non accettava (e non eseguiva) e non si produceva alcun effetto giuridico pro o contro di lui: se tale argomentazione essi furono dapprincipio riluttanti ad applicare alla *praepositio omnibus rebus*, ciò dipese esclusivamente dalla loro resistenza a concepire contratti di mandato che non fossero speciali.

E vengo, sulla base di tutto quanto ho detto fin qui, a giustificare l'affermazione sub *e*), che cioè non sia vero che i giuristi classici abbiano mai ritenuto applicabili, in tema di *procuratio*, l'*a. negotiorum gestorum* o l'*a. mandati*, a scelta dell'attore. La tesi dell'a. in proposito mi sembra logicamente inammissibile perché, se è vero quanto ho argomentato finora, il motivo per cui lentamente le ipotesi di *procurator praepositus* passarono tutte ad essere raffigurate come ipotesi di mandatario fu che

parallelamente si formò, nel corso dei secoli, la convinzione che esse non fossero ipotesi di mera *negotiorum gestio*: riconosciuta l'esperibilità dell'*a. mandati* era automaticamente disconosciuta quella dell'*a. negotiorum gestorum*. Ed uno sguardo ai testi citati dall'a. a suo sostegno (p. 62 ss.) basterà a convincersene. A prescindere da Ulp. D. 17.1.6.1, che prova testualmente il mio assunto, e di cui l'a. onestamente non tenta di sbarazzarsi con critiche dirette, che sono impossibili, ma solo con l'argomento della presunta contrarietà con gli altri testi, mi limiterò ad osservare che: in Afric. D. 15.3.17 pr. (« . . . *si procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum* ») giustamente si fa l'eventulaità dell'*a. mandati* o di quella *negotiorum gestorum* perché *procurator* può essere tanto il *praepositus* quanto il *voluntarius*; in Ulp. D. 44.2.5 (« . . . *si quis mandati acturus . . . propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel condicat, de eadem re agit* . . . ») la spiegazione proposta dall'a. è una *petitio principii* e non val piú di quella secondo cui il mandatario, nella tema di non poter provare il mandato, muti il titolo dell'azione, decidendo di agire con la *condictio*, per la restituzione del danaro versato al *dominus*, oppure in veste di colui *qui se ultro negotiis alienis gerendis optulit*; in Ulp. D. 3.5.16[17] (« . . . *si quid connexum fuit, ut separari ratio eius quod in servitute gestum est ab eo quod in libertate gessit non possit, constat venire in iudicium vel mandati vel negotiorum gestorum et quod in servitute gestum est* . . . ») è, se l'a. mi permette, solo una sua impressione che l'ipotesi dell'*a. negotiorum gestorum* non possa essere stata fatta, perché « fuori della realtà », in considerazione dell'eventualità che il servo abbia continuato ad amministrare, dopo la sua affrancazione, di propria iniziativa i beni del patrono assente.

In conclusione, come ottimamente ha visto l'a., l'argomento dei rapporti tra procura e mandato è uno di quelli in ordine a cui maggiormente bisogna guardarsi dall'adottare il solito e grossolano schema del « classico-postclassico ». Pur se con molte incertezze (di cui i miei dissensi dall'a. sono la riprova), i testi di cui disponiamo fanno intravvedere uno sviluppo incessante e complesso che si inizia col periodo preclassico del diritto romano e che continua, non senza alcune contraddittorietà, nei periodi successivi, secondo questa direttiva generale: svincolamento del *procurator praepositus* dal regime della *negotiorum gestio* e sottoposizione di esso al regime del *mandatum*; nonché, per converso, restringimento del regime della *negotiorum gestio* al *procurator voluntarius*, con tendenza vieppiú decisa a non denominare costui nemmeno

*procurator* o tutt'al piú a qualificarlo *falsus procurator*. E può anche darsi, giusta quest'ordine di idee, che sia stato proprio e di già Ulpiano (9 *ad ed.*), giurista dell'ultima età classica, a definire il *procurator* solo come mandatario, a quanto risulta da D. 3.3.1 pr. (« *procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat* »: che i paragrafi seguenti concorrono a dimostrare genuino).

# ALLE ORIGINI DEL « MANDATUM CREDENDI »

1. — In un corso di lezioni del 1982-83 [1], dopo aver analizzato lo stadio « giustinianeo » del mandato di credito (« *mandatum pecuniae credendae* » o, piú esattamente, « *mandatum credendi* »), risalii al periodo classico, distinguendo tra la fase « augustea » (sino a Traiano) e la fase « adrianea » (da Adriano in poi) dello stesso. Per quanto attiene alla fase adrianea, convenni con la *communis opinio* che il contratto svolgeva funzioni di garanzia personale delle obbligazioni, analoghe a quelle della *fideiussio*, ed era strutturato come un mandato a far credito ad un certo debitore: mandato che obbligava il *mandator* (garante) a rivalere il *mandatarius* (garantito) di ogni perdita derivante da inadempienza del debitore. Ma è a questo punto che sorgono i dubbi.

È probabile che l'assetto adrianeo del nostro istituto si sia profilato in buona parte già nella fase augustea del periodo classico, e forse anche prima. Tuttavia, ove si guardi alla fase augustea del diritto classico e, prima ancora, all'ultimo secolo del periodo preclassico, risulta abbastanza evidente che l'affermazione dell'assetto di garanzia del *mandatum credendi* sia stata, si sia concretata, in modi progressivi e non certo del tutto lineari. Si intravvedono infatti i segni di un processo di formazione partito, a quanto è dato presumere, da una base iniziale alquanto diversa da quello che fu il traguardo di arrivo: ciò, sia per quanto concerne la funzione, sia per quanto concerne la struttura stessa del *mandatum credendi*.

Purtroppo, non è possibile andare, in argomento, oltre i limiti di una congettura. Gli indizi del supposto processo di formazione sono troppo scarsi ed ambigui per permettere di piú. Essi si connettono, in-

* In *Homenaje Murga Gener* (1994) 649 ss.

[1] Su tutto: A. GUARINO, « *Mandatum credendi* » (Napoli 1982) *passim*, ma specialm. p. 107 ss. V. anche: A. GUARINO, *Diritto privato romano*[10] (1994) n. 89.7. L'occhio esperto dei lettori di questa raccolta, e in primo luogo quello del collega ed amico J. L. Murga Gener cui essa è dedicata, mi affrancano dall'onere di appesantire questa nota con altre citazioni bibliografiche.

fatti, alla lettura di tre soli testi, che rappresentano altrettante distinte versioni di un unico discorso fatto, peraltro soltanto in età adrianea (e piú precisamente, sotto Antonino Pio), dal giurista Gaio: Gai 3.155-156, Gai. *rer. cott.* D. 17.1.2, I. 3.26 pr.-6.

2. — Cominciamo con Gai 3.155-156, che ci viene presentato, per quanto solitamente si insegna, come un brano appartenente al testo « genuino », pervenuto sino a noi indipendentemente dalla compilazione di Giustiniano, del celebrato manuale elementare del diritto (privato) romano scritto dal giurista non altrimenti a noi noto che con il prenome di Gaio.

La tentazione è forte, ma eviterò di fermarmi, sia pure brevemente, sulla questione gaiana, almeno per ciò che tocca la identità di Gaio, la profondità del suo pensiero, i modelli cui egli si rifece nelle *Institutiones*, le fonti cui attinse nello scriverle e il grado di elaborazione della materia cui pervenne nel licenziarne il manoscritto. La letteratura in materia è vastissima, quasi sconfinata, e le cose che (piú o meno attendibilmente) sono state dette sui vari punti dianzi elencati svolgono, si può dire, tutta la gamma delle possibilità argomentative o, non di rado, inventive e fantastiche.

Fermarsi sul testo « genuino » di Gaio di cui disponiamo è, peraltro, necessario. Ed è necessario per puntualizzare che esso, in verità, non è genuino al cento per cento. Cosa che non può e non deve poi tanto stupire chi ricordi che il manoscritto di Gaio è costituito, in massima parte, da un codice pergamenaceo che non sembra per nulla redatto, nella materialità della sua trascrizione, nel secolo di Gaio (il secondo), o magari anche nel secolo successivo, ma è stato compilato nel quinto secolo dopo Cristo, cioè appena un secolo prima della compilazione giustinianea: il famoso « manoscritto veronese », cui si aggiungono un paio di ritrovati papiracei o pergamenacei piú o meno coevi, ma di estensione estremamente minore.

Qualcosa di molto affine ad un glossema « privativo », cioè ad un taglio mal rabberciato, si scorge, a mio avviso, in Gai 3.155-156.

Gai 3.155: *Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.* 156. *Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes. itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerim, ut eam*

*faenarares, quamvis eam ei mutuam dederis, a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem. item si hortatus sim, ut rem aliquam emeres, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati tenebor. et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. ⟨sed⟩ Servius negavit, nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. ⟨sed⟩ sequimur Sabini opinionem contra sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.*

Come si vede, Gaio (3.155) apre i suoi cenni sull'istituto, dicendo che il *mandatum* prende consistenza (cioè si realizza validamente, cioè ha ragion d'essere) in due ipotesi: che sia fatto nell'interesse del mandante, oppure che sia fatto nell'interesse di un terzo estraneo sia al mandante che al mandatario (« *mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena* »). E questo concetto viene da lui subito ribadito col dire che l'obbligazione da mandato si può contrarre (beninteso, se il mandatario accetta) tanto se io (Tizio) abbia dato incarico a te (Caio) di gerire i miei affari, quanto se io Tizio abbia incaricato te Caio di gerire gli affari di un terzo, diciamo gli affari di Sempronio (« *itaque, sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio* »).

Chiamiamo, secondo l'uso, i due tipi di mandato indicati da Gaio come « *mandatum mea gratia* » e, rispettivamente, come « *mandatum aliena gratia* ». Il testo gaiano non vuole affatto escludere (ed anzi forse lo sottintende) che siano validi anche i mandati « misti », cioè i mandati « *mea et aliena gratia* », « *mea et tua gratia* », « *tua et aliena gratia* ». La sola cosa che a Gaio preme qui di mettere in chiaro è che non è valido un altro tipo di mandato: quello « *tua gratia* ». Del resto, egli passa ad affermarlo esplicitamente in apertura del paragrafo successivo (3.156): « *nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum* ».

Perché è « *supervacuum* », cioè assolutamente privo di contenuto ragionevole (quindi infondato, impensabile, invalido), il mandato contratto nell'interesse del solo mandatario? La risposta è evidente: perché un contratto è per definizione un componimento di interessi contrapposti, di interessi di due « parti » poste l'una di fronte all'altra, mentre nel *mandatum tua gratia* il *mandator* incarica il mandatario di fare ciò che è esclusivamente nell'interesse di quest'ultimo. Se quindi il mandato è fatto davvero ed esclusivamente per i comodi del mandatario, è inammissibile che quest'ultimo sia « obbligato » verso il *mandator* ad

eseguirlo. Il mandatario si troverà nella condizione di « doverlo » eseguire solo se ed in quanto avrà autonomamente deciso di farlo: « *quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, non ex meo mandato facere debes* ».

Il ragionamento di Gaio è esatto, ma è piuttosto artificioso. La sua astrattezza si rivela allorquando Gaio tenta di confortarlo con un paio di esempi pratici: primo, se io Tizio ti ho genericamente esortato (« *si hortatus sim* ») a dare in prestito ad interessi il danaro che tenevi inutilizzato in cassaforte, a te Caio non spetterà l'*actio mandati* (*contraria*) contro di me nell'ipotesi che il prestito da te operato non sia andato a buon fine; secondo, se io Tizio ti ho altrettanto genericamente esortato (« *si hortatus sim* ») a comprare una certa cosa e la compera si rivelerà un cattivo affare, non sarò tenuto a rimborsare te Caio in base all'*actio mandati* (*contraria*). Due esempi, come ognuno può constatare, con i quali si cambiano letteralmente le carte in tavola: non solo perché non spiegano la inesistenza dell'*obligatio* del mandatario, ma perché fanno dipendere la inesistenza dell'obbligo del *mandator* dal fatto che non vi è stato nei fatti un « mandato », invalido anche se accettato, bensí si è verificata in realtà nulla piú di una « esortazione » unilaterale, o comunque nulla piú di un'esortazione accettata e seguita dall'altra parte sul piano del consiglio, e non su quello dell'incarico. Ora, qualunque attività formi oggetto di una semplice mia esortazione a te, è chiaro che non sia vincolante: anche se si tratti di un affare compiuto da te *mea gratia* o *aliena gratia*.

Il paragrafo 3.156 gaiano si rivela, insomma, ancor piú del precedente paragrafo 155, una modesta esercitazione di logica giuridica. Allo scopo di sostenere che i generici consigli, i puri e semplici incitamenti, le esortazioni del tutto amichevoli, specie se compiuti in vista dell'esclusivo interesse del soggetto passivo, non fanno diritto, non danno luogo ad un rapporto giuridico da mandato, e tanto meno autorizzano il soggetto passivo a scaricare sul cattivo consigliere gli effetti dell'affare andato a male, ecco che Gaio escogita la categoria del *mandatum tua gratia*, contrapponendola alle categorie del *mandatum mea gratia* e del *mandatum aliena gratia*, di cui al paragrafo precedente. Ma si tratta di una categoria contrattuale veramente equivoca. Letteralmente presa, essa impedisce assurdamente di considerare valido qualunque mandato in cui sia implicato l'interesse del mandatario, o anche del mandatario. Interpretata restrittivamente, nel senso di *mandatum tua « tantum » gratia*, cioè fatto nell'esclusivo interesse del mandatario (e di nessun altro), essa non trova

in pratica serie possibilità di realizzazione, perché non si vede la possibilità di un contratto di mandato che, essendo veramente un « contratto », non coinvolga anche l'interesse del mandante a contrarlo.

3. — La ragione pratica per cui Gaio, stando almeno al manoscritto veronese, ha parlato di *mandatum tua gratia*, da considerarsi invalido, la si ricava dal séguito del paragrafo 3.156. Il giurista vi si comporta un po' come chi scenda da una perigliosa mongolfiera mettendo finalmente piede su terra, e dice: « al pratico, tutto questo discorso si traduce nel fatto che si giunge oggidí al punto di far questione in ordine al se sia tenuto *ex actione mandati* (*contraria*) verso di te (mandatario) colui che ti ha dato mandato di dare danaro ad interesse alla persona di Tizio » (« *et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares* »).

Queste parole del Veronese destano l'attenzione del critico almeno per tre motivi. In primo luogo, varia qui radicalmente l'impostazione formale del discorso: il *mandator*, infatti, non viene piú impersonato da *Ego*, cioè da colui che scrive, ma è diventato una terza persona che dà incarico a *Tu* (il mandatario) di fare credito al debitore. In secondo luogo, il mandato non ha qui per oggetto un mutuo da farsi a chicchessia, ma ha per oggetto un prestito ad interesse da farsi a persona determinata, cioè a Tizio. In terzo luogo, si dà qui per attualmente controverso, cioè per una questione che è tuttora aperta e discussa ai tempi di Gaio (« *ut quaeratur* », al presente), quello che invece, per quanto sappiamo, sotto Antonino Pio era un principio ormai largamente riconosciuto: la possibilità di porre validamente in essere un *mandatum pecuniae credendae* a persona determinata, con o senza interessi, relativamente ad un ammontare anche esso determinato, quanto meno nel massimo.

A rilievi di questo tipo certi studiosi si affrettano solitamente a replicare (e lo hanno fatto su larga scala), ricorrendo alla solita solfa del Gaio giurista di « serie B ». Gaio era, tutto sommato (dicono), un giurista alquanto arretrato, incline cioè a considerare ancora vive e vegete le dispute ormai in gran parte superate, che erano intervenute, nel primo secolo e ai primi inizi del secondo secolo, tra la scuola dei Proculiani, facenti capo a Labeone ed a Proculo, e la scuola dei Sabiniani, facenti capo a Capitone e Sabino. Di riferire queste vecchie diatribe, anche se ormai fatiscenti, Gaio visibilmente si compiace, cosí come visibilmente si compiace di mettere in evidenza la sua fedele adesione alle tesi dei Sabiniani, che egli chiama rispettosamente « *praeceptores nostri* ». Nulla di strano, dunque, e nulla di male (affermano gli studiosi di cui

sopra), che Gaio introduca visibilmente a forza, nel contesto di 3.156, la notizia relativa alla trapassata questione (se mai questione vi fu) del mandato di credito, anzi del mandato di prestito ad interesse (*mandatum faenerandi*) e che mostri altresí di ritenere questa controversia come tuttora attuale.

La tesi ora esposta avrebbe qualche consistenza, se la questione circa la validità o meno del *mandatum faenerandi* fosse davvero una tra le varie questioni dibattute tra Sabiniani e Proculiani. Ma non è cosí. Non solo la divergenza tra Servio Sulpicio Rufo e Masurio Sabino è la divergenza tra un morto ed un vivo (o, piú precisamente, tra due giuristi fioriti in epoca diversa), ma la distinzione tra Sabiniani e Proculiani non risale a tempi anteriori a quelli di due giuristi di età augustea, rispettivamente Ateio Capitone e Antistio Labeone. Anzi, per Gaio Labeone è già un illustre giurista che precede quella distinzione e che esprime opinioni indipendenti dall'etichetta proculiana o sabiniana e ininfluenti sulle dottrine proculiane: il che si può riscontrare, ad esempio, in 3.140, ove l'opinione di Labeone in tema di prezzo nella compravendita viene indicata come approvata dal sabiniano Cassio, o in 3.183, ove l'opinione di Labeone sui *genera furtorum* viene presentata a guisa di un'opportuna correzione delle categorie individuate anni prima da Servio e perfezionate anni dopo da Sabino. Gaio, dunque, non allude ad una diatriba tra Sabiniani e Proculiani, ma riporta l'opinione negativa di Servio perché fu un'opinione che dovette fare epoca, e passa poi ad esporre e ad accogliere la tesi diffusa parecchi decenni piú tardi da Sabino perché è quella che viene seguita dalla generalità dei giuristi del suo tempo.

Leggiamo, infatti, piú attentamente i due periodi. Posta la questione circa la validità del *mandatum Titio faenerandi*, Gaio dice, come di una cosa del remoto (ed estinto) passato, che Servio Sulpicio negò la validità dell'istituto (« *Servius negavit* »), sostenendo che il mandato di fenerare specificamente a Tizio non è poi molto diverso dal mandato generico di fenerare a chi si voglia il danaro di cui si dispone. Dopo di che, facendo ostensibilmente un salto nel tempo, Gaio passa a dirci che, ai suoi giorni, « seguiamo l'opinione di Sabino, il quale la pensa in senso opposto, perché tu mandatario non avresti fatto credito a Tizio, se non ti fosse stato dato il relativo mandato » (« *sed sequimur Sabini opinionem contra sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset* »).

Insomma, la netta impressione che si trae dalla lettura di Gai 3.156,

nella redazione del Veronese, è che il discorso sia fortemente accorciato, probabilmente a causa di tagli e ricuciture operati successivamente alla stesura di Gaio. Mentre Gaio, quello vero, si era diffuso sulle questioni relative al *mandatum Titio faenerandi* ed aveva fatto il quadro di tutto un movimento giurisprudenziale che partiva dalla tesi negativa di Servio e arrivava gradatamente (e motivatamente) alla impostazione positiva di Sabino, il Veronese ci presenta, a causa dei tagli sopravvenuti, un sorprendente « tu per tu » tra Servio e Sabino (e seguaci di Sabino). Il quale Sabino, si badi, non limita il suo discorso al « *mandatum Titio faenerandi* », ma parla piú in generale di « *mandatum credendi* » (con o senza interessi a carico del mutuatario ed a favore del mutuante) e ricorre, per sostenerne la validità, ad una proposizione sostanzialmente tautologica: un *mandatum credendi* impegna il mandante verso il mandatario per il fatto che il mandatario mai avrebbe fatto credito ad una certa persona (Tizio) se non ne avesse avuto il preciso mandato (che è quanto dire che un « *mandatum Titio credendi* » produce effetti giuridici obbligatorii se è un « *mandatum* » giuridico e non è un consiglio).

4. — Prima di trarre le nostre conclusioni, è molto importante segnalare che i paragrafi 3.155-156 del Gaio veronese trovano una rispondenza piuttosto distorta, ma non assolutamente infedele, negli altri due testi gaiani già indicati: D. 17.1.2, estratto dal libro 2 *rerum cottidianarum*, e I. 3.28 pr.-6, chiaramente riflettente sia il dettato riprodotto nel Veronese, sia il dettato delle *res cottidianae*.

Il frammento delle *res cottidianae* deriva (cosí ancora da molti giustamente si pensa) da una opera che è attribuita dai *Digesta* anch'essa a Gaio, ma che, secondo autorevoli studiosi, è da ritenere piuttosto il frutto di una rielaborazione postclassica del manuale gaiano. L'Arangio-Ruiz ha addirittura sostenuto che delle « *res cottidianae* », anche note come « *aurea* » o « *libri aureorum* », le stesure postclassiche, non in tutto identiche tra loro, sarebbero state due e che la copia usata dai compilatori dei *Digesta* sia stata diversa da quella utilizzata dai compilatori delle *Institutiones*: il che, anche per quanto concerne il nostro argomento, varrebbe a spiegare il diverso modo in cui le istituzioni gaiane vengono utilizzate dai frammenti delle *res cottidianae* trascritti nei Digesti e dagli squarci che ad esse probabilmente si riallacciano nelle Istituzioni di Giustiniano.

Per mio conto, non vi sono molti dubbi circa le rielaborazioni postclassiche delle *Institutiones Gai* che vanno sotto il nome di *res cotti-*

*dianae* o di *aurea*, ma non deve commettersi l'errore di prendere il manoscritto di Verona a specchio del Gaio genuino. L'esistenza delle *res cottidianae* e degli *aurea* conferma solo la tesi che il manuale di Gaio fu largamente usato e manipolato in età postclassica, sicché il Codice veronese del quinto secolo non autorizza affatto i lettori a giurare « *in verba Gai* ».

Comunque, ciò che si legge nel frammento delle *res cottidianae* (e che qui non riproduco letteralmente per ragioni di brevità) è piú articolato ed è, nel contempo, sostanzialmente meno ambiguo di ciò che si legge in Gai 3.155-156. Il mandato, vi si trova detto, può essere validamente contratto secondo cinque schemi: « *mea tantum gratia* », se io Tizio incarico te Caio di compiere un affare a favor mio (es.: comprare un fondo per mio conto o prestare *fideiussio* per me); « *aliena tantum gratia* », se io Tizio incarico te Caio di compiere un affare a favore del terzo Sempronio (es.: comprare un fondo per suo conto o prestare fideiussione per lui); « *mea et aliena gratia* », se io Tizio incarico te Caio di compiere un affare a favore mio e anche del terzo Sempronio (es.: comprare un fondo per noi due o prestare fideiussione per entrambi); « *tua et mea gratia* », se io Tizio incarico te Caio di compiere un affare a favore tuo e anche mio (es.: dare un prestito ad interessi ad un terzo, cui altrimenti dovrei mutuare io la somma); « *tua et aliena gratia* », se io Tizio incarico te Caio di compiere un affare a favore tuo e anche del terzo Sempronio (es.: fare a Sempronio un prestito ad interessi, col risultato che Sempronio ci ricava il prestito che gli occorre, mentre tu Caio ci guadagni gli interessi).

La classificazione non è certo un modello di chiarezza e senza l'adduzione degli esempi sarebbe di comprensione non poco difficile. Ad ogni modo, essa riesce a sistemare tra i mandati validi sia il *mandatum pecuniae credendae sine usuris* (che chiaramente rientra nell'ipotesi di *mandatum aliena gratia*, cioè a favore del terzo debitore), sia il *mandatum pecuniae credendae cum usuris* (che è visto come *mandatum tua et aliena gratia*, cioè nell'interesse del mandatario, quanto agli interessi, e del terzo debitore, quanto alla somma mutuata). Questa sistemazione spiana il campo che resta, sí che il giurista può tranquillamente concludere che invalido, cioè non determinativo di effetti obbligatori, è solo il *mandatum* « *tua tantum gratia* » (o « *tua autem gratia* », come per verità si legge nei manoscritti), cioè l'invito generico a fare buon uso dei propri danari (es.: l'invito a impiegarli in compere di fondi anziché in prestiti ad interesse, oppure in prestiti ad interesse anziché

in investimenti fondiarî): un mandato che è tale per modo di dire, dal momento che si tratta piuttosto di un consiglio extragiuridico (« *cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia ex consilio nemo obligatur* »).

Del tutto sottaciute dal frammento delle *res cottidianae* sono le opinioni di Servio e di Sabino, sulle quali si diffonde il Veronese. E se ne capisce il perché. Tanto il « *mandatum Titio faenerandi* », quanto il « *mandatum Titio sine usuris credendi* » sono stati precedentemente sistemati nelle loro caselle. Altro non occorreva ai compilatori dei *Digesta* giustinianei quando hanno messo insieme, con l'apporto di molteplici altri ritagli della giurisprudenza classica, il titolo D. 17.1.

5. — Venendo al testo delle *Institutiones* giustinianee, sia lecito notare (anche se non è rilevante) che il brano è di lettura alquanto stucchevole perché è scritto dall'imperatore col « *nos* » maiestatico, e Sua Maestà non si degna di figurare negli esempi e di parlare perciò di « *mea gratia* », di « *mea et tua gratia* » e via dicendo.

Ma guardiamo alla sostanza. In una prima parte il testo coincide con l'articolata classificazione delle *res cottidianae*, mentre in una seconda parte esso dice qualcosa che nel frammento delle *res cottidianae* non si legge, e che si legge, ma in termini non del tutto identici, nel manoscritto veronese: e cioè che vi fu in antico (ma ora non vi è piú) discussione (« *quaesitum est* ») circa la validità o meno del « *mandatum Titio faenerandi* » e l'opinione vincente (senza alcun cenno alla tesi negativa di Servio) fu quella di Sabino (« *optinuit Sabini sententia* »).

I. 3.26.6: *Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces, quam feneres, vel ex diverso ut feneres potius quam in emptiones praediorum colloces. cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio* [*mandati*] *obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat consilium. itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres vel eam credas, quamvis non expediat tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares; sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.*

Un esegeta non prevenuto difficilmente potrà continuare ad asserire,

giunto a questo punto, ciò che invece solitamente e con grande sicurezza dagli autori si sostiene: vale a dire che, delle tre versioni « gaiane » che abbiamo esaminate, quella piú vicina all'archetipo, anzi quella che riproduce fedelmente l'archetipo gaiano del secondo secolo, sia la versione tramandataci dal Veronese. Tutte e tre le versioni, ivi compresa quella del manoscritto di Verona, presentano, al contrario, chiari indizi di contraffazioni successive a Gaio ed ai tempi di Gaio. Tutte e tre riflettono in maniera presumibilmente deforme ciò che Gaio può aver scritto nell'edizione originale delle sue *Institutiones*.

Naturalmente, l'insegnamento originario di Gaio, fatti salvi gli improbabili ritrovamenti documentali che potranno avvenire in futuro, noi non siamo in grado di conoscerlo con sicurezza. Ma, guardando cosí al Veronese come alle due versioni giustinianee, una certa idea di esso, non del tutto campata in aria, possiamo pur farcela.

Gaio ha probabilmente davvero esordito con la distinzione tra « *mandatum mea gratia* » e « *mandatum aliena gratia* », che si legge in 3.155 del Codice veronese. Forse egli ha anche proseguito con le suddistinzioni e con gli esempi che si incontrano in D. 17.1.2: suddistinzioni ed esempi che non contrastano l'impostazione iniziale, ma che utilmente la svolgono e la chiariscono. Sia come sia, lo scopo ultimo del suo discorso era di mettere in chiaro che è uno pseudo-mandato, un « *mandatum supervacuum* », il mandato « *tua gratia* (*tantum*) », cioè il mandato in cui il cosí detto mandante incarica il cosí detto mandatario di esplicare, nell'interesse esclusivo di quest'ultimo, un'attività delle cui conseguenze dannose non è logicamente pensabile che la responsabilità possa cadere su lui.

È chiaro che la responsabilità del *mandatum tua tantum gratia* potrà essere assunta in concreto, dal *mandator*, con un separato contratto, per esempio con una *stipulatio*, ma quel che importa è che lo schema del *mandatum tua gratia*, isolatamente preso, quella responsabilità assolutamente non la implica. Non è infatti concepibile che dall'esortazione del tutto generica ad impiegare i propri danari in investimenti fondiari o in prestiti usurari derivi un obbligo giuridico di accollarsi le perdite di affari che il mandatario ha fatti di propria scelta esclusiva. Il discorso sul *mandatum tua gratia* che è *supervacuum* non fa, insomma, una grinza.

Con riferimento al « *mandatum faenerandi* » Gaio (parlo sempre di quello genuino) dovette dire qualcosa di piú. Egli dovette dire, suppongo, che anche di fronte alla precisazione, fatta dal mandante al mandatario, di prestare i suoi soldi a Tizio, cioè ad un debitore de-

terminato, si dubitò a lungo, tra i giuristi romani, se il *mandatum* fosse vincolativo per le parti (e in particolare per il mandante), oppure non lo fosse. E, con un discorso che dovette essere ben piú lungo di quello del Veronese, egli spiegò come mai dall'iniziale tesi contraria di Servio Sulpicio Rufo la *communis opinio* passò progressivamente a far sua la tesi, favorevole alla validità, di Masurio Sabino.

Già sappiamo, quando ci si occupi dell'assetto adrianeo del *mandatum credendi*, che l'opinione di Sabino coincideva non solo con quella di Pomponio ed Ulpiano, ma anche con quella del proculiano Giuvenzio Celso figlio. Sarebbe stato irragionevole pensarla diversamente, anche se era piú che umano che dubbi e discussioni in proposito sorgessero tra le parti interessate (il che spiega perché i giuristi possano essersi adoprati per fugarli). Ma perché mai Servio Sulpicio Rufo, che giurista avventato certamente non era, negò tanto recisamente la validità del « *mandatum Titio fenerandi* » e, per dirla con Gaio, « *nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret* »?

Ecco quello che dobbiamo ora tentare, sia pur congetturalmente, di spiegare.

6. — La nostra congettura deve fondarsi, se non vado errato, su due ordini di considerazioni. Da un lato, va tenuto presente che il *mandatum pecuniae credendae* non era probabilmente ancora concepito, ai tempi di Servio, come istituto (o prevalentemente come istituto) di garanzia delle obbligazioni. Dall'altro lato, merita di essere sottolineato che il prestito usurario, il cosí detto *fenus*, era largamente considerato, sempre ai tempi di Servio, come una prassi al confine con l'immorale.

Per quanto attiene al punto della funzione esplicata dal *mandatum credendi* nel primo secolo avanti Cristo, non siamo in grado di escludere che essa fosse anche, surrettiziamente, una funzione di garanzia, ma tutto porta a credere che l'istituto non facesse ancora una rilevante concorrenza alla *fideiussio* e agli altri contratti di garanzia personale delle obbligazioni. Nelle forme « *ut* (*pro Sempronio*) *fideiubeas* » e « *ut* (*Sempronio*) *credas* » il *mandatum* fungeva piuttosto da mezzo di incentivazione del cosí detto « *commercium* ». Il mandato di Tizio a Caio affinché prestasse fideiussione « *pro Sempronio* » aiutava a procurare un garante nell'interesse di una persona (Sempronio) che avesse trovato un possibile mutuante (Mevio), ma non fosse riuscito a convincerlo ad effettuare il prestito senza congrua garanzia. Il mandato di Tizio a Caio

affinché prestasse danaro (o altre cose fungibili) a Sempronio serviva a procurare indirettamente il mutuante (Caio) a persona (Sempronio) che avesse appunto bisogno di un prestito. In ambedue le ipotesi Tizio, cioè il mandante, si configurava come qualcuno che non avesse al momento la possibilità (pratica o economica) di prestare la *fideiussio* o di effettuare il mutuo a Sempronio; oppure anche si configurava come qualcuno che, per certi suoi motivi, non volesse figurare collegato da un nesso negoziale diretto con Sempronio.

Un famosissimo testo di Ulpiano (D. 17.1.12.11) ci ha fatto conoscere il caso di un « *adulescens luxuriosus* » che, non volendo (o non potendo) dare nell'occhio come mutuante di Sempronia meretrice, aveva rivolto all'amico Caio (anch'egli furbescamente incline a non farsi troppo notare come suo amico) un « *mandatum ut pro Sempronia fideiubeas* ». Ma altri casi possono facilmente immaginarsi. E fra questi casi non infrequente dovette essere quello (notissimo anche alla prassi contemporanea) dell'« affarista occulto », con particolare riguardo all'affarista appartenente nel mondo d'oggi alla « gente bene » (quella che si atteggia al disgusto verso ogni attività mercantile) e appartenente, nel mondo romano della *libera respublica* al cosí detto « *ordo senatorius* ».

Tutto si riconnette, se si riflette bene, al fatto ben noto che la società romana degli ultimi due secoli avanti Cristo fu caratterizzata da forte richiesta di danaro liquido, sia per impieghi di lucro e sia per necessità varie determinate dalle frequenti guerre. Tanto piú che la fornitura di questo danaro apriva le porte a fortissimi guadagni, il mondo romano era pieno di affaristi mascherati, ai quali non piaceva di figurare pubblicamente come elargitori di prestiti, sia pur formalmente gratuiti. Infatti, anche se il vecchio divieto del commercio marittimo, posto al ceto senatorio dal famoso plebiscito Claudio del 218 a. C., non era piú ritenuto in vigore, è peraltro certo che il ceto senatorio cercava in tutti i modi di non apparire impegnato in attività da *negotiatores* o da *mercatores*, tanto piú che queste attività erano considerate, dalla legislazione dell'epoca (che va dalla *lex Acilia repetundarum* del 123 alla *lex Iulia repetundarum* del 59 a. C.), come altrettanti indizi del reato di cui tipicamente si macchiava, o era accusata nelle piazze, la *nobilitas* senatoria: il reato di concussione (*crimen repetundarum*), con tutte le sue molteplici varianti.

Al fine di difendere dagli sguardi indiscreti del pubblico l'affarista occulto, specie della *nobilitas*, il *mandatum pecuniae credendae* si prestava, dunque, nel modo migliore. E nel modo migliore esso si prestava

a coprire l'attività tanto largamente deplorata sul piano sociale, quanto largamente svolta sul piano economico, del prestito ad interesse.

Alla nostra mentalità moderna può sembrare strano che il prestito, di danaro o di quel che sia, non produca interessi, beninteso nella giusta misura indicata dalle condizioni di mercato. Per i Romani, invece, il mutuo (lo sanno tutti) era di per sé un negozio a titolo gratuito, perché era sorto in un'epoca in cui veniva praticato su piccola scala, tra famiglie amiche, e solitamente in funzione di altri separati vantaggi (eventualmente, anche di mutui) ricevuti o da ricevere. Solo quando la vita economica romana, nel secolo III avanti Cristo, si aprí alla frequenza degli scambi, anche i prestiti produssero regolarmente interessi (« *usurae* »), sia pure a mezzo di contratti distinti da quelli di mutuo, e in particolare a mezzo di *stipulationes usurarum*.

La disponibilità dei soggetti al pagamento degli interessi svegliava, è ovvio, la disponibilità degli abbienti (cioè degli « *equites* » e dei « *senatores* ») a concedere loro somme in prestito. Ma difficilmente li rendeva ciechi o incauti. Come oggi, malgrado la sua buona disposizione a pagare interessi (o almeno a prometterli), è ben difficile che una persona in bisogno trovi un'altra persona o una banca che gli aprano prontamente la cassaforte (e occorrono preventive informazioni, dichiarazioni di « affidavit » da parte di gente conosciuta, eventualmente garanzie reali o personali), cosí era anche nella società romana. E anche allora come oggi, purtroppo, le riluttanze dei finanzieri a prestare, quando il debitore non fosse persona sicura o congruamente garantita, si vincevano offrendo loro interessi piú alti di quelli indicati dal mercato o talvolta fissati dalle solite assurde leggi limitative dei tassi. Interessi tanto elevati, da invogliare i finanzieri al rischio, e da trasformare l'operazione di prestito in una sorta di scommessa tra le parti. Caratteristica era a Roma (nella Roma del III-I secolo avanti Cristo) l'ipotesi del *fenus nauticum*, del prestito marittimo (oggi detto « a cambio marittimo »), in cui gli interessi si convenivano in almeno un altrettanto della somma mutuata, dunque in almeno il 100%, spesso anche in molto di piú, col patto che tutto « andasse a ramengo » se naufragava (come sovente avveniva a quei tempi) la nave in vista del cui viaggio il prestito era stato concesso. Molto diffuso era anche il prestito effettuato, sempre contro promessa di interessi elevatissimi, a persone in stato di forte bisogno (il prestito che oggi viene definito tipicamente « usurario »), contando non tanto sulla possibilità che queste persone si rimpannucciassero e restituissero il capitale, quanto sulla possibilità

di ottenere molto a lungo, anche con minacce e peggio, i copiosi interessi, piú gli interessi sugli interessi non pagati a tempo debito, sino ad averle spremute del tutto.

Tra i gentiluomini che nel secondo secolo avanti Cristo praticavano spietatamente, anche se copertamente, l'usura non va dimenticato l'austero Marco Porcio Catone, il famoso e noioso censore del 184. E fra i gentiluomini che seguirono quell'esempio illustre nel primo secolo avanti Cristo potrei citare Rabirio Postumo, Licinio Crasso il triumviro e molti altri, ma mi limiterò a segnalare Giunio Bruto (sí proprio il Bruto che uccise Cesare in nome della libertà), di cui le vicende del prestito strozzinesco alla città di Salamina ci sono note attraverso le lettere di Cicerone a quell'altra buona lana in materia di speculazioni che era Tito Pomponio Attico.

Naturalmente (ecco un'altra analogia tra il mondo romano e quello in cui viviamo) allora, non meno di oggi, le eccessive richieste di « *usurae* », l'anatocismo (la pretesa di interessi sugli interessi non pagati), la stessa attività di prestare « *cum usuris* », sia pur modiche, erano cose vivamente deplorate da tutti sul piano morale e sul piano sociale. Ciò non significa peraltro che i vampiri non vi fossero. Significa solo, come si è detto, che si nascondevano, che usavano « uomini di paglia » (Scazio e Mantinio furono i due prestanome di Bruto nell'affare Salamina), che trovavano quindi assai comodo ricorrere al *mandatum pecuniae faenerandae*.

7. — Cerchiamo ora, alla luce delle premesse formulate, di immaginarci la posizione di Servio Sulpicio Rufo di fronte alla probabile diffusione, ai suoi tempi, del *mandatum pecuniae faenerandae*.

Salvi casi speciali (quello del *fenus nauticum*, a quanto pare), il prestito « *cum usuris* » era proclamato universalmente immorale: pari all'omicidio, aveva detto, esageroso come sempre, Catone. Visto che vi erano leggi limitative delle *usurae*, certamente illecito era il prestito pattuito ad *usurae* superiori a quei limiti (generalmente considerati ristretti). Una *lex Marcia* di epoca imprecisata, della quale ci parla Gaio (4.23), legittimava i debitori a ricorrere direttamente alla *legis actio per manus iniectionem* per ottenere dai *feneratores* la restituzione degli interessi percepiti. Cesare si era addirittura fatto promotore di una vera e propria crociata, purtroppo a noi non nota nei particolari, contro gli usurai. Tutto in quegli anni portava, insomma, a ritenere nulli i prestiti *cum usuris*, e da non pagarsi quanto meno le *usurae*. Di piú: i finanziatori

occulti, di cui abbiamo sopra visto, si vedevano piovere sul capo le richieste di rimborso dei prestiti usurari fatti dai prestanome su loro mandato, sia pur con l'offerta della *cessio actionum* per poter poi andare di persona, se si sentissero di farlo, ad esigerli personalmente presso i debitori.

Tutto ciò posto, finalmente si chiarisce il motivo plausibile per cui Servio, interrogato circa la validità o meno del *mandatum pecuniae faenerandae*, sostenne che il negozio fosse invalido e che pertanto il mandatario non potesse convenire con l'*actio mandati contraria* il *mandator*. Invalido, il *mandatum pecuniae faenerandae*, non solo nel caso che fosse stato generico (« *si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret* »), ma anche, ed a maggior ragione, se fosse stato specifico e determinato nella persona del debitore: nel caso di « *qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares* ». Nel clima del primo secolo avanti Cristo, nell'età cesariana in ispecie, un giurista non poteva concludere altrimenti.

Molto diversa la situazione storica e socio-economica in cui si trovò a pronunciarsi Sabino.

All'epoca della fioritura di Masurio Sabino, nel primo cinquantennio dell'era volgare, i tempi delle guerre civili e del disordine sociale erano ormai da parecchio finiti, imperava la *pax Augusta*, i grandi affaristi di una volta si identificavano col *princeps* o si coprivano all'ombra di lui, tra la gente comune il prestito ad interesse era praticato con moderazione e a tassi, almeno formalmente, molto ragionevoli, mentre solo gli usurai in senso odierno, cioè gli strozzini, avevano una vita difficile. Non era l'età dell'oro, sia chiaro, ma era un'età in cui l'alta finanza viveva al di fuori del diritto e risolveva le sue questioni con transazioni, arbitrati, rimessioni al giudizio illuminato del *princeps*, evitando insomma il piú possibile la giustizia ordinaria. I giureconsulti se la facevano dunque con la gente comune e con le questioni economiche di calibro medio e piccolo, con un mondo cioè almeno apparentemente risanato dai mali piú gravi del passato.

Nel nuovo ambiente politico, sociale, economico del principato il *mandatum pecuniae faenerandae* perse quindi quelle connotazioni di radicale illiceità che avevano indotto Servio Sulpicio Rufo a proclamarlo nullo. Diventò o si ridusse a nulla piú che ad una sottospecie del *mandatum pecuniae credendae* (quello « *sine usuris* »), che era un mandato da sempre (anche per Servio) ritenuto valido. Anzi si iniziò in questi tempi anche l'utilizzazione dell'istituto a fini di delegazione ed a fini di garanzia delle obbligazioni, in concorrenza con la *fideiussio*.

Che altro poteva pensare, dunque, il saggio Masurio Sabino, se non che il *mandatum pecuniae credendae*, purché determinato nell'ammontare del credito e nella persona del debitore principale, fosse perfettamente valido? Lo scontro, come già detto, non avvenne tra Sabino e Servio, ma tra i tempi dell'uno e quelli dell'altro.

8. — Certo, negli anni, nei decenni, addirittura nei secoli che seguirono, almeno fino all'esaurimento dell'età classica, i dubbi e le discussioni non mancarono di presentarsi o ripresentarsi, in questa come in tante altre materie del diritto. Ma è nell'umano che tali cose succedano.

Ed è, in fondo, un bene che di tanto in tanto le perplessità vecchie o nuove che emergono dalla vita richiamino i giuristi al controllo, ed eventualmente alla correzione, delle conclusioni raggiunte.

# « CONSUETUDO MICANDI »

1. — Un dottissimo articolo di S. Calderone [1] ha recentemente riportato sotto gli occhi degli studiosi un testo epigrafico largamente citato [2], al quale si riconnettono problemi delicati, ma forse non tutti, nemmeno dal Calderone, soddisfacentemente risolti.

L'iscrizione di CIL. 6.1770 fa riferimento ad un editto di L. Turcius Apronianus, che fu *praefectus urbi* quanto meno tra il 9 dicembre 362 e il 28 dicembre 363 [3]. Sarà bene riferirla integralmente.

*Ex auctoritate Turci Aproniani v(iri) c(larissimi) praefecti urbi. Ratio docuit, utilitate suadente, consuetudine micandi summota, sub exagio potius pecora vendere, quam digitis conludentibus tradere, ut adpenso pecore, capite pedibus et sevo lactante et subgulari lanio cedentibus, reliqua caro cum pelle et interaneis proficiat venditori, sub conspectu publico fide ponderis comprobata, ut quantum caro occisi pecoris adpendat et emptor norit et venditor, commodis omnibus et praeda damnata, quam tribunus officium cancellarius et scriba de pecuariis capere consueverant. Quae forma interdicti et dispositionis sub gladii periculo perpetuo custodienda mandatur.*

Noi non siamo in grado di sapere se il testo sopra trascritto corrisponda esattamente ed integralmente all'editto di Turcio Aproniano. Le parole di esordio (« *ex auctoritate rell.* »), inducono a pensare che siamo in presenza solo di un estratto, sia pure molto fedele nel det-

* In *Historia* 29 (1980) 124 ss.

[1] S. CALDERONE, *Digitis conludentibus*, in *Scr. in mem. di S. Pugliatti* 5 (1978) 139-156.

[2] CIL. 6.1770. L'iscrizione, riportata in modo conforme da varie trascrizioni, è andata perduta nell'originale.

[3] Cfr. A. CHASTAGNOL, *Les fastes de la Préfecture de Rome au Bas-Empire* (1962) 156 nt. 65; A. H. M. JONES, J. R. MARTINDALE, *The Prosopography of the Later Roman Empire* 1 (1971) 88 s. (n. 10). Il nostro Turcio Aproniano figura talvolta qualificato con l'aggiunta di Asterius. Suo successore, nel periodo 367-368, fu Vettius Agorius Praetextatus, il destinatario di CTh. 14.4.4 (v. *infra* nt. 8).

tato, del provvedimento. Il quale provvedimento, nella stesura originale e completa, può ben aver compreso talune disposizioni specifiche alle quali, come vedremo tra poco [4], si fa riferimento in CTh. 14.4.4.2 e 3, nonché in CIL. 6.1771.

Per ora limitiamoci ad una prima traduzione. Dopo l'accennato esordio (*ex auctoritate—urbis*), le sezioni in cui l'epigrafe può essere distinta sono, se non erro, cinque:

*a*) *ratio—summota*: in cui si dice che considerazioni pratiche e razionali concorrono nel suggerire di abolire (in ordine alla vendita dei *pecora*) l'uso di fare le valutazioni col sistema del « *micare* »;

*b*) *sub exagio—tradere*: in cui si chiarisce che i *pecora* vanno venduti in base a pesatura (« *sub exagio* »), piuttosto che essere trasferiti « *digitis conludentibus* »;

*c*) *ut adpenso—venditor*: in cui si spiega che i vantaggi della pesatura consistono nel porre sia il venditore che il compratore a pari ed esatta cognizione, garantita dalla pubblicità dell'operazione (*sub conspectu publico fide ponderis comprobata*), del peso morto che viene venduto [5];

*d*) *commodis omnibus—consueverant*: in cui si dichiarano illeciti e non piú dovuti i « prezzi » chiesti o addirittura pretesi, secondo una cattiva abitudine, dai funzionari che sovrintendono al mercato o che cooperano alla scrittura o registrazione degli atti;

*e*) *quae forma—mandatur*: in cui si minacciano ai trasgressori, secondo una vecchia formula di stile, i rigori dell'autorità.

2. — Tanto premesso, i punti dubbi (o maggiormente dubbi), ai fini di una completa comprensione dell'editto di Turcio Aproniano, attengono al senso da attribuire a *pecora* (ed a *pecuarii*), al significato di *consuetudo micandi* e di *digitis conludentibus*, al rapporto tra questi due modi espressivi.

Per quanto riguarda i *pecora*, il Calderone ovviamente non si nasconde che *pecus* (*-oris*) indica usualmente il bestiame (sopra tutto quello minuto) in genere, ma qui propende per il riferimento specifico agli

[4] *Infra* n. 2.

[5] A questo proposito l'editto specifica che testa, piedi e grasso del petto e del collo spettano al mattatore (*capite—cedentibus*), sicché quel che resta al venditore, da alienare al compratore, sta nella carne, nella pelle e nelle interiora (*reliqua caro—venditori*). Trattandosi di vendita dell'intero capo di bestiame (a peso morto), è chiaro che le ossa (e lo stesso sangue, se ritenuto utilizzabile) accedono alla *caro*.

ovini [6]. È vero infatti che le vendite di ovini erano trattate unitamente a quelle dei suini nell'unico *forum suarium* [7], ed è anche vero che in una costituzione del 367 Valentiniano e Valente, rivolgendosi al *praefectus urbi* Praetextatus, si occupano delle distribuzioni gratuite di *caro porcina* ed elogiano precisamente Aproniano per aver disposto che il peso dei maiali non fosse stabilito ad occhio, bensí sulla base di regolari bilance [8], ma la fattispecie presa in esame nella nostra iscrizione sarebbe per il Calderone radicalmente diversa. Mentre qui si parla di vendita libera di carne di *pecora*, nella costituzione del 367 e negli editti di Aproniano si fa riferimento al prelievo forzoso della carne di maiale presso gli allevatori ed ai problemi di stima e di pagamento connessi. Sbaglierebbe quindi Gotofredo nell'attribuire ad un unico editto di Aproniano (e precisamente al nostro) il principio della pesatura mediante bilancia [9].

Malgrado ciò, non mi sentirei di dire che Gotofredo sia davvero in errore. Se si accetta l'ipotesi di un unico e piú complesso editto emesso a suo tempo da Turcio Aproniano [10], si può ammettere senza difficoltà che in questa occasione il *praefectus urbi* abbia regolato tanto la ipotesi del prelievo coattivo di carne suina, includendo anche le disposizioni pervenuteci attraverso CIL. 6.1771 [11], quanto l'ipotesi della vendita libera di *pecora*. E siccome la carne di maiale poteva anche essere venduta sul libero mercato, si può capire che il *pecora* di CIL. 6.1770 abbracci, secondo la sua significazione generica, tanto gli ovini quanto i suini. La *ratio* e la *utilitas* della pesatura mediante bilancia valeva sia per gli uni che per gli altri, oltre che per il prelievo forzato di suini.

3. — Piú delicata la questione relativa alla *consuetudo micandi* e al *digitis conludentibus*.

*Micare* è un verbo dal senso sfuggente, che dà approssimativamente l'idea di un'azione compiuta con grande rapidità e che viene spesso accompagnato dall'ablativo *digitis* per indicare il gioco della mor-

[6] *Cit.* (nt. 1) 144 ss.

[7] In proposito: CALDERONE (nt. 1) 142 nt. 3 e 4.

[8] CTh. 14.4.4.2: *Quibus in rebus illud quoque a decessore tuo salubriter institutum est, quo suariis aestimandi licentia denegetur pondusque porcorum trutinae examine, non oculorum libertate quaeretur rell.*

[9] J. GOTHOFREDUS, *ad CTh. 14.4.4.*

[10] *Retro* nt. 1.

[11] Sul punto rinvio al commento di Gotofredo (*retro* nt. 9).

ra, il risolvere una questione tra due soggetti col sistema del pari e caffo [12]. Questo impiego preponderante del verbo ha fatto sí che talvolta esso sia usato anche in assoluto (sottintendendo il *digitis*) per alludere al pari e dispari ed a sistemi siffatti [13].

Autorizza questo significato peculiare, anche se molto diffuso, del verbo *micare* a ritenere che i Romani del quarto secolo decidessero le loro divergenze circa il peso dei *pecora*, e conseguentemente circa il prezzo da pagare per ogni capo, con partite di morra? Qualche caso isolato può esservi anche stato, ma non è serio pensare che la morra e il pari e caffo costituissero addirittura un uso generale di mercato. Solo studiosi egregi, ma assai lontani dalla realtà e dal realismo possono aver creduto in una fola del genere [14]. E fa bene il Calderone ad escludere che la *consuetudo micandi* deplorata da Turcio Aproniano vada intesa in questo senso [15].

Non aggiungerei peraltro che sia nel verosimile il Calderone quando passa ad esporre una sua propria teoria. Il *micare*, posto che sia in connessione col *digitis conludentibus*, porta il nostro a. a supporre che Turcio Aproniano vietasse, o almeno severamente sconsigliasse, il complicatissimo sistema del conteggio con le dita [16]: un sistema, di cui ben difficilmente potevano essere esperti i contadini venditori di *pecora*, e magari anche i rudi mercanti che alla compera degli stessi si dedicavano. I veri maestri del conteggio con le dita erano essenzialmente quegli intriganti dei funzionari dell'*officium* prefetturale e il *cancellarius* e lo *scriba* loro degni compari nella caccia a *commoda* e *praedae*: ba-

[12] Cfr. *ThLL.* ahv.

[13] Suet. *Aug.* 13.2, cosí dice che Augusto si comportò nei confronti di due suoi prigionieri, un padre e un figlio: *alios, patrem et filium, pro vita rogantis sortiri vel micare iussisse, ut alterutri concederetur rell.*

[14] Per tutti: K. SCHNEIDER, sv. *Micare*, in *PW.* 15.2 (1932) 1517 (« Sogar auf dem Fleischmarkt wurde der zu bezahlende Preis im Streitfalle durch Morra entschieden was erst der Stadtpraefect Turcius Apronianus in der 2. Hälfte des 4. Jhdts. n. Chr. verbot »). V. anche *ThLL.* cit.: « in macello ovinis pretium sortiendo constituere » (qui al *quid* di abilità richiesto dalla morra si sostituisce il sorteggio).

[15] Per vero, il CALDERONE (nt. 1) 150, reagisce alla formulazione dello Schneider riportata *retro* a nt. 14, osservando che nell'editto di Turcio Aproniano non esiste alcun accenno al prezzo. Tuttavia, dato che il prezzo poteva essere solo quello di mercato (o, se si vuole, di calmiere), era alla quantità, cioè al peso della carne, che doveva farsi riferimento per poter stabilire il prezzo del capo in contrattazione. Buone considerazioni ha invece il CALDERONE (*cit.*) 150 s., a critica di una spiegazione poco plausibile del CHASTAGNOL (nt. 3) 327, sulla quale qui per brevità sorvolo.

[16] Letteratura in CALDERONE (nt. 1) 153 nt. 39.

stava che si mettessero fraudolentemente d'accordo con una delle due parti, che colludessero con la loro abilità nel menare le dita, perché l'onestà della contrattazione andasse a farsi benedire [17]. Insomma, il *micare* e il *digitis colludere* sarebbero stati avversati da Turcio Aproniano allo scopo di tradurre in concreto quella che sarebbe stata la ragione di fondo del suo intervento edittale: il bando ai *commoda* ed alle *praedae* pretesi dai funzionari.

Non opporrò a questa tesi che la condanna della illecita avidità dei funzionari è contenuta in un contesto che sembra riflettere una ipotesi del tutto staccata da quella principale, consistente nel divieto della *consuetudo micandi* [18]. Non opporrò nemmeno che la pesatura dei capi di bestiame dava risultati che sempre in cifre, e quindi eventualmente in un *computare digitis*, si traducevano, sicché la presunta furberia dei funzionari avrebbe avuto sempre modo di farsi valere [19]. Opporrò piuttosto questo. Se Aproniano preferí l'*exagium* alla *consuetudo micandi*, ciò dovette essere perché l'*exagium* e il *micare* costituivano due modi diversi per eseguire la stessa operazione, cioè per valutare il *quantum* dell'animale venduto, il suo peso morto (e per potere, in un secondo momento, calcolare il prezzo dello stesso). Stava al venditore ed al compratore eseguire d'accordo questa operazione.

4. — Io penso che solo una certa esperienza degli usi di mercato, cosí come corrono da secoli e secoli in Italia e in Europa, permette di cogliere, senza nemmeno troppa difficoltà, il senso vero di *consuetudo micandi* e di *digitis conludentibus*. Sono usi variatissimi da piazza a piazza, ma che coincidono tra loro nella sostanza delle cose perché suggeriti da esigenze fondamentalmente identiche e generalmente assai stabili [20].

[17] CALDERONE (nt. 1) 155 s.

[18] Rinvio alla dissezione del testo fatta *retro* n. 1.

[19] Tanto meno opporrò che, forse a causa della mia scarsa fantasia, non riesco ad immaginarmi il funzionamento concreto delle prevaricazioni furbesche e degli accordi fraudolenti con l'uno o con l'altro contraente, che il Calderone attribuisce ai funzionari. Se le operazioni di conteggio delle quantità stabilite sulla base della *consuetudo micandi* risultavano, ad una verifica successiva, sbagliate, vi era tutto il modo, per chi ne avesse subito pregiudizio, di contestare giudizialmente l'*error in quantitate* o addirittura il *dolus malus* della controparte.

[20] Questo non è il luogo per un richiamo alla sterminata bibliografia sulle consuetudini e sugli usi. Occorre aggiungere solo questo: che in Italia, come in altri paesi del mondo, si suole procedere (in Italia, ad opera delle Camere di Commercio) a raccolte ed a revisioni periodiche, in testi ufficiali, degli usi di piazza. Il

Qualora si proceda lungo questa strada, utilizzando qualche buona raccolta di usi di mercato e di prassi delle borse merci [21], troveremo anzi tutto che il bestiame da macello (da non confondersi con le carni già macellate) viene solitamente venduto con tre sistemi: a peso vivo, a peso morto, o infine a vista o a colpo d'occhio [22]. I primi due sistemi (lo dicono le parole) sono quelli della vendita *sub exagio*, il terzo sistema (le parole lo fanno chiaramente intendere) è quello della vendita basata sulla *consuetudo micandi*. E si noti, anche al giorno d'oggi valgono regole analoghe a quelle fissate da Turcio Aproniano circa le parti da escludere dal peso morto e da conferire, se si vuole, al macellaio per retribuzione della sua opera [23].

Se il bestiame destinato al macello viene venduto « alla pesa », le possibilità di controversie tra i contraenti sono, oggi come ieri, piuttosto limitate, salvo forse per quanto riguarda lo stato di alimentazione e di idratazione dei capi venduti vivi e la tara da applicare al loro peso [24]. Se la vendita avviene a colpo d'occhio, le cose invece, oggi come ieri, si complicano: da un lato, perché solo la consegna materiale (il *tradere*) della merce può porre in luce se la stima ad occhio è stata

sistema è lodevole sotto il profilo della maggior certezza che si ottiene sul piano probatorio in proposito, ma è molto pericoloso sotto il profilo delle deformazioni volontarie o involontarie che si possono causare. Come esempio clamoroso di deformazione volontaria (quindi di falsificazione) degli usi porterei questo. L'uso prevalente di chiusura delle trattative orali è stato sempre quello, anche in Italia, di una buona stretta di mano o di incontri di mano a palme aperte tra i contraenti; ma siccome quaranta o cinquanta anni fa il regime fascista del tempo, ritenendo che i Romani salutassero solo a braccia (nel saluto romano, appunto), abolí la stretta di mano, le servizievoli raccolte delle Camere di Commercio italiane si affrettarono, salvo eccezioni, a togliere di mezzo la menzione della stretta di mano conclusiva delle contrattazioni, sostituendo la descrizione dell'odiata prassi con terminologie generiche e vaghe (del tipo: il contratto si conclude oralmente). A tutt'oggi non pare che l'omissione sia stata sufficientemente riparata. E se negli usi emiliani e toscani del mercato-bestiame si trova oggi un accenno alla stretta di mano, ciò dipenderà forse dal fatto che in quelle piazze si parla specificamente di battuta delle destre palma contro palma oppure di palmata (*infra* nt. 26).

[21] Ottima e molto ricca è la raccolta della Banca Commerciale Italiana, *Usi delle piazze italiane* (1966).

[22] Cfr. *Usi* (nt. 21) 375 ss.

[23] *Retro* nt. 22, *passim*, anche in relazione a CTh. 14.4.4.2: *...animal vero a possessore tradendum ob digeriem prius unius noctis tantum ieiunitate vacuetur.*

[24] *Retro* nt. 22 e 23.

ragionevolmente vicina al peso esatto [25]; dall'altro lato, perché la valutazione del peso viene attuata attraverso proposte e controproposte successive dei contraenti (col venditore che valuta ovviamente in eccesso e col compratore che valuta, altrettanto ovviamente, in difetto) sino al momento in cui i due raggiungono un punto intermedio di intesa sulla stima.

E a proposito delle botte e risposte tra le parti circa la valutazione del peso, gli usi di mercato sono larghi di suggestioni in ordine al metodo solitamente, e quasi necessariamente, adottato [26].

Dato che la contrattazione è orale (salva successiva traduzione in scrittura *ad probationem*) e dato che essa avviene nel bailamme del mercato, con possibilità di intervento anche di molteplici aspiranti compratori, la trattativa si svolge, come suol dirsi, alle grida [27]. Ma le grida non bastano. Occorrono da parte di tutti i segni di accettazione e di controproposte circa la quantità. Segni che, come nei recinti di borsa, si sostanziano in alzate di mano e in messa in mostra di un certo numero di dita [28].

Solo se e quando le dita, in questo giuoco delle parti, coincidono nel numero e nel connesso segnale tra loro, solo quando, nel senso buono della parola, la collusione tra venditore e compratore è piena e certa, l'accordo può dirsi raggiunto. *Digitis conludentibus*, per dirla con Turcio Aproniano.

[25] Ecco forse il motivo per cui Turcio Aproniano distingue tra *sub exagio vendere* e *digitis conludentibus tradere*: v. *retro* n. 1.

[26] Cfr. *Usi* (nt. 21) 267 ss., con larga casistica. Sul piano teorico: C. M. Bianca, *La vendita e la permuta* (1972) 278 ss., 281 ss.

[27] I contratti alle grida sono, come è ben noto, una specie minuziosamente e severamente regolata nelle contrattazioni di borsa.

[28] Non occorre essere pratici di borsa (ed essere ammessi a frequentarne le stesse) per saperlo. Non vi è alcuno, credo, che non abbia visto almeno una volta la caratteristica scena, entro il caratteristico ambiente di voci che si accavallano, in qualche film americano. Si può ignorare il mercato delle pulci dietro l'angolo, ma non si può ignorare Wall Street.

# LA CONGRUENZA DELLE SOMME

1. — Le Istituzioni di Gaio (3.102) affermano recisamente che la *stipulatio* è *inutilis*, se alla richiesta di diecimila formulata dallo stipulante la controparte risponde con una *promissio* di cinquemila. Il principio è affermato con altrettale recisione dall'*Epitome Gai* (2.9.10) e sopra tutto dalle Istituzioni di Giustiniano (3.19.5), le quali precisano che l'*inutilitas* sussiste anche nella ipotesi inversa (*vel contra*) [1].

Se ne dovrebbe trarre la conseguenza che, tanto in diritto classico quanto in diritto postclassico-giustinianeo, fossero nulle le stipulazioni quando mancasse la congruenza tra la somma richiesta e quella promessa. Ma vi è un passo di Ulpiano che suona sorprendentemente in maniera diversa.

D. 45.1.1.4 (Ulp. 48 *Sab.*): *Si stipulanti mihi « decem » tu « viginti » respondeas, non esse contractam obligationem nisi in decem constat. ex contrario quoque si me « viginti » interrogante tu « decem » respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta. licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse.*

Allo *stipulator* che ha chiesto dieci (*promittis mihi decem dari?*) la controparte, anziché aderire con un semplice *promitto*, ha risposto impegnandosi per venti (*promitto viginti dari*): sta in fatto (*constat*) che l'obbligazione tra i due non è stata contratta, se non per dieci. Lo stesso (*nisi in decem*) è a dirsi per il caso inverso (richiesta di venti e promessa di dieci). Perché? Perché, se è vero che le somme debbono essere tra loro congruenti, tuttavia è chiaro come la luce del sole che il dieci sta nel venti. Limitatamente alla somma minore la congruenza vi è.

La dottrina oggi prevalente ritiene il passo interpolato, eventual-

* In *ANA.* 97 (1986) 156 ss.

[1] Sul tema: R. BACKHAUS, « *In maiore minus inest* ». *Eine justinianische « regula iuris » in den klassischen Rechtsquellen. Herkunft, Anwendungsbereich und Funktion*, in *ZSS.* 100 (1983) 136 ss., specialm. 152 ss.: bibliografia ivi. Cfr. anche: H. E. TROJE, « *Ambiguitas contra stipulatorem* », in *SDHI.* 27 (1961) 93 ss., spec. 130.

mente da mano postclassica pregiustinianea. Una autorevole minoranza è invece per la genuinità ed ascrive alla giurisprudenza dell'età dei Severi, di cui è esponente Ulpiano, l'inizio anche a questo riguardo della degenerazione progressiva della *stipulatio*. A questa minoranza si è aggiunto di recente, con nuovi argomenti, R. Backhaus. Sono però argomenti che non convincono. Le maggiori probabilità militano, a mio avviso, per una isolata rielaborazione pregiustinianea.

2. — Gli indizi formali dell'alterazione sono stati posti in luce da tempo e sono abbastanza evidenti. A prescindere dal periodo finale, in cui figura un *licet* con l'indicativo, i due *nisi in decem* sono chiaramente inseriti nei due primi periodi allo scopo di limitare altrettante negazioni della produttività di effetti della *stipulatio*: negazioni che ormai erano già state formulate.

Se i due periodi fossero usciti nella loro interezza dalla mano di Ulpiano, è pensabile che questi avrebbe scritto, in positivo, che l'obbligazione *ex stipulatu* doveva ritenersi contratta limitatamente a dieci (*dumtaxat decem*, ad esempio), senza far ricorso al tortuoso costrutto *non contracta nisi*. E non si opponga che il *nisi in decem* può essere stato apposto da Ulpiano a due precedenti negazioni fatte dall'autore da lui commentato, Sabino. Se avesse voluto rovesciare un principio autorevolmente affermato da costui, Ulpiano, è presumibile, avrebbe corredato i lemmi sabiniani con considerazioni contrarie piú esplicite.

Comunque, gli indizi formali di interpolazione non sono certo sufficienti alla diagnosi di un'alterazione sostanziale, addirittura innovativa. Ciò che conta è l'assurdo, sia per diritto classico che per diritto postclassico-giustinianeo, di un contratto formale « per adesione », il quale sia valido parzialmente quando l'adezione del promittente sia stata solo parziale. D'accordo che la *stipulatio* incorse nel ben noto lento processo di degenerazione, ma questo processo degenerativo non implicò mai lo scardinamento del meccanismo della domanda fatta dallo *stipulator* e della conseguente risposta fatta dal *promissor*: implicò piuttosto che quella congruenza tra domanda e risposta, che la compresenza delle due parti, che la stessa pronuncia della formula si fingessero come avvenute anche quando non vi fossero state. Fu cosí che si pervenne alla prassi di coprire con una fittizia « clausola stipulatoria » (« *interrogatus spopondit* ») ogni sorta di contrattazione, per dare alla stessa il crisma della validità.

A mio avviso, il manipolatore postclassico del testo di Ulpiano aveva in mente proprio la funzione di copertura di altri negozi eser-

citata ai suoi tempi dalla *stipulatio*. Se dopo una risposta di venti alla richiesta di dieci o viceversa, ci si fosse accordati tra le parti per la somma minore, era indispensabile mettere in opera una nuova *stipulatio* relativa a questa somma? Non era indispensabile, dal momento che, come è manifestissimo, *in maiore minus inest*. La *stipulatio* di copertura poteva essere utilizzata.

3. — Non vi è dubbio che già in età classica l'uomo della strada fosse incline a ragionare secondo il topos elementare dell'*in maiore minus inest*. Appunto perciò i giureconsulti si adoperavano a dire che invece, quando vi fosse incongruenza tra il richiesto e il promesso, *non esse contractam obligationem*. Ma vediamo gli argomenti portati puntigliosamente dal Backhaus ad avvalorare la tesi per cui Ulpiano in persona, reagendo ad un principio finora ammesso in modo unanime, avrebbe sposata e avvalorata l'opinione dell'uomo della strada.

Primo argomento. Gai 3.102 afferma che l'*inutilitas* della *stipulatio* per incongruenza della somma è un principio che vale « *adhuc* », fino ad ora, fino al suo tempo: non è escluso dunque che Ulpiano, fiorito dopo Gaio, l'abbia pensata diversamente. Potrei rispondere che la divergenza di Ulpiano trova smentita nella conferma che di Gai 3.102 leggiamo in EG. 2.9.10 e in Inst. 3.19.5. Mi basta però replicare, invitando a leggere tutto quanto Gai 3.102, dal quale risulta che il rispondere cinquemila alla domanda di diecimila è un esempio del non rispondere affatto: *Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id, quod interrogatus erit non responderit, veluti si sestertia decem a te dari stipuler et tu nummum sestertium quinque milia promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas.*

Secondo argomento. La conferma di Gai 3.102 operata da Inst. 3.19.5 non esclude che i compilatori giustinianei abbiano interpolato Ulpiano in D. 45.1.1.4. Potrei rispondere con molte considerazioni, che mi porterebbero piuttosto lontano, circa il modo di compilazione dei *Digesta*. Mi basta però replicare che, come è stato già ben visto dal Troje, l'alterazione di D. 45.1.1.4 è di origine pregiustinianea, sicché tutto facilmente si spiega.

Terzo argomento. La violazione del principio di congruenza non è un indizio cogente di interpolazione ed è confermata da altri casi (cfr. D. 45.1.1.5, D. 45.1.65, D. 45.1.83.3-4). Potrei rispondere che anche le altre eccezioni sono di genuinità discutibile. Mi basta però replicare che nessuna tesi è « cogente », né in un senso né nell'altro: qui si discute solo del possibile e del verosimile.

Quarto argomento. Il ricorso alla regola *in maiore minus inest*, che si legge nel periodo finale di D. 45.1.1.4, fa parte del repertorio argomentativo della giurisprudenza classica e si manifesta chiaramente contro l'ipotesi dell'interpolazione. Potrei rispondere che proprio l'accurata ricerca dedicata dal Backhaus alla regola *in maiore minus inest* (cfr. D. 50.17.110 pr.) pone in evidenza quanto poco questa regola abbia inciso sulle argomentazioni dei giuristi preclassici e classici e quanto male sia stata da questi talvolta utilizzata (cfr. D. 32.29.1, su cui Backhaus p. 169 ss.). Mi basta però replicare che il topos *in maiore minus inest* non fu esclusivo dei preclassici e dei classici, ma fu accettato ed utilizzato senza difficoltà anche dalla giurisprudenza successiva.

Quinto e ultimo argomento. Il *non esse contractam obligationem nisi in decem* (e cosí pure la corrispondente frase del periodo successivo) non sta a significare l'insorgere necessario, inevitabile di una obbligazione di dieci, ma significa soltanto che la parte che ha detto venti « può » essere d'accordo nel ritenere valida l'obbligazione di dieci: « damit ist zunächst nur die Möglichkeit ausgeschlossen, dass eine Verbindlichkeit über 10 hinaus, also über 20, entsteht, und hiervon konnte Ulpian zu Recht behaupten, dies stehe fest (*constat*) ». Al che potrei rispondere che questo modo di ragionare è sempre in netto contrasto col periodo finale del passo, ma mi basta replicare che il testo non fa affatto dipendere l'*esse obligationem contractam* dall'accordo eventuale, ipotetico tra le parti.

D. 45.1.1.4 si pronuncia in termini assoluti, i quali presuppongono che l'accordo tra le parti limitatamente al dieci in ogni caso vi sia e non possa in nessun caso non esservi. Volerlo negare non è fare anticritica?

# « MAGISTER » E « GUBERNATOR NAVIS »

1. — La vecchia questione circa l'individuazione del *magister navis* è stata recentemente ripresa dal Moschetti [1] con una indagine diligente e completa, che approda peraltro a conclusioni, se non erro, perplesse. Come è noto, la maggioranza dei romanisti vede nel *magister* il « comandante » o « capitano » della nave [2] e dello stesso avviso è sostanzialmente, pur con qualche perplessità, il Ghionda [3]. Di diverso orientamento furono invece, alla fine del secolo scorso, le conclusioni del Rocco (Alfredo), secondo cui il *magister* è solo « colui al quale è affidata la gestione economica della nave », mentre « un capitano, nel senso tecnico della parola, non esisteva a bordo delle navi romane » [4]. Oggi il Moschetti concorda, da un lato, col Rocco per quanto riguarda la figura del *magister* [5]; salvo che, a suo giudizio, sulla nave c'era anche il capitano, ch'era precisamente il *gubernator* [6]. Il *gubernator navis*, nella sua ricostruzione, era « subordinato certamente al *magister* », ma era il padrone assoluto della rotta, « nel senso che ciò che egli comandava per la riuscita della navigazione esigeva una assoluta obbedienza senza contrasto » [7].

* In *Labeo* 11 (1965) 36 ss.

[1] MOSCHETTI C. M., *Il « gubernator navis » (Contributo alla storia del diritto marittimo romano)*, in *SDHI.* 30 (1964) 50 ss.

[2] Per tutti: KASER, *RPR.* 1.228, 508.

[3] GHIONDA, *Sul « magister navis »*, in *R. d. nav.* 1 (1935) 327 ss.

[4] ROCCO Alfr., *La responsabilità degli armatori nel diritto romano*, in *Giur. it.* 50 (1898) 4.301 ss.

[5] MOSCHETTI 112: « Da ciò che si è detto rimane assodata l'inesattezza di voler tradurre l'espressione *magister navis* con il vocabolo italiano 'capitano', giacché, come abbiamo visto, il *magister navis* adempiva delle funzioni che esulavano totalmente da quelle riguardanti il comando tecnico della navigazione, mentre questa era affidata esclusivamente al *gubernator* ». Cfr. anche 79 ss., 91.

[6] MOSCHETTI 112: « Per le conoscenze tecniche e pratiche che egli possedeva, era l'unico soggetto che fosse in grado di condurre la nave e di dirigerne la rotta, con *diligentia, prudentia, peritia* e *scientia* ».

[7] MOSCHETTI 112.

Ora io non dico che *magister* e *gubernator* fossero necessariamente e sempre la stessa persona. A mio parere lo erano però nella normalità dei casi. Se nelle fonti di cui disponiamo essi sembrano essere (spesso, non sempre) due personaggi con ruoli diversi, ciò dipende, il piú delle volte, dalla diversità dei punti di vista da cui si considera l'istituto. Dall'angolo visuale del giurista, attento ai problemi dell'*actio exercitoria*, dello *iactus mercium* e insomma dell'amministrazione economico-giuridica della nave, il nostro personaggio viene in luce come *magister*, cioè come capo della spedizione marittima. Dall'angolo visuale del non giurista, attento solo alle difficoltà della navigazione e della rotta, egli viene in luce come *gubernator*, cioè come conduttore tecnico del naviglio. Duplice, non vi è dubbio, la funzione; ma inverosimile che, su quel guscio di noce ch'era la nave oneraria romana, essa si ripartisse, salvo eccezioni, tra due persone diverse.

2. — Le fonti non giuridiche, che è merito del Moschetti di aver pazientemente escerpito [8], sottolineano, si diceva, la funzione tecnico-nautica del comandante della nave. Appunto per ciò esse parlano con molta frequenza, sulle tracce delle fonti greche [9], di *gubernator navis*, che « *clavum tenens quietus sedet in puppi* » [10] e cosí via dicendo [11]. Ma non sbrigliamo troppo la fantasia. In primo luogo, non è affatto vero che il *gubernator* venga, dalle citate fonti, piú specificamente e inconfondibilmente caratterizzato [12]. In secondo luogo, non vi è argomento che tenga, per dimostrare che le fonti non giuridiche denominino, con assoluta indifferenza, il *gubernator* anche come *magister*.

Per quanto concerne la caratterizzazione del *gubernator*, sembra al

[8] MOSCHETTI 55 ss.

[9] MOSCHETTI 69 ss.

[10] Cic. *sen.* 6.17.

[11] Si legge, ad es., in Var. Fl. *arg.* 5.13 che il *gubernator* ha l'*imperium carinae*, e Ov. *met.* 3.622 incalza che sulla nave spetta a lui la *maxima pars iuris*. Non si perda, a questo proposito, la bizzarra etimologia di Isid. *etym.* 19.1.4: *Gubernio, qui et gubernator, quasi coibernator, quod coibeat prudentia sua iberna, id est tempestates maris.*

[12] Non affermerei, ad esempio, che « Plauto ci descrive, addirittura, gli indumenti di cui era vestito » (cfr. MOSCHETTI 57), allorché (*mil.* 1181 ss.) fa dire ad un suo personaggio: *Causeam habeas ferrugineam, et scutulam ob oculos laneam / palliolum habeas ferrugineum (nam is colos thalassicust) / id conexum in umero laevo, exfafillato bracchio / praecintus aliqui. adsimulato quasi gubernator sies.* Oltre tutto, la *causea* e il *palliolum* sono indumenti greci.

Moschetti [13] di poter affermare che questi era insignito di un *gladium* e che, pertanto, aveva il *ius vitae ac necis* sulla gente dell'equipaggio. Ma la prova qual è? È un passo dei Fasti ovidiani (2.99 ss.), là ove si parla di Arione (« *quod mare non novit, quae nescit Ariona tellus?* ») che, salito su una nave con i tesori procacciatisi col canto, s'avvide che le insidie del mare erano di gran lunga superate dalla malvagità dell'equipaggio, « *namque gubernator destricto constitit ense / ceteraque armata conscia turba manu* ». Sí, indubbiamente, qui il *gubernator* stringe nella mano una spada, ma nulla assolutamente ci dice che sia il gladio che compete al suo comando: si tratta solo della daga cui egli ricorre, tra le altre armi consimili impugnate dalla ciurma piratesca, per rapinare lo sbigottito, « *metu pavidus* », Arione. Ché anzi è proprio Ovidio, nei due versi seguenti, a dissipare ogni possibile dubbio circa questo *gladium* che sarebbe stato di competenza del *gubernator*: « *Quid tibi cum gladio? dubiam rege, navita, puppem: / non haec sunt digitis arma tenenda tuis* » [14].

*Ne gubernator ultra clavum* (o *puppem*), dunque. Comunque, posto da parte il *ius gladii*, depongono almeno le fonti non giuridiche per una caratterizzazione del *gubernator* sul piano del linguaggio? Nemmeno. Esse parlano sí di *gubernator*, come di *magister* [15]. Scambio di parole, afferma il Moschetti [16]; scambio di parole, spesso dovuto al fatto che un *gubernator* particolarmente esperto, cioè maestro nella sua arte, viene indicato piú con riguardo alla sua particolare esperienza, che con riferimento specifico alla funzione. Ma la spiegazione può calzare per Tifi, il primo che fu esperto, secondo la leggenda, nell'*ars gubernandi* [17], ma non calza cer-

[13] MOSCHETTI 56, 76 s., 112: « Ognuno sulla nave doveva tempestivamente seguire i suoi ordini e tutto ciò è simbolicamente rappresentato dal *gladium*, che orna la figura del *gubernator*, e ci testimonia la sua *potestas gladii*. In casi di emergenza era proprio questo *glaudium* che affermava nel *gubernator l'auctoritas* (?) di poter disporre della vita e della morte di quanti sulla nave, dei suoi subordinati, si fossero opposti ai suoi ordini ».

[14] Diversamente MOSCHETTI 76 s., secondo cui « l'osservazione e lo stupore di Arione sono esatti », perché « doveva certamente trattarsi di un potere a cui il *gubernator* faceva ricorso soltanto come *ultima ratio* e che sicuramente non avrebbe potuto esercitare nei confronti dei *vectores* e dei suoi superiori ecc. ecc. ». Ora, a parte il fatto che il poeta parla sia di *gladium* che di *ensis* (licenza poetica?), mi sembra decisivo che Arione (o Ovidio?), rivolto al *gubernator*, gli dica: armi di questo genere non sono fatte per te.

[15] O di *navita*, o di *custos tabernaculi*, o di *moderator*.

[16] MOSCHETTI 58 ss.

[17] Ov. *ars* 1.6: *Typhys in haemonia puppe magister erat*.

tamente per Palinuro nel racconto virgiliano [18], né per Ovid. *fast.* 3.585 ss. [19], né per Luc. *phars.* 3.562 ss. [20]: testi (non giuridici) che non vedo come il Moschetti possa ritenere innocui per la sua tesi [21].

Per la piena sinonimia di *gubernator* e *magister*, quanto alle funzioni di governo nautico della nave, sembra comunque decisivo, come già ha visto il Ghionda [22]:

CTh. 13.9.3 (Gratian. Valentin. Theod. *navicularíis Afris*, a. 380) [23]: (*Quotiens obruta vel submersa fluctibus navi examen adhibetur . . .*) *circa magistros navium, quibus est scientia plenior, immoretur: qui si fatali sorte defuerint, in alios inquisitio transferetur.*

I piú atti a dar notizia sulle cause del naufragio sono i *magistri navium, quibus est scientia plenior.* Nessuno vuol negare che i *magistri* siano, di regola, anche i *gubernatores*, ma è sintomatico che gli imperatori, volendo indicare coloro che stanno a capo della nave, e che eccellono su tutti per la loro competenza nautica, parlino di *magistri*, piuttosto che di *gubernatores* [24]. Scambio dovuto all'« uso volgare » anche questo? [25]. Suvvia, ma allora l'uso non volgare sarebbe indiziato solo dal fatto che i

[18] Verg. *Aen.* 6.337 ss.: *Ecce gubernator sese Papinurus agebat / . . . Ille autem . . . / . . . « Maria aspera iuro / non ullum pro me tantum cepisse timorem / quam tua ne spoliata armis, excussa magistro, / deficeret tantis navis surgentibus undis* ». Il MOSCHETTI 60, spiega lo scambio (in cui interviene anche la terminologia *custos tabernaculi*) con « preoccupazioni stilistiche e, direi, metriche », ma aggiunge (ed è questo il punto) che dette preoccupazioni sono « avvalorate, probabilmente, dallo scambio dei termini che nell'uso volgare doveva avvenire senza difficoltà ».

[19] *Navita, magister, moderator* (*moderator navis*, che, nella specie, *habenis non utitur*).

[20] *Tunc in signifera residenti puppe magistro / Brutus ait* ecc. Non capisco che importanza abbia che le *adnotationes* (ed. ENDT [1900] 113) portino, a proposito del termine *magister*, l'osservazione « *paruit scilicet gubernator* » (MOSCHETTI 61).

[21] Se lo scambio dei termini *gubernator* e *magister* « nell'uso volgare doveva avvenire senza difficoltà » (*retro* nt. 18), non si vede come i testi letterari possano essere addotti a sostegno della tesi che altri era il *gubernator*, altri il *magister navis*.

[22] GHIONDA (nt. 3) 342.

[23] Cfr. CI. 11.6(5).3 pr. e 1.

[24] Lo sch. vat. spiega *magistri*, con le parole « *a gubernis, quos volgo dicunt* » (cfr. MANENTI, *Antiqua summaria Codicis Theodosiani ex codice Vaticano*, in *SSE.* 5 [1888] 264).

[25] Secondo il MOSCHETTI 111, sí, perché « le costituzioni postclassiche non raramente manifestano, nell'uso dei vocaboli, delle alterazioni pleonastiche e delle trasposizioni di concetti, che erano proprie solo delle fonti letterarie dell'epoca classica ».

testi parlano di *gubernator*, anziché di *magister*. Quanto dire che la tesi si reggerebbe esclusivamente su una petizione di principio.

3. — Veniamo ora ai testi giuridici, del resto già molto noti alla critica.

È significativo che Tarrunteno denomini i comandanti di navi militari *gubernatores*, e non *magistri*:

D. 50.6.7(6) (Tarr. Pat. 1 *de re mil.*): *Quibusdam aliquam vacationem munerum graviorum condicio tribuit, ut sunt . . . gubernatores . . .*[26].

Ne diamo atto ed aggiungiamo che ciò, probabilmente, dipende dal fatto che i comandanti di navi militari avevano funzioni esclusivamente nautiche[27]. Ma, passando alle navi onerarie, la terminologia usuale dei giuristi cambia.

D. 14.1.1.1 (Ulp. 28 *ed.*): *Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est.*

Indubbiamente, qui il *magister navis* è visto sotto l'angolo visuale dell'*actio exercitoria*, come colui che il *dominus navis* ha preposto all'impresa navale: chi contratta con lui può agire contro il *dominus*, chi contratta con qualsivoglia altro navigante (*cum quolibet nautarum*) non ha *actio in exercitorem*[28]. Il testo, insomma, non depone per l'identificazione del *magister* con il *gubernator*[29], ma non esclude affatto che il *magister* potesse riservarsi anche le funzioni di *gubernator*[30], e in ogni caso è difficilmente conciliabile con l'affermazione che « chiunque si trovi a bordo di una nave, di una qualsiasi nave, sia egli *dominus*, *exercitor*, *magister*, *vector* o altro *nauta* . . . deve obbedienza al *gubernator* »[31]. Anzi sembra chiaro che il *gubernator*, se distinto dal *magister*, è sottoposto a lui, che ha cura *totius navis*: è chiaro che la manovra la eseguirà sul

[26] Che i *gubernatores* siano i comandanti delle navi, si desume dal fatto che nel lungo elenco degli *immunes* manca ogni altro accenno a professioni nautiche, se si eccettui quella dei *naupegi*, cioè dei costruttori di navi.

[27] Era al *dux* che spettava di stabilire se, come e quando avvicinare le navi nemiche per la battaglia: cfr., da ultimo, MOSCHETTI 79 nt. 139.

[28] Cfr. D. 14.1.1.2.

[29] Cfr. DE MARTINO, sv. *Exercitor*, in *NNDI*. 6 (1960).

[30] Non lo esclude nemmeno l'elaborato tentativo di interpretazione del fr. 1.1 svolto dal MOSCHETTI 87 ss.

[31] MOSCHETTI 75, con riferimento a Varr. *l. lat.* 9.6 (*rationi optemperare debet gubernator, gubernatori unusquisque in navi*).

piano tecnico il *gubernator*, se e quando vi sia, ma è altrettanto chiaro che la navigazione è nelle decisioni del *magister*.

D. 19.2.13.2 (Ulp. 32 *ed.*): *Si magister navis sine gubernatore in flumen navem immiserit et tempestate orta temperare non potuerit et navem perdiderit, vectores habebunt adversus eum ex locato actionem.*

Secondo il Moschetti [32], *in flumen immittere navem* non significherebbe quello che sembra, cioè portare una nave dal mare spazioso in un fiume, ma vorrebbe dire « inalveare la nave nella corrente del fiume », cioè farla uscire dal porto (fluviale). L'interpretazione non persuade [33] (non fosse altro, perché non ci si rende conto del fatto che Ulpiano, dovendo parlare dei problemi connessi ad una nave che esce dal porto, abbia fatto l'ipotesi particolare del porto fluviale, anziché quella piú generale del porto marittimo): ma tralascio, per brevità, di discuterla e faccio come se fosse accettabile. Anche ad accettarla, peraltro, non ne risulta che il *magister* fosse tenuto a ricorrere in ogni caso ad un *gubernator*, perché ciò implicherebbe che il *magister* non rispondesse mai verso i caricatori quando la nave andasse perduta e il *gubernator* fosse a bordo [34]. La ragione per cui il *magister* è dichiarato responsabile da Ulpiano non è, dunque, che la nave è stata messa in navigazione senza *gubernator*, ma è che in un caso specifico il *gubernator* ci voleva e invece non è stato assunto. L'*immissio in flumen* è, dunque, un caso particolare, particolarmente rischioso, della navigazione (come lo è, del resto, anche al giorno d'oggi), e il *gubernator* di Ulpiano altro non è, come è stato ben visto [35], che il corrispondente del cosí detto pilota pratico. Che poi l'ipotesi dell'*immissio in flumen* fosse proprio quella dell'introduzione di una nave dal mare in un fiume, è confermato dall'evidente analogia del nostro testo con D. 19.2.13.1 [36].

[32] MOSCHETTI 96 ss.

[33] Il MOSCHETTI 99, adduce a sostegno la variante *emiserit* (per *immiserit*) di $F^2$: variante che porta diritto ad interpretare il testo come se si riferisse ad una fattispecie di nave fatta uscire dal porto (per il fiume o per il mare aperto). Ma sono piú che evidenti i motivi per cui il Mommsen non ha ritenuto di poter sottoscrivere, nell'edizione critica del testo, l'espressione *navem in flumen emittere*.

[34] Sembra invece pensarlo il MOSCHETTI 100, che parla di « responsabilità obiettiva » del *magister* che non si è provveduto di *gubernator* per affrontare la navigazione.

[35] PARDESSUS, *Collection des lois maritimes* (1828, rist. 1959) 1.110 nt. 5.

[36] D. 19.2.13.1 (Ulp. 32 *ed.*): *Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem mercem transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur(ne) primus na-*

D. 9.2.29.4 (Ulp. 18 *ed.*): *Si navis alteram contra se venientem obruisset, aut in gubernatorem aut in ducatorem actionem competere damni iniuriae Alfenus ait: sed si tanta vis navi facta sit, quae temperari non potuit, nullam in dominum dandam actionem . . .*

Sorvolo sui molti problemi critici sollevati dal testo [37], ma tengo a dire che non vi è ragione plausibile per estromettere dal primo periodo la menzione del *ducator*, cioè del prodiere che indirizza la nave tra le insidie degli scogli e delle altre navi [38]. Se il danno da urto di navi viene addebitato da Alfeno, in termini alternativi, o al *gubernator* o al *ducator*, ciò significa che la responsabilità non viene attribuita al capitano della nave in quanto tale (*magister* o *gubernator* che sia), ma all'effettivo autore dell'incidente, che può essere o il timoniere (*gubernator*) o il prodiere (*ducator*): *gubernator*, pertanto, non ha qui il senso di capitano o comandante della nave. Quanto al periodo successivo (*sed si tanta rell.*), il guasto evidente del testo non permette di ricostruirne con sicurezza il significato, ma la ipotesi plausibile è che esso segni i limiti della responsabilità aquiliana (*si tanta vis navi facta sit, quae temperari non potuit*), riferendosi non piú al *gubernator* e al *ducator*, ma al *dominus* responsabile delle azioni di danno *omnium nautarum suorum* (D. 4.9.7 pr.) [39].

D. 39.4.11.2 (Paul. 5 *sent.*): *Dominus navis si illicite aliquid in nave vel ipse vel vectores imposuerint, navis quoque fisco vindicatur: quod si absente domino id a magistro vel gubernatore* [*aut proreta*] *nautave aliquo id factum sit, ipsi quidem capite puniuntur commissis mercibus, navi autem domino restituitur.*

Il testo è stato finemente restituito dal Solazzi [40], che in particolare ha espunto la menzione del *proreta*, inammissibile sopra tutto per l'*aut* che l'introduce [41]. I membri dell'equipaggio che caricano a bordo merci di contrabbando *capite puniuntur commissis mercibus*. La gravissima pena

*vicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore* [*aut si minus idoneae navi*] *tunc ex locato agendum.*

[37] Citazioni in MOSCHETTI 102 nt. 196 e 107.

[38] Bene, su questo punto, il MOSCHETTI 103 nt. 199. Ingiustificata l'interpolazione di *aut in gubernatorem aut in ducatorem*, sospettata dal DE MARTINO, *In tema di stato di necessità*, in *RISG.* (1939) 51.

[39] Cfr., da ultimo, GHIONDA (nt. 3) 345.

[40] *Appunti di diritto romano marittimo: Le azioni contro il « nauta »*, ora in *Scr. d. rom.* 3.157 nt. 50 (= *R. d. nav.* 2 [1936] 130 nt. 2).

[41] Il *proreta* corrisponde al *ducator* di D. 9.2.29.4. Cosí, giustamente, MOSCHETTI 102 nt. 196, che peraltro non ammette il glossema nel testo in esame.

si applica in primo luogo al *magister*, il che è indicativo della sua preminenza rispetto a tutti, ivi compreso il *gubernator* [42].

4. — Ve n'è quanto basta, direi, per concludere che il comando della nave spettava, di norma, ad un unico individuo: cioè al *magister*, anche detto *gubernator* [43]. Poteva peraltro avvenire che il *magister* fosse persona diversa dal *gubernator*. In questa ipotesi comandante (sia nel senso di capo della spedizione commerciale, che nel senso di supremo regolatore della navigazione) era pur sempre il *magister*, mentre il *gubernator* aveva ruolo di secondo di bordo, o di timoniere, o di pilota pratico: responsabile certo della rotta, ma nei limiti della delega effettuata dal *magister* o dei compiti speciali (non assolvibili direttamente dal *magister*) ch'erano a lui affidati. Quindi, in definitiva, subordinato.

[42] Secondo il MOSCHETTI 108, « il passaggio in seconda linea del *gubernator* rispetto al *magister* » sarebbe giustificato dal fatto che, per quanto concerne le operazioni di carico, il primo e piú sicuro responsabile, sino a prova contraria, è appunto il *magister*. Non direi. Se il *gubernator* fosse stato davvero il comandante della nave, egli non avrebbe potuto non sovraintendere alle delicate operazioni di stivaggio della merce.

[43] Si legga CTh. 10.19.6 (Valentin. Val. Grat., a. 369): *Si qua navis metallarium ad Sardiniam transtulerit, gubernator ipsius vel magister quinos pro singulis hominibus solidos cogatur inferre.* È chiaro che la pena dei cinque solidi per ogni *metallarius* clandestinamente portato in Sardegna deve gravare su una persona sola: il responsabile del viaggio. Ecco perché gli imperatori, a scanso di equivoci derivanti dalla variabile terminologia in materia, parlano di *gubernator vel magister*.

# PER LA STORIA DEL « CONTRARIUS CONSENSUS »

1. — Il quadro delle fonti giustinianee in ordine al *contrarius consensus* è, nella sua varietà, piuttosto sconcertante [1]. È chiaro che confluiscono nella configurazione giustinianea dell'istituto due filoni distinti di pensiero: da un lato, la concezione del *contrarius consensus* come *actus contrarius* del contratto consensuale [2]; dall'altro, la concezione di esso come *pactum ex intervallo*, intervenuto tra le parti del contratto per eliminare quest'ultimo *in toto* o anche soltanto in parte [3]. Dato che *pacta conventa insunt bonae fidei iudiciis* [4], l'effetto è sempre quello dell'estinzione *ipso iure* del contratto, subordinatamente al presupposto che esso non sia stato ancora messo in esecuzione [5]. Tuttavia un primo dubbio, ben noto ai pandettisti, è se questo effetto si produca *ex tunc* (come porterebbe a ritenere la concezione dell'*actus contrarius*) o se esso si produca *ex nunc*, cioè dal momento del patto di scioglimento (come porta a ritenere la concezione del *contrarius consensus* appunto come *pactum*) [6]. E un secondo dubbio assai piú importante è

* In *Labeo* 14 (1968) 271 ss.

[1] Terminologia: *contrarius consensus* (Paul. D. 18.5.3; Ulp. D. 50.17.135), *contraria voluntas* (Gord. CI. 4.45.1; I. 3.29.4), *contrarius dissensus* (Pomp. D. 46.3.80: ma probabilmente *dissensu* è stato sostituito, per distrazione di scrittura, a *consensu*: da ultimo, Voci, *La dottrina romana del contratto* [1946] 80 nt. 2), *consensus* (Ner. D. 2.14.58; Diocl. CI. 4.45.2; cfr. Gord. CI. 4.45.1), *dissensus* (Paul. D. 17.2.65.3; GE. 2.9.17: ambedue in tema di *societas*). Inoltre: *pactum, pactio* (Pomp. D. 18.5.1; Paul. D. 2.14.27.2; Ulp. D. 2.14.7.6; Diocl. CI. 4.45.2), *conventio* (Ner. D. 2.14.58; Iul. D. 18.5.1; Pomp. D. 18.5.2; cfr. anche Pap. D. 46.3.95.12; Ulp. D. 19.1.11.6).

[2] Cfr. spec. D. 46.3.80 e I. 3.29.4.

[3] Cfr. spec. D. 2.14.7.5.

[4] Cfr. spec. D. 2.14.7.5-6 e D. 18.5.3.

[5] Cfr. ad es. D. 2.14.58; D. 18.5.5.1 e 3; I. 3.29.4.

[6] Per la retroattività, cfr. spec. D. 18.5.2 (*infectum fieri*) e D. 46.3.95.12 (*so-*

altresí, sempre in funzione delle due diverse concezioni sopra individuate, se il *contrarius consensus* possa essere fatto valere in via di azione o soltanto in via di resistenza a mo' di eccezione nei confronti dell'azione contrattuale promossa dalla controparte [7].

Lasciamo pure da parte il problema della costruzione « dogmatica » del *contrarius consensus* in diritto giustinianeo: problema la cui soluzione evidentemente dipende dalla prevalenza (e dal grado di prevalenza) da accordarsi all'una o all'altra concezione testimoniata dalle fonti [8]. Certo è che le due concezioni non possono essersi formate insieme e in correlazione tra loro, ma che di esse l'una è presumibilmente piú antica e l'altra deve essere sopravvenuta successivamente, per qualche motivo da indagare. In sede di ricostruzione storiografica, e con riferimento a tutto l'arco di tempo che va dall'età preclassica a Giustiniano, il problema del *contrarius consensus* si traduce pertanto nei seguenti quesiti: *a*) se sia sorta prima la concezione dell'*actus contrarius* e poi quella del *pactum ex intervallo*, o viceversa; *b*) quando sia sorta l'una concezione e quando sia sopraggiunta l'altra; *c*) perché si sia prodotta la concezione piú tarda e in che modo essa si sia armonizzata con la concezione originaria.

2. — Per dare risposta ai quesiti di cui sopra, la romanistica contemporanea ha ragionato, a tutt'oggi, in termini (direi troppo angusti) di contrapposizione tra diritto classico e diritto postclassico, appiattendo generalmente quest'ultimo nel diritto della compilazione giustinianea. Gli orientamenti ricostruttivi da considerare sono, in buona sostanza, tre [9].

*luto contractu*), su cui CZYHLARZ, *Zur Lehre von der Risolutivbedingung* (1871) 31 ss. V. *infra* nt. 44.

[7] Per l'operatività a mo' di eccezione, cfr. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht* 2 (1884) 471 ss.; WINDSCHEID - KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 2[9] (1906) 524 nt. 5.

[8] A mio avviso, non può esservi dubbio che per diritto giustinianeo la prevalenza vada accordata ai testi sul *contrarius consensus*, di fronte ai quali quelli sul *pactum* si pongono come un'alternativa disponibile per le sole ipotesi di *emptio venditio*: cfr. per tutti, in questo senso, GIRARD - SENN, *Manuel élém. de dr. rom.*[8] (1929) 761. Non ritengo invece (e ciò contro la *communis opinio*) che, sia pure per diritto giustinianeo, sia da parlarsi dell'efficacia retroattiva: v. *infra* n. 4 e nt. 44.

[9] Tralascio la teoria un po' ambigua (e comunque molto rapidamente disegnata) del WEISS, *Institutionen des röm. Privatrechts*[2] (1949) 286 s., secondo cui in diritto classico era applicato il regime dei *pacta* e il *contrarius consensus* altro non era che una « verfeinerte Betrachtung » del *pactum de non petendo* reciproco.

*a*) Secondo il Siber [10], sostanzialmente appoggiato dal Grosso [11] e seguito tuttora dalla maggioranza degli studiosi [12], la configurazione del *contrarius consensus* come *actus contrarius* del contratto consensuale fu (con tutte le implicazioni e le conseguenze ad essa proprie) tipica ed esclusiva del diritto romano classico. Furono i compilatori giustinianei ad accostare il *contrarius consensus* al *pactum ex intervallo* ed a configurare la sua efficacia estintiva *ipso iure* come conseguenza del principio *pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis*.

*b*) Secondo lo Stoll [13] ed altri autori [14], il diritto classico mancò di una concezione unitaria e generale del *contrarius consensus*. Solo in materia di *emptio venditio* esso fu consapevole della possibilità di un *pactum ut abeatur* (diverso comunque dal semplice *pactum de non petendo*) che, subordinatamente al presupposto della *res integra*, operava *ipso iure*, a titolo di eccezione, in virtú dell'inerenza al *iudicium bonae fidei* relativo. In diritto postclassico il *pactum ut abeatur* fu ritenuto applicabile a tutti i contratti consensuali ed anche perciò esso passò ad essere inquadrato come *contrarius consensus* nella figura dell'*actus contrarius*. Dato che nella compilazione giustinianea le giustificazioni originarie del *pactum ut abeatur* non vennero tuttavia tralasciate, ne conseguí un'accentuata incertezza di motivazioni.

*c*) Secondo il Knütel [15], che ha di recente sottoposto a revisione molto accurata, ma forse non sempre cauta tutta la materia, la tesi maggiormente fondata è da ritenere quella dello Stoll, ma con qualche rilevante temperamento. In diritto classico, il *pactum ut abeatur* (o la combinazione di due *pacta de non petendo* reciproci), che poteva riferirsi anche ad una parte del contratto cui si aggiungeva [16], era probabil-

[10] SIBER, « *Contrarius consensus* », in *ZSS.* 42 (1921) 68 ss.

[11] GROSSO, *L'efficacia dei « pacta » nei « bonae fidei iudicia »*, in *SU.* 1 (1927) 29 ss.; da ultimo in *Il sistema romano dei contratti*[3] (1963) 106 ss.

[12] Da ultimo: BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*[4] (1965) 428 s. Altre citazioni in KNÜTEL (nt. 15) 105 nt. 19.

[13] STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht*, in *ZSS.* 44 (1924) 1 ss.

[14] Da ultimo: BURDESE, *Manuale di dir. privato romano* (1964) 673 s. Altre citazioni in KNÜTEL (nt. 15) 105 nt. 19.

[15] KNÜTEL, « *Contrarius consensus* », *Studien zur Vertragsaufhebung im röm. Recht* (1968).

[16] Cfr. KNÜTEL (nt. 15) 70 ss., con ampia e accurata analisi dei testi relativi.

mente applicato anche alla *locatio conductio* [17] oltre che all'*emptio venditio*, ma non era quasi sicuramente applicato alla *societas* e al *mandatum* [18]: l'estensione fu attuata solo in età postclassica, in omaggio al principio, ignoto come tale al diritto classico [19], che anche in materia di contratti consensuali l'*actus contrarius* dovesse esplicare efficacia estintiva. Per i classici, dunque, il *contrarius consensus* si riduceva ad un *pactum* pretorio, il quale operava *ipso iure* (beninteso, *ex nunc*) l'estinzione del contratto unicamente in forza dell'inerenza dei *pacta* ai *bonae fidei iudicia* [20]. Tuttavia qui il Knütel, raccogliendo e sviluppando uno spunto del Kaser [21], ha creduto di poter compiere un passo avanti rispetto allo Stoll. Da alcuni testi si desumerebbe infatti che già Paolo, forse per influenza di qualche dottrina scolastica, tendeva ad individuare nel *contrarius consensus* delle parti un negozio civilistico autonomo che operava *ipso iure* anche al di fuori del *iudicium bonae fidei* [22]. L'opinione isolata di Paolo ebbe fortuna nel diritto postclassico e dette sostanza alla formazione del principio generale dell'*actus contrarius* in materia di contratti consensuali.

3. — Bisogna dare atto al Knütel che la sua analisi dei testi relativi al *pactum ut abeatur* (o agli eventuali *pacta de non petendo* reciproci) nell'*emptio venditio* è sostanzialmente convincente. Convince la tesi che i giuristi classici già ammettessero la inerenza dell'*exceptio pacti* (*ex intervallo*) ai *bonae fidei iudicia* [23] e convince altresí la dimostrazione secondo cui sin dall'età classica il *pactum ut abeatur* operò *ipso iure* l'estinzione dell'*emptio venditio* (naturalmente, *re integra*) in virtú

[17] KNÜTEL (nt. 15) 120 ss., con particolare riferimento a Paul. D. 4.2.21.4 ed a Paul.-Lab. D. 46.4.23. Ma v. *infra* nt. 52.

[18] KNÜTEL (nt. 15) 124 ss., 132 ss. Ma v. *infra* nt. 33.

[19] KNÜTEL (nt. 15) 19 e *passim*: non si trattava, per diritto classico, di una « Regel mit unumstösslicher Geltung », ma di un « blosser Erfahrungsgrundsatz mit einzelnen Anwendungsfällen ». Sul punto, da ultimo, anche KASER, *Das röm. Privatrecht* 1 (1955) 35.

[20] Sul punto, con dimostrazione pienamente convincente, cfr. KNÜTEL, *Die Inhärenz der « exceptio pacti » im « bonae fidei iudicium »*, in *ZSS.* 84 (1967) 133 ss.

[21] KASER (nt. 19) 537.

[22] KNÜTEL (nt. 15) 116 s. e *passim*, con riferimento a Paul. D. 18.5.3, a Paul. D. 2.14.27.2 e (dubitativamente) a Paul. D. 4.2.21.4.

[23] L'argomentazione contraria si legge in GROSSO (nt. 11), contro cui v. spec. KNÜTEL (nt. 20) 146 ss.

dell'inerenza dell'*exceptio pacti* al *iudicium* relativo [24]. Senza voler qui seguire il Knütel in tutto il suo percorso (particolarmente interessante là dove illustra le ipotesi di *pacta* modificativi dell'*emptio venditio*) [25], sarà sufficiente richiamare l'attenzione sui seguenti frammenti:

D. 2.14.7.5 (Ulp. 4 *ed.*): *Quin immo interdum format* (sc.: *nuda pactio*) *ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur . . . idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. quod in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones*;

la cui forma è sicuramente alterata [26], ma la cui sostanziale genuinità (in un àmbito anche superiore a quello ammesso dal Knütel) è garantita sia dal fatto che nel paragrafo successivo traluce una concezione inconciliabile (e sicuramente non genuina) con quanto qui detto sui *pacta ex intervallo* [27], sia dal fatto che la conferma di tutto il discorso si trova proprio in un testo di Papiniano difficilmente attaccabile anche sul piano formale [28];

D. 18.1.72 pr. (Pap. 10 *quaest.*): *Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiciunt, credimus non inesse . . . sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore rell.*;

in cui è davvero troppo azzardato sostenere, come taluno ha fatto, che Papiniano si riferisse ai soli *pacta, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni*, e li includesse tra i *pacta ex continenti* [29];

[24] Non convince peraltro l'ipotesi del Knütel (nt. 15) 72, secondo cui anche l'attore avrebbe potuto valersi del *pactum ex intervallo* limitatamente al caso dei *pacta* convenuti *re adhuc integra*. D. 2.14.7.6 è a tal proposito (*quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta, eadem ratione*) palesemente alterato.

[25] Knütel (nt. 15) riassume i risultati della ricerca (cfr. nt. 16) a p. 99 ss.

[26] Sul punto, ampiamente, Knütel (nt. 15) 61 ss.

[27] V. *retro* nt. 24.

[28] Bene Knütel (nt. 20) 144 e nt. 56.

[29] Grosso, *L'efficacia dei patti nei « bonae fidei iudicia »*, *Patti e contratti*, in

D. 18.5.3 (Paul. 33 *ed.*): *Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit*;

sul quale occorrerà ritornare [30], ma non senza aver sottolineato fin d'ora la significativa citazione dell'opinione di Giuliano, riguardo alla cui genuinità è assai difficile dubitare.

4. — Il Knütel, come già prima lo Stoll [31], non può essere invece seguito allorché sostiene che in diritto classico il *contrarius consensus* non si applicava alla *societas* e al *mandatum*, né era in nessun caso espressione di un principio di simmetria in forza del quale al contratto consensuale potesse opporsi in sede civilistica una convenzione risolutiva dello stesso [32]. L'evidenza di testi sostanzialmente insospettabili, almeno a mio avviso, è contro di lui.

Per quanto riguarda la pretesa inapplicazione del *contrarius consensus* alla *societas*, rinvio per brevità ad altro mio scritto che si occupa specificamente del tema [33]. La *societas* si scioglieva in età classica sicuramente, *iure civili*, per *contrarius consensus* o, come pur si diceva, per *dissensus sociorum*. Non disponiamo di elementi relativi alla *locatio conductio* ed al *mandatum*, ma all'*emptio venditio* alludono, ed in termini di presumibile riferimento al *ius civile*, sia la parte introduttiva del già citato Paul. D. 18.5.3 [34] e sia altri due passi: Iul. D. 18.5.5.1 (*Emptio nuda conventione dissolvitur, si res secuta non fuerit*) [35] e Pap. D.

*MT*. 2.3 (1928) 24 ss.; Id., *Sistema* (nt. 11) 181 ss. *Contra*: Knütel (nt. 15) 67 nt. 25.

[30] *Infra* n. 5. Sul testo: Knütel (nt. 15) 29 ss.; Id. (nt. 20) 135 ss.

[31] *Retro* nt. 13. Critica efficacemente lo Stoll già Grosso (nt. 11) nel suo primo scritto sul tema.

[32] Cfr. particolarmente Knütel (nt. 15) 116 ss.

[33] Guarino, « *Dissensus sociorum* », in *St. Volterra* (1969) estr.

[34] *Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta.*

[35] Per i sospetti di interpolazione del testo v. Knütel (nt. 15) 20 nt. 2: essi

46.3.95.12 (*Si inter emptorem et venditorem convenerit, priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur, ut ab emptione discedatur, fideiussor eo nomine acceptus soluto contractu liberabitur*)[36]. Ve n'è quanto basta per ritenere confermata la serie di affermazioni generali sulla risoluzione per *contrarius consensus* dei contratti consensuali, di tutti i contratti consensuali, che si legge in Pap. D. 41.2.46[37], Paul. D. 50.17.153[38], Q. Muc.-Pomp. D. 46.3.80[39], Ulp. D. 50.17.35[40], Ner. D. 2.14.58[41], anche a prescindere dal discusso I. 3.29.4. Di piú. Le testimonianze

non intaccano comunque l'ossatura della frase e non meritano di essere qui discussi. Da notare che D. 18.5.5 pr. e 1 (Iul. 15 *dig.*) e D. 18.5.3 sono unificati da L. 247.

[36] Sul testo, giustamente a sua difesa: KNÜTEL (nt. 20) 137 s. V. anche *infra* nt. 44.

[37] D. 41.2.46 (Pap. 23 *quaest.*): *...ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur.* Sul testo: KNÜTEL (nt. 15) 5 s. e nt. 21 e 22 (con bibliografia). Papiniano nega che i *saltus hiberni et aestivi*, i quali *solo animo retinentur*, possano essere perduti sin che si è nell'ignoranza dell'*occupatio animo possidendi* effettuata da altri: per analogia con la dismissione dell'*animus possidendi* egli evoca il *contrarius consensus*. Dire che egli non potesse giustificare la decisione di specie con il richiamo ad una regola estranea alla materia della *possessio* è assolutamente arbitrario. Quanto agli appunti di forma, l'unico che abbia qualche serietà è quello relativo a *quaeri* (per *adquiri*) *adsolet* (per *solet*); ma è chiaro che qui si tratta di un banale errore di amanuense, il quale ha trascritto *quaeri adsolet* in luogo di *adquiri solet*.

[38] D. 50.17.153 = D. 41.2.8 (Paul. 65 *ed.*): *Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.* Il parallelismo tra i due testi ha inizio con *nulla possessio*: cfr. sugli stessi (con indicazioni bibliografiche) KNÜTEL (nt. 15) 5 ss. Anche a voler ammettere che *fere—liberamur* non sia stato scritto da Paolo ma da un commentatore postclassico, è difficile contestare la sostanziale classicità del principio.

[39] D. 46.3.80 (Pomp. 4 *Q. Muc.*): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet... aeque cum emptio* [*vel*] *venditio vel locatio* ⟨*conductio*⟩ *contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam* [*dissensu*] ⟨*consensu*⟩ *contrario dissolvi potest.* Sul testo, notissimo alla critica: KNÜTEL (nt. 15) 10 ss. e *retro* nt. 1.

[40] D. 50.17.35 (Ulp. 48 *Sab.*): *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.* Sul testo, con bibliografia: KNÜTEL (nt. 15) 15 ss.

[41] D. 2.14.58 (Ner. 3 *membr.*): *Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est rell.* Sul testo, con bibliografia: KNÜTEL (nt. 15) 44 ss.

testuali portano a credere, sino a prova contraria, che il principio di scioglimento dei contratti consensuali per *actus contrarius* sia piú antico del sistema dei *pacta adiecta ex intervallo*. Il che non tanto si desume dal fatto che esso appare presumibilmente testimoniato da Quinto Mucio [42], quanto si ricava e si deve ricavare, per dirla con Ulpiano (o prima ancora, forse, con Sabino), da ciò: che *nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est* [43].

Quel che probabilmente è puro frutto di illusione è l'effetto *ex tunc* del *contrarius consensus*, del quale ha discorso parte della pandettistica [44]. Le fonti parlano di *recedere* o *discedere ab*, di *solvere*, *dissolvere*, *resolvere*, *tollere*, *abire ab* [45]: tutti termini che inducono a pensare piuttosto ad un'efficacia *ex nunc*. In Gord. CI. 4.45.1 si parla di *retro agere*, ma a proposito del ripristino della situazione di *res integra* che era stata alterata dalla *traditio* della cosa venduta [46]; in Pomp. D. 18.5.2 *potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emptio* è un

[42] *Retro* nt. 39.

[43] *Retro* nt. 40.

[44] *Retro* nt. 6. In D. 46.3.95.12 (su cui *retro* nt. 36) *soluto contractu* non ha il significato allusivo allo scioglimento *ex tunc* che il CZYHLARZ (nt. 6) vuole attribuirgli. Non bisogna dimenticare che si parla di un *contractum solutum* come conseguenza puntuale di un *pactum ut ab emptione discedatur*. V. anche *infra* nt. 45 (*solvere, dissolvere, resolvere*).

[45] *Recedere ab* (Ner. D. 2.14.58; Pap. D. 18.1.72 pr.; Paul. D. 20.6.10.1; Ulp. D. 2.14.7.6; Gord. CI. 4.45.1); *discedere ab* (Ner. D. 2.14.58; Iul. D. 18.5.5 pr.; Pomp. D. 18.5.2; Pap. D. 46.3.95.12; Paul. D. 18.5.7.1; Paul. D. 4.2.21.4; Paul. D. 20.6.10 pr.; cfr. D. 18.5 e CI. 4.45); *solvere* (Pomp. D. 46.3.80; Paul. D. 17.2.65.3); *dissolvere* (Iul. D. 18.5.5.1; Pomp. D. 46.3.80; Pap. D. 46.3.95.4; Ulp. D. 2.14.7.6; Ulp. D. 50.17.35; Gord. CI. 4.45.1; Diocl. CI. 4.45.2; I. 3.29.4); *resolvere* (Ner. D. 2.14.58; Paul. D. 18.5.3 e 4; Paul. D. 20.6.10.1; Ulp. D. 12.6.23 pr.; Gord. CI. 4.45.1); *tollere* (Ulp. D. 2.14.7.6; Ulp. D. 50.17.35; Paul. D. 2.14.27.2); *abire ab* (Pomp. D. 18.1.6.2; Pomp. D. 18.5.1; Ulp. D. 2.14.7.6). Se talune di queste espressioni (assunto che siano tutte in contesti genuini) possono essere intese anche come allusive ad una efficacia *ex tunc*, va rilevato che spesso esse si trovano usate, negli stessi frammenti, in equivalenza ad espressioni che all'efficacia *ex tunc* non possono essere collegate.

[46] CI. 4.45.1 (Gord. Licinio Rufino, a.?): *Re quidem integra ab emptione et venditione utriusque partis consensu recedi potest: [etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur.] at [enim] post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emptionem, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit*. Troppo facile liberarsi di *si non actus rell.*, assumendolo interpolato (cosí dubitativamente KNÜTEL [nt. 15] 56 s. e, con maggior decisione, i da lui citati a nt. 43): non vi sarebbe stata ragione per l'inter-

riconosciuto glossema postclassico [47]; in Ulp. D. 19.1.11.6 *irritum fieri* ha significato notoriamente atecnico [48]. La *solutio ex contrario consensu* operava dunque, almeno sino a tutto il diritto classico, dal momento del contratto risolutivo, esattamente come quella *ex pacto ut discedatur* [49]. Dato che in ambedue le ipotesi l'effetto estintivo si produceva *ipso iure*, l'unica differenza di regime tra i due istituti era, sempre in diritto classico, questa: che la *solutio ex contrario consensu* si poteva far valere in via di azione, mentre la *solutio ex pacto* si poteva far valere in via di resistenza ad un'azione della controparte [50]. Differenza praticamente poco rilevante, se si considera che di solito l'interesse a far risultare la invalidità di un contratto (eliminato di comune accordo tra le parti prima ancora di aver avuto esecuzione) emerge solo nell'ipotesi che una delle parti, incurante dell'avvenuta convenzione di scioglimento, agisca contro l'altra per ottenere la condanna alla controprestazione.

5. — Ciò posto, perché mai si affermò in età classica (e non possiamo escludere che sia avvenuto anche prima) il *pactum ut abeatur* o *discedatur*? La risposta non può essere che ipotetica, ma probabilmente va connessa alle modalità caratteristiche dell'*emptio venditio*, che è poi, come abbiamo visto, l'unico tra i contratti consensuali in ordine a cui la possibilità del *pactum ut discedatur* non è solo affermata in astratto [51], ma risulta ampiamente realizzata in concreto [52].

rogante (sopra tutto se era il giurista Licinio Rufino) di rivolgersi al *princeps* per ottenerne una risposta ovvia. Il dubbio era tutto qui: se, avvenuta la *traditio* della *merx*, il compratore riconsegna quest'ultima (con un *actus priori similis*) al venditore, si può dire ripristinata la situazione di *res integra* (che legittima il *contrarius consensus*)? Risposta di Gordiano: sí, perché il ritrasferimento della merce *retro agit venditionem*, riporta la fattispecie alla sua situazione originaria.

[47] STOLL (nt. 13) 22. Comunque la frase vuol chiarire un *discessimus a priore emptione* (v. *retro* nt. 45). Sul testo, ampiamente: KNÜTEL (nt. 15) 77 s.

[48] D. 19.1.11.6 (Ulp. 32 *ed.*): *Is qui vina emit arrae nomine certam summam dedit: postea convenerat, ut emptio irrita fieret. Iulianus ex empto agi posse ait rell.* È probabile che Ulpiano si sia richiamato alle parole usate dall'interrogante di Giuliano. Sul testo, ampiamente: KNÜTEL (nt. 15) 37, 42 ss.

[49] Non mi sembra giustificato, pertanto, parlare di « fragwürdige Gegenüberstellung », come fa il KNÜTEL (nt. 15) 21.

[50] Cfr. *retro* nt. 24.

[51] V. i testi citati *retro* nt. 37-41. Cfr. inoltre I. 3.29.4: *Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur rell.*

[52] La dimostrazione dedicata dal KNÜTEL (nt. 15) 120 ss., a convincere che il *pactum ut abeatur* fosse usato nella prassi anche in materia di *locatio conductio*,

L'*emptio venditio* romana era tipicamente un contratto ad esecuzione futura, talvolta anche notevolmente differita. La sua funzione tipica non consisteva nel puro scambio di cosa contro prezzo, cioè nell'operazione a contanti, ma nella predisposizione di uno scambio futuro, che le parti il piú delle volte non avevano la possibilità o la convenienza di effettuare sul momento [53]. Pertanto era ben possibile che venditore e compratore, dopo aver convenuto oggi una certa *emptio venditio* sulla base di una certa presupposizione di comune convenienza, si trovassero domani concordi, in considerazione di qualche mutamento della situazione economica originariamente prevista, nel decidere, *re non secuta*, di mandare tutto a monte. Era ben possibile; e a questo fine il *contrarius consensus* serviva ottimamente allo scopo. Ma si riconosca che assai piú probabile doveva essere una diversa contingenza pratica: quella per cui le parti volessero, *re melius perpensa*, non eliminare del tutto, ma solo modificare in qualche sua parte l'assetto contrattuale [54]. In questa seconda e piú frequente ipotesi il *contrarius consensus* non era utilizzabile perché troppo radicale. Se non si voleva eliminare per *contrarius consensus* la vendita originaria e sostituirla con una nuova *emptio venditio* parzialmente diversa, la via piú semplice e naturale era quella di ricorrere ad un *pactum de non petendo*, oppure a due patti *de non petendo* reciproci, o infine ad un *pactum* piú o meno radicalmente modificativo del contratto originario.

A mio modo di vedere, è da questi spunti, propri e caratteristici dell'*emptio venditio*, che si è pervenuti (sempre e principalmente in materia di *emptio venditio*) alla diffusione del radicale *pactum ut abea-*

non sembra riuscita. In Paul. D. 4.2.21.4 (*Si metu coactus sim ab emptione locatione discedere, rell.*) *locatione* è interpolato (per *venditione*?): cfr. gli stessi citati dal KNÜTEL (nt. 15) 120 nt. 7. In Paul.-Lab. D. 46.4.23 (che il Knütel adduce anche a sostegno della genuinità di *locatione* nel primo testo) si parla di *locatio conductio* e di *emptio venditio*, ma non in relazione ad un *pactum ut discedatur*, bensí in relazione all'effetto estintivo determinato da un'*acceptilatio* operata dall'una o dall'altra parte. Anche ammesso che il testo sia genuino (v. tuttavia i citati dal KNÜTEL 35 nt. 16), il presupposto da cui parte Paolo, nella sua nota a Labeone, è il *contrarius consensus* civilistico.

[53] La controversia sul punto è notoriamente apertissima: KASER (nt. 19) 455 ss. Personalmente, pur non escludendo che sin dai piú antichi tempi si sia fatto ricorso alla vendita a contanti, sono convinto che il sorgere della *emptio venditio* puramente obbligatoria non si giustifichi, se non lo si ricolleghi alla necessità di operazioni a termine.

[54] Di qui la larga messe di testi relativi alle modificazioni pattizie del regime contrattuale: v. KNÜTEL (nt. 15) 70 ss.

*tur*, parallelo del *contrarius consensus* civilistico e di esso nella prassi quasi integralmente sostitutivo. Solo cosí può spiegarsi in modo soddisfacente perché mai i giuristi classici (prima ancora di quelli postclassici), quando affrontano il tema dell'eliminazione in radice di un'*emptio venditio*, impostano astrattamente l'argomento sotto il profilo civilistico del *contrarius consensus*, ma lo discutono poi concretamente in termini di *pacta* e di inerenza degli stessi ai *bonae fidei iudicia*. Esemplare, a questo proposito, è il già riportato Paul. D. 18.5.3 [55], un frammento che non vi è alcun serio motivo per ritenere alterato in età postclassica. Basta leggerlo spassionatamente per convincersi della sua sostanziale (e anche formale) genuinità [56]. Paolo premette in termini generali (i quali si riferiscono anche e sopra tutto al *contrarius consensus* civilistico) che *emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta*; dopo di che riferisce di due *quaestiones* sorte conseguenzialmente (*ideoque*) a questo proposito [57]: *a*) se per effetto mediato del *contrarius consensus* venga ad essere risolta anche l'*obligatio* assunta da un fideiussore in favore del venditore; *b*) se per effetto mediato del *contrarius consensus* venga ad essere risolta l'*obligatio ex stipulatu* che il compratore abbia assunto, in novazione dell'*obligatio ex voluntate*, verso il venditore [58]. Il precedente al quale Paolo si rifà per poter dare risposta ai due quesiti è costituito da una opinione espressa da Giuliano in ordine ad un caso specifico e concreto: il caso che, essendo stata risolta una vendita mediante *pactum* (*ex*

[55] *Retro* n. 3.

[56] Il frammento è giustamente accolto come genuino dal BIONDI, « *Iudicia bonae fidei* », in *AUPA*. 7 (1918) 23 s. Gli altri autori lo hanno arbitrariamente tagliato per accordarlo alle loro tesi. SIBER (nt. 10) 77 s.: *Emptio—agi non posse* [, *quia—videndum*]: *et* [*puto*] *liberato—liberari* [. *item*] ⟨*sed*⟩ *venditorem—summoveri* [*oportet rell.*]. GROSSO (nt. 11) 38 ss.: *Emptio—acceperit* [*vel venditor—fuerit*], *an nuda—agi non posse* [, *quia videndum*]: *et puto—liberari.* [*item rell.*]. STOLL (nt. 13) 41 ss. ricostruisce: *Si inter emptorem et venditorem convenerit, ut ab emptione discedatur, et emptor fideiussorem acceperit, Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse; fideiussori autem utilem esse exceptionem.* Infine, secondo il KNÜTEL (nt. 15) 31, prima di *item* vi sarebbe stata una qualche proposizione, in cui Paolo avrebbe meglio giustificato la sua tesi della estinzione per *contrarius consensus*: ma non si vede davvero perché mai i giustinianei, sostenitori su tutta la linea del *contrarius consensus*, avrebbero cancellato questa frase.

[57] *Ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio.*

[58] Cfr. KNÜTEL (nt. 20) 136 s.

*intervallo*) *ut abeatur*, il compratore voglia egualmente agire per l'ottenimento della prestazione contro il venditore [59]. Giuliano scrisse che non è possibile farlo (*ex empto agi non posse*), o per meglio dire non ne vale la pena, ed ovviamente indicò anche il perché di questa sua opinione: *quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt*, e cioè perché il relativo *iudicium bonae fidei* sarà influenzato (negativamente per il compratore) dall'*exceptio pacti* fatta valere dal venditore. E qui Paolo, abbandonando l'impostazione generica iniziale ed inserendosi senz'altro nell'ordine di idee di una vendita sciolta mediante *pactum*, passa a dare risposta, secondo questo modulo suggeritogli dalla citazione di Giuliano, ai due quesiti proposti all'inizio: *a*) l'*exceptio pacti*, come è utile al venditore convenuto, cosí deve essere utile alla liberazione del suo garante [60]; *b*) l'*exceptio pacti*, come è utile al compratore nel giudizio promosso contro di lui *ex vendito*, cosí deve essere del pari utile al compratore nel giudizio promosso contro di lui *ex stipulatu* dal venditore.

6. — In conclusione, e sempre a mio sommesso avviso, *in subiecta materia* non vi è stata nessuna importante evoluzione da classico a postclassico od a giustinianeo [61]. Tanto meno è a parlarsi di un'opinione scolastica tardo-classica condivisa da Paolo, la quale è solo frutto di un equivoco di interpretazione di Paul. D. 18.5.3 [62]. La storia del *contrarius consensus* è uno dei tanti capitoli della storia di una giurisprudenza, quella preclassica e classica, che rispettava i principî, ma era anche estremamente sensibile alle opportunità della prassi.

[59] Il riferimento di Giuliano ad una fattispecie di *pactum ut discedatur* è talmente chiaro, che il Siber e il Grosso (nt. 56) sono stati costretti, per eliminarlo, a ricorrere all'ipotesi dell'interpolazione.

[60] Se si ammette che per effetto dell'*exceptio pacti* si è verificata una *liberatio* del convenuto, non si può sostenere, come fa il Knütel (nt. 22), che il *fideiussorem liberari* implichi una *liberatio ex contrario consensu*: si tratta anche in questo caso di una *liberatio* derivante dall'*exceptio pacti* (o meglio, dalla sua utilizzazione).

[61] Il diritto postclassico si limitò a sottolineare il principio del *contrarius consensus* e a far inerire il *pactum ut discedatur* anche all'*actio* (*retro* nt. 50).

[62] *Retro* nt. 60.

# L'OBBLIGAZIONE DA INDEBITO

1. — È una breve e lucida monografia in cui viene delineato, con bella padronanza della agitata materia, il fondamento della obbligazione da indebito nel diritto romano classico. La lettura di questo primo contributo ci fa vivamente desiderare la pubblicazione a breve scadenza del secondo, che verterà particolarmente sul controverso requisito dell'errore nella *condictio indebiti*. Tuttavia sin d'ora possiamo chiaramente conoscere, attraverso l'esame dell'argomentazione dogmatica offertaci dal volume qui recensito, qual'è il pensiero dell'a. [1]. Tra il Solazzi, che in due studî fortissimi (di cui il secondo uscito contemporaneamente a questa monografia) [2] ha ripudiato la classicità del requisito dell'errore, ed i suoi numerosi oppositori, che variamente rimangono fermi alla vecchia dottrina della classicità di quel requisito [3], il Sanfilippo si schiera decisamente e — crediamo — giustamente per il primo, ai cui molti argomenti intende portare l'ausilio di elementi dogmatici addirittura decisivi e che,

* In *SDHI.* 11 (1945) 319 ss. *Rc.* a SANFILIPPO C., *Condictio indebiti.* I. *Il fondamento dell'obbligazione da indebito* (Milano 1943).

[1] Esso è, del resto, dichiarato esplicitamente *passim*, e specialm. a p. 97 s.

[2] *L'errore nella condictio indebiti*, in *Atti Soc. Reale Napoli* 59 (1939) estr.; *Ancora dell'errore nella condictio indebiti*, in *SDHI.* 9.55 ss. Questo secondo studio del Solazzi, apparso contemporaneamente al suo libro, non è tenuto presente dall'a. La tesi del Solazzi sviluppa — come è noto — un sommario cenno del BESELER, in *Studi Bonfante* 2.69 nota, e *Juristische Miniaturen* 124 ss.

[3] L'opinione tradizionale è quella che per l'esperibilità della *condictio indebiti* fosse necessario, in diritto classico e postclassico, un errore scusabile (quindi non l'errore di diritto): per tutti v. WINDSCHEID, *Pand.*[9] § 326 n. 3. Prima del Solazzi fu sostenuto dal VASSALLI (in *Studi senesi* 30.27 ss.) e dal VOCI (*L'errore nel diritto romano* 130 ss.) che la *condictio indebiti* spettò, anche in diritto classico, pure a chi avesse pagato per errore di diritto. V., per una critica della tesi solazziana, la recensione del Grosso al primo scritto (in *SDHI.* 6.413 ss.), nonché quella del KADEN (in *ZSS.* 61.473 ss.); i due recensenti non si pronunciano circa l'ammissibilità dell'errore di diritto. V. infine, contro la tesi del Solazzi, la risposta del VOCI, *In tema di errore*, in *SDHI.* 8.22 ss.

se anche non ci appariranno tali, sono comunque degni di molto rilievo e di accurata meditazione.

La dimostrazione dell'a., pur essendo condotta in piccolo numero di pagine, è impostata sulle basi piú larghe, e quindi piú sicure; ché egli non esita, per dar rigore al suo ragionamento, a portare il discorso sulla stessa vessatissima teoria del contratto, esponendo al proposito idee di apprezzabilissima moderazione.

2. — L'a.[4] incomincia col mettere senza riguardi da un canto tutte quelle dottrine che hanno veduto, specialmente in passato, il fondamento della *condictio indebiti* in una pretesa funzione generale delle *condictiones*: questa funzione generale è esclusa *a priori* dal carattere meramente astratto del mezzo processuale *condictio* (e già prima della *legis actio per condictionem*), che in quanto tale vale a tutelare qualunque tipo di obbligazione relativa ad un *certum*, sorga essa *re*, *verbis* o *litteris*. Il fondamento della *condictio indebiti* va pertanto ricercato esclusivamente in una *datio* produttiva dell'obbligo di restituzione; ragion per cui occorre anzitutto accertare il fondamento delle obbligazioni sorgenti *re*, di cui quella da indebito è una specie, portando la discussione sulla stessa dottrina del *contractus*[5].

Tra le due notissime correnti antitetiche circa il concetto classico del *contractus*, che fanno capo rispettivamente al Bonfante ed al Riccobono[6], il Sanfilippo[7] mostra di propendere per la seconda, ma con una giudiziosa riserva. Per lui il concetto classico del *contractus* equivale pienamente al concetto di *conventio*, ma egli riconosce — come fa, del resto, anche il Riccobono[8] — che nel diritto romano preclassico valse integralmente la concezione obbiettiva del *negotium contractum*, propugnata dal Bonfante sino a tutta l'epoca classica: ma il problema concettuale — qui la sua giudiziosa precisazione, che trova peraltro un precedente in una delle prime manifestazioni del pensiero del Bonfante[9] — non va confuso con il problema terminologico. Ciò è tanto piú vero se si riconosce che la concezione del *contractus - conventio* venne a sostituirsi a quella precedente del *negotium contractum*: perciò è logicamente

[4] Cfr. 9 ss.
[5] Cfr. 14 s.
[6] Citazioni a p. 15 nt. 1.
[7] Cfr. 15 ss.
[8] Da ultimo in *Corso di dir. romano 1933-34*, 26 s.
[9] *Scritti giuridici* 3.107 ss.

ammissibile — sostiene l'a. [10] — che nel diritto classico, data la diversa concezione dell'epoca precedente (e — potrebbe aggiungersi — dato anche il processo di evoluzione che necessariamente dovette svolgersi, per portare alla nuova concezione dogmatica del *contractus - conventio*), siano rimasti casi piú o meno numerosi di applicazione della terminologia *contrahere, contractus* a negozi giuridici che, per mancanza del fondamento volontaristico, piú non erano concepiti come contratti, mentre come tali (nel senso di *negotia contracta*) erano concepiti dalla piú antica giurisprudenza. Nessuna meraviglia, pertanto, se anche alla *condictio indebiti* — che non ha certo una fonte convenzionale — si trovi applicata, in testi insospettabili, la terminologia *contractus*, residuo della vecchia concezione che vedeva anche in essa un *negotium contractum*, una *obligatio re contracta*.

Queste osservazioni agevolano l'a. nel passaggio al tentativo di chiarire una buona volta il senso, e nel contempo di difendere la piena genuinità, dell'ormai famosissimo Gai 3.91 [11]. La chiusa di questo passo (*sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium, quam contrahere*) [12] sarebbe la risposta alla opinione, allora allora riferita, di quei *quidam* (principalmente Giuliano: D. 26.8.13, 12.6.33), i quali ritenevano — contrariamente ad altri (arg. da Paul. D. 44.7.46, Ulp. D. 15.1.3.3) — che il pupillo o la donna che avessero ricevuto l'indebito senza l'*auctoritas* del tutore non fossero tenuti alla restituzione, deducendo a loro volta questa loro opinione dall'analogia col mutuo « considerato dal punto di vista contrattuale nel nuovo senso di *contractus - conventio* [13] ». Ai *quidam* Gaio ribatterebbe — sempre secondo l'a. — seguendo la dottrina prevalente (di qui la necessità di ammettere la genuinità della frase finale), e cioè affermando che l'obbligazione da indebito è analoga a quella da *mutui datio*, in quanto ambedue contratte *re*, ma che ne differisce poi per il fatto di non avere natura contrattuale (volontaria), dimodoché « non viene in considerazione la capacità delle parti contraenti e l'obbligazione sorge egualmente anche in difetto di capacità di agire (pupillo, donna, *sine tutoris auctoritate*) [14] ». In questa spiegazione

[10] Cfr. specialm. 19 s.

[11] Cfr. 23 ss.

[12] Che l'a. (cfr. 24 ss.) difende come genuino contro le critiche dell'Albertario e del Solazzi.

[13] Cfr. specialm. 31 ss.

[14] Cfr. 34.

del discorso gaiano vuol essere anche la difesa della genuinità di esso: il 3.91 dimostrerebbe che Gaio parla dell'obbligazione da indebito insieme al mutuo per il fatto che trattasi nell'uno e nell'altro caso di *obligationes re*, ma non condivide l'opinione di una minoranza (*quidam*) che vede alla sua radice un *contractus - conventio*, né tanto meno vede in esso un *negotium contractum*, dato che certamente per lui il mutuo avrebbe carattere convenzionale.

Stabilito che l'obbligazione da indebito non ha, per Gaio e per la maggioranza dei giuristi classici, fondamento contrattuale, l'a. [15] si sente incoraggiato a prestar fede alla tripartizione delle fonti delle obbligazioni contenuta nelle *Res cottidianae* (D. 44.7.3) ed a ritenere, in conclusione, che la obbligazione da indebito derivi per i classici da un *proprium quoddam ius*. Il Sanfilippo [16] esclude in rapida successione la tesi che questo *proprium quoddam ius* possa riscontrarsi nello stesso *negotium* obbiettivamente considerato, o nella *datio* di per se stessa, o in un mancato riconoscimento del debito da parte del solvente, o ancora in una convenzione tacita fra *solvens* ed *accipiens*, o infine nella volontà unilaterale (effettiva o presunta) del *solvens* di obbligare l'*accipiens* ad una eventuale restituzione: il *proprium quoddam ius* ha carattere obbiettivo e consiste nel fatto che l'*accipiens* ha acquistato la proprietà di una cosa altrui senza che vi sia una causa giuridica che legittimi la ritenzione dell'acquisto [17].

La *datio* non basta, perciò, ma occorre ulteriormente la mancanza di una causa legittima di ritenzione dell'acquisto del *solutum* [18]. Ampia è la dimostrazione dedicata a questa tesi. L'a. [19] dimostra con copia di argomenti non solo la insufficienza della vecchia concezione della *condictio* quale mezzo generale di tutela giuridica avente lo scopo di riparare le conseguenze di un ingiusto arricchimento da parte dell'accipiente, ma anche la impossibilità di applicare questa concezione ad ogni singola forma di *condictio* o anche solo alla obbligazione da indebito. Quando è cosí, deve dunque riconoscersi che il fondamento dell'obbligazione *ex indebito* sta appunto in una mancanza di causa legittima (*iusta*, conforme al *ius civile*) per ritenere l'acquisto [20], cioè che l'obbligazione da

[15] Cfr. 37 ss.
[16] Cfr. 39 ss.
[17] Cfr. 52 s.
[18] Cfr. 53 ss.
[19] Cfr. 55 ss.
[20] Diverso è il caso della presenza di una *causa retentionis*, ma *iniusta* (nel

indebito non ha carattere autonomo di fronte a qualsiasi altra obbligazione *re* extraconvenzionale, ma è come quella tutelata da una *condictio sine causa*, di cui la *condictio indebiti* è una sottospecie [21].

L'ultimo punto della serrata dimostrazione è dedicato a prevenire la spontanea obbiezione che non può escludersi *a priori* che la giurisprudenza classica, pur concependo la *condictio indebiti* nel modo sin qui delineato, abbia richiesto la presenza dell'ulteriore requisito dell'errore del solvente. Ma quest'obbiezione è confutata dall'a. [22] con la dimostrazione che l'obbligazione da indebito non sorge dal momento della *solutio*, ma dal momento (non sempre con quello coincidente) della mancanza della *iusta causa* di ritenzione dell'acquisto e dal fatto di quella mancanza. Dal che consegue che « l'errore del *solvens* non può affatto considerarsi come requisito essenziale per il sorgere dell'obbligazione » [23].

3. — Lo scopo ultimo e dichiarato del Sanfilippo è dunque — come si è visto — quello di giungere alla dimostrazione della non essenzialità del requisito dell'errore attraverso una impostazione dogmatica dell'obbligazione *ex indebito*, la quale renda inconcepibile la necessità dell'errore del *solvens*. Senonché va subito detto che — dando per dimostrata la sua ricostruzione dogmatica — avviene di rilevare che egli ha dimostrato troppo, in quanto — se non erro — ha reso addirittura inconcepibile la presenza (pur se non a titolo di requisito essenziale) dell'errore nella fattispecie giuridicamente rilevante della ripetizione dell'indebito. Sul piano teorico è giusta l'affermazione per cui « che l'errore del *solvens* sia presente nella maggior parte dei casi di *solutio indebiti*, o ne costituisca addirittura il motivo normale, si può bene ammettere, senza che per questo l'errore costituisca un requisito essenziale dell'obbligazione da

senso di iniqua), che dà luogo a mezzi pretorii: ma la giurisprudenza postclassica tenderà ad unificare questa fattispecie con quella della mancanza di causa, dando luogo alla dottrina generale delle azioni contro l'illecito arricchimento: cfr. p. 79 ss. L'a. (77 ss.) chiarisce anche che cosa si deve intendere per mancanza di causa, distinguendo la causa immediata dell'acquisto (produttiva della proprietà) dalla causa remota (legittimante la ritenzione della cosa trasferita).

[21] L'a. (81 ss.) dimostra ulteriormente, contro l'opinione del Perozzi, che nel diritto classico all'acquisto *sine causa* corrispose una *obligatio re*, e quindi una *condictio*.

[22] Cfr. 87 ss.

[23] Cfr. 97.

indebito »[24]; ma bisognerà poi pur discendere al piano concreto, che è quanto dire al piano della verosimiglianza pratica e storica.

Ordunque, se la fattispecie normativa dell'obbligazione si arrestava all'esigenza della mancanza di una causa legittima di ritenzione dell'*acceptum*, perché mai in alcuni piú o meno numerosi testi classici vediamo riferita la circostanza di un errore del solvente? Questa circostanza non è essenziale, non è un requisito della fattispecie normativa, d'accordo, ma dimostra pure che l'elemento strutturale di quest'ultima non è l'*indebitum retentum*, bensí l'*indebitum solutum*. In ogni caso, come mai la giurisprudenza classica sarebbe potuta giungere, se avesse avuto dell'obbligazione da indebito il concetto che le attribuisce il Sanfilippo, a ritenere essenziale l'errore nel caso del fedecommesso?[25]. E quale mai appiglio concettuale avrebbe avuto la giurisprudenza postclassica per rovesciare la costruzione dogmatica in questo caso (e non anche in quello della *promissio sine causa*) e richiedere come essenziale la presenza dell'errore?

Considerazioni, queste, che invitano a riesaminare con attenzione alcuni punti fondamentali delle argomentazioni del Sanfilippo, prima di poterne giudicare la tesi nel suo complesso.

4. — Lo scoglio piú difficile da superare è — almeno in apparenza — quello della concezione classica del *contractus*.

Circa l'inquadramento dell'obbligazione da indebito tra quelle contrattuali, ritengo anch'io — contro l'opinione del Bonfante e di altri[26] — che i giuristi classici non concepirono né questa, né altre obbligazioni da atto lecito (*negotiorum gestio*, *communio incidens*, *hereditatis aditio* ecc.) come derivanti da *contractus*, nel senso di *negotia contracta*[27]: è evidente, anzi, che l'ultima espressione della teoria bonfantiana, cosí valo-

[24] Cfr. 98.

[25] V. su questo punto SOLAZZI, *Cond.* 1.39 ss. Giustamente nota il SOLAZZI (41) che l'errore è richiesto nel caso del fedecommesso per influsso della *fides* che anima l'istituto. Ma se la *condictio indebiti* fosse stata effettivamente rivolta alla restituzione dell'*indebitum retentum*, neanche la *fides* dei fedecommessi avrebbe influito nel senso da rendere essenziale il requisito dell'errore.

[26] V. da ultimo, del BONFANTE, *Il contratto e i patti*, in *Riv. dir. comm.* 18 (1920) 1.353 ss. (= *Scritti giuridici* 3.195 ss.). V. inoltre ALBERTARIO, *Studi* 3.78 ss., DE FRANCISCI, *Synallagma* 2.322.

[27] Dando, beninteso, a *contractus* il significato di « vincolo » e non di « affare », come assume il Perozzi.

rosamente difesa dall'Albertario [28], sorse in buona parte come reazione psicologica alla concezione volontaristica del *contractus - conventio*, per il timore che questa potesse attaccare la fondamentale bipartizione classica delle fonti dei rapporti obbligatorî [29]. Ma — come bene osserva il Sanfilippo — se è vero che il diritto preclassico non conobbe che la dicotomia degli atti giuridicamente rilevanti in atti obbiettivamente leciti (*negotia contracta*) e obbiettivamente illeciti (*delicta*), è impresa vana voler negare l'affermarsi piú o meno accentuato, a seconda delle singole tendenze, della concezione volontaristica dei negozi leciti in diritto romano classico. Senonché l'accusa che il Sanfilippo muove al Riccobono ed alla sua scuola, di confondere un po' il problema dogmatico con quello terminologico, è giusta, ma non è sufficiente: ché i sostenitori del *contractus - conventio* hanno voluto negare, a loro volta, addirittura l'evidenza delle fonti giuridiche classiche, le quali con assoluta prevalenza e naturalezza mettono sempre in luce, salvo che non si manifesti la necessità concreta di procedere piú addentro nell'analisi negoziale, l'elemento obbiettivo del *negotium contractum*, lasciando perlopiú in ombra, o in penombra, l'elemento volontaristico, che però non ignorano [30].

È da negare, in sostanza, che nel diritto romano classico possa dirsi già completamente avvenuta, o anche molto avanzata, quella evoluzione dal concetto di *contractus negotii* al concetto di *contractus - conventio*, che postula il Riccobono [31]: le fonti classiche ci dimostrano che quell'evoluzione era ancora *in fieri*, sotto l'impulso di distinguere e di affinare, che è comune alla casistica di quella giurisprudenza [32]. Perché, insomma, non vale negarlo, il procedere dall'una all'altra concezione è un

[28] *Studi* 3.78 ss., 100 s.

[29] Cosí, giustamente, l'a. (20).

[30] La dimostrazione esula, naturalmente, dai limiti di questa nota.

[31] V., in particolare, sul punto, in *Studi Bonfante* 1.125 ss.

[32] Apprezzabile è, da questo punto di vista, il tentativo di spiegazione del De Francisci, *Synallagma* 2.2 ss., che per altro non seguo in parecchi punti. Notevolissima, anche se non da accettare in molte cose, è pure la tesi del Betti (in *BIDR.* 25.65 ss., *BIDR.* 28.3 ss., *AG.* 93.267 ss.). Ma l'uno e l'altro autore — il secondo in molto maggior misura del primo — hanno, a mio modestissimo avviso, il torto di poggiare troppo sulle controversie di scuola tra Sabiniani e Proculiani (complicati dal Betti in Sabiniani e Neosabiniani, Proculiani di destra e di sinistra), e di attribuire alle varie correnti una recisione e precisione di teorie e di formulazioni, che esse furono ben lungi dall'avere. In questa materia va tenuto presente che siamo in un'epoca di transizione e che un nuovo concetto di *contractus - conventio* non può forse dirsi chiaramente formato in nessun giurista.

indiscutibile segno di progresso giuridico: ma di un progresso, tuttavia, che non possiamo ritenere verificatosi con tanta rapidità in una giurisprudenza, come quella romana, tanto tradizionalistica (quindi restia dall'abbandonare vecchi schemi e concezioni) e tanto poco tendente alla speculazione teorica (quindi restia dal rivoluzionare *ab imis* le vecchie e provate concezioni teoriche). Il Sanfilippo opera oggi, con le sue limitazioni della tesi riccoboniana, un notevole passo in avanti verso l'esatta valutazione del grave problema storico-dogmatico, ma non mi pare ancora che egli riesca a spiegare perché Gai 3.91 parli della obbligazione *ex indebito* accanto a quella da mutuo, anche se chiama in suo aiuto[33] l'ottima congettura del Lauria[34], secondo il quale lo schema di Gaio era attinente alle obbligazioni *re* in senso obbiettivo (indipendentemente dalla classificazione in *contractus*). Io credo che Gaio, se avesse pensato che l'obbligazione *ex indebito* è analoga a quella *ex mutuo* perché *re contracta* ma ne differisce radicalmente perché non convenzionale, avrebbe operato piú naturalmente omettendo addirittura di parlarne (e ciò tanto piú, se si ammette che egli adattò il suo schema alla nuova classificazione delle fonti *ex contractu* ed *ex delicto*)[35].

A mio parere, l'ammissione fondamentale dell'a. andrebbe capovolta e la sua tesi — sostanzialmente esatta — abbisognerebbe di essere corretta ed integrata. Il diritto classico, sulla scorta della tradizione precedente, ebbe ancora del contratto un concetto fondamentalmente obbiettivo, salvo che (a parte le specifiche correnti caldeggiatrici della *conventio*)[36], fu in esso latente il ricollegamento del *negotium contractum* in quanto tale, in quanto *contractus*, alla *conventio* delle parti, quindi l'esclusione dal concetto di *contractus* di ogni atto lecito non avente natura convenzionale. L'inversione della tesi del Sanfilippo ha importanza per questo: che spiega come ai giuristi classici non si presentò distintamente

[33] Cfr. 24 nt. 4.

[34] In *SDHI*. 4.163 ss., specialm. 174 ss., 176 s.

[35] LAURIA, *cit*. 176 s. Non aderisco, tuttavia, all'affermazione che « *contractus* non è... mai divenuto termine tecnico-giuridico per designare rapporti determinati o con determinate caratteristiche e contrapposti ad altri ». L'affermazione mi pare lievemente esagerata: il rigore tecnico-giuridico esula quasi sempre dall'uso di *contractus* nelle fonti classiche, ma queste dimostrano, nella generalità dei casi, un preciso orientamento verso la concezione del *contractus* come fonte di obbligazioni. Cosí, ad esempio, almeno secondo me, nella dichiarazione di Gai 3.88 (... *omnis... obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*).

[36] Ma v. quanto osserviamo *retro* nt. 32.

l'esigenza della formulazione di altre categorie di fonti delle obbligazioni oltre quella dei *contractus* (sia pure nella forma embrionale delle *variae causarum figurae*) [37], come a Gaio non sia ripugnato di mantenere l'inquadramento dell'obbligazione *ex indebito* tra quelle *ex contractu*, come peraltro in sostanza nessun giurista dell'epoca classica vide in questa ed in altre figure di fonti di rapporti obbligatorî dei veri e proprii *contractus*, perché privi del sostrato della *conventio*.

Il *proprium quoddam ius*, fondamento dell'obbligazione *ex indebito*, di cui il Sanfilippo muove nel suo libro alla ricerca, si giustifica pertanto — almeno secondo me — indipendentemente dalla difesa del famoso passo delle *Res cottidianae*, che la critica moderna ha fatto piú che bene a condannare, ed indipendentemente — come cercherò di chiarir subito — dalla difesa del periodo conclusivo di Gai 3.91 [38].

5. — Nei riguardi di Gai 3.91 non credo, invero, di poter condividere la tesi critica del Sanfilippo. Ed è opportuno che mi soffermi in proposito, perché sia ancor piú chiaro come, malgrado ciò, io non venga a contrastare la tesi dommatica dell'a., cioè la tesi di un *proprium quoddam ius* (né *contractus*, né *delictum*) che è fondamento dell'obbligazione *ex indebito*.

Gai 3.91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest « si paret eum dare oportere », ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium, quam contrahere.*

Per l'opinione dei *quidam*, come egli la intende, l'a. [39] fa richiamo ad Iul. D. 26.8.13 e 12.6.33 ed a Pomp. D. 46.3.66. Ma quest'ultimo testo [40] è certamente interpolato nella parte che ci interessa (*si autem*

[37] Sono invece per la classicità di questa categoria, oltre il Riccobono e la sua scuola, gli stessi Bonfante e De Francisci, nonché il Betti. Contrari l'Albertario e l'Arangio-Ruiz (*Ist.*[7] 294).

[38] In questo senso mi allontano dall'Albertario, il quale ritiene che il diritto classico abbia ignorato la classificazione nelle *varie causarum figurae*, perché esso considerava *ex contractu* ogni obbligazione civile non derivante da *delictum*. Piú esatta è la tesi dell'Arangio-Ruiz, *cit.*

[39] Cfr. 31 ss.

[40] D. 46.3.66 (Pomp. 6 *ex Plaut.*): *Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris*

*debitor rell.*), come già ebbe a sospettare il Pernice[41]: lo strano costrutto logico di esso è prova evidente che le due protasi non sono fluite dalla stessa mano (*si pupilli debitor . . . si autem — pupilli debitor! — debitor pupilli non fuerat . . .*), e che la seconda mano non fu quella di Pomponio (il quale commentava, come risulta dall'*inscriptio*, Plauzio), perché dobbiamo pur concedere a Pomponio di non essere stato un malaccorto rabberciatore di testi; non prova, dunque, per il diritto classico l'uso di *contrahere* « che qui è adoperato in senso subbiettivo, analizzandosi dal giurista la volontà del *solvens* che non è diretta a regolare un rapporto proprio con l'accipiente, ma un rapporto del pupillo »[42]. Né vale citare Iul. D. 12.6.33, ove la frase *nam is qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit* non mi sembra autorizzare — se pure è genuina, come propendo a ritenere[43] — l'asserzione che « qui *negotium gerere* ha significato piú ristretto di *contrahere* »[44], ché anzi in essa il *negotium gerere* ha significato obbiettivo, assai ampio, da cui viene illuminato pienamente il significato del *negotium contrahere* che segue a poca distanza[45]. Resta, pertanto, solo l'altro frammento di Giuliano:

D. 26.8.13 (Iul. 21 *dig.*): *Impuberes tutore auctore obligantur, etiamsi taceant: nam cum pecuniam mutuam acceperint, quamvis nihil dicant, auctoritate tutoris interposita tenentur. quare et si non debita pecunia his personis soluta fuerit, quamvis tacuerint, interposita tutoris auctoritas sufficit, ut condictione teneantur.*

Non vi sono serie ragioni per dubitare della genuinità di questo frammento[46], ma è tuttavia anche da contestare l'opinione che « secondo la concezione di Giuliano, l'obbligazione, sia nel mutuo, sia nell'indebito, non è conseguenza del semplice trapasso di proprietà, ma anche della

*auctoritate pecuniam creditori eius numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus: sed exceptione se tueri potest* [*si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit: sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur*].

[41] In *ZSS.* cit. 197 nt. 2; ma v. *contra* PEROZZI, *Obbl. romane* 40 nt. Larghissimamente sospettato è *sed pupillus rell.*: v. i citati dall'*Index* ahl.

[42] Cfr. 32 s.

[43] Cfr. invece SOLAZZI, *Cond.* 1.65 nt. 4.

[44] Cfr. 33.

[45] Cfr. per tutti BETTI, in *BIDR.* 28.54 ss., e da ultimo LAURIA, *cit.* 178 s.

[46] Cfr. tuttavia BESELER, *Studi Bonfante* 2.72 nt. 8, che pensa ad un parziale rifacimento parafrastico.

dichiarazione di volontà »[47]. L'analogia tra obbligazione da indebito ed obbligazione da mutuo non è fondata sul motivo contrattuale, ma evidentemente sull'argomento che obbligazione *ex mutuo* e obbligazione *ex indebito* vanno trattate alla stessa maniera perché ambedue *obligationes re contractae*, secondo la costruzione tradizionale: l'*etiamsi taceant*, il *quamvis nihil dicat*, il *quamvis tacuerint*, anche se tutti e tre genuini[48], servono unicamente a mettere in luce l'irrilevanza della manifestazione di volontà del pupillo, che è conseguenza della sua incapacità ad obbligarsi. Il passo di Giuliano corrisponde certamente a quello di Gaio, il *quare* di esso trova rispondenza nell'*unde* dell'altro[49], ma dalla lettura di questo frammento deve trarsi conferma — io credo — per la tesi opposta a quella caldeggiata dall'a., cioè per la tesi che i *quidam* (e per essi Giuliano) argomentassero l'inesistenza della obbligazione *ex indebito* del pupillo e della donna che avessero pagato *sine tutoris auctoritate* dalla inesistenza della obbligazione *ex mutuo* nella stessa situazione, in quanto che non ponevano nemmeno in dubbio, conforme alla piú antica tradizione, che l'una e l'altra derivassero egualmente da *negotia contracta*.

I testi che il Sanfilippo adduce a testimonianza dell'opinione contraria a quella dei *quidam*[50] confermano, se non erro, la mia interpretazione, perché in essi si nega che l'*auctoritas tutoris* possa avere importanza per il sorgere della obbligazione da indebito proprio perché si ammette che questa non ha piú la stessa natura della obbligazione da mutuo, non derivando, come quella, da un *contractus - conventio*[51]. Opi-

[47] Cfr. 31 s.

[48] Cfr. RECHNITZ, *Studien zu Salv. Julian.* 34, 93 s., che ritiene frutto di glossemi il *quamvis nihil dicant* ed il *quamvis tacuerint*.

[49] Si noti tuttavia che l'a. (31) è un po' sollecito a dire: « anche qui, come in Gai 3.91, dal non *obligari ex mutuo* del pupillo sprovvisto di *auctoritas* si deduce il suo *non obligari ex indebito* ». La configurazione della fattispecie è lí negativa (mancanza dell'*auctoritas tutoris*), qui positiva (presenza dell'*auctoritas tutoris*): ne trarremo qualche conseguenza.

[50] Cfr. 34 ss. Si noti che nessuno di detti testi parla della *obligatio ex indebito* specificamente, ma il loro insegnamento parmi egualmente da accogliere (tanto piú se si ammette che la formulazione di D. 44.7.46 aveva carattere generale).

[51] Cfr. in particolare: D. 44.7.46 (Paul. 7 *ad Plaut.*): *Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate, veluti si communem fundum habeo cum his et aliquid in eum impendero* [*vel damnum in eum pupillus dederit*]: *nam iudicio communi dividundo obligabuntur*. Non accolgo l'emendazione proposta dal PACCHIONI e dal SIBER (v. *Index* ahl.) e difesa dall'a. (35 nt. 1), che elimina la menzione del *furiosus* e salva l'esempio del danneggiamento: quale sarebbe stato il motivo di sí minuziosa modificazione? Inesattamente

nione — si badi — che gli autori relativi non motivano cosí apertamente come io l'ho riferita, perché essi, se hanno ormai abbastanza chiaro il concetto di quelle che non siano da classificare come obbligazioni contrattuali, non sono tuttavia ancora pervenuti ad una limpida ed assoluta concezione del *contractus* come *conventio*. Giuliano ed i *quidam* mostrano, comunque, rispetto a questi altri giuristi, di essere molto piú attaccati di loro alla concezione tradizionale e semplicistica che coinvolge tutte le obbligazioni non da delitto nell'unica categoria delle obbligazioni da *negotium contractum*: e se non fosse cosí, come potrebbe ammettersi che essi abbiano ragionato, a proposito dell'*auctoritas tutoris* nella *solutio indebiti*, cosí come hanno ragionato? [52].

Penso, pertanto, che anche la interpretazione che il Sanfilippo ci offre di Gai 3.91 non debba essere accolta. A costo di incorrere nell'accusa di ipercritica — accusa che, almeno in questo caso, non sento di meritare — io aderisco pertanto, a malgrado della coincidenza del testo di Gaio con Inst. 3.14.1 [53], alla tesi dell'Albertario [54] e del Solazzi [55], che per varie ragioni espungono *sed haec species rell.* Con l'unanimità della dottrina giuridica classica Gaio non ha rifuggito dall'accostare — come in antico, come nello schema da lui fedelmente seguito — la obbligazione da indebito a quella da mutuo. Egli ha, anzi, tentato di confermare quell'accostamento, richiamando la dottrina dei *quidam* (particolarmente Giuliano), che dalla rilevanza dell'*auctoritas tutoris* nel mutuo traevano la conseguenza della rilevanza dell'*auctoritas tutoris* anche nella *solutio indebiti*. Quando è cosí, la citazione dei *quidam* e della loro opinione conservatrice chiude logicamente il discorso di 3.91, in cui l'ulteriore periodo *sed haec species rell.* ci fa l'impressione della reazione

l'a. appunta *vel curatore* (che starebbe per *vel curatoris*): il *curator furiosi* non presta l'*auctoritas*. Per l'atetesi di *vel damnum—dederit*, v. SOLAZZI e RICCOBONO, citati dall'*Index* ahl.: per seguirli in questa critica basterà por mente al fatto che l'ipotesi è ristretta al solo pupillo. Convengo con il LENEL (in *ZSS*. 45 [1925] 22) e con l'a. (34) nel ritenere genuino *ubi ex re actio venit* (*contra*: ALBERTARIO, *Studi* 5.596 nt. 1). Molti sostengono (v. l'*Index* ahl.), ma forse a torto, il carattere insitício di *nam-obligabuntur*. Questo frammento ha particolare importanza perché esordisce con una dichiarazione di carattere generale. Si confronti anche: D. 15.1.3.3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Pedius etiam impuberes dominos de peculio obligari ait: non enim cum ipsis impuberibus contrahitur, ut tutoris auctoritatem spectes* ... È molto probabile che qui *contrahitur* si avvicini, nel senso, a *convenitur*.

[52] Cfr. infatti D. 15.1.3.3, citato nella nota che precede.

[53] Questa coincidenza ancora trattiene il GROSSO, in *SDHI*. 6.413.

[54] *Studi* 3.79 e 100 nt. 1. *Contra*, da ultimo, LAURIA, *cit.* 172.

[55] *Cond.* 1.63 ss.

vivace al conservatorismo eccessivo di Gaio da parte di uno studioso postclassico, che applica il canone interpretativo dell'*animus* delle parti [56] per rilevare che qui l'*animus* del solvente non è stato tanto di *contrahere*, quanto di . . . *distrahere negotium* [57].

Non concluderemo per ciò che Gaio veda, come l'autore del suo schema, un *negotium contractum* alla radice dell'obbligazione da indebito: è l'inquadramento adottato dallo schema, non la ragione di esso (che abbiamo detto essere nella identificazione di tutti gli atti obbligatorii leciti con la categoria *contractus* in senso obbiettivo), è in particolare l'analogia tutta esteriore, non ancora approfondita, dell'obbligazione da indebito con quella da mutuo, che lo spinge a riferire l'opinione dei *quidam*. Non si può neanche affermare, dunque, con l'Albertario [58], che anche la *solutio indebiti* sia per Gaio un *contractus*. L'opinione dei *quidam* — anche a voler ammettere che essi abbiano argomentato dal mutuo all'indebito non per un motivo di conservatorismo e di poco approfondimento, ma per una intima convinzione della natura contrattuale della *solutio indebiti* — non è chiaramente l'opinione di Gaio: questi si è indotto a riferirla per rendere meno drastica l'impressione che poteva provocare sui suoi lettori l'inserzione della *solutio indebiti* nella categoria dei *negotia contracta*, non rispondente ormai alla comune coscienza giuridica dei tempi suoi. Gaio, insomma, avverte — secondo me — anch'egli che l'obbligazione da indebito ha un fondamento obbiettivo, che non può dirsi però contrattuale, dato che anche per lui, malgrado l'influsso dello schema sabiniano, il *contractus* è un *negotium gestum* che ha alla sua radice una *conventio*. Potrebbe addirittura supporsi che lo schema utilizzato da Gaio portasse fra le *obligationes re* altri casi di obbligazioni non convenzionali (da *negotiorum gestio*, *hereditatis aditio*, ecc.) e che Gaio li abbia eliminati tutti ad esclusione dell'obbligazione da indebito, proprio perché solo riguardo a quest'ultima gli pareva che, tenendo conto dell'opinione dei *quidam*, la rispondenza degli effetti giuridici con l'obbligazione *ex mutuo* potesse sostenersi completa [59]. Anche

[56] L'intemperanza postclassica nell'uso di questo canone (a prescindere dalla questione se la giurisprudenza classica abbia o non conosciuto il problema dell'*animus*) è uno dei risultati piú sicuri: inutili le citazioni.

[57] Per un poco lusinghiero giudizio su questo arzigogolato ragionamento, cfr. KRELLER, *Röm. Rechtsgesch.* 90.

[58] *O. l. c.*

[59] Ciò contrasta con l'ipotesi del Lauria, che per questa parte non ritengo convincente.

se per una strada diversa, e con un ragionamento opposto, siamo cosí giunti ad una conclusione sostanzialmente identica a quella del Sanfilippo: il che può servire a confermare l'esattezza della sua tesi circa il fondamento obbiettivo dell'obbligazione *ex indebito*.

Ma il fatto di trovarci, per cosí dire, con le mani in pasta ci spinge a ricercare ulteriormente se sia nel vero il Solazzi [60] a negare la genuinità dei due *per errorem* di Gai 3.91, o se abbia ragione il Voci [61] ad escluderlo, o se infine sia nel vero l'a. [62] a ritenere di poco conto la questione ai fini dell'adesione alla teoria solazziana.

Certamente la presenza dei due *per errorem* in Gai 3.91 non implica la essenzialità del requisito dell'errore [63]: nessuno può escludere (e testi in proposito ve ne sono) [64] che, se io ho pagato scientemente un debito, ma questo venga poi ad annullarsi, mi compete la *condictio indebiti* malgrado che non vi sia stato errore (al momento del pagamento) da parte mia. L'errore è il motivo normale della ripetizione di indebito, ma non

[60] *L. c.*

[61] *SDHI.* 8.100 ss.

[62] Cfr. 27 s.

[63] Non è cosí arbitrario, come ritiene il Voci (*cit.* 101), il richiamo della « folta massa di testi, giustinianei e pregiustinianei, in cui il requisito dell'errore per la ripetizione dell'indebito è interpolato o glossato » (Solazzi, *Cond.* 1.63 ss.). Del resto, è ora di decisiva portata il quadro del tit. D. 12.6 (con relative considerazioni), che ci offre il Solazzi, *Cond.* 2.100 s.

[64] Cfr., ad esempio: D. 12.6.26.13 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur an possim condicere: quaestio ex hoc descendit; an liberer in quinque: nam si liberor, cessat condictio, si non liberor, erit condictio. placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicensimo digestorum scripsit* [*non peremi partem dimidiam obligationis ideoque*] *eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur,* [*petique ab eo posse reliqua quinque aut Stichum*] *et, si praestiterit residua quinque, videri eum et priora debita solvisse, si autem Stichum praesti*[*tisset*]*(terit), quinque eum posse condicere quasi indebita.* [*sic posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita an indebita solverentur*]. Ho accolto qui la ricostruzione dell'a., 95 s., che mi pare sostanzialmente da approvare. Il debitore dell'obbligazione alternativa *decem aut Stichum*, che ha diritto di scelta, ha pagato *quinque*; con ciò ha pagato scientemente, sia pure *pro parte*, un *debitum*. La questione sorge perché il pagamento è stato fatto *pro parte*, dimodoché ci si domanda se esso ha effetto liberatorio o meno, se il solvente non può esercitare, o può invece ancora esercitare la *condictio*; la risposta è che il solvente non può aversi ancora per liberato finché non abbia prestato i residui *quinque* o *Stichum*, e che, solo se abbia finito col prestare Stico, i *quinque* pagati sono da considerarsi *solutum indebitum* e quindi ripetibili con la *condictio*, salva la probabile intrusione anche della frase *petique—Stichum*.

è un requisito essenziale della fattispecie normativa, la quale si contenta della *datio solvendi causa* e della mancanza della *causa solvendi*. Pure l'insistenza di Gai 3.91 sul requisito dell'errore è significativa ed autorizza il sospetto del Solazzi circa la sua derivazione postclassica.

Ora il sospetto di derivazione postclassica è particolarmente forte nei riguardi del secondo *per errorem*. Giuliano (uno dei *quidam*) non parla dell'errore in D. 26.8.13; eppure ivi sarebbe stato particolarmente necessario parlarne, perché l'ipotesi discussa verteva sul fatto che la *pecunia soluta est interposita tutoris auctoritate*[65]: la mancanza di errore del *solvens* (se l'*error* fosse stato essenziale per la fattispecie) avrebbe eliminato addirittura il sorgere della questione. Gaio, invece, riferendo la dottrina dei *quidam*, prospetta la ipotesi nella maniera negativa (la *pecunia indebita* è stata data *sine tutoris auctoritate*): qui veramente egli avrebbe potuto esimersi dal far menzione dell'errore, perché questo (anche se fosse stato essenziale per la fattispecie *condictio indebiti*) non assumeva tuttavia nessuna importanza al fine della soluzione negativa della questione (l'obbligazione da indebito non esiste se non è stata interposta l'*auctoritas tutoris*). Questo confronto fra le due redazioni dell'opinione dei *quidam* è tanto significativo, che legittima pienamente la congettura del carattere insiticio del secondo *per errorem*: se la menzione dell'*error* nel primo periodo ha del superfluo, la menzione del *per errorem* nel secondo ha invece del forzosamente intruso. E l'intrusione si spiega — come giustamente ha osservato il Solazzi[66] — guardando al periodo finale: solo chi ha presente l'errore del solvente, come requisito essenziale della *condictio indebiti*, può parlare di *animus solvendi*[67].

[65] Cfr. *retro* nt. 49.

[66] *Cit.* 63 ss.

[67] Accertato che vi sono forti ragioni per ritenere non genuino il secondo *per errorem*, ed illuminato l'intimo nesso tra il tenore della frase finale e quell'insiticio *per errorem*, resta comunque rafforzata la tesi critica del Solazzi circa il carattere non genuino anche del primo *per errorem*. Ma voglio aggiungere, a completamento della critica di Gai 3.91, che a mio parere anche *non magis quam mutui datione* è insiticio. Gaio avrebbe dovuto dire che il pupillo e la donna non sono tenuti dalla *condictio indebiti*, *non magis quam condictione ex mutuo*, o similmente: probabilmente però il suo discorso si arrestava a *non teneri condictione*, chè altrimenti avrebbe dovuto specificare, per chiarezza, *non teneri* (*indebiti*) *condictione*. L'inserzione di *non magis quam mutui datione* conferma che su 3.91 si è poggiata la mano del lettore postclassico. (*Non magis quam* ... trovasi almeno in altri due luoghi sospetti di Gaio, 1.25 e 3.194. *Amplius* su questo costrutto introduttivo di incisi di origine postclassica, LAUTNER, in *Festschrift Hanausek* 73 nt. 1).

6. — Superati questi gravi punti di discussione, possiamo procedere oltre piú speditamente. Noi conveniamo, cioè, con l'a. nel ritenere che il fondamento della obbligazione da indebito sia obbiettivo e consista nel fatto dell'ingiustificato acquisto, e non in quello dell'indebito arricchimento.

La costruzione del Sanfilippo trova, sin qui, conforto nel precedente di una osservazione del Pernice [68] e del Kipp [69], i quali notarono che i titoli dei Digesti relativi alle *condictiones* presentano una strana mescolanza di ipotesi, che è indice evidente dell'originario carattere unitario, in dritto classico, del mezzo processuale *condictio*. Ma soprattutto la costruzione dell'a. trova appoggio nel fatto — già rilevato dal Solazzi [70] — che D. 12.7.1 pr. parla ancora, per evidente omissione dei compilatori, di un'unica *species condictionis*, applicabile tanto alla *promissio sine causa* quanto alla *datio* dell'*indebitum* [71].

Come abbiamo riferito, l'a. tenta ancora un altro e decisivo passo in avanti su questa strada, cercando di configurare dogmaticamente la *condictio* come *indebiti retenti*, anziché come *indebiti soluti*. Ma è una estrema conseguenza, nella quale non credo di poterlo seguire, non solamente per i motivi pratici di scetticismo già manifestati dianzi, ma anche per considerazioni di ordine dogmatico.

Costruire la *condictio* come *indebiti retenti*, allo scopo di implicare la non essenzialità dell'errore del solvente, è voler essere piú realisti del *re*. Che cosa ricollega, infatti, l'acquisto ingiustificato al solvente e non ad altri? Qual'è l'elemento della fattispecie *condictio indebiti*, che determina l'obbligo dell'accipiente di restituire il *retentum* al solvente e non ad altri? La risposta è evidente: la *solutio*, o meglio [72] la *datio rei*, il *rem accipientis facere*. E ciò affermando non temo di cadere nella teoria del Betti [73] — teoria della pura *datio* come fondamento dell'obbligazione

[68] *Labeo* 3.1.234 ss.

[69] *PWRE.* sv. *condictio* (4.857 ss.).

[70] *Cond.* 1.71 s.

[71] D. 12.7.1 pr. (Ulp. 43 *ad ed.*): *Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum* ... Cfr. ora SOLAZZI, *Cond.* 2.80 ss.; ivi anche la citazione di D. 12.6.65, che comprova l'identità della disciplina classica per tutte le ipotesi di ripetizione.

[72] Nel nostro caso si parla di *solutio*, ma di *solutio indebiti*, cioè di un atto che è compiuto *solvendi causa*, ma che non è di *solutio* per la contraddizione che nol consente.

[73] *BIDR.* 25.60 ss.

da indebito, lucidamente criticata dall'a.[74] — perché aggiungo subito che, perché sorga la obbligazione *ex indebito*, occorre che inoltre la *res* sia *sine causa soluta*. Non è semplice *retentum sine causa*, ma il *datum sine debito* (e piú precisamente il *datum solvendi* causa la mancanza, attuale o sopravvenuta, del debito), che determina l'obbligo della restituzione. La prova, di cui l'onere incombe sull'attore, è appunto quella della mancanza del *debitum* (D. 22.3.25: *Cum de indebito quaeritur, quis probare debet non fuisse debitum?*)[75]. Ed è apunto la mancanza di una causa legittima del *dare*, non del ritenere, che permette la sussunzione della *condictio indebiti* nella *condictio sine causa*, ma spiega nello stesso tempo perché la *condictio indebiti* sia venuta specificandosi nel diritto romano preclassico e classico rispetto all'idea piú generale del *datum sine causa*[76].

Gli argomenti dogmatici, che il Sanfilippo adduce a sostegno della sua tesi, sono indiscutibilmente molto fini, ma non sono decisivi. Egli argomenta sulla base di fattispecie in cui manca la *solutio* (che è nulla per incapacità del solvente) ma si verifica la ripetizione[77], o in cui la cosa prestata è debita al momento della *datio* e diviene indebita e ripetibile in un momento successivo[78], e cosí via. Ma è agevole rispondere, ad esempio, che nel primo caso manca la *solutio*, ma c'è certamente la *datio solvendi causa* di un indebito, e che appunto questa determina la obbligazione di restituire al solvente (cioè, per essere proprii, a colui che ha dato *solvendi causa*); cosí, nel secondo caso, è sempre la *datio solvendi causa* di un indebito, che determina la obbligazione di restituire al solvente, salvo che la fattispecie si è perfezionata in due tempi: in un primo tempo vi è stata la *datio* (ma la *res data* era debita), in un secondo tempo vi è stato il divenire della *res data* indebita ed il sorgere dell'obbligazione di restituirla al solvente[79].

[74] Cfr. 40 ss.

[75] Sul punto, cfr. SOLAZZI, *Cond.* 2.75 ss.

[76] Perché si trattava di una particolare forma di *datum solvendi causa* e di una corrispondente forma particolare di mancanza di *causa* (*sine debito*).

[77] Cfr. 51 ss. e 88.

[78] Cfr. 92 ss.

[79] Il VOCI, *cit.* 83, dice che « la prova migliore della tesi del Solazzi sarebbe un testo in cui si dicesse che, nonostante la *scientia* del *solvens*, la *condictio* compete ». Andando di questo passo — se non sbaglio — la miglior prova che potremmo avere del fatto, ad esempio, che una passeggiata a cavallo non era requisito esenziale delle nozze confarreate, sarebbe un testo che ce lo dicesse esplicitamnte. Comunque, mi permetto di offrire alla meditazione del chiaro collega di Messina due elementi: da un lato, l'argomento svolto nel testo, che — se esatto —

Occorre riconoscere, in conclusione[80], che in linea di pura dogmatica, nulla osta decisivamente — almeno dell'angolo visuale prescelto dal Sanfilippo — la tesi che i Romani abbiano potuto chiedere l'ulteriore requisito dell'*error solventis*. Ma in ogni caso le conclusioni dell'a. rappresentano, sin dove sono accoglibili, un altro elemento di primaria importanza, di cui possono valersi i sostenitori della tesi contraria all'errore, per concludere vittoriosamente la loro giusta battaglia.

dimostra fra l'altro implicitamente che, nonostante la scienza del solvente, la *condictio* può competere; dall'altro, il rilievo che, se è vero che, almeno per i postclassici e per Giustiniano, l'errore diventò requisito essenziale di ogni caso di *condictio indebiti*, è ben presumibile che i postclassici, ed in ispecie Giustiniano, abbiano eliminato i testi di cui il Voci ha bisogno per credere alla tesi del Solazzi.

[80] Decisiva è, a mio parere, l'ultima argomentazione del SOLAZZI, *Cond.* 2.55 ss. La *communis opinio* (v. *retro* nt. 2), che ritiene richiesto dal diritto classico non pur l'errore di fatto, ma anche l'errore di diritto, « annulla il requisito dell'errore » ed impedisce di credere che « i giureconsulti classici lo indicassero come un tema da richiamarsi e provarsi a fondamento della *condictio indebiti* », perché « l'attore, provando che il pagamento non era dovuto, con ciò solo dimostra che si è verificata una deviazione dal diritto e può affermare che il motivo di questa deviazione è stato un errore di diritto ».

# LE MATRONE E I PAPPAGALLI

1. — « *Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur: multo minus, si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissent. si igitur non matronali habitu femina fuerit et quis eam appellavit vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur* ».

Il testo, che figura nei Digesti come estratto dal commentario di Ulpiano all'editto del pretore [1], è ben noto all'Interpol dei romanisti come una sorta di re degli evasori. Si crede di averne afferrato compiutamente il senso o di essere riusciti a depurare la parte genuina da quella eventualmente posticcia, e *tac*: con l'aiuto compiacente, non dirò addirittura con la complicità, di qualche studioso sopravvenuto, il passo sfugge di nuovo alla presa e si allontana beffardo dalla comprensione dei lettori.

L'ultimo investigatore ad occuparsi a fondo del testo ulpianeo è stato il Raber, che lo ha sottoposto ad una perquisizione minuziosa ed ha fatto giustizia di molte inaccettabili interpretazioni altrui [2]. Ma nel giro di pochi anni siamo stati già in due, sollecitati entrambi dalla lettura del contributo del Raber, a pronunciarci quasi contemporaneamente contro la tesi di quest'ultimo. Siamo stati il Wittmann [3] ed io [4], cia-

* In *Inezie di giureconsulti* (1978) 165 ss.

[1] Ulp. 57 *ed.* D. 47.10.15.15. Il frammento porta erroneamente l'*inscriptio* « 77 *ed.* », ma la collocazione nel libro 57 del commento edittale di Ulpiano è sicura: cfr. LENEL, Ulp. 1352.

[2] F. RABER, *Frauentracht und « iniuria » durch « appellare »: D. 47.10.15.15*, in *St. Volterra* 3 (1969) 633 ss.; ID., *Grundlagen klassischer Injurienansprüche* (1969) 39 ss., con bibliografia. Nelle note seguenti sarà citato questo secondo lavoro.

[3] R. WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht* (1972) 30 ss.; ID., *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, in *ZSS.* 91 (1974) 314 ss. (lavoro che sarà citato in seguito). V. anche A. MANFREDINI, *Contributo allo studio dell' « iniuria » in età repubblicana* (1977) 184 s.

[4] A. GUARINO, « *Ineptiae iuris Romani* » 3, in *Daube noster* (1974) 126 ss.

scuno senza sapere dell'altro ed entrambi, manco a dirlo, pervenendo a conclusioni diverse tra loro.

Verrebbe quasi quasi la voglia di passare una buona volta ad altro, se non fosse per la speranza, che è sempre l'ultima a morire.

2. — Cosí, all'ingrosso, in una traduzione che non può non essere alquanto approssimativa, ecco anzi tutto quanto dice Ulpiano. « Nell'ipotesi che taluno abbia rivolto parole di richiamo a delle fanciulle (*virgines*), ma queste erano vestite con abiti da schiave, si ritiene che egli pecchi di meno; molto di meno, se le donne erano vestite con abito da meretrici, e non da *matres familiarum*. Pertanto, se una donna non sia stata abbigliata da matrona e taluno le abbia fatto il pissi-pissi o ne abbia allontanato l'accompagnatore, (costui) è tenuto (con l'azione) di ingiurie ».

Le due prime ipotesi, quella di chi pecca « di meno » e quella di chi pecca « molto di meno » ancora, rendono evidente che qui Ulpiano non inizia un discorso, ma continua un discorso già incominciato. In un brano precedente quello in esame, che i compilatori dei *Digesta* hanno stranamente tralasciato di riprodurre [5], il giurista deve avere presumibilmente esposto la fattispecie di base dell'*appellatio* (e del *comitem abducere*), la fattispecie in cui si pecca al cento per cento, senza attenuazioni di sorta. Facile, anzi facilissimo individuare con gli occhi della mente questa fattispecie. È ovviamente l'ipotesi di chi nei confronti di una donna vestita da donna per bene, cioè da *mater familias*, si comporti, come usa dirsi in Italia, da « pappagallo della strada » [6].

Quello che si capisce poco, in connessione con quanto precede, è l'ultimo periodo, in cui si legge che « pertanto » (*igitur*), ove la donna

[5] MOMMSEN, ahl., suppone che prima di questo paragrafo fosse riportato il testo dell'editto « *de adtemptata pudicitia* » (*infra* nt. 23). Comunque le lacune sono tutt'altro che rare all'interno di frammenti della compilazione giustinianea, anche quando essi sembrano, a tutta prima, riportare un discorso continuativo.

[6] L'uso è registrato, sv. « pappagallo », dal *Diz. enciclopedico italiano*. A parziale giustificazione di questa noiosa, ma tutto sommato sana genía dei pappagalli, sia lecito richiamarsi a un brano del nostro duecentesco *Novellino* (nov. 16), in cui si racconta come « uno re fece nodrire un suo figliuolo dieci anni in luogo tenebroso », e cosí si continua: « Dopo il tempo detto lo fece trarre fuori, e innanzi lui fece mettere molte belle gioie e di molte belle donzelle, tutte cose nominando per nome. E dettoli le donzelle esser dimoni, e poi li domandaro qual d'esse (cose) li fosse piú graziosa, rispuose: — i dimoni — ».

non indossi vesti da matrona, colui che la disturba è processualmente tenuto a titolo di *iniuria*. Se la supposizione avanzata poco fa circa il contenuto del periodo scomparso dai *Digesta* è esatta, il tenore formale di quel periodo sfociava molto probabilmente nell'affermazione che il disturbatore di una donna in vesti di *mater familias*, o *matrona* che dir si voglia [7], « *iniuriarum* (*actione*) *tenetur* »; ciò posto, le due ipotesi in cui, disturbando una passante, si delinque « di meno », assai difficilmente potevano dar luogo all'affermazione « conseguenziale », ancorata cioè ad un « *igitur* », per cui il disturbatore « *iniuriarum* (*actione*) *tenetur* ». Partito per segnalare una differenza tra l'ipotesi di base e le ipotesi successive, Ulpiano sarebbe stranamente approdato ad una conclusione identica per tutte le ipotesi.

Di qui la vastissima gamma delle letture finora operate. Alcuni ritengono che Ulpiano avrebbe scritto « *iniuriarum* (*actione*) *non tenetur* » e che il « *non* » sia saltato via nel séguito delle trascrizioni; altri opinano che egli non abbia scritto l'« *igitur* » che rovina tutto, pensano cioè che l'« *igitur* » sia stato inserito nel testo da un lettore per verità piuttosto imbecille; altri sostengono che l'ultimo periodo si riferisse, nella stesura genuina, alle donne con abito da matrona, e non a quelle « *non matronali habitu* », e che dunque sia stato interpolato, da qualche altro lettore piuttosto imbecille, il « *non* »; altri ancora pensano che tutto vada a posto, sol che si inserisca un « *vix* » prima di « *tenetur* », supponendo con ciò che Ulpiano abbia detto che il disturbatore di donne in abito non matronale è responsabile, sí, ma appena appena; altri infine ipotizzano che della questione il giurista classico si lavasse le mani e

[7] Sul senso corrente (ed estensivo) di « *mater familias* » e « *matrona* », per tutti: W. KUNKEL, shv., in *PWRE*. 14.2 (1930) 2183 s.; W. WOLODKIEWICZ, « *Materfamilias* », in *Czasopismo Prawno-Historyczne* 16.1 (1964) 103 ss. Cfr. Ulp. 59 *ed*. D. 50.16.46.1: « *Matrem familias* » *accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt atque separant. proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores*. V. tuttavia Fest. sv. « *Materfamiliae* » (p. 112 L.) (*...non ante dicebatur, quam vir eius paterfamiliae dictus esset; nec possunt hoc nomine plures in una familia praeter unam appellari. sed nec vidua hoc nomine, nec, quae sine filiis est, appellari potest*). Le due visuali sono indubbiamente diverse (una piú larga e l'altra piú restrittiva), ma la radice è la stessa: *mater familias* non è solo la donna esente da *patria potestas* altrui, ma può essere anche una *filia familias* unita in matrimonio, e la sua specie piú propria è appunto quella della onesta sposa e madre.

che il periodo terminasse con un bel punto interrogativo [8]. E non è finita. Al testo ha dedicato una rapida esegesi anche il Beseler, il quale ha contestato la giuridicità dell'uso di « *peccare* », verbo che riguarderebbe azioni riprovevoli solo sul piano morale, ed ha ridotto il discorso genuino del giurista Ulpiano ad un « *si non matronali habitu femina fuerit, qui eam appellavit vel ei comitem abduxit iniuriarum non tenetur* » [9]. Soluzione indubbiamente semplicistica, ma non tanto semplicistica quanto quella suggerita dal Raber, il quale si libera da ogni difficoltà, immaginando che tra il secondo e il terzo periodo siano caduti, nella vicenda delle trascrizioni, alcuni righi in cui Ulpiano avrebbe rilevato che ai suoi tempi, purtroppo, le matrone romane non sempre evitavano di andar vestite come altrettante prostitute, esponendo con ciò i pappagalli della strada al pernicioso errore di trattarle come tali e di sentirsi poi condannare, svelato l'equivoco, per *iniuria* in persona di una *mater familias* [10].

E se il testo fosse tutto genuino? L'ipotesi non è da escludersi alla leggera. Lungo questa direttrice, il Pernice ha sostenuto che chi « *appellat* » una matrona in vesti da meretrice è responsabile a pieno titolo di *adtemptata pudicitia*, e quindi di *iniuria*, perché quel che conta non è la sua scusabilità subbiettiva, ma l'aggressione da lui obbiettivamente (e non involontariamente) effettuata alla *pudicitia* della matrona [11]. Solo formalmente diversa da questa del Pernice è la teoria del Wittmann, il quale distingue tra responsabilità in base all'*edictum* « *de adtemptata pudicitia* » e responsabilità in base all'editto generale « *de iniuriis* » e assume che il disturbatore di una passante vestita da schiava o da meretrice non è certo responsabile in base al primo editto, ma è comunque responsabile, se la passante si rivela essere una matrona, in base all'*edictum generale* [12]. Infine si potrebbe anche dire che, essendo l'*actio*

[8] Per le indicazioni relative: RABER (nt. 2) 40 ss.

[9] G. BESELER, *Beiträge z. Kr. röm. RQuellen*, in *ZSS.* 66 (1948) 346 s. Ma v. *contra*: RABER (nt. 2) 49.

[10] RABER (nt. 2) 51 s.

[11] A. PERNICE, *Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jhdt. der Kaiserzeit* 2.1² (1895) 31 e nt. 4. Osserva giustamente il RABER (nt. 2) 43, che il ragionamento fatto per la donna vestita da meretrice non vale comunque per la donna vestita da schiava (sulla quale il Pernice sorvola).

[12] WITTMANN (nt. 3) 316 ss. Questa tesi cerca di farsi forte, in ogni caso, con un'inaccettabile interpretazione di « *minus* (e *multo minus*) *peccare videtur* », che il Wittmann interpreta come altrettante negazioni (la seconda ancora piú recisa della

*iniuriarum* un'azione « *in aequum concepta* », in forza della quale il giudicante deve di volta in volta stabilire quale ammontare di condanna sia equo addossare al colpevole [13], è proprio vero che il pappagallo stradale può essere sempre condannato in base all'*actio iniuriarum*: infatti, persino se il discorso capzioso è rivolto ad una donna in paramenti da meretrice, il delitto, anche se il giudice rileverà che si è peccato « *multo minus* », c'è [14].

Ma l'esame delle ultime tre soluzioni, oltre che della ipotesi avanzata dal Raber, esige un maggiore approfondimento del delitto di *adtemptata pudicitia* e della sua connessione col delitto di *iniuria*.

3. — L'insegnamento comune è questo. Verso la metà del secondo secolo avanti Cristo il pretore urbano, superando la greve e antiquata disciplina delle XII tavole in materia di offese personali, emanò un editto « *de iniuriis aestimandis* », col quale prometteva alle vittime di *iniuria* un'azione (l'*actio iniuriarum aestimatoria*) volta ad ottenere dal giudicante il « *quantum ei* (*bonum et*) *aequum videbitur* » [15]. Il passo avanti era notevole, ma per *iniuria* si intendeva pur sempre, sulle orme della legge decemvirale, l'offesa arrecata ad altri con mezzi fisici, solitamente con pugni o bastonate [16]. Per tale motivo nei cento anni che

prima) della esistenza di un « *peccatum* » ai sensi dell'editto « *de adtemptata pudicitia* »: negazioni espresse da Ulpiano, secondo il nostro autore, « in komparativer Sprachweise », alla maniera (inversa) cioè di un « *verius puto* » (cfr. 317 e nt. 86). L'errore peraltro è evidente. Mentre « *verius puto* » significa l'adozione di una certa soluzione tra due soluzioni diverse, una positiva ed una negativa, « *minus peccat* » e « *multo minus peccat* » sono locuzioni che si riferiscono ad una soluzione unica, quella di un soggetto che « *peccat* », e vengono usate esclusivamente per la diversificazione delle attività in ordine al *quantum* di colpevolezza di ciascun delinquente.

[13] Sulle *actiones in (bonum et) aequum conceptae*: GUARINO, *Diritto privato romano*[5] (1976) n. 18.4.5. Piú in particolare: A. GUARINO, « *Actiones in aequum conceptae* », in *Labeo* 8 (1962) 7 ss.

[14] Completamente fuori strada, su questo punto, il WITTMANN (nt. 3) 320.

[15] Da ultimo, sul tema: MANFREDINI (nt. 3) *passim*; U. VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht*, in *Labeo* 15 (1969) 131 ss., spec. 154 ss.; J. PLESCIA, *The development of « iniuria »*, in *Labeo* 27 (1977) 271 ss.

[16] La *demonstratio* della formula-tipo è, sia pur malamente, riportata in modo significativo da Coll. 2.6.4: *Certum non dicit, qui dicit pulsatum se sive verberatum, sed et partem corporis demonstrat et quem in modum, pugno puta aut fuste an lapide, sicut formula proposita est: « quod Auli Ageri mala pugno percussa est ». illud non cogitur dicere, dextra an sinistra, nec qua manu percussa sit.* Cfr. anche Gai 4.60,

seguirono, sino alla *lex Cornelia de iniuriis* dell'81 a. C. [17], furono emanati altri editti specifici, i quali estesero il regime del primo editto, quello che ormai veniva sempre piú largamente qualificato come « *edictum generale de iniuriis* », a fattispecie di « *contumeliae* », cioè di offese non materiali, ma parimenti lesive della dignità sociale delle vittime [18]. Tra tali editti specifici, sempre secondo l'insegnamento comune, vi fu l'*edictum de adtemptata pudicitia*, cui sembra essere dedicato il lungo brano ulpianeo riportato da D. 47.10.15.15-24 [19].

Per verità, nessuna tra le fonti di cui disponiamo attesta o fa intuire che la rubrica ufficiale del nostro editto fosse proprio « *de adtemptata pudicitia* » [20]. Personalmente io ne dubito e dubiterei anche del punto che tutte le ipotesi illustrate da Ulpiano siano state esplicitamente inserite nell'albo del pretore sin dall'età repubblicana. Ma la discussione ci porterebbe lontano e qui non è proprio il caso di impegnarvisi [21]. Diamo dunque per scontato, seguendo nei limiti del ragionevole la ricostruzione del Lenel [22], che il passo ulpianeo riportato da

Sen. *de ben.* 2.35.2, Suet. *Vitell.* 7, nonché Plaut. *Asin.* 2.2.104. Sul « *generale edictum* »: LENEL, *EP.* § 190.

[17] Cfr. Paul. 5.4.8 e ROTONDI, *Leges publicae populi Romani* (rist. 1962) 359. V. anche VON LÜBTOW (nt. 15) 157.

[18] Per la ricostruzione di questi editti: LENEL, *EP.* § 191-197.

[19] LENEL, *EP.* § 192. Ma v. già M. VOIGT, *Röm. Rechtsgeschichte* 1 (1892) 702.

[20] Il LENEL, *EP.* 400 e nt. 16, lo argomenta sopra tutto da Ulp. 57 *ed.* D. 47.10.15.20-23 e da Paul. 55 *ed.* D. 47.10.10. Ma il fatto che i commentatori unificassero per breviloquenza le fattispecie nella dizione « *adtemptata pudicitia* » non significa che cosí fosse intestato l'editto.

[21] Si tratterebbe di rimescolare il problema della cosí detta « codificazione » adrianea dell'*edictum perpetuum*: codificazione cui la dottrina dominante, basandosi su attestazioni ambigue di età postclassica, crede e continua a credere, malgrado gli sforzi che vado compiendo da trenta anni, in una serie ormai non breve di articoli e note, per convincerla che la « codificazione » è soltanto una leggenda generata dal fatto verosimile, ma di limitato spessore, che Adriano chiese ed ottenne un *senatusconsultum* di fissazione « *ne varietur* » del testo dell'*edictum provinciale*. Cfr., sul punto: GUARINO, *Storia del diritto romano*[5] 431 ss., e, ultimo tra i miei saggi, A. GUARINO, *La formazione dell'* « *edictum perpetuum* », in *ANRW.* 2.13 (1980) 3 ss.

[22] La ricostruzione del Lenel è in gran parte fondata su I. 4.4.1: *Iniuria autem committitur non solum, cum quis pugno puta aut fustibus caesus vel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit, sive cuius bona quasi debitoris possessa fuerint ab eo, qui intellegebat nihil eum sibi debere, vel si quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit composuerit ediderit dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, sive quis matrem familias aut praetextatum praetextatamve adsectatus fuerit, sive* [*cuius*] ⟨*a quo alicuius*⟩ *pudicitia adtemptata esse dicetur: et*

D. 47.10.15.15 continuasse un discorso aperto con un « *ait praetor* » e con la trascrizione letterale di un editto nel quale si prometteva la tutela dell'*actio iniuriarum* contro chi avesse compiuto *adversus bonos mores*, nei confronti di una *mater familias* o di un *praetextatus*, una di queste tre azioni: *appellare*, *comitem abducere*, *adsectari* [23].

« *Appellare* », come già abbiamo facilmente intuito [24], è il rivolgere voci o gesti di richiamo al passante o alla passante: voci o gesti che, senza giungere all'evidenza ingiuriosa del linguaggio chiaramente turpe [25], siano contrari ai « *boni mores* », cioè contrari al comune senso del pudore [26]. « *Comitem abducere* » è l'indurre sconvenientemente, riu-

*denique aliis pluribus modis admitti iniuriam manifestum est*. Questo testo riproduce, con molte aggiunte, Gai 3.220: *Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno puta aut fuste percussus vel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit, sive quis bona alicuius, quasi debitoris sciens eum nihil sibi debere proscripserit, sive quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit, sive quis matrem familias aut praetextatum adsectatus fuerit, et denique aliis pluribus modis*. Come si vede, ambedue i passi parlano dell'*adsectari* (ma le Istituzioni di Giustiniano ne fanno oggetto, oltre la *mater familias* ed il *praetextatus*, anche la *praetextata*, la quale viene con ciò distaccata dalla nozione di *mater familias* e viene inoltre stranamente rivestita anch'essa, malgrado il sesso femminile, di *toga praetexta*) e nessuno dei due parla specificamente di *appellare* e di *comitem abducere*, mentre le Istituzioni di Giustiniano configurano una « *pudicitia adtemptata* ». Nel testo edittale congetturato dal Lenel, sul presupposto della codificazione adrianea (*retro* nt. 21), si rifiuta la fattispecie del « *pudicitiam adtemptare* » e si esplicitano le ipotesi del *comitem abducere*, dell'*appellare* e dell'*adsectari*, senza nessuna difficoltà ad indicare tra i soggetti passivi la *praetextata*: v. *infra* nt. 23.

[23] LENEL, *EP.* § 192: « *Si quis matrifamilias aut praetextato praetextataeve comitem abduxisse, sive quis eum eamve adversus bonos mores appellasse adsectatusve esse dicetur* ... ». Cfr. Ulp. D. 47.10.15.19: *Tenetur hoc edicto non tantum qui comitem abduxit, verum etiam si quis eorum quem appellavisset adsectatusve est.*

[24] *Retro* n. 2.

[25] Ulp. D. 47.10.15.20-21: *Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam adtemptare: hoc enim non est convicium, sed adversus bonos mores adtemptare. Qui turpibus verbis utitur non temptat pudicitiam, sed iniuriarum tenetur*. In altri termini: chi pronuncia maleparole e dice sconcezze, senza tanti peli sulla lingua, commette ingiuria a tutto sesto, dimodoché sarebbe ridicolo stare ad indagare se ha agito *contra bonos mores*.

[26] Ulp. D. 47.10.15.23: *Meminisse autem oportebit non omnem, qui adsectatus est, nec omnem, qui appellavit, hoc edicto conveniri posse (neque enim si quis colludendi, si quis officii honeste faciendi gratia id facit, statim in edictum incidit), sed qui contra bonos mores hoc facit*. Il carattere glossematico della nota esplicativa inserita tra parentesi mi sembra evidente.

scendovi [27], ad allontanarsi dalla *mater familias* o dal *praetextatus* e ad andare per altra strada l'individuo che sia stato destinato a scortarli, secondo un uso della gente-bene romana che si è perpetuato sino agli inizi del secolo con la ben nota istituzione dello « chaperonnage » [28]. « *Adsectari* » è infine il seguire in silenzio, ma con fastidiosa e allusiva insistenza, la persona dell'uno o dell'altro sesso che costituisce l'evidente oggetto di un pappagallesco interesse [29]. Tre attività che, è chiaro, possono svolgersi solo in strada o in luogo di pubblico transito e che inoltre, è ben chiaro anche questo, hanno in sé e nelle loro modalità di attuazione qualcosa di equivoco, di incerto, di approssimativo, per cui non possono essere identificate a colpo d'occhio e sicuramente come ingiuriose per il « soggetto passivo ».

Fermiamoci appunto sui soggetti. Le fonti lasciano intendere senza ombra di dubbio che per il diritto romano, come del resto è ancora di molti diritti moderni, il soggetto attivo altri non era e non poteva essere che un maschio adulto senza limiti di età [30]. Quanto ai soggetti passivi, attenzione. In prima schiera figurano le « *matres familiarum* », termine che nel linguaggio corrente sta ad indicare tutte le donne libere, di qualunque età esse siano [31], essendo, beninteso, scontato che i maschi romani, adottando i precetti che furono piú tardi ribaditi da Cecco Angiolieri, prediligevano le donne « giovani e leggiadre » [32]. Dopo le

[27] Cfr. Ulp. D. 47.10.15.17-18: *Abduxisse videtur, ut Labeo ait, non qui abducere comitem coepit, sed qui perfecit, ut comes cum eo (ea?) non esset. Abduxisse autem non tantum is videtur, qui per vim abduxit, verum is quoque, qui persuasit comiti, ut eam desereret.*

[28] Cfr. Ulp. D. 47.10.15.16: *Comitem accipere debemus eum, qui comitetur et sequatur et (ut ait Labeo) sive liberum sive servum, sive masculum sive feminam. et ita comitem Labeo definit: « qui frequentandi cuiusque causa ut sequeretur destinatus in publico privatoque abductus fuerit ». inter comites utique et paedagogi erunt.*

[29] Cfr. Ulp. D. 47.10.15.22: *Aliud est appellare, aliud adsectari: appellat enim, qui sermone pudicitiam adtemptat, adsectatur, qui tacitus frequenter sequitur: adsiduo (adsidua?) enim frequentia quasi praebet nonnullam infamiam.* Questo testo è quello che piú chiaramente mostra come l'*adtemptata pudicitia* fosse vista da Ulpiano essenzialmente nell'*appellare*.

[30] Cfr., a conferma, Ulp. D. 47.10.15.24: *Sponsum quoque ad iniuriarum actionem admittendum puto: etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quaecumque sponsae eius fiat.*

[31] V. *retro* nt. 7.

[32] Alludo al notissimo sonetto « S' i' fosse fuoco, arderei 'l mondo » di quello che è stato definito da alcuni il Rutebeuf o il Villon italiano. Ma non tutti i Romani avevano le sane disposizioni dell'Angiolieri: o per curiosa perversione o, piú

donne, ma non a molte lunghezze di distanza, vengono i « *praetextati* », cioè i fanciulli liberi di età inferiore ai 17 anni e rivestiti, di regola, della *toga praetexta*[33]. Infine, anche se l'editto « *de adtemptata pudicitia* » non li indicava, dobbiamo ammettere che fossero coinvolti nel giuoco le schiave e i giovani schiavi, molto pregiati dai Romani come « *remedium concupiscentiae* » (o « *tentiginis* », che dir si voglia)[34], e

spesso, per calcolo, se la facevano talvolta anche con le brutte e le vecchie. Prescindendo da casi dubbi, quale quello di Elio Seiano, che divenne per motivi di carriera l'amante di Livia, sorella di Germanico e moglie di Tiberio (donna bruttina da giovane, certo, ma che poi « *pulchritudine praecellebat* »: Tac. *ann.* 4.3.3) o quello di M. Salvio Otone, che per ingraziarsi Nerone si sobbarcò ai vezzi di una liberta vecchia e quasi decrepita che era molto introdotta a corte (Suet. *Otho* 2), l'esempio più noto di « gigolo » è costituito da Gillone, personaggio solitamente ritenuto autentico, che si incontra nella prima satira di Giovenale (Iuven. *sat.* 1.37.41). Intrepido amatore, Gillone apparteneva alla schiera privilegiata di « quelli che si guadagnano i testamenti con le nottate » (« *qui testamenta merentur noctibus* ») e che arrivano alle stelle per una « via del successo che oggi è la migliore fra tutte »: *in coelum quos evehit optima summi / nunc via processus: vetulae vesica beatae.* Fine conoscitore del *ius civile*, Giovenale spiega anche perché l'asse ereditario della vecchia benestante, della « *vetula beata* », sia andato per gli undici dodicesimi (il *deunx*) a Gillone e solo per un misero dodicesimo (per un'*uncia*, anzi per un'*unciola*) al suo inefficiente rivale Proculeio: *Unciolam Proculeius habet, sed Gillo deuncem. / partes quisque suas: ad mensuram inguinis heres.* Su Gillone e sul problema della sua identificazione, da ultimo: J. GÉRARD, *Juvénal et la réalité contemporaine* (1976) 48 ss.

[33] *Praetextata aetas* chiama la prima adolescenza Gell. *N. A.* 1.23.18, alludendo con ciò a maschi e femmine, liberi e schiavi. Quanto alle ragioni per cui i *praetextati*, se ben fatti, venivano messi insieme alle *mulieres*, esse sono purtroppo ovvie. Cfr., ad esempio, Iuven. 10.306-309: *Nullus ephebum / deformem saeva castravit in arce tyrannus, / nec praetextatum rapuit Nero loripedem nec / strumosum atque utero pariter gibboque tumentem* (« Il tiranno non ha mai castrato nella sua bieca reggia un efebo che fosse deforme, né mai Nerone ha rapito un pretestato che fosse sciancato o scrofoloso o che fosse gonfio nel ventre o per la gobba »).

[34] La cosa è risaputa. Plutarco (*Cat.* 24) narra che l'austero Catone, mortagli la moglie quando era già verso i settanta, si industriò attivamente con una fanticella: solo quando la relazione fu scoperta dal figlio, si decise a sposare la figlia del suo cliente Salonio, da cui ebbe Catone Saloniano, il nonno di Catone Uticense. La prassi è teorizzata da Hor. *Sat.* 1.2.116-119: *Tument tibi cum inguina, num si / ancilla aut verna est praesto puer, impetus in quem / continuo fiat, malis tentigine rumpi? / non ego: namque parabilem amo venerem facilemque.* Del resto, nel sec. IV d. C., il castissimo Paolino di Pella confessava nell'*Eucharisticos* di essersi lasciato tentare in gioventù dai piaceri della carne, ma aggiungeva compiaciuto di aver sempre evitato le donne libere, accontentandosi delle fantesche di casa (*euchar.* 166: *contentus domus inlecebris famulantibus uti*). Cfr. anche Ulp. D. 47.10.9.4 (*infra* nt. 36).

ciò anche in forza dell'editto « *de iniuriis quae servis fiunt* », riportato testualmente da un altro passo di Ulpiano [35].

Vi è ancora una cosa, molto importante, da porre in evidenza, per quanto attiene ai soggetti passivi e per quanto attiene, di riflesso, alla configurazione dell'intera figura delittuosa. Il pretore non esigeva che la *mater familias* e il *praetextatus* fossero concretamente incorrotti e che l'azione del soggetto attivo fosse concretamente volta a corromperli. Certo questa può essere la prima impressione dello studioso, sopra tutto quando volga lo sguardo a certi testi in cui si parla di un soggetto attivo che « *impudicos facere adtemptavit* » i personaggi oggetto della sua attenzione [36], o in cui si afferma che l'*adtemptata pudicitia* si realizza « quando si fa in modo che (il soggetto passivo) da pudico diventi impudico » [37]. Tuttavia, a rifletter meglio, la configurabilità del nostro delitto come tentativo di corruzione, o anche solo come delitto « di pericolo » in persona di un uomo o di una donna incorrotti [38], non ha un consistente fondamento di attendibilità. Lasciando da parte gli schiavi, maschi e femmine, per i quali abbiam visto che deve ragionarsi in sede di analogia col trattamento delle persone libere, è facile, ed è anche doveroso, rilevare, in ordine a queste ultime, che il pretore dichiarava guerra all'*appellare*, al *comitem abducere* e all'*adsectari* non in quanto fossero atti lesivi della specifica moralità della *mater familias* o del *praetextatus*, ma in quanto superassero i limiti consentiti, in via generale, dai « *boni mores* » e cioè, lo abbiamo detto poco fa, dal comune senso del pudore. Vero è che Ulpiano, nel passo di cui ci stiamo occupando, parla di « *virgines* », ma non esaltiamoci: nel lessico romano la

[35] Ulp. 57 *ed.* D. 47.10.15.34 (cfr. LENEL, *EP.* § 149): *Praetor ait: « Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo.* ». Si noti che Gai 3.222, il quale specifica che l'*iniuria* non è fatta al *servus* ma al *dominus*, non sembra avere chiaramente conoscenza della seconda clausola edittale e sembra dire che in tal caso l'*actio iniuriarum* deve essere concessa di volta in volta: *... at si quis servo convicium fecerit vel pugno eum percusserit, non proponitur ulla formula nec temere petenti datur.* Sul tema: WITTMANN (nt. 3) 339 ss.

[36] V. *retro* nt. 25 e Ulp. 57 *ed.* D. 41.10.9.4: *Si quis tam feminam quam masculum, sive ingenuos sive libertinos, impudicos facere adtemptavit, iniuriarum tenebitur, sed et si servi pudicitia adtemptata sit, iniuriarum locum habet.* Sul testo: RABER (nt. 2) 50 s.; WITTMANN (nt. 3) 317.

[37] Paul. 55 *ed.* D. 47.10.10: *Adtemptari pudicitia dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat.*

[38] Per le opinioni della dottrina, rinvio ancora una volta a RABER (nt. 2) 39 ss.

nozione di « *virgo* » è estremamente comprensiva [39] e sarebbe d'altronde ridicolo immaginare che, almeno per le donne, si dovesse procedere, prima di ammetterle all'esercizio dell'*actio iniuriarum* contro il disturbatore, ad una acconcia *inspectio corporis*.

Insomma, senza con ciò escludere che il disturbatore di donne e fanciulli potesse farla franca provando in giudizio che la vittima delle sue attenzioni era in realtà un fiore di dissolutezza, quel che contava era la dignità sociale della *mater familias* e del *praetextatus*. Dignità rivelata essenzialmente dal suo modo di vestire e di comportarsi: dalla sua *vestis* e sopra tutto dal suo *habitus* [40].

4. — Perché (rieccoci al passo di Ulpiano) i Romani avevano modi di vestire e di comportarsi diversi a seconda del loro sesso, della loro età, delle loro occupazioni, del loro livello sociale. Cosa tipica, del resto, di qualunque popolo, sopra tutto nel passato.

Non che andassero attorno in divisa, secondo pretese piú o meno grottesche che ogni tanto fanno qua e là capolino nella storia dei popoli. I Romani tendevano peraltro a caratterizzarsi nel vestito, nell'agghindatura e nel portamento, in aderenza a tutta la varia tipologia sociale dei tempi in cui vivevano [41]. Incontrare uno sconosciuto in istrada implicava dunque, a guardarlo con attenzione, farne la conoscenza a metà. È ciò tanto a maggior ragione, in quanto l'inclinazione a travestirsi, salvo che a scopi illeciti o per effetto di penose deviazioni psichiche, era molto minore, sembra, che non al giorno d'oggi [42].

[39] Per convincersene basta un'occhiata ai vocabolari. Comunque nel primo periodo di D. 47.10.15.15 si parla di « *virgines* » in sede casistica, per dire « donne giovani e leggiadre » nel senso di cui *retro* nt. 32, ma poi si passa a parlare genericamente di « *feminae* ».

[40] Oltre i vocabolari generali, cfr. il *VIR.* shv. L'uso di « *habitus matronalis* » da parte di Ulpiano rende ancora piú evidente l'arbitrarietà del ragionamento esposto dal WITTMANN (nt. 2) 315 ss., per dimostrare che soggetti passivi del delitto di *adtemptata pudicitia* erano, in linea di principio, tutte le *matres familiarum*, anche se non vestite da matrona, nonché i giovinetti e le giovinette (?) in *toga praetexta*, e per sostenere altresí che le « *virgines* » del fr. 15.15, non essendo rivestite di *toga praetexta*, non danno luogo all'editto *de adtemptata pudicitia*.

[41] Sul tema è ancora utile la consultazione di MARQUARDT-MAU, *Das Privatleben der Römer* 1² (1886, rist. 1964) 475 ss. (*vestimenta*), 550 ss. (vestiti maschili), 573 ss. (vestiti femminili), 44 nt. 1 (vestiti delle meretrici). Da ultimo: F. KOLB, *Zur Statussymbolik im antiken Rom*, in *Chiron* 7 (1977) 239 ss.

[42] Sul tema: A. GUARINO, « *Senatores boni viri* », in *Atti Acc. Pontaniana* 21 (1972) 148 s.

Ove ciò si tenga presente, non deve stupire *a priori*, o esser giudicata comunque singolare, la distinzione che si fa nel nostro testo tra donne vestite da *mater familias*, donne vestite da schiave e donne vestite da meretrici. E ciò per due motivi: in primo luogo, perché la tripartizione delle rappresentanti del sesso femminile in matrone, serve e prostitute era usuale in Roma; in secondo luogo, perché le tre categorie sociali erano riconoscibili a colpo d'occhio dalle vesti che solevano portare.

Matrone, serve e prostitute. Chi non ricorda, a questo proposito, uno per tutti, la famosa satira seconda di Orazio? [43] Ivi il poeta, come ricorderete, deplora coloro che si danno da fare con le donne, o almeno con le donne non proprie, perché, dice, « sperperare la propria buona fama, consumare il patrimonio avito è in ogni caso un male » [44], e incalza: « che differenza c'è se pecchi addosso ad una matrona, a una schiava oppure a una battona? » [45]. Non vi è differenza, certo; ma, posto che dal peccato non ci si sappia astenere, meglio è, dice il saggio Orazio, evitare con cura la matrona, sopra tutto se maritata, la quale ti espone a rischi gravissimi e, con il carattere di certi mariti, addirittura agghiaccianti [46], mentre è tanto piú sicura la « *merx in classe secunda* », la merce di seconda qualità [47], e l'austero Catone, vecchiardo imprevedibile, addirittura encomiò « divinamente », ai suoi tempi, un giovane che vide uscire da un lupanare piuttosto che dalla casa di una donna della buona società [48]. Anche se la satira è stata scritta prima della

[43] Hor. *Sat.* 1.2 (« *Ambubaiarum collegia, pharmacopolae* »).

[44] Ivi 61-62: *Bonam deperdere famam, / rem patris oblimare, malum est ubicumque.*

[45] Ivi 62-63: *Quid inter / est in matrona, ancilla, peccesne togata?*

[46] Ivi 41-46: *Hic se praecipitem tecto dedit; ille flagellis / ad mortem caesus; fugiens his decidit acrem / praedonum in turbam; dedit hic pro corpore nummos; / hunc perminxerunt calones; quin etiam illud / accidit, ut quidam testis caudamque salacem / demeteret ferro.*

[47] Ivi 47-49: *Tutior at quanto merx est in classe secunda, / libertinarum dico, Sallustius in quas / non minus insanit, quam qui moechatur.* (No, il Sallustio di Orazio non era lo storico, il quale ai tempi della pubblicazione del primo libro delle satire era notoriamente in rapporti adulterini con una matrona, Fausta, moglie di Milone).

[48] Ivi 31-35: *Quidam notus homo cum exiret fornice, « macte / virtute esto » inquit sententia dia Catonis, / « nam simul ac venas inflavit taetra libido, / huc iuvenes aequum est descendere, non alienas / permolere uxores ».* Non è dato sapere se l'episodio avvenne durante la censura, ma per verità Catone fu, come è ben

*lex Iulia de adulteriis* [49], essa coglie visibilmente alcune differenziazioni che già dovevano essere ben precise e salde nella società del primo secolo avanti Cristo e sulle quali la *lex Iulia* impiantò poi la sua ben nota regolamentazione dell'adulterio, dello stupro e dell'incesto, tuttora in vigore ai tempi di Ulpiano [50].

Per quanto riguarda le vesti, e piú in generale le fogge adottate dalle donne romane, non vi è dubbio che la mutevolezza e i capricci della moda imperversavano anche a Roma, ma è sicuro che la tripartizione di cui sopra si rifletté sempre, abbastanza chiaramente, nei modi di vestire e di acconciarsi. Anche qui Orazio può esserci di aiuto, senza contare le molte altre fonti [51]. È noto che le donne portarono anch'esse la toga, come gli uomini, solo in quel tempo antichissimo che i germanici chiamano talvolta, la « Olimzeit », il tempo dell'« *olim* » [52]. In tempi « storici » le donne oneste e dabbene se ne astennero, mentre indossavano la toga solo, costrettevi a titolo di punizione, le adultere e, a prescindere da queste, quasi come abito professionale, le prostitute, dette appunto usualmente anche « togate » [53]. Tolta di mezzo la toga, le matrone, oltre che dalle agghindature, dagli anelli, dai monili e, beninteso, dal portamento appunto « matronale », si facevano riconoscere dalla spessa stola bandata di porpora che scendeva loro sino ai piedi e che non permetteva, ahimé, certe analisi essenziali: « *matronae praeter faciem nihil cernere possis, cetera, ni Catia est, demissa veste tegentis* » [54].

noto, spiritualmente censore per tutta la vita. Solo va aggiunto a quanto dice Orazio che successivamente Catone incontrò ancora piú volte quel giovane all'uscita da quel lupanare e alla fine gli disse: « Ragazzo mio ti ho lodato perché tu venissi qui ogni tanto, non perché vi pigliassi casa » (cfr. Porphir. ahl., ps.-Acro ahl.).

[49] La pubblicazione della prima raccolta di satire avvenne negli anni quaranta a. C.: SCHANZ-HOSIUS, *Gesch. d. röm. Literatur* 2[4] (1935) 117 ss.

[50] La materia è estremamente complessa nei particolari, anche per le interferenze tra la *lex Iulia de adulteriis*, la *lex Iulia de maritandis ordinibus* e la *lex Papia Poppaea nuptialis*. Cenni e bibliografia in KASER, *Röm. Privatrecht* 1[2] (1971) 328 s.

[51] Per un cenno: RABER (nt. 2) 46 ss.

[52] Varr. *ap.* Non. 541.2-4: *Olim toga fuit commune vestimentum et diurnum et nocturnum et muliebre et virile.*

[53] Cfr. ad es. Hor. *sat.* 1.2.63 (*retro* nt. 45) e 82.

[54] Hor. *sat.* 1.2.94-95 (quanto a Catia, che qui Orazio eccettua, è chiaro che di matrona aveva poco o nulla e non sorprende la nota di Porfirione ahl.: *Haec autem adeo vilis fuit ut in aede Veneris theatri Pompeiani adulterium cum Valerio Arcisculo commiserit*). Il rispetto portato alle « *feminae stolatae* » implicava, tra l'altro, che

Assai piú dimessamente, ma in modo altrettanto coperto, vestivano le schiave: distinguerle dalle matrone, o almeno dalle matrone altolocate, era dunque facile. Le meretrici, infine, quelle non davano luogo a dubbi. Se non fosse bastata l'insegna della toga, solitamente di tessuto a tinta unita scura, vi era, inequivocabile, la tunica corta, di stoffa trasparente, che, anche in virtú della rinuncia all'imbarazzo del « *mamillare* » e del « *subligar* », insomma degli indumenti piú intimi, fungeva praticamente da vetrina. Appunto della « togata » dice Orazio, non senza ragione, che agli altri vantaggi essa aggiunge quello di « fare l'articolo » senza truccare la merce, esponendo apertamente quel che vende, sí che non ha bisogno di decantare ciò che ha di pregiato, né cerca di nascondere ciò che ha di brutto [55].

Per verità, l'*excursus* non sarebbe completo se non si accennasse a quello che è, quanto meno, un dubbio. Come vestivano le matrone, dunque le donne libere e oneste, della povera gente?

Le fonti romane, giuridiche e non giuridiche, non tacciono davvero la realtà che nella società di cui esse parlano la maggioranza, anzi la grande maggioranza, era fatta di gente umile o addirittura di povera e poverissima gente. Lo fanno con un senso di evidente fastidio verso questa « *sordida plebs* » maleodorante ed eccitabile, a volte addirittura

esse non venissero sottoposte a perquisizioni doganali sulla persona: della quale riguardosa esenzione non mancava, purtroppo, qualcuna che approfittasse. Quintiliano (*declam.* 359) imposta, a questo proposito, il caso di una matrona che, « *cum ad publicanos venisset, ... in sinum abdidit* » le cose da nascondere, opponendo poi ai doganieri l'inviolabilità del suo reggipetto. Tra le questioni che sorgono dalla fattispecie vi è questa: se i publicani, cui è interdetto perquisire le matrone, possano col loro permesso, sempre nella qualità di publicani, gettare uno sguardo sotto le vesti (« *an, quamvis scrutari matronam non liceat, ipsa permittente publicano licuerit?* »).

[55] Ivi 101-103: *Altera* (la meretrice), *nil obstat: Cois tibi paene videre est / ut nudam, ne crure malo, ne sit pede turpi; / metiri possis oculo latus.* Sulla professione v. Ulp. 1 *l. Iul. et Pap.* D. 23.2.43 pr.-3: *Palam quaestum facere dicemus non tantum eam, quae in lupanario se prostituit, verum etiam si qua (ut adsolet) in taberna cauponia vel qua alia pudori suo non parcit. Palam autem sic accipiemus passim, hoc est sine dilectu: non si qua adulteris vel stupratoribus se committit, sed quae vicem prostitutae sustinet. Item quod cum uno et altero pecunia accepta commiscuit, non videtur palam corpore quaestum facere*; Marcell. 26 *dig.* D. 24.2.41 pr.: *Probrum intellegitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent vulgoque quaestum facerent, etiamsi non palam.* Dunque: vi è una prostituzione palese (*palam*) e vi può essere anche una prostituzione clandestina (*etiamsi non palam*), ma il segno caratteristico è dato dalla professionalità, dalla offerta indiscriminata e a pagamento del proprio corpo, nonché dalla subordinazione del piacere al guadagno non occasionale.

esigente e tumultuosa, ma lo fanno [56]. Senonché la povera gente viene solitamente citata e considerata in blocco, come una specie di inevitabile zavorra sociale, senza la benché menoma cura di farci sapere come essa si articolasse, come vivesse, come sentisse e pensasse: il che dipende dal fatto che l'angolo visuale degli scrittori romani, giuridici e non giuridici, anche a causa del rilevante costo della loro preparazione e del loro mestiere, è l'angolo visuale delle famiglie agiate cui appartengono o dei ricchi Mecenati che li proteggono [57]. Non è dalle fonti, dunque, che possiamo apprendere come andassero vestiti o malvestiti o stracciati, in Roma, coloro, intere moltitudini, che, pur potendo dire in astratto « *civis Romanus sum* » come tutti gli altri, erano nella realtà quotidiana nulla piú che « vili meccanici » [58]. Sappiamo solo che tendevano accentuatamente al cencioso e che comunque erano ben lungi dal portare,

[56] Per tutti: Z. YAVETZ, « *Plebs* » *and* « *princeps* » (1969), con bibliografia. Mi limiterò a riferire un significativo brano di Tacito, *hist.* 1.4.3, sulle reazioni provocate in Roma dalla fine di Nerone: « Poco diversa da quella dei senatori era la gioia dei cavalieri di piú alto rango; la parte del popolo integra e legata a casate illustri, i clienti e i liberti di coloro che erano stati condannati o mandati in esilio rinascevano alla speranza; la plebaglia avvezza al circo e ai teatri (*plebs sordida et circo ac theatris sueta*), e cosí pure i peggiori tra gli schiavi e quelli che consumate le proprie sostanze campavano sui vizi di Nerone, erano invece avviliti e tendevano avidamente l'orecchio ad ogni diceria » (sul testo, YAVETZ, *cit.* 142 ss.). Rispetto alla plebaglia anarchica che campava alla giornata la massa dei *clientes* si caratterizzava, nella società di Roma imperiale, non certo per maggiore dignità, ma solo per un vestire piú acconcio: se da un lato i clienti erano costretti a subire ogni sorta di umiliazioni dai loro sprezzanti patroni (« *Duceris planta, velut ictus ab Hercule Cacus, / et ponere foris, si quid temptaveris umquam / hiscere, tamquam habeas tria nomina* » dice al cliente Giovenale, 3.125-127: « sarai accompagnato alla porta, o vi sarai gettato come da Ercole Caco, e sarai messo fuori di casa, se tenterai mai di aprire la bocca su qualcosa, quasi che avessi i *tria nomina* di un nobile »), dall'altro lato essi dovevano ingegnarsi, per mantenere il posto, di vestire dignitosamente e di essere pronti ad indossare la toga quando seguivano in pubblico il patrono (vesti, calzature, toga che spesso tirano addosso al soggetto, per il loro cattivo stato, lazzi smodati, povero cliente costretto anche a rendersi ridicolo, commenta ancora Giovenale, 3.147-153: *nil habet infelix paupertas durius in se, / quam quod ridiculos homines facit*).

[57] Il rilievo, pur facilissimo a farsi, ha cominciato a diffondersi in dottrina solo da pochi decenni: L. BONFANTE WARREN, *Roman Costumes*, in *ANRW.* 1.4 (1973) 584 ss.; KOLB (nt. 41) 242 nt. 17.

[58] A. MANZONI, *I promessi sposi* (ed. 1840) c. IV p. 71: « Nel mezzo, vile meccanico; o ch'io t'insegno una volta come si tratta co' gentiluomini ». La frase, come è noto, viene detta al giovane Lodovico, figlio di modesto negoziante, da un nobiluomo che non intendeva distaccarsi dal muro della strada, malgrado che Lodo-

salvo eccezioni, la toga gli uomini e la stola le donne. È dato presumere, quindi, relativamente a queste ultime, che esse rassomigliassero piú a schiave, ed a schiave alquanto dimesse nel vestire, che non a « matrone » di rango [59]. Onde è ben vero che si porrebbe, ai fini dell'editto « *de adtemptata pudicitia* », il problema della loro riconoscibilità come *matres familiarum*, e non come *ancillae*, se non ci liberasse da questo imbarazzo la convinzione subbiettiva che alle attenzioni dei pappagalli stradali ben raramente esse reagivano ricorrendo al pretore, ma piú spesso replicavano con qualche ben calibrata e sacrosanta parolaccia.

5. — E adesso è il momento di tentare, se possibile, di raccogliere le vele.

Assodato che la passante « *ancillari veste vestita* » è facilmente distinguibile dalla *matrona*, si può ben capire perché colui che la interpelli « *contra bonos mores* » delinque, sí, ma « *minus peccat* ». Non si dica furbescamente che ciò è perché con le serve una certa maggiore licenza è permessa. È invece perché l'*iniuria* arrecata ad una *familia* nella persona di un suo schiavo aveva, per comune riconoscimento della società romana, un calibro sensibilmente minore di quello dell'*iniuria* perpetrata sulla persona del capofamiglia o di un componente libero della stessa. Basti ricordare, a conferma di ciò, che le *XII tabulae*, quando introdussero la punizione con pena fissa per l'ipotesi antigiuridica dell'« *os fractum* », specificarono che la frattura ossea inferta ad un uomo libero si pagasse con la somma di 300 assi e quella inferta ad uno schiavo si pagasse, ovviamente a favore del suo *dominus*, con la somma di soli 150 assi [60].

vico lo rasentasse, venendogli incontro, col lato destro (« e ciò, secondo una consuetudine, gli dava diritto — dove mai si va a ficcare il diritto! — di non istaccarsi dal detto muro, per dar passo a chi fosse »). Per un esplicito divieto di uso della toga da parte dei *peregrini* e dei *dediticii*: Plin. *ep.* 4.11.3; Suet. *Cl.* 15.2 (ma v. anche Marcian. D. 49.14.32).

[59] Vanamente Augusto cercò di imporre l'uso della toga a chi frequentasse il Foro: la massa vi si aggirava in abiti dimessi, tutt'al piú coprendosi col mantello a ruota, la *paenula* (cfr. Suet. *Aug.* 40.5). In queste condizioni la distinzione degli schiavi dai liberi risultava difficile, ma, dice Seneca nel *de clementia* (1.24), meglio cosí, meglio non mettere in evidenza che il numero degli schiavi soverchiava quello dei liberi. La *Historia Augusta* (*Alex. Sev.* 27.1-4) attribuisce ad Alessandro Severo il proposito di introdurre le uniformi tra la popolazione civile di Roma, ma vi si opposero energicamente, essa dice, Ulpiano e Paolo: la distinzione smaccata tra le varie classi e categorie sociali avrebbe suscitato troppe recriminazioni e rivalità.

[60] Cfr. Paul. *sing. et tit. de inuriis* Coll. 2.5.5: *Legitima (actio iniuriarum) ex*

In che cosa si traduceva, sul piano dei provvedimenti, il « *minus peccat* » del disturbatore di una donna vestita da schiava? Prima ancora che in una condanna ridotta, alla cui determinazione avrebbe proceduto in sede di *aestimatio* equitativa il giudice del processo generato dall'esercizio dell'*actio iniuriarum*, esso si traduceva nella « *causae cognitio* » che il pretore si riservava per tali casi con l'editto « *de iniuriis quae servis fiunt* »[61]. In altri termini, il *dominus* offeso (o la *domina*, naturalmente) chiamava in giudizio il disturbatore con l'*actio iniuriarum*, riferendo quest'ultima al « combinato disposto » del cosí detto *edictum* « *de adtemptata pudicitia* » e dell'*edictum* « *de iniuriis quae servis fiunt* »[62], e il pretore, sulla base di una sommaria valutazione del caso, decideva se ammettere o denegare l'azione. Dopo di che, essendo stata l'azione dichiarata ammissibile ed essendosi proceduto alla *litis contestatio*, stava al giudicante privato decidere se condannare ed a quanto.

Collegando direttamente a queste conclusioni il periodo finale, quello in cui si dice che il disturbatore di una donna « *non matronali habitu* » è « dunque » sottoposto all'*actio iniuriarum*, il senso e la connessione del discorso sono, se non vedo male, assolutamente ineccepibili. Dopo aver risolto per il sí il quesito sorto in ordine alla donna « *ancillari veste vestita* », Ulpiano non può non trarre la conseguenza, formulata in termini generali, che viene introdotta con l'« *igitur* ». Ed anzi, forse, questa formulazione generale apre uno spiraglio di soluzione, non so se e quanto realmente intravvista da Ulpiano, al caso della popolana non schiava, ma non vestita propriamente da matrona, né peraltro vestita da meretrice, di cui ho fatto cenno poc'anzi[63]. Sia pure ai fini di una condanna piú limitata, in considerazione dello scusabile errore cui ha esposto il pappagallo stradale, anche la popolana priva di stola, in applicazione diretta dell'editto « *de adtemptata pudicitia* », l'*actio iniuriarum* è in grado di esercitarla.

*lege XII tab.*: « *Qui iniuria alteri fecit, V et XX sestertiorum poenam subito* », *quae lex generalis fuit; fuerunt et speciales, velut illa:* « *Manu fustive si os fregit libero, CCC, (si) servo, CL poenam subit sestertiorum* ».

[61] *Retro* nt. 35.

[62] A questo fine serviva egregiamente la *demonstratio* dello *iudicium iniuriarum*. E si tenga presente, a tale proposito, che il « combinato disposto », di cui si parla nel testo, non va preso alla lettera: non solo perché gli editti del pretore non erano intangibili e inalterabili atti legislativi, ma anche perché il giusdicente aveva tutta la possibilità, in sede cosí detta « decretale », di adeguare il *iudicium* al caso concreto, anche a costo di distaccarlo dallo schema formulare proposto nell'editto.

[63] V. *retro* n. 4.

In tutto questo discorso, peraltro, la meretrice stona. Se essa ha per sua professione quella di eccitare impudicamente i passanti [64], se il suo modo di vestire e di abbigliarsi conferma al di là di ogni dubbio i suoi propositi venali, chi si mette a seguirla passo a passo, chi le rivolge richiami vezzosi, chi allontana da lei l'eventuale accompagnatore (il quale o sarà un altro cliente o sarà, come può anche darsi, il romanesco « magnaccia »), non offende una donna onesta e non cade certo in errore su lei o sulla sua famiglia di appartenenza: si adegua al giuoco provocato dalla meretrice con la sua offerta al pubblico. E non si dica che le matrone romane, nonché compiacersi di acconciature audaci e provocanti, giungessero veramente al punto da uscir di casa in abiti da meretrice. Lo afferma, è vero, Tertulliano [65], ma Tertulliano era uomo di alta moralità, tuttavia di temperamento incline al rigore ed alla veemenza [66]. Sulle sue dichiarazioni io farei un calo. D'altronde, chi si vestisse deliberatamente da meretrice e fosse invece, si fa per dire, una distinta signora non poteva ignorare di correre il rischio di essere trattata da prostituta in istrada, e non era giusto che esercitasse con successo l'*actio iniuriarum* nei confronti del maschio che, tratto in inganno dal suo modo provocante di vestire, le avesse fatto intorno gli svolazzi [67].

Ecco perché sono convinto che Ulpiano, giurista e uomo di mondo, non può aver scritto il periodo « *multo minus, si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissent* ». L'inserzione posteriore di questa nota obbedisce con tutta evidenza ad un'impostazione completamente diversa da quella ulpianea: un'impostazione di stampo, dirò cosí, tertullianesco. Quasi a venire incontro alle escandescenze di

[64] V. *retro* nt. 55.

[65] Tertull. *apolog.* 6.3: *Video et inter matronas atque prostribulas nullum de habitu discrimen relictum.*

[66] Cfr. anche Tertull. *de pallio* 4.9: *At nunc in semetipsas lenocinando, quo planius adeantur, et stolam et supparum* (la sopravveste) *et crepidulum* (il sandalo) *et caliendrum* (la parrucca, o la sciarpa da passare sul capo?), *ipsas quoque iam lecticas et sellas, quis in publico quoque domestice ac secrete habebantur, eieravere.* L'unica osservazione che vien fatto di muovere, a proposito di queste deplorazioni delle immodeste « rinunce » operate dalle donne dei suoi tempi, è che Tertulliano si preoccupa esclusivamente dell'immoralità delle donne di alto bordo.

[67] Messalina, che soleva allontanarsi di notte dal palazzo imperiale per andare a prestar servizio in un bordello, non dava luogo lungo la strada ad equivoci di questo tipo. Giovenale, 6.114-132, nel darci notizia, non si sa quanto attendibile, delle sue sortite notturne, precisa che essa faceva il percorso celando le chiome scure sotto una parrucca bionda e imbacuccandosi in pesanti mantelli.

Tertulliano e compagni nei confronti delle matrone in veste da meretrici, l'interpolatore ha annotato che anche chi insidia una donna in abiti da prostituta è responsabile, sia pure in misura limitatissima, di *iniuria*.

La tesi dell'interpolazione di D. 47.10.15.15, nei limiti del periodo « *multo minus fuissent* », non elimina, peraltro, anche se ne riduce i riferimenti, il problema del significato da attribuire al finale « (*actione*) *iniuriarum tenetur* ». Circa il disturbatore della passante vestita da schiava, in che senso ha affermato Ulpiano che egli è sottoposto all'*actio iniuriarum*, pur se « *minus peccat* »? La risposta è implicita in tutto il discorso che precede. Non è che il disturbatore sia responsabile di *iniuria* se ed in quanto la donna vestita da schiava si riveli essere una matrona [68] e non è nemmeno che la sua responsabilità sussista in questa ipotesi per effetto dell'« *edictum generale* » [69]. La sua responsabilità, come si è visto, è affermata proprio in base all'editto sull'« *appellare* » (e sul resto), in eventuale combinazione con l'editto « *de iniuriis quae servis fiunt* », salvo che si traduce, per effetto del « *minus peccat* », in una condanna ridotta. Il che significa che per il disturbatore di donne in vesti da schiava non è l' « *an* » ad essere posto in discussione, ma il « *quantum* ».

Chi può essere stato l'autore, tanto fantasioso quanto pasticcione, del glossema « *multo minus—fuissent* »? Escluderei Giustiniano, che non aveva il tempo e l'interesse per cosí fatti cincischiamenti. Teodora? [70]

[68] Secondo la tesi, come sappiamo (*retro* n. 2), variamente argomentata dal Raber, dal Pernice e dal Wittmann.

[69] Secondo la tesi, in particolare, del Wittmann: *retro* n. 2.

[70] L'insinuazione (perché solo di insinuazione si tratta) è appigliata a quanto dice Procopio, *Anedoct.* 1-5, 9-15 e *passim*, circa il turbolento passato di attrice e di donna pubblica di Teodora figlia di Acacio. Son cose di cui piú che giustamente fa scandalo, oltre tutto per il gusto plebeo che rivelano, quel grande gentiluomo di E. GIBBON, *Storia della decadenza e caduta dell'Impero romano* (tr. ital. 1967) 1459 ss. (« Dopo aver esaurito le arti del piacere sensuale, con la massima ingratitudine ella si lamentava della parsimonia della natura; ma i suoi lamenti, piaceri e artifici vanno velati nell'oscurità di una lingua dotta ». V. infatti 1460 nt. 4, in cui il passo di Procopio, che documenta le buone ragioni di questo scatto gibboniano, viene riportato cautamente nell'originale greco, che « *non legitur* »). Ma Procopio non sparla altrettanto di Teodora divenuta imperatrice, anzi il comportamento di Teodora, come moglie e consorte d'impero di Giustiniano, fu notoriamente improntato al piú grande rigore morale: cfr., per tutti, B. RABIN, *Das Zeitalter Justinians* 1 (1960) 98 ss. Pertanto, l'idea che Teodora abbia potuto suggerire l'intervento interpolatorio relativo alle meretrici, di cui pur si intendeva, non ha fondamento. È giocoforza ripiegare sul solito lettore postclassico.

# LA SUSSIDIARIETÀ DELL'« ACTIO DE DOLO »

1. — D. 4.3.1.1 (Ulp. 11 *ed.*): *Verba autem edicti talia sunt: « Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, ⟨intra annum, cum primum experiundi potestas fuerit,⟩ iudicium dabo* » (cfr. anche CI. 2.20.2 [Carac. 211] e Ulp. *off. proc.* D. 47.20.3.1; per l'integrazione, Lenel, *EP.*[3] 114 e nt. 15).

Ai problemi della sussidiarietà dell'*actio de dolo* (*ad.*), dal diritto classico al giustinianeo, l'Albanese (*La sussidiarietà dell'« actio de dolo »*, in *AUPA.* 28 [1961] estr. p. 153) oggi dedica una ricerca, che è, come sempre, singolarmente fine, sagace, penetrante, e che si inquadra negli studi da lui precedentemente dedicati alla *lex Aquilia*, al *furtum*, all'*actio servi corrupti.* E i risultati cui egli, contro la dottrina finora dominante, ragionatamente perviene sono, in sintesi, questi: *a*) la portata del principio di sussidiarietà non differiva gran che, nel sistema giustinianeo, da quel che era in diritto preclassico e classico: fu la giurisprudenza classica, in particolare, da un lato a restringere la concessione dell'*ad.* ai soli casi in cui mancasse un qualsiasi altro efficace rimedio a favore della vittima (sia contro l'autore del dolo, che contro il terzo che avesse ricavato il profitto), dall'altro a ritenere concedibile l'azione anche nel caso di dubbio circa l'esistenza di altro rimedio e anche nel caso di insolvenza dell'*alius*; *b*) la ragione della sussidiarietà non va ricercata sul piano sistematico, ma sul piano storico: in un'epoca in cui la nozione di *damnum* andava espandendosi e la nozione di *furtum* andava invece limitandosi, Aquilio Gallo seppe genialmente colmare ogni deprecabile lacuna attraverso l'introduzione di un'*actio* intesa alla repressione dei comportamenti maliziosi non altrimenti sanzionati e sanzionabili. Le due affermazioni, come è evidente, si completano e si giustificano a vicenda, sorrette l'una e l'altra da una indagine critica che, partendo dalla piú attenta esegesi dei singoli testi, si leva ad una suggestiva analisi, quanto mai interessante, di tutto il sistema nella sua complessità. E tuttavia

* In *Labeo* 8 (1962) 270 ss.

qualche dubbio rimane (anzi, piú precisamente, sorge) proprio dall'attenta lettura dell'elegantissimo saggio. Di cui mi propongo perciò, in queste pagine, un tentativo di piú approfondita, pur se succinta, disamina.

2. — Comincerò col dare provvisoriamente per scontato quanto sostiene l'a., nella prima e piú lunga parte del lavoro (p. 10-135), in ordine alla portata del principio di solidarietà. E mi domando: è non pertanto giustificata e soddisfacente la tesi (135 ss.) circa le ragioni della sussidiarietà dell'*ad.*?

Riterrei, francamente, di no. Secondo l'a., Aquilio Gallo avrebbe dato il crisma della sussidiarietà all'*ad.*, in quanto avrebbe contato che questa si applicasse solo in mancanza di « un'altra sistemazione accettabile », e ciò spiegherebbe perché i giureconsulti successivi interpretarono estensivamente il termine *actio* nel senso di rimedio giudiziario (comprensivo dell'*exceptio*, dell'*in integrum restitutio*, dell'*interdictum* ecc.). Ma se proprio Aquilio Gallo avesse ragionato cosí, è ovvio che egli non avrebbe lasciato ai suoi posteri il compito dell'interpretazione estensiva (risolventesi in una applicazione restrittiva dell'*edictum de dolo*), ma li avrebbe preceduti (e non avrebbe potuto farne a meno) esprimendosi in maniera diversa ed evitando il ricorso al limitato termine *actio*. D'altra parte, il fatto (plausibilissimo) che l'*ad.* sia stata introdotta per colmare una lacuna del sistema repressivo romano non mi sembra che spieghi la sua inapplicabilità nelle ipotesi in cui fosse possibile al *deceptus* di ottenere una reintegra patrimoniale con altri mezzi giudiziari (l'*actio furti* non concorreva forse con la *condictio furtiva*?), ma spiega solo la sua (ovvia) inapplicabilità ai casi in cui il comportamento malizioso del soggetto fosse da inquadrare in altra specifica ipotesi di illecito privato.

A mio avviso, la ragione originaria della sussidiarietà dell'*ad.* (e quindi il senso « aquiliano » dell'eccezione « *si alia actio non erit* »), se non fu quella che solitamente si adduce sulla base di Ulp. D. 4.3.1.4 (« *quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni* »: cfr. 136 s.), non fu però neanche quella indicata dall'a. Probabilmente, Aquilio Gallo, conscio del carattere generico della nozione del dolo, consapevole del fatto che il suo era un « *generale edictum* » alla stessa guisa di quello relativo all'*actio iniuriarum*, sottolineò con il « *si alia actio non erit* » la necessità di non ricorrere all'*ad.* quando si potesse ricorrere ad altra azione penale. I giuristi successivi, invece, avendo ormai dinanzi a sé una nozione ben precisata e definita del *dolus* (cfr. al proposito la testimonianza di Ulp. D. 4.3.1.2 circa il pensiero di Servio e di Labeone), utilizzarono l'eccettuazione « *si alia actio non erit* » ad altro scopo, e cioè

allo scopo di impedire, restrittivamente, il ricorso all'*ad.* quando vi fosse altro possibile mezzo di soddisfacimento del *deceptus*. In altri termini, la sussidiarietà dell'*ad.*, nel senso in cui è intesa e spiegata dai giureconsulti dell'età classica avanzata, fu il frutto di una elaborazione successiva all'introduzione dell'*edictum de dolo*.

Quanto ai motivi per cui i giuristi della prima età classica, utilizzando la clausola « *si alia actio non erit* », crearono il principio di sussidiarietà, io non condivido lo scetticismo dell'autore verso le spiegazioni comunemente addotte (in particolare, il carattere infamante dell'azione). Forse l'esplicazione piú plausibile è proprio quella addotta da Ulpiano in D. 4.3.1.4; testo di cui l'a. (136 s.) giustamente difende la sostanziale genuinità, ma poco convincentemente tenta di sminuire la portata giustificativa della sussidiarietà. Vero è che non a tutte le azioni *famosae* venne fatto lo stesso trattamento, ma è anche vero che per le altre azioni infamanti mancò ai giureconsulti l'appiglio della clausola « *si alia actio non erit* ».

3. — Veniamo ora alla portata del principio di sussidiarietà dell'*ad.* Secondo l'a. tutto quanto si legge, in proposito, nelle fonti giustinianee esprime sostanzialmente quello che già fu il pensiero della giurisprudenza classica. Ma anche su questo terreno esiterei, per verità, a seguirlo fino in fondo.

Va premesso che quasi tutti i testi relativi alla questione risultano, per ammissione dello stesso a., ampiamente rimaneggiati. Ciò posto, si tratta veramente di alterazioni formali, e comunque non innovative, come egli animosamente sostiene, o si tratta piuttosto, almeno in parte, di alterazioni sostanziali e innovative?

L'a. cerca di sorreggere la sua tesi essenzialmente con la considerazione che il diritto postclassico-giustinianeo mostra un certo quale disinteresse per l'*ad.*, e comunque non sente piú il problema sollevato dall'incertezza circa l'esistenza di un altro rimedio. Ma, questo può forse valere a giustificare la classicità dell'estensione dell'*ad.* al caso del dubbio circa l'esistenza di un altro rimedio, non anche a giustificare la estensione dell'*ad.* al caso di insolvenza dell'*alius*. Vi osta il fatto, poc'anzi accertato (v. n. 2), che fu proprio la giurisprudenza classica ad applicare restrittivamente l'*edictum*, da un lato creando il principio di sussidiarietà, dall'altro interpretando il termine *actio* nel senso generico di rimedio giudiziario. I giuristi classici andavano, sí, per il concreto, e non è detto che non abbiano ampiamente discusso circa la possibilità di piú estese applicazioni dell'*ad.*, ma sta di fatto che l'indirizzo generale da

essi forgiato era severamente limitativo ed è perciò da presumere, di fronte a testi interpolati, che certe stridenti applicazioni estensive dell'*ad.* non siano state proclamate da loro, ma siano piuttosto dipese da interpretazioni innovative postclassiche, specialmente pregiustinianee.

Ora, pur ammirando l'impegno dialettico posto dall'a. per difenderne la classicità, mi pare veramente strano che i giuristi classici possano aver formulato la regola della concedibilità dell'*ad.* nel caso che l'*alius solvendo non sit*, perché si tratta, oltre tutto, di un principio cerebrino, che presuppone in chi lo ha posto un'assai scarsa sensibilità pratica. Come farà, infatti, il pretore, sia pure in sede di *causae cognitio* particolarmente approfondita, a stabilire che Sempronio, estraneo alla lite di dolo promossa da Tizio contro Caio, è insolvente e insolvibile (sia pure per « notoria insolvenza », cfr. 20), sí che l'*ad.* non va denegata a Tizio? Passi, se la questione è proposta sotto forma di dubbio *an alia actio sit* a favore di Tizio; ma chi si sente di attribuire alla serietà dei giuristi classici (serietà che costituisce una ipotesi di lavoro non disattesa certamente dall'a.) una cosí abnorme (e vorrei dire, obliqua) indagine pretoria?

4. — D'altronde, troppi testi alterati concorrono a rendere vieppiú plausibile la vecchia tesi del Pringsheim (*Snbsidiarität und Insolvenz*, in *ZSS.* 41 [1920] 254 ss.) circa il carattere non classico (anche se non decisamente giustinianeo, direi) della regola in esame. Solo che è arbitrario, almeno a mio avviso, seguire il metodo adottato dall'a., che esamina quei testi separatamente, o tutt'al piú in sequenze palingenetiche per autore (Ulpiano, Paolo, Gaio).

Bisogna tener presente, infatti, un dato essenziale: e cioè che i testi in oggetto (fatta eccezione di Ulp. D. 17.1.8.1) sono fusi, nei *Digesta*, in una « catena » pressoché unitaria, sicché non è audacia affermare che la interpolazione sicuramente sostanziale di alcuni inviti a presumere la interpolazione non soltanto formale degli altri, ed inviti a concludere infine per l'innovazione postclassica. E per rendersene meglio conto, altro non resta che passare rapidamente in rassegna i *loci* interessati, nell'ordine in cui si leggono nei *Digesta*.

(*a*) D. 4.3.1.8 (Ulp. 11 *ed.*): *Non solum autem si adversus eum sit alia actio, adversus quem de dolo quaeritur,*

h.t. 2 (Paul. 11 *ed.*): *vel ab eo res servari poterit.*

h.t. 3 (Ulp. *eod.*): *non habet hoc edictum locum, verum etiamsi adversus alium*

h.t. 4 (Paul. *eod.*): *sit actio, vel si ab alio res mihi servari potest.*

In questa concatenazione di testi si afferma e si sottolinea il prin-

cipio che l'*ad.* non è concedibile se il *deceptor* o l'*alius* possano essere convenuti con altra azione o possano comunque essere astretti alla restituzione del maltolto. I due inserti di Paolo sono stati evidentemente operati da mano postclassica (meno mi convince l'idea che in questo lavoro di tarsia possano essersi indugiati addirittura i compilatori): ad ogni modo, non può non convenirsi con l'a. (38 ss.) che essi siano sostanzialmente genuini. Nulla, peraltro, autorizza l'a. ad affermare che l'accenno paolino al *res servari posse* implichi adesione alla pretesa dottrina pomponiana sulla concedibiltà dell'*ad.* in caso di insolvenza dell'*alius*. I due frammentini non hanno alcun valore, né probatorio né indiziario.

(*b*) D. 4.3.5 (Ulp. *eod.*): *Ideoque si quis pupillus a Titio tutore auctore conludente circumscriptus sit, non debere eum de dolo actionem adversus Titium habere, cum habeat tutelae actionem, per quam consequatur quod sua intersit. Plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit de dolo actionem dari ei.*

L'a. (16 ss.) non nega gli indizi specifici di rimaneggiamento del tratto *plane rell.*, ma li qualifica validi solo a diagnosticare una interpolazione formale. Per mio conto, la diagnosi non può che dipendere da una valutazione della forma infinitiva del tratto precedente. Piuttosto che pensare alla scomparsa del reggente *ait* riferito ad un qualche giurista preulpianeo, mi sembra che il periodo presupponga un implicito *Ulpianus ait* e che esso sia, dunque, scaturito dal sunto di un lettore postclassico (il che è confermato dal grossolano *non debere eum de dolo actionem habere*, che il Beseler [*Beitr.* 4.86] proponeva di correggere in *non debere ei de dolo actionem dari*). Non mi pare, dunque, che possa parlarsi di una « rielaborazione formale compilatoria . . . al fine di sopprimere riferimenti giurisprudenziali »: l'affermazione non può convincere chi badi al fatto che, prima e dopo, le citazioni di altri giuristi (Labeone, Pomponio) sono state lasciate intatte da Triboniano. Vero è invece che il testo giunse già alterato, sino ad *intersit*, ai compilatori e che di esso il tratto *plane—ei*, che è stilato in forma diretta, evidentemente non faceva parte. Pertanto *plane—ei* costituisce una giunta innovativa (vuoi dei compilatori, vuoi di precedenti studiosi postclassici, come tendo a ritenere) ad un dettato che era sostanzialmente e formalmente concluso col *quod sua intersit*.

(*c*) D. 4.3.6 (Gai. 4 *ed prov.*): *Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est.*

Il testo ha, nella sua posizione attuale, un indiscutibile valore confermativo del *plane rell.* del precedente fr. 5. Giustamente l'a. (40 ss.) svalorizza i molteplici attacchi che sono stati mossi ad esso, prevalentemente sulla base di rilievi formali. Anche se è esagerato affermare che

il frammento « appare scritto in un ottimo latino », deve convenirsi che l'alterazione del contesto non è probabile: addirittura assurda è la tesi del Longo G. (*Contributi alla dottrina del dolo* [1937] 160) che il brano sia stato integralmente falsificato, *inscriptio* compresa, dai compilatori. Ma, posto che il *nam* iniziale sia un « aggancio compilatorio » (come afferma l'a., 42), è sicuro che il riferimento originario (e genuino) del brano sia stato alla ipotesi che l'*alius solvendo non sit*? L'interrogativo è legittimo, e la risposta (almeno in termini di probabilità) dipenderà dalle conclusioni di tutto il nostro discorso.

(*d*) D. 4.3.7 pr. (Ulp. 11 *ed.*): *Et eleganter Pomponius haec verba « si alia actio non sit » sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem res pertinet salva esse non poterit. rell.*

Tralasciando di seguire l'a. (21 ss.) nella complessa (e per vero piuttosto rischiosa) esegesi della parte non trascritta, mi limiterò ad osservare che, nel brano in esame (cioè in quello che riguarda il nostro argomento), è arbitrario vedere un implicito riferimento anche alla concedibilità dell'*ad.*, « ove il rimedio contro il terzo si profili in partenza come inefficace per la notoria insolvenza di lui ». Il riferimento è ammissibile solo se si dà per ammesso il principio di cui l'a. sostiene (ma ancora non dimostra, almeno a questo punto) la classicità; ma, senza dimostrazione adeguata, il principio non può essere dato per ammesso, ragione per cui il riferimento non è ammissibile. Questo per non parlare dell'azione di ammorbidimento esercitata dal *quasi* di Pomponio e dall'*eleganter* di Ulpiano (cfr. Philonenko, *Elegantia*, in *St. De Francisci* 2 [1956] 513 ss.), che indeboliscono assai il valore indicativo e allusivo del testo.

(*e*) Non riguardano (o non sembrano riguardare) il principio *si solvendo non sit* i §§ 1 e 2 di D. 4.3.7. Lo stesso è a dirsi per il § 3 (in cui si introduce il discorso circa la concedibilità dell'*ad.*, *si dubitetur an alia actio sit*). L'a. (48 ss.) riconosce invece sostanzialmente alterati i §§ 6 e 8, che contengono allusioni al principio in discussione: « che questa circostanza si dia è fatale, data la gran massa di alterazioni subite dai testi del Digesto ». Ma era il caso di alterare dei testi per sfondare una porta già aperta sin dall'epoca classica?

(*f*) D. 4.3.7.9 (Ulp. *eod.*): *Si dolo malo procurator passus sit vincere adversarium meum, ut absolveretur, an de dolo actio adversus eum qui vicit competat, potest quaeri. et puto non competere, si paratus sit reus transferre iudicium sub exceptione hac: « si collusum est »: alioquin de dolo actio erit danda, scilicet si cum procuratore agi non possit, quia non esset solvendo.*

Anche l'a. (45 ss.) dubita della genuinità del testo, sopra tutto perché non si inquadra nel discorso aperto col fr. 7.3, in cui si enuncia il principio labeoniano circa la concedibilità dell'*ad. si dubitetur an alia actio sit* (« il testo attuale, certamente connesso . . . con tale questione, non mostra tracce di un possibile dubbio sulla pertinenza delle *aliae actiones* »); tuttavia, non vi sarebbero ragioni per credere ad una interpolazione sostanziale, tanto piú che il contenuto sembra confermato da D. 17.1.8.1. Ma lasciamo per ora da parte questo secondo brano e fermiamoci al fr. 7.9. Anche a prescindere da facili rilievi formali (cfr. Pringsheim, *cit.* 260), esso è altamente sospetto. Il rappresentante processuale di A ha lasciato assolvere, *dolo malo*, B: sorge il problema (*potest quaeri*) se ad A spetti l'*ad.* contro B; e il testo afferma che l'*ad.* non spetta ad A se B è disposto ad una *translatio sub exceptione « si collusum est »*, mentre in caso contrario gli spetta, « beninteso (*scilicet*) ove A non possa esercitare l'*actio mandati* contro il rappresentante processuale perché insolvibile ». Solitamente (cfr. Mayer - Maly, *Collusio im Zivilprozess*, in *ZSS.* 71 [1954] 251 s.), si interpreta il brano nel senso che vi sia stata *collusio* tra il *procurator* e B, ma si noti che Ulpiano non parla di *collusio* o di *praevaricatio*, bensí di un *procurator* che *dolo malo* non si oppone alle difese del convenuto, lasciando che venga assolto; a termini di interpretazione letterale, l'autore del dolo sembrerebbe il *procurator* (di cui A sarebbe, pertanto, la vittima), ma se cosí fosse, non vi sarebbe ragione di domandarsi se spetti l'*ad.* contro B, estraneo alla *machinatio*; dunque, è evidente che l'autore del dolo è B e che la vittima delle sue male arti è stato il *procurator* di A. Si spiega allora la *ratio dubitandi* (*an de dolo actio . . . competat, potest quaeri*): essa discende dal dubbio che ad A non spetti, in linea principale, l'*actio mandati* contro il *procurator*, che in fin dei conti è un *deceptus*. E giustamente Ulpiano risolve il dubbio negativamente (*et puto non competere*), mentre le limitazioni e i distinguo che seguono sono opera di un lettore postclassico, cui invece è parso che tra *procurator* e B vi fosse stata *collusio* e cui quindi è sfuggito il perché potesse dubitarsi della concedibilità dell'*actio mandati* contro il *procurator*.

(*g*) D. 4.3.8 (Gai. 4 *ed. prov.*): *Quod si cum scires eum* (sc.: *qui mutuam pecuniam rogavit*) *facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est.*

A induce maliziosamente B a contrattare con C, ben sapendo *eum facultatibus labi*: meritamente B potrà esercitare l'*ad.* contro A. Secondo l'a. (43 ss.) questo dipende dal fatto che C è insolvente, ed è vero.

Ma, si badi bene, C non è un *alius* contro cui si possa esperire l'azione contrattuale (rispetto a cui l'*ad.* è sussidiaria): C è un *alius* contro cui è stata inutilmente esperita da B l'azione contrattuale, sicché appunto per ciò è venuto alla luce il dolo di A. Lungi dal ritenere che l'*ad.* sia esperibile pur quando esista altra azione, a patto che il soggetto passivo di quest'ultima sia insolvibile, Gaio insegna che non è il caso di parlare di *alia actio*, precludendo l'esperimento dell'*ad.*, quando il dolo di A abbia messo B in condizione di esercitare un'azione a vuoto contro C. E si chiarisce finalmente, a questo punto, il senso genuino del brano riportato nel fr. 6: *nam is* (cioè B) *nullam videtur actionem habere, cui, propter inopiam adversarii* (cioè C) *inanis actio est.*

(*b*) D. 4.3.9.3 (Ulp. 11 *ed.*): *Labeo libro trigensimo septimo posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos deiudicetur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. Sed Pomponius libro vicensimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo. quae distinctio vera esse videtur.*

Non è questo il luogo per seguire da vicino l'a. (85 ss.) nella sua complessa (e direi alquanto esasperata) critica del testo. A mio avviso, non vi sono seri motivi per negare che *Tu*, trovandosi a contestare del proprio olio con Tizio, ha eseguito presso Seio (evidentemente, col consenso di Tizio) una specie di *depositio in sequestrem* con mandato ad alienare la deperibile merce ed a conservarne il prezzo sinché la lite sia risolta. Di fronte alla riluttanza di Tizio ad *accipere iudicium*, *Tu* (attore nella controversia) si trova a mal partito, in quanto che la *condicio depositionis* non si è verificata e pertanto egli non è in grado di convenire Seio né con l'*actio mandati* (nell'ipotesi che l'olio sia stato già convertito in danaro), né con l'*actio sequestraria*, o comunque essa si chiami (nell'ipotesi che l'olio non sia stato ancora venduto). Data la inesistenza di *alia actio*, Labeone riteneva esperibile da *Tu* l'*ad.*, a differenza di Pomponio, che riteneva possibile un'*alia actio* ancora, l'*actio in factum* da *do ut facias*. Per verità, poco si capisce come mai Pomponio dichiarasse esperibile l'*actio in factum*, visto che sussisteva tuttora la difficoltà della *condicio depositionis non impleta*. A questo punto il testo è visibilmente guasto: forse Pomponio precisava che non sarebbe mai stato il caso di pensare ad un'*actio mandati* o ad un'*actio in sequestrem*, ma sarebbe stato piuttosto il caso di pensare ad un'*actio in factum*. Comun-

que, il Pringsheim ha perfettamente ragione quando denuncia il carattere chiaramente insiticio del finale *vel si is solvendo non sit rell.* e della cerebrina *distinctio* che ne scaturisce: infatti il problema, sia per Labeone, che per Pomponio, che per Ulpiano, è tutto e solo imperniato sulla esistenza o meno di un'*alia actio*, che impedisca il ricorso all'*ad.* contro Tizio.

(*i*) D. 17.1.8.1 (Ulp. 31 *ed.*): *Sed etsi per collusionem procuratoris absolutus sit adversarius, mandati eum teneri: sed si solvendo non sit, tunc de dolo actionem adversus reum, qui per collusionem absolutus sit, dandam ait.*

È vano tentar di sostenere l'interpolazione del passo sulla base di indizi locali, che indubbiamente sono insufficienti. Ben rileva, inoltre, l'a. (45 ss.) che sminuisce i sospetti di interpolazione il fatto che il frammento è fuori della *sedes materiae* (D. 4.3); al che va aggiunto, per buona misura, che il frammento è di massa sabiniana, mentre gli altri finora esaminati (e in particolare D. 4.3.7.9) sono di massa edittale. Tuttavia, a questo punto del nostro discorso non possono e non debbono essere sottovalutate due circostanze: *a*) che l'elaborazione postclassica relativa all'*is qui solvendo non est* è visibile, in D. 4.3.5+7 pr.+7.6+7.8+7.9+9.3, ad occhio nudo ed è tutta relativa ad un brano del libro 11 *ad edictum* di Ulpiano; *b*) che lo spunto per il malinteso postclassico può essere derivato, come sta a dimostrare D. 4.3.6+8, dal principio indubbiamente classico per cui non si considerava titolare di *alia actio* la vittima del dolo che, essendo stato indotto ad una certa contrattazione, avesse inutilmente esperito l'azione contrattuale. Onde è legittimo il sospetto che un annotatore dei *libri ad edictum* di Ulpiano, avendo riscontrato nel libro 11 il rilievo dato all'ipotesi dell'*alius* che *solvendo non sit* (e forse anche, avendo interpretato il passo di D. 4.3.7.9 nel senso che vi si parlasse della *praevaricatio* di un rappresentante processuale), abbia diligentemente riportato il principio a margine di un passo del libro 31 *ad edictum*, relativo ad un caso indubbio di *praevaricatio* del *procurator* (o chi per lui). Il sospetto di interpolazione di *sed si solvendo non sit rell.* in D. 17.1.8.1 è accresciuto dal fatto che il verbo reggente, *ait*, è senza soggetto: piuttosto che alla cancellazione o alla caduta del nome di qualche giurista precedente (per esempio, Labeone, citato in D. 17.1.8 pr.), potrebbe pensarsi al soggetto implicito (ovvio, per l'annotatore marginale) *Ulpianus*. Che l'interpolazione di D. 17.1.8.1 sia tribonianea è reso poco probabile dalla rilevata diversità delle masse. Senza prendere posizione sulla tesi ultimamente difesa dal Wieacker (*Textstufen klassischer Juristen* [1960] 221 ss.), la nostra ipotesi con-

ferma la forte rielaborazione cui fu sottoposto in età postclassica e pregiustinianea il commentario edittale di Ulpiano.

5. — Ad ogni modo, quel che è veramente importante, per poter apprezzare a pieno l'impostazione della giurisprudenza classica, è l'accettazione e l'elaborazione del principio labeoniano per cui l'*ad.* va concessa *et si dubitetur an alia actio sit*: il che l'a. (62 ss.) pone in luce con acutissime (anche se non sempre del tutto convincenti) esegesi. Chi tenga presente quanto si è sostenuto dianzi (n. 2), e cioè che l'inammissibilità dell'*ad.* quando vi sia altra possibilità di rivalsa per il *deceptus* è frutto di una interpretazione giurisprudenziale della clausola edittale *si alia actio non sit*, sarà facilitato a comprendere il perché della tendenza classica all'*in dubio pro ad.*: la sussidiarietà dell'*ad.*, non stabilita espressamente dall'editto, piú che una ferma regola, era un orientamento generale, passibile, entro certi limiti, di molteplici deviazioni. La troppo rigida applicazione del principio di sussidiarietà si sarebbe risolta in una negazione di quelle esigenze equitative, cui aveva obbedito Aquilio Gallo nell'emanare l'*edictum de dolo.*

# LA TRADIZIONE GLOBALE

1. — « In un'esigenza di considerazione e rispetto della tradizione nella sua globalità » (217), Salvatore Tondo ha ripreso in esame i tormentati testi relativi all'antichissimo *consortium* (*fratrum suorum* e *ad exemplum fratrum suorum*), cercando di spiegarli per quel che lasciano intuire sul piano esegetico e linguistico e passando poi ad illustrare la funzione dell'istituto in relazione all'assetto originario di Roma tal quale è rappresentato dalla tradizione canonica e per essa, principalmente, da Dionigi di Alicarnasso, da Livio e da Plutarco [1].

Piú ancora della rilevante novità delle tesi sostenute dal Tondo, invogliano ad una breve discussione la finezza di molti argomenti e, naturalmente, l'assunto metodico relativo alla credibilità ad oltranza del racconto tradizionale sull'età regia. Assunto che io notoriamente non condivido [2], ma che, in ogni caso, non sembra affatto irrobustito, mi pare, dagli sforzi che l'a. compie in questo suo studio per difenderlo.

2. — Il traguardo di partenza del Tondo è costituito dalla lettura in Gai 3.154*a* (*PSI.* 11.1182) di *consortium* « *ercto non cito* » (in luogo di « *erctum non citum* », come sostenuto dal primo editore, V. Arangio-Ruiz) e dalla tesi che « *ercto non cito* » sia (non dativo di scopo, ma) ablativo assoluto (137-139): due punti su cui ormai la dottrina può dirsi largamente concorde. Ma « *erctum non citum* » non significa, come dice facilisticamente Gaio, « *dominium non divisum* » e nemmeno equivale, come sostengono molti interpreti contemporanei, a « *divisio non provocata* » (139-145): le espressioni « *erctus citus* » e « *erctum citumque* », che sembrano suffragare questa seconda interpretazione, non rispecchiano, nei testi in cui appaiono (145-151), un « uso linguistico

* In *Labeo* 23 (1977) 216 ss.

[1] TONDO S., *Il consorzio domestico nella Roma antica*, estr. da *Atti e Mem. Accad. toscana « La Colombaria »* (Firenze 1975) 131-218.

[2] GUARINO, *La rivoluzione della plebe* (1975) 25 ss. e *passim*.

reale », ma sono il frutto di speculazioni grammaticali « costruite in via di mera postulazione teorica ». Nel linguaggio reale (almeno per come lo postula teoricamente l'a.: 151-170) « *erctum* » (cfr. *hercisci*) stava a significare certamente il dividere o il diviso, ma « *citum* » (cfr. *ciere*) stava a significare ciò che è (e può essere) messo in movimento, vale a dire ciò che è mobile: per esempio, nel gioco della dama il blocco, l'immobilizzazione del pezzo avversario si esprimeva con la frase « *ad incitas* (*calces*) *redigere* ». E allora non era l'« *erctum* » l'oggetto dell'azione omissiva rappresentata da « *non cito* », ma era il « *non citum* » l'oggetto di « *ercto* »: il che significa che « *ercto non cito* » qualificava il *consortium fratrum* in relazione alla divisione delle cose non mobili. E siccome qualcuno potrebbe essere indotto superficialmente a pensare che il consorzio si basasse sul presupposto di un'avvenuta, pregressa divisione degli immobili, riducendosi alla comunione dei beni mobili dei consorti, il Tondo precisa, sintassi latina alla mano (cfr. 168 nt. 1, 169 e nt. 2), che, se l'instaurazione del consorzio « era conseguenza automatica della comune successione . . . ne segue che *ercto*, in quanto parte integrante d'un costrutto all'abl. ass., non poteva essere stato adoperato nel senso d'un part. pass., che avrebbe designato la dipendenza della situazione consortile da un presupposto ulteriore, bensí, sull'esempio di *non cito*, in quello d'un agg. verb., tale cioè da esprimere l'aspetto della possibilità ». Insomma (169 s.), era giuridicamente irrilevante che gli immobili fossero divisi o meno, e questo appunto specificava in funzione riduttiva l'« *ercto non cito* » (nel senso di « essendo divisibile ciò che non è mobile »): il *consortium* si limitava, essenzialmente, « ai soli semoventi (*familia*) e mobili (*pecunia*) ».

Prima di fermarci sulla nozione originaria di *familia* e di *pecunia* e prima di chiederci perché dal *consortium fratrum* fossero esclusi gli immobili, vediamo, per completare il quadro generale, in che cosa consistesse, a mente del Tondo, il consorzio imitativo. Si trattò (190 ss.) di un consorzio avente gli stessi oggetti di quello tra i *fratres* (dunque, *familia* e *pecunia*), ma costituito tra i *ceteri heredes*, cioè fra gli *heredes extranei*, e databile nei suoi inizi in epoca non antichissima, ma comunque predecemvirale. La *legis actio apud praetorem* (Gai 3.154*b*) sarebbe stata resa necessaria dal fatto che questi eredi (o meglio, coeredi) acquistavano in comunione l'*hereditas* mediante l'accettazione, ma rimanevano tuttavia « titolari in proprio dei rispettivi patrimonî originarî » (196): per poter creare, ad imitazione degli *heredes sui*, il consorzio dei mobili (sia ereditarî che personali) ad essi spettanti, era richiesto l'intervento costitutivo del *praetor* giusdicente, le cui funzioni

giurisdizionali risulterebbero attestate dalle Dodici tavole (*tab.* 12.3) ed avrebbero preso consistenza costituzionale, presumibilmente, ben prima del 367, anzi anche prima del 449.

3. — Poche parole in ordine all'ipotesi relativa al *consortium ad exemplum fratrum suorum*, non senza aver avvertito che vi è forse parecchio da dubitare proprio del rispetto, in questo senso, della globalità della tradizione da parte dell'autore.

La globalità della tradizione, direi, è nel senso, sino a prova contraria, che l'accettazione da parte degli *heredes extranei* determinava (*iure civili*) anche in età predecemvirale la confusione del loro patrimonio con quello del *de cuius* [3] e che appunto per questo, ad accettazione avvenuta, la cd. *in iure cessio hereditatis* non implicò mai la cessione dell'eredità nel suo insieme [4]. D'altra parte, pur ammettendo di buon grado che il consorzio imitativo sia venuto in uso già nel sec. V a. C. (ma senza per ciò dover ipotizzare inverosimilmente che il *praetor*, cioè il comandante dell'*exercitus centuriatus*, abbia avuto sin da allora competenze specifiche e circoscritte di *praetor urbanus* avanti lettera) [5], osserverei che la riduzione dei *consortes* « *ad exemplum* » ai soli *heredes extranei* non sia giustificata dalla lettura di Gaio, il quale parla genericamente di tutti gli « *alii . . . qui volebant eandem habere societatem* » [6], e tanto meno sia incoraggiata dal lungo richiamo analogico (199 ss.) alla comunione dei beni implicata dalla società sapienziale dei pitagorici, dal momento che questa era una società aperta a tutti, senza eccezioni, coloro che volessero aderirvi e che fossero in grado di superare le difficili prove richieste per la fase del noviziato [7].

Ma il tema del consorzio imitativo (e di piú tarda creazione) è, tutto sommato, un fuor d'opera nella dimostrazione dell'a., la quale ha per sua vera e profonda ragion d'essere la struttura originaria, ben anteriore nel tempo, del consorzio degli *heredes sui*.

4. — Vediamo di capire, ciò posto, per quali motivi, e sopra tutto in base a quali argomenti, si dovrebbe ritenere che il consorzio dome-

[3] Cfr. ad es., Gai 2.163.
[4] Cfr. Gai 3.85-86.
[5] In questo senso: GUARINO (nt. 2) 230 ss. e *passim*.
[6] Cfr. Gai 3.154 *a* in principio.
[7] Cfr. Gell. 1.9.1 ss.

stico (quello dei *fratres sui heredes*) fosse limitato, almeno in età regia, ai beni semoventi e mobili.

I motivi, per verità, si intuiscono poco. In una società primordiale, essenzialmente agricola (cfr. D.H. 2.9.1), non aveva senso mettere in comune, sottraendoli alla divisione, i beni mobili (beni essenzialmente destinati all'agricoltura, salvo usi limitati ai fini dell'artigianato e del commercio) senza tenere in comune anche e principalmente gli immobili (e tra questi le terre e, tra le terre, i pascoli), cioè i beni cui i mobili servivano per la produzione del reddito (caso dell'agricoltura in senso proprio) o che, sempre per la produzione del reddito, servivano ai mobili (in particolare agli animali da pascolo).

Al Tondo sembra, peraltro (206 ss.), che « *ab antiquo*, ben prima delle XII tavole, il principio della divisibilità del patrimonio ereditario dovesse essere connaturato al regime stesso della *familia* », il che sarebbe indiziato dagli sviluppi dell'onomastica (209 ss.): *stat pro ratione voluntas*, dunque. Ma, se ciò fosse vero (e tralascio di addentrarmi in una discussione superiore alle mie capacità)[8], ne conseguirebbe che andavano precipitosamente divisi non solo gli immobili, ma anche i mobili (gli uni e gli altri facendo parte del patrimonio ereditario), con conseguenze perverse circa la possibilità di tenere in comunione indefinita i beni mobili (rientrando anch'essi, ripeto, nell'unico contesto *hereditas*).

Comunque, che importano i motivi (i quali possono essere anche al di là delle nostre facoltà di comprensione di uomini moderni), se, a prescindere dall'indizio, per vero controproducente, fornito dall'onomastica, vi sono gli argomenti testuali e lessicali? Limitiamoci allora agli argomenti.

5. — Gli argomenti, in riassunto, son questi. Primo (151 ss.): è ben vero che le *XII tabulae* e i testi giuridici posteriori indicano con « *familia pecuniaque* » l'intero patrimonio ereditario (comprensivo degli immobili), ma Gell. 1.12 (il testo che accosta per analogia alla società dei pitagorici il primordiale consorzio domestico di *familia* e *pecunia*) ha sapore di antico (di molto piú antico, nel riferimento lessicale, del senso stesso, quello di patrimonio anche immobiliare, che attribuisce a *familia pecuniaque*), quindi va letto nella rigida etimologia delle pa-

[8] Per il mio punto di vista: GUARINO, *Storia di cose e storia di parole*, in *Le origini quiritarie* (1973) 33 ss.

role che riporta: « *familia* » (cfr. Paul. Fest. 77.11) vi indica gli schiavi e i servitori in genere, « *pecunia* » vi indica il danaro. Secondo (170 ss.): nella Roma romulea (di cui l'a. accetta in pieno la ripartizione minuziosamente descritta da Dionigi di Alicarnasso, giungendo per suo conto alla conclusione che le 30 curie fossero costituite da 300 famiglie plebee, ciascuna assegnataria di due iugeri di terra) la proprietà immobiliare non era trasferibile per atto tra vivi (la *mancipatio* essendo in origine relativa solo a cose mobili), né era trasmissibile per testamento (la *mancipatio familiae pecuniaeque* essendo relativa a schiavi e *pecunia*), ma poteva trasmettersi solo *ab intestato*, sicché non è pensabile che i consorti ne potessero disporre, cosí come invece disponevano della proprietà mobiliare. Terzo (p. 188 ss.): dato che anche un solo consorte (« *vel unus* », dice Gaio) poteva manomettere lo schiavo comune (e acquistare a tutti in comune uno schiavo), il regime originario del consorzio era talmente soggetto a variazioni e ad impennate dei singoli consorti che, se fosse stato applicato anche alla proprietà immobiliare, avrebbe letteralmente sconvolto l'economia agraria, bisognosa per sua natura di molta stabilità.

A prescindere dall'omaggio sincero che va reso ad uno spiegamento di cultura e di fantasia del quale solo in minima parte i cenni che precedono hanno reso l'idea, siamo di fronte, se non erro, ad arbítri interpretativi ed a petizioni di principio che non possono essere facilmente condivisi.

Rispetto ad una documentazione concorde circa il senso di patrimonio sia mobiliare che immobiliare attribuito a *familia pecuniaque*, come si fa a dire che quel senso è superato dall'etimologia dei termini? Quanto all'etimologia dei due termini, non è arbitrario credere pienamente in Paul. Fest. 77.11 per « *familia* » (ridotta ai soli schiavi) e rifiutare recisamente Paul. Fest. 21.10 (e Fest. 232.28, e Varr. *l.L.* 5.92 ed altri) in relazione a « *pecunia* »? E la dimostrazione etimologica, che riduce la *familia* ai *servi* (e collaboratori domestici) e la *pecunia* al danaro, non contrasta riduttivamente con l'affermazione, piú volte altrove fatta, per cui la *familia* era costituita dai semoventi e la *pecunia* era formata dagli altri beni mobili? E non costituisce una petizione di principio il sostenere (lasciando qui da parte ogni altra discussione in proposito) che gli immobili non fossero trasmissibili per testamento (o comunque si voglia chiamarlo) perché la *mancipatio familiae pecuniaeque* si riferiva (*quod est demonstrandum*) ai soli beni mobili? E se fosse vero che il regime del consorzio domestico si traduceva spesso nel capriccio operativo di un qualunque consorte (cui gli altri non avrebbero

avuto, secondo il Tondo, alcuna possibilità di opporsi), non sarebbe stata una pazzia mettersi in consorzio tra i fratelli sia pur limitatamente ai mobili?

6. — Le obbiezioni ora formulate sono le prime e le piú spontanee che vengono alla mente, ma potrebbero essere facilmente seguite da altre.

« *Familia* » proverrà pure dall'osco « *famel* » (schiavo), ma con ciò è stabilita l'origine del nome, non l'origine della cosa. A prescindere che della *familia* hanno fatto sempre parte in primissimo luogo i figli, in età regia gli schiavi furono un fatto troppo raro e addirittura eccezionale per potersi pensare ragionevolmente che abbiano formato una categoria economico-patrimoniale a sé stante, nucleo primigenio di quella categoria assai piú vasta che risulta essere stata la *familia* in tempi successivi.

« *Pecunia* » proverrà pure dall'immagine del *pecus* impressa sulle monete serviane (cfr. ad es. Plin. 18.12), ma con ciò è stabilita l'origine del termine designante il danaro, non è stabilito che cosa fosse la *pecunia* prima di Servio Tullio, cioè ai tempi di Romolo e dei suoi immediati successori, cui il Tondo riporta le origini del consorzio domestico relativo a *familia* e a *pecunia*.

Dato (e non concesso) che ab antiquo la *familia* fosse costituita dagli schiavi e la *pecunia* dall'*aes signatum* (o magari dall'*aes rude*, comunque dal mezzo di scambio cui diamo comunemente il nome di danaro), si domanda che ne fosse di quelle importantissime cose mobili (gli *animalia quae collo dorsove domantur*) che in età storica erano incluse, esclusivamente in omaggio ad una tradizione non piú sentita come apprezzabile, tra le *res mancipi* (unitamente agli schiavi ed ai fondi). Essendo mobili, erano mancipabili come tutte le cose consortili, ma, non essendo schiavi o danaro, nel consorzio non rientravano, né d'altra parte rientravano (a meno che non ne fossero considerate pertinenze) tra gli immobili.

Il problema (anche a costo di dire che la domatura degli animali non era ancora entrata in uso, oppure che gli animali da soma e da basto erano assimilati, in quanto semoventi, agli schiavi) non doveva essere, penso, trascurato. Né doveva essere trascurato (mettendo che davvero i fondi non fossero trasferibili *inter vivos*, né trasmissibili per disposizione di ultima volontà) il problema dell'*usus* e dell'*usucapio pro herede* come modi di acquisizione dei fondi, rispettivamente, *inter vivos* e *mortis causa*.

7. — Il fatto è che dobbiamo essere tutti pienamente d'accordo nel non disprezzare aprioristicamente la tradizione, ma dovremmo essere tutti altrettanto d'accordo nel non sottilizzare oltre misura per secondare le molte ed inspiegabili stranezze che la tradizione talvolta ci pone davanti. Tanto meno (l'ho detto altra volta) dobbiamo pienamente affidarci, per integrare o correggere la tradizione, alla sola storia delle parole, spesso dando a queste ultime il valore di definizioni, anzi addirittura di definizioni esatte.

La tradizione romana, che oltre tutto ci giunge attraverso il filtro deformante delle visibilissime acrobazie di ragionamento compiute da annalisti e storiografi antichi (Dionigi di Alicarnasso alla testa), è solo uno degli elementi (certamente tra i piú importanti) che occorre tenere sott'occhio ai fini di una corretta ricostruzione storica. Ma poi occorre guardare a tutto il resto che ci risulta dei tempi e, in ogni caso, bisogna leggerla, quella tradizione, con occhio critico, come Dionigi di Alicarnasso ben poco faceva, ma Tito Livio, diciamo la verità, spesso e volentieri fa intendere di essere egli stesso incline a fare e, tra le righe, talvolta anche fa.

Tutto ciò lo ha detto Niebuhr, sia pure. Niebuhr è « datato », sia pure anche questo. Ma non si vede (o almeno non si vede ancora) perché il degno storiografo debba essere messo all'Indice, o debba considerarsi caduto in prescrizione.

# NOTE SUL TESTAMENTO SEGRETO ROMANO

1. — È fuori discussione che il *testamentum* del diritto giustinianeo potesse essere segreto, cioè sottratto dal testatore alla conoscenza di chicchessia. Lo afferma per esplicito CI. 6.23.21, che riporta in argomento una costituzione di Teodosio II e Valentiniano III e dimostra con ciò, sino a prova contraria, che il principio fu introdotto sul piano normativo solo nel 439 [1]. Tuttavia la dottrina sostiene largamente che segreto fosse, o almeno potesse essere reso, anche il *testamentum per aes et libram* del diritto classico. Nel senso piú rigoroso è l'Arangio-Ruiz [2], che dalla presunta segretezza del testamento librale trae argomento per la sua tesi circa il carattere dispositivo della scrittura [3]; nel

* In *ANA.* 79 (1968) 49 ss.

[1] La costituzione è pubblicata, nel testo integrale (cfr. invece, per il testo di CI. 6.23.21, *infra* nt. 59), da Nov. Theod. 16 (del 12 settembre 439, Costantinopoli). La sua estensione all'Occidente fu operata da Nov. Val. 26, del 3 giugno 448: sul punto, da ultimo, Voci, *Testamento pretorio*, in *Labeo* 12 (1967) 336 s. I punti che interessano l'argomento del testamento segreto sono il pr. e il § 1 della costituzione riprodotta in CI. (= § 2-3 della Nov. Theod.). Chi faccia testamento scritto, e intenda che nessuno ne conosca il contenuto, può esibire ai testimoni, in numero di sette, *signatam vel tantum clausam involutamque scripturam*, affermando che si tratta del suo testamento, sottoscrivendolo *in reliqua parte* (sull'involucro o sulla parte non sigillata o chiusa) alla loro presenza, facendolo eventualmente controfirmare anche da chi abbia scritto per lui il testo delle disposizioni e offrendolo infine ai suggelli dei sette testi: *quo facto et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus valere testamentum nec ideo infirmari, quod testes nesciant quae in eo scripta sunt testamento.* Cfr., in proposito, Windscheid, *Diritto delle Pandette* (tr. ital. rist. 1930) 3.135 nt. 4 (541). La *subscriptio* non era, dunque, sempre e necessariamente sottoscrizione (in senso proprio) del documento: il che sembra sfuggire a taluni trattatisti moderni (cfr. ad es. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*[2] [1955] 61 ss.).

[2] Arangio-Ruiz, *Il testamento di Antonio Silvano e il senatoconsulto di Nerone*, in *St. Albertario* 1 (1953) 201 ss.

[3] Arangio-Ruiz, *Intorno alla forma scritta del « testamentum per aes et libram »*, in *ACIV.* 3 (1953) 81 ss. V. tuttavia, in senso contrario, Guarino, *La*

senso piú largo si è manifestato il Macqueron [4] e, sulle sue tracce, l'Amelotti [5]. A mia volta, ho sostenuto in un precedente scritto [6] che il *testamentum per aes et libram* non fosse mai e mai potesse essere, beninteso *iure civili*, segreto [7].

Sia chiaro *in limine*, per quanto l'abbia già detto a suo tempo [8]: parlando di testamento segreto, ho inteso riferirmi, nel mio scritto precedente, al testamento segreto [9]. Nessuno dubita, ed io meno di chiunque altro, che un testamento segreto possa essere conosciuto *de facto*, oltre che dallo *scriba* che eventualmente lo stenda sotto dettatura del testatore, anche dal notaio o dalla persona nelle cui mani viene depositato, oppure (od anche) dai testimoni chiamati ad apporre i sigilli sull'involucro, o finalmente (o ancora) da un intero comitato di amici e confidenti del poco discreto ereditando [10]. Il motivo determinante, ma non unico [11], della mia negazione del testamento librale segreto è stato e rimane questo: che esso era costituito, nella sua essenza giuridica, da una *mancipatio familiae* con relativa *nuncupatio* (il tutto alla presenza del testatore e di sette persone) e che la descrizione di tutto questo procedimento, con la indicazione di coloro che vi avevano

*forma orale e la forma scritta nel testamento romano*, in *St. de Francisci* 2 (1956) 53 ss.

[4] MACQUERON, *Le sénatus-consulte Néronien et le caractère secret du testament*, in *RHD.* 35 (1957) 459 ss.

[5] AMELOTTI, *Il testamento romano* 1 (1966) 173 ss.

[6] GUARINO, *La scrittura nel « testamentum per aes et libram »*, in *St. Paoli* (1955) 377 ss., spec. 381 ss. Questo scritto si inserisce nel tempo tra lo studio dell'ARANGIO-RUIZ (nt. 2) e quello del MACQUERON (nt. 4).

[7] La valutazione critica della mia tesi è stata dunque fatta dal MACQUERON (nt. 4) e dall'AMELOTTI (nt. 5), ai quali particolarmente mi incombe di replicare. Implicitamente conforme alla mia tesi: VOCI, *Diritto ereditario romano* 2² (1963) 64 ss., che qualifica il *testamentum per aes et libram* « un atto orale, come orali sono tutti i *gesta per aes et libram* » (cfr. p. 70).

[8] GUARINO (nt. 6) 383 e nt. 5.

[9] Cfr. ad esempio, per il diritto italiano vigente, gli a. 604-605 c.c.

[10] E nessuno dubita, per converso, che un testamento non segreto possa essere praticamente sottratto, con speciali accorgimenti, alla lettura o all'intellegibile ascolto da parte dei testimoni e di chicchessia.

[11] Tengo a richiamare l'attenzione sul fatto che la mia tesi era anche basata, a titolo confermativo, sull'esame documentale del testamento di Antonio Silvano: GUARINO (nt. 6) 384. Ciò mi salva, io spero, dall'essere incluso, almeno in questo caso, nel novero di « chi dei documenti non si cura o di essi solamente si adorna », cfr. AMELOTTI (nt. 5) 219.

partecipato, era inserita, nell'ipotesi di testamento scritto [12], al di dentro della parte sigillata dell'atto, sicché è evidente che i sette suggellatori non intervenivano, *de iure*, dopo la stesura (e chiusura) dell'atto, ma durante la stesura dello stesso [13].

Ciò posto, davvero non capisco come l'Amelotti abbia potuto ritenere opponibili alla mia tesi, ch'egli accusa di radicalismo [14], argomenti di questo genere: che i testimoni partecipavano « astrattamente » alla *mancipatio familiae*, ascoltavano una *nuncupatio* « in cui erano astrattamente trasfuse le disposizioni », ragion per cui « la loro conoscenza sarà stata altrettanto astratta ». Tanto piú mi stupisce la opposizione dell'Amelotti, in quanto egli è, con me e come me [15], convinto che le *tabulae* avevano solo funzione probatoria del *testamentum per aes et libram*, il quale era insomma nella sua sostanza giuridica, esclusivamente orale [16]. Dato che la volontà testamentaria « si trasfonde nella *nuncupatio*, cui gli altri elementi di forma intimamente aderiscono, e viene a costituire con essi un'unica cosa, che rappresenta la struttura, l'esistenza stessa del testamento » [17], è quanto basta per essere tenuti a concludere che il testamento librale non possa avere carattere giuridico di testamento segreto [18].

[12] Sulla possibilità del testamento librale nuncupativo, o meglio non documentato per iscritto, cfr. GUARINO (nt. 3) 53 ss.

[13] Il *familiae emptor*, il *libripens* e i testimoni erano dunque, dal punto di vista giuridico, pienamente in grado di controllare se il testatore (o il suo *scriba*) avesse esattamente riferito nelle *tabulae* il contenuto della *mancipatio familiae* e della *nuncupatio*.

[14] AMELOTTI (nt. 5) 181 e nt. 4: la mia tesi sarebbe l' « esagerazione opposta » a quella implicata dalla tesi dell'ARANGIO-RUIZ (nt. 2).

[15] Si noti peraltro che, nel contestare la segretezza del *testamentum per aes et libram*, io non ho fatto leva sul carattere meramente probatorio delle *tabulae*: ciò perché il *thema probandum* del mio studio era che le *tabulae* avessero appunto mera funzione probatoria.

[16] AMELOTTI (nt. 5) 169 s. L'Amelotti, peraltro, dopo aver dichiarato piú fondata « sotto il profilo dogmatico » la dottrina dell'oralità, si affretta ad aggiungere che « se si guarda alla realtà dei fatti, quale è presentata dalla prassi del testamento librale nel suo ultimo stadio, il discorso deve farsi piú cauto ». Potrei obbiettare che la realtà dei fatti ci insegna che il testamento librale ancora all'età degli Antonini era *iure civili* tuttora valido pur se le *tabulae* fossero state smarrite e distrutte (cfr. Gai 2.151): segno inequivocabile della essenziale oralità del testamento.

[17] AMELOTTI (nt. 5) 170.

[18] Il che, si ripete, è documentalmente confermato dall'unico testamento *per aes et libram* a noi integralmente pervenuto: v. *retro* nt. 11.

A mio avviso, le obbiezioni piú consistenti alla mia tesi non sono quelle, scontate in partenza, che si desumono da una prassi contraria (tanto piú che si tratta di prassi non uniforme, non sicuramente documentata, e comunque contraddittoria)[19]. Gli elementi piú favorevoli all'asserito testamento librale segreto sono, se mai, quelli testuali, su cui ha finemente insistito in una recente occasione il Macqueron[20], ed a cui si richiama (sebbene, e ben giustamente, con minor convinzione) lo stesso Amelotti[21]: PS. 5.25.6, Suet. *Nero* 17, Nov. Theod. 16.1.

2. — Cominciamo dai primi due testi.

PS. 5.25.6: *Amplissimus ordo decrevit eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur atque impositae supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriores scripturae fidem interiori servent. aliter tabulae prolatae nihil momenti habent.*

Suet. *Nero* 17: *Adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabulae nisi pertusae ac ter lino per foramina traiecto obsignarentur; cautum ut testamentis primae duae cerae testatorum modo nomine inscripto vacuae signaturis ostenderentur ac ne qui alieni testamenti scriptor legatum sibi ascriberet.*

Ambedue i passi si riferiscono, secondo la dottrina corrente[22], ad un senatoconsulto dei tempi di Nerone, che si suole attribuire al 61 a. C.[23] e che chiamerò anch'io, secondo l'uso, *senatusconsultum Neronianum* (*adversus falsarios*). Ma che cosa precisamente stabiliva questo senatoconsulto? A questo proposito la dottrina è divisa. I piú hanno sempre ritenuto che il dettato piú attendibile sia, tutto sommato, quello delle *Sententiae* pseudo-paoline, anche se limitato ai *publici vel privati contractus*[24]: si è discusso soltanto, su questo versante critico, se le notizie

[19] V. *retro* nt. 11 e 18.

[20] *Retro* nt. 4.

[21] AMELOTTI (nt. 5) 177 ss. e 181 nt. 4.

[22] Per tutti: ERMAN, *Zum antiken Urkundenwesen*, in *ZSS.* 26 (1905) 456 ss.; WENGER, sv. *Signum*, in *RE.* 2.A 2 (1923) 2420 ss.; MITTEIS, *Röm. Privatrecht* 1 (1908) 298 ss.; VOLTERRA, sv. *Senatusconsulta*, in *NDI.* 12.1 (1940) 38 n. 111 e 115; ARCHI, *Problemi in tema di falso nel diritto romano*, in *SPA.* 26 (1941) 63 ss.

[23] ZANGEMEISTER, in *CIL.* 4 Suppl. 1 (1898) 278. Egli argomenta dal fatto che delle *tabulae* pompeiane solo tre, degli anni 61 e 62, sono perforate, mentre le altre (degli anni 52-60) non lo sono.

[24] Cfr., in proposito, WENGER (nt. 22) 2420 s.

di Svetonio possano essere utilizzate al fine di integrare la ricostruzione del senatoconsulto [25]. Ma recentemente l'Archi [26] ha rovesciato l'orientamento critico prevalente ed ha svalutato il testo delle *Sententiae* a tutto vantaggio di quello svetoniano [27]. A mio avviso, tuttavia, la tesi dell'Archi è eccessiva. Base per la ricostruzione del cd. *senatusconsultum Neronianum* deve essere a buon diritto PS. 5.25.6, mentre molta cautela va posta nell'utilizzazione di Suet. *Nero* 17, la quale è fonte solo parzialmente attendibile.

D'accordo con l'Archi e ogni altro critico nel ritenere che occorre prudenza di fronte alle notizie offerte da una compilazione postclassica come quella delle *Sententiae*. D'accordo anche, con l'Archi e con altri studiosi [28], su taluni rilievi di forma che corroborano il sospetto della redazione postclassica del testo: l'uso di *amplissimus ordo* per designare il *senatus* [29]; il riferimento completomane alla *publici vel privati contractus scriptura* [30]; l'oscurità della descrizione delle tavolette *in summa marginis ad mediam partem perforatae* [31]; l'ingenuità dell'affermazione che la *scriptura exterior* debba servire di conferma a quella *interior*, e non viceversa [32]. Ma, al di là dei rilievi di forma, non solo mancano

[25] Contrario all'utilizzazione di Svetonio è l'ERMAN (nt. 22) 465 ss., contrastato peraltro dall'ARCHI (nt. 22) 65 ss., 87 nt. 198.

[26] ARCHI (nt. 22) 63 ss.

[27] Conforme AMELOTTI (nt. 5) 177 s. Accetta implicitamente l'impostazione dell'Archi anche VOCI (nt. 7) 105 s., il quale ricollega il *senatusconsultum Neronianum* essenzialmente al passo di Svetonio.

[28] Cfr. il quadro delle critiche testuali in VOLTERRA, *Indice delle glosse ecc.*, in *RSDI*. 8 (1935) ahl.

[29] LEVY, *Paulus und der Sentenzenverfasser*, in *ZSS*. 50 (1930) 284.

[30] Sul punto cfr. ARCHI (nt. 22) 64 nt. 136. Il riferimento di *contractus publicus* ai contratti intercorsi tra *municipia* o *coloniae* e privati cittadini (cfr. Sev. Al. CI. 11.40[39].1) sembra però chiaro.

[31] MOMMSEN, in CIL. 3.2 (1878) 922 B, propone di inserire *et ima* dopo *in summa*.

[32] La vastissima gamma degli emendamenti proposti si trova in GERHARD, « *Scriptura interior* » *und* « *exterior* », in *ZSS*. 25 (1904) 382 ss. Questo autore rifiuta anche la correzione *ut exteriori scripturae fidem interior servet* (*similiave*), oggi comunemente accettata (cfr. per tutti, GUARINO, *Storia del diritto romano*[3] [1963] 569), in quanto che la *scriptura exterior* di una tavoletta cerata era troppo facilmente falsificabile perché valesse la pena di porsi il problema di garantirne in qualche modo l'autenticità: pertanto, egli propone *ut scripturae fidem integriorem servent*. Contro questo singolare ragionamento e contro l'incredibile correzione, cfr. ERMAN (nt. 22) 460 ss. Per il carattere insiticio di *ut exteriores—servent* si pronun-

gli indizi di una sostanziale non classicità della notizia: direi addirittura che emergono indizi della sua sostanziale classicità. Ed infatti bisogna tener presente che il nostro paragrafo si inserisce in un tit. 5.25 delle *Sententiae* relativo, in linea di principio, alla *lex Cornelia* e alla materia del falso testamentario, nel quale appare invece chiaro ed evidente lo sforzo operato dal compilatore per estendere il discorso a qualunque ipotesi di falsificazione documentale, anche al di fuori del campo dei testamenti [33]. Si può capire e si capisce benissimo che il compilatore delle *Sententiae*, in omaggio a questo suo programma estensivo, abbia inserito nel titolo la notizia relativa ad un *senatusconsultum* attinente ai *contractus* (categoria che egli ha probabilmente estesa dai contratti privati a quelli pubblici) [34]; ma non è credibile che egli, posto che si sia trovato dinanzi ad un *senatusconsultum Neronianum* attinente ad ogni specie di documenti (e quindi anche ai testamenti), abbia ristretto la notizia relativa ai soli atti *inter vivos* [35].

Se il paragrafo parla dei soli *contractus*, è dunque perché la fonte di informazione del compilatore delle *Sententiae* non discorreva dei testamenti, anzi esplicitamente o implicitamente li escludeva: presumibilmente, è perché il *senatusconsultum Neronianum* (se proprio ad esso alludono le *Sententiae*) [36] si limitava al falso degli atti *inter vivos* [37]. E di ciò dà significativa conferma, se non erro, proprio la discussa frase *ut exteriores scripturae fidem interiori servent*, la quale ai *testamenta* non

cia, sia pur cautamente, l'ARCHI (nt. 5) 67 ss.; ma non si vede per quale ragione o impulso il compilatore postclassico potrebbe avere escogitato la frase.

[33] Ampiamente, sul punto, ARCHI (nt. 22) specialm. 29 ss., 55 ss., con bibliografia.

[34] *Retro* nt. 30.

[35] È, se non erro, la tesi implicita dell'ARCHI (nt. 22) 64 nt. 136, che argomenta anche e sopra tutto dal carattere insiticio di *tabulas—continent* per sostenere l'inattendibilità di PS. 5.25.6. Né convince la spiegazione che delle alterazioni tenta l'Archi. A suo parere « il compilatore, sollecitato dal fatto che nel § 5 ha parlato del *crimen falsi* a proposito dei vari documenti, intende suo dovere in questo § 6 riprodurre un'antica disposizione riguardante la redazione di un tipo: le *tabulae* », e questo è probabilissimo. Ma perché il compilatore non ha parlato anche delle tavolette testamentarie, o ha ristretto il discorso ai contratti, visto che « si esprime e interpreta secondo le concezioni sue proprie » per quanto concerne « l'organo statuente, il tipo di documento, la finalità della disposizione, la sanzione »?

[36] *Infra* nt. 44.

[37] Incerta l'interpretazione di WEISS, *Peregrinische Manzipationsakte*, in *ZSS.* 37 (1916) 176. Secondo l'ARCHI (nt. 22) 64 nt. 136, il Weiss riterrebbe che il senatoconsulto contemplava ogni specie di negozio giuridico: opinione che sarebbe, a mio avviso, del tutto inaccettabile.

può essere a nessun patto riferita perché è pacifico che gli atti testamentari non sono mai stati redatti col sistema della doppia scrittura[38].

Questa frase non può provenire che da fonte classica: non solo perché il compilatore delle *Sententiae* (lo abbiamo visto) non aveva alcun interesse a limitare il cd. *senatusconsultum Neronianum* ai *contractus*, ma anche perché è chiaro che il compilatore delle *Sententiae* addirittura non ne ha capito il senso ed ha rovesciato, per sua inesperienza, il dettato originario, che probabilmente era *ut exteriori scripturae fidem interior servet*[39].

Dall'analisi *quoad substantiam* di PS. 5.25.6 risulta perciò incontestabilmente che, dopo il 60 d. C., vi fu un *senatusconsultum* (vedremo tra poco se di epoca neroniana oppur no) il quale, per prevenire la falsificazione dei documenti contrattuali, dispose che la *scriptura interior* degli stessi dovesse essere chiusa e sigillata, allo scopo di servire da conferma a quanto ripetuto nella *scriptura exterior*[40]. La limitazione agli atti *inter vivos* è confermata dal periodo *aliter tabulae prolatae nihil momenti habent*, che indica una sanzione ben precisa: l'inefficacia probatoria dei documenti privi di doppia scrittura o di suggellamento della *scriptura interior*[41]. È inammissibile che lo stesso *senatusconsultum* si sia occupato anche dei testamenti ed è molto improbabile, aggiungo, che delle *tabulae* testamentarie si sia occupato altro *senatusconsultum* successivo[42]. Di questo *senatusconsultum* posteriore, se vi fosse stato, il compilatore delle *Sententiae* difficilmente avrebbe omesso di far menzione. Egli sarebbe stato infatti ben lieto di valersi, nella trattazione del falso documentale, di un preciso dato testuale sui testamenti, piuttosto che far ricorso allo spunto puramente analogico fornitogli da un *senatusconsultum* relativo ai soli *contractus*.

3. — Che valore ha, ciò dato, la testimonianza (oltre tutto, si badi, atecnica)[43] di Suet. *Nero* 17? Il passo, almeno a prima vista,

[38] AMELOTTI (nt. 5) 173 ss.

[39] *Retro* nt. 32.

[40] In altri termini, l'importanza del *senatusconsultum* non consistette nell'esigere che i documenti fossero legati e sigillati, ma consistette nel pretendere che la *scriptura interior* fosse trattata in modo da servire da indice di genuinità della *scriptura exterior*.

[41] V. anche *infra* n. 4.

[42] V., in proposito, VOLTERRA (nt. 22) 38 n. 115.

[43] Cfr. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano* (1968) 350.

sembra far menzione di tre provvedimenti *adversus falsarios*: primo, quello per cui le *tabulae* (sia degli atti *inter vivos* che di quelli *mortis causa*) dovessero essere chiuse con legacci di lino e suggellate; secondo, quello per cui il testatore dovesse mostrare ai testimoni in attesa di suggellare il documento le *primae duae cerae* (cioè le facciate 2 e 3 del polittico) vuote di ogni scrittura, salva l'indicazione del suo nome; terzo, quello per cui fosse vietato allo *scriptor* (se diverso dal testatore) di attribuirsi legati. Che la prima proposizione alluda al *decretum* dell'*amplissimus ordo*, di cui parlano le *Sententiae*, è molto verosimile e conforta la tesi della identificazione di quel *decretum* con un *senatusconsultum Neronianum* del 61 d. C. [44]. Tuttavia la genericità della formulazione di Svetonio nella prima proposizione (là dove si parla di *tabulae*, senza limitazione ai *contractus*) non può costituire argomento valido per sostenere che il *senatusconsultum Neronianum* si riferisse anche agli atti *mortis causa* [45], perché è evidente ch'essa deriva esclusivamente da superficialità dell'autore, cui del resto non interessava la precisione tecnico-giuridica della notizia, ma solo la bontà dell'iniziativa di Nerone *adversus falsarios* [46]. Le conclusioni che abbiamo dianzi tratto dall'analisi delle *Sententiae* di Paolo non possono, dunque, essere ragionevolmente modificate. E se resta fermo, o quanto meno altamente credibile, che il cd. *senatusconsultum Neronianum* ebbe tratto solo ai documenti degli atti *inter vivos*, la necessaria conseguenza è che debba escludersi, checché sembri dire in contrario Svetonio, che quel senatoconsulto, o un improbabile senatoconsulto successivo, abbia davvero contenuto i provvedimenti di cui alla seconda e alla terza proposizione di Suet. *Nero* 17. I metodi di Svetonio sono, del resto, sin troppo noti [47]. È verosimile che qui, come altrove, il nostro autore, pur senza pro-

[44] Giova ricordare che lo ZANGEMEISTER (nt. 23) ha accertato che, delle tavolette cerate pompeiane, quelle degli anni 52-60 risultano prive di fori per la legatura, mentre altre tre risalenti agli anni 61 e 62 sono perforate. Il dato documentale sembra perciò felicemente confermare l'attribuzione del *senatusconsultum* ai tempi di Nerone.

[45] Cfr. invece, ad esempio, AMELOTTI (nt. 5) 177: « il cui contenuto (i.e. del senatoconsulto Neroniano) è riferito con gravi fraintendimenti dalle *Pauli Sententiae* e in maniera piú felice, pur se sommaria, da Svetonio ».

[46] A Svetonio, se mai, interessava gonfiare la notizia, allo scopo di mettere meglio in risalto le benemerenze di Nerone: *infra* nt. 48.

[47] Su Svetonio, per tutti, MAZZARINO, *Il pensiero storico classico* 2.2 (1966) 150 ss.

priamente alterare la realtà, abbia fatto un fascio solo di disparate notizie, allo scopo, nella specie, di mettere in luce le buone azioni di Nerone, prima di passare alla parte distruttiva della personalità storica dell'imperatore [48].

Un'analisi piú attenta di Suet. *Nero* 17 non può che confermare questa tesi [49]. In primo luogo, come è stato giustamente notato [50], pur se tutte e tre le proposizioni svetoniane hanno il comune denominatore della destinazione *adversus falsarios*, tra la prima proposizione (relativa alle *tabulae*) e le altre due (relative ai *testamenta*) vi è, anche sul piano formale, una sorta di contrapposizione, rivelata dall'uso dei due distinti verbi *repertum* e *cautum* (*est*) [51]. In secondo luogo, va rilevato che la norma *ne qui alieni testamenti scriptor legatum sibi adscriberet* non costituisce punto una novità dei tempi di Nerone perché fu introdotta ben prima, e cioè sotto Tiberio, dal *senatusconsultum Libonianum* [52] e fu poi integrata, sempre prima di Nerone, da un *edictum divi Claudii*, il quale precisò che allo *scriptor* si applicassero le pene della *lex Cornelia* [53]. Si può senz'altro ammettere che Nerone abbia avallato il Liboniano e l'editto di Claudio [54], ma non si vede che cosa abbia potuto apportare di nuovo il preteso *senatusconsultum Neronianum* al regime già precedentemente stabilito [55]. *Cautum* (*est*) ... *ne qui alieni testa-*

[48] Cfr. Suet. *Nero* 19 i.f.: *Haec partim nulla reprehensione, partim etiam non mediocri laude digna in unum contuli, ut secernerem a probris ac sceleribus eius, de quibus dehinc dicam.*

[49] Molto acute, in proposito, le puntuali osservazioni dell'ERMAN (nt. 22) 464 ss.

[50] ERMAN (nt. 22) 465 ss.

[51] *Contra* ARCHI (nt. 5) 66 s. e 67 nt. 142, che parla di « unità ideale della narrazione », sopra tutto a causa dell'*adversus falsarios* iniziale, che domina tutte e tre le proposizioni. L'unità ideale non si contesta, ma non basta, a mio avviso, a rendere probabile la derivazione dei tre principi da un unico atto normativo.

[52] Sul punto, DE MARTINO, *Note esegetiche sul Senatoconsulto Liboniano*, in *St. Massari* (1938) 331 ss.; SCARLATA-FAZIO, *Contributo alla conoscenza degli effetti civili del falso testamentario*, in *RDCiv.* 30 (1938) 413 ss.

[53] Cfr. D. 48.10.15 pr. (Call. 1 *quaest.*): *Divus Claudius edicto praecepit, adiciendum legi Corneliae ut si quis, cum testamentum vel codicillos scriberet, legatum sibi sua manu scripserit, proinde teneatur, ac si commisisset in legem Corneliam rell.*

[54] Questo sembra essere il pensiero del DE MARTINO (nt. 52) 333, che utilizza Suet. *Nero* 17 a conferma della sua tesi (da me condivisa) circa il contenuto dell'*edictum divi Claudii*.

[55] Cfr., in proposito, anche ARCHI (nt. 22) 6 nt. 3.

*menti scriptor legatum sibi adscriberet* non sta ad indicare un'innovazione neroniana sul piano normativo, ma allude solo ad una intensa prassi confermativa, autorevolmente appoggiata dal *princeps*, di norme pre-neroniane; ed è perciò che Svetonio non dice a questo proposito *tunc primum repertum* (*est*), ma usa soltanto un significativo *cautum* (*est*)[56]. Ora, se questo è il senso da dare a *cautum* (*est*) ... *ne qui rell.*, analogo deve essere evidentemente il valore da riconoscere alla proposizione seconda del passo svetoniano che è retta da quello stesso *cautum* (*est*). Scrivendo *cautum ut testamentis primae duae cerae testatorum modo nomine inscripto vacuae signaturis ostenderentur*, Svetonio non solo non ha inteso menomamente parlare del *senatusconsultum Neronianum*, ma non ha inteso accennare a nessun atto normativo. Tutto fa credere che egli abbia voluto solo dire questo: che un'altra prassi *adversus falsarios* largamente onorata ai tempi di Nerone fu quella di presentare le *tabulae* testamentarie alla suggellazione dei *signaturi* avendo preventivamente inciso sulle *primae duae cerae* il solo nome del testatore[57]. Il solo nome del testatore sulle *primae duae cerae* era infatti sufficiente a rendere riconoscibile la provenienza del documento, e ad evitare perciò che i *signaturi* ne scorressero con l'occhio le disposizioni.

L'esegesi testuale di PS. 5.25.6 e di Suet. *Nero* 17 invita dunque a concludere che il cd. *senatosconsultum Neronianum* non si occupò anche del falso testamentario e che su questa ipotesi, di cui significativamente il passo delle *Sententiae* tace, non si fermarono né un altro *senatusconsultum* Neroniano, né altri provvedimenti normativi di diversa natura, sia dei tempi di Nerone che dei tempi successivi. Non solo. La notizia svetoniana che piú ci interessa, e cioè quella secondo cui *cautum* (*est*) *ut testamentis primae duae cerae testatorum modo nomine inscripto vacuae signaturis ostenderentur*, lungi dall'attenere al *senatusconsultum* Neroniano o ad un qualsivoglia altro provvedimento normativo, riflette con tutta probabilità una pura e semplice prassi documentale consigliata dai giuri-

[56] Sia tuttavia ben chiaro, a questo proposito, che non intendo argomentare dal senso di *cavere* in assoluto, ma dalla distinzione che Svetonio fa tra (*primum*) *repertum* e *cautum*.

[57] Sulle controversie relative all'interpretazione di questo principio, cfr. ERMAN (nt. 22) 471 s.; MACQUERON (nt. 4) 460 ss. A mio avviso, l'unica interpretazione ragionevole è che tutto il contesto del testamento dovesse essere scritto nella parte (facciate 4 e seguenti) offerta alla sigillazione, mentre nelle facciate 2 e 3 doveva figurare il solo nome del testatore.

sti classici e forse confortata (non è dato di escluderlo) da qualche solitario rescritto del *princeps* [58].

4. — Se tale è, come sembra debba essere, l'interpretazione da dare all'attestazione di Suet. *Nero* 17 (*cautum ut—ostenderentur*), si può comprendere facilmente il senso esatto, e nel contempo la limitata portata, di ciò che si legge in:

Nov. Theod. 16.1: *Ideo veteres testamenta scripta testibus offerebant oblatarumque eis tabularum perhiberi testimonium postulabant, sed dum iuris antiqui cautelam paulatim mutat posteritatis imperita praesumptio et testes exigunt omnimodo quae testamento continentur agnoscere, eo res processit, ut, dum sua quisque nonnumquam iudicia publicare formidat, dum testibus testamenti sua non audet secreta committere, ne suis facultatibus inhiantes offendat, intestatus mori quam suae mentis arcana periculose patiatur exprimere.*

In queste ridondanti parole della costituzione [59], e particolarmente nell'allusione alla *iuris antiqui cautela*, il Macqueron [60] ha sostenuto che è difficile non riconoscere il riferimento al *senatusconsultum Neronianum*. Affermazione, direi, un po' troppo azzardata, cui sarebbe, in ogni caso, sempre da preferire il « forse » con cui l'Amelotti [61] limita la stessa tesi. Comunque, la possibilità di un riferimento al senatoconsulto addirittura è da escludere. Teodosio fa soltanto cenno di quella prassi classica, della quale abbiamo discorso poco fa [62]. I *veteres* sono per lui i classici, i protagonisti del *ius antiquum* o *vetus* [63]; e gli accorgimenti dei *veteres*, suggeriti ovviamente dalla ancor attiva giurisprudenza cautelare del sec. I d. C., sono per lui, con tutta naturalezza, una *iuris antiqui cautela*. Se Teodosio, anziché ad una prassi cautelare, si fosse riferito ad una norma, è evidente che avrebbe parlato di violazione di essa o di sopravvenuta desuetudine della stessa. Non avrebbe detto, come invece dice,

[58] Si tenga anche presente che, ai tempi di Nerone, la giurisprudenza (e sia pure quella munita di *ius respondendi*) era tuttora in fase di notevole fioritura: per tutti, GUARINO (nt. 32) 366.

[59] Espunte da CI. 6.23.21: *retro* nt. 1.

[60] MACQUERON (nt. 4) 472.

[61] AMELOTTI (nt. 5) 181 nt. 4.

[62] *Retro* n. 3.

[63] Che i *veteres* di Teodosio II siano i giuristi (preclassici e) classici, è indubbio. In proposito non possono sorgere i sospetti che si tratti dei grandi giuristi del sec. V d. C., cui forse si riferiva Giustiniano: SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961) 349 nt. 10.

che la *praesumptio posteritatis*, per la mania dei testi di scuriosare tra le disposizioni del testatore, aveva ormai progressivamente snaturato la antica prassi documentale [64].

E si noti. L'aver individuato nel principio *ut testamentis primae duae cerae rell.* una pura e semplice *iuris cautela* del diritto classico fa cadere una delle maggiori difficoltà implicate dalla tesi secondo cui quel principio fu posto e imposto da un atto normativo. Quale sarebbe stata infatti la sanzione del *senatusconsultum* relativamente ai testamenti redatti in difformità dalle sue prescrizioni? Già ho detto che la sanzione indicata da PS. 5.25.6 (*aliter tabulae prolatae nihil momenti habent*) ha senso e ragione solo se riferita ai documenti con doppia scrittura, quindi agli atti *inter vivos* [65]. Se invece si opina che il cd. *senatusconsultum Neronianum* dispose anche in ordine alle *tabulae* testamentarie, è giocoforza dedurre che le *tabulae* esibite ai *signaturi* senza l'accorgimento delle *primae duae cerae* con il solo nome del testatore fossero *nullius momenti*, cioè prive di efficacia probatoria delle volontà testamentarie [66]. La cosa non è soltanto resa incredibile dalla (sia pur scarsissima) documentazione in nostro possesso [67], ma è resa ancor piú incredibile da considerazioni di elementare buon senso. La segretezza delle disposizioni testamentarie non era infatti una esigenza posta dall'ordinamento giuridico (il quale, al contrario, favoriva la pubblicità dei testamenti) [68]; essa era solo un interesse eventuale dei testa-

[64] Sulle ragioni di questa involuzione, *infra* n. 5.

[65] *Retro* n. 2.

[66] ERMAN (nt. 22) 464, il quale osserva che *iure civili* il testamento non sigillato a termini del *senatusconsultum Neronianum* poteva essere confermato dalla *intercessio testium* e rileva che il testamento non sigillato a termini del Neroniano era afflitto da invalidità *iure praetorio* (472): tesi esatta, ma che non postula la esistenza di un apposito senatoconsulto che abbia statuito come dovessero essere suggellate le *tabulae* testamentarie.

[67] Cfr. ERMAN (nt. 22) 472 e, dopo di lui, la conferma data dal testamento di Antonio Silvano: *retro* nt. 11. Assai labile è l'indizio che dell'osservanza del preteso *senatusconsultum de testamentis* l'AMELOTTI (nt. 5) 180 nt. 2 e 262 s., vuole trarre, sulle tracce del MACQUERON (nt. 4) 463, dal testamento di Safinnio Erminio (*BGU.* 1695), nel quale la prima pagina cerata è interamente occupata dalla formula introduttiva (*Safinnius Herminius/mil... classic Aug... Alex.../tutela Tauro*), « creando il ragionevole sospetto che la seconda, oggi perduta, sia stata lasciata vuota in ossequio al senatoconsulto ».

[68] Né è vero che i Romani avessero assorbente interesse alla segretezza dei testamenti: cfr. i casi indicati dal MACQUERON (nt. 4) 467 ss. e dall'AMELOTTI (nt. 5) 181 nt. 2.

tori, solleciti a non far conoscere a terzi le loro disposizioni di ultima volontà prima dell'apertura della successione. Ora si può capire che un provvedimento normativo sia intervenuto a tutelare l'interesse privato della segretezza, nei limiti della esigenza alla identificazione dei testamenti, ma non si può capire in nessun modo che quel provvedimento normativo abbia potuto sancire la inefficacia probatoria del documento testamentario nell'ipotesi che sulle *primae duae cerae* figurassero anche le disposizioni testamentarie o alcune tra esse, a cominciare dalla *institutio heredis* [69]. Perché mai dichiarare privo di efficacia un documento siffatto?

Non essendo possibile che la sanzione del *senatusconsultum Neronianum*, la quale era *nihil momenti habent*, si riferisse anche alle *tabulae* testamentarie, e in particolare a quelle sigillate senza l'accorgimento delle *primae duae cerae vacuae* (*testatorum modo nomine inscripto*), è evidente che l'accorgimento delle *primae duae cerae rell.* fu solo un ritrovato della prassi e che la inapplicazione di quell'accorgimento non comportava sanzioni di sorta [70]. Al che non mi sembra sia lecito opporre, dai sostenitori del *senatusconsultum*, che il senatoconsulto Neroniano fu una specie di *senatusconsultum imperfectum*, puramente esortativo [71]. Io convengo sul valore puramente esortativo del principio delle *primae duae cerae*, ma proprio da ciò mi sento autorizzato a confermare la tesi che il principio non fece capo a un *senatusconsultum* [72], ma ad una prassi suggerita dalla giurisprudenza cautelare del sec. I d. C. Il senato non aveva motivo alcuno per confermare con un *consultum* una suggestione dell'ancora autorevole giurisprudenza dell'epoca. Esso avrebbe avuto motivo di confermare quel principio solo se si fosse trattato di corredarlo con una sanzione nel caso di inosservanza [73]. Ma la sanzione, come si è visto, non è ravvisabile. Dunque il principio delle *primae duae cerae* era soltanto giurisprudenziale.

[69] In senso sostanzialmente analogo, ARCHI (nt. 22) 87 nt. 198, salve le conclusioni diverse cui arriva: v. *infra* nt. 71.

[70] Ciò pur essendo ovvio che la forza probatoria di un documento non sigillato in tutte le disposizioni essenziali fosse inferiore a quella di un documento sigillato: *retro* nt. 66.

[71] In questo senso: ARCHI (nt. 22) 64 nt. 136, 87 nt. 198, AMELOTTI (nt. 5) 178 e nt. 1.

[72] Tanto piú che non vedo l'applicabilità ai *senatusconsulta* del periodo normativo, cioè del periodo del principato, della nozione di *lex imperfecta*, che si richiama ad epoche e situazioni ben diverse: v. invece AMELOTTI (nt. 5) 178 nt. 1.

[73] V. *retro* nt. 66.

5. — A questo punto può essere finalmente affrontato il problema del campo di applicazione del principio *ut testamenti primae duae cerae rell.* Se è vero che il *testamentum per aes et libram*, anche quando fosse scritto su *tabulae*, era necessariamente pubblico, come si spiega un principio che postula la segretezza della *scriptura* relativa alle disposizioni testamentarie? A quali fattispecie si applicava insomma, se pur si applicava, la cautela delle *primae duae cerae?*

La risposta, a mio avviso, è possibile. Tutto si spiega [74] quando si rifletta che in diritto romano classico, sin dal sec. I d. C., vi era, al di fuori del *testamentum per aes et libram*, un tipo di testamento rispetto al quale il principio delle *primae duae cerae* era perfettamente appropriato: il cd. testamento pretorio [75].

Non faccio questioni di nomi [76]. Ma tra coloro che, come l'Archi [77] e l'Amelotti [78], negano (oltre che il nome) l'esistenza di un testamento pretorio, e coloro che, come da ultimo il Voci [79], difendono l'autonomia giuridica dell'istituto, mi sembra necessario dare ragione a questi ultimi. Il cd. testamento pretorio, che dava ingresso alla *bonorum possessio secundum tabulas* [80], non può essere semplicisticamente configurato come un testamento librale (invalido *iure civili* e) convalidato *iure praetorio.* Tale fu certo il punto di partenza in età preclassica, ma in periodo classico l'ipostasi del *testamentum praetorium* era ormai

[74] Implicitamente, in questo senso, già il Voci (nt. 7) 106, il quale riferendo Suet. *Nero* 17 al testamento librale, osserva acutamente che « la qualifica di *signaturi*, data ai testimoni, non sembra scelta opportunamente da Suetonio: i testimoni sono ' coloro che sigilleranno ' solo nel testamento pretorio ».

[75] A conferma di che, cfr. l'*interpretatio* a Nov. Theod. 16: *Haec lex multa confirmat, quae de testamentis in Theodosiani corporis auctoritate conscripta sunt, sed hoc amplius continet, ut, si aliquis iure praetorio considerit testamentum, id est quod septem testium subscriptione confirmatur, auctor testamenti, si litteras scit, octavus ipse subscribat, sin autem aut subscribere non potest aut litteras nescit, tunc octavum pro se adhibeat subscriptorem. rell.* Sul senso di *subscribere*, v. *retro* nt. 1.

[76] È fuor di dubbio che la denominazione di *testamentum praetorium* o *iure praetorio* (o *utroque iure*) *factum* sia tarda, anche se non postclassica: Voci (nt. 1) 331 s.

[77] Archi, *Testamentum civile, testamentum praetorium*, in *St. Paoli* (1955) 11 ss.

[78] Amelotti (nt. 5) 191 ss. e 192 nt. 2. Conforme, ma non senza dubbi, Luzzatto, *Rc.* in *BIDR.* 79 (1966) 373 s.

[79] Voci (nt. 1) *passim* e specialm. (in replica all'Archi e all'Amelotti) 340 ss.

[80] Cfr. Cic. *Verr.* 2.1.45.117 e, in proposito, la convincente interpretazione del Voci (nt. 1) 331.

un fatto compiuto. Il testamento pretorio era un testamento necessariamente scritto (anzi necessariamente scritto su *tabulae ceratae*)[81], alla cui esistenza giuridica non occorrevano la *mancipatio familiae* e la *nuncupatio*, ma erano necessari e sufficienti i suggelli di sette testimoni[82]. Non può stupire che Gaio non ne abbia fatto chiaro cenno, ove si consideri l'impostazione strettamente civilistica del suo manuale; né può sorprendere che ai tempi di Gaio esso non avesse soppiantato da un pezzo il testamento civilistico, ove si consideri che solo con Antonino Pio la *bonorum possessio* fu concessa *cum re*[83]. Ai tempi di Gaio l'interesse dei soggetti giuridici era quindi (almeno dal punto di vista dell'acquisizione successoria) ancora e largamente quello di testare secondo le regole antiche del testamento librale, e ciò spiega perché nelle *Institutiones*[84] si parli tuttora della *mancipatio familiae* e della *nuncupatio* come di procedimenti vivi e attuali, ben lungi dall'essere divenuti clausole di stile[85].

Ora, tra i vantaggi che possono aver consigliato ai Romani, sin dal sec. I d. C., di ricorrere al cd. testamento pretorio e di evitare le solennità civilistiche, vi era proprio quello che il cd. testamento pretorio non esigeva la conoscenza delle disposizioni testamentarie da parte dei testimoni, i quali cioè potevano limitarsi alla *obsignatio* del documento. Il cd. testamento pretorio, a differenza di quello civilistico, poteva essere segreto. E proprio per conciliare l'esigenza della segretezza con quella della identificazione del documento sorse la regola pratica *ut testamentis primae duae cerae testatorum modo nomine inscripto vacuae signaturis ostenderentur*. Una regola inapplicata nei testamenti librali[86] per l'ottima ragione che non era riferibile a questi ultimi.

Come mai la *posteritatis imperita praesumptio* poco a poco dimenticò questa regola giurisprudenziale classica? Saperlo, non lo sappiamo. Ma possiamo non troppo difficilmente congetturarlo. È noto che in età

[81] A prescindere dal fatto che le fonti classiche (cfr. in particolare Gai 2.104) e l'editto parlano esclusivamente di *tabulae*, è significativo che la documentazione in nostro possesso mostra come l'uso dei papiri nei documenti testamentari originali (non nelle copie) si abbia solo a partire da *PER.* 1702 (235 d.C.): AMELOTTI (nt. 5) 174 nt. 1, 220 ss.

[82] Sul punto, v. anche GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante « conversione » in dir. rom.* (1965) 344 ss.

[83] Cfr. Gai 2.119-121, 148-149*a*; Ulp. 23.6; PS. 4.8.1-2 = Coll. 16.3.1.

[84] Gai 2.104. Cfr. anche Ulp. 20.9.

[85] V. invece AMELOTTI (nt. 5) 165 ss.

[86] *Retro* n. 1.

tardo-classica e postclassica fu progressivamente abbandonato l'uso delle tavolette cerate come materiale scrittorio [87]. Indubbiamente la *obsignatio* all'esterno dei documenti papiracei e pergamenacei, presentati già chiusi ai *signatores*, sarebbe stata anch'essa in qualche modo possibile, e non è da escludere che sia stata talvolta praticata [88]. Ma si conceda che la situazione alquanto diversa possa aver determinato nella prassi non poche esitazioni e riluttanze a tradurre il principio delle *primae duae cerae* in termini di papiri e pergamene [89]. Sopra tutto notevoli devono essere state difficoltà del genere in Oriente, là dove le tradizioni locali suggerivano la sottoscrizione delle disposizioni testamentarie da parte del testatore e dei testimoni [90]. Fu questa probabilmente la ragione per cui Teodosio II, imperatore d'Oriente, per eliminare ogni dubbio in materia e per rinverdire la tecnica della segretezza dei testamenti pretori del diritto classico, emanò nel 439 la sua costituzione.

[87] Da ultimo: WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (1960) 93 ss., con bibliografia. In particolare: SACHERS, sv. *Tabulae*, in *RE*. 4.A2 (1932) 1882.

[88] MITTEIS (nt. 22) 301 s.

[89] AMELOTTI (nt. 5) 232 s., ma sopra tutto ERMAN (nt. 22) 465 s.

[90] AMELOTTI (nt. 5) 232 ss. Si noti che PS. 5.25 è relativo all'Occidente.

# LA FORMA ORALE E LA FORMA SCRITTA NEL TESTAMENTO ROMANO

1. — In ordine alle forme dei testamenti romani ordinari, l'insegnamento corrente della dottrina romanistica [1], almeno sino a qualche anno fa, era il seguente: *a*) in età classica, il testamento civilistico (*testamentum per aes et libram*) era essenzialmente orale, ma era diffusissima l'usanza di trasfonderne il contenuto in *tabulae* aventi valore probatorio [2]; *b*) sempre in età classica, il pretore, promettendo la *bonorum possessio* a coloro che fossero nominati in *tabulae non minus septem testium signis signatae*, dette riconoscimento e tutela al cosí detto testamento pretorio, che era essenzialmente scritto [3]; *c*) ancora in età classica, Giuliano, secondo alcuni [4], Gordiano, secondo altri [5], riconobbe validità *iure praetorio* anche alle disposizioni orali di ultima volontà, purché profferite in cospetto di sette testimoni; *d*) in età postclassica, non senza alquante incertezze, si continuò a distinguere tra testamento civile e

* In *St. De Francisci* 2 (1956) 53 ss.

[1] Cfr. per tutti BIONDI, *Successione testamentaria - Donazioni* (1943) 42 ss.

[2] La funzione meramente probatoria della scrittura nel *testamentum per aes et libram* è stata, peraltro, recentemente contestata dall'ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma scritta del « testamentum per aes et libram »*, in *Atti Congr. Verona* 3 (1953) 81 ss.; *Il testamento di Antonio Silvano e il Senatoconsulto di Nerone*, in *Studi Albertario* 1.203 ss. L'Arangio-Ruiz ha, però, precisamente, sostenuto che nel *testamentum per aes et libram*, quando fosse scritto e segreto, la scrittura avesse carattere dispositivo, per la ragione che, essendo le disposizioni di ultima volontà sottratte alla cognizione dei testimoni, la volontà del testatore si manifestava esclusivamente per mezzo della redazione delle *tabulae*. Ma v. *contra* GUARINO, *La scrittura nel « testamentum per aes et libram »*, in *Studi Paoli* (1954) estr.

[3] Cfr. in particolare ARCHI, *Problemi in tema di falso*, in *Studi Univ. Pavia* 26 (1941) 58 s. e nt. 125; *« Civiliter vel criminaliter agere ». In tema di falso documentale*, in *Scritti Ferrini Milano* 1 (1947) 34 nt. 3.

[4] Cfr. ad esempio GLÜCK, *Commentario alle Pandette* 28.1.290 nt. 52 (trad. ital.), con riferimento a Iul. D. 31.11.8.4.

[5] Cfr. per tutti BIONDI, *o. c.* 50 s., con riferimento a Gord. CI. 6.11.2.

testamento pretorio, progressivamente orientandosi verso la identificazione del testamento orale con quello *iuris civilis* e del testamento scritto con quello *iuris praetorii*[6]; *e*) Giustiniano, riordinando la materia, distinse il *testamentum tripertitum* scritto dal testamento orale o nuncupativo, senza piú insistere sulla contrapposizione tra testamenti civili e pretori[7].

La fondatezza della *communis opinio*, or ora riassunta, è stata recentemente contestata, sotto due profili diversi, dal Solazzi, il quale, in una serie di scritti, in cui è venuto sempre piú precisando e rafforzando la sua critica[8], ha sostenuto che in diritto romano classico: *a*) il testamento orale, sia civile che pretorio, non fu assolutamente conosciuto, salvo il caso di una *substitutio pupillaris* orale fatta da chi avesse per il resto testato in forma scritta: caso in cui la giurisprudenza ammise il sostituto alla *bonorum possessio*[9]; *b*) solo Gordiano, in un suo rescritto del 242, poi radicalmente alterato in età postclassica, concesse la *bonorum possessio* a persone istituite oralmente, e non per iscritto[10].

Le acute osservazioni del Solazzi hanno beneficamente contribuito al chiarimento di molti punti ancora incerti della storia del testamento romano. A mio avviso, peraltro, un attento riesame della materia impone di escludere l'ammissibilità di questa teoria[11] e di concludere, con un

[6] Cfr. per tutti BIONDI, *o. c.* 52 ss.

[7] Cfr. per tutti BIONDI, *o. c.* 55 s.

[8] Cfr. SOLAZZI, *Gordiano e il testamento orale pretorio*, in *SDHI.* 13-14 (1947-48) 312 ss. (= SOLAZZI 1); *Testamenti « per nuncupationem »*, in *SDHI.* 17 (1951) 262 ss. (= SOLAZZI 2); *Ancora del testamento nuncupativo*, in *SDHI.* 18 (1952) 212 ss. (= SOLAZZI 3). Nel primo scritto il Solazzi si è limitato a sostenere che la prima introduzione della *bonorum possessio secundum nuncupationem* fu operata da Gordiano col rescritto del 242 riportato in CI. 6.11.2 e che tale rescritto è stato poi interpolato nella parte in cui sembra far riferimento ad un insegnamento giurisprudenziale precedente. Nel secondo e nel terzo articolo il Solazzi si è, invece, spinto addirittura a negare la classicità del testamento nuncupativo, non soltanto pretorio, ma anche civile, quanto meno sino a Gordiano.

[9] Cfr. Iul. D. 31.11.8.4.

[10] Nella tesi dell'interpolazione di Gord. CI. 6.11.2 sembra convenire l'ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma* cit. 89 nt. 14, che peraltro non contesta la classicità del testamento civilistico orale. Cosí pure DULCKEIT, *« Plus nuncupatum minus scriptum »*, *Ein Beitrag zur Entwicklung des römischen Testamentrechts*, in *ZSS.* 70 (1953) 187 ss.

[11] V. già, contro la tesi del Solazzi, ma con argomentazioni inaccettabili (v. *infra* n. 4), DI MARZO, *Gordiano e il testamento orale pretorio*, in *SDHI.* 16 (1950) 289.

sostanziale ritocco anche alla *communis opinio*, nel modo che segue: *a*) il *testamentum per aes et libram* del *ius civile* romano (classico) fu e rimase sempre essenzialmente orale, anche se assai diffusa fu l'usanza di trasfonderlo, a fini esclusivamente probatori, in *tabulae* munite dei suggelli dei testimoni; *b*) il cosí detto testamento pretorio, costituito dalle *tabulae non minus septem testium signis signatae*, fu e rimase, per tutta l'età classica, esclusivamente scritto, nel senso che il pretore in tanto trascurò la effettuazione della *mancipatio familiae* ed in tanto concesse egualmente la *bonorum possessio* alle persone indicate dal testatore, in quanto l'indicazione risultasse dalle *tabulae* debitamente munite dei sette suggelli; *c*) fu per effetto della sostanziale oralità del testamento civile e della sostanziale documentalità del testamento pretorio che il diritto postclassico, prima della riforma giustinianea, operò la corrispondente identificazione terminologica.

Ai fini della tesi che intendo sostenere, passerò, quindi, a dimostrare successivamente i seguenti punti: *a*) che, per ciò che concerne il *testamentum per aes et libram*, non vi sono elementi di sorta per ritener verosimile che l'oralità di esso sia mai stata abolita o messa da parte nel corso dell'età classica; *b*) che vi sono prove testuali sicure del fatto che il testamento civilistico orale (*testamentum per nuncupationem heredis*) fosse tuttora vigente, sebbene scarsamente applicato, nel diritto classico romano; *c*) che manca ogni prova od indizio per poter ritenere che, in età classica, accanto alla edittale *bonorum possessio secundum tabulas septem testium signis signatas*, sia stata riconosciuta una *bonorum possessio* conforme a disposizioni orali pronunciate davanti a sette testimoni; *d*) che i testi, i quali sembrano far riferimento al testamento orale pretorio, sono genuini, ma fanno riferimento, in realtà, alla *bonorum possessio* confermativa di un *testamentum per nuncupationem* civilisticamente perfetto.

2. — A) Per ciò che concerne il *testamentum per aes et libram*, non vi sono elementi di sorta per ritener verosimile che l'oralità di esso sia mai stata abolita o messa da parte nel corso dell'età classica del diritto romano.

Di essenziale importanza, in proposito, è la circostanza, dal Solazzi non negata, del carattere puramente orale del *testamentum per aes et libram* alle sue origini [12]. Essa implica che tale oralità, anche se possa

[12] In verità non vi è alcun luogo degli articoli del Solazzi (*cit. retro* nt. 8),

essersi col tempo praticamente ridotta a nulla o quasi, non possa, a termini di diritto, essere scomparsa che per via di espressa abolizione. Ma di un qualsivoglia provvedimento abolitivo del *testamentum per nuncupationem* non abbiamo notizia, né abbiamo motivo alcuno per credere che possa essere stato emanato. L'impegno del Solazzi, negli ultimi suoi scritti [13], per dimostrare che il testamento civilistico orale in diritto classico addirittura non esisteva, urta contro questa fondamentale inverosimiglianza, resa ancora maggiore dal fatto che in diritto postclassico, viceversa, il testamento orale era ammesso e riconosciuto, nonché da alcuni identificato proprio col testamento civilistico [14]. Un *iter* storico per cui il testamento orale dapprima esiste, poi muore, infine torna ad esistere (per di piú in un'epoca, come quella postclassica, in cui è tanto ampiamente diffuso il fedecommesso [15]) è un *iter* storico fortemente inverosimile. Se i postclassici parlarono di *testamentum* orale è perché i classici già ne parlavano: ed è evidente che i classici dovessero parlarne, malgrado la sua scarsa applicazione, visto che il *testamentum per aes et libram* era sorto come atto compiuto esclusivamente *per nuncupationem* [16].

Ma il Solazzi appoggia la sua tesi, del carattere esclusivamente scritto del testamento civilistico classico, sulla citazione di Gai 2.103-104 e di Ulp. 20.2 e 9: testi che, invece, almeno a nostro avviso, unitamente a Gai 2.120-121, non depongono affatto in tal senso, anzi depongono, se mai, in senso opposto.

Si legga, sopra tutto, Gai 2.102. Gaio esordisce dicendo che *accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram dicitur*; seguita descrivendo la *mancipatio familiae*, essenzialmente orale, degli antichi tempi, sorta per il caso di colui, che *subita morte urguebatur* [17]; e conclude ripetendo e chiarendo: *quod testamentum dicitur per aes et libram,*

in cui questi esplicitamente ammetta il carattere puramente orale dell'originario *testamentum per aes et libram*. Ma, trattandosi di un dato di universale conoscenza, è da ritenere che il Solazzi, se avesse voluto contestarlo, avrebbe dovuto farlo esplicitamente.

[13] Cfr. in particolare SOLAZZI 2.262: « il testamento civile romano era scritto ».

[14] V. *retro* nt. 10.

[15] Cfr. BIONDI, *o. c.* 477 ss.

[16] Cfr. Gai 2.102: *...qui (enim) neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet* ... Un buon *excursus* sulla storia del *testamentum per aes et libram* offre DULCKEIT (*cit. retro* nt. 10) 181 ss.

[17] Cfr. nt. 16.

*quia per mancipationem peragitur.* Nel successivo § 103, Gaio, dopo aver detto che ai suoi tempi, scomparsi il *testamentum calatis comitiis* e quello *in procinctu,* esiste ormai nell'uso *hoc vero solum, quod per aes et libram fit,* aggiunge che tale testamento *sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat.* Potrebbe pensarsi che questa frase giustifichi l'opinione che ai tempi di Gaio il testamento civilistico si fosse trasformato in testamento solamente scritto, ma, in realtà, Gaio, proseguendo nel suo discorso, ci dice anche esplicitamente entro quali limiti sia avvenuta la trasformazione dell'istituto: *olim familiae emptor . . . heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam darì vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.* Vero che nel § 104, descrivendo il modo attuale di far testamento (*eaque res ita agitur*), Gaio indubbiamente si riferisce al solo testamento scritto, cioè alla *mancipatio familiae* ed alla solenne *nuncupatio testamenti* fatte mentre il testatore tiene in mano le *tabulae testamenti,* ma sembra chiaro che il riferimento è limitato al testamento scritto in considerazione del fatto, incontestabile, che esso era, in età classica, di gran lunga il piú usato [18].

3. — B) Vi sono prove testuali sicure del fatto che il testamento civilistico orale (*testamentum per nuncupationem heredis*) fosse tuttora vigente, sebbene scarsamente applicato, nel diritto classico romano.

Particolare importanza riveste, ai fini della dimostrazione, il commento di Ulpiano *ad Sabinum,* il quale si apre con la dichiarazione che il *testamentum per aes et libram* può avvenire non soltanto per iscritto, ma anche *per nuncupationem.* Il che, evidentemente, Ulpiano afferma perché nel vecchio trattato di Massurio Sabino, che imprende a commentare, egli trova appunto menzione di quel testamento civilistico nuncupativo, che ormai ai suoi tempi è invece praticamente (ma non *de iure*) desueto [19].

[18] D'altra parte, va rilevato che, se il *testamentum per aes et libram* si fosse trasformato da orale in scritto, se la forma orale fosse scomparsa *de iure* (oltre a divenire rarissima *de facto*), evidentemente Gaio non avrebbe mancato di dirlo.

[19] Sui *libri ad Sabinum* di Ulpiano cfr. da ultimo SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (1946) 212 ss.; WOLFF, *Zur Ueberlieferungsgeschichte von Ulpians Libri ad Sabinum,* in *Fs. Schulz* 2 (1951) 145 ss. È risaputo che l'opera fu fortemente rimaneggiata in età postclassica e che a Giustiniano parve addirittura che se ne fosse fatta una seconda edizione (*repetita praelectio*: c. *Cordi* 3). Tuttavia,

D. 28.5.1.1 (Ulp. 1 *Sab.*): *Institutum autem heredem eum quoque dicimus, qui scriptus non est, sed solummodo nuncupatus.*

Questo passo di Ulpiano, assolutamente inattaccabile, sarebbe di per sé solo decisivo, anche se non fosse corroborato da altri elementi testuali. Il Solazzi dice vagamente che esso « autentico non sembra »[20] e propone, in base all'esame critico degli altri testi, che tra poco esamineremo noi pure, la restituzione: « *institutum autem heredem eum dicimus, qui scriptus est, non solummodo nuncupatus* »[21]. Impresa, peraltro, a nostro parere, disperata[22].

D. 28.5.1.3 (Ulp. 1 *Sab.*): *Qui neque legaturus quid est neque quemquam exheredaturus quinque verbis poterit facere testamentum, ut dicat: « Lucius Titius mihi heres esto » [: haec autem scriptura pertinet ad eum qui non per scripturam testatur]. quin poterit etiam tribus verbis testari, ut dicat: « Lucius heres esto »; nam et « mihi » et « Titius » abundat.*

Il glossema di « *haec autem—testatur* » è evidente[23] ed è stato indicato dal Solazzi con compiacimento[24]: inammissibile è l'uso anfibio di « *scriptura* », dapprima nel senso di « formula » e poi nel senso di « documento ». Va aggiunto che la frase dice una cosa inesatta, perché la formula « *Lucius Titius mihi heres esto* » può essere adoperata tanto da chi fa testamento verbale, quanto da chi fa testamento scritto. L'appiccicaticcio è evidente. Ma se « *haec autem—testatur* » è una glossa postclassica, a maggior ragione è da ritener classico il testo che essa commenta: e tale testo ha ben due volte « *dicat* », termine che ben può alludere anche al testamento scritto, ma che certamente si riferisce anche, se non esclusivamente, al testamento orale. Se Ulpiano avesse scritto *scribat* ed il glossatore postclassico avesse voluto riferire il testo al testamento orale, egli avrebbe corretto lo *scribat* in *dicat*: gli sarebbe stato sufficiente.

è difficilmente supponibile, solo per questo motivo, l'alterazione postclassica dei singoli testi.

[20] SOLAZZI 3.213.

[21] SOLAZZI 3.217.

[22] È da rilevare che, se realmente il testo originario di Ulpiano avesse suonato cosí come congettura il Solazzi, il rielaboratore postclassico non lo avrebbe rimaneggiato cosí come si legge attualmente in D. 28.5.1.1, ma avrebbe, piú probabilmente, scritto: *institutum autem heredem non solum eum dicimus, qui scriptus est, sed etiam nuncupatus.*

[23] Cfr. DAVID, *Studien zur « heredis institutio ex re certa »* (1930) 6 nt.

[24] SOLAZZI 3.212 s.

Secondo il Solazzi, non esisterebbe, nel linguaggio e nella mentalità del diritto romano classico, una *nuncupatio heredis*, ma solo una *nuncupatio testamenti*, rappresentata dalla pronuncia delle parole *haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do ita lego ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*[25]. Ma *nuncupare heredem* è terminologia confermata dal linguaggio letterario[26] e suggerita, del resto, dal significato stesso di *nuncupare*, che significa pronunciare solennemente e pubblicamente[27]. Esiste, certamente, anche una ristretta *nuncupatio testamenti*, che è quella cui fanno riferimento Ulp. 20.9 e 13 e Gai 2.104, 109, 116, 119, 121, 149*a*; ma non bisogna tralasciare di osservare che Gai 2.104 spiega, a proposito della *nuncupatio testamenti*, che si tratta di una formula ristretta, la quale va intesa con riferimento complessivo a tutte le disposizioni testamentarie, a cominciare dalla *nuncupatio heredis: nuncupare est enim palam nominare; et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare*[28]. Del resto, vi sono passi, nei *Digesta*, dai quali nessuno sforzo critico varrà ad estirpare convincentemente la *nuncupatio heredis*.

D. 28.1.21 pr. (Ulp. 2 *Sab.*): *Heredes palam ita, ut exaudiri poss[u]⟨i⟩nt, nuncupandi s[i]⟨u⟩nt. licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere: sed si nuncupat, palam debet. quid est palam? non utique in publicum, sed ut exaudiri possit; exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus; et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit sollemnem numerum exaudire.*

Le scorrettezze sintattiche del primo periodo dipendono da disattenzione degli amanuensi e non valgono a fornire indizi di nessun genere per l'alterazione postclassica[29]. Son evidentissimi, nel passo: l'insegnamento lapidario di Sabino, costituito dal primo periodo, e le chiose

[25] SOLAZZI 3.213 ss.

[26] Cfr. FORCELLINI, *Lexicon* shv.

[27] Interessanti osservazioni in DULCKEIT (*cit. retro* nt. 10) nt. 22 e 28.

[28] Ed è opportuno mettere in rilievo, di passata, che nella formula gaiana della *nuncupatio testamenti* (riferita in questa pagina) le parole *ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt* hanno evidentemente il carattere di una proposizione inserita in un secondo momento: se fosse stata scritta di getto, la formula della *nuncupatio testamenti* avrebbe portato *quae in his tabulis* etc.

[29] Del tutto inaccettabile la radicale esegesi critica del BESELER, in *ZSS.* 66 (1949) 603.

esplicative di Ulpiano, che ad esso fan seguito [30]. Al Solazzi [31] può tranquillamente opporsi che la logica di *licebit ergo—debet* non è « misteriosa »: si può testare per iscritto o a voce, ma nel secondo caso è indispensabile che i testi siano in grado di udire chiaramente le disposizioni di ultima volontà [32].

Della classicità del *testamentum* civilistico *per nuncupationem* ci dà prova non soltanto il commento di Ulpiano *ad Sabinum*, ma anche qualche altro autore classico.

D. 28.1.25 (Iavol. 5 *post. Lab.*): *Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere quam fecisse Varus digestorum libro primo Servium respondisse scripsit: itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare: ego nec Servium puto aliud sensisse.*

È un testo elegantissimo, che chiaramente si riferisce ad un *testamentum per nuncupationem*, il quale è stato interrotto, durante il suo compimento, dall'improvviso mancare della favella al testatore. Da respingere, a nostro avviso, l'opinione del Solazzi, secondo cui saremmo, invece, di fronte ad un caso di dettatura di testamento scritto [33]. Proprio il Solazzi giustamente osserva, contro la sostituzione di *nuncuparet* ad *exprimeret* proposta dal Beseler [34], che *nuncupare* non sembra usato per indicare la dettatura di disposizioni testamentarie ad uno scriba [35]. Si aggiunga che, se realmente la fattispecie fosse stata quella di una dettatura interrotta, sarebbe stato puerile trattare con tanta minuzia i problemi considerati nel testo: il testatore, non potendo piú continuare a dettare, avrebbe scritto egli stesso il rimanente delle disposizioni. Anzi, vi è di piú. Se si fosse trattato, nella specie, di testamento *per aes et li-*

[30] Non tiene conto di ciò il SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas*, in *AUPA*. 17 (1937) 149, che ritiene glossato il testo da « *quid est palam?* » alla fine. Nello stesso senso è anche DULCKEIT (*cit. retro* nt. 10) 183 nt. 14. Comunque, l'atetesi di questa parte del frammento non ne pregiudica l'insegnamento sostanziale.

[31] Cfr. SOLAZZI 3.213 s.

[32] Nel caso di testamento scritto, invece, i testimoni della *mancipatio familiae* hanno la possibilità di leggere le *tabulae*, senza che alcuno ne reciti ad alta voce il contenuto.

[33] Cfr. SOLAZZI 3.214.

[34] In *Fs. Schulz* 1.24.

[35] SOLAZZI 3.214 nt. 6.

*bram* scritto, non sarebbe dovuto sorgere nessun problema, perché il testamento sarebbe stato impossibile: infatti, nel caso di testamento scritto, prima veniva la redazione (eventualmente per mezzo di dettatura ad un amanuense[36]) delle *tabulae*, poi seguiva la *mancipatio familiae*, in cui parlava il *familiae emptor*, indi veniva la *nuncupatio testamenti*, che doveva essere necessariamente fatta con la sua viva voce dal testatore, il quale, dunque, non sarebbe stato in grado di compierla, e conseguentemente non sarebbe stato in grado di far testamento civilistico, se fosse ammutolito durante la redazione delle *tabulae*[37]. Viceversa, trattandosi di *testamentum* civilistico *per nuncupationem*, il problema ricordato da Giavoleno aveva tutto il modo di sorgere, perché in tal tipo di testamento si incominciava col fare la *mancipatio familiae* e poi seguiva, da parte del testatore, la *nuncupatio*, con la indicazione degli *heredes* e di ogni altro beneficiato o diseredato[38]. È di evidenza palmare, quindi, che Giavoleno si riferiva, nel testo in esame, ad una *nuncupatio heredis* perfetta, ma cui era incerto se sarebbero o meno seguite, ove il testatore non avesse perduto la voce, altre designazioni testamentarie.

D. 28.5.59 pr. (Paul. 5 *Vit.*): *Nemo dubitat recte ita heredem nuncupari posse: « hic mihi heres esto », cum sit coram qui ostenditur.*

Secondo il Solazzi, « questo testo immagina una istituzione di erede verbalmente dichiarata, ma non costringe a pensare che tale dichiarazione fosse sufficiente per aversi un valido testamento »[39]. Ma Paolo dice: *recte ita heredem nuncupari posse.* Comunque, messa per iscritto, la designazione *hic mihi heres esto* non avrebbe avuto alcun valore, perché le *tabulae* non avrebbero permesso di capire chi fosse *hic.* Solo verbalmente, e con l'aiuto di un cenno indicativo, la designazione è pensabile.

D. 29.7.20 (Paul. 5 *l. Iul. Pap.*): *Si palam heres nuncupatus sit, legata autem in tabulis collata fuerint, Iulianus ait tabulas testamenti non intellegi, quibus heres scriptus non est, [et magis codicilli quam testamentum existimandae sint]: et puto hoc rectius dici.*

Giustamente il Solazzi[40] ravvisa una interpolazione nella frase so-

[36] Cfr. Scaev. D. 32.102.1; Marcian. D. 48.10.1.8; Callistr. D. 48.10.15 pr.; Paul. D. 29.1.40 pr.

[37] Cfr. Gai 2.104, illustrato *retro* n. 2.

[38] Cfr. Gai 2.102 (*retro* nt. 16).

[39] SOLAZZI 3.215.

[40] SOLAZZI 3.216. Cfr. anche DAVID (*cit. retro* nt. 23) 7 nt. 7.

pra segnata [41]. A prescindere da ciò, egli sostiene che, a parere di Giuliano e di Paolo, manchi, nella fattispecie, un valido testamento, in quanto che a questo fine vanno prese in considerazione esclusivamente le *tabulae*, ed è avvenuto che in queste sia stata omessa, per dimenticanza dell'amanuense, l'*institutio heredis*. « Se fosse stato ammesso il testamento *per nuncupationem* — egli aggiunge —, l'istituzione dell'*heres nuncupatus* sarebbe stata regolare ed a forziori sarebbero stati validi i legati disposti oralmente ». Ma il testo di Paolo, almeno a nostro avviso, non pone in dubbio la validità dell'*institutio heredis per nuncupationem*: esso si limita ad escludere che abbiano carattere di testamento le *tabulae* ove sono scritti i legati. Ciò è ben comprensibile, perché non vi è nessuna connessione logica tra le *tabulae* contenenti i legati e l'*institutio heredis* orale. Né deve far meraviglia che i legati possano essere stati disposti per iscritto, quando si pensi alla eventualità che li si sia determinati a distanza di tempo dalla *heredis institutio* orale e che, per di piú, la forma scritta sia stata suggerita dal loro numero e dalla loro complessità.

Concludendo [42]. Il testamento civilistico orale rimase sempre perfettamente valido per tutto il corso dell'età classica del diritto romano. Termine tecnico che valse a designarlo fu il termine *nuncupatio* (*heredis*) o *nuncupare* (*heredem*), onde è lecito ritenere che ad esso, e ad esso soltanto si riferiscano le espressioni (come *instituere*, *substituere per nuncupationem*, o genericamente *nuncupatio*), le quali non siano espressamente limitate alla *nuncupatio testamenti*.

4. — C) Manca ogni prova od indizio per poter ritenere che, in età classica, accanto alla edittale *bonorum possessio secundum tabulas*

[41] Il DULCKEIT (*cit. retro* nt. 10) 195 nt. 42, obbietta che, espungendo *et magis—sint*, anche il finale perde significato. Non riesco, peraltro, ad intendere l'argomento. Contro l'atetesi è anche SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (1938) 158 ss.

[42] A conforto della classicità del *testamentum* civilistico *per nuncupationem*, va anche rilevato che, per quanto risulta dalle fonti, se per errore avveniva che si omettesse, nella designazione scritta dell'erede, il verbo imperativo *esto*, o anche la parola *heres*, purché la designazione fosse chiara, si ammetteva la validità del testamento, dicendosi *plus nuncupatum minus scriptum*: cfr. Ulp. D. 28.5.1.5-7 e le altre fonti citate ed esaminate dal DULCKEIT (*cit. retro* nt. 10). Rinuncio, invece, a far leva su D. 28.6.20.1 (Ulp. 16 *Sab.*): *Si pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem vel contra fecerit testamentum, valebit*; testo che mi sembra chiaramente un elaborato postclassico (v. anche SOLAZZI 2.262 s.).

*septem testium signis signatas*, sia stata riconosciuta una *bonorum possessio* conforme a disposizioni orali pronunciate davanti a sette testimoni.

Non vi è dubbio che l'editto pretorio accordasse la *bonorum possessio* alle persone designate dal testatore pure in mancanza di *mancipatio familiae* e di *nuncupatio testamenti*, ma sempre che vi fossero delle *tabulae non minus septem testium signis signatae*[43]. L'esistenza delle *tabulae* non poteva essere trascurata dalla giurisprudenza, ma solo dallo stesso pretore, mediante concessioni decretali, o, naturalmente, dagli imperatori, mediante le loro costituzioni[44]. Tuttavia, a prescindere dal rescritto di Gordiano che sarà esaminato piú oltre[45], non risultano costituzioni imperiali né concessioni decretali del pretore, in base a cui la *bonorum possessio* sia stata attribuita, non soltanto in mancanza di *mancipatio familiae*, ma anche in mancanza di *tabulae testamenti*, cioè sulla base di una pura e semplice designazione verbale attestata da sette persone. Se mancavano le *tabulae*, la *bonorum possessio* non era concessa alle persone designate dal *de cuius*, ma ai successibili (pretorii) *ab intestato*[46].

Ma qui occorrono due precisazioni, per mettere in rilievo elementi, che sembra siano sfuggiti sinora agli studiosi dell'argomento.

(*a*) Primo punto da chiarire è che le *tabulae testamenti non minus septem signis signatae* rappresentavano il *maximum* di largheggiamento del pretore nella sua funzione di *adiuvare* e *supplere* il *ius civile*[47]; esse rappresentavano il caso limite della *bonorum possessio* « secondativa »

[43] Cfr. LENEL, *Edictum perpetuum*[3] (1927) § 149.

[44] Secondo il SOLAZZI 1.314, « portando l'albo di Adriano la promessa di dare la *bonorum possessio secundum supremas tabulas ' si tabulae testamenti extabunt non minus quam septem testium signis signatae '*, il pretore non poteva derogare a questa condizione senza esservi autorizzato da qualche costituzione imperiale ». Come ho cercato di dimostrare altrove (*L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'Editto*, in *Studi Albertario* 1.256 ss.), io contesto la premessa di questa affermazione. Comunque, anche a voler prestar fede alla tradizione circa la codificazione adrianea dell'Editto pretorio, mi sembra che questa avrebbe impedito ai pretori l'emanazione di nuovi editti, ma non avrebbe punto impedito, almeno teoricamente, concessioni decretali, singole, basate direttamente sulla *iurisdictio*.

[45] Cfr. *infra* n. 5.

[46] D. 38.6.3 (Ulp. 8 *Sab.*): *Bonorum possessio potest peti ab intestato, si certum sit* (implicito: *testamentum iure civili factum non extare et*) *tabulas non extare septem testium signis signatae.*

[47] Cfr. Pap. D. 1.1.7.1.

(il caso, cioè, oltre il quale, come abbiamo visto, si passava alla concessione della *bonorum possessio ab intestato*), ma non rappresentavano il caso unico ed esclusivo della stessa *bonorum possessio* secondativa. Se la *bonorum possessio* veniva data *secundum tabulas septem testium signis signatas* (indipendentemente dalla esistenza della *mancipatio familiae* e della *nuncupatio testamenti*), a maggior ragione essa poteva essere data *secundum testamentum iure civili factum*, cioè secondo un testamento munito di tutti i crismi richiesti dal *ius civile*. In tal caso la *bonorum possessio* esplicava una funzione meramente confermativa del *ius civile*: funzione che nessuno potrebbe negare e nessuno nega [48], funzione che anzi il Leist ed altri hanno addirittura ritenuto originaria dell'istituto [49]. Ma una *bonorum possessio* puramente confermativa di un *testamentum iure civili factum* poteva tanto confermare un testamento in forma scritta quanto un testamento in forma orale, essendo tanto l'una quanto l'altra forma liberamente ammesse nel testamento civile [50]. Se, dunque, nelle fonti si legge di una *bonorum possessio secundum nuncupationem*, non bisogna affrettarsi a pensare alla *bonorum possessio* secondativa di una designazione verbale non accompagnata da *mancipatio familiae*, purché svolta alla presenza di sette testimoni: viceversa, è lecito (anzi, sino a prova contraria, è necessario) pensare ad una *bonorum possessio* meramente confermativa di un *testamentum* civilistico *per nuncupationem*.

(*b*) Altra necessaria precisazione è questa. Non hanno alcun carattere probatorio del cosí detto (e presunto) testamento orale pretorio i testi, i quali parlino di una *bonorum possessio contra nuncupationem*. Come, per la comune dottrina, la *bonorum possessio contra tabulas* è anzitutto quella contro un valido testamento civilistico scritto, e non vuol certamente alludere alle sole *tabulae septem testium signis signatae*, cosí la *bonorum possessio contra nuncupationem* è da intendere in primo luogo nel significato piú ovvio: di *bonorum possessio* contraria ad un testamento civilisticamente valido *per nuncupationem*. La eventuale esistenza di un testamento nuncupativo pretorio va dimostrata con argomenti diversi e indipendenti.

Pertanto, i frammenti ove si discorre di *bonorum possessio contra nuncupationem* servono solamente a confermare la tesi che vigesse tut-

[48] Cfr. per tutti JÖRS-KUNKEL, *Römisches Recht*[2] (rist. 1949) § 201; DULCKEIT (*cit. retro* nt. 10) 186 s.

[49] Cfr. LEIST, in GLÜCK, *Comm. Pandette*, libri 37-38.4.122 (trad. ital.).

[50] V. *retro* n. 3.

tora, in diritto romano classico, accanto al *testamentum per aes et libram* scritto, il *testamentum per nuncupationem heredis* [51].

Dalla seconda precisazione ora fatta consegue, a nostro avviso, che del tutto fuori luogo sono le preoccupazioni, che hanno spinto il Solazzi, al fine di negare l'anteriorità, rispetto alla costituzione gordianea del 242, del testamento orale pretorio, a sostenere l'alterazione postclassica di CI. 6.13.1 e Pap. Berol. 5 *resp.*

CI. 6.13.1 (Gordian. Herculiano, a. 239): *Licet ex causa fideicommissi manumissus sit, quem ex voluntate patris cum sorore te manumisisse proponis, tamen, si extraneos scripsit heredes, partis* [*legitimae*] ⟨*dimidiae?*⟩ *contra tabulas eius bonorum possessionem petendo, vel contra nuncupationem, si testamentum sine scriptis conditum est, intra tempora edicto praestituta eam partem poteris obtinere.*

Secondo il Solazzi [52], pienamente seguito dall'Arangio-Ruiz [53], la frase *vel contra nuncupationem—conditum est* sarebbe spuria per due motivi: perché esorbita dal *casus* sottoposto all'imperatore e perché il testamento orale pretorio nel 239 non era stato ancora inventato. Il primo motivo è plausibile, sebbene insufficiente a dar credito alla tesi dell'alterazione. Il secondo motivo è invece erroneo: la *bonorum possessio contra nuncupationem* è, sino a prova contraria, quella contraria al *testamentum* (civilistico e perfetto) *sine scriptis conditum* [54].

[51] Il valore dell'argomento esposto nel testo è il seguente: altro è che al testamento civilistico nuncupativo sia stato dato rilievo indiretto *iure praetorio* attraverso la *bonorum possessio contra nuncupationem*, altro è, invece, che alla *nuncupatio* non provvista di tutti i crismi voluti dal *ius civile* siano stati riconosciuti effetti diretti *iure praetorio*. Nel primo caso non si può parlare di un testamento nuncupativo pretorio, così come non può parlarsi di un testamento scritto pretorio nel caso in cui sia concessa la *bonorum possessio* contro un valido testamento scritto *per aes et libram*. Di testamento pretorio, e cioè non civile, è lecito parlare solo per atti che non produrrebbero effetti *iure civili*, mentre ne producono *iure praetorio*.

[52] Cfr. SOLAZZI 1.315.

[53] *Intorno alla forma* (*cit. retro* nt. 2) 89 nt. 14.

[54] Il DULCKEIT (*cit. retro* nt. 10) 190 s., parimenti ritiene genuino il rescritto del 239, ma se ne vale come di un argomento analogico a favore della tesi del testamento orale pretorio. Posto che la *bonorum possessio contra tabulas*, secondo lui, faceva riferimento alle *tabulae non minus quam septem testium signis signatae* (v. *retro* nt. 21), la *bon. possessio contra nuncupationem* non poteva, analogicamente, che far riferimento ad una *nuncupatio* operata davanti a sette testimoni (indipendentemente dalla *mancipatio familiae*): per il che egli conclude che il pretore, come riconobbe una *bonorum possessio secundum tabulas non minus septem testium signis signatas*, così dovette riconoscere una *bonorum possessio* secondativa di una pura

Pap. Berol. 14 (5 *resp.*): *... possessionem haberet. Ideoque liberis et parentibus primo loco legata relicta praestabit, quae non praestabit, si condicio institutionis defecerit: eadem erunt tabulis quoque non signatis: defertur enim contra nuncupationem filio possessio, cum valuit nuncupatio, tametsi primus gradus non valuit. et si a secundo exheredatus non fuit, puto contra nuncupationem peti posse bonorum possessionem. caducariae enim non offenditur, cum vocatur suus heres, qui legem excludit caducariam.*

Il frammento non era stato preso in considerazione dal Solazzi nel suo primo articolo sul testamento orale pretorio. Esso fu citato dal Di Marzo [55] allo scopo di dimostrare, contro l'assunto del Solazzi, che già ben prima del 242 il testamento orale pretorio esisteva. Al che il Solazzi ha risposto, sottoponendo il testo ad una spietata critica esegetica, il cui risultato è consistito nell'affermarlo radicalmente glossato in età postclassica [56]. Ma noi non crediamo sia il caso, in questa sede, di controllare il Solazzi nell'esattezza o meno della sua esegesi. Ammettendo che il testo sia genuino [57], ne consegue soltanto che il responso di Papiniano si riferiva alla *bonorum possessio contra nuncupationem*, cioè alla *bonorum possessio contra testamentum sine scriptis conditum*. La *nuncupatio*, che si incontra nel testo, è, insomma, ancora una volta il testamento civilistico orale, e non il presunto testamento orale pretorio [58].

5. — D) I testi, i quali sembrano far riferimento al testamento orale pretorio, sono genuini, ma si riferiscono, in realtà, alla *bonorum possessio* confermativa di un *testamentum per nuncupationem* civilisticamente perfetto.

I passi, che solitamente si citano in proposito, si riducono a due: D. 37.11.8.4 e CI. 6.11.2.

(*a*) D. 37.11.8.4 (Iul. 24 *dig.*): *Quidam testamentum in tabulis sibi fecit, filio autem impuberi per nuncupationem substituit. ⟨quaesitum*

e semplice *nuncupatio* attestata da sette persone. Ma l'argomentazione ora riferita, se si fonda su una indiscutibile esigenza di equità, non ha certamente pari forza logica.

[55] *Cit. retro* nt. 11.

[56] Cfr. SOLAZZI 2 263 ss.

[57] Cfr., tuttavia, sui *libri responsorum* di Papiniano, SCHULZ, *History* cit. 237, e SOLAZZI 2.264 nt. 6.

[58] Il DULCKEIT (*cit. retro* nt. 10) 190 s., basa sul passo dei *responsa* papinianei un ragionamento analogo a quello che abbiamo riferito e criticato *retro* nt. 54.

*est an solus substitutus separatim ab heredibus patris bonorum possessionem petere possit). respondi sententiam praetoris in danda bonorum possessione eam esse, ut separatim patris, separatim filii heredes aestimari debeant: nam quemadmodum scripto filii heredi separatim ab heredibus patris, ita nuncupato potest videri separatim a scriptis patris heredibus bonorum possessio dari.*

Dal Glück [59] all'Arangio-Ruiz [60] e al Dulckeit [61] non si è dubitato che il testo di Giuliano si riferisca alla *bonorum possessio secundum verba testatoris*. Ma stavolta bene ha visto il Solazzi [62] che esso presuppone che « tutte le formalità del testamento civile . . . furono scrupolosamente rispettate ». Il testo riguarda, in altri termini, una *bonorum possessio* confermativa di un valido *testamentum per nuncupationem* [63]. Ed invero, il *quidam* che « *testamentum in tabulis sibi fecit* » compilò evidentemente un testamento civilistico scritto perfettamente in regola, ché altrimenti Giuliano non avrebbe parlato di *testamentum* e non avrebbe comunque mancato di segnalare l'irregolarità dell'atto; per conseguenza, è da presumere che la *nuncupatio* del sostituto pupillare sia avvenuta anch'essa in maniera civilisticamente perfetta, e sia stata cioè accompagnata dalla *mancipatio familiae*. La *ratio dubitandi* del caso esaminato da Giuliano non stava nella mancanza delle forme civilistiche, ma nella circostanza che le ultime volontà del testatore si erano manifestate in parte per iscritto (*heredis institutio*) ed in parte oralmente (*substitutio pupillaris*), mentre il solo *substitutus pupillaris* aveva chiesto la *bonorum possessio* secondativa. Se la *bonorum possessio* fosse stata chiesta anche dagli *heredes scripti* del *pater*, non vi sarebbe stato motivo di incertezze, perché *patris et filii testamentum pro uno habetur etiam in iure praetorio* [64], sicché sarebbe bastata la presentazione delle *tabulae* con sette suggelli ove si era proceduto alla *nomina* degli *heredes patris*. Quindi è da ritenere che, nella specie esaminata da Giuliano, gli *heredes scripti* del padre non abbiano fatto la richiesta della *bonorum possessio* e che, avendola fatta il solo *substitutus per*

[59] *Cit. retro* nt. 4.

[60] *Intorno alla forma* cit. (*retro* nt. 8) 89 e nt. 14.

[61] DULCKEIT (*cit. retro* nt. 11) 189 nt. 32.

[62] Cfr. SOLAZZI 1.314.

[63] Questa almeno era l'opinione del Solazzi nel primo scritto sull'argomento, ove, come sappiamo (v. *retro* nt. 8), non dubitava ancora della classicità del testamento civilistico *per nuncupationem*.

[64] D. 28.6.20 pr. (Ulp. 16 *Sab.*). Cfr. anche Pomp. D. 37.11.9.

*nuncupationem*, Giuliano decide che la *bonorum possessio* gli possa essere conferita, in considerazione del fatto che essa riveste in questa ipotesi carattere puramente confermativo della già esistente qualità di *heres filii*.

(*b*) CI. 6.11.2 (Gordian. Cornelio, a. 242): *Bonorum quidem possessionem ex edicto praetoris non nisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse in dubium non venit*. 1. *Verum si eundem numerum adfuisse sine scriptis testamento condito doceri potest, iure civili testamentum factum videri ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri explorati iuris est*.

Il *principium* di questo rescritto gordianeo esprime lucidamente e impeccabilmente la esistenza di un solo tipo di *bonorum possessio* secondativa edittale: la *bonorum possessio secundum tabulas septem testium signis signatas*[65]. È chiaro che l'affermazione è fatta a titolo di premessa e che essa non intende risolvere un dubbio dell'interrogante, che sul punto sarebbe stato assurdo. Il dubbio dell'interrogante Cornelio è risolto nel § 1, ove Gordiano afferma come cosa certa (*explorati iuris est*) che, essendo intervenuti sette testimoni *sine scriptis testamento condito*, il testamento è *iure civili factum* e la *bonorum possessio* si attribuisce *secundum nuncupationem*. Si riferisce qui Gordiano ad una designazione testamentaria orale fatta davanti a sette testimoni, ma non accompagnata dalla *mancipatio familiae*? Questa è l'interpretazione corrente[66], ma non sembra possibile accoglierla: sia perché nel *principium* l'imperatore tanto esplicitamente ricorda che la *bonorum possessio* secondativa è assegnata dall'editto solo in presenza di *tabulae*, e sia perché contrasta con essa interpretazione la frase *iure civili testamentum factum videri*, mentre è chiaro che non è *iure civili factum* un *testamentum* privo di *mancipatio familiae*. Il Solazzi[67], seguito dall'Arangio-Ruiz[68], è tanto fermamente convinto dell'interpretazione corrente, che dichiara insulsa la frase *iure civili testamentum factum videri* e pertanto

[65] V. *retro* nt. 44.

[66] Cfr. per tutti Biondi, *Successione testamentaria* cit. 50: « Gordiano accorda la *bonorum possessio secundum nuncupationem*, presumendo *iure civili factum* il testamento, ancorché l'atto sia compiuto *sine scriptis* ». Ma, a parte il fatto che Gordiano non si dà le arie di introdurre un principio nuovo (*explorati iuris est*), va rilevato che, per concedere la *bonorum possessio* secondativa, non vi era bisogno di presumere che il testamento fosse *iure civili factum*.

[67] Solazzi 1.312 ss.

[68] *Intorno alla forma* (*cit. retro* nt. 2) 89 nt. 14.

l'afferma inserita nel testo da un glossatore [69]: ma è assai improbabile che un glossatore postclassico, per quanto sciocco, potesse avere la spinta ad inserire tale frase, tanto piú che, a quanto sembra, almeno per un certo tempo i postclassici identificarono il testamento civile con quello orale, ma ritenendo che fossero sufficienti cinque, anziché sette, testimoni. Ciò dato, è preferibile credere che il dubbio di Cornelio sia stato un altro: dato che l'editto parla esplicitamente di *tabulae*, si può chiedere la *bonorum possessio*, anche soltanto confermativa, di un *testamentum per nuncupationem*? E Gordiano risponde che la soluzione affermativa *explorati iuris est*, non offre il fianco a dubbi di sorta, trattandosi solo di confermare un testamento civilisticamente regolare [70].

A mio avviso, quindi, il famoso rescritto di Gordiano dell'a. 242 non soltanto è perfettamente genuino, ma va interpretato in maniera diversa da quella corrente.

[69] Cfr. anche DULCKEIT (*cit. retro* nt. 11) 189 s.

[70] Lo SCHULZ, *Classical Roman Law* (1950) 243, 246 s. offre un'altra esegesi critica del rescritto di Gordiano. Egli parte dalla giusta osservazione che *iure civili testamentum factum videri* non può essere insiticio e ne trae la conseguenza che Gordiano abbia, pertanto, detto *secundum nuncupationem hereditatem deferri rell.* Ma perché mai un commentatore postclassico avrebbe surrogato *hereditatem* con *bonorum possessionem*? Cfr. anche, contro la tesi dello Schulz, DULCKEIT (*cit. retro* nt. 11) 189 s.

# LA SCRITTURA NEL « TESTAMENTUM PER AES ET LIBRAM »

1. — In due recenti articoli l'Arangio-Ruiz [1], ponendosi in netto contrasto con la *communis opinio* dei romanisti [2], ha affermato e cercato di dimostrare che nel *testamentum per aes et libram* del diritto romano classico, quando fosse scritto e segreto, la scrittura non aveva carattere probatorio, ma dispositivo, sostanziale: ciò perché le disposizioni di ultima volontà erano sottratte alla cognizione dei testimoni, e quindi la volontà del testatore si manifestava esclusivamente a mezzo delle *tabulae* [3].

* In *St. Paoli* (1955) 377 ss.

[1] *Intorno alla forma scritta del « testamentum per aes et libram »*, in *Atti Congr. Verona* 3 (1953) 81 ss.; *Il testamento di Antonio Silvano e il Senatoconsulto di Nerone*, in *St. Albertario* 1 (1953) 201 ss.

[2] Cfr., per tutti, Biondi, *Successione testamentaria e donazioni* (1943) 48 e *passim*. Cfr. anche, fra gli altri, Archi, *« Civiliter vel criminaliter agere ». In tema di falso documentale*, in *Scr. Ferrini Milano* 1 (1947) 34 nt. 3, il quale sostiene che « non si possa parlare di una forma scritta del *testamentum per aes et libram* accanto ad una pretesa forma orale del medesimo », dato che « da un rigoroso punto di vista giuridico quella distinzione non ha valore, perché semplice questione di fatto estranea alla sfera del diritto »: affermazione certamente ineccepibile, ma che non sembra tener conto dell'opportunità, anzi della necessità pratica di parlare di « testamento scritto » per il *testamentum per aes et libram* qualora fosse trasfuso, sia pure a scopo probatorio, in un documento.

[3] In questo senso cfr. anche Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* 1 (1908) 294 nt. 14, ove già si precisa che il documento testamentario aveva carattere misto: dispositivo nella parte contenente le disposizioni di ultima volontà, probatorio nella parte attestante il compimento della *mancipatio familiae*. Sembra presumere il carattere dispositivo della forma scritta, pur senza discutere per esplicito il problema, anche il Solazzi, che in una serie di scritti ha addirittura sostenuto che in diritto romano classico, quanto meno sino a Gordiano, non si conobbe proprio il testamento orale, salvo il caso di una *substitutio pupillaris* orale fatta da chi avesse per il resto testato in forma scritta: cfr. Solazzi, *Gordiano e il testamento orale pretorio*, in *SDHI*. 13-14 (1947-48) 312 ss.; *Testamenti « per nuncupationem »*, in *SDHI*. 17 (1951) 262 ss.; *Ancora del testamento nuncupativo*, in *SDHI*. 18 (1952) 212 ss.

La tesi dell'Arangio-Ruiz, benché corredata da una argomentazione eccezionalmente brillante e suggestiva, non mi sembra accoglibile [4]. Io penso di poter dimostrare, in senso contrario: *a*) che mancano del tutto elementi tali da far ritenere verosimile che, nel *testamentum per aes et libram*, il documento abbia mai avuto carattere dispositivo; *b*) che i *testamenta per aes et libram* a noi documentalmente pervenuti contribuiscono a dimostrare come la scrittura avesse funzioni esclusivamente probatorie [5].

2. — *A*) Mancano elementi per ritenere verosimile che, nel testamento *per aes et libram* scritto, il documento abbia mai avuto carattere dispositivo.

Il ragionamento che induce l'Arangio-Ruiz ad affermare il valore dispositivo del documento nel testamento civilistico romano è, in breve, il seguente [6]. L'analisi della trattazione dedicata da Gai 3.131-134 ai contratti letterali porta a stabilire che « il documento portatore di obbligazione è dispositivo quando l'obbligazione si crea scrivendo, probatorio quando l'obbligazione preesiste alla scrittura (o magari è contratta nello stesso momento in cui la scrittura si redige, ma indipendentemente da tale redazione) ». Da ciò si trae l'illazione che, in ordine al testamento civilistico scritto, « dobbiamo dunque stabilire se le *tabulae* documentino una manifestazione di volontà già di per sé valida o se quella dichiarazione di volontà che è il testamento si sostanzi proprio nella redazione di esse » [7]. Considerato che il *testamentum per aes et libram* in forma scritta era redatto in modo, durante l'età classica, che i testimoni non potessero prendere visione del contenuto delle *tabulae* [8], l'Arangio-Ruiz conclude che, per conseguenza, la volontà del

[4] Già l'ho sostenuto nella relazione letta a Barcellona nell'ottobre 1953, in occasione della riunione annuale della « Societé d'histoire des droits de l'antiquité ».

[5] Per la dimostrazione, contro la tesi del SOLAZZI (v. nt. 3), che il testamento civilistico classico non fu esclusivamente scritto, v. GUARINO, *La forma orale e la forma scritta nel testamento romano*, in *St. de Francisci* 2 (1954) 53 ss.

[6] Cfr. *Intorno alla forma* cit. 81 ss.

[7] Cfr. in particolare 82.

[8] 82: « Ma piú tardi, e all'epoca di Gaio praticamente quasi sempre (tanto che lo scrittore non crede neppure di dover segnalare l'esistenza di una pratica piú vicina all'originaria), *familiae emptor*, *libripens* e testimoni intervenivano soltanto dopo che il testatore aveva scritto o fatto scrivere il testamento, e la tradizionale vendita del patrimonio si faceva in relazione a quello scritto, che agli intervenuti rimaneva

testatore si estrinsecava nella redazione delle *tabulae* e che, pertanto, queste avevano carattere dispositivo.

Non vi è alcun dubbio che il criterio orientativo, che l'Arangio-Ruiz formula sulla base di un esame dei contratti letterali classici, sia impeccabile. Effettivamente, se avessimo elementi per poter affermare che il testatore romano, quando redigeva per iscritto il testamento *per aes et libram*, manifestava la sua volontà attraverso questa redazione e solo attraverso questa redazione; se avessimo elementi per poter affermare ciò, dovremmo necessariamente concludere che il documento aveva, in tal caso, valore sostanziale, dispositivo. Senonché, a mio avviso, elementi per poter giungere ad affermazioni siffatte non ve ne sono, o sono del tutto illusori.

A mio parere, l'Arangio-Ruiz tralascia di conferire il peso che merita ad un punto di fondamentale importanza. Il carattere dispositivo del documento non può risultare dai fatti, né può essere determinato da una semplice prassi, ma deve risultare da una *regula iuris*, espressa o tacita che sia. In altri termini, una certa forma, orale o scritta, in tanto è *ad substantiam*, in quanto il diritto esiga che sia *ad substantiam* [9]. Quindi, non autorizza a ritenere dispositivo il documento testamentario il solo fatto che, talvolta, i testimoni non prendessero conoscenza del contenuto delle *tabulae*, perché ciò vorrebbe dire soltanto che, in quelle singole fattispecie, i testimoni non avrebbero fatto il loro dovere. Né autorizza a proclamare dispositivo il documento testamentario il fatto che si era formata addirittura una prassi, per cui i testimoni non prendevano visione del contenuto delle *tabulae*, perché ciò significherebbe soltanto che le *tabulae* avevano carattere praticamente dispositivo, ma non significherebbe ancora che la scrittura delle medesime fosse richiesta dall'ordinamento giuridico *ad substantiam* [10]. Ora, nel caso del testamento civilistico scritto, sembra da escludere con piena sicurezza che esistesse una norma per cui, almeno in certe ipotesi, la redazione scritta fosse necessaria per la esistenza dell'atto.

inaccessibile fuori che nell'involucro esteriore ». La fondatezza di queste affermazioni sarà contestata *infra* n. 3.

[9] Dice l'Arangio-Ruiz, nel brano riportato nel testo, che, secondo i Romani, « il documento è dispositivo quando l'obbligazione si crea scrivendo ». Ma perché, in taluni casi, l'obbligazione si creava scrivendo, e in altri no? Proprio perché vale l'inverso della proposizione formulata dall'Arangio-Ruiz: perché in quei casi il documento aveva carattere dispositivo.

[10] V. *retro* nt. 2.

Osta, anzi tutto, alla ammissibilità di una regola circa la sostanzialità della forma scritta nel testamento civilistico romano, la riconosciuta (e dall'Arangio-Ruiz non negata) esistenza, accanto al testamento *per aes et libram* scritto, del testamento *per nuncupationem* [11]. Se il *ius civile* ammetteva che, almeno teoricamente, si potesse liberamente scegliere tra il testamento integralmente nuncupativo e quello con riferimento a *tabulae*, senza che fosse stabilita alcuna diversità di casi di applicazione o di effetti tra l'una e l'altra forma, segno è che vigeva in materia piena libertà di forme e che la forma documentale non era richiesta né *ad substantiam* né *ad probationem*, sebbene fosse ovviamente utilissima almeno ai fini probatori. Alla stretta di questo argomento l'Arangio-Ruiz ritiene sufficiente opporre che, in diritto classico, non vi era un unico *testamentum per aes et libram*, il quale potesse liberamente farsi in questa o in quella forma, ma che si erano ormai chiaramente affermate, in quel diritto, due forme distinte di testamento civilistico, quella orale e quella scritta [12]. Tuttavia, ciò è dire in altre parole quanto abbiamo detto noi stessi: non basta constatare che esistono due forme diverse di testamento per poter affermare che esistono due tipi distinti di esso, perché occorre dimostrare che le due forme diverse hanno diversità di applicazioni o diversità di effetti. Anche se fosse davvero esistita una legge regolatrice della forma testamentaria scritta (del che provvidamente l'Arangio-Ruiz dubita [13]), parimenti valido rimarrebbe il nostro ragionamento.

Un vago accenno a campi di applicazione diversi del testamento orale e di quello scritto l'Arangio-Ruiz sembra fare allorché parla del caso del poeta Orazio, il quale, a detta di Svetonio [14], « *decessit . . . herede Augusto palam nuncupato, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas* »: il testamento *per nuncupationem*, sembra dire l'Arangio-Ruiz, sarebbe stato limitato, in età preclassica e classica, ai soli casi in cui il testatore fosse impedito « dall'imminenza della morte o da altra circostanza, dal dare alle sue disposizioni di ultima volontà qualsiasi veste duratura » [15]. Ma i testi, da me

[11] Cfr. lo studio *cit. retro* nt. 5.

[12] Cfr. 85: « Evidentemente i romanisti sono traviati dalla considerazione che un testamento valido potrebbe essere fatto, almeno teoricamente, anche senza *tabulae* ».

[13] Cfr. 87 s.

[14] *Vita Horatii.*

[15] Cfr. 83.

altrove esaminati [16], sul *testamentum per nuncupationem* non sembrano affatto alludere alla sola ipotesi dello stato di necessità, né tanto meno contengono accenni per cui vada ristretta a questa sola ipotesi l'applicabilità del testamento civilistico orale. Inoltre, esistono prove testuali numerose e sicure del fatto che spesse volte la scrittura del documento era operata col sistema della dettatura e davanti ai testimoni [17]: il che significa che la volontà era manifestata oralmente e che le *tabulae* evidentemente si redigevano a puro titolo probatorio, avendosi quello che I. 2.10.4 chiama il *testamentum nuncupativum in scripturam redactum* [18].

L'unica via per poter giungere alla convincente conferma della tesi circa la essenzialità del documento nel testamento scritto romano è di limitare la tesi stessa ai casi di testamento « segreto », cioè di testamento sottratto alla cognizione di chicchessia sino al momento dell'apertura della successione. Ed è questa la via che, non senza qualche incertezza, sembra imboccare l'Arangio-Ruiz [19], il quale fa anche un parallelo tra il testamento civilistico scritto romano e il testamento segreto del codice civile italiano [20]. Ma a me sembra di poter affermare con sicurezza che anche sotto questo profilo la teoria qui contestata non regge.

Manca nelle fonti una esplicita affermazione della esistenza di un testamento scritto segreto, distinto dal testamento scritto non segreto. Il riferimento consueto a Suet. *Nero* 17 [21] non sembra calzante: ivi è detto che sotto Nerone si stabilí « *ut testamenti primae duae cerae testatorum modo nomine inscripto vacuae signaturis ostenderentur* », ma ciò non fu fatto per garantire il segreto delle disposizioni testamentarie, bensí fu disposto esclusivamente « *adversus falsarios* », per impedire che un falsificatore, presentando ai sigillatori un testamento privo della

[16] Cfr. lo studio *cit. retro* nt. 5.

[17] Cfr. Scaev. D. 32.102.1; Marcian. D. 48.10.1.8; Callistr. D. 48.10.15 pr.; Paul. D. 29.1.40 pr.; Ulp. D. 28.5.1.5-7; Ulp. D. 28.5.9.2 e 5; Diocl. CI. 6.23.7.

[18] Non sembra giusta, pertanto, l'affermazione dell'ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma* cit. 83 nt. 4, che soltanto « nel mondo postclassico . . ., per coonestare la prassi ellenistica del testamento dettato al notaio in presenza di testimoni, si è ricorso al concetto del *test. nuncupativum in scripturam redactum* ». Non vi è dubbio che I. 2.10.14 sia un passo compilatorio (cfr. FERRINI, *Opere* 2.365), ma sembra sicuro che esso rifletta una prassi già dell'età classica.

[19] *Intorno alla forma* cit. 84 ss.

[20] A. 604 e 605 c.c.

[21] Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Il testamento di Antonio Silvano* cit. 203.

*inscriptio* del proprio nome, potesse viceversa varare il testamento attribuito ad un altro [22]. D'altra parte, se in Roma fosse esistito un testamento scritto segreto, diverso dai testamenti scritti non segreti e da quelli *per nuncupationem*, evidentemente esso si sarebbe dovuto ritenere nullo ove il segreto fosse venuto a mancare prima dell'apertura della successione [23]: ed invece le fonti romane concordemente insegnano che il testamento scritto, qualunque testamento scritto, non viene meno per la rottura dei lini e dei suggelli, né viene a mancare per la distruzione che se ne operi successivamente alla confezione [24]. Rotto l'involucro, il testamento segreto non esiste piú perché non è piú riconoscibile come testamento di Tizio o di Caio; né si può pensare a ricostruirlo attraverso matrici, che non possono esistere, copie, che non valgono ad identificarlo, testimonianze, che ancor meno servono allo scopo di asserire che l'atto presentato alla sigillazione fosse quello stesso redatto in una certa occasione [25].

3. — *B*) Contro le argomentazioni che portano ad asserire la inverosimiglianza della tesi dell'Arangio-Ruiz circa il valore sostanziale del documento nei testamenti civilistici scritti, o almeno in certi testamenti

[22] L'ARANGIO-RUIZ, *cit.* nt. prec., non disconosce questa *ratio* del provvedimento, ma non ne ammette l'esclusività e dice che, inoltre, « l'essere le *cerae* altrimenti *vacuae* garantiva la segretezza tanto cara ai Romani in questa materia ». Senonché la vacuità delle due prime (o ultime?) *cerae* non era garanzia sufficiente di segretezza delle *cerae* rimanenti: a questo scopo sarebbe occorsa la avvenuta suggellazione di queste ultime.

[23] Nel vigente diritto italiano l'art. 607 c.c. stabilisce che « il testamento segreto che manca di qualche requisito suo proprio, ha effetto come testamento olografo, qualora di questo abbia i requisiti ». Ma una convertibilità siffatta non era pensabile in diritto romano classico, non essendo in esso il testamento olografo ancora conosciuto: cfr. BIONDI, *Successione* cit. 55.

[24] Cfr. BIONDI, *Successione* cit. 595 s. ed i testi ivi citati. Si ricordi, in particolare, Gai 2.151, ove addirittura si afferma « *non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat* ».

[25] L'ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma* cit. 89 s., crede di poter superare l'obbiezione di Gai 2.151 e di ogni altro testo del genere, rilevando che « quando si attribuisce ad un documento carattere dispositivo, non si vuol dire affatto che venendo meno il documento venga meno la situazione giuridica documentata », e ciò perché l'unica cosa che importa, per l'esistenza del negozio, è che la volontà sia stata manifestata, a suo tempo, per iscritto. Ma è chiaro che questa argomentazione, se può valere per il testamento olografo (cosí come per qualunque altro titolo dispositivo), non può valere a fondamento del testamento segreto.

civilistici scritti romani, potrebbe ancora opporsi dall'Arangio-Ruiz questa replica. Sta di fatto che in Roma, anche se non sempre, il testatore redigeva il testamento senza portarne il contenuto a conoscenza dei testimoni, ma sottoponendo alla loro sigillazione la copia già bella e chiusa e soltanto munita esternamente, a scopo di individuazione, di una *inscriptio* recante il suo nome; se il segreto delle disposizioni testamentarie non fosse stato ammesso dall'ordinamento, questo modo di testare avrebbe sfociato in un testamento nullo; invece, anche se fatto in tal modo, il testamento era valido; dunque, la redazione scritta di esso, essendo stata l'unico mezzo di estrinsecazione della volontà del testatore, costituiva la sostanza dell'atto. A questo ragionamento, se fosse effettivamente fatto, potremmo sempre opporre, come insuperabile, l'argomentazione, dianzi accennata [26], basata sulla persistenza del testamento anche in caso di violazione del segreto per rottura dei lini e dei sigilli, ed anche in caso di distruzione: argomentazione che implica, di necessità, che l'ordinamento civilistico romano non prevedeva affatto l'ipotesi specifica di un testamento segreto, ma tollerava (cioè non proibiva esplicitamente) che i testimoni si turassero le orecchie per non ascoltare *de facto* quelle dichiarazioni di ultima volontà del testatore che ascoltavano *de iure*.

Ma la considerazione dei documenti testamentari romani a noi pervenuti ci permette di dire qualcosa di piú: ci permette di contestare che ai testimoni fosse sottratta la vista delle disposizioni contenute nelle *tabulae testamenti*.

Gli studiosi di diritto romano, sopravvalutando l'importanza dell'attestazione contenuta in Suet. *Nero* 17, e tendendo inoltre a ritenere che il testamento romano fosse per lo piú rigorosamente segreto, hanno generalmente insegnato che le *tabulae* testamentarie fossero compilate in questo modo [27]. La faccia esterna della *tab.* I era lasciata senza cera per servire da copertina al polittico; la faccia B della stessa *tabula* e la faccia A della *tab.* II, ambedue cerate costituivano la *scriptura* prima dell'atto e contenevano la *inscriptio* col nome ed i titoli del testatore e i suggelli dei testimoni; la faccia B della *tab.* II costituiva la prima facciata della seconda *scriptura*, segreta, la quale continuava nelle *tabulae* seguenti sino all'ultima, di cui la faccia B, non cerata, costituiva l'altra copertina del documento. Nell'insegnamento comune, la seconda

[26] *Retro* n. 2.

[27] Cfr. per tutti ARANGIO-RUIZ, *Il testamento di Antonio Silvano* cit. *passim*.

scrittura, accuratamente chiusa e suggellata, conteneva il testo delle disposizioni di ultima volontà, a cominciare dalla *heredis institutio*. Tuttavia, la considerazione del materiale documentale in nostro possesso ha portato a concludere che, almeno in esso, la disposizione neroniana non risulta rispettata [28]: in particolare essa non risulta rispettata nel famoso testamento di Antonio Silvano, conservatoci quasi integralmente [29], ove nella stessa faccia B della *tab.* I, in cui è l'*inscriptio* col nome del testatore, si leggono, di seguito all'*inscriptio* stessa, le prime disposizioni, mentre i suggelli dei testimoni sono apposti in fine, dopo una sorta di *subscriptio* del testatore.

Di fronte a cosí fatto stato di cose, la conclusione piú prudente è stata quella adottata dal Macqueron [30], il quale ha detto che, contrariamente a quello che ci saremmo potuti aspettare, il testamento di Antonio Silvano non era un testamento segreto. Ma l'Arangio-Ruiz [31], ritenendo presso che impossibile che i Romani rinunciassero alla segretezza del documento testamentario, ha prospettato e difeso una ingegnosa teoria, del resto balenata, per sua attestazione [32], proprio nella mente del Macqueron, in occasione di una prima e piú superficiale disamina del testamento di Antonio Silvano: la faccia B della penultima tavoletta di un polittico e la faccia A dell'ultima tavoletta si presentano, per chi consideri il polittico al rovescio, stando ad esempio dall'altra parte del tavolo ove siede colui che lo scrive o lo legge, alla stessa guisa, rispettivamente, della faccia A di una *tab.* II e della faccia B di una *tab.* I, e ad esse avrebbe probabilmente alluso la disposizione riferita da Suet. *Nero* 17. In altri termini, le « *primae duae cerae* », cui detta disposizione avrebbe fatto riferimento, sarebbero state le ultime due.

A dire il vero, questo abile tentativo, operato dall'Arangio-Ruiz, per salvare il presunto principio di segretezza del testamento romano poco convince. Che un atto normativo abbia parlato di « *primae duae cerae* », volendo alludere alle ultime due, è strano e poco credibile. Ancor piú strana ed ancor meno credibile la cosa diventa, quando si

[28] Accurata e convincente dimostrazione, se pure in parte congetturale, ne fornisce appunto l'ARANGIO-RUIZ, *cit.* nt. prec.

[29] Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Negotia* n. 47 e letteratura ivi citata. *Adde* DAUVILLIER, *Note sur un testament romain récemment découvert en Égypte*, in *Rec. Acad. Legisl. Toulouse* 18 (1947); MACQUERON, *cit.* nt. seg.

[30] *Le testament d'Antonius Silvanus*, in *RHD.* 24 (1945) 123 ss.

[31] *Il testamento di Antonio Silvano* cit. *passim.*

[32] Cfr. 209 s.

pensi che il provvedimento diceva « *testatorum modo nomine inscripto* », e dunque alludeva ad una *inscriptio* iniziale del documento, mentre la spiegazione dell'Arangio-Ruiz obbliga a credere che il documento avesse sempre ed immancabilmente una *subscriptio* e che alla *subscriptio* stessa si alludesse col provvedimento di età neroniana, quando si diceva viceversa « *inscriptio* »[33]. Un esame pacato della questione non può non spingere alla conclusione che il testamento di Antonio Silvano non era un testamento segreto nel senso proprio della parola, ma, piuttosto, se si vuole, un testamento « riservato », un testamento comunicato solo ai testimoni, da questi scorso con occhio veloce o magari addirittura non scorso, sebbene fosse e rimanesse giuridicamente ad essi noto[34].

Ma anche a voler seguire l'Arangio-Ruiz nella sua ipotesi, egualmente deve negarsi che il testamento di Antonio Silvano abbia potuto essere un testamento segreto, confermandosi con ciò la nostra tesi, per cui i Romani ignorarono del tutto l'istituto del testamento segreto vero e proprio.

Lo schema del *testamentum Antonii Silvani equitis* è il seguente[35]. *Tab.* I faccia A: vuota e senza cera (copertina); faccia B: *inscriptio* e istituzione di erede. *Tab.* II e III (cerate e scritte su ambo le facce): altre disposizioni testamentarie con la clausola terminale « *hoc testamento dolus malus abesto* ». *Tab.* IV faccia A: attestazione dell'avvenuta *mancipatio familiae* e inizio della data; faccia B: fine della data e *subscriptio* di Antonio Silvano in lingua greca. *Tab.* V faccia A: cerata ma vuota; faccia B: cerata in parte per contenere i suggelli dei sette testimoni. Dato questo schema, è evidente che, per salvare la segretezza

[33] L'Arangio-Ruiz, *Il testamento di Antonio Silvano* cit. 210 s., porta buoni argomenti a sostegno della diffusione in Roma dell'uso greco della *subscriptio*, ma, ovviamente, non riesce, né intende riuscirvi, a dimostrare che in età classica l'uso della *subscriptio* sia divenuto generale e costante anche nella madrepatria. Se ciò fosse accaduto, è chiaro che il provvedimento riferito da Suet. *Nero* 17, non avrebbe parlato di *inscriptio*, o almeno avrebbe parlato anche di *subscriptio*. Sorprendente sarebbe poi che l'uso della *subscriptio*, in luogo della *inscriptio*, si fosse generalizzato in Roma (come sembra ipotizzare l'Arangio-Ruiz, *cit.* 211 nt. 3) proprio a seguito di quel provvedimento, che peraltro parlava di *inscriptio*.

[34] La notizia giuridica i testimoni l'avevano per il fatto di avere la possibilità di leggere le *tabulae testamenti*: non era certo indispensabile che le leggessero effettivamente, cosí come non è indispensabile, al giorno d'oggi, che i testimoni di un atto notarile prestino effettivamente orecchio alla lettura del notaio.

[35] Cfr. Guéraud e Jouguet, *Un testament latin « per aes et libram » de 142 apr. J.-C.*, in *Et. de papyrologie* 6 (1940) 1 ss.

delle disposizioni testamentarie, sarebbe occorso che la seconda *scriptura* del *testamentum Antonii Silvani* fosse costituita dalla faccia B della *tab.* I, dalle *tab.* II e III e dalla faccia A della *tab.* IV; la prima scrittura sarebbe stata invece formata dalla faccia B della *tab.* IV e dalla *tab.* V. Ma questa ricostruzione implica che la data dell'atto fosse registrata per metà nella seconda *scriptura* e per metà nella prima scrittura. Non solo, ma essa implica altresí che nella seconda scrittura del documento fossero vergate non soltanto le disposizioni di ultima volontà di Antonio Silvano, ma anche la *testatio* dell'avvenuta *mancipatio familiae.*

L'Arangio-Ruiz non dubita nemmeno un istante, e non potrebbe farlo, che tutto ciò che concerne, nella *scriptura* dell'atto, la *mancipatio familiae* abbia carattere meramente probatorio e non dispositivo; tuttavia egli non crede che implichi alcuna difficoltà la coesistenza in uno stesso atto di una parte dispositiva e di una parte probatoria [36]. Ma qui sta, a mio avviso, l'errore, almeno per ciò che concerne il testamento di Antonio Silvano. Dato che, nel rituale del *testamentum per aes et libram*, la *mancipatio familiae* si faceva dopo la eventuale redazione scritta delle volontà testamentarie [37]; dato che dell'avvenuta esecuzione della *mancipatio familiae* si fa menzione nelle stesse *tabulae* testamentarie, anzi nella stessa presunta seconda scrittura contenente la parte presunta segreta del testamento; ne consegue che le *tabulae testamenti* erano tenute dal *testator* tuttora aperte durante la ritualità della *mancipatio* e che erano chiuse dopo la *mancipatio* stessa. Ma ciò significa che i testimoni della *mancipatio* avevano tutta la possibilità di leggere le *tabulae* prima che fossero chiuse [38]: il che dimostra che il testamento non era segreto, che la volontà del testatore non si manifestava mediante la redazione scritta, che la scrittura non rivestiva, dunque, carattere dispositivo nel *testamentum per aes et libram.*

[36] Cfr. *Intorno alla forma* cit. 84 s., ove per altro l'Arangio-Ruiz, nettamente contrappone alla parte probatoria « quella piú cospicua parte delle *tabulae* che il testatore mostra dal di fuori ma non legge né fa leggere ».

[37] Cfr. Gai 2.104: *... qui facit (testamentum) ..., postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam.*

[38] V. *retro* nt. 34.

# « ABOLERI CARMINA FLAMMIS »

1. — La questione del testamento di Virgilio, onorata mezzo secolo fa anche da una nota di Vittorio Scialoja, è di quelle che si sono andate piuttosto complicando e oscurando, anziché semplificando e chiarendo, attraverso gli studi pubblicati in argomento negli anni [1].

Oggi la discussione non riguarda piú solo le sorti del manoscritto dell'Eneide, ma si estende, per effetto di una ipotesi formulata da A. Rostagni, anche alla contestatissima « *appendix Vergiliana* »: alla quale, appunto secondo il Rostagni, Virgilio avrebbe fatto riferimento nel suo testamento, non meno che all'Eneide, con la generica dizione « *scripta* », riferita dalla *vita Donatiana*. E menzione speciale va fatta, in ordine a questa tematica, di un dotto e impegnato saggio di G. Marconi, che non soltanto porta argomenti degni di nota a favore della esclusione della « *appendix* » dagli scritti (editi e inediti) cui si riferiva Virgilio, ma sostiene, con dovizia di riflessioni psicologiche, che il poeta prossimo a morte dapprima scongiurò gli amici Vario e Tucca di fargli bruciare con le sue mani il manoscritto dell'opera ancora imperfetta, mentre, poi, posto di fronte alla loro resistenza, « con un colpo di astuzia (di quell'astuzia che viene dalla disperazione), sceglie una via di mezzo ma ugualmente efficace ai suoi fini e pone nel testamento la clausola *ne quid edant quod non a me editum sit* ».

Io non sono in grado di pronunciare un sicuro giudizio sulla tesi che gli « *scripta* » (ripeto: editi e inediti) di Virgilio si limitarono alle

* In *ANA*. 92 (1981) 187 ss.

[1] Sul tema: V. Scialoja, *Il testamento di Virgilio*, in *ATH*. 18 (1930) 168 ss.; A. Rostagni, *Virgilio minore* (1933) 10 s.; Id., *Questioni bibliografiche*, in *RFIC*. 75 (1947) 4 ss.; G. Marconi, *Il testamento di Virgilio*, in *R. cult. class. e medioev.* 3 (1961) 342 ss., con bibliografia. Per la bibliografia successiva: W. Suerbaum, *Hundert Jahre Vergil-Forschung*, in *ANRW*. 31.1 (1980) 3 ss., specialm. 42 ss. Sul legato dei *libri* e delle *chartae* v. anche: R. Astolfi, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano* 2 (1969) 274 ss., spec. 283 ss.

Bucoliche, alle Georgiche e all'Eneide (sí che il « *quod non a me editum sit* » del testamento altro non poté indicare se non l'Eneide). Escluderei peraltro che il testamento sia stato fatto dal poeta in punto di morte, e comunque dopo il fallito tentativo di dare alle fiamme il manoscritto dell'Eneide.

Naturalmente, tutto può darsi: anche che la *nuncupatio testamenti* sia stata esalata prima dell'ultimo respiro, o che la disposizione relativa al manoscritto dell'Eneide sia stata aggiunta a titolo di codicillo al testamento, o che Virgilio si sia limitato ad un fedecommesso. Ma la cosa piú probabile, come ha già visto lo Scialoja, è che il *testamentum per aes et libram*, con tutte le sue note complicazioni formali, sia stato dettato da Virgilio, secondo l'uso, quando ancora era a Roma ed in buona salute, al piú tardi nell'imminenza del viaggio che lo doveva portare in Grecia. Prima insomma che il male lo cogliesse, e col male lo invadesse l'angoscia di non poter portare piú a termine l'emendazione del poema, e per l'angoscia egli fosse ossessionato dal desiderio di distruggere personalmente, con le ultime forze che gli restavano, il manoscritto.

È vero che Plinio (*n.h.* 7.31.114) accenna ad una disposizione proprio e solo testamentaria di Virgilio, acché si bruciassero i suoi *carmina*, disposizione cui si oppose Augusto (*Divus Augustus carmina Vergilii cremari contra testamenti eius verecundiam vetuit* . . .), ed è anche vero che un'eco di questa versione si legge nel cosí detto Donatus auctus (52: . . . *testamento comburi iussit* . . .) e forse anche in Macrobio (*Sat.* 1.24.6: . . . *moriens poema suum legavit igni* . . .), ma è piú probabile che si sia fatta confusione, da questi autori, tra la volontà testamentaria, che era quella di non far pubblicare il manoscritto, e il *iussum* insistente, disperato degli ultimi istanti (*iussum* peraltro non testamentario), che fu certamente quello di dar tutto alle fiamme. Del che la conferma ci viene fornita anzi tutto dalla *vita Vergilii* di Probo, la quale, pur riportando lo stesso epigramma (di Servio Varo o di Sulpicio Cartaginese) riferito dal Donatus auctus (38, r. 147-152: « *iusserat haec rapidis aboleri carmina flammis / Vergilius* » ecc.), dice, a differenza di quest'ultimo, che Virgilio si limitò ad ordinare nel testamento « *ne quid eorum quae non edidisset, extaret* », ma ancor piú inequivocabilmente ci viene data dalla *vita Vergilii* di Donato, che è il testo universalmente considerato il piú sicuro, perché quasi certamente derivato, pur con qualche variazione o inserzione, dal *de poetis* dell'attento Svetonio.

2. — Leggiamo dunque il testo di Donato, nella parte che piú qui ci interessa (37-41, 141-161), escludendo cioè il paragrafo 38, con i versi di Sulpicio Cartaginese.

*Heredes fecit ex dimidia parte Valerium Proculum fratrem alio patre, ex quarta Augustum, ex duodecima Maecenatem, ex reliqua L. Varium et Plotium Tuccam, qui eius Aeneida post obitum iussu Caesaris emendaverunt . . . egerat cum Vario, priusquam Italia decederet, ut, si quid sibi accidisset, Aeneida combureret; at is facturum se pernegarat; igitur in extrema valetudine assidue scrinia desideravit, crematurus ipse; verum nemine offerente nihil quidem nominatim de ea (Aeneide) cavit. ceterum eidem Vario ac simul Tuccae scripta sua ea condicione legavit, ne quid ederent, quod a se editum non esset, edidit autem (Aeneida) auctore Augusto Varius, sed summatim emendatam, ut qui versus etiam imperfectos sicut erant reliquerit.*

Lo schema del discorso è di grande chiarezza.

In primo luogo, Donato parafrasa il testamento di Virgilio nel suo « *caput et fundamentum* », costituito dalla *heredis institutio*, e ci fa sapere che il poeta ripartí il suo patrimonio tra cinque coeredi nel modo seguente: una semisse al fratello uterino Valerio Proculo, un quadrante ad Augusto, un'oncia a Mecenate ed il residuo restante, congiuntamente, ai grammatici suoi amici Vario e Tucca, cioè a quelli che furono dopo la sua morte gli *emendatores*, per incarico del principe, della sua Eneide.

In secondo luogo, visto che si trova a parlare di Vario, di Tucca e dell'Eneide, ecco che Donato racconta dei tentativi inutilmente compiuti da Virgilio, già prima di partire, per convincere Vario a bruciare l'Eneide (cioè il manoscritto originale della stessa). Ed ecco ancora che egli descrive la scena del poeta morente che a Brindisi invano chiede agli amici di portargli le casse in cui il manoscritto è riposto, volendolo dare alle fiamme personalmente.

In terzo luogo, chiusa la parentesi con la significativa affermazione che in ogni caso Virgilio nulla predispose di specifico (*nominatim*) per garantire il bruciamento dell'Eneide, ecco Donato tornare ai *verba testamenti* e riferire (anche a confronto del « *nihil quidem nominatim de ea cavit* ») che il poeta fece un prelegato dei suoi manoscritti (editi e inediti: *scripta*) ai coeredi Vario e Tucca, subordinandolo alla « *condicio* » di non pubblicare ciò che non fosse già stato pubblicato in vita da lui.

In quarto ed ultimo luogo, ecco infine Donato farci sapere che

l'edizione dell'Eneide « *summatim emendata* » fu, malgrado il disposto di Virgilio, curata da Vario, che si fece forte dell'*auctoritas* di Augusto.

3. — Occorre ora eliminare gli equivoci piú evidenti, e tutto sarà, almeno lo spero, chiaro.

È probabile, come sostiene il Marconi, che la relativa « *qui eius Aeneida post obitum iussu Caesaris emendaverunt* » non derivi direttamente da Svetonio, ma deve negarsi che essa sia in patente contraddizione con l'ultimo periodo, in cui figura come editore del poema il solo Vario. Vario avrà curato da solo l'edizione, ma non è detto che la sommaria *emendatio* non sia stata operata anche da Tucca, il quale comunque si assunse con Vario la corresponsabilità di non adempiere la « *condicio* » fissata da Virgilio.

Quanto agli « *scripta* » legati da Virgilio ai due amici, si tratta certo di manoscritti di opere edite e inedite, tra le quali nulla esclude esservi state quelle della cosí detta « *appendix Vergiliana* ». Tuttavia, a parte la dimostrazione (sulla quale ho detto che non so pronunciarmi) dedicata dal Marconi alla tesi secondo cui Virgilio altro non scrisse oltre le Bucoliche, le Georgiche e l'Eneide, veramente arrischiata, per non dire assurda, è l'idea del Rostagni che questa dizione generica possa indiziare in positivo l'appartenenza a Virgilio di quella cosí detta « *appendix* ».

Ad ogni modo, quel che maggiormente ci deve interessare è il prelegato degli *scripta* a Vario ed a Tucca. E a questo proposito dissentirei dallo Scialoja, che nella « *condicio* » non vede una vera e propria condizione negoziale (né si pone almeno il problema della clausola « modale »), ma afferma che il divieto (indiretto) di pubblicare l'Eneide « sembra piuttosto concepito come un nudo precetto privo di sanzione giuridica », di cui l'osservanza « poteva riguardare la buona fama del poeta defunto e quindi anche i coeredi nominati nel testamento », tra i quali ovviamente primeggiava Augusto.

Niente di tutto questo. Per quel che leggiamo in Donato, i manoscritti furono prelegati a Vario e Tucca *sub condicione*, cioè sotto condizione potestativa negativa che gli inediti non fossero editi. Auspice Augusto, di cui pesava su tutti quella *auctoritas* della quale egli stesso si vanta nelle *Res gestae* (c. 34), Vario e Tucca, lungi dall'obbedire al precetto e dal prestare ai coeredi (dato e non concesso che questi lo chiedessero) la *cautio Muciana*, rifiutarono il prelegato dei manoscritti, o comunque (praticamente è lo stesso) non rispettarono la

*condicio*: con la conseguenza che gli *scripta* (le « *chartae* ») di Virgilio, anziché andare in comproprietà a loro due, rientrarono nell'asse da dividersi tra tutti e cinque i coeredi, e vi rientrarono, si badi, senza essere piú soggetti al vincolo della non pubblicazione degli inediti.

Caso piú unico che raro, quello qui ricostruito, di un « *summum ius* » che non si sia tradotto, per buona fortuna della poesia di tutti i tempi, nella deprecatissima « *summa iniuria* ».

# SULL'ORIGINE DEL TESTAMENTO DEI MILITARI NEL DIRITTO ROMANO

1. — Una ipotesi dell'Arangio-Ruiz [1], ampiamente confermata dal ritrovamento del Gnomon dell'Idiologo [2], ha già da tempo convinto la dottrina romanistica a distaccarsi dalla tradizionale opinione che il *testamentum militis* scevro di forme, riconosciuto nell'epoca imperiale, fosse una derivazione o un residuo dell'antichissimo *testamentum in procinctu* [3]. L'origine storica del *testamentum militis* fu dall'Arangio-Ruiz luminosamente scoverta nel fatto che l'*exercitus Romanus* ebbe a comporsi, nell'epoca dalle guerre civili a Vespasiano, in misura vieppiú impressionante con l'andar del tempo, di contingenti provinciali, sino ad essere — appunto sotto l'impero di Vespasiano — esclusivamente o quasi esclusivamente formato di militi oriundi delle province. « Da questa *ratio* della disposizione risultano anche i modi della sua applicazione pratica: non già che i soldati dichiarassero le loro ultime volontà in forme arbitrarie, bensí secondo il costume dei loro paesi di origine, . . . e massime secondo il costume greco largamente diffuso nelle province ellenistiche; non già che beneficiassero ogni specie di stranieri, bensí i loro compatriotti di origine, e fra questi principalmente i congiunti » [4].

Questa acuta teoria è fondamentalmente inoppugnabile. Neanche essa sfugge tuttavia — come tutte le teorie veramente innovatrici — a critiche di dettaglio. Io ritengo, dal mio canto, che la dimostrazione dell'Arangio-Ruiz si offra, cosí come è formulata dal suo autore ed accolta dalla romanistica moderna, ad un triplice ordine di obbiezioni.

* In *RIL.* 72 (1938-39) 355 ss.

[1] *L'origine del « testamentum militis » e la sua posizione nel diritto romano classico,* in *BIDR.* 18 (1906) 157 ss.

[2] Cfr. §§ 34, 35. V. anche su ciò *Atene e Roma* (1922) 221 ss.

[3] Cfr. per tutti, nel nuovo senso, JÖRS, KUNKEL, *Römisches Recht*[2] § 204.2, nt. 2.

[4] Questa è la formulazione riassuntiva piú recente dell'ARANGIO-RUIZ: cfr. *Istituz.*[4] 524.

*a*) Obbiezioni di ordine dommatico. L'A.-R. nega che la *ratio* dell'istituto del *testamentum militis* sia quella *simplicitas*, quella *imperitia*, quella *ignorantia iuris*, che pur sono addotte dagli stessi mandati imperiali che concedono il privilegio [5], e vi sostituisse la propria ricostruzione storica. Ma dato che il fenomeno della virtuale saturazione dell'esercito romano con elementi provinciali non fu portato a compimento che con Vespasiano, e dato che il *testamentum militis* risulta concesso primamente (se pur come *temporalis concessio*) da Cesare [6], come giustificare il nostro istituto anteriormente al 69-79 d. C.? Ed inoltre, anche a voler considerare il solo tempo da Vespasiano in poi, dato che l'esercito non era solo formato da elementi provinciali, bensí (se pur in minima parte) anche da romani puro sangue, e dato ancora che i *milites* non erano tutti oriundi delle medesime province, bensí delle province romane piú varie, come poter configurare dommaticamente la *ratio* del *testamentum militis*, altrimenti che con la generica giustificazione della *simplicitas* dei militari? La *ratio legis* non va confusa con l'*occasio legis*. *b*) Obbiezioni di ordine sistematico. L'A.-R., seguendo in ciò il Fitting, si sbarazza della vecchia discussione circa i rapporti fra *testamentum militis* e *peculium castrense* [7]: i due istituti non vanno ravvicinati troppo, perché fioriscono in settori giuridici assolutamente diversi. Giustissimo. Ma il *peculium castrense* ed il *testamentum militis* sono peraltro accomunati, sistematicamente, dal fatto di essere ambo privilegi militari, istituti tipici del *ius singulare* [8]. Ora, dato che il testamento militare appare già concesso (ma soltanto come *temporalis concessio*) da Giulio Cesare, e dato che il *peculium castrense* appare

[5] Cfr. D. 29.1.1 pr., riportato *infra* n. 2.

[6] Cfr. ancora D. 29.1.1 pr., riportato *infra* n. 2.

[7] Cfr. *BIDR*. cit. 164 nt. 2. Per le citazioni della dottrina anteriore, v. *infra* n. 4.

[8] Parlo di *ius singulare* nel senso che noi moderni affidiamo alla parola (cfr., da ultimo, ARANGIO-RUIZ, *Istituz*. cit. 31 s.). In altro scritto (*Ius singulare*, di prossima pubblicazione) dimostrerò che la categoria dommatica *ius singulare* non appartiene al diritto classico, bensí è il prodotto di astrazioni scolastiche del diritto postclassico. Torna spesso, in materia di *testamentum militis* e di *peculium castrense*, la denominazione *ius militare*, ma è una pura denominazione di comodo, usata dai giuristi classici per poter raggruppare sotto un unico titolo espressivo disposizioni le piú diverse attinenti ai militari, in contrapposizione con i civili: cfr., su questa terminologia e per una critica delle teorie che hanno addirittura cercato di costruire un sistema giuridico autonomo del *ius militare*, ARANGIO-RUIZ, in *BIDR*. cit. 170 s., cui aderisce, da ultimo, ORESTANO, *« Ius singulare » e « privilegium » in diritto romano*, estr. da *AUMA*. 11 (1937) 120 nt. 2.

stabilmente introdotto da Augusto [9], rimane inspiegabile come Augusto ed i suoi successori non abbiano rinnovata la concessione del *testamentum militis* e come questo si sia risvegliato da un piú che secolare letargo soltanto con Tito. *c*) Obbiezioni di ordine storico. L'A.-R. ammette, con l'unanime dottrina, che la *concessio* di Giulio Cesare fu sporadica e che il *testamentum militis* si ripresentò alla ribalta del diritto soltanto con Tito ed i suoi discendenti [10]. Ma concepire storicamente uno svolgimento siffatto è presso che assurdo. Possibile che gli imperatori si siano ricordati, dopo qualche secolo, della vecchia concessione di Cesare, ritornandola in vita? E dato che si sia trattato di un puro ricorso storico, possibile che un giurista classico sia andato a rivangare per una tarda concessione imperiale l'antiquato ricordo del conquistatore delle Gallie? Ed in fine, dato che è ben presumibile, se non certo, che Cesare abbia abbondato in concessioni verso i suoi militi, perché solamente per questa è stata fatta menzione di lui? O la *concessio* di Cesare ebbe un rilievo politico e giuridico particolarmente notevole — ed allora è oscuro perché sia stata ripresa soltanto dopo un cosí *longum aevi spatium* —, o quella *concessio* non esorbitò dai limiti di un qualsiasi provvedimento occasionale di carattere militare — ed allora è oscuro perché il ricordo di Cesare sia apparso nel commentario ulpianeo.

Ognun vede che molte delle difficoltà che ancora presenta il tema delle origini del *testamentum militis* si accentrano intorno ad un punto: la menzione di Giulio Cesare, fatta da Ulpiano in D. 29.1.1 pr., come del primo creatore dell'istituto. Storicamente, dommaticamente, sistematicamente il *testamentum militis* si spiega soltanto come un prodotto dell'epoca imperiale già adulta, dell'epoca storica dei Flavi: fu solo allora che, per la estesa provincializzazione degli ambienti militari, la *simplicitas* dei militi acquistò un rilievo cosí preminente, da essere elevata a fondamento di un istituto di privilegio tanto importante; né potremmo spiegarci altrimenti lo sviluppo pienamente autonomo seguito dall'altro privilegio militare del *peculium castrense*.

Qui mi propongo di additare la via per il superamento di queste difficoltà, che incontra sul suo cammino la ricostruzione storica della teoria del *testamentum militis*. Anche su questo punto è compito di

[9] Cfr. i testi citati *infra* n. 4.
[10] Cfr. *BIDR*. cit. 164.

una accorta ma inflessibile critica esegetica di tagliar netto il nodo delle contraddizioni.

2. — Tutta la nostra scienza circa le origini storiche ed il fondamento dommatico del *testamentum militis* si basa su un testo della compilazione, che mi piace riportare per intero.

D. 29.1.1 pr. (Ulp. 45 *ad ed.*): *Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Iulius Caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat. postea vero primus divus Titus dedit: post hoc Domitianus: postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque et Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale. Caput ex mandatis: « Cum in notitiam meam prolatum sit subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam: secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris ».*

1. *Miles autem appellatur vel a militia, id est duritia, quam pro nobis sustinent, aut a multitudine, aut a malo, quod arcere milites solent, aut a numero mille hominum, ductum a Graeco verbo, tractum a tagmate: nam Graeci mille hominum multitudinem* τάγμα *appellant, quasi millensimum quemque dictum: unde ipsum ducem* χιλίαρχον *appellant. exercitus autem nomen ab exercitatione traxit.*

Già da parecchio il frammento ulpianeo ha dato la stura a dubbiezze e discussioni molteplici. Si è discusso, sopra tutto, circa il significato della frase *sed ea concessio temporalis erat*, la quale segue immediatamente, a mo' di limitazione, la dichiarazione iniziale, che Giulio Cesare fu il primo a concedere il privilegio. Mentre alcuni si sono attenuti alla interpretazione piú semplicistica, che cioè la *concessio* di Giulio Cesare ebbe a terminare automaticamente con la morte di lui [11], altri hanno, con maggior ponderazione, avanzata la spiegazione che Giulio Cesare pensasse *a priori* di limitare alla durata del proprio regime politico la concessione del privilegio [12]; altri, infine, senza far

[11] In questo senso è il MÜHLENBRUCH, *Fortsetzung des Glücks-Kommentars* vol. 42, 26.

[12] Cosí FITTING, *Das castrense peculium* (Halle 1871) 10.

mostra di fermarsi a sottilizzare sul significato letterale della frase, ne hanno pienamente accettata la dichiarazione in rapporto al fatto che il privilegio, concesso la prima volta sporadicamente da Cesare, non accennò a divenire usuale che con i Flavi [13]. Tre spiegazioni diverse, che si accordano tuttavia nell'essere per nulla affatto soddisfacenti. Non soddisfa di certo la prima, perché — a parte le obiezioni dianzi genericamente svolte — è inammissibile che Ulpiano abbia potuto dire che la *concessio temporalis erat*, volendo significare che invece essa *temporalis fuit*. Né tanto meno resiste alla critica la seconda, se si pensa che essa non soltanto sforza (e molto) la lettera del testo ulpianeo, ma contraddice al concetto stesso del privilegio militare circa la *libera testamenti factio* dei *milites*: che la concessione fosse limitata e dovesse essere *a priori* considerata da tutti come limitantesi alla durata del potere politico del concedente, era ovvio, sí che non v'era necessità di dichiararlo, mentre l'averlo dichiarato per Giulio Cesare potrebbe implicare, d'altra parte, che Tito ed i suoi successori intendessero la concessione come perpetua, il che sarebbe stato semplicemente ridicolo [14]. L'unico significato plausibile della frase in discussione, quando non la si esamini peraltro da vicino e col metro della sintassi, è quello di una constatazione del carattere sporadico della concessione di Giulio Cesare, la quale fu ripresa e rinnovata soltanto a distanza di un secolo da Tito e dai suoi successori: ma deve essere appunto questa stonatura, questa innegabile discrepanza fra l'ambiguo significato letterale ed il necessario significato logico della frase, a darci adito a sospettare che essa non provenga dallo stilo di Ulpiano.

Ed il sospetto iniziale si corrobora quando, con un'analisi piú accurata, si cerchi di penetrare il senso, per vero non perfettamente chiaro, del periodo ulpianeo. Giulio Cesare viene dunque additato come colui che *primus* concesse ai militi la facoltà di testare *quomodo volent, quomodo poterint*. Ma seri dubbi vanno elevati circa la fondatezza di questa indicazione: essa è — lo ripeto — altamente inverosimile, non tanto perché forse il *testamentum in procinctu* non era ancora, ai tempi

[13] ARANGIO-RUIZ, in *BIDR*. cit. 158: « ... il *t. militis*, a parte la *temporalis concessio* di Cesare, non ebbe sviluppo autonomo che a partire dall'età dei Flavi ... ».

[14] Invece proprio il fatto che Tito ed i suoi successori rinnovarono di volta in volta la concessione, sin che essa divenne tralaticia nei mandati imperiali, dimostra, se pure è necessario, che ciascuno dei Flavi non considerò affatto come perpetua né la *concessio* del predecessore, né quindi la propria.

di Cesare, del tutto scomparso [15], quanto perché è incredibile che Cesare, in un periodo di disfacimento della compagine repubblicana ma non certo ancora orientato verso il sistema augusteo del principato, sia potuto giungere a tanto da concedere la *libera testamenti factio* ai militari, e da concederla, a quanto pare, con la stessa ampiezza con cui essa fu ammessa dai Flavi e consacrata nei mandati dei loro successori [16]. Né basta. Contraddizione patente si ha — è inutile negarlo — fra le due affermazioni *primus quidem divus Iulius Caesar concessit* e *postea vero primus divus Titus dedit*: o fu primo Cesare, e non fu primo Tito, o fu primo Tito, e non fu primo Cesare. E non si obbietti che la contraddizione è eliminata dalla frase *sed ea concessio temporalis erat*: cosí vorrebbe essere, ma cosí non è. Invero, dato e non concesso che quella frase sbiadita provenga proprio da Ulpiano, quale che sia la interpretazione che se ne voglia accogliere, rimane sempre che la *concessio* fu *temporalis* per Tito alla stessa maniera come fu *temporalis* per Cesare: tanto per l'uno quanto per l'altro si trattò, a distanza di piú di un secolo, di una concessione della medesima ampiezza (*libera testamenti factio*) e parimenti limitata nel tempo alla durata del loro potere. Non può credersi, in conclusione, che lo stesso giurista — con o senza la frase *sed ea concessio temporalis erat* — abbia potuto assegnare la priorità nella concessione del *privilegium* tanto a Cesare, quanto a Tito: o l'una o l'altra assegnazione di priorità è indubbiamente posticcia. Ed io penso che, nel concorso della menzione di Cesare e di Tito, bisogni dare, per una volta tanto, a Tito quel che è di Tito e bisogni riconoscere perciò che solamente quest'ultimo introdusse a favore dei militari la *libera testamenti factio*. Ammesso infatti il carattere insiticio della proposizione *sed ea concessio temporalis erat*, e preso atto di ciò, che l'unico possibile significato di essa è nella

[15] È quanto sostiene lo Zocco-Rosa, in *Annuario dell'Istituto di Storia del diritto romano di Catania* 8 (1901-1902) 125 ss., confutato dall'Arangio-Ruiz, in *BIDR.* cit. 158 (specialm. nt. 3-4). Non pare contestabile la opinione della migliore dottrina (in questo senso Jörs, Kunkel, *Röm. R.* cit. § 203.1) che l'antico *testamentum in procinctu* sia caduto, a partire da circa il 150 a.C., in desuetudine.

[16] Strano poi che di questa concessione di Giulio Cesare non si abbia alcuna altra notizia, mentre egli stesso, ed altri ancora, tanto si sono diffusi sulle vicende della sua vita militare e politica. Degno di nota è che Cicerone (*de nat. deor.* 2.3; *de or.* 1.53) si lagna della scomparsa del *testamentum in procinctu*, dando mostra di ritenerlo l'unico modo di cui potrebbero avvalersi i militari, onde disporre *mortis causa* durante le campagne e nell'imminenza delle battaglie.

constatazione del carattere sporadico della concessione di Giulio Cesare, chiaro è che il glossatore di Ulpiano non avrebbe aggiunto *postea vero primus divus Titus dedit*, bensí presumibilmente solo *postea vero divus Titus dedit*: il secondo *primus* non si giustifica, nel nostro frammento, se non ammettendo che già figurasse nel testo genuino ulpianeo. Quivi mancava invece la prima dichiarazione (e cioè *primus quidem divus Iulius Caesar concessit*) ed il commentatore postclassico — stante il *primus*, che già qualificava Tito rispetto alla concessione del *testamentum militis* — doveva quanto meno dire che Cesare (al quale era dedicata la sua osservazioncella marginale) era stato lui il primo, il vero *primus* a concedere il privilegio [17].

Certo è che non siamo di fronte ad un emblema dei commissari giustinianei. Difficile è ammettere che possa essersi trattato giusto di loro, perché essi non avrebbero perso il tempo a resuscitare il ricordo di Giulio Cesare. Ma un lettore postclassico sí. Io congetturo senza esitazione che il frammento di Ulpiano sia passato per le mani di un glossatore pedante e completomane, che si è deliziato a postillarlo in maniera minuta e balorda, ma fortunatamente visibile. Se stramba reminiscenza saccente è la menzione di Cesare come primo elargitore del privilegio, riempitivo da completomane è il *post hoc Domitianus*, frase sgrammaticata ed inelegante (*post hoc*), con la quale si è tenuto ad indicare l'imperatore intermedio fra Tito e Nerva, Domiziano.

E si noti, a complemento di questi cenni, che postclassico, e probabilmente dello stesso commentatore pregiustinianeo [18], è tutto il paragrafo 1, del quale il giurista classico avrebbe potuto soltanto arrossire. Non mi sfugge che anche i giureconsulti dell'età aurea erano alquanto dilettanti in materia di etimologie, ma da questa verità sino all'ammettere che Ulpiano potesse addirittura scrivere la filza di osservazioni banali che si leggono in D. 29.1.1.1 ci corre, e molto. *Vel . . . aut . . . aut . . . aut . . .* è già indizio grave della provenienza non classica di questo paragrafo. Si aggiunga poi che Ulpiano avrebbe scritto, se dovessimo prestar fede al testo, che *miles . . . appellatur a militia, id est duritia quam pro nobis sustinent*, e che, se anche il costrutto

[17] Il commentatore postclassico avrebbe anche dovuto cancellare, a rigore, il *primus* che nel testo ulpianeo precedeva *divus Titus*. In ogni caso, ben altro sarebbe stato se egli stesso avesse scritto quel *primus*, ed altro è che egli invece abbia omesso di cassarlo.

[18] Salvo le parole *ductum a Graeco verbo tractum a tagmate*, su cui *infra* nt. 19.

non fosse scompaginato, l'osservazione ora riportata rimarrebbe pur sempre di una scipitaggine esemplare. E che dire delle etimologie *miles a multitudine*, oppure *a malo, quod arcere milites solent*, o infine *a numero mille hominum* con tutto lo scomposto conversare sul τάγμα che segue [19]? E cosa c'entra l'etimologia di *exercitus*? E perché, da ultimo, tutto questo complesso di etimologie strampalate, gettato lí alla rinfusa come merce di scarto su un banchetto alla fiera? La tesi dell'inquinamento postclassico si impone [20].

Io ritengo, per concludere su questo punto, di dover proporre la seguente ricostruzione di D. 29.1.1:

| Ulp. 45 *ad ed.* | Commentatore postclassico |
|---|---|
| *Militibus liberam testamenti factionem* (a) *primus divus Titus dedit:* (b) *postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque et Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale* (c): « *Cum in notitiam — testatoris* ». (d). | (a) *primus quidem divus Iulius Caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat.* [*postea vero*] [21]<br>(b) *post hoc Domitianus:*<br>(c) *Caput ex mandatis*<br>(d) *Miles autem — traxit.* |

3. — Non insisterò oltre sul punto che il fondamento razionale del *testamentum militis* non può essere altro che quella *simplicitas*, di cui appunto parla il *caput ex mandatis* riferito da D. 29.1.1 pr. Il contestarlo significa, a mio avviso, creare discussioni su punti che dovrebbero essere pacifici per la loro stessa evidenza.

All'Arangio-Ruiz, che tende a fare del frutto della sua intuizione storica circa le origini del privilegio la *ratio*, addirittura, del medesimo,

[19] Il Mommsen, non sospettando la genuinità di questo paragrafo, proponeva tuttavia la espunzione di *ductum a Graeco verbo tractum a tagmate*, parole di evidentissimo carattere glossatorio rispetto alla menzione del τάγμα. Io ritengo invece che queste parole siano un glossema apposto alla glossa primitiva del dettato ulpianeo.

[20] Le parole *caput ex mandatis*, con le quali viene introdotto il riferimento letterale dei mandata sul *testamentum militis*, sono riconosciute insiticie da tempo: v. *Index interpolationum* ahl.

[21] *Postea vero* è il segno della giunzione della glossa postclassica con il testo genuino di Ulpiano. Se tale giunzione sia avvenuta ad opera dei compilatori giustinianei, o pur di un qualche precedente scriba, è questione che non possiamo risolvere e ch'è, comunque, inutile.

io mi permetterei di obbiettare questo. Come egli ha (e molto giustamente) criticata la teoria che la ragione del *testamentum militis* fosse da ricercare nelle difficoltà del tempo di guerra — sopra tutto in base alla considerazione che il milite godeva del privilegio anche in tempo di pace [22] —, cosí, con ragionamento analogo, può dirsi contro la sua teoria che non tutti i *milites* erano poi oriundi delle province, che in ogni caso, anche se ridotti a pochi, i soldati originari di Roma rimanevano sempre la regola, di fronte alla eccezione rappresentata da quelli di altra origine. L'Arangio-Ruiz ha enunciato perciò, se mai, il fondamento storico, ma non certo quello razionale della concessione imperiale del privilegio.

Per ricercare la *ratio* del *testamentum militis*, bisogna contentarsi di un elemento piú astratto e generico: intendo dire la *simplicitas*, la *imperitia*, la *ignorantia iuris* dei militari, ed in ispecie dei militari di professione. Solo questa giustifica nella sua interezza, in ogni suo lato, il *testamentum militis* da un punto di vista dogmatico, anche se in pratica i singoli imperatori, rinnovando la concessione, avranno di volta in volta tenuto sempre maggiormente presente la opportunità di andare incontro alla inesperienza dei militi oriundi delle province. Se anche, insomma, il *caput ex mandatis* non ci avesse esplicitamente attestato la *ratio* del *testamentum militis*, rappresentata dalla *simplicitas* dei militari, proprio a questo concetto della *simplicitas* avremmo dovuto far ricorso per chiarirci dommaticamente il perché dell'istituto.

4. — Oscuro è rimasto, fin oggi, perché i due massimi istituti del *ius militare* romano [23] — *testamentum militis* e *peculium castrense* — non presentino interferenza alcuna nei loro regolamenti. La romanistica del secolo scorso si è espressa in vario senso, ma senza raggiungere risultati concreti e sopra tutto, a mio avviso, senza ben inquadrare la questione.

L'istituto del *peculium castrense* fu introdotto dall'imperatore Augusto, come le fonti seguenti ci attestano:

Ulp. *reg.* 20.10: *...divus Augustus* [*Marcus*] ⟨*mandatis*⟩ [24]

[22] Cfr. *BIDR.* cit. 167 ss.

[23] Sul significato della locuzione *ius militare*, v. le precisazioni svolte *retro* nt. 8.

[24] Gli editori si limitano in generale ad espungere la curiosa ed inspiegabile menzione di *Marcus*. A me pare di poter aderire all'arguta congettura del FITTING, *Peculium* cit. 12 s., che *Marcus* sia il risultato di un guasto del termine *mandatis*.

*constituit, ut filius familiae miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit.*

Inst. 2.12 pr.: ... *quod quidem initio tantum militantibus datum est, tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervae, nec non optimi imperatoris Traiani; postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est.*

Il privilegio consistette dunque, in origine, nella concessione fatta ai *filii familiarum* in attività di servizio militare di testare liberamente sopra i beni che essi avessero acquistato *in castris*. Tali beni formavano di già, a quanto pare, una sorta di patrimonio materialmente separato da quello rimanente del *miles* (*sui iuris*), o del *paterfamilias* del *miles* (*alieni iuris*), un *peculium castrense*[25]. Il privilegio non dovette consistere in altro, nei primi tempi, che nel dare sanzione giuridica ad una situazione di fatto: quella per cui il *peculium castrense* del *filius familias* era, per necessità di cose, sensibilmente indipendente dal patrimonio del *pater*.

Ora, già la dottrina del secolo scorso si fece non poca meraviglia del fatto che i due istituti del *testamentum militis* e del *peculium castrense* apparissero, anche nella contingenza relativa alla loro prima introduzione, del tutto indipendenti. Vi fu chi ritenne che il *divus Iulius Caesar* di D. 29.1.1 pr. altri non fosse che lo stesso Augusto[26], e chi ritenne, viceversa, che il *divus Augustus* di Ulp. *reg.* 20.10 e di Inst. 2.12 pr. altri non fosse se non lo stesso Cesare[27]; altri ancora sostennero, con una certa qual disinvoltura bisogna dire, che il privilegio del *peculium castrense* era implicito in quello del *testamentum militis*, sí che la concessione del divo Augusto fu in sostanza la ripetizione di un *minus* contenuto già nel *maius* concesso da Cesare[28]. Ma il contrasto rimaneva tal qual era, né a risolverlo bastò la giusta affermazione del Fitting[29], pur oggi universalmente seguita[30], per cui ogni contraddizione veniva negata, in quanto che i due istituti fiorirono in sfere giuridiche assolutamente diverse. Qui stava appunto il problema:

[25] Cfr., in questo senso, FITTING, *Peculium* cit. 18 nt. 10: « Und sehr wohl möglich, dass davon und nicht von dem gewöhnlichen peculium der Sklaven und Kinder die Benennung unseres Institutes ausgegangen ist ».

[26] Cfr., da ultimo, FITTING, *Ueber den Begriff der Rückziehung* 10 nt. 9.

[27] V., per le citazioni, FITTING, *Peculium* cit. 15 nt. 5.

[28] Cfr., per le citazioni, FITTING, *Peculium* cit. 15 nt. 6.

[29] *Peculium* cit. 16 ss.

[30] Cfr. infatti l'adesione dell'ARANGIO-RUIZ, in *BIDR.* cit. 164 nt. 2.

perché i due istituti si svolsero cosí separati e come mai il *peculium castrense*, essendo stato introdotto dopo il *testamentum militis*, non fu, come pur sarebbe stato logico, né regolato né giuridicamente trattato quale uno speciale capitolo della teoria relativa al testamento dei militari?

Degna di considerazione è la circostanza che, in materia di *peculium castrense* cosí come in materia di testamento dei militari, difetta nel modo piú assoluto qualunque attestazione piú esplicita delle fonti circa le concessioni fatte dai primi imperatori e che, sopra tutto, soltanto dal secondo secolo in poi paiono i giuristi occuparsi un pochino con l'andar del tempo, sempre un po' di piú, tanto del primo, quanto del secondo istituto [31]. Questo disinteresse della giurisprudenza è, in relazione al *testamentum militis*, addirittura sorprendente: trattavasi, in questo caso, di un privilegio generale, il quale importava una eccezione troppo notevole al sistema ereditario romano, perché non potesse interessare anche e sopra tutto — se veramente fosse stato introdotto da Giulio Cesare — i giuristi anteriori a quelli dell'epoca adrianea, e cioè Giuliano e Pomponio, che paiono invece essere stati i primi a parlarne [32]. Anzi — sempre che si tenesse per vera la introduzione del *testamentum militis* operata da Cesare — il disinteresse della giurisprudenza romana sino al secondo secolo dovrebbe produrre sorpresa anche in ordine al *peculium castrense*. Quest'ultimo è un privilegio particolare e limitato di cui può concedersi che sia esistito qualche tempo ai margini del diritto, sí da non generare appositi commenti giurisprudenziali [33], ma se esso fosse venuto in vita dopo il *testamentum militis* non avrebbe potuto che incardinarsi in questo, che rappresentarne una applicazione particolare rispetto ai *milites filiifamiliarum*; o perlomeno avrebbe

[31] L'osservazione è stata già fatta dal FITTING, *Peculium* cit. 20 nt. 12. I giuristi piú antichi che paiono occuparsi (ma molto di sfuggita) dell'istituto del *peculium castrense* sono Giuliano (D. 38.2.22; 39.6.15) e Pomponio (D. 38.17.10 pr.; 49.17.10). Anche per il *testamentum militis* i giuristi che primi ne parlano sono Giuliano (D. 29.1.20; 17.1) e Pomponio (D. 29.1.3). Come giustamente osserva il Fitting, quello che veramente stupisce si è che ambedue gli istituti non paiano menomamente trattati, malgrado l'enorme interesse che avrebbe dovuto suscitare nel mondo della giurisprudenza, da giuristi anteriori: nemmeno un richiamo si ha infatti ai predecessori di Giuliano e Pomponio.

[32] Cfr. *retro* nt. 31.

[33] È indiscutibile, infatti, che la genesi dei *privilegia* presentasse un carattere eminentemente politico. Cfr., da ultimo, sull'argomento, ORESTANO, in *AUMA*. cit. 106 ss.

dovuto la *temporalis concessio* di Cesare ripetersi, ad opera di Augusto, limitatamente ai *castrensia peculia* dei *milites*. Ma in questo caso non ci sapremmo spiegare perché la evoluzione storica posteriore del *peculium castrense* abbia assunto caratteri cosí spiccati di indipendenza rispetto a quella del *testamentum militis*; non ci sapremmo spiegare perché, in una parola, il *peculium castrense* non si sia storicamente sviluppato secondo la direttrice della facoltà di testare concessa ai *filiifamiliarum*, ma si sia svolto invece secondo la direttrice, tanto divergente, del carattere peculiare dei *bona castrensia*[34].

La conclusione storica dianzi raggiunta nel campo esegetico tranquillizza circa il silenzio della giurisprudenza anteadrianea e circa l'autonomo sviluppo subíto dai due istituti in esame. Da Augusto a Nerva il *peculium castrense*, sorto come privilegio a carattere essenzialmente politico, seguí una sua linea progressiva di sviluppo, che lo portò ad immettersi nella teoria dei rapporti giuridici patrimoniali della famiglia romana; solo molto tempo dopo Augusto, con Tito, fu introdotto il nuovo ed amplissimo privilegio del *testamentum militis*, che, anch'esso al tempo di Nerva (*qui plenissimam indulgentiam in milites contulit*), entrò a far parte del sistema giuridico romano, in un campo naturalmente ben diverso, cioè nel settore del diritto ereditario generale.

La vera ragione per cui la connessione fra *testamentum militis* e *peculium castrense* rimase, nel diritto romano, entro la sfera del generico e per cui non può farsi leva sull'uno ai fini dello studio dell'altro, sta, per concludere, in ciò: che il *peculium castrense*, istituto anteriore, aveva ormai già raggiunta una sua approssimativa fisionomia e sistemazione dommatica, quando venne introdotto nel mondo del diritto il testamento dei militari.

[34] Sullo sviluppo storico del *peculium castrense* come *peculium*, almeno per un primo periodo del diritto classico, cfr. FITTING, *Peculium* cit. 92 ss.

# «ADEMPTIO LIBERTATIS» IMPLICATA DA «LEGATUM»

1. — Il problema relativo alla revocabilità per implicito di una *manumissio* (*directa*) *testamento*, mediante un successivo *legatum* avente ad oggetto lo stesso *servus*, suole essere incentrato essenzialmente intorno a due testi di Paolo:

D. 31.14 pr. (Paul. 4 *Vit.*): *Si idem servus et legatus et liber 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 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.*

La dottrina prevalente, per vero, non dubita della classicità della revoca implicita, ma dubita tutt'al piú della genuinità degli incisi che condizionano la revoca ad una particolare evidenza della *voluntas adimendi* del testatore [1]. Tuttavia, non è mancato chi ha sostenuto il carattere insiticio di tutto quanto attiene alla revocabilità implicita della *libertas* [2]. E questa tesi radicale è stata ripresa e sviluppata, per vie parzialmente diverse, dai due piú recenti studiosi del tema, l'Astolfi [3] e il Talamanca [4], con argomentazioni che vanno adeguatamente esaminate.

* In *Labeo* 9 (1963) 7 ss.

[1] Da ultimo: Biondi, *Diritto romano cristiano* 2 (1952) 418; Voci, *Diritto ereditario romano* 2.1 (1956) 323 s. Altre citazioni in Astolfi (nt. 3) 158 s. e in Talamanca (nt. 4) 5 nt. 8.

[2] In questo senso, da ultimo: Grosso, *I legati nel diritto romano*, p. g. [2] (1962) 329 s. Altre citazioni in Astolfi (nt. 3) 158.

[3] *Studi sull'interpretazione della revoca implicita in materia di legati e di manomissioni*, in *SDHI*. 25 (1959) 128 ss., spec. 135 ss.

[4] *Sul concorso fra legato e manomissione*, in *St. Biondi* (s.d.) estr. (1961).

A mio avviso, ogni tesi sia pur limitatamente interpolazionistica deve essere, in ordine al nostro argomento, recisamente respinta [5]. I due testi di Paolo sono sostanzialmente genuini. Da essi e da altri frammenti [6] si ricava, con sufficiente sicurezza, che sul punto vi fu, nell'ambito del diritto classico, una progressiva evoluzione giurisprudenziale.

2. — Poco convincente è, se non erro, la critica esercitata dall'Astolfi [7] nell'esegesi di D. 31.14 pr. e di D. 40.4.10.1. Egli espunge come giustinianei, sulle tracce di precedenti critici [8]: dal primo testo, *sin autem rell.*; dal secondo, *si quidem rell.* In età classica, secondo questo autore [9], solo la manomissione fedecommissaria poteva essere implicitamente revocata dal successivo *legatum* avente ad oggetto il *servus*. In regime di *ius extraordinarium*, una *quaestio voluntatis* era perfettamente concepibile [10], ma in regime di *ius civile* valevano solo criteri obbiettivi di interpretazione, e piú precisamente valeva il criterio del *favor libertatis*. La rilevanza *iure civili* di una *ademptio libertatis* implicata da successivo *legatum* sarebbe stata « impossibile » per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché, nell'ipotesi di duplice *manumissio* (*directa*) testamentaria, *levissima* (e non *novissima*) *scriptura valet*, cioè sulla *manumissio* disposta per ultima prevale quella disposta per prima, se piú favorevole [11]; in secondo luogo, per il fatto che « ricono-

[5] Respinta deve essere, in ogni caso, l'impostazione critica basata sulla ormai superata contrapposizione tra « classico » e « giustinianeo », che sembra invece seguita con piena fiducia dall'Astolfi e dal Talamanca.

[6] Cass.-Javol. D. 31.37; Jul.-Afr. D. 30.108.9; Gai.-Jul. D. 30.68.3; Scaev.-Marcian. D. 40.5.50.

[7] *Cit.* (nt. 3) 157.

[8] V. *retro* nt. 2.

[9] *Cit.* (nt. 3) 152 ss.

[10] ASTOLFI (nt. 3) 153: « l'essere, sempre il fedecommesso, un istituto basato essenzialmente sulla volontà, implica ... supremazia della *voluntas testantis* sul *favor libertatis* ». Non ho ben capito quest'altra affermazione: « l'atipicità del fedecommesso permette l'efficacia immediata della revoca implicita di una manomissione ». Stando al convincimento dell'a., che *iure civili* la tipicità delle disposizioni testamentarie impedirebbe la concepibilità di una revoca implicita, ne dovrebbe scaturire che anche la revoca di una *manumissio ex fideicommisso* fosse inattuabile mediante un *legatum* (disposizione testamentaria in forma tipica). È stata questa, forse, la ragione che ha indotto il BESELER (*ZSS.* 47 [1927] 377; già *Beitr.* 2.103), seguito dal TUMEDEI (*RISG.* 63 [1919] 98 nt. 1), ad espungere da D. 40.5.50 anche *per fideicommissum* (sul che v. *infra* n. 5).

[11] Impeccabile dimostrazione in ASTOLFI (nt. 3) 130 ss. Da notare che, in

scere efficacia *iure civili* ad una revoca implicita della manomissione testamentaria mediante un legato, significherebbe derogare al principio basilare del *ius civile*, secondo il quale ogni disposizione testamentaria deve assumere una forma tipica » [12].

Il secondo argomento è una petizione di principio: il problema da risolvere è appunto se, in età classica, e piú precisamente in età tardoclassica [13], vigesse ancora incorrotto il presunto principio basilare del *ius civile*. D'altra parte, è chiaro che, di fronte a due disposizioni contrastanti (una *manumissio* e un *legatum*, aventi ad oggetto lo stesso *servus*), una decisione bisognasse pur prenderla, a sfavore dell'una o dell'altra, oppure, se si vuole, a sfavore di tutte e due [14]: è chiaro, quindi, che, pure in mancanza di una formale *ademptio* (precedente o successiva), si verificava, era necessario che si verificasse, la paralisi di una delle due disposizioni testamentarie o di entrambe.

Quanto al primo argomento, esso indubbiamente dimostra che la *voluntas testantis* (certamente rappresentata dalla *scriptura novissima*) veniva subordinata dai giuristi classici al *favor libertatis* [15], ma lo dimostra per l'ipotesi di due *manumissiones* divergenti, non per l'ipotesi di collisione tra *manumissio* anteriore e *legatum* posteriore. Per questa ipotesi parlano chiaro i due testi paolini: testi che sono fortemente rafforzati dall'analogia con il caso di collisione tra due *legata* (in ordine al quale ha la prevalenza la *scriptura novissima*) [16], ma che, anche se non potessero valersi di questo robusto sostegno, non sarebbe giusto mettere a tacere sulla base di una presunzione generica, evitandone una specifica e diretta esegesi critica. Tanto piú che, comunque, la presunzione è assai debole, perché alquanto diverso è il caso del servo prima manomesso e poi legato da quello del servo manomesso due volte. In

caso di piú manomissioni fedecommissarie dello stesso *servus, non levissima spectanda est, sed novissima, quia posterior voluntas potior haberi debet* (Gai. D. 35.1.90).

[12] ASTOLFI (nt. 3) 153, che cita a sostegno Ulp. 2.12 (testo che, peraltro, si limita a fissare il principio generale che *libertas sicut dari, ita et adimi ... potest*).

[13] L'età di Paolo: dagli Antonini ai Severi.

[14] È proprio l'Astolfi ad affermare ed a dimostrare che, nel caso di duplice manomissione dello schiavo, una delle due disposizioni tipiche (quella meno favorevole al *servus*) era sacrificata: v. *retro* nt. 11.

[15] Onde la supremazia della *scriptura levissima*.

[16] Cfr. D. 35.1.87 e 89 (Valens 1 *fideicomm.*): *Quod traditum est in legatis novissimam, in libertatibus levissimam condicionem spectandam esse ... non ad ea dumtaxat pertinet, quae saepius sub diversis condicionibus, sed etiam quae primo pure, deinde sub condicione dantur rell.*

questo secondo caso, il testatore ha sempre voluto liberare il *servus*, sia pure a condizioni diverse, e quindi il criterio del *favor libertatis* è plausibile; nel primo caso, il testatore dapprima ha voluto liberare il servo, di poi certamente no, tanto è vero che lo ha legato, sicché l'intervento del *favor libertatis* a discapito della *voluntas testantis* assume un carattere assai piú drastico, quindi assai meno attendibile.

3. — Il Talamanca, opportunamente avvertendo che solo l'esegesi testuale potrebbe fondare il sospetto di cosí radicale travisamento dei due testi di Paolo, si volge appunto, per dar credito alla tesi interpolazionistica [17], a sviluppare e completare le argomentazioni critico-esegetiche di precedenti romanisti [18]. Se ho bene inteso il suo pensiero, egli dimostra l'« intervento compilatorio » [19] approssimativamente cosí. Già in ambedue i passi è sicuramente insiticio l'aggravio dell'onere di prova costituito dall'esigenza di una *evidens voluntas adimendi* del *testator* [20], ma di importanza maggiore, anzi decisiva, è il fatto che in D. 31.14 pr. la decisione contenuta nel periodo iniziale [21] (prevalenza della *manumissio* sul *legatum*) è giustificata dal *favor libertatis*. Dunque, è un criterio obbiettivo, il *favor libertatis*, a far decidere Paolo tra la *manumissio* e il *legatum*; dunque, Paolo, avendo optato *favore libertatis* per la *manumissio* nei confronti del *legatum*, non può essersi subito dopo contraddetto, optando per il *legatum posterius* nei confronti della *manumissio*; dunque, lo stesso Paolo non può aver ragionato diversamente in D. 40.4.10.1; dunque, anche in questo secondo passo la decisione favorevole al *legatum posterius* [22] è tribonianea [23].

[17] Egli accetta l'interpolazione di *sin autem rell.* in D. 31.14 pr. e di *sed si prius rell.* in D. 40.4.10.1.

[18] TALAMANCA (nt. 4) 5 ss.

[19] Intervento « compilatorio », cioè giustinianeo. Cfr. p. 5: « la dottrina prevalente è nel senso che soltanto l'aggravio dell'onere di prova per il caso dell'*ademptio* ad opera del *legatum posterius* debba considerarsi giustinianeo ... A me sembra invece fondata l'opinione per cui l'intervento compilatorio nei passi in questione debba considerarsi piú vasto, nel senso che ai bizantini è dovuta altresí la possibilità di configurare un'invalidazione della *libertas* ad opera del legato, quando questo segua quella ».

[20] In piú proverebbe l'origine bizantina dell'*ademptio libertatis* in D. 40.4.10.1 la motivazione *cum placeat hodie* (cfr. GUARNERI CITATI, *Indice* shv.) *etiam libertatem adimi posse*.

[21] *Si idem—praevalet.*

[22] *Sed si prius—praevalebit.*

[23] Giustamente il TALAMANCA 7 nt. 13, esclude, richiamandosi all'*index* di

I motivi principali per cui la diagnosi consequenziaria ora esposta non mi convince sono tre: in primo luogo, che l'alterazione dei due testi, se pur si voglia ammetterla, non può essere stata integralmente compilatoria; in secondo luogo, che le due impostazioni contraddittorie (criterio del *favor libertatis* e criterio della *scriptura posterior* implicante una *ademptio*), se pur si voglia escludere che possano risalire allo stesso giurista, non perciò vanno necessariamente ritenute l'una classica e l'altra postclassica; in terzo luogo, che la duplicità di impostazioni non implica una insanabile contraddittorietà.

Induce a dubitare del carattere integralmente compilatorio delle alterazioni viste dal Talamanca (posto per un momento che alterazioni vi siano) essenzialmente il fatto che i due frammenti in discussione appartengono a masse bluhmiane diverse: *massa edictalis* D. 31.14 pr., *massa Sabiniana* D. 40.4.10.1 [24]. Se, con la dottrina corrente [25], si ammette che i giustinianei lavorarono per sottocommissioni di massa, è poco verosimile che una identica interpolazione sia stata operata dalla sottocommissione edittale e da quella sabiniana [26]. Né la valutazione di scarsa attendibilità muterebbe di molto, se si volesse dare credito alla mia opinione [27], secondo cui le tre masse bluhmiane principali (edittale, sabiniana, papinianea) sono il frutto di separate elaborazioni scolastiche pregiustinianee. D'altra parte, almeno in D. 40.4.10.1 vi è, contro Giu-

Taleleo (H. 46.631), l'ipotesi dell'Astolfi, 157 s., che Paolo parlasse originariamente, nel testo di D. 40.4.10.1, della *libertas* fedecommissaria. Egli prospetta piuttosto l'ipotesi che il rimaneggiamento giustinianeo del fr. 10.1 abbia fatto sparire il profilo del *favor libertatis*, che è rimasto esplicito in D. 31.14 pr.

[24] Si aggiunga che, se veramente l'esigenza della *evidens voluntas* costituisse, come pensa il Talamanca, un « aggravio dell'onere di prova » dell'implicita *ademptio libertatis*, si dovrebbe logicamente ritenere che vi fu uno stadio precedente dei testi in cui quell'aggravio non incombeva sul criterio della *novissima scriptura*: pertanto, se la *evidens voluntas testatoris* fu introdotta nei due frammenti dai giustinianei, è chiaro che non da questi ultimi, ma da glossatori precedenti dovette essere introdotto il principio della prevalenza del *legatum posterius*. Ma, come vedremo (*infra* n. 4), non sembra che la prevalenza del *legatum posterius* sia stata mai disgiunta dalla condizione *si evidens ademptio libertatis ostenditur* (o *si quidem evidens voluntas sit testatoris*).

[25] Per tutti: ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*[7] (1957) 381 ss.

[26] O che l'interpolazione eseguita dall'una sottocommissione sia stata adottata dall'altra per suggerimento della commissione plenaria. O che l'interpolazione sia stata dettata direttamente dalla commissione plenaria.

[27] GUARINO, *La méthode de compilation des « Digesta Justiniani »*, in *RIDA*. 12 (1957) 269 ss.

stiniano e i suoi compilatori, l'indizio significativo del *puto*[28]: un verbo, un modo, un singolare, che difficilmente alla maestà di Giustiniano per un verso, alla pluralità dei commissari per l'altro verso, possono essere riferiti.

La esegesi critica dei due testi in esame non può risolversi, dunque, in una contrapposizione di classico a giustinianeo, ma apre la via ad una ben diversa ricostruzione di fasi testuali successive. Fasi testuali, peraltro, che possono agevolmente situarsi entrambe nell'ambito del diritto classico perché, a voler concedere che uno stesso giurista non possa aver formulato la duplice impostazione del *favor libertatis* e della *scriptura posterior*, sta di fatto che nei nostri frammenti i giuristi sono, quanto meno, due: Sabino (Vitellio) e Paolo in D. 31.14 pr.[29], Sabino e Paolo in D. 40.4.10.1. Nulla impedisce, quindi, di credere, sino a prova contraria, che il criterio del *favor libertatis* sia stato adottato da Sabino (ed eventualmente già da Vitellio) e che il criterio del *legatum posterius* sia stato accolto o introdotto, oltre un secolo dopo, da Paolo.

Ma poi esiste realmente il preteso insanabile contrasto tra il criterio del *favor libertatis* e quello del *legatum posterius*? In astratto può darsi, ma in concreto direi proprio di no. I due criteri non sembrano richiamati, nell'uno e nell'altro testo[30], in omaggio a due concezioni diverse, ma sono evidentemente adeguati, nella impostazione di Paolo, alla soluzione di due distinte fattispecie: da un lato, la fattispecie di un *servus* che è stato legato e manomesso con disposizioni testamentarie strettamente connesse; dall'altro, la fattispecie di un *servus* che, essendo stato già manomesso (o legato e manomesso), è stato poi, con distinta e successiva disposizione testamentaria, attribuito in legato[31].

[28] *Sed si prius ... libertatem ... legato cedere puto.*

[29] Sul problema di Vitellio, v. *infra* n. 6 e nt. 90-92.

[30] Esplicitamente in D. 31.14 pr., implicitamente in D. 40.4.10.1.

[31] Cfr. già Voci (nt. 1) 232 s., il quale precisa che il *favor libertatis* entra in azione « quando la posteriorità della disposizione, che ordina il legato, non può essere accertata (o quando, per la contiguità delle due disposizioni, non ha senso porre la questione temporale) ». L'opinione del Voci è criticata dal Talamanca (nt. 4) 5 nt. 8, con argomenti poco convincenti. Di « questione temporale » non si potrebbe parlare in ordine a disposizioni testamentarie « per l'*unitas actus* che è propria del testamento »; la impossibilità di accertare la posteriorità del *legatum* rispetto alla *libertas* si verificherebbe solo nel caso eccezionale di distruzione delle *tabulae testamenti*; l'aspetto della « contiguità » tra disposizioni testamentarie non

Mentre la prima fattispecie è risolta assegnando la prevalenza alla disposizione piú favorevole al *servus*, la seconda fattispecie è risolta ammettendo la maggior rilevanza della *scriptura posterior*, in quanto chiaramente indicativa della suprema volontà del defunto.

Il *testamentum* era un atto unitario, ma non perciò i Romani lo ritenevano compiuto *uno momento*. Alla loro esperienza ed alla loro sensibilità pratica non poteva sfuggire che talvolta il testatore impiegava lungo tempo a stilare le *tabulae* prima di sottoporle ai sigilli e che non di rado egli, dopo aver suggellato le *tabulae*, affidava modifiche e aggiunte a *codicilli* preventivamente e previggentemente *confirmati* [32]. Quando due disposizioni di ultima volontà fossero tra loro in contrasto, era ovvio, dunque, che si tendesse a conferire rilevanza determinante alla *novissima scriptura*, come a quella temporalmente successiva all'altra [33]; né avrebbe avuto senso il rilievo accordato alla *scriptura posterior*, se quest'ultima, in omaggio al principio astratto dell'*unitas actus*, fosse stata ritenuta contemporanea alla *scriptura prior*. Poteva tuttavia ben darsi anche il caso pratico di due disposizioni contigue, o piú precisamente connesse, congiunte, collegate in modo tale, da far sorgere ragionevolmente il dubbio circa la priorità temporale dell'una rispetto all'altra [34]. In queste ipotesi sarebbe stato assurdo adottare la soluzione della *scriptura posterior*, perché la *scriptura* materialmente *posterior* non era sicuramente indicativa, sul piano dell'interpretazione tipica, di una disposizione temporalmente posteriore, e quindi abrogativa della disposizione precedente [35]. Ecco quindi aprirsi il varco o ad una difficilissima interpretazione individuale [36], oppure, come nel caso in esame, all'adozione di altro criterio di interpretazione obbiettiva, quale era quello del *favor libertatis* [37].

avrebbe rilevanza giuridica, perché decide del rapporto tra *prius* e *posterius* « soltanto l'ordine delle disposizioni nel testamento ».

[32] V. in proposito ASTOLFI (nt. 3) 129.

[33] Cosí in tema di collisione tra due *legata*: v. *retro* nt. 16. Diversamente, abbiam visto (nt. 11), in tema di collisione tra due *manumissiones*, avendo qui valore preponderante il criterio del *favor libertatis*.

[34] Ad es.: *Stichum Caio do lego et liberum esse volo; Stichum liberum esse iubeo et Caio do lego*.

[35] V. invece quanto afferma il TALAMANCA, *cit. retro* nt. 31.

[36] Di cui peraltro non restano tracce nei testi a nostra disposizione.

[37] Già adottato nell'ipotesi di collisione tra due *manumissiones* di uno stesso *servus*: v. *retro* nt. 11.

4. — A mio avviso, il punto di partenza di una retta esegesi dei due frammenti che ci occupano sta nel rendersi conto che sia l'uno che l'altro trattano, come prima, una stessa ipotesi: l'ipotesi di un *legatum* e di una *manumissio* [38] (concorrenti nello stesso testamento), in ordine a cui non si fa (o non vi è ragione, o non vi è possibilità di fare) questione di precedenza. L'unica differenza tra i due testi consiste nella formulazione, che è attuata con un polisindeto in D. 31.14 pr. (*si idem servus et legatus et liber iussus sit*), con un asindeto in D. 40.4.10.1 (*si servus legatus liber iussus sit*) [39]. Chi volesse sostenere che in D. 40.4.10.1 l'ipotesi sia invece quella di uno schiavo prima legato e poi manomesso, dovrebbe negare che la soluzione (*liber est*) sia fatta dipendere dal *favor libertatis* e dovrebbe ammettere che essa sia in funzione della *novissima scriptura* (appunto, la *manumissio*), perché è evidente che, volendosi evidenziare il criterio del *favor libertatis*, si sarebbe dovuto parlare senz'altro di un servo *liber iussus* che fosse stato successivamente legato [40]. Ma se la soluzione *liber est* fosse in funzione della *scriptura posterior*, non si vedrebbe perché successivamente si passi ad introdurre con una avversativa l'ipotesi del *servus* prima manomesso e poi legato, che è pure risolta in omaggio alla *scriptura posterior* [41], anzi non si capirebbe la ragion d'essere di quella ipotesi [42]. E se, per giustificare l'avversativa, si ritenesse che la seconda ipotesi sia stata risolta con criterio opposto a quello adottato per la prima, cioè a discapito della *scriptura posterior* (*legatum*) e a favore della *libertas* [43], si

[38] O di una *manumissio* e di un *legatum*.

[39] Il *legatus* di D. 40.4.10.1 non è, dunque, aggettivo qualificativo di *servus*, ma perfetto del verbo *legari* (*legatus ... sit*).

[40] È ovvio, infatti, che un servo *liber esse iussus*, dopo che sia stato legato, sia libero, perché in questo caso soccorre il criterio normale della *novissima scriptura*. È nel caso inverso (di un servo prima manomesso e poi legato) o in quello ambiguo (di un servo contemporaneamente legato e manomesso), che si può parlare di prevalenza della *manumissio* sul *legatum* in omaggio al *favor libertatis*.

[41] *Sed si prius liber esse iussus, postea legatus sit ... legato eum cedere puto.* Strano sarebbe, inoltre, l'uso del *puto* per la conferma del criterio della *scriptura novissima*.

[42] Né si dica che la ragion d'essere della seconda ipotesi sta nella limitazione del principio della *scriptura posterior* al caso *si quidem evidens voluntas sit testatoris*. Ciò significherebbe introdurre solo ora il concetto del *favor libertatis* (il *legatum posterius* cede alla precedente *manumissio*, se non sia limpidamente provata la *voluntas adimendi* del testatore).

[43] È la tesi del BESELER (*Beiträge* 2.103), che ricostruisce la seconda parte di D. 40.4.10.1: *sed* (*et*) *si prius liber esse iussus, postea legatus sit,* (so ist ebenfalls

ricadrebbe nella difficoltà di giustificare la ragion d'essere della prima ipotesi [44]. Dunque, la soluzione *liber est* non è dettata dal criterio della *scriptura novissima*, ma proprio e solo dal criterio del *favor libertatis*, la cui menzione esplicita in D. 31.14 pr. è, pertanto, genuina [45].

Anche in ordine alla seconda delle ipotesi considerate dai nostri frammenti è dato riscontrare una sostanziale coincidenza tra i due dettati, in quanto prospettano il caso di un servo legato successivamente (in modo chiaramente successivo) ad una precedente *manumissio* [46] o ad una precedente *manumissio* simultanea con un legato [47]. L'ipotesi è, quindi, sempre quella di un legato successivo ad una fattispecie implicante *libertas*; e forse la coincidenza era, allo stato genuino di D. 31.14 pr., anche piú piena, perché è supponibile che esso suonasse originariamente *sin autem in posteriore scriptura est* [48], implicitamente ricalcando l'ipotesi del *servus* che, *prius liber esse iussus*, in un momento successivo (*postea*) *legatus sit* [49]. Comunque, quel che sopra tutto importa è la soluzione, praticamente identica. E infatti: nel fr. 10.1 si afferma che la *libertas* cede al legato (*legato cedere puto*) e nel fr. 14 pr. si conclude che il legato prevale sulla *libertas* (*legatum . . . praevalebit*); nel fr. 10.1 la soccombenza della *manumissio* rispetto al *legatum posterius* è subordinata alla circostanza che *evidens voluntas sit testatoris* (*. . . cum placeat hodie etiam libertatem adimi posse*) [50] e nel fr.

das Legat nichtig und der Sklave frei). Tesi che ha il pregio di eliminare un contrasto di soluzioni tra la prima e la seconda ipotesi, ma ha il difetto di sacrificare il *puto* e quanto altro vi è di sicuramente genuino nel secondo periodo.

[44] V. *retro* nt. 40.

[45] Diversamente, BESELER (nt. 43), che non dà una ricostruzione, ma presumibilmente pensa ad un genuino *liber est*.

[46] Cosí D. 40.4.10.1.

[47] Cosí, a quanto risulta dalla versione giustinianea, D. 31.14 pr.

[48] L'*et* di questa frase (*sin autem et rell.*) ridonda con l'*et* della frase immediatamente successiva. A meno di non ritenere che si sia voluto dire che vi è stato, ad un tempo, e una *scriptura posterior* di legato e una *evidens voluntas* di revoca del legatario: nel qual caso, peraltro, viene ad essere confermata la nostra interpretazione.

[49] Cfr. D. 40.4.10.1.

[50] Probabilmente il testo ha subito in questo punto un guasto. Potrebbe, a tutta prima, pensarsi che il *si quidem evidens voluntas sit testatoris* abbia ricevuto un primo glossema esplicativo *quod ademit*, al quale poi si sia aggiunto posteriormente l'altro glossema *cum placeat hodie etiam libertatem adimi posse*. Ma, a ben riflettere, *cum placeat hodie etiam libertatem adimi posse*, anche se forse fuori posto (il che può essere dipeso da un errore di trascrizione), esprime un concetto (possi-

14 pr. la prevalenza del *legatum* sulla *manumissio* anteriore è condizionata alla circostanza che *evidens ademptio libertatis ostenditur*[51]. Che poi, nell'ipotesi di scarsa chiarezza della *voluntas adimendi libertatem*, si legga che *favorabilius respondetur* (*servum*) *liberum fore*, è ovvia conseguenza del criterio del *favor libertatis*, sí che non vedo motivo (o quanto meno, un motivo autonomo) per dubitare della genuinità della dichiarazione nel fr. 10.1[52].

Accertato il sostanziale parallelismo dei fr. 14 pr. e 10.1 (parallelismo che, come si è già rilevato dianzi[53], rende particolarmente delicata la diagnosi di una conforme interpolazione giustinianea o pregiustinianea), occorre ora chiedersi se la struttura logica dell'identico discorso che in quei frammenti si legge non presenti qualche discrepanza o qualche malcelata sutura, che siano tali da fornire indizio, malgrado tutto, di una stratificazione di insegnamenti diversi. E a tal proposito due sono i quesiti che si prospettano: in primo luogo, se l'esigenza di una *evidens voluntas testatoris* si accordi pienamente con l'affermazione di prevalenza del *legatum posterius*; in secondo luogo, e piú in generale, se il principio di prevalenza del *legatum posterius* pienamente si concilii con quello di prevalenza del *favor libertatis*.

L'esigenza di una *evidens voluntas adimendi* nel *testator* rappresenta, fuor d'ogni dubbio, una limitazione del principio di prevalenza del *legatum posterius*: il *legatum posterius* prevale, sí, sulla *manumissio testamento*, ma a condizione che esso riveli con evidenza la implicita *ademptio libertatis* voluta dal testatore. Tuttavia, io non condivido l'opinione di coloro[54] che, argomentando da questo carattere limitativo, attribuiscono l'introduzione della *evidens voluntas adimendi* a persona

bilità dell'*ademptio libertatis*) già insito nel *evidens ademptio libertatis ostenditur* del fr. 14 pr. Dato che non vi è motivo per dubitare della genuinità di quest'ultima dichiarazione, sembra azzardato mettere in discussione la classicità di *cum placeat rell.*

[51] Forse glossato *propter defuncti voluntatem*. Ma il glossema, piú che altro denunciato dall'intento superfluamente esplicativo dell'inciso, non ha valore sostanziale.

[52] Cfr. D. 50.17.20 (Pomp. 7 *Sab.*) (*Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*); D. 50.17.179 (Paul. 16 *Plaut.*) (*In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati*); D. 40.5.50 (Marcian. 7 *inst.*), su cui *infra* n. 5. Sul tema, con giuste osservazioni: CASTELLO, *In tema di favor libertatis*, in *SDHI*. 22 (1958) 348.

[53] *Retro* n. 3.

[54] V. *retro* nt. 1.

diversa da quella che ha affermato la preminenza del *legatum posterius*[55]. La limitazione non ha nulla di estrinseco e di adiettizio, ma ha, se non erro, carattere organico. Una volta ammesso il criterio obbiettivo del *favor libertatis* in un caso (e sia pure in un caso speciale) di concorso tra *manumissio testamento* e *legatum*[56], difficilmente si sarebbe preferito ad esso, nella ipotesi di un *legatum* chiaramente *posterius* rispetto alla *manumissio*, l'altro criterio, parimenti obbiettivo, della *scriptura novissima*[57]. Pertanto, se alla *scriptura novissima*, nell'ipotesi di *legatum posterius*, è stata assegnata la prevalenza sulla *manumissio*, ciò deve essersi fatto dipendere proprio e solo dal fatto che fosse limpidamente ravvisabile una implicita *voluntas adimendi*.

Ma se la *voluntas adimendi* è requisito essenziale della regola relativa alla preminenza del *legatum posterius*, ne deriva ulteriormente che tra questa regola e il principio di preminenza del *favor libertatis* non vi è incompatibilità logica[58]. In caso di concorso tra *legatum* e *manumissio testamento* prevale la *manumissio*, a meno che il *legatum* sia chiaramente posteriore alla *manumissio* e da esso l'interpretazione individuale tragga evidente la conclusione che il testatore, pentito della *manumissio*, volle con il legato *adimere libertatem*. Questo il senso complessivo del discorso che si legge nei fr. 14 pr. e 10.1.

5. — Ma anche se il discorso riportato nei fr. 14 pr. e 10.1 è tale, considerato nel suo complesso, da non poter essere giudicato come logicamente sconnesso, resta tuttavia, sul piano critico-esegetico, un dubbio. La seconda parte del discorso in esame[59] può essere stata scritta da mano diversa da quella che ha redatto la prima parte? Come ab-

[55] Esplicito, in questo senso, l'EISELE, *Weitere Studien zum Texten der Digesten*, in *ZSS*. 30 (1909) 131 s., cui aderisce il TALAMANCA (nt. 4) 6 nt. 10: l'aggravio dell'onere di prova in relazione alla *voluntas testatoris* contraddirebbe irremediabilmente, fino a praticamente eliminarla, la regola della revoca implicata dal *legatum posterius*.

[56] Cfr. D. 31.14 pr.: *si idem servus et legatus et liber iussus sit, favor libertatis praevalet*.

[57] Se si voleva dare soddisfazione alla esigenza del *favor libertatis*, che montava che la disposizione in contrasto con la *manumissio* fosse ad essa posteriore, anziché anteriore o contemporanea (connessa)?

[58] Tanto piú se i due criteri trovano applicazione in ipotesi diverse: quella delle due disposizioni connesse e quella del *legatum posterius*.

[59] Vale a dire: *sin autem rell.* in D. 31.14 pr. e *sed si prius rell.* in D. 40.4.10.1.

biamo rilevato [60], la prima parte è relativa all'ipotesi di un *legatum* e di una *manumissio* concorrenti, in ordine a cui non si fa questione di precedenza: solo dalla seconda parte si deduce che una questione di precedenza, nell'ipotesi considerata dalla prima parte, non vi è ragione o possibilità di farla. È lecito, pertanto, il sospetto che l'autore commentanto da Paolo (fosse egli Sabino o Vitellio) si esprimesse per il *favor libertatis* in ogni caso e che Paolo abbia invece introdotto il « distinguo » per cui il *legatum posterius* esclude la *manumissio*, sempre che sia *evidens* la *voluntas adimendi* del *testator* [61].

Il sospetto diviene qualcosa di molto affine alla probabilità, se si esaminano alcuni altri testi in argomento. Da essi, infatti, si ricava, se non erro, che la prevalenza in ogni caso della *manumissio* sul *legatum* era affermata, oltre che da Sabino (ed eventualmente Vitellio), da Cassio, Giavoleno, Giuliano, Africano e forse anche Gaio. La considerazione del *legatum posterius* (implicante con evidenza una *voluntas adimendi libertatem*) sembra essere stata introdotta da Cervidio Scevola, citato e approvato da Marciano. Sulla scia del suo maestro Scevola, Paolo riformò (o, per meglio dire, precisò) l'insegnamento di Sabino (Vitellio).

D. 31.37 (Javol. 1 *ex Cass.*): *Qui testamento inutiliter manumissus est legari eodem testamento potest, quia totiens efficacior est libertas legato, quotiens utiliter data est.*

Per Giavoleno, e già presumibilmente per Cassio, la *libertas* prevale (presumibilmente, in ogni caso) sul *legatum*, purché la *manumissio testamento* sia valida (*utiliter data*) [62].

D. 30.108.9 (Afric. 5 *quaest.*): *Si servus alienus liber esse iussus est et legatus sit, peti eum ex legato posse ait: nam cum libertas nullius momenti sit, absurdum esse per eam legatum infirmari, quod alioquin valeret* [, *et si solum datum fuisset*] [63].

[60] *Retro* n. 4.

[61] Già si sono indicate dianzi (n. 3), criticando l'opinione del Talamanca, le ragioni per cui non sembra probabile che il « distinguo » sia stato introdotto da mano postclassica o giustinianea. V. anche *infra* n. 6.

[62] Il testo è addotto anche dall'Astolfi (nt. 3) 136, ma a sostegno della tesi che per tutto il periodo classico la giurisprudenza romana applicò il criterio obbiettivo del *favor libertatis*.

[63] Per l'interpolazione di *et—fuisset*, Lenel, *Afrikans Quästionen*, in *ZSS.* 51 (1931) 20. Nello stesso senso, Talamanca (nt. 4) nt. 4. Il Mommsen, seguito dall'Astolfi (nt. 3) 136, si limita ad espungere *et*.

Il *servus alienus* non può essere validamente manomesso in nessun caso, mentre può ben essere legato (*per damnationem*)[64]: ciò posto, Africano e Giuliano[65] sostengono che non sorge addirittura il problema se la *manumissio* prevalga sul *legatum*. Dal che si deduce che anche per Giuliano e Africano una *manumissio* valida prevaleva (presumibilmente, in ogni caso) sul *legatum*.

D. 30.68.3 (Gai. 18 *ed. prov.*): *Quod si item* (*servus*) *pure legatus sit et ex die liber esse iussus erit, omnimodo inutile legatum est, quia diem venturam certum est. ita Iulianus quoque sensit, unde ait: si servus Titio legatus sit et idem post mortem Titii liber esse iussus fuerit, inutile legatum est, quia moriturum Titium certum est.*

Per Gaio e per Giuliano la *manumissio* non condizionata[66], ma soltanto *ex die*, prevale sul *legatum* avente ad oggetto lo stesso *servus*. Per vero, qui la *manumissio* pare sicuramente scritta dopo il *legatum*[67], sí che potrebbe darsi che la sua preminenza dipenda dall'essere essa la *novissima scriptura*. Ma se si riflette che dal fr. 108.9 risulta una presumibile tendenza di Giuliano a subordinare alla *manumissio* anche il *legatum posterius*, il fr. 68.3 deve essere ritenuto confermativo di quella tendenza. E poiché Gaio la pensava come Giuliano in ordine alla questione della *manumissio ex die*, forse come lui egli la pensava anche in merito al concorso di *manumissio* e *legatum* in generale[68].

Ed eccoci ora a Scevola, citato da Marciano.

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*⟩[69] *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.*

[64] Esatte considerazioni in TALAMANCA (nt. 4) nt. 4.

[65] Giuliano: *ait ... absurdum esse.*

[66] Sulle questioni sollevate dalla *manumissio sub condicione*, cfr. D. 30.68.2 e TALAMANCA (nt. 4) 30 ss.

[67] Lo si desume essenzialmente dalla citazione di Giuliano, il quale fa l'ipotesi di un *servus* legato a Tizio e manomesso dal giorno della morte dello stesso (già nominato) Tizio.

[68] Naturalmente, nulla piú di un « forse » è legittimo a questo proposito.

[69] L'emendamento di *postea* in *posse* (non cosí lo spostamento) è del Mommsen.

Il testo è stato variamente sospettato dai critici [70]. Per il Beseler [71], sono da espungere il *per fideicommissum* e tutto il tratto da *sive libertas sit* a *praevalere*. Altri considerano non classico il solo rilievo dato alla *voluntas testantis* mediante la frase *si in obscuro sit—praevalere* [72]. L'Astolfi [73] parla di un « riassunto compilatorio », ma difende la genuinità di *per fideicommissum* e giustifica la prevalenza della *novissima scriptura* proprio col fatto che qui non si tratta di concorso tra *legatum* e *libertas directa*, ma di collisione tra *legatum* e *manumissio ex fideicommisso*. Il Talamanca, infine, aderisce alla difesa di *per fideicommissum* [74], ma ritiene sicuramente interpolato *sed si in obscuro sit—praevalere* [75] e avanza il sospetto di un serio guasto del rimanente discorso: non classica è probabilmente l'affermazione indiscriminata del prevalere della *novissima scriptura* (*sive libertas sit, sive legatum*), ma genuina è l'affermazione di preminenza del *legatum posterius* sulla *manumissio ex fideicommisso*, sempre che la si depuri della qualifica di *ademptio* [76].

A mio avviso, come risulta dalle atetesi segnate, il passo è sostanzialmente genuino, salvo che per ciò che concerne *per fideicommissum*, la cui origine postclassica (o giustinianea) mi sembra sicura: l'ipotesi esaminata da Scevola e riferita da Marciano era quella del concorso tra *manumissio directa* e *legatum*. Vari argomenti inducono a questa conclusione esegetica. In primo luogo, il libro 7 delle *Institutiones* di Marciano non è la *sedes materiae* dei *fideicommissa* [77]. In secondo luo-

[70] V. *Index itpl.* ahl.

[71] *Beiträge* 2.103 e *ZSS.* 47 (1927) 377. In senso adesivo: ALBERTARIO, *Studi* 6 (1953) 540; TUMEDEI, *Il requisito fondamentale della istituzione in erede del servo proprio*, in *RISG.* 63 (1919) 80 nt. 2, 98 nt. 1.

[72] Cfr. VOCI (nt. 1) 324 nt. 7.

[73] *Cit.* (nt. 3) 153 s.

[74] *Cit.* (nt. 4) 55 s. e nt. 131.

[75] *Cit.* (nt. 4) 56 e nt. 132.

[76] *Cit.* (nt. 4) 56 s. e 70 s. In altri termini, nel concorso di *manumissio ex fideicommisso* con un *legatum*, Scevola e Marciano: non avrebbero affatto detto che la *manumissio* posteriore (ma fedecommissaria) invalida la disposizione civilistica; avrebbero invece sicuramente affermato che il *legatum posterius*, per il fatto obbiettivo di essere posteriore (e di essere un istituto di *ius civile*), elide la precedente libertà fedecommissaria. Devo, peraltro, aggiungere che non sono pienamente sicuro di aver ben compreso il discorso del Talamanca, particolarmente nella sua complessa motivazione.

[77] Cfr. LENEL, *Pal.* 1.663 ss., che assegna ai *fideicommissa* i libri 8 e 9 (in quest'ultimo si trova, piú precisamente, la trattazione della *fideicommissaria libertas*).

go, *per fideicommissum*, come è stato giustamente osservato [78], è uno strano ἅπαξ λεγόμενον [79]. In terzo luogo, non si può dire della *manumissio* fedecommissaria posteriore al *legatum* che *valet* alla stessa guisa del *legatum* posteriore alla *manumissio* fedecommissaria, perché in realtà il *legatum* anteriore rimane in piedi, mentre l'*heres* o il *legatarius* è costretto *extra ordinem* a *manumittere* il *servus* [80]. Quindi solo un post-classico può aver inserito *per fideicommissum*, in un ambiente in cui fedecommessi e legati tendono, se non ad identificarsi, quanto meno ad equipararsi sul piano del trattamento giuridico [81]. Scevola, posto dinanzi

È ovvio che l'argomento palingenetico vale sino ad un certo punto, perché può anche darsi che Marciano, trattando nel libro 7 dei *legata*, abbia discusso ivi del concorso tra *legatum* e *fideicommissaria libertas*. Ma se si guarda al complesso dei fr. 124-126 (D. 33.8.20, 38.4.6, 40.5.50) indicato dallo stesso LENEL (*Pal.* 1.602 nt. 2), ci si convince che nel libro 7 *Institutionum* il discorso era esclusivamente impostato sull'incontro del *legatum* con una *manumissio directa*.

[78] TALAMANCA (nt. 4) nt. 131.

[79] Gli altri due casi riportati dal *VIR.*, ha giustamente osservato il TALAMANCA (nt. 78), sono dovuti ad una svista, perché *per fideicommissum* non va riferito a *manumittere*, ma al verbo reggente di *manumittere* (D. 40.2.20 pr.: *rogatus ... manumittere per fideicommissum*; D. 40.5.26.2: *per fideicommissum manumitti voluisset*). Il Talamanca riconosce altresí che l'espressione *per fideicommissum manumitti* è « alquanto impropria », ma non la ritiene sospetta « in bocca ad un giurista tardo come Marciano ». Ma se si valorizza, per salvare la classicità dell'espressione, il fatto che Marciano era un giurista tardo-classico, non si può poi, a mio avviso, tanto facilmente criticare, quanto meno nella forma, il resto del frammento.

[80] Cfr. D. 40.4.11 pr. (Pomp. 7 *Sab.*): *Si legato servo fideicommissa libertas relicta est, vel heres vel legatarius eum cogitur manumittere*. Non vedo perché la breviloquenza di Pomponio debba essere attribuita, anziché allo stesso giurista, all' « intervento dei compilatori » (cosí TALAMANCA [nt. 4] 58). A prescindere da ciò, non mi resta che rinviare all'esauriente e convincente spiegazione del testo fornita dallo stesso TALAMANCA (58 ss.).

[81] Perspicue le considerazioni in proposito del TALAMANCA (nt. 4) 58 ss., a commento del travisamento di D. 40.4.11 pr. operato da Doroteo *ad* D. 40.4.10.1 (H. 4.631). Non meno perspicue le successive pagine dedicate all'analisi di ogni altro frammento in tema di *fideicommissum libertatis* scritto posteriormente al *legatum servi*. Pienamente da condividere, quindi, la conclusione (TALAMANCA 70 ss.), secondo cui « il passo di Marciano, per quanto riguarda i rapporti tra lascito patrimoniale precedente e *libertas* (*fideicommissaria*) successiva, non può essere preso a testimonianza per il diritto classico ». Salvo che questa conclusione non implica che sia « sicuramente spuria l'affermazione indiscriminata e generica della prevalenza della *novissima scriptura* fra lascito patrimoniale e *libertas fideicommissaria* », ma convince ancor piú che il *manumitti* preso in considerazione da Scevola e da Marciano non era operato *per fideicommissum*.

a casi pratici di concorso tra *manumissio directa* e *legatum servi* [82], limitò il principio sabiniano del *favor libertatis* ed affermò che, quando il *legatum* è posteriore alla *manumissio*, esso, in quanto *novissima scriptura*, invalida la *libertas* del *servus*, sempre che sia chiara, evidente, non *in obscuro*, la *mens* del *testator*, cioè la sua *voluntas adimendi libertatem* [83]. E poiché i fautori del *favor libertatis* gli potevano opporre (o gli opponevano) la gravità di una *ademptio libertatis* implicata da *legatum*, il giurista replicò appunto che, se è vero che la *manumissio* può essere revocata [84], non si vede perché non si possa revocarla anche mediante un *posterius legatum* diretto non equivocamente all'*ademptio* [85].

6. — Per stringere il discorso, risulta ormai chiara la classicità della *ademptio libertatis* implicata da un *legatum posterius*, nei limiti in cui essa è testualmente documentata quanto meno da D. 31.14 pr. e da D. 40.4.10.1, se non anche da D. 40.5.50 [86]. La conclusione sul piano

[82] Che Marciano qui citi un responso (o dei responsi) di Scevola, risulta dal *Cervidius Scaevola consultus putabat*. Tuttavia, lo SCHULZ, *Ueberlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola*, in *Symb. Lenel* (1932) 215, lo nega, basandosi essenzialmente sul *sive—sive* e sul *quia rell.*, che farebbero pensare piuttosto ad una *quaestio*. Ma il *sive libertas sit sive legatum* è una evidente glossa esplicativa. Quanto al *quia rell.*, esso giustifica una sola soluzione, cioè quella che assegna la prevalenza al *legatum posterius*. Comunque, sul tema, che in questa sede non ha rilevanza, v. GUARINO, *I libri ad Vitellium di Sabino e di Paolo*, in corso.

[83] *Sed si in obscuro sit, qua mente post libertatem legavit eundem servum, in obscuro libertatem praevalere.* È solo petizione di principio affermare che questo periodo è interpolato « in funzione del dogma dell'interpretazione individuale proprio dei bizantini » (TALAMANCA [nt. 4] 56 e nt. 132).

[84] Il TALAMANCA (nt. 4) 57, pensa che « è falsa l'impressione che potrebbe dare il periodo di una recenziorietà dell'ammissione dell'*ademptio libertatis* formale ». Infatti, egli spiega a p. 7, già Giuliano e Scevola ammettevano che la *libertas* si potesse revocare a mezzo dell'*ademptio* formale (cfr. D. 40.7.13.5 e D. 40.4.50.2). Ma, francamente, non mi sembra che il *cum placeat hodie etiam libertatem adimi posse* di D. 40.4.10.1, e ancor meno il *cum libertatem datam rell.* di D. 40.5.50, autorizzino l'impressione che l'*ademptio libertatis* formale sia presentata, rispettivamente da Paolo e da Marciano, come una recentissima novità. Paolo e Marciano (il quale, oltre tutto, riferisce esplicitamente una motivazione di Scevola) si limitano a presentare l'*ademptio libertatis* formale come un istituto del diritto vigente.

[85] *Quia cum libertatem datam placeat posse adimi, et per legatum constat posse adimi.*

[86] Chi non volesse tener conto delle nostre critiche al *per fideicommissum* di D. 40.5.50, e si ponesse sulle tracce della teoria dell'ASTOLFI (*retro* n. 3), egual-

storico è resa necessaria dall'indagine esegetica dianzi svolta. Indagine che, mentre segnala come molto improbabile una parallela alterazione postclassica o giustinianea dei passi di Paolo *ad Vitellium* e di Paolo *ad Sabinum* [87], indica come molto probabile autore della innovazione quel Q. Cervidio Scevola, che di Paolo fu maestro rispettatissimo [88] e spesso, sopra tutto nei *libri ad Vitellium* [89], letteralmente riprodotto.

Sia stato Vitellio un autore commentato da Sabino [90] o, come altri ritiene [91], il dedicatario di un'opera sabiniana [92], è ormai di comune insegnamento che i *libri ad Vitellium* di Paolo furono in realtà un commento ai *libri ad Vitellium* di Sabino [93]. Si può concludere, dunque, che Paolo trovò nei *libri ad Vitellium* e nei *libri iuris civilis* di Sabino un identico principio: quando la *manumissio* concorre con il *legatum servi* prevale in ogni caso la *manumissio*. Ed è logico che Paolo, influenzato dall'insegnamento di Scevola, abbia reagito, nell'uno e nell'altro commentario a Sabino, in modo identico: se il *legatum* è, rispetto alla *manumissio*, chiaramente posteriore e chiaramente informato da *voluntas adimendi libertatem*, prevale la *novissima scriptura*, cioè il *legatum posterius* [94].

mente dovrebbe essere indotto da questo testo ad ammettere, quanto meno come molto probabile, che Paolo abbia subito l'influenza di Scevola. Infatti se, seguendo l'Astolfi, si ritiene che lo spunto alla revocabilità della *manumissio directa* mediante *legatum* è stato costituito dalla revocabilità della *libertas fideicommissaria* proclamata da Scevola, non si vede perché, essendo Paolo allievo di Scevola, non sia stato proprio Paolo, anziché un postclassico o Giustiniano, a raccogliere ed a sviluppare quello spunto.

[87] V. *retro* n. 3.

[88] Per tutti: KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des r. R.*² (1912) 212.

[89] Sul punto, cfr. SCHULZ (nt. 82) 218 ss., la cui tesi dell'integrazione postclassica dei *libri ad Vitellium* è, peraltro, almeno a mio avviso, infondata: GUARINO (nt. 82).

[90] Cfr. KRÜGER (nt. 88) 159 s.

[91] Cfr. BREMER, *Jurispr. antehadr.* 2.1 (1899) 375 ss. e DI MARZO, *Di una recente congettura sull'indole dei libri ad Vitellium di Masurio Sabino* (1899). Sul tema: KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1952) 117 ss.

[92] *Contra*: BAVIERA, *Di una congettura sull'indole dei libri ad Vitellium di Masurio Sabino*, in *Scr. giur.* (1909) 121 ss.

[93] Da ultimo, SCHULZ, *Gesch. der röm. Rechtswissenschaft* (1961) 261.

[94] A correzione di bozze ultimata, leggo la rc. del MEDICUS a TALAMANCA (nt. 4) (in *ZSS.* 79 [1962] 469 ss.), riscontrando una felice coincidenza con talune idee espresse nel presente articolo.

# ÜBER DEN BEGRIFF DER KOLLATION

## I.

1. — Manchmal wenden die Quellen des *Corpus iuris* die Wendungen *in medium conferre, in commune conferre, in commune redigere* an, um die prätorische Kollation (*collatio bonorum* und *collatio dotis*) zu bezeichnen [1].

Eine kurze historisch-dogmatische Betrachtung des Instituts der Kollation auf jeder Stufe seiner Entwicklung kann, wie ich glaube, das Folgende begründen:

1) daß niemals die klassische Jurisprudenz die oben erwähnten Ausdrücke (oder ähnliche) angewendet hat, um die *collatio* (*bonorum* oder *dotis*) als Einwerfen in die Erbmasse zu bezeichnen;

2) daß vielmehr diese Ausdrücke in der fraglichen Materie

* In *ZSS.* 59 (1939) 509 ss.

[1] An anderer Stelle (*Collatio bonorum* [Roma 1937] 12 f., 25 f.) habe ich schon ausgeführt, daß der Ausdruck *in medium conferre* von den klassischen Juristen nicht gebraucht worden ist, wenn es sich um die Kollation des *emancipatus* handelte. *In medium conferre* kann nur den Sinn haben « ins gemeinsame Vermögen einwerfen », so daß diese Wendung auf dem Gebiete der prätorischen Erbschaft lediglich die Bedeutung haben kann « in die Erbmasse zwecks gemeinsamer Teilung einwerfen » (vgl. HEUMANN - SECKEL, *Handlexikon*[9], sv. *conferre*). Was die prätorische Erbschaft, insbesondere die *bonorum possessio contra tabulas* und die *bon. poss. unde liberi* anlangt, so war im Gegenteil die *collatio emancipati* eine Leistung, die der Emanzipierte nur an die *sui heredes*, nicht auch an die anderen eventuell mitkonkurrierenden Emanzipierten machte: denn « *emancipati unius loco sunt* » (D. 37.6.2.5, dazu *Collatio* cit. 79). Konsequenterweise war die Kollation der nach der Emanzipation erworbenen und *moriente patre* noch vom Sohne *in bonis* besessenen Sachen nicht mit der Wendung *in medium conferre* zu definieren. Gegenüber einigen kritischen Äußerungen zu diesen Behauptungen, die besonders den formellen Beweis nicht erbracht finden (vgl. KADEN, in *ZSS.* 58 [1938] 327 f.; PRINGSHEIM, in *SDHI.* 4 [1938] 535 Anm. 9), soll diese Studie die Untersuchungen meiner ersten Schrift vertiefen und ergänzen.

wahrscheinlich von nachklassischen, und zwar vorjustinianischen Juristen stammen.

Seit langem hat unsere romanistische Forschung die Überzeugung aufgegeben, daß alle im *Corpus juris* enthaltenen Veränderungen unter die justinianischen *multa et maxima* fallen, *quae propter utilitatem rerum transformata sunt*. Man glaubt heute mit Recht, daß sehr viele Veränderungen der klassischen Texte und der klassischen Lehren von vorjustinianischen Lesern und Kommentatoren herrühren [2]. Justinian hat häufig die nachklassische Entwicklung mit weiteren Interpolationen fortgesetzt und vollendet. Einen Beleg dafür soll auch diese Studie erbringen [3].

2. — Als Substantive sind *medium* und *commune* oft gebraucht zur Bezeichnung von Vermögensmassen, an denen mehrere Personen Anteil haben [4]. Es wäre natürlich unzweckmäßig, jeden Text zu prüfen, in dem *medium* oder *commune*, wenn auch in diesem engeren Sinne, erscheint [5]. Ich gehe daher nur auf die Fragmente ein, in denen *in medium* oder *in commune* mit *conferre* verbunden ist [6]. Alle diese Quellen beweisen:

[2] Darüber ALBERTARIO, *Introduzione storica* 1 (1935) 55 f.

[3] Noch ein anderes, textkritisches Ziel möchte ich mit ihr erreichen. Man hat jüngst die Meinung vertreten, daß die in den *Basilicorum libri* enthaltene Anonymossumme der *Digesta* nur eine griechische Übersetzung ist, die von einem hervorragenden Juristen der nachjustinianischen Zeit direkt geschaffen wurde (vgl. SONTIS, *Digestensumme des Anonymos* [Heidelberg 1937]; zustimmend WIEACKER, in *ZSS.* 58 [1938] 385 f.). Gegenüber dieser These meine ich, daß die Summe des Anonymos im wesentlichen auf eine vorjustinianische griechische Übersetzung der klassischen (aber schon von den nachklassischen Kommentatoren stark verfälschten) Werke war (mehr darüber in meiner Besprechung des Buches von Sontis in *SDHI.* 5 [1939] 273 f.). Ich hoffe einige Beweise dafür auch im folgenden erbringen zu können.

[4] Vgl. HEUMANN - SECKEL, sv. *medius*, *communis*.

[5] Deshalb vermag ich die folgende Kritik PRINGSHEIMS, *a. a. O.* an meiner Tilgung von *in medium* in C. 6.20.4 (dazu auch unten S. 533 f.) nicht für begründet anzusehen: « Seine eigene Anfechtung von *in medium conferre* (im Anfang der const.) scheint mir ungesichert; auf *e medio praecipere* (D. 31.88.1; 32.92 pr.; 33.8.26) geht er nicht ein ».

[6] Was *in commune redigere* angeht, so verweise ich auf D. 37.61.11 (Ulp. 40 *ad ed.*), die ich schon in *Collatio* cit. 89 f., im Satz *sed dicantur quaedam esse in commune redacta*, als unecht bewiesen habe. Andere Ausdrücke, die die Kollation als « Einwerfung in die Erbmasse » bezeichnen, kenne ich nicht.

1) daß beide Ausdrücke das « Einwerfen von Gütern in eine Vermögensmasse » bedeuten;

2) daß dieser Sinngehalt ebenso im klassischen wie im nachklassischen Recht galt;

3) daß beide Ausdrücke dieselbe Bedeutung hatten.

A) Klassische Quellen. Ich kann für *in medium conferre* als sicheres Beispiel anführen:

D. 29.2.45.2 (Iul. 1 *ad Urs. Fer.*): *Et cum quaestus et compendii societas initur, quidquid ex operis suis socius adquisierit, in medium conferet: sibi autem quisque hereditatem adquirit.*

Außerdem: D. 37.6.3.2[7].

Was *in commune conferre* angeht, so verweise ich auf:

D. 31.89.3 (Scaev. 4 *resp.*): *Lucius Titius intestato moriturus, cum haberet uxorem et ex ea filiam emancipatam, codicillis haec verba inseruit: « pertinent autem hi codicilli ad uxorem et filiam. primum autem rogo, sic inter vos agatis, ut me vivo egistis, itaque rogo, ut quidquid aut ego reliquero aut quod vos ipsae habetis, commune vobis sit ». filia intestati patris bonorum possessionem accepit: quaeritur, an aliqua pars hereditatis Lucii Titii ex causa fideicommissi a filia matri deberetur et quota. respondi secundum ea quae proponerentur dimidiam partem deberi, si modo uxor parata sit in commune bona sua conferre.*

Ferner: D. 36.1.80 pr. (Scaev. 21 *dig.*)[8].

B) Nachklassische Quellen. Abgesehen von der Kollation, erscheinen beide Ausdrücke sehr selten und niemals in kaiserlichen Konstitutionen. Ich halte es für wahrscheinlich, daß die beiden unechten Digestenstellen, in denen — immer abgesehen von den Texten über die Kollation — diese Ausdrücke begegnen, aus der Feder nachklassischer, und zwar vorjustinianischer Juristen stammen.

*a*) D. 17.2.53 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Quod autem ex furto* [*vel ex alio maleficio*] *quaesitum est, in societatem non oportere conferri palam est* [*, quia delictorum turpis atque foeda communio est. Plane si in medium collata sit, commune erit lucrum*].

Albertario[9] hat mit Recht die Einfügung von *vel ex alio maleficio* und *quia—est* behauptet. Meines Erachtens ist auch der letzte Satz unklassisch[10]. Formal zu beanstanden sind das zu Anfang des Satzes

[7] Dazu unter § 3.

[8] *Lex geminata* von D. 31.89.3.

[9] *Studi Perozzi* 225.

[10] Anders noch *Collatio* cit. 25 Anm. 3.

gebrauchte *plane* [11], sodann die Wendung *collata sit* anstatt *collata sint* [12] und endlich die Einzahl im ersten, die Mehrzahl im zweiten Satz (*quod, collata*). Noch mehr ist der Inhalt zu verwerfen. Während wir es begreifen, daß keine Rechtspflicht besteht, gestohlene Sachen *in societatem* einzuwerfen, ist es unerklärlich, warum der Klassiker gesagt haben soll, daß, wenn trotzdem diese Sachen *in medium* eingeworfen worden sind, sie zum gemeinsamen Vorteil gereichen: eine selbstverständliche Konsequenz, die jedenfalls des juristischen Gehalts entbehrt. Allem Anschein nach wurde der ganze Text Ulpians *ad Sabinum* von einem nachklassischen Leser bearbeitet.

*b*) D. 14.2.2.2 (Paul. 34 *ad ed.*): *... itidem — conferret.*

Die nachklassische Umarbeitung des ganzen Stückes ist von De Martino [13] nachgewiesen worden.

3. — Wenn man jetzt beide Ausdrücke in ihrer Verwendung bei der *collatio bonorum* oder *dotis* nachprüft, um das Einwerfen seitens des Emanzipierten oder der Töchter aufzuzeigen und zu charakterisieren, muß man zweifelsohne feststellen, daß *in medium conferre* oder *in commune conferre* nur die Bedeutung haben können, daß der *emancipatus*, bzw. die *filia dotata*, seine *bona*, bzw. ihre *dos*, zur noch nicht geteilten Erbmasse beibringen mußte, die nach der *datio bonorum possessionis* (*contra tabulas* oder *unde liberi*) unter die *bonorum possessores* verteilt wurde [14–16].

[11] Vgl. *Collatio* cit. 40 Anm. 2.

[12] Die zweite Lesart wurde von Haloander vertreten. Es mag auch sein, daß in dem Text das Wort *res* verloren gegangen ist (⟨*res*⟩ *collata sit*).

[13] *Rivista del diritto della navigazione* 4 (1938) 28 f.

[14] Vgl. JÖRS - KUNKEL, *Röm. R.*[2] 342. Die allgemeine Lehre (LENEL, *EP.*[3] 345) nimmt an, daß die Kollation nach der *datio bonorum possessionis* stattfand. Dagegen behauptet Beseler (besonders *ZSS.* 44 [1924] 395), daß man vor der *petitio bonorum possessionis* konferieren mußte. Meines Erachtens mußte der Emanzipierte, bzw. die *filia dotata, petita bonorum possessione*, aber vor der *datio* konferieren (vgl. *Collatio* cit. *passim* und besonders Kap. IV und V).

[15] Zu beachten ist, daß diese besondere erbrechtliche Bedeutung von *in medium conferre, in commune conferre*, die beide Ausdrücke auf dem Gebiete der Kollation haben müssen, nicht mit der schon erwähnten, allgemeinen Bedeutung, als « Einwerfen von Gütern in eine Vermögensmasse » zusammengebracht werden darf. Eine solche Verwechselung ist KADEN, in *ZSS.* 58 (1938) 327 in der Besprechung meines Buches unterlaufen: « Anfangspunkt seiner Untersuchung ist die Feststellung, daß *in medium conferre* nichts anders bedeuten kann, als daß das zu konferierende mit dem Nachlaß zu einer Gesamtteilungsmasse vereinigt

Es gibt, wenn ich recht sehe, nur einen echten juristischen Text, der auf dem Gebiet der Kollation die besondere, erbrechtliche Bedeutung der Wendung *in medium conferre* (also auch *in commune conferre*) bestätigt [17]: er genügt jedoch [18], weil er ausdrücklich sagt, daß die klassische *collatio bonorum* gar kein « *conferre in medium* », gar kein « Einwerfen in die Erbmasse » war [19].

In Betracht kommt:

D. 37.6.3.2 (Jul. 23 *dig.*): *Quotiens contra tabulas bonorum possessio datur, emancipati bona sua conferre debent his* [*solis*], *qui in potestate fuerint.* [*hoc quemadmodum expediri oporteat quaeri solet*]: *nam si bona a patre relicta et emancipatorum in medium conferantur et ita viriles partes sumantur, eveniet, ut et emancipatis quoque collatio* [*ab ipsis facta*] *prosit.* [*videamus ergo ne commodissimum sit emancipatos quartam partem ex bonis paternis ferre, ex suis tertiam:*] *quod dico exemplo manifestius fiet. ponamus patrem quadringenta reliquisse et duos in potestate filios duos emancipatos, ex quibus alterum*

werde. Dem ist, wie ich glaube, zuzustimmen: aus D. 37.6.3.2 erhellt dieser Sinn des vorgenannten Ausdrucks mit Deutlichkeit, und auch in D. 17.2.53 und in D. 29.2.45.2 kann *in medium conferre* keine andere Bedeutung haben ». Demgegenüber darf ich bemerken, daß ich eine solche für alle Fälle gültige Bedeutung von *in medium conferre*, die ganz sinnlos wäre, keineswegs behauptet habe, und ich bestreite auch, heute wie gestern, daß der Ausdruck *in medium conferre* (und so auch *in commune conferre*) an und für sich diese erbrechtliche Bedeutung (« Einwerfung in eine Erbmasse ») haben kann.

[16] Undenkbar ist es, daß unsere Ausdrücke die Bedeutung haben könnten « *in hereditatem conferre* ». Abgesehen davon, daß die Terminologie ganz unbegründet wäre, genügt es zu bemerken, daß auch auf diese Weise die Grundsätze der prätorischen Kollation nicht gewahrt würden. Der irrige Gedanke erscheint aber (mit anderen Worten) in D. 37.6.1.12 (Ulp. 40 *ad ed.*): [*sed et si tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet, dicendum est emancipatum satis contulisse videri* — Ende] (vgl. für die Exegese *Collatio* cit. 92 f.).

[17] Zwar erscheint in diesem Text nur der Ausdruck *in medium conferre*, aber, nachdem wir gefunden haben, daß beide Ausdrücke denselben generellen Sinn haben, ist zu vermuten, daß sie auch mit Bezug auf die *collatio* diese vollkommene Einheit der Bedeutung besitzen.

[18] Mit Unrecht sagt KADEN, *l. c.*: « Der Verf. glaubt — daß formale Bedenken gegen die Klassizität dieses Ausdruckes vorzubringen seien ». Ich habe dagegen immer die Klassizität von D. 37.6.3.2 (besonders für den Satz *nam si bona — prosit*) behauptet (vgl. unten Anm. 22).

[19] *Conferre in medium* bedeutet also, auf dem Gebiet der Kollation, « in die Erbmasse einwerfen ».

*centum, alterum sexaginta in bonis habere: is qui centum* [*habebit*] ⟨*habuerit*⟩ *centum triginta tria et trientem feret, is vero qui sexaginta contulerit centum viginti* [*, atque ita eveniet, ut collationis emolumentum ad solos, qui in potestate remanserint, perveniat*].

Die Exegese des Textes habe ich an anderer Stelle [20] gebracht. Alle Einfügungen stammen meines Erachtens von einem nachklassischen Leser, der kurz vor dem Ende des 4. Jahrhunderts die drei großen Randnoten (*hoc — solet*; *videamus — tertiam*; *atque ita — perveniat*) [21] schrieb [22]. Die Absicht des Kommentators war augenscheinlich, den

[20] *Collatio* cit. 72 f.; *SDHI.* 4 (1938) 521 f.

[21] Vielleicht auch zwei interlineare Glossen: *solis* und *ab ipsis* ⟨*non*⟩ *facta*. Vgl. *SDHI.* 4 cit. 522 und 525 Anm. 15, 16.

[22] Der Vergleich mit der Basilikensumme läßt uns noch einen Schritt weiter gehen, insofern wir auch die einleitenden Worte *Quotiens — datur*, tilgen können.

| Jul. 23 *dig.* | Nachklassischer Leser | B. 41.7.3 th. 3 (H. 4.169) |
|---|---|---|
| | *Quotiens contra tabulas bonorum possessio datur* (I), | τῆς κατὰ τῆς διαθήκης ἐναντιώσεως αἰτουμένης (I) |
| (I) *emancipati bona sua conferre debent his* (a), *qui in potestate fuerint* (II). | (a) *solis.* (II) *hoc — solet* (III). | (I) οἱ αὐτεξούσιοι μόνοις τοῖς ὑπεξουσίοις συνεισάγουσιν. (II) |
| (III) *nam si bona a patre relicta et emancipatorum in medium conferantur et ita viriles partes sumantur, eveniet, ut et emancipatis quoque collatio* (b) *prosit* (IV). | (b) *ab ipsis facta* ⟨*non*⟩ *facta.* | — — |
| (V) *quod dico exemplo manifestius fiet. ponamus patrem quadringenta reliquisse et duos in potestate, filios, duos emancipatos, ex quibus alterum centum alterum sexaginta in bonis habere: is qui centum habuerit. centum triginta tria et trientem feret, is vero qui sexaginta contulerit centum viginti* (VI). | (IV) *videamus ergo ne commodissimum sit emancipatos quartam partem ex bonis paternis ferre, ex suis tertiam* (V). | (V) καὶ διὰ τοῦτο εἰ ἀποθάνω καταλιπὼν οὐσίαν τετρακοσίων νομισμάτων καὶ δύο παῖδας ὑπεξουσίους, καὶ δύο αὐτεξουσίους· δικαίῳ μὲν κληρονομίας ἕκαστος τῶν παίδων ἑκατὸν λαμβάνει. VI) |
| | (VI) *atque ita eveniet — perveniat.* | (IV) ὅσα δὲ τῶν αὐτεξουσίων ἕκαστος ἔχει, εἰς τρία μέρη ποιεῖ· καὶ τὸ μὲν τρίτον αὐτὸς λαμβάνει, τὸ δὲ δίμοιρον οἱ ὑπεξούσιοι (V). |

theoretischen Fall zu generalisieren und ihn zu einer allgemeinen Regel zu entwickeln[23]. Justinian[24] hat dagegen den lateinischen Text Julians mit den hinzugesetzten Randbemerkungen vor sich gehabt, wobei er

Der Verdacht, daß *Quotiens — datur* nicht dem klassischen Text angehört, ist schon daraus herzuleiten, daß Julian wahrscheinlich, im Anfang einer theoretischen *quaestio* (vgl. *SDHI.* 4 cit. 525 Anm. 26), den Wortlaut des Edikts genau wiedergab mit der einzigen Abkürzung von *emancipati* anstatt *hi qui in potestate patris non fuerint.* Nach der Methode der theoretischen Quästionen schrieb er also die prätorischen Worte ab. Außerdem hätte Julian vermutlich und besser *bonorum possessione contra tabulas petita* gesagt, weil die *collatio cautione* nach der *petitio* und vor der *datio bonorum possessionis* stattfand (vgl. oben Anm. 14).

Es mag sein, daß derselbe nachklassische Leser, dem ich die anderen Randbemerkungen zugeschrieben habe, auch diesen Satz hinzufügte. Der Satzteil *Quotiens — datur* ist sachlich nicht falsch, aber er entspricht nicht dem Realismus des julianischen Textes, der die Kritik des farblosen, unpassenden Begriffes des *in medium conferre* mit einem sozusagen lebendigen Beispiel (Satz V—VI) verstärkt. Zu diesem Realismus und auch zu der Gedrängtheit des Ausdruckes von Julian stellt sich der nachklassische Kommentator in Gegensatz, wenn er: 1. in zwei Randnoten (Sätze IV—V, VI—Ende) das Beispiel des klassischen Textes verallgemeinert; 2. in einer anderen Randbemerkung (Satz II-III) und in zweiinterlinearen Einfügungen (*a*, *b*) den Wortlaut des Edikts und den theoretischen Fall des Julian ausschreibt.

Übrigens würde es mir unhaltbar erscheinen, wenn man die ersten Worte des ersten Satzes auf Tribonian zurückführen wollte, besonders, weil Tribonian sehr klar und deutlich *data bonorum possessione contra tabulas* geschrieben hätte (vgl. unten 7). Der eben aufgezeigte Verdachtsgrund verstärkt sich zum Beweise, wenn man die Basilikensumme hinzuzieht, die ausdrücklich spricht von τῆς κατὰ τῆς διαθήκης ἐναντιώσεως αἰτουμένης. Sodann beschränkt sich die Summe des Anonymos auf die Wiederholung des wichtigen Beispieles von Julian, das sehr klug mit der verallgemeinernden Randglosse zu einer Einheit verschmolzen ist.

Dies erlaubt die folgenden Schlüsse: 1. daß die *Summa* der Basiliken hier mit einer griechischen, vorjustinianischen Übersetzung der Digesta von Julian übereinstimmt, denn sonst hätten wir dort nicht τῆς κατὰ τῆς διαθήκης ἐναντιώσεως αἰτουμένης gelesen; 2. daß die griechische, vorjustinianische Übersetzung nicht dem klassischen, sondern schon dem veränderten Wortlaut der *Digesta* Julians entsprach, denn andernfalls hätten wir kein Anzeichen des Satzes IV—V gefunden.

[23] Die Spuren davon sind zahlreich: der generalisierende Ausdruck *quotiens*; *bonorum possessio datur* entspricht den unklaren juristischen Meinungen des Übergangs vom klassischen Erbschaftsdualismus zur nachklassischen wesentlichen Einheit; *hoc — solet* nimmt den Fall wieder auf, nachdem mit der Verallgemeinerung des ersten Satzes der Anschein einer Regel entdeckt wurde; die Wendung *videamus — tertiam* gibt dem konkreten Fall eine generelle Prägung und nimmt zugleich das Ergebnis des folgenden Beispieles vorweg; *atque ita — perveniat* beschließt den Text Julians, der, nach der Trennung und Verallgemeinerung des ersten Satzes, noch einer Rechtfertigung zu bedürfen schien.

[24] Oder ein früherer Abschreiber der Quästionen Julians.

nur die mechanische Arbeit einer raschen Zusammenfügung geleistet hat.

Während wir also aus D. 37.6.3.2 ableiten, daß *in medium conferre* auf dem Gebiet der Kollation nur den Sinn eines Einwerfens der Kollationsobjekte in die Erbmasse haben kann, lesen wir auch dort, daß die Kollation des Emanzipierten kein *in medium conferre ist*. Konsequenterweise darf ich schon jetzt die Vermutung aussprechen [25], daß *in medium* (*in commune*) *conferre*, wenigstens im klassischen Recht, das Beitragen des *emancipatus*, bzw. der *filia dotata* nicht bedeuten konnte.

Von dieser klassischen Verneinung der Genauigkeit des Ausdrucks *in medium conferre* (und daher von allen ähnlichen Wendungen) für die prätorische Kollation gehe ich aus, um die theoretische Vereinbarkeit des entsprechenden Begriffs « Einwerfen in die Erbmasse » mit dem Begriff der *collatio* auf den verschiedenen Stufen ihrer Entwicklung zu prüfen. Mein Ziel ist, den Anfangstermin festzustellen, von dem an es möglich gewesen ist, die *collatio bonorum* oder *dotis* als *in medium conferre* oder *in commune conferre* zu definieren. Danach möchte ich auch die Periode, in der beide Ausdrücke am wahrscheinlichsten gebraucht wurden, zu bestimmen versuchen.

4. — Das klassische Recht konnte in keiner Weise eine Definition der Kollation als « Einwerfen in die Erbmasse » brauchen. Hierbei wirkten zwei theoretische Gründe mit:

I. « *Emancipati his, qui in potestate fuerint conferre debent* » (D. 37.6.3.3). Offenbar galt dieser Satz nur für die *collatio emancipati*. Was die Kollation der Töchter anlangt, so weist D. 37.7.1.4 darauf hin, daß die dotierten *filiae* auch *invicem* konferieren mußten: dennoch scheint mir dieser Begriff unklassisch, weil er gegen die allgemeinen Grundsätze des ganzen Systems der prätorischen Kollation verstößt [26]. Klassisch ist jedenfalls für mich die Lehre, daß die Tochter verpflichtet war, auch den Emanzipierten zu konferieren [27]. Wenn man aber der herrschenden Lehre [28] folgt, daß nämlich die Töchter im klassischen Recht nur den *sui heredes* und außerdem *invicem* konferierten, so bleibt für die

[25] Die Exegese der Quellen wird leicht diese Vermutung bestätigen: vgl. unten § 9.

[26] Der textkritische Beweis wird in meiner Schrift über die *collatio dotis* (in Vorbereitung) erbracht werden.

[27] Vgl. *Collatio* cit. 207 f.

[28] Vgl. ALBERTARIO, in *RIL*. 44 (1925) 508 f.; PRINGSHEIM, in *SDHI*. 4 (1938) 534 f.

*collatio dotis* der Begriff des *in medium* (*in commune*) *conferre* noch weniger haltbar. Auf jeden Fall ist das ganze System der prätorischen Kollation von dem Grundsatz beherrscht, daß der Kollationspflichtige jedem einzelnen Kollationsberechtigten, nicht an alle zusammen konferieren mußte.

II. Die Kollation findet vor der *datio bonorum possessionis* statt [29]. Am häufigsten wurde gemäß den Bestimmungen des Edikts [30] die *collatio* durch eine prätorische Stipulation durchgeführt (*collatio cautione*) [31]. Die *cautio* konnte aber durch den unmittelbaren Beitrag der Kollationsobjekte ersetzt werden (*collatio re*) [32]. In beiden Fällen war die Kollation in die Erbmasse unmöglich, da weder der Kollationspflichtige noch die Kollationsberechtigten Rechte über die Erbmasse hatten, bis die *datio bonorum possessionis* geschehen war. Selbst wenn die *bonorum possessio contra tabulas* oder *unde liberi* dem Versprechenden der Kollationsobjekte tatsächlich *data* war und dem Kollationspflichtigen nur solche *bonorum possessores*, die außerdem Kollationsberechtigte waren, gegenüberstanden, hätte er trotzdem die Kollationsobjekte *in medium* (*in commune*) nicht konferieren können; denn er hätte seine Schuld zugunsten von jedem einzelnen *stipulans* erfüllen müssen.

5. — Im nachklassischen und vorjustinianischen Rechte haben die beiden theoretischen Gründe, die gegen den Begriff des Einwerfens in die Erbmasse wirkten, tiefe Umwandlungen erfahren.

I. Die Regel « *emancipati his, qui in potestate fuerint, conferre debent* » wurde von der *collatio dotis* besonders beeinflußt. Schon im klassischen Recht mußte die Tochter, wie ich annehmen möchte, den Emanzipierten ihre *dos* konferieren, und es ist gewiß, daß sie wenigstens im früheren nachklassischen Recht auch allen anderen dotierten Töchtern ihre Mitgift beizubringen hatte. Wir müßten also glauben, daß eine ähnliche Regel im nachklassischen Recht auch für die *collatio emancipati* entstanden ist, und zwar, daß diese Regel schon entstanden war, als Kaiser Leo 472 seine Konstitution über die Kollation bei der Intestaterbfolge erließ, die hier bereits als Beibringen an alle Miterben gedacht wird.

CI. 6.20.17 (Leo Eritario pp., a 472): *Ut liberis tam masculini*

[29] Vgl. oben Anm. 14.
[30] Vgl. LENEL, *EP.*[3] § 144; außerdem *Collatio* cit. 204 f.
[31] Vgl. D. 37.6.1.9; Ulp. Reg. 28.4; Paul. Sent. 5.9.4.
[32] Vgl. D. 37.6.1.11 (dazu oben Anm. 6).

*quam feminini sexus, iuris sui vel in potestate constitutis, quocumque iure intestatae successionis . . . aequa lance parique modo prospici possit, hoc etiam aequitatis studio praesenti legi credidimus inserendum, ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentium tam dos quam ante nuptias donatio conferatur . . . ut in dividendis rebus ab intestato parentis, cuius de hereditate agitur, eadem dos vel ante nuptias donatio ex substantia eius profecta conferatur; emancipatis videlicet liberis utriusque sexus pro tenore praecedentium legum, quae in ipsa emancipatione a parentibus suis [ut adsolet fieri] consequuntur vel post emancipationem ab iisdem adquisierint, collaturis*[33].

Vom Jahre 472 an ist also die Kollation zweifellos von jedem Miterben an alle Miterben zu bewirken. Das neue Prinzip dürfte augenscheinlich der Schluß einer längeren historischen Entwicklung sein.

II. Das zweite Prinzip, daß die Kollation *petita bonorum possessione* stattfand, wurde nur von den Kompilatoren durch Interpolationen im Corpus juris umgestaltet[34]. Tribonian gab aber damit einem Rechtszustand, der schon im vorjustinianischen Recht aus verschiedenen Ursachen entstanden war, lediglich formellen Ausdruck. Als solche Ursachen kommen in Betracht:

α. die allmähliche Verschmelzung zwischen *hereditas* und *bonorum possessio*[35]. Hierzu hatte bereits das klassische Recht in der Kodifikation des prätorischen Edikts durch Hadrian die Voraussetzung geschaffen. Während die klassische Jurisprudenz jedoch den Dualismus zwischen *ius civile* und *ius praetorium* immer verstand und weiter entwickelte, verloren die nachklassischen Rechtsgelehrten das Gefühl für dieses Widerspiel und bemühten sich, es zu überwinden. Auch auf dem Gebiet der *bonorum possessio* läßt sich bemerken, daß erst das nachklassische Recht den Dualismus des Zivilerbrechts und der prätorischen Erbfolge überwand, und zwar besonders nach den Grundlinien der kaiserlichen Erlässe, unter denen die folgende Konstitution von Konstantin sehr wichtig ist.

CI. 6.9.9 (Constant. ad pop., a. 339): *Ut verborum inanium excludimus captiones, ita haec observari decrevimus, ut apud quemlibet iudi-*

[33] Seit langem wird der Schluß dieser Konstitution als interpoliert erachtet. Vgl. FEIN, *Recht der Kollation* 200 f., 272 f.; LEIST, *Fortsetzung der Pandekten von* GLÜCK, *Serie der Bücher 37-38, Dritter Teil* 238 f., 263 f.

[34] Vgl. oben Anm. 14 und unten § 7.

[35] Vgl. dazu BIONDI, *Diritto ereditario, Parte Generale* 280 f.

*cem vel etiam apud duumviros qualiscumque testatio amplectendae hereditatis ostendatur, . . .*

Schon vor dem Ende des 4. Jahrhunderts war also die Verschmelzung zwischen *hereditas* und *bonorum possessio* in der Praxis vollendet. Die *petitio bonorum possessionis* entsprach der *aditio hereditatis*: demgemäß mußte die Bedeutung der *datio bonorum possessionis* zurücktreten. Den *bonorum possessionem petentes* stand nicht mehr eine Rechtsklage, sondern ein Recht, das Recht an der Erbmasse, zu. Diese Unifizierung der Momente der *petitio* und der *datio* führte dazu, daß die *cautio collationis* praktisch nicht mehr Voraussetzung der *datio bonorum possessionis*, sondern eine Folge derselben wurde.

β. die Entwicklung der *peculia* der Haussöhne. Die wirtschaftliche Selbständigkeit, die im nachklassischen Recht von den Haussöhnen durch die Entwicklung des Pekulienrechts endlich erreicht wurde, zeigte die Unhaltbarkeit eines Zustandes, bei dem der Kollationspflichtige (*emancipatus* oder *filia dotata*) die Kollationsobjekte konferieren mußte, während dem Kollationsberechtigten, wenn er ein *suus heres* war, gar keine Pflicth erwuchs, die von ihm *iure peculii* erworbenen *bona* den Miterben beizubringen. Die *collatio emancipati* wurde von dieser neuen Tatsache besonders beeinflußt, indem man sie nicht mehr im Hinblick auf die Emanzipation betrachtete, sondern an die Lehre von der Teilung der Erbschaft anknüpfte. Und auf diese Weise erfolgte eine gewisse Vereinigung der *collatio bonorum* mit der *revocatio in communionem* der *peculia*. Die Stufen dieser geschichtlichen Entwicklung lassen sich folgendermaßen schildern:

1) Da die Erwerbsfähigkeit der Söhne (*alieni iuris* und *sui iuris*) gleichgültig erschien, wurde der klassische Grund der Kollation ausgeschaltet: alle Kinder waren von Anfang an gleich fähig, Vermögensgüter zu erwerben.

2) Die Entwicklung des Pekulienrechts hatte dann zur Folge, daß die Haussöhne nur die Objekte, die sie als reine Geschenke vom verstorbenen Vater bekommen hatten, in die Erbschaft einwerfen mußten.

3) Konsequenterweise wurden die Emanzipierten verpflichtet, den *sui heredes* nur diejenigen *bona*, die sie als Geschenke vom Vater erworben hatten, beizubringen.

Weiter muß man aber bemerken, daß die Vereinigung von *collatio bonorum* und *revocatio in communionem* in der Form der Kollation folgte, und zwar aus zwei Gründen: 1. Die *revocatio in communionem* hatte schon im klassischen Recht begonnen, ihre Daseinsfähigkeit zu

verlieren. Im Gegensatz dazu war die *collatio* im klassischen Recht noch ein lebendiges, außerdem von der Rechtswissenschaft sehr gut gepflegtes Institut. 2. Ferner spielte die *collatio dotis* auf diesem Gebiet eine entscheidende Rolle, die ich sofor erklären möchte.

γ. die Entwicklung der *collatio dotis*. Schon im klassischen Recht hatte die *collatio dotis* eine besondere Stellung, da sie nicht wie die *collatio emancipati* den Mangel der Erwerbsfähigkeit ausgleichen sollte. Die von den Eltern bestellte *dos* wurde vielmehr als Vorempfang auf den gesetzlichen Erbteil der Tochter behandelt. Es war also natürlich, daß der Wegfall der charakteristischen Gründe der *collatio emancipati* das ganze System der Kollation auf die *collatio dotis* konzentrieren ließ. Daher wurde die Grundlage der neuen Kollation überhaupt die Kollation der seitens der Eltern bestellten Mitgift [36].

6. — Im allgemeinen hat also das System der prätorischen Kollation im nachklassischen, vorjustinianischen Recht eine dreifache Entwicklung genommen:

a) Entwicklung der Voraussetzung. Da die *datio bonorum possessionis*, und nicht bloß die *petitio* für die Kollation vorausgesetzt wurde, vereinigte sich die Kollation wesentlich mit der Erfüllung derselben.

b) Entwicklung des Begriffes. Die Kollation entsprach einer *revocatio in communionem* der Geschenke und der *dotes*, die die Eltern ihren *filii* und *filiae* gegeben hatten; sie wurde aber immer von jedem Verpflichteten an die einzelnen Geschwister bewirkt.

c) Entwicklung der Form. Die Kollation folgte dem Muster der entwickelten *collatio dotis*.

Daraus geht das Folgende hervor: daß ein Begriff des *in medium* (*in commune*) *conferre* auch im nachklassischen, vorjustinianischen Rechte gar nicht zutreffend gewesen wäre. Aber da gerade in diesem Zeitalter die allmähliche Vereinigung der Kollation, besonders durch die *collatio emancipati*, mit dem Begriff der *revocatio in communionem* stattfand, so konnte es auch manchmal geschehen, daß der Begriff der *revocatio* die Definition der *collatio* in der Richtung des *in medium* (*in commune*) *conferre* beeinflußte.

Nur wenn wir an die Rechtsunsicherheit dieser Übergangszeit

[36] So taucht also aus dem System der prätorischen Kollation die neue, zuerst vom Kaiser Leo bestimmte Kollation auf, die dann von der pandektistischen Lehre als « Deszendenten-Kollation » bezeichnet wurde.

denken, können wir uns erklären, warum man manchmal die Kollation als « Einwerfen in die Erbmasse » definiert hat. Das ist aber eine theoretische Erklärung und will keine Rechtfertigung der irrigen Definition sein.

7. — Die nachklassische Entwicklung der prätorischen Kollation findet im justinianischen Recht ihren Abschluß.

Das Rückgrat des ganzen Systems der justinianischen Kollation ist die erwähnte Konstitution des Kaisers Leo (CI. 6.20.17)[37], die Justinian mit weiteren lateinischen Konstitutionen (CI. 6.20.19, 20, 21) und griechischen Novellen (Nov. 18.6, 97.6), vielleicht auch durch eine direkte Interpolation[38], ergänzt und fortgebildet hat. Diesem neuen System gegenüber scheint mir das ganze Material der Digesten und des Codex in doppelter Absicht erhalten geblieben zu sein:

1) um Notizen des antiken Rechtszustandes zu geben. Dieser Zweck ist für die ganze Materie der *bonorum possessio* besonders zu beachten, und er ist von einem Basilikenscholion sehr deutlich ausgesprochen:

B. 41.7.1 Sch. b. V 521 (H. 4.163): Ὁ παρὼν τίτλος, ὅσον πρὸς τὰ παλαιὰ τῶν ἐγκατεστρωμένων νομίμων, ἄχρηστος καθέστηκε. πλὴν οἱ τούτου θεματισμοὶ πολυπειρίαν εἰσάγουσι, καὶ ἀναγνωστέον διὰ τοῦτο. προρεκτέον δὲ τοῖς ἀπ' αὐτοῦ τοῦ λς'. κεφαλαίου ὡς χρησίμοις καὶ κρατοῦσι νυνί· οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ τοῖς ἐξ ἀρχῆς τοῦ τίτλου διά τε τὸν ῥεθήντα λογισμόν, καὶ οὐδὲν ἧττον τὰ παράτιτλα.

2) um die Quellen für die gesamte ausführliche Regelung der neuen Kollation zu schaffen. Denn man darf nicht vergessen, daß die neue Kollation in der kaiserlichen Gesetzgebung nicht als Rechtsinstitut für sich, sondern lediglich als Fortsetzung der alten erscheint[39].

Es ergibt sich für uns die notwendige Vermutung, daß Tribonian das übrige Material sehr wenig ausgearbeitet hat, und zwar höchstens soweit, um die wichtigsten Punkte des neuen, reformierten Systems klarzulegen. Deshalb hat er die Regel « *emancipati his, qui in potestate fuerint conferre debent* » stehen gelassen[40], während er die zweite Regel, daß die Kollation vor der *datio bonorum possessionis* stattzufinden habe, völlig umgekehrt hat, um sie dem neuen, einheitlichen Erbschaftssystem

[37] Dazu oben § 5 I.

[38] Vgl. oben Anm. 33.

[39] Vgl. WINDSCHEID - KIPP, *Pandekten*[9] III § 610 Anm. 1.

[40] Deshalb hat er in D. 37.6.3.2-3 — wo die Regel am deutlichsten ausgesprochen ist — weder weggestrichen noch interpoliert: s. oben 3 und Anm. 22.

anzupassen. Nur Justinian, also ein Gesetzgeber, konnte die scharfen Interpolationen von D. 37.6.3 pr. und C. 6.20.11 vornehmen [41]. Bei der in Eile durchgeführten Arbeit übersah er aber wichtige Spuren des klassischen Zustandes, die uns heute für die Wiederherstellung der früheren Regelung sehr nützlich sind. Daher wird die Vermutung dringend, daß nicht alle Rechtsquellen, sondern nur die hauptsächlichsten von Justinian geändert worden sind. Im voraus scheint es also bereits wenig glaubhaft, daß die Termini *in medium conferre* oder *in commune conferre* von Justinian stammen.

8. — Die kurze vorhergehende dogmatisch-historische Darstellung des ganzen Systems der römischen Kollation berechtigt uns zur Feststellung der folgenden Ergebnisse:

a) Dogmatisches Ergebnis. Weder das klassische noch das nachklassische Recht hatten einen theoretischen Grund, die Kollation als « Einwerfen in die Erbmasse » zu begreifen.

b) Historisches Ergebnis. Die Anwendung der irrigen Definition kann nur als Produkt des nachklassischen, und zwar vorjustinianischen Rechts verstanden werden, wenn man bedenkt, daß in dieser Übergangsepoche im Systeme der prätorischen Kollation die *revocatio peculiorum in communionem* eine gewisse Rolle gespielt hat.

Ich vermute also, daß die unzutreffende Definition von vorjustinianischen Juristen herrührt.

Nunmehr wende ich mich den Texten zu, in denen die *collatio bonorum* oder *dotis* als ein *in medium* (*in commune*) *conferre* verstanden wird. Es handelt sich:

1) um vier nicht-justinianische Stellen (der Digesten, bzw. des *Codex*), in denen die falsche Definition zweimal bei Gelegenheit von praktischen Fällen [42], zweimal anläßlich theoretischer Lehren [43] begegnet;

2) um eine Konstitution Justinians, in der bestimmt wird, daß das *peculium castrense* nach den Regeln des « *priscum ius* » *in commune* eingeworfen werde [44-45].

[41] Vgl. dazu *Collatio* cit. 123 f. und unten 11.

[42] D. 37.6.1 pr. (dazu unten § 20); D. 37.6.1.16 (dazu unten §§ 18-19).

[43] D. 37.6.2.9 (dazu unten §§ 9-13); CI. 6.20.4 (dazu unten §§ 14-17).

[44] CI. 6.20.21 (dazu unten § 21).

[45] Schon jetzt mache ich darauf aufmerksam, wie gefährlich die unter 2. aufgeführte Konstitution für meine These ist. Wenn es mir jedoch auf den folgenden Seiten gelingt, die nachklassisch-vorjustinianische Umarbeitung der Quellen sub 1.

## II.

9. — D. 37.6.2.9 (Paul. 41 *ad ed.*): [*Si per inopiam emancipatus cavere non possit, non statim ab eo transferenda est possessio, sed sustinendum donec possit invenire fideiussores, ut tamen de his, quae mora deteriora futura sunt, his qui in potestate sunt actio detur ipsique caveant in medium collaturos, si cautum eis fuerit*].

Das Fragment ist augenscheinlich ganz unecht[46]. Hier beschränke ich mich auf die Frage: von wem stammen die Verfälschungen dieses Textes?

10. — Unser Problem ist mit der Frage nach den Folgen der Nichtleistung der Kollation eng verbunden.

a) Der klassische Rechtszustand ist durch das Gewirr der justinianischen Quellen mit einer gewissen Deutlichkeit sichtbar. Nach der *petitio* hatte der *emancipatus* (bzw. die *filia dotata*) noch kein Recht auf die *bonorum possessio*. Deshalb waren sie gar nicht verpflichtet, die *bona* (bzw. die *dos*) den Geschwistern beizubringen[47]. Nur insofern ergab sich für sie eine Beschränkung, als sie vor der *datio bonorum possessionis* konferieren mußten, um dieselbe Rechtslage der anderen Miterben zu erreichen. Wenn sie die Absicht hatten, die *bonorum possessio contra tabulas* oder *unde liberi* des Vaters zu bekommen, jedoch nicht geneigt waren, gleich *re* zu konferieren, mußten sie die *cautio collationis* leisten. Taten sie auch dies nicht, so wurde ihnen automatisch die *bonorum possessio* verweigert, gleichviel, ob sie die *cautio* nicht leisten wollten, oder es nicht konnten. Übrigens dürfte es selbstverständlich sein, daß in der Praxis immer nur eine Lage des Nichtkönnens bestand; denn das Nichtwollen kann nur in Betracht kommen, wenn es sich um etwas handelt, das man zu tun verpflichtet ist.

b) Nur im nachklassischen Rechte, in dem die einfache *petitio* praktisch schon ein Recht zur *bonorum possessio* gab[48], konnte der Unterschied zwischen Nichtkönnen (*inopia*) und Nichtwollen (*contumacia*) seitens des *emancipatus* (bzw. der *filia dotata*) bestehen, weil

zu beweisen und einen direkten vorjustinianischen Einfluß, der im Wortlaut von CI. 6.20.21 wiederkehrt, aufzuzeigen, dann wird meine Vermutung als gesichert gelten können.

[46] Vgl. *Collatio* cit. 172 f. und schon vorher BESELER, *Beiträge* 4, 154 f.

[47] Vgl. oben Anm. 14.

[48] Vgl. oben § 5 II sub α.

der *emancipatus* (die *filia*) zur Kollation wirklich verpflichtet war. Wahrscheinlich ist diese Unterscheidung ein Produkt der nachklassischen Rechtsschulen.

c) Das justinianische Recht war natürlich sehr gern bereit, diese scholastische Distinktion zwischen *contumacia* und *inopia* aufzunehmen. Es wäre aber inkonsequent, zu behaupten, daß sie erst von Justinian eingeführt worden ist, auch weil die Kleinigkeit einer solchen Unterscheidung im Gegensatz zu der großzügigen und etwas übereilten Arbeitsmethode der Kompilatoren stehen würde [49].

11. — Die Analyse der Texte wird diese Behauptungen bestätigen.

A) Zuerst möchte ich auf zwei von Justinian interpolierte Fragmente hinweisen.

a) D. 37.6.3 pr. (Iul. 23 *dig.*): *Praetor* [*non*] *sub condicione collationis bonorum possessionem contra tabulas promittit* [, *sed demonstrat quid data bonorum possessione fieri oportet . . . quid ergo est? intellegendum est bonorum possessionem accipere et antequam caveat, sed si non caverit, ita observabitur, ut tota hereditas apud eum, qui in potestate fuerit, remaneat*] ⟨?⟩ [50].

Die Frage, was Julian in diesem Punkt gesagt hat, um das Prinzip *praetor sub condicione collationis bonorum possessionem contra tabulas promittit* zu entwickeln, kann keine sichere Beantwortung erfahren. Daß die Veränderungen des Quellenzeugnisses überhaupt von Justinian stammen, ist meines Erachtens gewiß, denn nur ein Gesetzgeber konnte die klassische Lehre so drastisch umkehren [51]. Der Vergleich des unechten Textes mit den Basiliken ist entscheidend: 1. weil das Scholion καὶ πρὸς τῆς ἐπὶ συνεισφορᾷ ἀσφαλείας den justinianischen Wortlaut genau übersetzt [52]; 2. weil im Gegenteil die *summa* des Anonymos dem klassischen, veränderten Inhalt entspricht.

[49] Vgl. auch die oben § 7 geäußerte Vermutung, daß Tribonian das Material der Digesten sehr wenig ausgearbeitet hat.

[50] Vgl. *Collatio* cit. 125 f.

[51] Es mag wohl sein, daß eine oder viele Randglossen schon vor Justinian die nachklassische, praktische Einheit der Momente der *petitio* und der *datio* bemerkten. Als solche weise ich nach (*Collatio* l. c.) den Schluß des Fragmentes: *Quid ergo est? intellegendum* rell.

[52] Vgl. H. 4.169: Οὐχ ὑπὸ αἵρεσιν ὁ πραίτωρ ἐπαγγέλλεται διδόναι τὴν διακατοχὴν τήν, ἐὰν γένηται συνεισφορά, ἀλλὰ πούρως διδοὺς τὴν διακατοχήν, λέγει τί χρὴ γίνεσθαι μετὰ τὸ δοθῆναι αὐτήν.

B. 41.7.3 (H. 4.169): καὶ πρὸ τῆς ἐπὶ συνεισφορᾷ ἀσφαλείας ὁ αὐτεξούσιος ᾐτηκέναι δοκεῖ τὴν κατὰ τῆς διαθήκης ἐναντίωσιν. ἐὰν δὲ μὴ ἀσφαλίσηται, ἡ κληρονομία πᾶσα παρὰ τῷ ὑπεξουσίῳ μένει.

Die klassische Lehre Julians, die wir durch die Exegese von D. 37. 6.3 pr. im wesentlichen rekonstruiert haben, konnte nicht besser von der Basilikensumme ausgesprochen werden. Während also das Scholion καὶ πρὸ τῆς ἐπὶ συνεισφορᾷ ἀσφαλείας eine direkte Übersetzung des justinianischen Textes bildet, ist dagegen notwendigerweise zu glauben, daß die *summa* des Anonymus von einer vorjustinianischen, griechischen Übersetzung der echten Sätze Julians stammt. Dies entspricht dem Ergebnis, das wir für die Summe von D. 37.6.3.2 erhalten haben [53].

b) CI. 6.20.11 (Diocl. et Maxim. Artemiae, a. 293): *Postumo praeterito patris testamentum rumpenti atque intestato succedenti emancipatum petita bonorum possessione conferre debere bona sua perpetuo edicto cavetur* [*cum his etiam, qui sui futuri essent, si vivo patre nati fuissent, conferri manifeste significatur, et emancipatis, si legi datae collationis non pareatur denegandas actiones non est ambigui iuris*] [54].

Dem echten ersten Teil dieser Konstitution hat Justinian den zweiten unklassischen Teil, *cum his etiam — non est ambigui iuris*, hinzugefügt. Vielleicht fand er schon die Glosse *cum his etiam — significatur* vor und daraus ergab sich möglicherweise der Anlaß zur zweiten Einfügung, *et emancipatis* rell. [55]. Daß diese auf Justinian zurückgeht, ist jedenfalls unwiderlegbar, denn nur im justinianischen Recht, als die Entwicklung der Kollation gänzlich vollendet war, konnte die *denegatio actionis* « *non ambigui iuris* » sein. Noch einmal gewinnt der Vergleich des ganzen Fragments mit den Basilikentexten entscheidende Bedeutung, denn: 1. das κατὰ πόδας übersetzt genau den justianischen Wortlaut der Konstitution [56]; 2. die *summa* des Thaleläus hat keine Spur des zweiten, unechten Teils.

B. 41.7.25 (H. 4.176): Ὁ αὐτεξούσιος υἱὸς οὐ μόνον τοῖς οὖσιν ἐν φύσει ὀφείλει συνεισενεγκεῖν, ἀλλὰ καὶ τῷ κουφορουμένῳ τῷ

[53] Vgl. oben Anm. 22.

[54] Vgl. *Collatio* cit. 127 f.

[55] *Non est ambigui iuris* ist vielleicht kein justinianischer Ausdruck. Möglicherweise hatte der klassische Text eine solche Fortsetzung: *Si non caveatur, denegandam possessionem esse non ambigui iuris est.*

[56] Vgl. H. 4.176.

ἀμνημονεύτῳ, ὅστις διὰ τοῦ τοκετοῦ τοῦ ἰδίου ῥηγνυμένην ἐποίησε τὴν διαθήκην.

Es mag wohl sein, daß der Satz *et emancipatis* rell. nicht übersetzt worden ist, weil Thaleläus nur eine abkürzende *summa* des *Codex* schreiben wollte. Es ist aber keineswegs unwahrscheinlich, daß Thaleläus diesen Passus deshalb nicht aufweist, weil die Worte *et emancipatis* rell. nur im *Codex repetitae praelectionis* hinzugefügt wurden [57]. Dies ist sehr wichtig; denn daraus folgt, daß die von Thaleläus gebrauchten vorjustinianischen griechischen Übersetzungen die unklassische Lehre nicht erwähnten [58].

B) Es bleiben noch zwei Stellen zu prüfen, die besonders zwischen *inopia* und *contumacia* des *emancipatus* (bzw. der *filia dotata*) unterscheiden, und die deshalb vermutlich von vorjustinianischen Bearbeitern verfälscht worden sind.

a) D. 37.6.1.16 (Ulp. 40 *ad ed.*): *Si cum duobus conferre deberet alteri contulerit, alteri non,* [*vel cum cavet, vel cum dividit,*] *videndum est, utrum sextantis tantum ei auferatur emolumentum, an vero trientis totius* [*detrahi debeat*]. *Et puto* [*si quidem per contumaciam non caveat*] *totius trientis* [*ei denegandas actiones*] (*nec enim videtur cavisse, qui non omnibus cavit*) [, *quod si per inopiam, sextantis tantum denegandas, sic tamen, ut possit supplere cautionem vel collatione vel ceteris modis quibus supra diximus, aut curator constituatur rem ei salvam facturus; haberi enim debet ratio ei, qui non per contumaciam collationem non implet*] [59].

In der Auffassung, daß dieses Fragment schon im vorjustianischen, nachklassischen Rechte in der heute überlieferten Weise umgearbeitet

[57] Dies im Hinblick auf die Lehre von ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, in *ZRG.* 10 (1872) 48 f.; in *ZSS.* 8 (1888) 1 f., wonach Thaleläus die Übersetzung des ersten *Codex* an den *Codex repetitae praelectionis* nicht immer mit Erfolg angepaßt hat. Zustimmend PARTSCH, *Negotiorum gestio* 1.22; in *ZSS.* 42 (1922) 260; LEVY, in *ZSS.* 53 (1933) 176 Anm. 2; PRINGSHEIM, *Kauf mit fremdem Geld* 131; in *SDHI.* 4 (1938) 542.

[58] Dies ist jedenfalls unbestreitbar und meistens unbestritten, daß Thaleläus vorjustinianische, griechische Übersetzungen der kaiserlichen Konstitutionen gebraucht hat. Vgl. RICCOBONO, in *Mél. Fitting* 2.465 f.; KRÜGER P., *Gesch. der Quellen und Litteratur* § 49 Anm. 36, 37; in *ZSS.* 36 (1916) 82 f.; KIPP, *Quellen*[4] 172; [BRUNS-] LENEL, *Geschichte und Quellen*, in HOLTZENDORF - KOHLER, *Enzykl.* 1.388[2].

[59] Vgl. BESELER, *Beiträge* 4.154 und 5.62; DE RUGGIERO, in *St. Fadda* 2.125; VOLTERRA, in *BIDR.* 38 (1930) 138 f. Vgl. auch *Collatio* cit. 167 f.

wurde, wird man durch die Tatsache bestärkt, daß die Basilikensumme ganz genau den Inhalt des Fragmentes auf Griechisch wiederholt.

B. 41.7.1 th. 10 (H. 4.165): Ἐὰν ὀφείλων τις δύο ἀδελφοῖς συνεισενεγκεῖν τῷ μὲν ἑνὶ συνεισάγῃ, τῷ δὲ ἄλλῳ οὔτε διαιρέσει, οὔτε ὁμολογίᾳ ψιλῇ συνεισήνεγκεν, εἰ μὲν ἀπειθῶν οὐκ ἠσφαλίσατο, ἐπὶ παντὶ τῷ τρίτῳ τὰς ἀγωγὰς αὐτῷ ἀρνούμεθα· εἰ δὲ διὰ τὴν πενίαν, ἐπὶ μόνῳ τῷ ἕκτῳ· ὥστε μέντοι δύνασθαι τὸ ἱκανὸν τῇ συνεισφορᾷ ποιεῖν κατὰ τοὺς ἀνωτέρω τρόπους, ἢ κουράτωρ δίδοται, τῷ μέρει αὐτοῦ ἐπὶ τῷ φυλάξαι αὐτό.

b) D. 37.6.2.8 (Paul. 41 *ad ed.*): *Si duo emancipati bonorum possessionem petierint et unus contulerit alter non contulerit, huius portio* [*tantum*] ⟨*non solum*⟩ *ei qui in potestate* [*est*] ⟨*fuit*⟩ *prodesse debet,* [*non*] ⟨*sed*⟩ *etiam emancipato* [*, quoniam eius causa, qui in potestate est, denegantur ei actiones*] [60].

Die von Tribonian vorgenommene Interpolation des Textes hat nur formelle Bedeutung. Im wesentlichen war das Fragment schon im nachklassischen, und zwar vorjustinianischen Zeitalter verändert und verfälscht worden. Auch von dieser Quelle gibt die Anonymussumme eine genaue, sehr abgekürzte Übersetzung.

B. 41.7.2 th. 8 (H. 4.168): Ἐὰν δύο ὄντων αὐτεξουσίων ὁ μὲν εἷς συνεισφέρῃ, ὁ δὲ ἄλλος οὐ συνεισάγῃ, τὸ μέρος τοῦ μὴ συνεισάγοντος μόνῳ τῷ ὑπεξουσίῳ προστίθεται.

12. — Unsere Exegese hat also, wie ich glaube, die Annahme bewiesen, daß die Texte über die *inopia* und die *contumacia* des Emanzipierten von vorjustinianischen Kommentatoren umgearbeitet worden sind. Wenn einerseits die Basilikensumme der Fragmente, die gewiß von Justinian interpoliert wurden, dem klassischen Rechtszustand entspricht, wenn anderseits die Basilikensumme der Fragmente, die vermutlich vor Justinian umgearbeitet wurden, ganz genau ihren Wortlaut übersetzt, muß man notwendigerweise daraus den Schluß ziehen, daß die Basilikensumme (und insbesondere die Digestensumme des Anonymos) auf diesem Gebiete von vorjustinianischen, griechischen Übersetzungen der nachklassischen lateinischen Texte stammt.

Was besonders die Unterscheidung zwischen *inopia* und *contumacia* des *emancipatus* (bzw. der *filia dotata*) anlangt, möchte ich noch bemerken, daß sie vor Justinian, etwa am Ende des 4. Jahrhunderts

[60] Vgl. *Collatio* cit. 170 f.

geschaffen worden ist; denn die Anonymossumme von D. 37.6.3 pr. kennt die Unterscheidung noch nicht.

13. — Hier ist es nützlich, D. 37.6.2.9 mit der Anonymossumme zu vergleichen.

[Paul. 41 *ad ed.*]:

*Si per inopiam emancipatus cavere non potest, non statim ab eo transferenda est possessio, sed sustinendum, donec possit invenire fideiussores, ut tamen de his, quae mora deteriora futura sunt, his qui in potestate sunt actio detur ipsique caveant in medium collaturos, si cautum eis fuerit.*

B. 41.7.2 th. 9 (H. 4.168):

Εἰ δὲ διὰ πενίαν οὐκ ἠσφαλίσατο, τὸ μέρος αὐτοῦ οὐκ εὐθέως τῷ ὑπεξουσίῳ προστίθεται, ἀλλ' ὑπερτίθεται, ἕως ἂν ἐγγυητῶν εὐπορήσῃ. περὶ μέντοι τῶν εὐφθάρτων ἀγωγὴ δίδοται τῷ ὑπεξουσίῳ ἀσφαλιζομένῳ, ὅτι φέρει αὐτὰ εἰς μέσον, τῆς ἀσφαλείας αὐτῷ δεδομένης.

Da die Anonymossumme ganz genau den Inhalt von D. 37.6.2.9 wiederholt, wird noch einmal die Vermutung bewiesen, daß das ganze Fragment eine vorjustinianische Glosse ist. Die unrichtige Definition der Kollation des Emanzipierten als *in medium conferre* ist also hier einem Kommentator, der am Anfang des 5. Jahrhunderts seine Glosse dem Werk des Paulus hinzufügte, zuzuschreiben.

## IV.

14. — CI. 6.20.4 (Gord. Marino, a. 239): *Filiae dotem* [*in medium*] *ita demum conferre coguntur si vel ab intestato succedant vel contra tabulas petant: nec dubium est* [*profecticiam seu adventiciam*] *dotem a patre datam vel* ⟨*ab extraneo*⟩ *constitutam fratribus qui in potestate fuerunt conferendam esse.* [*his etenim, qui in familia defuncti non sunt, profecticiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit*].

Die Konstitution von Gordianus ist der einzige Text, in dem die *collatio dotis* als *in medium conferre* definiert ist. An anderer Stelle [61] habe ich, gegen Albertario [62], die Echtheit des zweiten Satzes behauptet. Heute aber, nach einer scharfsinnigen Untersuchung von Pringsheim [63],

[61] *Collatio* cit. 207 f.
[62] *Studi* 1.288 f.
[63] *SDHI.* 4 cit. 533 f.

bin ich auch überzeugt, daß der Wortlaut *his etenim rell.* nicht klassisch ist. Die Fragen, ob auch die Lehre der Kollation an die *emancipati* unklassisch ist und ob die Hinzufügung des Satzes *his etenim* rell. auf Tribonian oder einen früheren, nachklassischen Leser zurückgeht, werde ich in einer anderen Studie erörtern[64].

Hier genügt es mir, zu beweisen, daß die unechten Zusätze des ersten Satzes der Konstitution gewiß von einem nachklassischen, und zwar vorjustinianischen Leser stammen.

15. — Albertario[65] erblickt in dem ersten Satz des gordianischen Reskripts eine justinianische Interpolation und schlägt folgende Rekonstruktion vor:

— [*profecticiam seu adventiciam*] *dotem a patre datam vel* [*constitutam*] ⟨*promissam*⟩.

Im klassischen Recht war, nach Albertario, die *filia dotata* verpflichtet, nur die *dos profecticia* den *sui heredes* zu konferieren, da erst Leo[66] die Kollation der Mitgift an die Emanzipierten bestimmte. « In seguito a ciò i Giustinianei inseriscono affrettatamente le parole *profecticiam seu adventiciam* ... ed in D. 37.7.1.7 inseriscono nel testo classico *vel extraneus* ».

Ich finde diese Lehre unannehmbar. Meines Erachtens hat die *collatio dotis* bezüglich ihres Gegenstandes im nachklassischen Rechte nicht eine Erweiterung, sondern eine Verengung erfahren. Dies möchte ich in kurzem beweisen.

A) Klassisches Recht. Die *filia dotata* war verpflichtet, alle Arten der *dos* zu konferieren.

Albertario hat wahrscheinlich Recht, wenn er lehrt, daß der Ausdruck *adventicia* (*dos*) unklassisch ist[67]; aber es ist meines Erachtens unzutreffend, wenn Albertario behauptet, daß auch im klassischen Recht der Begriff der *dos adventicia* ein positiver war. Dagegen nehme ich an, daß gerade die tiefgehende Wortmonographie Albertarios der entscheidende Anlaß sein sollte, um die klassische Einheit der eklektischen Kategorie der *dos adventicia* zu verneinen. Eigentlich kannte das klassische Recht keine Kategorien der *dotes* (*profecticia, adventicia,*

[64] In der schon erwähnten Studie über die *collatio dotis*.

[65] *A. a. O.* 289 f.

[66] In CI. 6.20.17.

[67] Vgl. meine Studie *Sul « beneficium competentiae » dell' « extraneus promissor dotis »*, in *Fs. Koschaker* 2.49 f.

*recepticia*)[68], sondern nur Bestellungsfälle (*dos a patre profecta*, also *profecticia*; *dos a matre data*; *dos a muliere constituta*; *dos ab extraneo constituta* usw.), die in der Praxis mit Rücksicht auf ihre juristischen Folgen in drei Gruppen zusammengefaßt werden konnten: 1) *dos profecticia*, 2) *dos a muliere constituta*, 3) *dos ab extraneo constituta*[69].

Das Wort *extraneus* hatte also im klassischen Rechte keine allgemeine Bedeutung (nämlich: Besteller der *dos non profecticia*), sondern nur die natürliche und spezifische Bedeutung « Dritte Person ». Die klassische Bedeutung wird von D. 37.7.1.7 bestätigt.

D. 37.7.1.7 (Ulp. 40 *ad ed.*): *Si sub condicione pater vel extraneus dotem promiserit, cautione opus erit, ut tunc conferat mulier dotem, cum dotata esse coeperit.*

Wenn das Wort *extraneus* in diesem Text den Sinngehalt hätte « Besteller der *dos non profecticia* », so könnten wir mit Pringsheim[70] sagen, daß die von Albertario[71] behauptete Tilgung des Wortes nicht bewiesen ist. Man kann aber weitergehen und den Nachweis führen, daß das Wort *extraneus* hier wenigstens die Bedeutung hat « wedere *pater*, noch *mulier* ». Denn:

1) Wenn man mit der herrschenden Lehre[72] annimmt, daß nur die *sua heres* konferieren mußte, so ist es selbstverständlich, daß *extraneus* in D. 37.7.1.7 nicht auch die *mulier* (eine *sua heres*!), sondern nur einen Dritten (oder vielleicht auch die Mutter und die mütterlichen Aszendenten der *filia dotata*[73]) bedeuten kann;

2) Wenn man annimmt[74], daß auch die emanzipierte Tochter ihre

[68] Auch *recepticia* (*dos*) ist ein unklassischer Ausdruck, wie von SOLAZZI, in *SDHI*. 5 (1939) 224 f., bewiesen worden ist.

[69] Die von der Mutter oder den mütterlichen Aszendenten bestellte *dos* wird in den klassischen Rechtsquellen nicht erwähnt, weil dieser Fall praktisch kaum vorkam. Jedenfall wird oft in den echten Digestentexten die von der *mulier* bestellte *dos* von der *dos* unterschieden, die ein *extraneus* gegeben hat. Vgl. z. B. D. 23.3.33 (dazu meine oben Anm. 67 erwähne Studie).

[70] *A. a. O.* 544.

[71] *A. a. O.* 290.

[72] Vgl. für alle JÖRS - KUNKEL, *RömR.*[2] § 219, 2. Ich habe auch in *Collatio* cit. 15 die allgemeine Lehre erwähnt.

[73] Dies ist aber ziemlich unwahrscheinlich: vgl. oben Anm. 69 Jedenfalls genügt es mir zu beweisen, daß *extraneus* in D. 37.7.1.7 dem Besteller der *dos adventicia* nicht entspricht.

[74] Vgl. in diesem Sinne LAURIA, *Dote romana*, Sonderdruck aus den *Atti Soc. Reale Napoli* 58 (1938) 37 Anm. 97.

*dos* konferieren mußte, da im Falle von D. 37.7.1.7 die Bedingung der *dotis promissio* noch *pendens* ist, so erscheint es selbstverständich, daß die Emanzipierte noch Eigentümerin der von ihr selbst versprochenen *dos* ist, daß sie also diese Mitgift mit allen anderen Gütern, *quae moriente patre habuit,* nach den Bestimmungen über die *collatio emancipati* konferieren muß.

Da Justinian die Gleichung geschaffen hat: *extraneus* = « Besteller der *dos non profecticia* »[75], und da der Begriff *extraneus* in D. 37.7.1.7 nicht alle Besteller der sogenannten *dos adventicia* umfassen kann, ist anzunehmen, daß in diesem Text der Ausdruck *vel extraneus* nicht von Justinian hinzugefügt wurde. *Vel extraneus* ist also völlig echt. Aber da in D. 37.7.1.7 Ulpian von der Kollation der *dos*, die von einem Dritten bestellt worden ist, spricht, so müssen wir annehmen, daß nicht nur die *dos a patre profecta,* sondern auch die von anderen Personen bestellte Mitgift im klassischen Recht konferiert werden mußte.

B) Nachklassisches Recht. Was die Kollation der *dos* betrifft, hat in diesem Zeitalter eine Entwicklung stattgefunden, die von dem Verlauf, den sich Albertario denkt, sehr verschieden sein dürfte.

a) Kaiser Leo hat nicht für die Kollation der *adventicia dos*, sondern nur für die Kollation der von den Eltern bestellten Mitgift Bestimmungen getroffen:

CI. 6.20.17: *. . . tam dos quam ante nuptias donatio conferatur quam pater vel mater, avus vel avia, proavus proavia paternus vel maternus dederit vel promiserit . . .*

b) Justinian war mit dieser Konstitution des Kaisers Leo einverstanden.

CI. 6.20.19.2 (Justin. Menae pp., a. 528): *De collatione vero dotis vel ante nuptias donationis, quam defuncta persona pro filio . . . dedisset . . .*

3. *Talem igitur subtilem dubitationem amputantes praecipimus tam filios vel filias defunctae personae dotem vel ante nuptias donationem a parentibus suis sibi datam conferre nepotibus . . .*

Von Leo (a. 472) an erwuchs also der *filia dotata* nicht mehr die Verpflichtung, die von einer dritten Person bestellte *dos* zu konferieren. So entstand die sogenannte *collatio descendentium.*

[75] Vgl. CI. 5.13.1.13 *c* (a. 530): *Extraneum autem intellegimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate dotandam personam habentem: parenti enim tacitam ex stipulatu actionem donamus.*

16. — Treffen meine Bemerkungen das Richtige, so ist die Annahme auszuschließen, daß gerade Justinian *seu adventiciam* in CI. 6.20.4 hinzugefügt hat. Es ist nämlich demgegenüber zu bemerken: 1. daß Justinian vielmehr diese Interpolation gemacht hätte: *dotem a patre* [*vel matre*] *datam* . . .[76]; 2. daß Justinian gar keinen Grund gehabt hätte, das von Albertario vermutete *vel promissam* durch *vel constitutam* zu ersetzen.

*Profecticiam seu adventiciam* ist also im vorjustinianischen Recht, vor dem Jahre 472, in CI. 6.20.4 von einem nachklassischen Leser hinzugebracht worden. Vermutlich hat dieser Leser schon im Wortlaut des Reskriptes den Anlaß für seine scholastische Anmerkung gefunden: und was anders kann er in der Konstitution gelesen haben, als *a patre datam vel* ⟨*ab extraneo*⟩ *constitutam*? Es ist höchstwahrscheinlich, daß der klassische Wortlaut des gordianischen Reskripts die Streitfrage betraf, ob eine *dos*, die teils aus Bestellung des Vaters, teils aus Bestellung von einem *extraneus* kam, konferiert werden mußte[77]. Ende des 4. bis Anfang des 5. Jahrhunderts hat ein nachklassischer Kommentator die Entscheidung generalisieren wollen; deshalb hat er am Rand bemerkt, daß im allgemeinen die *filia* sowohl die *profecticia*, als auch die *adventicia dos* zu konferieren hätte. Während der klassische Fall auf den *extraneus* Bezug nahm, lautete die Regel « Besteller der *dos adventicia* »[78].

| Gordianus Marino | Randglosse |
|---|---|
| . . . *dotem a patre datam vel* ⟨*ab extraneo*⟩ *constitutam* . . . | *profecticiam seu adventiciam dotem.* |

Ein Abschreiber hat später versucht, die Glosse mit dem Texte zu vereinigen, aus Versehen aber vom klassischen Wortlaut das *ab extraneo* getilgt.

17. — Meine Exegese, die die einzig mögliche für den ersten Satz

[76] Jedenfalls ist die Wendung *dos adventicia* kein justinianischer, sondern ein nachklassischer scholastischer Ausdruck, der von Justinian nur einmal gebraucht worden ist: CI. 5.13.1.3 . . . *et dos sive adventicia sive profecticia, secundum veteris iuris nominationem.* Vgl. auch die oben Anm. 67 zitierte Studie.

[77] Der Fragesteller Marinus kann also den Zweifel gehabt haben, daß die vom *extraneus* bestellte *dos* nicht eingeworfen werden brauchte. Ihm antwortet Kaiser Gordian, daß auch diese Art der Mitgift konferiert werden muß: *nec dubium est.*

[78] Auch die Frau, auch die Mutter usw. erscheinen also, nach der verallgemeinernden Randglosse, als etwaige Besteller des *dos*, die die *filia* konferieren mußte.

von C. 6.20.4 ist, gestattet die Annahme, daß dort das unzutreffende *in medium* von einem nachklassischen Leser hinzugefügt worden ist[79]. Die scholastische Absicht den Wortlaut Gordians zu generalisieren, hat den Glossator veranlaßt auch zu bemerken, daß die Kollation *in medium* gemacht werden mußte.

## V.

18. — D. 37.6.1.15 (Ulp. 40 *ad ed.*): [*Nec*] *castrense* [*nec quasi castrense*] *peculium fratribus* ⟨*non*⟩ *confertur: hoc enim praecipuum esse oportere multis constitutionibus continetur.*

16. *Sed an id quod dignitatis nomine a patre datum est* [*vel debetur*] *conferre quis* [*in commune*] *cogatur, videamus. et ait Papinianus libro tertio decimo quaestionum* ⟨*eum*⟩ *non esse cogendum: hoc enim propter onera dignitatis praecipuum haberi oportere.* [*sed si adhuc debeatur, hoc sic interpretandum est, ut non solus oneretur is qui dignitatem meruit, sed commune sit omnium heredum onus hoc debitum*].

Beide Paragraphen waren, im klassischen wie im justinianischen Recht, eng verbunden[80]. Im § 15 stellte Ulpian das kaiserliche Prinzip dar, daß das *peculium castrense* ein *praecipuum* des Sohnes war. Im § 16 erklärte er dementsprechend, daß auch *quod dignitatis nomine a patre datum est* (*vel debetur*)[81] als *praecipuum* behandelt werden sollte.

Der § 15 ist gewiß von Justinian interpoliert worden, wie es übrigens durch die Genauigkeit der Hinzufügungen bestätigt wird. Es mag aber sein, daß Justinian schon eine Randglosse mit der Erwähnung des *peculium quasi castrense* vorgefunden hat. Jedenfalls ist dieser Paragraph genau von B. 41.7.1 th. 11 (H. 4.165) übersetzt.

19. — Hinsichtlich des § 16 bin ich fest überzeugt, daß er von einem vorjustinianischen Leser glossiert wurde, mit der Absicht, die Lehre Papinians und Ulpians zu erklären.

Zu sprachlichen Beanstandungen gibt die Stelle genügend Anlaß.

[79] Da es völlig ausgeschlossen worden ist, daß die Umarbeitung des ersten Satzes der gordianischen Konstitution von Justinian gemacht worden ist, wird die Vermutung verstärkt, daß dort *in medium* nicht von Justinian hinzugefügt wurde.

[80] Vgl. zur Kritik von D. 37.6.1.15 den *Index itp.* Der § 16 hat noch keinen Anlaß zu Interpolationsvermutungen gegeben.

[81] *Vel debetur* ist wahrscheinlich nicht ulpianisch: vgl. unten § 19.

Das *in commune conferre* des ersten Satzes ist auch formell verdächtig, da im § 15 genauer gesagt wird: *fratribus* ⟨*non*⟩ *confertur*; außerdem fehlt im zweiten Satze das Subjekt (*eum*) von *non esse cogendum*.

Sehr großes Interesse bietet die Prüfung des Inhalts dieser beiden Paragraphen.

a) Daß der letzte Satz, *sed si adhuc* rell., nicht von Ulpian stammt, ist meines Erachtens unbestreitbar. Er scheint eine ziemlich unklare Wiederholung der anderen Sätze zu sein und kann ferner irrtümliche Auslegungen verursachen. Vom Standpunkt der Logik war die Lehre Ulpians in dem zweiten Satze schon völlig und gut ausgedrückt, da die Frage dahin ging, ob *quod dignitatis nomine a patre datum est* (*vel debetur*) konferiert werden muß. Gar kein Problem konnte sich in der Richtung erheben, ob ein Unterschied zwischen dem Fall *datum est* und dem Fall *debetur* besteht. Unter allen Umständen war die bejahende Antwort selbstverständlich. Gerade diese Frage wird dagegen vom dritten Satz des § 16 aufgeworfen, und zwar mit einem adversativem *sed*, das sogar die falsche Auffassung gestattete, daß *quod a patre datum est* nur zu Lasten des Emanzipierten, *qui dignitatem meruit*, geht. Aber sowohl in dem Falle, daß die Sachen vom Vater schon gegeben worden sind, wie dann, wenn dies noch nicht geschehen ist, lautet die einzige Antwort: die Sachen sind die gemeinsame Last von allen *bonorum possessores*. Der Klassiker hätte bei der im Rahmen der *bonorum possessio* durchzuführenden Kollation nicht gesagt: *commune sit omnium heredum hoc debitum*!

b) Ein leichtes, aber merkwürdiges Indiz gegen die Hypothese, daß der letzte Satz des § 16 von Justinian hinzugefügt worden ist, kann vielleicht auch hier durch die Basilikensumme geschaffen werden, da sie auch diesen Satz übersetzt.

B. 41.7.1 th. 12 (H. 4.165): Οὔτε τὸ δοθὲν παρὰ τοῦ πατρὸς ὑπὲρ ἀξίας τοῦ παιδός. εἰ δὲ καὶ ἔτι τοῦτο κεχρεώστηται, οὐ μόνον ὁ γενόμενος ἀξιωματικὸς δίδωσιν αὐτό, ἀλλὰ πάντες οἱ κληρονόμοι.

Man könnte vielleicht an diesem Indiz zweifeln, weil auch der § 15 wörtlich genau von B. 41.7.1 th. 12 übersetzt ist. Ich möchte aber darauf aufmerksam machen, daß der erste Satz von B. 41.7.1 th. 13 nur von τὸ δοθὲν παρὰ τοῦ πατρός spricht. Würde die *Summa* vom nachjustinianischen Anonymos unmittelbar stammen, so hätte er wahrscheinlich das *vel debetur* des ersten Satzes und nicht den letzten Satz wiedergegeben. Es ist dagegen augenscheinlich klar, daß ein vorjustinianischer griechischer *epitomator* des ulpianischen Textes einen Wortlaut vor sich gehabt hat, wo weder *vel debetur*, noch *in commune*, noch *sed si adhuc*

*debeatur* rell. stand. Alle diese Wendungen waren Randbemerkungen, von denen der Epitomator nur die wesentlichen (also nur den Satz *sed si adhuc* rell.) zusammen mit dem klassischen Wortlaut übersetzt hat.

c) Der Grund für die Einfügung der zwei Glossen *vel debetur* und *sed si adhuc debeatur* rell. ist leicht verständlich. Nach dem prätorischen Edikt waren die *bona* im Sinne von *deducto aere alieno* zu verstehen. Es ist also unwahrscheinlich, daß Ulpian das *vel debetur* geschrieben hat, weil auch die noch nicht gegebenen Sachen unter den Begriff des *quod a patre datum est* gehören. Nur im nachklassischen Rechte, als der Begriff der *bona* sich mit dem der *hereditas* zu vermischen begann, war es für einen Leser nützlich, am Rande ausdrücklich zu bemerken, daß auch *quod dignitatis nomine debetur* das *commune onus* aller prätorischen Erben sei.

d) Durch diese eigene Randbemerkung ist anscheinend derselbe nachklassische Leser beeinflußt worden, außerdem zu bemerken, daß alles, was *commune onus omnium heredum* ist, *in commune* nicht konferiert werden braucht.

## VI.

20. — D. 37.6.1 pr. (Ulp. 40 *ad ed.*): [*Hic titulus manifestam habet aequitatem:*] *cum* [*enim*] *praetor ad* ⟨*petendam*⟩ *bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat* [*participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum*]: *consequens esse credit ut sua quoque bona* [*in medium*] *conferant* [*qui appetant paterna*] [82].

Der echte Satz Ulpians ist so stark verfälscht worden, daß es unmöglich ist, zu sagen, ob unsere Wiederherstellung dem klassischen Wortlaut entspricht.

Mit Pringsheim [83] können wir auch in diesem Falle behaupten: « Offenbar handelt es sich um Glossen, die im byzantinischen Unterricht entstanden und von den Kompilatoren gern benutzt wurden ». Außerdem hat wahrscheinlich Justinian, dem Geist seiner Reform entsprechend, ein *petendam* zwischen *ad* und *bonorum possessionem* getilgt.

[82] Vgl. *Collatio* cit. 23 f., 134 f. Die Wiederherstellung *ad* ⟨*petendam*⟩ *bonorum possessionem*, die dort nicht vorgeschlagen ist, kann mit einer gewissen Sicherheit vermutet werden. Vgl. oben Anm. 14.

[83] *Fs. Lenel* 266.

Eine glänzende Bestätigung meiner Rekonstruktion gewährt auch diesmal die *summa* der Basiliken [84].

B. 41.7.1 (H. 4.162 s.): Ὥσπερ οἱ αὐτεξούσιοι τὴν κατὰ τῆς διαθήκης ἐναντίωσιν αἰτοῦντες καλοῦνται μετὰ τῶν ὑπεξουσίων εἰς τὴν πατρῴαν κληρονομίαν, οὕτω καὶ τὰ ἴδια πράγματα συνεισφέρουσιν αὐτοῖς.

## VII.

21. — CI. 6.20.21.1 (Justin. Johanni pp., a. 532): *Ut enim castrense peculium in commun[i]⟨e⟩* [85] *conferre ex prisci iuris auctoritate minime cogebatur, ita et alias res, quae minime parentibus adquiruntur, proprias liberis manere censemus.*

Justinian erwähnt in dieser Konstitution die Kollation, und zwar die alte *collatio bonorum*, mit dem Ausdruck *in commune conferre*. Da diese Wendung nicht klassisch ist und da Justinian sie gerade hier benutz, könnte man, entgegen meinen eigenen Behauptungen, annehmen, daß die irrige Definition als « Einwerfen in die Erbmasse » auf Justinian, und nicht vorjustinianische Kommentatoren zurückgeht.

Ich möchte dagegen das Folgende bemerken.

a) Meine These, daß die unzutreffenden Ausdrücke von vorjustinianischen Juristen stammen, lautet nicht dahin, daß Justinian diese Ausdrücke in der Materie der Kollation nicht kannte. Gewiß hat der Kaiser einmal den Ausdruck *in medium conferre* gebraucht, und zwar in der Kompilation von D. 37.6.1 pr. [86]. Ich behaupte, daß Justinian auch dort den nachklassischen Ausdruck am Rand gefunden hat. Da Justinian in seiner Konstitution an Johannes den alten Rechtszustand der *collatio bonorum* erwähnen wollte, ist er wahrscheinlich dem allgemeinen Einfluß von D. 37.6.1 pr. erlegen.

b) Justinian hat besonders das Prinzip betont, daß das *peculium castrense* nicht konferiert zu werden brauche, und zwar wahrscheinlich unter dem besonderen Eindruck von D. 37.6.1.15 [87]. Meines Erachtens hat Justinian die c. 21 bei Gelegenheit der Kompilation des Titels D.

[84] Die justinianische Lehre ist im Gegenteil im Scholion ὥσπερ οἱ αὐτεξούσιοι enthalten.

[85] Krüger.

[86] Vgl. oben § 20.

[87] Vgl. oben § 18.

37.6 erlassen: 1. weil das Datum der Konstitution (a. 532) zu dem vermutlichen Datum dieser Kompilation paßt[88]; 2. weil der Kaiser nur das *peculium castrense* von der Kollation ausschließt, woraus folgt, daß seine Konstitution vor der Interpolation von D. 37.6.1.15 ergangen ist. Wenn dies das Richtige trifft, können wir uns sehr leicht erklären, worauf der Gebrauch von *in commune conferre* in CI. 6.20.21.1 zurückzuführen ist, nämlich auf die Fassung des sogleich D. 37.6.1.15 folgenden § 16, der seit der nachklassischen Epoche folgendermaßen lautete:

*Sed an id quod dignitatis nomine a patre datum est vel debetur conferre quis in commune cogatur videamus.*

[88] Es ist zu bemerken daß Justinian tatsächlich im Jahre 532 den dritten Teil der Digesten gemacht hat.

# « COLLATIO DOTIS »

1. — Il diritto romano classico conobbe, accanto alla *collatio bonorum* o *emancipati* [1], un'altra forma di collazione: la *collatio dotis*.

In brevi parole, la *collatio dotis* consistette in ciò. Le *filiae* del defunto, che fossero andate a nozze munite di dote, erano tenute a conferire la dote stessa ai loro consuccessori, come « condicio sine qua non » per la partecipazione al patrimonio del defunto padre.

Il fondamento dell'istituto della *collatio dotis* non fu, evidentemente, lo stesso di quello della *collatio emancipati*, ma fu un fondamento soltanto analogo a quello [2]. Si pensò, cioè, che fosse iniquo ammettere gratuitamente alla successione *mortis causa* del *pater* la *filia*, quando questa avesse acquistato, per effetto della sua andata a nozze, una dote. Per ristabilire la equità di trattamento dei consuccessori, si costrinse, di conseguenza, la *filia* a conferire la dote ai suoi fratelli.

Senonché le cose non sono, in questa materia, cosí semplici come possono apparire a prima vista, in base ai cenni volutamente generici che abbiamo adoperato per adombrare nei suoi tratti generali il nostro istituto. Chi ben guardi, la *collatio dotis* è un istituto che si sottrae al tentativo di precisarne i contorni nel diritto classico; tanto è vero, che di esso si è preoccupata assai poco, e sempre di sfuggita, la critica romanistica moderna [3].

Neanche noi faremo, in questa sede, la trattazione approfondita, che l'interessante argomento meriterebbe. Cercheremo, tuttavia, di impostare alcune delle piú interessanti questioni storiche e dogmatiche e

* In *BIDR.* 49-50 (1947) 259 ss.

[1] Sulla quale v., da ultimo, GUARINO, *Collatio bonorum* (Roma 1937).

[2] Cfr. D. 37.6.1 pr. (Ulp. 40 *ad ed.*) e Coll. 16.7. Si v. inoltre GUARINO, *Collatio* cit. 23 s.

[3] L'opportunità di una revisione dell'argomento è stata già segnalata dall'ALBERTARIO, da ultimo in *Studi di dir. romano* 1 (Milano 1933) 289.

di indicare quella che può essere a nostro avviso, per ciascuna di esse, la retta soluzione [4].

2. — Incominciamo col riferire quel poco che la dottrina romanistica ha sin'oggi affermato di piú preciso, qua e là nei suoi contributi, in merito alla *collatio dotis* [5].

*a*) Nessuno dubita oggi che la *collatio dotis* sia stata introdotta dall'editto pretorio. Il Lenel, nella sua ricostruzione dell'editto [6], cita a questo proposito la prima parte di D. *h. t.* (37.7) 1 pr. [7], ed aggiunge che, oltre a ciò ed oltre al fatto che anche la *collatio dotis* doveva essere fatta *boni viri arbitratu* [8], non possono essere scorti altri dettagli sul regolamento pretorio dell'istituto: dunque, che la *collatio dotis* fosse prevista e regolata dall'editto non è posto nemmeno in discussione.

*b*) Tutti sono d'accordo nel ritenere che soggetto passivo della *collatio dotis* fosse soltanto la *sua heres*, cioè colei che al momento della morte del padre era sotto la sua *patria potestas* [9]. È degna, tuttavia, di menzione a questo proposito una fugace dichiarazione del Lauria [10], secondo il quale era tenuta a conferire la *dos*, non solo la *sua heres*, ma anche la *filia emancipata*, « almeno dopo il rescritto di Antonino Pio » di cui in D. *h. t.* 1 pr. [11].

*c*) La comune dottrina ritiene che soggetti attivi della *collatio dotis* fossero i soli *sui heredes*, non anche gli *emancipati*; soltanto Gordiano [12]

[4] Le tesi sostenute in questo articolo sono state anticipate in un corso di diritto romano su *Le collazioni ereditarie* (Napoli 1945).

[5] I cenni sulla *collatio dotis*, a p. 15 s. della mia *Collatio* cit., riferiscono la *communis opinio*. V., per tutti, JÖRS - KUNKEL, *Römisches Recht*³ (Berlin 1935) 343, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*⁹ (Napoli 1947) 540.

[6] *Das Edictum Perpetuum*³ (Leipzig 1927) § 145, 346.

[7] Riportato *infra* n. 4.

[8] Cfr. D. 37.7.5.1 Ulp. e GUARINO, *Collatio* cit. 140.

[9] Il BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*⁹ (Milano 1932) 607, parla, in verità, della « figlia andata a nozze assoggettandosi alla *manus* », ma si tratta di una svista troppo evidente, perché questa dichiarazione possa essere considerata come una sua opinione personale: è incontestato, infatti, che la dote non si aveva proprio nel caso di *conventio in manum mariti* della donna, perché — come riconosce lo stesso BONFANTE, *Istituzioni* cit. 195 — « la dote ricadeva sotto il diritto generale del nuovo *pater familias* », e quindi non era tecnicamente una *dos*.

[10] *La dote romana*, in *Atti Soc. Reale di Napoli* 58 (1938) estr. 79 nt. 7.

[11] V., per questo fr., *infra* n. 4. Il Lauria cita a sostegno della sua tesi anche D. *h. t.* 1.2 *i.f.*, riportato *infra* n. 8.

[12] Cfr. CI. *h. t.* (7.20) 4, riportato *infra*, n. 9 e 11.

avrebbe ammesso a godere del conferimento, limitatamente alla *dos profecticia*, anche i *filii emancipati*. Contrariamente a questa tesi comune, l'Albertario [13], seguito dal Pringsheim [14], ma da me (già da tempo) contraddetto [15], ha invece sostenuto che l'obbligo della *collatio dotis* a favore degli *emancipati* sia stato una innovazione postclassica, penetrata per via di interpolazione nel rescritto di Gordiano.

*d*) Nessuno contesta che una piega radicale alla dottrina della *collatio dotis* fu impressa da Antonino Pio, il quale, in un suo rescritto, estese la *collatio dotis* dal caso della richiesta della *bonorum possessio contra tabulas* e *unde liberi* anche all'ipotesi che la *sua heres* succedesse come erede civile al padre senza esercitare il *ius abstinendi* [16].

*e*) Quanto all'oggetto della *collatio*, di cui si tratta, cioè alla *dos*, nessuno naturalmente dubita che in realtà la *filia* non conferiva i beni dotali, perché questi non facevano parte del suo patrimonio, ma sarebbero venuti a farne parte se ed in quanto il matrimonio si fosse sciolto per divorzio o premorienza del marito. Dunque, la donna prometteva il conferimento della dote, se ed in quanto le fosse stata restituita. Le contestazioni sorgono, invece, circa l'estensione dei beni dotali soggetti alla promessa del conferimento. Mentre la comune dottrina non ha mai dubitato che fosse da conferirsi tanto la *dos profecticia* (cioè la *dos a patre profecta*) quanto la cosí detta *dos adventicia* [17], l'Albertario [18] ha sollevato, di recente, una vivace opposizione, sostenendo l'interpolazione dei testi che parlano del conferimento della c.d. *dos adventicia* ed assumendo che in origine fosse da conferire la sola *dos profecticia*: soltanto il diritto postclassico avrebbe stabilito l'estendimento della collazione della *dos profecticia* anche a favore degli emancipati ed avrebbe altresí stabilito che ai *sui heredes* fosse da conferire anche la *dos adventicia*. A questa tesi dell'Albertario ho già replicato, in sede critica, io [19], e su

[13] *Studii* cit. 288 s.

[14] In *SDHI*. 4 (1938) 533 ss.

[15] *Collatio* cit. 207 s., e in *ZSS*. 59 (1939) 533 ss.

[16] Cfr. D. *h. t.* 1 pr., riportato *infra*, n. 4.

[17] Spiega, anzi, il PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* 2² (Milano 1925) 641, che differenza non si faceva e non poteva farsi tra i due tipi di dote « perché, costituendo la dote un suo bene particolare (della *filia*) che non entra nell'asse ereditario, rispetto ad essa è come una figlia emancipata ».

[18] *L. c. retro* nt. 13.

[19] *L. c. retro* nt. 15.

questo punto la mia replica ha avuto il conforto dell'adesione del Pringsheim [20].

*f*) Accordo completo, in dottrina, circa il modo della collazione, che si ritiene essere stato identico a quello della *collatio emancipati* [21]. Unica differenza che da alcuni si segnala (differenza, per vero, importantissima) è questa: se concorrono piú *filiae* dotate, la collazione deve avvenire non solo a favore degli altri *sui*, ma anche reciprocamente [22].

*g*) Che la *stipulatio collationis* fosse regolata secondo principî analoghi a quelli vigenti in materia di *collatio emancipati* non vi è chi dubiti. Ma è da tener presente che, secondo quanto ho creduto di dimostrare altra volta [23], il regolamento classico della *stipulatio collationis* fu ben diverso da quanto solitamente si crede: il coerede prometteva la collazione *ante bonorum possessionem datam*, appunto per poter ottenere la *datio bonorum possessionis*, che mai altrimenti il pretore gli avrebbe concesso.

3. — A mio parere, anche a costo di entrare in serio dissenso con la dottrina dominante, l'analisi degli elementi a nostra disposizione autorizza a formulare le seguenti proposizioni in merito alla storia della *collatio dotis*.

*a*) La *collatio dotis* non fu punto introdotta né disciplinata dall'editto pretorio, ma fu creata, con tutta probabilità, dalla giurisprudenza classica, lavorando d'interpretazione sulla *collatio bonorum*. È supponibile che i giureconsulti classici abbiano incominciato con l'estendere il concetto di *bona emancipati* sino a ricomprendervi la *dos* da restituire alla *filia*; che, in un secondo momento, essi abbiano ritenuto che l'obbligo della *collatio dotis* fosse da far ricadere anche sulla *filia sua heres*; che, infine, abbiano trovato appoggio in un rescritto di Antonino Pio per trarre l'ultima conseguenza da questa evoluzione, e cioè la conseguenza che la *sua heres* fosse tenuta al conferimento anche se partecipasse alla *hereditas* paterna, *iure civili* [24].

*b*) Soggetto passivo del conferimento fu, per conseguenza, dapprima la *filia emancipata* e poi ogni *filia*, fosse essa *sua* o *emancipata*. Salvo che, mentre il conferimento gravava, nel caso di ammissione alla suc-

[20] *L. c. retro* nt. 14.
[21] V. GUARINO, *Collatio* cit. 71 ss.
[22] Cfr. D. *h. t.* 1.4, riportato *infra*, n. 10.
[23] *Collatio* cit. 105 ss.
[24] V. *infra* n. 4-6.

cessione pretoria, tanto sulla *sua* quanto sulla *emancipata*, esso ovviamente era dovuto soltanto dalla *sua heres* (a favore degli altri *sui heredes*) nel caso di delazione della *hereditas* [25].

*c*) Soggetti attivi della *collatio dotis* furono i fratelli *sui heredes* della conferente. Ma sin dal periodo classico dovette farsi strada l'opinione che la *dos* andasse conferita da ogni singola *filia dotata* (*sua* o *emancipata*) a tutti i germani non del pari muniti di *dos*, quindi, eventualmente (sempre in caso di successione pretoria), anche ai fratelli emancipati [26].

*d*) Oggetto della *collatio* fu, sin dalle origini, ogni sorta di *dos* alla cui restituzione la *filia* avesse diritto: sia *profecticia* che non *profecticia*. Il diritto postclassico limitò progressivamente l'oggetto della *collatio* alla sola *dos profecticia*, partendo dal principio che dovesse essere conferito soltanto quello che fosse provenuto dal *pater* [27].

*e*) Per tutto il resto il regime classico della *collatio dotis* fu analogo (non identico) a quello della *collatio bonorum*. In particolare non è da ritenersi classica la regola (o meglio, la eccezione alla regola vigente per la *collatio emancipati*) secondo cui il conferimento andava fatto da ciascuna figlia a tutti gli altri fratelli, ivi comprese le altre figlie dotate [28].

Io ritengo, pertanto, che la *collatio dotis* vada concepita, per diritto romano classico, come un istituto di formazione giurisprudenziale, il quale ebbe due campi di applicazione distinti e separati: l'uno nella *bonorum possessio* (*contra tabulas* e *unde liberi*), l'altro nella *hereditas*. Dalla fusione e confusione di questi due diversi ordini di applicazioni, tra loro e con la *collatio emancipati*, derivò la nuova collazione del diritto postclassico-giustinianeo: la *collatio descendentium*.

4. — A) La *collatio dotis* non fu introdotta e disciplinata dall'editto pretorio, ma fu creata, con tutta probabilità, dalla giurisprudenza classica, lavorando di interpretazione sulla *collatio bonorum*.

L'unico testo da cui l'introduzione pretoria del nostro istituto risulterebbe è:

D. *h. t.* (37.7) 1 pr. (Ulp. 40 *ad ed.*): *Quamquam ita demum ad collationem dotis praetor cogat filiam, si petat bonorum possessionem,*

[25] V. *infra* n. 7.
[26] V. *infra* n. 8.
[27] V. *infra* n. 11.
[28] V. *infra* n. 10.

*attamen, etsi non petat, conferre debebit si modo se bonis paternis misceat. Et hoc divus Pius Ulpio Adriano rescripsit: etiam eam, quae non petierat bonorum possessionem, ad collationem dotis per arbitrum familiae erciscundae posse compelli.*

La comune dottrina interpreta questo frammento cosí. Malgrado che l'editto stabilisca che la *filia sua heres* è tenuta alla *collatio dotis* soltanto se chieda la *bonorum possessio contra tabulas* o *unde liberi*, tuttavia è da ritenere che la *sua* sia obbligata al conferimento anche quando succeda al padre *iure civili* (come *heres necessaria*) ed ometta di valersi del *beneficium abstinendi*. Ciò fu appunto sancito da un rescritto di Antonino Pio ad un certo Ulpio Adriano.

Bisogna subito dire, per altro, che il primo periodo del fr. 1 pr. è palesemente spurio. Il Beseler[29] sostiene la sua natura di parafrasi postclassica e, a mio parere[30], è innegabile che egli abbia fondamentalmente ragione[31].

Contrariamente al Beseler io ritengo, per altro, che un fondo di classicità vi sia nel periodo or ora esaminato. Si guardi alla menzione del *praetor*, che difficilmente sarebbe stata fatta, di sua propria iniziativa, quanto meno da Triboniano. Si guardi ancora al « *si petat bonorum possessionem* »: il diritto postclassico non faceva dipendere l'obbligo di conferire dall'aver chiesto, ma dall'aver ottenuto la *bonorum possessio*. Si guardi infine (anche se è, in fondo, una nuance) all'uso del tempo presente nella frase « *quamquam ... praetor cogat* »: un lettore postclassico, anche se avesse voluto far menzione del *praetor*, avrebbe almeno adoperato un tempo storico (« *cogebat* », « *coegit* » etc.).

In conclusione, noi ci troviamo a dover risolvere questo problema. Ulpiano ha probabilmente parlato di una *filia* (che specie di *filia?*) tenuta a conferire la *dos* per disposizione dell'editto pretorio, se ed in quanto chiedesse l'ammissione alla *bonorum possessio*; forse egli ha an-

[29] *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 2 (1911) 52, 3 (1913) 39. V. *contra* LENEL, *Edictum* cit. 346 nt. 9, il quale difende sopra tutto la classicità del contenuto.

[30] V. già *Collatio* cit. 199.

[31] Gli indizi di forma non mancano. *Quamquam* è costruito col congiuntivo (*cogat*), anziché con l'indicativo. « *Quamquam ... praetor cogat filiam, ... attamen (filia?) conferre debebit* » è un evidente anacoluto. « *Debebit* » sta in luogo di « *debet filia* ». *Filia* è generico: si capisce che trattasi della « *filia, quae in potestate morientis fuit* » soltanto dalla seconda parte del periodo (solo la *sua heres*, infatti, può succedere *iure civili*, nella categoria dei *necessarii*).

che aggiunto che la *filia* (quale *filia*? la stessa della prima ipotesi?) è tenuta al conferimento anche in altri casi, ed in particolare anche quando (essendo una *sua heres*) succede al *pater* « *iure civili* »; ed a sostegno di questa tesi egli ha anche citato un rescritto di Antonino Pio. Tuttavia (e qui sta il secondo corno del dilemma), un commentatore postclassico ha parafrasato queste dichiarazioni di Ulpiano per renderle piú concise, e la parafrasi postclassica ha sostituito, nel corso delle trascrizioni, l'originario dettato classico.

Il dubbio che la parafrasi postclassica non rifletta con tutta chiarezza, principalmente a causa della sua studiata concisione, il primitivo insegnamento di Ulpiano mi sembra incoercibile.

5. — A mio avviso, le piú forti ragioni di dubbio si appuntano sul se Ulpiano abbia realmente detto, nel testo originario del fr. 1 pr., che il pretore costringeva alla *collatio dotis* la *filia sua heres* che chiedesse la *bonorum possessio contra tabulas* o *unde liberi*.

Vi sono elementi per ritenere che la introduzione pretoria della *collatio dotis* sia fortemente improbabile.

*a*) Anzitutto è da tener presente che nel tit. 37.7 (« *de dotis collatione* »), a differenza del tit. 37.6 (« *de collatione bonorum* »), noi troviamo, tra i passi che si riferiscono alla *collatio dotis*, un solo brano del commentario edittale di Ulpiano (fr. 1), estratto dal libro 40 di esso. Mancano qui frammenti dei libri corrispondenti del commento di Paolo *ad edictum* (libro 41) e dei *digesta* di Giuliano (libro 23). Di passi *ad edictum*, non troviamo, a parte quello riportato nel fr. 1, che un breve passo del commentario *ad edictum provinciale* di Gaio (fr. 2), passo che si riferisce tuttavia alla *collatio bonorum* e costituisce, nel tit. 37.7, una cd. « *lex fugitiva* ». Dopo di ciò gli altri sette frammenti del titolo « *de dotis collatione* », appaiono estratti dalle *disputationes* di Ulpiano (fr. 3), dai *libri ad Q. Mucium* di Pomponio (fr. 4), dai *libri responsorum* di Papiniano (fr. 5, 6, 7) e di Paolo (fr. 8), nonché da *libri disputationum* di Trifonino (fr. 9).

Come facilmente si vede, in tema di *collatio dotis* i Digesti ci offrono ben poco di testi giuridici che si riferiscano all'editto, e al supposto editto della *collatio dotis*. Prevale, invece, il materiale estratto da opere di casistica [32], il che induce a sospettare che la *collatio dotis* non sia un istituto pretorio, ma una creazione giurisprudenziale. Quanto

[32] Cfr. i fr. 3 e 5-9.

al fr. 1, estratto dai libri *ad edictum* di Ulpiano, basterà ricordare che Ulpiano, ancora piú di Paolo, sovrabbonda, nel suo estesissimo commentario edittale, in *excursus* relativi ad istituti non di diretta introduzione pretoria, ma di indiretta derivazione da istituti edittali [33].

*b*) Uno sguardo al fr. 1 D. 37.7 dimostra chiaramente che in esso non si parlava punto della sola *sua heres*, ma anche e sopra tutto della *emancipata*.

Particolarmente interessante, a questo proposito, è il § 1, ove si legge:

*Si in stipulatum deducta sit dos, si quidem ipsa mulier stipulata sit vel ipsi negotium gestum, aeque conferre cogetur.* [*rell.*].

La *mulier* ha fatto una *stipulatio* (per la restituzione della dote) ed è egualmente tenuta alla collazione: evidentemente qui la *mulier* non è una *alieni iuris* (ché altrimenti non avrebbe potuto compiere il negozio), ma una *sui iuris*, cioè una *emancipata* [34].

*a*) Vi è, infine, un altro argomento che mi induce a credere che il pretore non abbia introdotto egli stesso l'obbligo del conferimento della *dos* a carico della *sua heres*. Indubbiamente fu l'editto pretorio, con l'introduzione dell'*actio rei uxoriae*, a dare inizio allo scalzamento del tradizionale principio secondo cui la *dos* era di proprietà del marito, ma né l'editto pretorio (la cui efficacia produttiva ebbe gli ultimi guizzi sugli albori del II sec. d. C.), né l'ulteriore sviluppo giurisprudenziale classico valsero — come oggi generalmente si riconosce [35] — ad invertire il principio, sí da far concepire la *dos* come proprietà della moglie. Orbene, per quanto particolarmente riguarda l'editto pretorio, va ricordato che le applicazioni dell'*actio rei uxoriae* da esso introdotte furono assai piú ristrette di quelle ammesse piú tardi dalla giurisprudenza classica. È pensabile che proprio l'editto pretorio abbia introdotto la *collatio dotis*, cioè un istituto che, se non presuppone che la *dos* sia di proprietà della moglie, presuppone almeno che essa sia per tornare nella maggior parte dei casi alla *mulier* dopo lo scioglimento del matrimonio?

L'obbligo del conferimento della *dos* non è, storicamente, ben situato neanche nell'ambiente del I sec. d. C.: esso, per quanto sappiamo circa lo sviluppo subito dall'istituto dotale, si trova molto maggiormente

[33] Cfr. SCHULZ, *History of Roman legal science* (Oxford 1946) 196 ss.

[34] Potrei continuare, ma me ne astengo per brevità. E mi astengo, per lo stesso motivo, dall'indicare perché il fr. 2 (Gai. 14 *ad ed. prov.*) non si riferisce punto alla *collatio* della *sua heres*, ma alla *collatio emancipati*.

[35] Cfr. per tutti ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 456 s.

a suo agio nell'ambiente del II sec. d. C., ma è poco credibile che in quest'epoca, almeno dopo Adriano, l'editto pretorio abbia subito l'aggiunta di nuove clausole [36].

Possiamo, dunque, concludere, che, in mancanza di prove piú degne del parafrastico primo periodo di D. *h. t.* 1 pr., è legittimo, e sopra tutto prudente, ritenere che la *collatio dotis* non sia stata introdotta dal *praetor urbanus*, ma che essa si sia affermata progressivamente attraverso l'elaborazione giurisprudenziale del II sec. d. C.

6. — Le considerazioni sinora svolte mi inducono, pertanto, a formulare l'ipotesi che Ulpiano abbia detto, nel fr. 1 pr., qualcosa di ben diverso da quello che ora si legge. Egli, parlando dell'oggetto della *collatio bonorum*, ha forse scritto che deve essere conferita (dalla *filia emancipata*) anche la *dos*, o meglio che la *filia emancipata* deve promettere di conferire anche i beni dotali, se, in quanto e nei limiti in cui le saranno restituiti dal marito (in caso di divorzio) o dagli eredi del marito (in caso di scioglimento del matrimonio per premorienza del marito).

Dopo aver accennato a questo primo risultato della interpretazione giurisprudenziale del II sec. d. C., Ulpiano deve aver aggiunto che, anzi, per quanto riguarda il conferimento della *dos*, non è a far questione di *filia emancipata* o di *filia in potestate*, ma di *filia* dotata (*emancipata* o *sua heres* che sia): anche la *sua heres* è, dunque, tenuta al conferimento della dote, sia che venga alla *bonorum possessio*, sia che partecipi alla divisione dell'*hereditas* con i *fratres in potestate*. Ed a sostegno di questa illazione Ulpiano ha addotto il rescritto del divo Pio, che esplicitamente riconosce essere tenuta la *filia* (*heres sua et necessaria*) alla *collatio dotis*, « *per arbitrum familiae erciscundae* », cioè in sede di divisione della *hereditas*, anche se non si versi in tema di *bonorum possessio*.

Si consideri ora la posizione del lettore postclassico di fronte al testo di Ulpiano. Egli vive in un'epoca in cui la *bonorum possessio* ha incominciato a fondersi con la *hereditas* ed *heredes* (o comunque, successori universali) sono considerati i discendenti di sangue, senza distinzione tra *sui* ed *emancipati*. Ecco, dunque, che egli ha avuto un motivo per parafrasare il discorso di Ulpiano nel modo che oggi leggiamo in D. *h. t.* 1 pr.; e, piú precisamente, egli ha chiarito (dinanzi al suo spi-

[36] La tradizione canonica è nel senso (notissimo) che Adriano abbia fatto « codificare » da Salvio Giuliano l'editto: ma v. tuttavia GUARINO, *Salvius Iulianus* (Catania 1946) 27 s.

rito, beninteso, non dinanzi alla obbiettività storica) che la *filia* — *sua* o *emancipata* che sia: poco importa, per lui, notarlo — è tenuta a conferire la *dos* sia che acceda alla *bonorum possessio*, sia che acceda all'*hereditas*.

Se si accettano queste conclusioni, cade uno dei veli piú fitti che avvolgevano la storia della *collatio dotis* [37].

7. — B) Contrariamente alla comune dottrina ed in parziale accordo con il Lauria [38], io penso che fosse obbligata al conferimento della *dos* tanto la *sua heres* quanto la *emancipata*. Senonché, coerentemente ai risultati sinora raggiunti, io ritengo che bisogni specificare: nel caso di richiesta della *bonorum possessio*, il conferimento era dovuto sia dalla *sua* che dalla *emancipata*, cioè da ogni *libera* dotata a favore degli altri *liberi* non dotati; nel caso di successione ereditaria *iure civili*, il conferimento era dovuto dalla *sua heres*, non fosse altro perché l'*emancipata* non veniva, in tal caso, in considerazione.

8. — Sotto questo profilo, del soggetto passivo della *collatio dotis*, sono degni di esame i seguenti testi.

*a*) D. *h. t.* 1.1 (Ulp. 40 *ad ed.*): *Si in stipulatum deducta sit dos, si quidem ipsa mulier stipulata sit vel ipsi negotium gestum, aeque conferre cogetur:* [*si vero alii quaesita est stipulatio, dicendum est cessare collationem*]. [*Etsi tantum promissa sit dos, collatio eius fiet*].

Come già si è detto [39], da questo testo risulta con tutta evidenza che obbligata al conferimento è una *mulier emancipata*, cioè una *mulier* che già prima della morte del *pater* fu in grado di addivenire (evidentemente perché *sui iuris*) ad una *stipulatio* [40].

[37] E mi piace notare che già antichi interpreti del fr. 1 pr. (Struw, Sichardus, Vinnius, Brunner, Bech, Voet) avevano formulato la nostra stessa ipotesi, sebbene, per deficienza del metodo critico esegetico, essi vi arrivassero attraverso una interpretazione inammissibile, per un testo considerato genuino e scritto da un giurista che, come Ulpiano, non era uomo da poco. L'antica interpretazione diviene invece ammissibilissima, se si parta dal presupposto che il primo periodo del fr. 1 pr. non è di Ulpiano, ma di un modesto lettore postclassico, e si tenga, inoltre, conto degli altri elementi di critica storica da noi sopra addotti.

[38] V. *retro* nt. 10.

[39] *Retro* n. 5.

[40] Può darsi — ma non ha importanza sostanziale il notarlo — che « *vel ipsi negotium gestum* » sia una inserzione completomane postclassica, come dimostra il grecismo « *ipsi* » (per « *ei* »).

È interessante segnalare, dal lato critico, il carattere spurio di « *si vero — collationem* » e « *etsi — fiet* »; ed ancora piú interessante dimostrare che le due frasi non provengono da una stessa mano.

Indizi di forma accusano « *si vero — collationem* »[41]. Comunque è da riconoscere che il lettore postclassico che ha inserito questa nota non ha affatto malinteso il significato dell'insegnamento di Ulpiano. Il giurista classico fa qui il caso che la *filia emancipata* abbia chiesto al marito la promessa di restituirle la *dos* allo scioglimento del matrimonio (*stipulata sit*); l'annotatore postclassico ha aggiunto l'osservazione superflua, ma non inesatta, che, se invece la *mulier* abbia chiesto la restituzione a favore di un terzo, allora essa non sarà tenuta a conferire la dote.

L'ultimo periodo, pur essendo formalmente ineccepibile, si condanna per motivi di sostanza. Abbiamo visto quale fosse l'ipotesi discussa da Ulpiano: quella che la *mulier*, in veste di *stipulans*, si sia fatta promettere dal marito la restituzione della dote. Il commentatore postclassico travisa invece completamente l'ipotesi e dice, a mo' di riassunto del passo, che la *collatio dotis* è dovuta anche se la *dos* sia stata soltanto *promissa* (dalla *mulier*). Quasi che potesse avere importanza, ai fini del conferimento, il modo di costituzione della dote (*datio*, *dictio* o *promissio*).

*b*) D. *h. t.* 1.2 (Ulp. *eod.*): *Si sit nepos et neptis ex eodem filio et dotata sit neptis, sit et filius non pater eorum: neptis* [*omnem*] *dotem soli fratri collatura est. Emancipata* [*autem*] ⟨*enim*⟩ *neptis dotem et bona sua soli nepoti, non etiam patruo conferet.*

Si fa il caso che succedano al *de cuius* due *nepotes ex eodem filio* ed un altro figlio; uno dei *nepotes* è una *mulier* dotata: questa dovrà conferire la dote soltanto al fratello, non anche allo zio, perché la collazione deve farsi soltanto quando il concorso procuri danno al consuccessore (nel nostro caso, invece, il figlio del *de cuius* verrebbe sempre ad avere ½ anche se suo fratello avesse lasciato un solo figlio)[42]. Sin qui il testo parte dall'ipotesi che la *neptis* tenuta al conferimento della dote sia *sua heres*; nel secondo periodo esso passa a dare la medesima conclusione per il caso che la *neptis* sia emancipata e specifica che, in

[41] L'uso della locuzione « *cessare collationem* », sempre sospettabile, ed il brusco cambiamento di modo del verbo (« *si ... deducta sit* », « *si ... quaesita est* »): Ulpiano non avrebbe, per due periodi ipotetici della possibilità, adoperato due modi verbali diversi, né in particolare avrebbe adoperato il modo indicativo.

[42] Cfr. *Collatio* cit. 200 ss.

tal caso, essa è tenuta a conferire al fratello la *dos* ed i *bona*, « *quae moriente patre habuit* ».

Anche da questo frammento[43] risulta che la *collatio dotis* era dovuta tanto dalla *sua* quanto dall'*emancipata*. Vi è, per altro, un'osservazione da fare: e cioè che non si spiega il senso dell' « *autem* » avversativo per introdurre, in ordine al caso che la *filia* sia *emancipata*, la identica conclusione adottata in ordine al caso della *neptis sua heres*. Per questo motivo io sospetto che « *autem* » abbia sostituito, per disattenzione di un amanuense, un originario « *enim* », ed invero basta questa sostituzione ad illuminare pienamente il senso del testo e a dare una riprova alla mia tesi: Ulpiano tratta *ex professo* del caso della *neptis in potestate*, ma argomenta (« *enim* »!) da quello della *neptis emancipata*, sulla quale dovette cadere l'obbligo originario di conferire la *dos*.

*c*) D. *h. t.* 2 (Gai. 14 *ad ed. prov.*): *Filia in adoptionem data et heres instituta debet sic ut emancipata non solum bona sua, sed et dotem, quae ad eam pertinere potuerit, conferre. Si adhuc pater adoptivus vivit, hic necesse habebit conferre.*

Il testo discute un caso ben noto: « *is quoque, qui in adoptiva familia est, conferre cogitur, hoc est non ipse, sed is qui eum habet in potestate, si maluerit contra tabulas bonorum possessionem accipere* »[44]. Salvo che qui l'ipotesi riguarda la *filia dotata*: ed esplicitamente Gaio afferma che la *filia in adoptionem data*, cosí come quella puramente *emancipata*, è tenuta a conferire non solo i suoi *bona*, ma anche la *dos*.

È chiaro che questo testo riguarda la *collatio bonorum*. Esso vale a dare una ulteriore conferma ai nostri convincimenti circa la genesi della *collatio dotis* attraverso l'*interpretatio* consacrata dalla giurisprudenza imperiale alla *collatio bonorum*.

9. — C) Quali furono i soggetti attivi della *collatio dotis*? La risposta a questa domanda deve essere fondamentalmente: i *sui heredes*. L'*emancipata* invero conferiva la *dos* allo stesso titolo degli altri *bona*, quindi ai soli *sui heredes* con esclusione degli altri *emancipati*. La *sua heres*, se accedente alla *bonorum possessio*, del pari conferiva la *dos* come se si fosse trattato di *bona emancipati*: dunque, è credibile che il conferimento fosse fatto a favore soltanto degli altri *sui heredes*, e non anche degli *emancipati*. La stessa *sua heres*, infine, se partecipava alla

[43] Addotto dal LAURIA, *cit. retro* nt. 10.
[44] Cfr. D. 37.6.1.14, su cui GUARINO, *Collatio* cit. 47 ss.

divisione dell'*hereditas*, ovviamente conferiva la *dos* ai *fratres in potestate*, dato che solo *heredes sui* potevano succedere, *iure civili*, *ab intestato* al padre.

La « communis opinio », alla quale io ho altra volta acceduto [45], ritiene che l'imperatore Gordiano introdusse, nel 239 d. C., l'obbligo del conferimento della *dos profecticia* anche a favore dei *fratres emancipati*, ma l'Albertario ed il Pringsheim [46] hanno portato validissimi elementi di critica al dettato del passo ove la riforma è attestata.

CI. *h. t.* 4 (Gordianus Marino, a. 239): ... *His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profecticiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.*

Orbene io riconosco, oggi, che « *his etenim — placuit* » è insiticio in CI. *h. t.* 4 [47]. A parte ogni altro argomento (ed il Pringsheim ne ha addotti di finissimi), vi è da tener presente che CI. *h. t.* 4 riporta un rescritto imperiale (di Gordiano ad un certo Marino) e che i rescritti imperiali costituivano, in diritto classico, risoluzione di casi pratici. La prima parte della c. 4 [48] risolve appunto, esaurientemente, un caso pratico: non è credibile che il caso stesso fosse ancora piú complicato e che la interrogazone di Marino riguardasse anche il diritto al conferimento dei *filii emancipati*; tanto meno ciò è credibile in quanto che il tono di « *his etenim rell.* » è inconfondibilmente dottrinario (« *post varias prudentium opiniones* »!).

A mio credere, per altro, l'Albertario ed il Pringsheim hanno peccato per eccesso, ritenendo che CI. *h. t.* 4 sia stato modificato da Triboniano. Le tre alterazioni subite dal testo [49] denunciano invece chiaramente la loro origine scolastica e pregiustinianea. Inoltre è proprio il periodo « *his etenim — placuit* » che impone di datare l'alterazione al piú tardi al V sec. d. C. Invero, una costituzione dell'imperatore Leone [50] fece obbligo, nel 417 d. C., a tutti i discendenti di conferire ai fratelli (senza distinzione fra *sui* ed *emancipati*) i beni pervenuti dall'ascendente a titolo di dote o di *donatio ante nuptias*. Il riconoscimento dell'emancipato come avente diritto alla collazione dovette, dunque, essere anteriore alla costituzione di Leone.

[45] Cfr. *Collatio* cit. 207 s.
[46] V. *retro* nt. 13 e 14.
[47] Cfr. *Über den Begriff der Kollation*, in *ZSS*. 59 (1939) 509 ss.
[48] Che esamineremo *infra* n. 11.
[49] V. *infra* n. 11.
[50] Cfr. CI. *h. t.* 17.

Ora si noti un'altra cosa. « *His etenim — placuit* » non estende, come comunemente si insegna, il diritto alla collazione della dote anche agli *emancipati*, ma restringe il già riconosciuto diritto dell'emancipato alla sola *dos profecticia*: « *his . . ., qui in familia defuncti non sunt, profecticiam tantummodo dotem . . . conferri placuit* ». E si rilevi, inoltre, che a tutto ciò si giunse (stando alla testimonianza del glossatore) « *post varias prudentium opiniones* ». E si ricordi infine che, nel linguaggio dei postclassici, « *prudentes* » sono essenzialmente i giuristi classici [51].

Tutte queste considerazioni sono tali da far supporre, anche in mancanza di espliciti testi a favore (mancano, d'altronde, espliciti testi in contrario), che sin dal diritto classico si sia fatta strada, nella giurisprudenza, l'opinione che avessero diritto al conferimento della *dos*, in caso di richiesta della *bonorum possessio*, tutti i *liberi* non dotati, ivi eventualmente compresi i fratelli *emancipati* della *libera* dotata.

10. — D) La *collatio dotis* andava fatta a favore di tutti i consuccessori o soltanto a favore dei consuccessori non del pari dotati?

L'equità avrebbe voluto che la *collatio* fosse fatta a tutti, ma con esclusione delle altre *filiae* dotate. Ma vi è un testo da cui risulta il contrario:

D. *h. t.* 1.4 (Ulp. 40 *ad ed.*): *Sed et si duae neptes sint ex diversis filiis, conferent et invicem et patruo: si ex eodem patruo tantum invicem conferent.*

A quanto pare, due figlie egualmente dotate sarebbero tenute a conferirsi la dote vicendevolmente (« *invicem* »): contrariamente a quel che avviene per gli *emancipati*, le dotate non sono « *unius loco* ».

A mio credere, tuttavia, il passo su riportato deve ritenersi alterato, o meglio spurio. Gli indizi non sono molti e si riassumono essenzialmente nel fatto che il testo della Fiorentina è piuttosto scorretto [52], ma può rintracciarsi la causa dell'equivoco insegnamento. « *Invicem* » non sta a significare, nell'intento del redattore della glossa, che ogni *filia* dotata conferisce la dote anche all'altra, ma vuol significare soltanto che l'una conferisce all'altra.

Cosí già il passo era interpretato da molti autori, i quali giustamente ritenevano assurdo che il diritto romano potesse aver conosciuto

[51] V. *contra*, ma senza dimostrazione, PRINGSHEIM, *cit. retro* nt. 14, 536.
[52] « *Duo* » invece di « *duae* », « *conferet* » invece di « *conferent* ».

a questo proposito una regola diversa [53]; ma io penso che Ulpiano non possa essersi espresso in questo modo barbaro, e per ciò ritengo post-classico il dettato del fr. 1.4.

11. — E) Quale fu l'oggetto della *collatio dotis*: la sola *dos profecticia*, o anche la dote costituita da altri all'infuori del *pater*?

Malgrado le critiche avanzate dall'Albertario [54], la risposta a quest'ultimo quesito mi pare piú che sicura. Doveva essere promesso il conferimento di qualunque sorta di dote, purché la conferente avesse il diritto o l'aspettativa del diritto alla sua restituzione.

A riprova della nostra tesi adduciamo i seguenti testi.

*a*) D. *h. t.* 1.1, già esaminato [55], fa il caso che la *filia* (*emancipata*) abbia stipulato la restituzione della dote e dichiara che la dote deve essere conferita. La *dos* costituita dalla *filia* non è, come tutti sanno, *dos profecticia* (« *a patre profecta* »).

*b*) D. *h. t.* 1.2 (Ulp. 40 *ad ed.*) dice testualmente:

*Si sub condicione pater vel extraneus dotem promiserit cautione opus erit, ut tunc conferat mulier dotem, cum dotata esse coeperit.*

Il *pater* o una terza persona (« *extraneus* ») ha fatto la *promissio dotis* « *sub condicione* »: ne consegue che, finché la *condicio* non *exstat*, la *filia* non può considerarsi dotata. Per conseguenza, la *filia* non dovrà prestare la *cautio collationis*, ma la promessa di prestar la *cautio* allorché la *condicio* si sarà verificata (« *cum dotata esse coeperit* »). In ogni caso, non è questo che qui ci interessa, ma l'esplicita dichiarazione che la *dos* soggetta a *collatio* può essere stata costituita anche da un terzo.

L'Albertario [56] cerca di dimostrare l'interpolazione di « *vel extraneus* » in base ad un sottile ragionamento, e cioè che non è possibile che Ulpiano abbia voluto indicare con la parola « *extraneus* » tutti i casi di *dos* non *profecticia*: sarebbe ridicolo, in particolare, comprendere nella menzione di « *extraneus* » la stessa *mulier*.

Senonché l'argomentazione dell'eminente romanista pecca in ciò, che non tiene conto che, nel caso prospettato dal nostro testo, è da escludere che la *dos* sia stata potuta promettere dalla *mulier*. Infatti: 1) se la *mulier* è *sua heres*, ciò significa che all'atto della *promissio dotis* era

[53] Cfr. FEIN, *Das Recht der Collation* (Heidelberg 1842) 163.
[54] Cit. *retro* nt. 13.
[55] *Retro* n. 8.
[56] Cit. *retro* nt. 13.

*in potestate patris*, e che quindi la *stipulatio dotis* è stata conclusa dal *pater* (« *dos profecticia* ») oppure da un terzo; 2) se la *mulier* è una *emancipata*, ciò non può tuttavia significare che la *dos* sia stata costituita da lei, perché, se cosí fosse, essa sarebbe tenuta a conferire i beni dotali a titolo di *collatio bonorum*, visto che, non essendosi ancora verificata la *condicio*, essi sono tuttora in sua proprietà. Dunque, è proprio da concludere che « *pater vel extraneus* » sta bene nel contesto del passo in esame [57].

*c*) CI. *h. t.* 4 (Gordian.) dice:

*Filiae dotem* [*in medium*] *ita demum conferre coguntur si vel ab intestato succedant vel contra tabulas petant: nec dubium est* [*profecticiam seu adventiciam*] *dotem a patre datam vel* ⟨*ab extraneo*⟩ *constitutam fratribus qui in potestate fuerunt conferendam esse.* [*rell.*].

Giustamente l'Albertario [58] segnala l'atetesi di « *profecticiam seu adventiciam* », ma erroneamente egli ricostruisce « *dotem a patre datam vel promissam* ».

La palese inserzione di « *profecticiam seu adventiciam* » lascia capire che si tratta di una glossa esplicativa postclassica, la quale, dunque, adombra il caso di una *dos* costituita dal *pater* e da qualche altro: per questi motivi, io ricostruisco « *ab extraneo constitutam* » [59].

Si ricordi, inoltre, ancora una volta, che i rescritti imperiali non facevano della teoria, ma risolvevano casi pratici. Perché mai Gordiano avrebbe parlato di « *dos a patre data vel promissa* », e perché mai un lettore postclassico avrebbe mutato il « *promissam* » in « *constitutam* »? È molto piú logico e naturale che il caso pratico risolto da Gordiano fosse quello della *collatio* di una *dos* in parte costituita dal padre mediante *datio dotis* e in parte costituita da un terzo, e che la *ratio dubitandi* dell'interrogante fosse in ciò, se tanto l'una quanto l'altra categoria di dote dovesse essere conferita.

Gordiano ha risposto all'interrogazione di Marino, affermando che tanto l'una quanto l'altra dote devono essere conferite ai *sui heredes*. Un postclassico, commentatore della costituzione, l'ha adornata di tre glossemi: 1) « *in medium* » [60]; 2) « *profecticiam seu adventiciam* » (a chiarimento delle due diverse fonti della *dos*); 3) « *his etenim rell.* » [61].

[57] Cfr. già sul punto GUARINO, *Begriff* cit. (*retro* nt. 47) 535 s.
[58] *Cit.*
[59] Cfr. già sul punto GUARINO, *Collatio* cit. 207 ss.
[60] Cfr. GUARINO, *Collatio* cit. 209 e *l. c. retro* nt. 47.
[61] V. *retro* n. 9.

Fu, dunque, il diritto postclassico a restringere l'oggetto della *collatio dotis* alla sola *dos profecticia,* partendo dal concetto che dovesse essere conferito soltanto quello che fosse pervenuto al discendente dall'ascendente.

# « EXTRANEUS »

1. — In altre sedi [1], esaminando i passi relativi al cosí detto *beneficium competentiae* del *promissor dotis*, io ho espresso il convincimento che il termine *extraneus* (*promissor dotis*) significhi, nei testi classici, « chi è fuori da ogni rapporto di parentela con la moglie».

In un recente scritto, il Solazzi ha manifestato tuttavia dei dubbi circa questa interpretazione [2]. Egli concorda con me nel ritenere che *extraneus*, se classico, altra significazione non possa avere se non quella dianzi accennata [3], ma appunto perché gli pare di dover escludere la mia interpretazione, sia in D. 23.3.84 che in D. 23.3.33, egli sospetta che in detti testi *extraneus* sia insiticio e che al loro posto si trovasse nell'originale classico o un *alius* o una circonlocuzione, del genere, verbigrazia, di *is qui pater non est* [4]. *Extraneus*, nel senso di costituente la dote, adombrerebbe necessariamente, specie se si trova unicamente accostato a *pater* (o *socer*), tutti coloro che, ad eccezione del *pater* stesso, danno dicono o promettono la dote [5].

* In *ZSS.* 61 (1941) 378 ss.

[1] *Sul beneficium competentiae dell'extraneus promissor dotis*, in *Fs. Koschaker* (1939) 255 s. (in seguito: *Extraneus*); *Il beneficium competentiae del promissor dotis*, in *RISG.* n.s. 14 (1939) 169 s. (in seguito: *Promissor*). V. anche *Über den Begriff der Kollation*, in *ZSS.* 59 (1939) 534 s.

[2] *Pater vel extraneus*, in *St. Scorza* (1940) 809 s.

[3] Cfr. 809: « nessuno piú di me gradirebbe di essere certo che questa interpretazione colga il vero ... Con questa parola i classici dovevano indicare una persona estranea ad un rapporto, ad un negozio, ad una cerchia determinata. Se nei testi della *promissio dotis* ha il senso che gli dà il Guarino, *extraneus* sarà classico; non potrei dire altrettanto se dovesse riferirsi a tutti i costituenti la dote diversi dal padre della dotata, perché la qualificazione di estraneo al rapporto di paternità è una sciocchezza ».

[4] Cfr. le ricostruzioni che il Solazzi propone dei vari testi (ricostruzioni che saranno riferite e discusse in seguito). V. anche 814: « giova domandarsi se *alius* ripeta il linguaggio classico meglio che non *extraneus* »; 815: « Vi sono altre possibilità, per es. che *extraneus* abbia sostituito *alius* ».

[5] Già l'ALBERTARIO, *Studi di dir. rom.* 1.291 nt. 2, ha sostenuto essere « post-

L'alta autorità del mio oppositore e la consueta acutezza dei suoi rilievi mi hanno indotto a rimeditare l'argomento specifico della *condemnatio* limitata del *promissor dotis*, nonché quello piú ampio relativo ai soggetti che possono costituire la dote. Ma devo dire che le mie convinzioni non sono per nulla cambiate: *extraneus* è un termine classico anche in tema di dote ed il suo significato, anche in questa materia, è, in ordine al diritto classico, quello letterale e naturale di « non parente della *mulier* ». Il che mi riprometto di dimostrare nelle pagine seguenti.

2. — Non insisterò sul significato naturale del termine *extraneus*, nel quale conviene pienamente anche il Solazzi. In un testo classico « *extraneus* » non può significare che « estraneo »: se ciò non significa sorge il sospetto che il testo sia interpolato [6].

Ma da chi può essere stato interpolato un testo, nel quale *extraneus*, nel senso di costituente la dote, adombri non solamente un terzo, ma anche un parente della *mulier* o la *mulier* stessa? Non certo dalle scuole postclassiche, che amavano invece riassumere tutti i casi di *dos non profecticia* nella categoria da esse stesse coniata della cosí detta *dos adventicia* [7]. Quindi evidentemente dai giustinianei, i quali ripudiarono la denominazione *dos profecticia-dos adventicia* siccome una *veteris iuris nominatio* e furono indotti da una tassativa disposizione imperiale a conferire alla parola *extraneus* una significazione pregnante e affatto innaturale [8].

classici o alterati » i testi che contrappongono al *pater* costituente la dote l'*extraneus*: cosí D. 23.3.33, 23.3.84, 37.7.1.7, CI. 5.13.1.13 *c*, 5.12.31.3. Ma v. *contra Extraneus* 58 s., ove è avvertito che ciò sarà vero solo se necessariamente *extraneus* includa in sé, in questi testi, ogni costituente di *dos non profecticia*. Il SOLAZZI, *cit.* 809, pensa ora che « allo stato delle fonti le ansie del dubbio ci tormenteranno lungamente » e getta nella disputa alcuni testi « dove la coppia *pater vel extraneus* non ha ancora attirato le cure dei critici ».

[6] Cfr. 809. V. anche in *Glosse a Gaio IV*, di prossima pubblicazione, la critica che il Solazzi muove a Gai 2.220, critica basata anche sull'uso anomalo di *extraneus*.

[7] La dimostrazione della non genuinità della denominazione (*dos*) *adventicia* è dell'ALBERTARIO, *Studi* 1.281 s. Dal mio canto ho tenuto altrove a precisare che essa denominazione ha carattere postclassico, sí, ma pregiustinianeo e che il diritto classico non conobbe, accanto alla categoria *dos profecticia* (originariamente: caso della *dos* costituita dal *paterfamilias*, v. *infra* nt. 10), categorie di doti, ma solo singoli casi di costituzione dotale, a seconda della persona del costituente: cfr. *Extraneus* 55 s., *Promissor* 168 s., *ZSS.* 59 cit. 534 s.

[8] In una parola, la terminologia *extraneus* sarà da ritenere giustinianea quando avrà il preciso senso che il diritto giustinianeo le affida; sarà da ritenere postclas-

È una costituzione di Giustiniano, datata il novembre 530, che, dopo aver implicitamente ripudiata la *veteris iuris nominatio* di cui sopra [9], dichiara, con interpretazione autentica, quale sia il senso del termine *extraneus* nella materia dotale:

CI. 5.13.1.13 *c*: *Extraneum autem intellegimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate dotandam personam habentem: parenti enim tacitam ex stipulatu actionem donamus.*

*Extraneus* è colui che costituisce una dote che non possa dirsi *profecticia*, colui che non sia cioè l'avente potestà sulla moglie [10]: quindi la madre, il fratello, lo zio, un terzo, la stessa *mulier*.

Ancora nell'aprile 530, prima dell'emanazione della costituzione famosa di cui abbiam riportato piú sopra un paragrafo, Giustiniano dimostrava, in un'altra sua costituzione, di intendere la significazione di *extraneus* nel senso ovvio della parola:

CI. 5.12.31 pr.: *Cum quidam dotes pro mulieribus dabant sive matres sive alii cognati vel extranei, recte quidem eas mariti sine monumentorum observatione suscipiebant . . .*

Bisogna dunque presumere che, se vi son casi di vera contrapposizione, nei testi delle Pandette, fra *pater* ed *extraneus*, in ordine alla costituzione di dote, questi casi non siano classici, ma denuncino l'emblema compilatorio, reso necessario dalla costituzione riformatrice del novembre 530 [11]. Ma questo criterio deve soccorrere ove concorrano le seguenti cir-

sica, ma non giustinianea, quando apparrà adoperata in un significato improprio, diverso da quello suo piú naturale (es.: Gai 2.210, su cui *retro* nt. 6); altrimenti sarà da ritenere, e non potrà non essere ritenuta, perfettamente classica. Naturalmente, aggiungo, non è detto che i postclassici abbiano sempre adoperato *extraneus* in senso inesatto: bisogna presumere anzi il contrario. La mia tesi è che i classici non abbiano potuto non attribuire, neanche eccezionalmente, ad *extraneus* il suo senso piú ovvio.

[9] CI. 5.13.1.1 *b*: *. . . et dos sive adventicia sive profecticia sit secundum veteris iuris nominationem.*

[10] È noto che in materia di costituzione dotale (agli effetti della restituzione) Giustiniano operò un ritorno al diritto arcaico, definendo *profecticia* la *dos* costituita dal *paterfamilias*. Il diritto classico invece intese per *dos profecticia* quella costituita da qualsiasi ascendente maschile della moglie: cfr. JÖRS-KUNKEL, *Röm. Recht*[2] 180 nt. 1, ARANGIO-RUIZ, *Ist.*[4] 455; v. anche *Extraneus* 55 nt. 31.

[11] L'ALBERTARIO, *Studi* 1.291 nt. 1, cita come esempio di contrapposizione tipicamente postclassica (io preciso: giustinianea) fra *extraneus* e *pater*: CI. 5.12.31.3: *Similique modo si quis extraneorum (id est qui eum pro quo dat non in potestate habeat) pro alio ante nuptias donationem nupturae dedit mulieri . . .* Ma in questo paragrafo non si parla di *extranei* costituenti la dote, bensí di *extranei* che abbiano

costanze: 1) che l'*extraneus* non appaia come elemento di casistica o comunque come elemento necessariamente giustapposto al termine *pater* [12]; 2) che il termine *extraneus*, oltre che la madre, lo zio o il fratello della sposa, possa abbracciare in sé anche la stessa *mulier*, nonché l'ascendente maschile di essa che non sia titolare della *patria potestas* [13].

Per i classici e per i pregiustinianei *extraneus* significava, insomma, terzo estraneo alla parentela con la moglie. Per i giustinianei *extraneus* significa « terzo estraneo al rapporto di *patria potestas* con la *mulier* » [14]. Quando, per una ragione o per l'altra, questa specifica significazione non sia reperibile in testi ove pur sussiste, almeno in apparenza, una contrapposizione tra *pater* ed *extraneus*, dobbiamo pur concludere che *extraneus* non è interpolato, che esso si trova menzionato accanto al *pater* unicamente perché nel diritto classico la costituzione di dote da parte dell'ascendente maschile della moglie (*paterfamilias* o meno) e quella da parte di un terzo, oltre che da parte della moglie stessa, sono i casi piú frequenti [15], che esso significa e può continuare tranquillamente a significare « colui che non sia legato da vincoli di parentela alla sposa ».

fatto alla moglie la *donatio ante (propter) nuptias* pel marito. Ribadisco, comunque, in questa sede, l'opinione manifestata in *Extraneus* 59 nt. 33, che *id est qui eum pro quo dat non in potestate habeat* sia una autointerpolazione di Giustiniano nel *Codex repetitae praelectionis*: il nuovo senso di *extraneus* (determinato dalla costituzione del novembre 530) ha indotto l'imperatore ad adottarne uno analogo in tema di *donatio ante (propter) nuptias*. Due obbiezioni potrebbero farmisi: 1) perché nel *principium* della costituzione Giustiniano parla ancora di *extranei* nel vecchio significato?; 2) perché nel paragrafo 3 *extraneus* non ricomprende anche la moglie? Rispondo: 1) Giustiniano ha probabilmente omesso di modificare il senso di *extranei* nel primo periodo perché ivi parlava dell'antico diritto (*quidam dabant, mariti suscipiebant*): il che è riprova, se mai, di ciò, che prima di Giustiniano *extraneus* era usato nel senso che noi sosteniamo; 2) Giustiniano ha creato, in tema di *donatio ante (propter) nuptias*, un significato analogo, non identico a quello adottato per la *dos*, in quanto che la *donatio ante (propter) nuptias* era un istituto analogo e non identico alla dote: la dote poteva essere costituita dalla stessa moglie al marito, la *donatio ante (propter) nuptias* era fatta alla moglie, e quindi non poteva essere costituita dalla moglie a se stessa.

[12] V. *retro* nt. 5.

[13] Questo secondo punto può anche non risultare dalla lettura dei testi della compilazione, i quali parlano di *pater* e non di *paterfamilias* costituente la *dos profecticia*; ma occorre, in ogni caso, che risulti il primo punto.

[14] Il che giustifica, in fondo, la terminologia giustinianea. Non è da approvare invece la significazione *extraneus* = « estraneo al rapporto di paternità »: v. *retro* nt. 3.

[15] Basta un'occhiata al *Vocab. iurispr. rom.* sv. *pater, mulier, extraneus*. Raramente appare, ma appare, la citazione della *mater*: v. D. 34.5.16 pr., su cui *infra* n. 5.

Non bisogna dimenticare, da ultimo, che i giuristi classici erano eminentemente tradizionalisti e pratici. La tradizione dell'antico matrimonio *cum manu* li spingeva a non parlare che di tre tipi di dote: quella costituita dalla sposa *sui iuris* in favore di sé stessa [16], quella costituita dal *paterfamilias* della moglie [17], quella costituita da un estraneo al rapporto di patria potestà, cioè praticamente da un non parente della moglie [18]. D'altra parte, erano questi i casi che piú di frequente si verificavano nella pratica del diritto classico: è ben raro di fatti incontrare nei testi un accenno alla dote costituita da altre persone [19]. Noi riteniamo pertanto che, anche nell'epoca del matrimonio *sine manu*, non deve stupire che i casi « tipici » cui i giuristi si riferiscono siano i tre sopra accennati, perché quei casi sono in sostanza gli unici cui valga praticamente la pena di riportarsi.

3. — Veniamo ora all'esame dei testi.

D. 24.3.22 pr. (Ulp. 33 *ad ed.*): *Si, cum dotem daret pater vel extraneus pro muliere, in unum casum pepigit, vel in divortium vel in mortem, dicendum est in eum casum, in quem non pepigit, esse mulieri actionem.*

Il caso prospettato da Ulpiano non è difficile da ricostruire. Il padre o un estraneo hanno costituito la dote in favore della moglie ed hanno inoltre pattuito la restituzione di essa in vista di uno solo dei due casi di scioglimento del matrimonio [20]: o il divorzio o la morte (evidentemente del marito) [21]. Qui non interessa il contenuto del patto, ma interessa invece di vedere se possa dirsi oppur no del tutto escluso il diritto che alla moglie

[16] Caso che, secondo me, fu quello originario: cfr. *Extraneus* 64 nt. 55 e citazioni ivi.

[17] Nel diritto classico è invece *profecticia* la *dos* costituita dall'ascendente maschile in genere. Ma la vecchia terminologia del diritto arcaico (*pater*) rimane ad indicare ogni altro ascendente in linea maschile: cfr. *Extraneus* 55 nt. 31.

[18] È evidente che nel diritto arcaico, se la moglie non fosse stata essa stessa *sui iuris* prima del matrimonio e se la costituzione dotale non fosse fatta da un *extraneus* al rapporto di patria potestà (che in quel diritto equivale a non parente, cioè non *adgnatus*), la costituzione non poteva essere fatta che dal *paterfamilias*, perché egli era l'unico che avesse capacità piena (non la *mater*, non il padre di sangue, non lo zio ecc.: tutti sottoposti alla *patria potestas*).

[19] V. *retro* nt. 15.

[20] E quindi di obbligo del marito di restituire la dote alla moglie, cui l'editto concedeva appunto l'*actio rei uxoriae* per la restituzione.

[21] Le regole circa la restituzione della dote si sogliono in generale sistemare in base a tre ipotesi: divorzio, morte del marito, morte della moglie. Ma in verità va rilevato che il principio era unico: la dote doveva essere restituita dal marito (o,

compete, in base all'editto pretorio [22], di agire per la restituzione della dote. E Ulpiano risolve giustamente il caso, dichiarando che la moglie conserva la possibilità di esperire l'*actio rei uxoriae*, qualora il matrimonio si sciolga per la causa non contemplata nel patto.

Il Solazzi non pensa, con noi, che questo frammento ulpianeo sia sufficientemente chiaro, ma lo trova pieno di oscurità e di sottintesi [23].

Anzitutto, egli sostiene che è poco probabile che il giurista classico abbia unito nella medesima proposizione e decisione il patto del *pater* e quello dell'estraneo: il patto dell'estraneo non può che essere diretto alla restituzione, in caso di divorzio o di morte del marito, della dote, su cui oramai egli non avrebbe piú alcun diritto; il patto del padre, invece, « mancherebbe di ogni scopo, se non attribuisse al marito il diritto di conservare in tutto o in parte la dote ». Senonché l'osservazione non mi pare esatta. A prescindere da ciò, che — come ho detto — non ha rilevanza in questo testo il contenuto del patto e che quindi Ulpiano opera saggiamente a non precisarlo, io osservo che, in caso di scioglimento di matrimonio per divorzio (senza colpa della moglie) o per morte del marito, la dote costituita dal *pater*, cosí come quella costituita dall'*extraneus*, deve essere restituita dal marito (o dai suoi eredi) alla moglie: solo se la moglie sia *alieni iuris* l'azione spetta al padre, *adiuncta filiae persona* [24]. È ben possibile dunque che il patto del padre, cosí come quello dell'*extraneus*, prevedesse la restituzione al padre stesso, anziché alla *filia sui iuris*; anzi, dato che il testo non precisa se la *filia* sia o meno *sui iuris*, è ben possibile con formulazione piú generale, che il patto del *pater* fosse diretto ad evitare la restituzione alla *filia* o comunque la necessità da parte del *pater* di dover esperire l'azione *adiuncta filiae persona* [25]. Si noti infine che qui si

in caso di sua premorienza, dagli eredi del marito) alla moglie (o, in caso che fosse *alieni iuris*, al *paterfamilias* di lei, che agiva però *adiuncta filiae persona*). È evidente che, se il matrimonio si scioglieva per morte della moglie, la *dos* non poteva essere restituita alla *mulier* (come era la regola) e quindi rimaneva al marito; in questa ipotesi, valeva tuttavia il principio eccezionale *mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur* (Ulp. *reg.* 6.4). Come si vede, dato il presupposto che la restituzione della dote va fatta alla moglie, i casi normali in cui poteva farsi questione della restituzione della dote erano quello del divorzio e quello della morte del marito.

[22] Cfr. LENEL, *Ed. perp.*[3] 303 s.

[23] Cfr. 810 s.

[24] V. *retro* nt. 21.

[25] Ad evitare cioè che il *pater* dovesse ottenere il consenso della figlia per poter esperire l'*actio rei uxoriae*. Sul punto cfr. WOLFF, in *ZSS.* 53.301 s.

parla del *pater* costituente la *dos profecticia*, il quale non è necessariamente il *paterfamilias* della moglie [26]: altra possibilità da considerare è che il padre di sangue della *mulier* abbia pattuito col marito la restituzione della dote a sé stesso, anziché al *pater familias* di lei (ad es.: l'*avus*).

I sottintesi cui allude il Solazzi son dunque, non solo giustificati, ma anche facilmente intuibili. Né è un altro sottinteso necessario, come il Solazzi ritiene, che la donna sia *sui iuris*, perché altrimenti Ulpiano non avrebbe potuto decidere « *esse mulieri actionem* ». Già il fatto che Ulpiano parli di un'*actio* che compete alla *mulier* e non al *pater* (*adiuncta filiae persona*) potrebbe agevolmente far comprendere che la *mulier* è *sui iuris*, e quindi il sottinteso sarebbe anch'esso di assai facile intuizione. Ma a me pare che Ulpiano abbia volutamente omesso la specificazione « *sui iuris* », desiderata dal Solazzi, e ciò perché, come ho detto, egli vuol riferirsi tanto al caso che la *mulier* sia *sui iuris* quanto a quello che essa sia *in potestate patris*. Non si dimentichi che Ulpiano commenta le parole dell'editto e che questo concedeva l'*actio rei uxoriae* alla *mulier* (*soluto matrimonio solvi mulieri dos debet:* D. 24.3.2 pr.): mettersi a specificare una cosa del resto ovvia, quale quella che per la moglie *alieni iuris* agisce *de re uxoria* il suo *paterfamilias*, era in questo punto inopportuno.

Possiamo dunque concludere che gli appunti di sostanza mossi al nostro frammento non reggono e che infondato è quindi il sospetto del Solazzi circa « una piú vasta alterazione » del passo.

In ogni caso, mediante questi appunti di indole sostanziale, il Solazzi vuol solo dare una prima giustificazione, di carattere generico, all'attacco diretto che egli muove alla locuzione *pater vel extraneus*. Vediamo se perlomeno in questo la sua critica possa dirsi giustificata.

Ora, gli argomenti per la critica di *pater vel extraneus* sono i seguenti: 1) *daret* e *pepigit* fanno pensare che Ulpiano nominasse un solo costituente della dote, non due; 2) stilisticamente preferibile sarebbe che *pater vel extraneus* precedesse il *cum dotem daret* (anzi *darent*); 3) *dotem dare pro muliere* è una amenità, perché certo la dote non viene costituita *pro viro*.

I primi due argomenti sono tenui: tutti sanno che Ulpiano non è un maestro di stile e che, se da lui deve pretendersi che la sintassi non sia violata, non è giustificato richiedere ai suoi scritti la mirabile armonia di un discorso di Cicerone. Ulpiano ha delle caratteristiche, probabilmente deteriori, di stile: nell'elenco di tali caratteristiche è gio-

[26] V. *retro* nt. 17.

coforza inserire l'uso del verbo al singolare, quando due soggetti (al singolare anch'essi) siano uniti dalla congiunzione *vel*[27].

Rimane il terzo argomento, ma è lo stesso Solazzi a darci il modo di dimostrarne l'infondatezza. Egli riconosce difatti che non è lecito respingere la classicità della locuzione *pro muliere dotem dare*, ma desidera che almeno tale menzione sia giustificata, magari da un semplice motivo stilistico[28]. Ma un motivo stilistico, nei riguardi di Ulpiano, è appunto il fatto che egli non è un maestro di stile: dire che la dote è data *pro muliere* può essere una prolissità, ma non è certo l'amenità additata dal Solazzi.

Vediamo, ad ogni modo, quali siano i casi in cui il mio illustre contraddittore ammette la classicità di *pro muliere dotem dare*. Uno ce ne addita egli stesso, a mo' d'esempio:

D. 24.3.66.7 (Iavol. 6 *ex post. Lab.*): *Si quis pro muliere dotem viro promisit, deinde herede muliere relicta decesserit* . . .

« La dichiarazione *pro muliere* esime dalla necessità di spiegare che la *mulier* erede è la stessa a cui favore si è promessa la dote ». Ma se un simile argomento è sufficiente a giustificare la classicità di *pro muliere dotem dare* nel frammento di Giavoleno, eccone uno non meno forte per giustificare l'analoga locuzione nel frammento di Ulpiano: la dichiarazione *pro muliere* esime dalla necessità di spiegare che la *mulier* che agisce *de re uxoria* è la stessa a cui favore si è costituita la dote[29]. In verità, *pro muliere* è non meno superfluo nel frammento di Giavoleno, di quanto non lo sia in quello di Ulpiano: a me pare logico che la *mulier* erede è la stessa in cui favore la dote è stata promessa; non v'è bisogno del *pro muliere* per chiarirlo, o meglio ancora non è certo il *pro muliere* che lo chiarisce. Perché qualificare insulsa questa innocente superfluità dello stile di Ulpiano, tanto piú che la si giustifica in Giavoleno?

La restituzione del Solazzi, che vuol sostituire a *pater vel extraneus* la circonlocuzione *is qui mulieris pater non erat*, non appare, insomma, giustificata.

[27] Cfr. D. 37.7.1.7, *infra* n. 10. Io contesto addirittura che questo uso possa essere qualificato fra le caratteristiche deteriori dello stile di Ulpiano: esso è comune a tutti i giuristi classici, ivi compreso il Gaio delle Istituzioni, come uno sguardo al Vocabolario dello Zanzucchi mi ha dimostrato.

[28] Cfr. 811 nt. 4.

[29] L'argomento è tenue, d'accordo, ma non meno tenue è, in fondo, l'argomento portato dal Solazzi per il testo di Giavoleno.

Vi è di piú. Io nego che *extraneus* sia potuto scorrere, nel nostro frammento, dalla penna di un compilatore giustinianeo. La costituzione riformatrice del novembre 530 parla chiaro: *extraneus* è chiunque non sia il *paterfamilias* della sposa, dunque anche la sposa [30]. È impossibile ammettere, di conseguenza, che Triboniano abbia parlato di *extraneus*, proprio in relazione ad una ipotesi in cui viene escluso implicitamente che la dote possa essere stata costituita dalla *mulier*, e che egli inoltre si sia compiaciuto di aggiungere che la costituzione della dote avviene *pro muliere*. Appunto Triboniano, se si fosse impicciato del testo ulpianeo, avrebbe fatto ricorso ad una circonlocuzione (es.: *pater et is qui pater non est*, oppure *paterfamilias et is qui mulierem in potestate non habet*), come vediamo che ha fatto in altri casi [31].

Una cosa è dunque, a mio credere, certa: che i compilatori non hanno posto mano a D. 24.3.22 pr. Ed un punto può ritenersi sicuro: che i classici possono aver parlato di *pater vel extraneus*, senza dare a questo ultimo termine un significato innaturale e pregnante, ma unicamente, ed evidentemente, perché accanto al caso di *dos profecticia* (*a patre data*) gli altri due casi normali di costituzione dotale erano quelli della *mulier* e del terzo estraneo alla *mulier* stessa.

4. — D. 12.4.6 (Ulp. 3 *disput.*): *Si extraneus pro muliere dotem dedisset et pactus esset, ut, quoquo modo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiae secutae,* [*quia de his casibus solummodo fuit conventum qui matrimonium sequuntur, nuptiae autem secutae non sint,*] *quaerendum erit, utrum mulieri condictio an ei qui dotem dedit competat.* [*et verisimile est in hunc quoque casum eum qui dat sibi prospicere: nam quasi causa non secuta habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato, nisi forte evidentissimis probationibus mulier ostenderit hoc eum ideo fecisse, ut ipsi magis mulieri quam sibi prospiceret*] ⟨*et verius est condictionem competere*⟩. *sed et si pater pro filia det et ita convenit,* [*nisi evidenter aliud actum sit,*] *condictionem patri competere Marcellus ait.*

Il brano è fortemente sospetto di interpolazioni. Non genuini sono, con tutta evidenza, i periodi *quia — non sint, et verisimile — prospi-*

[30] V. *retro* n. 2.

[31] Es.: nel caso analogo (non identico!) dell'interpolazione di CI. 5.12.31.3, su cui v. *retro* nt. 11.

*ceret, nisi — sit* [32]. Un rimaneggiamento postclassico, ma non certo compilatorio, del dettato di Ulpiano è piú che probabile. Certa pare, comunque, la decisione: se l'estraneo abbia pattuito la restituzione della dote da lui costituita in vista di qualunque causa di scioglimento del matrimonio, e se invece il matrimonio non si sia avverato, indubbiamente gli competerà la *condictio*; similmente avviene se la costituzione sia avvenuta ad opera del *pater*, come Marcello conferma.

La critica del Solazzi [33] va tuttavia ancora oltre. *Sed et si pater rell.* sarebbe interpolato. « Il padre, che pattuisce la restituzione della dote *quoquo modo finitum esset matrimonium*, vuole evidentemente assicurarsi un diritto maggiore di quello che gli compete per l'*actio rei uxoriae*; ed è assurdo il quesito se, mancate le nozze, la *condictio* spetti a lui o alla figlia ». La sconcordanza dei modi e dei tempi fra i due periodi (*si extraneus dotem dedisset et pactus esset — si pater det et ita convenit*) assume per il Solazzi carattere decisivo per l'uncinamento dell'ultimo periodo. E siccome, infine, si ripresenta in questo testo l'inciso *pro muliere*, la ricostruzione complessiva proposta è la seguente:

*Si is qui mulieris pater non erat dotem dedisset et pactus esset, ut, quoquo modo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiae secutae, condictionem ei competere Marcellus ait.*

Questi risultati non mi paiono accettabili.

Non giova ripetere perché il *pater* (costituente la dote) possa avere un pratico e sensibile interesse a pattuire con il marito che a lui stesso venga restituita la dote, in caso di scioglimento del matrimonio [34]. In ogni caso, tutt'altro che assurdo è il quesito se a lui spetti la *condictio*.

Il pensiero del parafraste ha forse fuorviato il Solazzi: il nucleo della *disputatio* non consiste nel dubbio se la *condictio* spetti al costituente la dote oppure alla moglie, ma è invece se la *condictio* spetti oppur no, *nuptiis non secutis*, al costituente. Tanto nel caso dell'*extraneus* quanto nel caso del *pater* Marcello ed Ulpiano rispondono che la *condictio* spetta al costituente la dote, perché, trattandosi nel nostro caso di *dotis datio ante nuptias*, questa è, in diritto classico, una *datio ob causam*, la quale importa l'acquisto immediato delle cose costituite

[32] Cfr. *Index interpolat.* e *Suppl.* I. Non vedo perché la critica debba coinvolgere *quaerendum erit—competat*, che è a mio parere genuino.

[33] Cfr. 812.

[34] V. *retro* n. 3.

in dote al marito, ma implica anche la risolubilità dell'acquisto stesso per il non verificarsi della *causa (nuptiis non secutis)* [35].

Fu solo il pensiero postclassico, come lucidamente ha dimostrato l'Albertario [36], ad introdurre nella questione della *dotis datio ante nuptias* la considerazione dell'intenzione del costituente; ed è a quell'indirizzo di pensiero che occorre riferire la questione se e come debba risultare che il costituente la dote abbia piuttosto voluto *prospicere* alla *mulier*, per il caso di *nuptiae non secutae*, anziché a se stesso.

Il brano è stato dunque ampiamente rimaneggiato da un glossatore, ma la sostanza della decisione è classica, né vi è motivo per credere che non sia classico l'accenno alla costituzione da parte del padre. La sconcordanza dei tempi e dei modi, che impressiona il Solazzi, non deve forse stupire se si pensa che Ulpiano ha prima risolto la *disputatio*, relativa all'*extraneus*, ed ha poi addotto a suo sostegno l'analoga decisione di Marcello, relativa al *pater*, a mo' di citazione. Del resto, che la decisione di Marcello non si riferisse al caso dell'*extraneus*, è reso probabile da questa considerazione: che noi l'avremmo trovata, altrimenti, anche nel testo rimaneggiato, in calce al periodo che si occupa dell'*extraneus*, e non certo in calce a quello, che il Solazzi dichiara di nuovo conio, ove si parla del *pater*. Perché il glossatore non avrebbe citato Marcello per l'una e per l'altra ipotesi? Perché comunque non l'avrebbe citato là dove ne trovava la menzione nell'originario contesto di Ulpiano?

Ma infine, anche a voler concedere che il secondo periodo sia insiticio nella menzione del *pater*, mancano ancora una volta le prove per ritenere che *extraneus* abbia surrogato *is qui pater non erat*. Al contrario, il carattere piuttosto glossatorio che non emblematico delle alterazioni al fr. 6 [37], spinge a ritenere che *extraneus* non sia stato inserito dai giustinianei, che esso sia classico, e che abbia quindi la sua significazione naturale di « terzo estraneo alla moglie ».

[35] È la teoria dell'ALBERTARIO, *Sulla « dotis datio ante nuptias »*, in *Studi* 1. 317 s., già accennata in parte dall'ARANGIO-RUIZ, *Ist.*² 417. L'esame dei testi compiuto dall'Albertario non è completo, ma è egualmente decisivo. V. anche EHRHARDT, *Iusta causa traditionis* 79 s.

[36] Cit. nella nt. precedente.

[37] Il Beseler ha spesso manifestato l'opinione che i *libri disputationum* di Ulpiano non siano classici: v. ad es. *Beiträge* 5.16, 36, 54, 87. Ma v. *contra* LENEL, in *ZSS.* 50.15.

5. — D. 34.5.16.1 (Marcian. 3 *regul.*): *Item quaeritur, si extraneus, qui dotem stipulatus est, simul cum marito decesserit vel cum ea, propter quam stipulatus esset, an ad heredem suum actionem transmittat.*

Tutto il paragrafo è giudicato spurio dal Solazzi[38]: 1) perché non si vede quale difficoltà potesse generare la commorienza dello stipulante col marito, cioè del creditore col debitore; 2) perché « quanto alla commorienza dello stipulante con la donna *propter quam stipulatus esset*, il dubbio è comprensibile nell'ipotesi che *ea dos ab ipsa profecta sit, quam alius permissu eius stipulatus est* », ma questa ipotesi « non è genuina in D. 23.3.63 (Modest. *l.s. de heuremat.*) e di regola l'*extraneus, qui dotem stipulatus est*, intende assicurarsi la restituzione della dote da lui costituita »; 3) perché « in un libro elementare certe questioni non si pongono perché straordinarie e troppo minute, ma, poste che siano, bisogna risolverle secondo l'opinione dominante o piú probabile ».

Ma, prima di rispondere a queste critiche, rileggiamo il *principium* del fr. 16.

D. 34.5.16 pr.: *Quod de pariter mortuis tractamus, et in aliis agitatum est. ut ecce si mater stipulata est dotem a marito mortua filia in matrimonio sibi reddi et simul cum filia perit, an ad heredem matris actio ex stipulatu ⟨transmittitur, cui filia post matrem mortua non potest actio ex stipulatu⟩*[39] *competere? et divus Pius rescripsit non esse commissam stipulationem, quia mater filiae non supervixit.*

Una madre, avendo costituito la dote al marito, si fa *promittere* da costui che la dote sarà restituita a lei stessa (*sibi*), qualora la figlia muoia durante il matrimonio, e questo per conseguenza si sciolga[40]; avviene che la madre e la figlia muoiano nel medesimo istante; sorge pertanto la questione se il marito sia tenuto a restituire la dote agli eredi della suocera o se piuttosto egli sia liberato dal suo obbligo, in quanto che non può dirsi che la moglie sia morta prima della madre sua. Giustamente il divo Pio risolve la questione, stabilendo che non può dirsi verificato il presupposto della stipulazione — che cioè la

[38] Cfr. 813.

[39] L'integrazione è del MOMMSEN, *Editio maior* ahl.

[40] Si ricordi (*retro* nt. 21) che, dato che la regola è che la dote deve essere restituita dal marito alla moglie, la morte della moglie prima del marito implica evidentemente che la *dos* rimane al marito (salvo il caso della *dos profecticia*, che *ad patrem revertitur*).

madre sopravviva alla figlia —, e che quindi il marito non è tenuto a restituire la dote agli eredi della suocera [41].

Si noti che la decisione del divo Pio, da me qualificata « giusta », potrebbe tuttavia anche essere qualificata « ingiusta » da chi preferisse considerare che presupposto della stipulazione tra la *mater* e il *maritus* si era, non che la madre sopravvivesse alla figlia, ma « che la figlia non premorisse alla madre ». La *res* è dunque ben *dubia*: ben degna di essere accolta in D. 34.5 (*de rebus dubiis*) e di essere trattata in un'operetta elementare quanto si vuole, ma indubbiamente destinata alla pratica, quale le *regulae* di Marciano [42].

Ora, si rifletta su ciò: che la fattispecie risolta dal divo Pio (ma che Marciano ben ha fatto a citare) era praticamente rara, perché rara era l'ipotesi che la costituzione della dote fosse fatta dalla *mater*. Naturale è pertanto che Marciano, esposta la importante decisione di specie del divo Pio, riprospetti, nel paragrafo 1, la questione in ordine all'ipotesi piú frequente in pratica, che è quella che la *stipulatio* per la restituzione della dote (cosí detta *dos recepticia* dei postclassici) [43] sia fatta da un *extraneus*, e sia fatta da lui, non solo per il caso di scioglimento del matrimonio per morte della moglie, ma anche per il caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito [44].

*Extraneus* è un non parente della moglie, il quale può costituire in suo favore una dote o in quanto ne sia debitore o in quanto voglia farle una donazione. Orbene, soprattutto nel caso dell'*extraneus donaturus*, è evidente che la sua volontà è diretta a far profittare della dote la moglie e non il marito: sciogliendosi il matrimonio per morte del

[41] Si immagini che la formula della *promissio* fosse la seguente: *Mater: Quod dotis causa tibi dedi, id mortua filia in matrimonio mihi reddere promittis? — Maritus: Promitto.*

[42] Le *regulae* di Marciano hanno l'indubbio carattere di un'appendice pratica alle Istituzioni, il cui scopo era già quello di servire principalmente alla pratica, sia che si acceda alla opinione del PERNICE, *Fg. Dernburg* 3 s., che a quella del FERRINI, *Opere* 2.285 s.

[43] Sul carattere postclassico di questa terminologia, cfr. SOLAZZI, in *SDHI*. 5.225 s.

[44] Ed invero, non solo nel caso della morte della *mulier* ma anche in quello della morte del marito la *dos* non ritornava all'*extraneus* (nel primo caso rimaneva al marito, nel secondo caso andava alla moglie). Al caso della morte del marito è analogo negli effetti (salvo il regime eccezionale delle *retentiones*) quello del divorzio, che non viene preso in considerazione da Marciano per l'ovvio motivo che qui si fa questione di premorienza.

marito (o per divorzio) la dote profitterà infatti alla moglie, ma sciogliendosi le nozze per morte della moglie la dote *non profecticia* rimane notoriamente al marito. Se nel primo caso è soltanto possibile che l'*extraneus* stipuli la restituzione della dote a se stesso, nel secondo caso è addirittura probabile che egli (soprattutto trattandosi di *extraneus donaturus mulieri*: caso di gran lunga piú frequente) stipuli la restituzione della dote.

Io ritengo, in conclusione, che — quando si sia posto in chiaro che nel paragrafo 1 Marciano discorre delle sorti di una *stipulatio* intervenuta tra l'*extraneus* e il marito per la restituzione al primo della dote — qualche difficoltà possa sorgere nel caso di commorienza dell'*extraneus* col marito e che ancora piú comprensibile, a causa dell'entità pratica degli effetti, sia il dubbio in ordine all'ipotesi di commorienza dell'*extraneus* (*debitor* o *donaturus*) con la *mulier*. La *stipulatio* cui accenna il nostro paragrafo è l'atto costitutivo della dote, la *promissio dotis*, ma non è per essa che sorge il dubbio additato dal giurista, sibbene, come il *principium* fa capire, per l'altra *stipulatio*, che si è accompagnata alla costituzione dotale e con la quale si è stabilito che la dote debba essere restituita all'*extraneus* nel caso di scioglimento del matrimonio.

Ancora una volta *extraneus* resiste impavido alla critica. Ancora una volta esso significa, nel testo di un giurista classico, quel che è naturale che esso significhi. Ma D. 34.5.16.1 mi permette di segnare un altro punto a mio favore: *extraneus* non è la *mater*, che pure rientra nel concetto di *extraneus* della costituzione giustinianea, piú volte citata, del novembre 530.

6. — Altri testi in cui *extraneus*, sempre nella sua accezione piú naturale, è insospettabile, anche a vista del Solazzi [45], sono i seguenti.

D. 23.4.20.1 (Paul. 35 *ad ed.*): *Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci et ignorante muliere, sicut et stipulari potest: legem enim rei suae dicit: postquam vero dederit, pacisci consentiente muliere debet. 2. Si convenerit, ne a muliere neve a patre dos petatur, heres non habebit exceptionem . . .*

*Extraneus* non è il *pater* e non è neanche la *mulier*. Si ricordi che da D. 34.5.16.1 risulta che *extraneus* non è neanche la *mater* [46].

[45] Cfr. 814 nt. 11.
[46] Cfr. *retro* n. 5.

Si osservi ancora che, nel nostro testo, si parla di un *extraneus donaturus mulieri*, il quale si appresta a fare una *datio dotis* (*de suo . . . daturus dotem*). Egli può, prima della *datio dotis*, *pacisci* e *stipulari* col marito senza il consenso della moglie: essendo ancora proprietario dei beni che darà in dote, egli ha quindi la piú ampia facoltà di pattuirne o stipularne la restituzione a se stesso (caso esaminato dianzi, a proposito del testo di Marciano), o comunque può pattuire che la dote non possa essere richiesta né dal *pater* né dalla *mulier* (e che pertanto essa rimanga in ogni caso al marito).

D. 23.3.71 (Paul. 13 *quaest.*): *Cum dotem mulieris nomine extraneus promisit, mulieris periculum est . . .*

*Extraneus* non è la *mulier*. Trattasi di un delegato di essa, che stipula *mulieris nomine*: improbabile è quindi che possa trattarsi di altri, se non di un terzo estraneo, debitore della moglie.

Fortemente sospetti sono D. 23.3.63 (Modest. *l.s. de heuremat.*) e D. 24.3.42.3 (Pap. 4 *resp.*), ove pur compare la menzione dell'*extraneus*: non val quindi la pena di prenderli in considerazione [47].

Classica è, infine, la menzione dell'*extraneus* in D. 42.8.25.2 (*. . . si extraneus filiae familiae nomine fraudandi causa dotem dederit . . .*). Trattasi della stessa figura giuridica che è disegnata in D. 23.3.71, ma la *dotis datio* è fatta dall'*extraneus fraudandi causa*.

7. — Ma il Solazzi vorrebbe confondere le tre attestazioni testuali di un uso classico di *extraneus*, contro le quali egli riconosce che « la critica non ha argomenti speciali », mediante un ulteriore argomento generico — a parte quello che ogni altro testo con *extraneus* sarebbe interpolatizio —, e cioè che vi son testi in cui l'uso di *extraneus* sarebbe stato facile, « ma è stato rigorosamente evitato » [48].

Egli cita, a riprova di quest'asserto:

D. 23.3.5.14 (Ulp. 31 *ad Sab.*): *Si quis pro aliena filia dotem promiserit et promissori pater heres extiterit . . .*

Ma l'affermazione stupisce in chi, pur contrastando l'uso di *extraneus* da parte dei giuristi classici, ammette tuttavia che questi, se avessero parlato di *extraneus* costituente la dote, ne avrebbero parlato secondo il significato piú ovvio e corretto, di « non parente della mo-

[47] Cfr., su questi testi, *Index interpolat.* e particolarm. Levy, *Ehescheidung* 12 nt. 6. Tralascio di prendere in considerazione anche D. 23.3.43.1 (Ulp. 3 *disputat.*), attaccato dal Solazzi, *cit.* 813, con buoni argomenti.

[48] Cfr. 814.

glie »[49]. Colui *qui pro aliena filia dotem promiserit* non è né il *pater*, né la *mater*, né la stessa *filia*, ma può essere chiunque altro, e non solo un non parente della *filia*: può essere un terzo, ma può essere anche il fratello, lo zio, l'ava ecc. Un classico non poteva parlare, in tal caso, di *extraneus*.

Ecco dimostrato come i giuristi classici, quando vogliano alludere al complesso dei casi di costituzione dotale (che non siano cioè solo quelli tipici, piú frequenti del *pater*, della *mulier* e dell'*extraneus*), sanno ricorrere alla circonlocuzione adatta.

Né può credere il mio illustre contraddittore che io, affermando la classicità di *extraneus* nel significato di « terzo », abbia voluto garantire la tecnicità esclusiva di questo vocabolo per indicare il non parente della *mulier*. Quanto io ho sostenuto e sostengo è che *extraneus*, nella materia dotale, in diritto classico, non abbia e non possa avere una significazione tecnica diversa da quella sua piú naturale. Ovviamente io ammetto, dunque, che il terzo possa essere qualificato in qualunque modo, oltre che con il termine *extraneus* (es.: con il termine *alius*).

8. — La piena fungibilità di *extraneus* con ogni altro termine che possa significare « terzo estraneo » verrà ad essere, anzi, la prova piú luminosa della bontà della mia tesi. Essa risulta dalla lettura di un testo da me già analizzato altrove[50].

D. 23.3.33 (Ulp. 36 *ad Sab.*): *Si extraneus sit qui dotem promiserit isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, cur eum non convenerit*[*, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat: nam si donavit, utcumque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem qui donaverat quemque in id quod facere posset, si convenisset, condemnaverat. hoc enim divus Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos*]. *sed* [*si vel pater vel ipsa promiserunt,*] *Iulianus quidem libro sexto decimo digestorum scribit etiam si pater promisit, periculum respicere ad maritum: quod ferendum non est.* [*debebit igitur mulieris esse periculum: nec enim quicquam iudex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promiserit, non urserit ad exolutionem, multo minus, cur ipsam non convenerit.*] *recte itaque Sabinus*

[49] Cfr. le citazioni riportate *retro* nt. 3.
[50] Cfr. *Extraneus* 75 s.

[*disposuit, ut diceret*] *quod pater vel ipsa mulier promisit viri periculo non esse,* [*quod debitor, id viri esse,*] *quod alius* [*, scilicet donaturus,*] *eius periculo ait, cui adquiritur* [*: adquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit*].

Il Solazzi [51] si chiede se *alius*, nell'ultimo periodo, ripeta il linguaggio classico meglio che non *extraneus*; ma il dubbio mi pare illegittimo. La mano che ha alterato l'ultimo periodo non avrebbe mancato di sostituire *extraneus* al posto di *alius*, se è vero che essa, come il Solazzi opina, ha operato una sostituzione siffatta nel primo periodo.

I giuristi classici usavano, per indicare il « terzo » costituente la dote, sia *extraneus* che *alius*, cioè ogni termine che appunto « terzo estraneo » potesse significare. Nel caso del fr. 33 risulta nel piú chiaro dei modi che Ulpiano adotta la terminologia *extraneus* e Sabino invece quella di *alius* [52].

Si osservi, infine, che il passo ulpianeo parla di tre costituenti la dote: l'*extraneus*, il *pater*, la *mulier*. Se anche non avessimo sufficientemente dimostrato, in altra occasione, che ad esso non han posto mano i commissari giustinianei, ma glossatori postclassici [53], risulterebbe tuttavia evidente che non certamente i giustinianei han potuto sostituire, al principio, *extraneus* ad *alius*: qui *extraneus* non è il solito *is qui pater non est*, cui fa ricorso il Solazzi nelle sue restituzioni, ma *is qui nec pater nec mulier est*. Ma allora *extraneus* non ha una speciale significazione tecnica, perché è dimostrato che, mentre alcune volte pare ricomprendere in sé anche la *filia*, altre volte la esclude: la ragione vuole che ad esso si conferisca, dunque, il suo significato normale.

9. — Il discorso va ora portato su di un passo, che ha notevole importanza nella teoria del *beneficium competentiae* del *promissor dotis*.

D. 23.3.84 (Lab. 6 *pith.*): *Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum qui promisit. Paulus: immo quod ad extraneum attinet, semper hoc verum est. ceterum si manente adfinitate dotem promissam gener a socero petit, utique in quantum facere potest socer condemnabitur . . .* [54].

[51] Cfr. 814.

[52] Il che non significa affatto — si badi — che la terminologia *extraneus* sia esclusiva di Ulpiano e la terminologia *alius* sia esclusiva di Sabino.

[53] *Extraneus* l. c.

[54] Cfr., per il carattere glossatorio del seguito (qui non trascritto), *Promissor* 186 s.

Per Labeone il *promissor dotis* non doveva in nessun caso avere il beneficio della *condemnatio* limitata verso il marito agente *ex promissione*. Paolo, esponendo un diritto piú evoluto, dà ragione a Labeone per quel che riguarda l'*extraneus*, ma asserisce che il *socer* gode del *beneficium competentiae manente adfinitate*, cioè sin che il matrimonio non sia sciolto.

Ora si domanda il Solazzi [55]: « perché la questione della *condemnatio* nell'*id quod facere potest* è sollevata unicamente per il suocero e non anche per gli altri congiunti della sposa? ». Il silenzio delle fonti non pare chiaramente spiegabile al mio contraddittore, epperò egli propone la restituzione:

*... immo quod ad eum attinet, qui socer non sit, sempre hoc verum est ...*

Io mi permetto di ritenere che ormai queste argomentazioni contro il termine *extraneus* non possono avere piú valore, dopo che abbiamo costantemente visto, nei testi esaminati prima, che *pater vel extraneus* è un binomio che indica i due casi piú frequenti, insieme con quello della *mulier* (volte citato e volte no), di costituzione dotale. *Extraneus* significa « terzo »; non vi sono motivi per attribuirgli un significato pregnante; possiamo noi ora attribuirgli la significazione pregnante in base al solo fatto che stupisce non sia menzionato da Paolo il caso della *mater*, dello zio ecc.? Io ritengo di no. Alla negativa labeoniana Paolo ha opposto un periodo in cui circoscrive nettamente la vecchia opinione al solo caso dell'*extraneus*; dopo di che egli passa ad esemplificare i casi e i limiti in cui s'ha da ammettere, secondo il nuovo diritto, la *condemnatio* limitata del *promissor dotis* ed indica, come è naturale, il caso piú frequente, quello del suocero, specificando che il *beneficium* può essere goduto solo *manente adfinitate* [56].

Il *manente adfinitate* di Paolo è altamente significativo, perché indica che la ragione per cui il *beneficium* è concesso al *promissor dotis* è che fra lui e lo *stipulans* (marito) vi è un rapporto di *adfinitas* [57].

[55] Cfr. 809.

[56] A chi volesse tuttavia ancora obiettare che era necessità di logica, per Paolo, non limitarsi ai due casi dell'*extraneus* e del *socer* ma ordinare tutti i possibili casi, io potrei ben rispondere che non è da escludersi l'eventualità che il testo originario continuasse appunto con l'enumerazione di quei casi. Detta enumerazione può essere stata cancellata dagli stessi commissari giustinianei per abbreviare il testo, tanto piú che per essi chiunque non fosse il *socer* era da comprendersi nel concetto di *extraneus*.

[57] Cfr. *amplius Promissor* 156 s.

Ma come fra suocero e marito, un rapporto di *adfinitas* vi ha pure fra suocera e marito, fra moglie e marito [58]. La deduzione piú logica è che anche fra suocera e marito, fra moglie e marito non possa la condanna essere ottenuta, nel processo intentato per l'adempimento della *dotis promissio*, che *in id quod* (*socrus, mulier*) *facere potest*.

Vi è, ad ogni modo, un testo che conferma in pieno la nostra logica deduzione, se esatta ne è stata l'esegesi altrove svolta [59].

D. 24.3.17 pr. (Paul. 7 *ad Sab.*): *Ex diverso si socer ex promissione dotis a marito conveniatur, solet quaeri, an idem ei honor habendus sit: Neratius libris membranarum et Proculus scribunt hoc iustum esse* ⟨*sed alio iure nos uti*⟩. 1. ⟨*idem dicendum esse,*⟩ [*item*] *si mulier ex promissione dotis conveniatur,* [*magis placuit defendendam eam per exceptionem: idem et*] *Proculus ait* [*: sicuti cum socia fuit, dabitur ei exceptio, quamvis iure civili sit obligata*].

Va notato che Paolo non discuteva, in questo brano, se il *beneficium competentiae* spettasse al *socer* e alla *mulier manente matrimonio*, ma se spettasse loro anche *soluto matrimonio* [60]. Glossemi postclassici hanno traviato il discorso originale ed hanno fatto figurare il *beneficium competentiae* come probabilissimamente ammesso anche *soluto matrimonio*. I giuristi classici erano, in questo caso, per la negativa [61]: essi ammettevano invece che non solo al *socer*, ma anche alla *mulier* la *condemnatio* limitata dovesse essere concessa, nell'ipotesi che il marito agisse contro di loro *ex promissione dotis*, in costanza di matrimonio.

Testualmente contraddetta è dunque la restituzione solazziana del fr. 84, per cui il *beneficium* figurerebbe escluso per chiunque *socer non sit. Et de hoc satis.*

10. — Io posso ben concludere questa mia nota, osservando che nessun serio argomento può dunque, direttamente o indirettamente, valere a scalfire la mia fiducia nella genuinità di

[58] Cfr. GUARINO, *Adfinitas* 29 s., 51 s.

[59] Cfr. *Promissor* 190 s., 193 s., 198 s.

[60] Il che risulta chiarissimamente dall'esame della palingenesi dell'opera di Paolo *ad Sabinum* (cfr. LENEL, *Pal.*, Paul. 1776; *Promissor* 191 s.). Paolo dunque ammetteva implicitamente che il *beneficium competentiae* spettasse al *socer* e alla *mulier manente matrimonio* (cioè *manente adfinitate*).

[61] Essi erano per la negativa perché la *ratio* della concessione della *taxatio in id quod facere potest* al *socer* e alla *mulier* consisteva nel fatto che ambo erano avvinti da un rapporto di *adfinitas* al *maritus* e che l'*adfinitas* durava quanto durava il matrimonio (cfr. *Promissor* 175 s.; *Adfinitas* cit. 77 s.).

D. 37.7.1.7 (Ulp. 40 *ad ed.*): *Si sub condicione pater vel extraneus dotem promiserit, cautione opus erit, ut tunc conferat mulier dotem, cum dotata esse coeperit.*

Se *extraneus* significasse, in questo frammento, « costituente della *dos non profecticia* », cioè *is qui pater non est*, potremmo anche accedere alla tesi dell'interpolazione di *vel extraneus*, sostenuta dall'Albertario [62] e messa in dubbio dal Pringsheim [63]. Ma *extraneus*, in questo testo, ha perlomeno il significato di « né *pater* né *mulier* »: 1) perché, se si ammette, con la maggioranza della dottrina [64], che il conferimento della dote doveva essere fatto unicamente dalla *sua heres*, è evidente che la costituzione dotale non ha potuto essere stata fatta dalla *mulier*; 2) perché, se si ammette che fosse tenuta alla *collatio dotis* anche la figlia *emancipata* [65], allora è da notare che nel caso del fr. 1.7 la condizione della *dotis promissio* è ancora in istato di pendenza, cioè che la figlia emancipata è ancora proprietaria della dote promessa, e che essa pertanto è tenuta a conferirla non a titolo di *collatio dotis*, ma, insieme con tutti gli altri *bona quae moriente patre habuit*, a titolo di *collatio emancipati*.

Il Solazzi [66] accede alla mia argomentazione, ma giudica tuttavia « quasi disperato » il mio impegno: 1) perché la accezione di *extraneus* nel significato di terzo è stata messa in dubbio dalle sue indagini; 2) perché, se è vero che qui *extraneus* non equivale a « costituente la *dos non profecticia* », ciò può essere soltanto indizio che l'interpolazione del frammento non è giustinianea, ma pregiustinianea; 3) perché infine non farebbe meraviglia che i compilatori non avessero prestato troppa attenzione alla esattezza della propria interpolazione.

Circa il punto 3), io non lo nego, ma osservo unicamente che quando si fa della critica interpolazionistica noi romanisti ci si basa sempre su qualche presupposto: nel nostro caso il presupposto deve essere, io penso, che Triboniano, se interpolava, interpolasse con un certo criterio, specie quando presente alla sua memoria ed alla sua attività doveva essere il dettato della costituzione imperiale che definiva

[62] *Studi* 1.290.

[63] *SDHI*. 4.544.

[64] Cfr. per tutti JÖRS-KUNKEL, *Röm. Recht*² 219.2.

[65] In questo senso, LAURIA, *Dote romana*, in *Atti Soc. Reale Napoli* 58 (1938) 37 nt. 9 s. (estr.).

[66] Cfr. 814: « L'osservazione è giusta, ma troppo sottile ».

nel piú tassativo dei modi il significato di « *extraneus* »[67]. D'altronde indizi formali o sostanziali di interpolazione del testo non ve ne sono, a parte il *pater vel extraneus* con il verbo al singolare, che può ben essere ed è una caratteristica (deteriore, sia pure) dello stile di Ulpiano[68]. Vi è anzi una presunzione di genuinità del testo determinata dal fatto che i giustinianei non curarono troppo di modificare, salvo che in punti essenzialissimi, i frammenti relativi alla *collatio bonorum* ed alla *collatio dotis*[69].

Circa i due primi punti, io osservo — a conclusione di queste note — che non pare che le indagini del Solazzi abbiano gettato l'ombra del dubbio sul significato di *extraneus*. *Extraneus* significa « terzo », cioè, nel caso della costituzione della dote, « non parente della moglie »; esso si trova o da solo[70], o insieme col *pater*[71], o insieme con la *mulier*, o con tutti e due gli altri termini insieme[72], perché i tre casi praticamente piú frequenti sono appunto quelli del *pater*, della *mulier* e di un *extraneus*; lo si trova anche con *mater*[73], il che implica che meno che mai esso possa voler significare « costituente di *dos non profecticia* »; là dove è certo, o fortemente presumibile, che *extraneus* non includa il senso di *mulier*, o di *mater* o di altra persona, dobbiamo credere che *extraneus* non sia stato interpolato dai giustinianei[74]. Quanto ai pregiustinianei, stupisce che si possa credere che essi abbiano voluto dare ad *extraneus* un significato innaturale, mentre sappiamo dalla testimonianza stessa di Giustiniano che la loro terminologia era imperniata sul contrapposto della *dos profecticia* con la *dos adventicia* e che solo lo stesso Giustiniano, nel novembre 530, stabilí imperativamente che per *extraneus* si avesse ad intendere *omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate dotandam personam habentem*[75].

[67] V. *retro* n. 2.

[68] V. quanto si è detto *retro*, n. 3, a proposito di D. 24.3.22 pr. Cfr. anche nt. 27.

[69] Su questo punto, cfr. principalm. GUARINO, *Über den Begriff der Kollation* cit. *passim*.

[70] Cfr. D. 23.4.20.1, 23.3.71, 42.8.25.2, su cui *retro* n. 6.

[71] Cfr., oltre D. 37.7.1.7 qui commentato, D. 24.3.22 pr. (*retro* n. 3), 12.4.6 (*retro* n. 4), 23.3.84 (*retro* n. 9).

[72] D. 23.3.33 (*retro* n. 8).

[73] D. 34.5.16.1 (*retro* n. 5).

[74] Il che non esclude che possa essere stato interpolato dai pregiustinianei, come nel caso di D. 23.3.43.1 (*retro* nt. 47).

[75] V. ancora *retro* n. 2.

# IL « BENEFICIUM SEPARATIONIS » DELL'« HERES NECESSARIUS »

1. — È noto che il *ius civile* non fissava alcun termine per l'accettazione dell'eredità. Se il termine non era apposto dal testatore nella clausola della *cretio*, avveniva che tanto l'*heres sine cretione institutus* quando l'*heres ab intestato* avesse la piena facoltà di adire l'eredità *quocumque tempore voluerit* [1].

Rimpetto ai creditori ereditari la posizione degli *heredes extranei*, da un canto, e quella degli eredi necessari (*heres suus et necessarius*, *heres necessarius*), dall'altro, veniva ad essere, per effetto di questo stato di cose, sensibilmente diversa. Gli *heredes extranei* potevano nutrire, ben vero, il duplice timore di decadere dal diritto di accettare (a causa di morte o di *capitis deminutio*) o pure che tal diritto di accettazione venisse come a vuotarsi di ogni contenuto (per effetto della *usucapio pro herede* da parte di un terzo) [2], ma, a parte ciò, si trovavano nella privilegiata condizione di poter fare indefinitamente attendere i creditori dell'eredità, in modo da aver tutto il tempo per valutare con esattezza la convenienza per sé di adire o meno l'*hereditas*, a seconda che questa non fosse o pur fosse *suspecta*. Gli eredi necessari, invece, si trovavano ad essere succeduti *ipso iure* al defunto, di modo che, fosse o non fosse l'eredità *damnosa*, essi erano senz'altro tenuti a soddisfare in pieno, ed anche *ultra vires hereditarias*, i creditori del *de cuius* ed a subire, pertanto, in proprio nome, se del caso, la *bonorum venditio* con l'*infamia* che le conseguiva.

A questa indiscutibile situazione di iniquità, che si veniva a determinare a danno degli eredi necessari per effetto del meccanismo rigoroso del *ius civile*, pose parzialmente riparo il pretore, concedendo agli *heredes*

* In *ZSS.* 60 (1940) 185 ss.

[1] Cfr. Gai 2.167.

[2] V. su ciò *amplius* SOLAZZI, *Diritto ereditario* 2.139 s.

*sui et necessarii* il cosí detto *ius abstinendi*, la facoltà di *abstinere se ab hereditate patris, ut potius parentis bona veneant*[3]. Le critiche[4] che la dottrina muove, forse con un po' di eccessiva asprezza[5], a questo istituto onorario non ci interessano, almeno in questa sede. Sta di fatto che esso serviva egregiamente a raggiungere il fine scolpito dalle parole di Giavoleno[6]: *filii pudori parcitur, ut potius patris quam eius bona veneant*.

Non provvide invece il pretore a tutelare l'analogo *pudor* dell'*heres necessarius*, né possiamo fargliene un appunto, se teniamo presente il resoconto di Gaio sulla genesi dell'istituto.

Gai 2.154: *Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo* [*vel etiam ulteriore*] *gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est, ut ignominia, quae accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio, sed necessitate iuris bonorum venditionem pateretur; sed alio iure utimur.*

Il primo periodo di Gai 2.154, *unde—veneant*, indubbiamente genuino (salvo, forse, che nelle parole *vel etiam ulteriore*)[7], esprime molto bene quella che è stata, come dicevo, la genesi dell'istituto dell'*heres necessarius*. Esso si venne determinando, in epoca presumibilmente antica[8], nella prassi istessa della vita giuridica romana, come è chiaramente indicato dal *solet* adoprato da Gaio. Se il *pater familias* era solito istituire uno schiavo *cum libertate*, era appunto perché, essendo prevedibile che l'*hereditas* sarebbe risultata *damnosa*, il *de cuius*

[3] Cfr. Gai 2.158; Ulp. Reg. 22.24.

[4] V. in proposito SOLAZZI, *cit.* 222 s. e citazioni ivi.

[5] Ben è vero, di fatti, che l'*heres suus*, esercitando il *ius abstinendi*, se veniva ad esimersi dal soggiacere alla *bonorum venditio*, veniva anche, nel contempo, a realizzare il risultato, poco pietoso per la memoria del *pater*, di far ricadere l'*infamia* sul capo del defunto; tuttavia non deve neppur dimenticarsi che il *suus heres* poteva evitare anche questa seconda eventualità, se avesse stretto con i creditori il *pactum ut minus solvatur*, diretto appunto al fine di salvare il testatore dall'*infamia*. V. in proposito il mio articolo *Pactum quo minus solvatur*, specialm. n. 2 C, di prossima pubblicazione in *St. Scorza* (Roma 1940).

[6] Cfr. D. 42.5.28.

[7] Appuntate dal SOLAZZI, *cit.* 2.13 nt. 1 e dal DE MARTINO, « *Vel etiam* » *nelle fonti giuridiche romane*, in *Atti Soc. Reale Napoli* 58 (1938) estr. 52 s.

[8] Certo anteriore alla *lex Aelia Sentia* (4 d. C.), che contenne i primi divieti delle *manumissiones in fraudem creditorum vel patronorum*.

voleva evitare *a priori* che l'infamia scaturente dall'esecuzione patrimoniale venisse a ricadere sul *suus heres* e tanto meno che essa venisse a marchiare la sua stessa memoria. Il fine dell'*institutio* del *servus « cum libertate »* non era dunque quello di manomettere uno schiavo in dileggio alle disposizioni legislative sulla revoca delle manomissioni *in fraudem creditoris*, ma era invece quello di fare dello schiavo liberato e contemporaneamente istituito il capro espiatorio della procedura della *bonorum venditio*, alla quale inevitabilmente avrebbero fatto ricorso i creditori ereditari insoddisfatti. E lo stesso pretore romano se ne rese tanto ben conto, da non pensare neanche lontanamente ad avvicinare questo caso dell'*institutio servi cum libertate* alle ipotesi di manumissione fraudolenta considerate dalla *lex Aelia Sentia*[9].

[9] Si ricordi che l'editto pretorio, pur occupandosi ampiamente degli atti *in fraudem creditorum* ed *in fraudem patroni*, non considerò invece sotto il profilo della revoca le *manumissiones in fraudem creditoris et patroni*; fu solo la *lex Aelia Sentia* a considerar nulle quest'ultime: SCHULZ, in *ZSS*. 48 (1927) 199; SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti in diritto romano* (1934) 96. Indubbiamente la *lex Aelia Sentia* eccettuò il caso del *servus cum libertate institutus*, come risulta da Inst. 1.6.1: *Licet autem domino, qui solvendo non est, testamento servum suum cum libertate heredem instituere, ut fiat liber heresque ei solus et necessarius, si modo nemo alius ex eo testamento heres extiterit, aut quia nemo heres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, qualibet ex causa heres non extiterit idque eadem lege Aelia Sentia provisum est.* È inopportuna, a mio avviso, la guerra che lo SCHULZ, *cit.* 200 s., muove a questa testimonianza. Ulp. Reg. 1.14 dimostrerebbe, secondo questo autore, che la legge ha indubbiamente contenuto la disposizione riferita da Giustiniano, ma in tutt'altro senso, nel senso di ammettere, in via di eccezione, che uno schiavo di età inferiore ai 30 anni, pur essendo stato manomesso contro le disposizioni della legge, potesse evitarsi di diventare dediticio eliano e potesse invece ottenere la cittadinanza, qualora risultasse l'unico istituito dal suo padrone insolvente. Il chiaro romanista tedesco esclude pertanto che la legge contenesse una esplicita disposizione circa l'*heres necessarius*, come assume la prevalente dottrina, pur aggiungendo che: « der Sache nach enthalten freilich die Institutionen nicht etwa einen dem klassischen Recht fremden Satz ». Il riconoscimento dello *status libertatis* all'*heres necessarius* doveva essere una conseguenza implicita della norma esplicita, la quale ammetteva che lo schiavo di età inferiore ai 30 anni potesse, se unico manomesso nel testamento, acquistare la cittadinanza romana: inesatto sarebbe il resoconto delle Istituzioni ed interpolati sarebbero i passi del Digesto ove alla legge *Aelia Sentia* stessa vien fatta risalire l'eccezione di cui ci occupiamo (D. 28.5.58, 43-44, 56, 61, 89, 29.1.15 pr.: cfr. anche CI. 6.27.1). Questa tesi non può convincere alcuno, né la sorreggono le esegesi testuali tentate dallo Schulz, le quali sono tutte svolte in omaggio al preconcetto che la *lex Aelia Sentia* non potesse contenere una disposizione circa la liceità di istituire un *servus cum libertate*. Quanto a questa pretesa impossibilità, io osserverò che se è vero, come è vero, essere le ricostruzioni

Nello stesso ordine di idee, e cioè proprio perché egli ben capiva che la eventualità dell'*infamia* era connaturata alla figura dell'*heres necessarius*, l'edicente non ritenne di dover estendere a questo il beneficio della *abstentio*, ch'era invece precipuamente volto al fine di evitare l'*infamia* al *suus heres*. Se a questo si aggiunga il rilievo già fatto del carattere tipicamente giurisprudenziale, e come genesi e come sviluppo, di tutto l'istituto dell'*heres necessarius*, risulta in somma perfettamente comprensibile perché il pretore non si sia preoccupato dell'*heres necessarius* neanche sotto il profilo della possibilità di salvargli dall'attacco dei creditori per lo meno quei beni, che egli avesse acquistati per sua propria virtú speculativa dopo la morte del testatore.

Fu pertanto la giurisprudenza romana a lavorare allo scopo di alleviare, nei limiti del possibile, le condizioni dell'*heres necessarius*, creando per lui un istituto, che era, almeno dal lato economico, praticamente analogo alla *abstentio* creata dal pretore, e cioè il cosí detto *beneficium separationis*. Va ripetuto che il lato economico del *ius abstinendi* aveva una importanza immensamente minore del lato, per cosí dire, morale (allontanamento dell'*infamia* dal capo del *suus heres*): poco, ben poco, poteva aver acquistato il *suus heres* dopo la morte del padre e sino al momento in cui, non essendosi egli immischiato nei beni ereditari, i creditori lo avessero costretto a prendere una soluzione, ricorrendo alla *interrogatio in iure*. Comunque, era sempre vero che egli poteva evitarsi, con l'*abstentio*, non solo l'*infamia*, ma anche di rispondere dei debiti del defunto *ultra vires hereditarias*. A questa seconda possibilità determinata dal *ius abstinendi* fece caso la giurisprudenza romana, nell'intento di alleviare le sorti dell'*heres necessarius*, e ragionò per analogia nella maniera seguente: come all'*heres suus et necessarius* è concesso il privilegio di ritenere tutto ciò che abbia acquistato in proprio dopo la morte del defunto, cosí all'*heres necessarius* deve riconoscersi il *commodum* — uso qui le parole stesse di Gaio — *ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur*.

Tutto fa credere, in conclusione, che il *commodum* dell'*heres necessarius*, di cui fa cenno Gai 2.155, sia una creazione della giurisprudenza romana, basata sulla analogia con la *facultas abstinendi*; tanto piú

di un testo legislativo, di cui sí poche tracce rimangono, « wertlose Spielereien » (SCHULZ 199), ancor meno giustificabile è il tentativo di togliere valore a numerose ed unanimi attestazioni delle fonti sulla unica base di una succinta epitome postclassica, quale quella di Ulpiano.

che dai testi chiaramente risulta, come meglio vedremo in appresso, essere stato l'esercizio del *beneficium separationis* condizionato alla stessa circostanza, che il pretore impose come *condicio sine qua non* per l'esercizio del *ius abstinendi*, e cioè alla circostanza che l'erede non si fosse immischiato nei beni ereditari. Ma vi è un testo di Ulpiano, D. 42.6.1.18, che minaccia di scompigliare tutte le nostre deduzioni: il *commodum* dell'*heres necessarius* appare da esso, se pur non addirittura previsto dal pretore nell'editto sulla *separatio bonorum* dei creditori, perlomeno introdotto dalla giurisprudenza per analogia con la *separatio bonorum*, anzi che con il *ius abstinendi*. Di modo che sorge spontanea la domanda — e non è un merito, credo, della dottrina romanistica l'averla sin oggi tralasciata — se, per avventura, la genesi dell'istituto non sia stata diversa da quella comunemente immaginata e logicamente immaginabile, ed inoltre come mai una analogia si sia potuta creare dai giuristi di Roma fra due situazioni cosí disparate, quali quella dei creditori ereditari di fronte all'erede insolvibile, da una parte, e quella dell'*heres necessarius* di fronte ai creditori ereditari, dall'altra.

Qui il *punctum pruriens* dell'argomento, che io vorrei sforzarmi di risolvere in questa sede. Cosí come appare dai testi, il cosí detto *beneficium separationis* dell'*heres necessarius* è un ibrido, che ha il contenuto (« *mutatis mutandis* ») di un *ius abstinendi*, mentre avrebbe il nome e la disposizione sistematica (almeno secondo D. 42.6.1.18) di un caso di *separatio bonorum*. Attribuiremo ai classici, e piú particolarmente ad Ulpiano, il torto di questa costruzione contraddittoria?

Io ritengo che non si possa, e cercherò di darne dimostrazione. Ma ritengo necessario premettere sin d'ora, a scanso di equivoci, che per me il problema creato dall'ibrida configurazione del nostro istituto nei testi della compilazione non è punto il problema della classicità o meno dell'istituto stesso. Il *commodum* dell'*heres necessarius* è, fuor d'ogni dubbio, una creazione della giurisprudenza classica: negarlo equivarrebbe a far dell'ipercritica.

Senonché proprio contro la classicità del cosí detto *beneficium separationis* si sono levati, anche se non in maniera recisa, due illustri romanisti. Da prima il Kniep [10] ha sostenuto l'origine postgaiana di Gai 2.155, ove appunto si ragiona del *commodum* dell'*heres necessarius*. Di poi il Solazzi [11] ha ripreso e rafforzato l'esegesi gaiana del Kniep ed

[10] *Gai* 2.2.31 nt. 9 (290).
[11] *O. c.* 252 s.

è andato anche piú oltre, demolendo ogni testimonianza classica sulla esistenza del cosí detto *beneficium separationis* e ponendo, con critica vigorosissima e per me decisiva, il problema se anche il testo del commentario edittale di Ulpiano (D. 42.6.1.18) s'abbia a ritenere postclassico. Neanche al Solazzi tuttavia ha retto l'animo di concludere con sicurezza per la origine tarda del *beneficium separationis*, sí che egli ha lasciato ancora il problema *sub iudice*, pur avvertendo che nessuno potrà dire ch'esso sia invece un problema immaginario.

Parole gravi, alle quali ha molto opportunamente reagito il Biondi, nei limiti necessariamente ristretti di un suo noto corso di Diritto ereditario romano [12], ribadendo la piena classicità del *beneficium separationis* dell'*heres necessarius*.

Io aderisco *toto corde* alla reazione del Biondi, ma pur son convinto che il dubbio sollevato dal Solazzi non sia immaginario, soprattutto perché a parte la critica a Gaio, D. 42.6.1.18 è veramente inesplicabile. Ma la soluzione sicura può essere, a mio avviso modesto, raggiunta. Il *commodum* dell'*heres necessarius* è un istituto classico; postclassica è invece la sua sistemazione a ridosso della teoria della *separatio bonorum*.

Scopo di questo scritto è, quindi, di dimostrare successivamente le seguenti proposizioni: *a*) che il cosí detto *beneficium separationis* è un istituto classico; *b*) ch'esso fu sviluppato dalla giurisprudenza in analogia con la *facultas abstinendi* dell'*heres suus et necessarius*; *c*) ch'esso non fu menomamente considerato dal pretore nell'editto sulla *separatio bonorum*; *d*) che la sua sistemazione in calce alla teoria della *separatio bonorum* è opera esclusiva della scuola postclassica, approvata e potenziata dai compilatori giustinianei.

2. — A) Il cosí detto *beneficium separationis* dell'*heres necessarius* è un istituto classico.

Poche, ma sicurissime prove testuali noi abbiamo della classicità del *beneficium separationis*. Fra queste, la prova regina è indubbiamente Gai 2.155, che tanto il Kniep quanto il Solazzi hanno sottoposto ad una critica severa ed ingiustificata.

Gai 2.155: *Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum*

[12] BIONDI, *Corso, Dir. ereditario, parte generale* (1934) 93. Cfr. anche LENEL, *EP.*[3] 433.

*venditionem sive postea, ipsi reserventur; et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient* [, *nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit adquisitum, velut si* ⟨*ex eo, quod*⟩ *Latinus adquisierit, locupletior factus sit; cum ceterorum hominum, quorum bona venierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona venire soleant*].

Il Kniep [13] appoggia la sua tesi della origine postgaiana di Gai 2.155 su elementi, che lo stesso Solazzi [14] ha giudicato tenuissimi. *Venient* per *venibunt* non è un indizio sicuro di mano postclassica, come il Kübler [15] ha opportunamente dimostrato. Che il manoscritto veronese porti, in fine del brano, *venieri* al posto di *veniri*, è una minuzia che può senz'altro farsi dipendere dalla distrazione di un amanuense.

Nemmeno può far colpo il confronto fatto dal Kniep fra Gai 2.155 e il paragrafo ulpianeo in D. 42.6.1.18. Ulpiano dice che l'*heres necessarius* può avvalersi della *separatio bonorum* e che, piú precisamente, egli deve rivolgere, a questo fine, una *impetratio* al pretore; Gaio invece non fa cenno del requisito della *impetratio separationis* e non esigerebbe perciò che il *beneficium separationis* sia concesso mediante un *decretum praetoris*. Tutto ciò sarebbe indice, sempre secondo il Kniep, del fatto che in un primo tempo il *beneficium* era di concessione pretoria, mentre che in un secondo tempo esso venne a favorire *ipso iure* il liberto: donde l'affermazione della origine postgaiana di Gai 2.155. Ma ognun vede le arbitrarietà e le stiracchiature di questo ragionamento. Noi non possiamo accettarlo, non solo perché sosterremo in appresso la tesi della non genuinità di D. 52.6.1.18, ma anche per la semplicissima considerazione che Gaio, dicendo *illud ei commodum praestatur*, può aver proprio discretamente accennato al *decretum praetoris*, pur senza troppo metterlo in rilievo, dato il carattere tipicamente giurisprudenziale del *beneficium separationis*.

Le critiche del Solazzi [16] al frammento di Gaio sono, per vero dire, molto piú impressionanti, ma neanche esse, a mio parere, son tali da gettare un'ombra di dubbio sulla genuinità del resoconto gaiano per quel che strettamente riguarda il *beneficium separationis*.

Nota anzitutto il Solazzi che, senza l'aiuto del paragrafo ulpianeo

[13] *O. l. c.*
[14] *O. c.* 253.
[15] *Praefatio* IV nt. 1.
[16] *O. c.* 253 s.

dei Digesti, noi non avremmo imparato il modo in cui si attuava il principio della conservazione al liberto del patrimonio che si fosse venuto a costituire dopo la morte del *de cuius*: « di *reserventur* si ha per lo meno da dire che è muto sulla procedura »[17]. Ma è pretendere troppo dalla succinta esposizione di un manuale istituzionale, l'attendersi che vi si contenga anche il rapido cenno di carattere procedurale! Né può davvero opporci il Solazzi che, nel caso specifico dell'*heres necessarius*, bastava a Gaio il semplice uso di *separare* al posto di *reservare*, per illuminarci la mente sulle caratteristiche procedurali e sostanziali del nostro istituto. Io non vedo, anzi tutto, perché l'intima funzione del *commodum* concesso al *servus cum libertate institutus* non consista nel riservargli un patrimonio che appartenga ad altri o che possa essere devoluto ad altri, ma consista invece — come sostiene il Solazzi — nel conservargli un patrimonio su cui avrebbero diritto di essere soddisfatti i creditori ereditari. Qui si tratta di punti di vista, ed al modo di vedere del Solazzi potrebbe bellamente opporsi che l'uso di *reservare* è assai piú perspicuo dell'uso di *conservare*, perché si può « conservare » soltanto quello che si è già acquistato: *reservare* significa invece che al *servus cum libertate institutus* viene dato il non disprezzabile *commodum* di sottrarre non solo all'attuale procedura esecutiva, ma ad ogni attacco a venire dei creditori ereditari i beni che abbia acquistato dopo la morte del padre o che acquisterà dopo la *venditio bonorum* (*ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur*).

Ma il vero è che il Solazzi si sente colpito, come ho prima accennato, principalmente dal fatto che Gaio non ha usato il verbo *separare* al posto di *reservare*. Sarebbe stato l'uovo di Colombo: « forse avremmo capito ».

Io mi permetto di ritenere che non avremmo capito affatto. Neanche il piú colto dei lettori di Gaio, leggendo *separentur*, sarebbe andato all'idea della *separatio bonorum* dei creditori (ed è proprio il Solazzi che altrove lo riconosce[18]): o Gaio doveva far cenno esplicito dell'editto

[17] *O. c.* 253 nt. 2.

[18] *O. c.* 261: « Né per interpretazione logica né per analogia si sarebbe potuto applicare all'*heres necessarius* un editto che avesse accordato la separazione ai soli creditori ». In verità, il Solazzi enuncia questa proposizione nell'intento di dimostrare che l'editto del pretore accordava genericamente la *separatio bonorum* a tutti coloro che (creditori ereditari o non) il magistrato avesse a reputare, previa un'ade-

del pretore circa la concessione della *separatio* anche all'*heres necessarius*, o pure il semplice uso di *separare* al posto di *reservare* sarebbe stato insufficiente a creare il richiamo analogico all'istituto pretorio. D'altronde mi sia consentito di rilevare che la *separatio bonorum* non è proprio trattata nel manuale gaiano e che quindi Gaio, parlando di *separare*, avrebbe usato un termine forse ancora piú equivoco di *reservare*, il cui significato è a prima vista comprensibile [19].

Demolita la prima argomentazione critica del Solazzi, passiamo ora alla seconda, che, almeno a primo aspetto, si presenta parecchio piú vigorosa. Non solo Gaio è muto sulla procedura del *beneficium separationis*, ma — quel che è peggio — egli tace del requisito essenziale del nostro istituto, sí che non fa cenno alcuno della condizione *si non attigerit bona patroni*. Grave mancanza, secondo il Solazzi, tanto piú che nemmeno il ragionamento ci sarebbe valso a ricostruire quella condizione « perché, dove il diritto del liberto è rappresentato come un vantaggio che lo compensa del danno cagionatogli dall'infamia della *venditio bonorum*, si è indotti a credere che il *commodum* sia puntuale ed immancabile non meno dell'*incommodum* ».

Ma anche questi argomenti non sono tali, a mio sommesso parere, da resistere ad una pacata riflessione. Motivare la condanna di Gai 2.155 nel modo prescelto dal Solazzi significa, niente di meno, condannare un altro paragrafo delle Istituzioni gaiane, del quale invece né il Solazzi né altri hanno mai dubitato o potrebbero seriamente dubitare, e cioè:

Gai 2.158: *Sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant.*

Quale ragionamento mai potrebbe supplire, in Gai 2.158, che è relativo al *ius abstinendi* dell'*heres suus et necessarius*, alla mancata indicazione della essenzialissima condizione cui l'*abstentio* è notoriamente sottoposta, *si bonis se non immisceant*? Di qui non si esce: o Gai 2.158 è postclassico, o invece la critica del Solazzi a Gai 2.155 è infondata.

guata *causae cognitio*, degni di questo beneficio. Ma ci ripromettiamo di dimostrare in seguito (n. 7) che l'editto *de separatione* parlava solo ed unicamente dei creditori dell'eredità.

[19] Contro la classicità di *reservare* si è levato di recente il LEVY, in *ZSS.* 53 (1932) 164 nt. 2: « Man vergleiche die wenigen und nur teilweise klassischen Belege im VIR. mit den zahlreichen Stellen in den Indices von v. Mayr, Gradenwitz und mir ». Ma non reputo necessario di spendere parole per dimostrare la insufficienza di questa « dimostrazione »!

Epperò siamo in grado di poter tranquillamente affermare che la lacuna del paragrafo 155 (se tal si può dire la omessa indicazione della condizione *si non attigerit bona patroni*) si scusa egregiamente con la sobrietà di un manuale di istituzioni.

Tutto il rimanente discorso del Solazzi, a critica del periodo *pro hoc — reserventur*, pecca di una sottigliezza, invero, eccessiva, né è sufficiente, comunque, da solo a porre in dubbio la genuinità del resoconto gaiano. Val la pena, tuttavia, di riportarlo in breve.

Il paragrafo 155 non sarebbe scaturito dalla penna di un giurista classico, ma da quella di « qualcuno che non aveva l'intuito di ciò che è necessario e sufficiente per dare l'idea chiara, esatta e concreta di un istituto giuridico »: ed infatti il mettere sullo stesso piano il danno morale dell'*infamia* ed il vantaggio economico della *separatio* è già giudicato una « stravaganza » dal Solazzi. Ma a torto. A qualunque giurista sarebbe venuto fatto di esprimersi nella stessa maniera di Gaio. Questi non vuol bilanciare il *commodum* con l'*incommodum*, non tende alla dimostrazione di un qualsivoglia sistema di equilibrio, ma dice unicamente che di fronte all'*incommodum* della *infamia* vi è per lo meno, a favore del *servus cum libertate institutus*, il *commodum* della *separatio*. Il ragionamento non è dunque bislacco, e tanto meno esso è da definire « cinico », nel caso che « coi beni da lui salvati l'erede fosse stato in grado di evitare il procedimento esecutivo e l'infamia ». Se lo scopo della creazione dell'istituto dell'*heres necessarius*, quale risulta dallo stesso Gai 2.154, era quello di sgravare dall'*infamia* la memoria del defunto, è logico che l'*infamia* dovesse ricadere sul servo in ogni caso; che poi questi potesse, dopo al morte del *de cuius*, acquistar tanto da trovarsi in grado di soddisfare appieno i creditori, è una ipotesi eccezionalissima e nulla esclude che egli potesse, in tal caso, salvare col pagamento del *solidum* anche il proprio onore.

Sostiene invece il Solazzi che un giurista meno rozzo del presunto glossatore di Gaio avrebbe trovato il *commodum* nell'acquisto della libertà. Ma ancora una volta egli falsa, io credo, l'intima essenza di tutto l'istituto dell'*heres necessarius*. L'*institutio cum libertate* non è una manomissione, né arieggia ad essa, tanto è vero che — come abbiamo visto — ai romani non venne neanche lontanamente in testa di ravvicinarla alla *manumissio in fraudem creditorum vel patronorum*: la concessione della libertà è una condizione essenziale perché il servo possa essere istituito, di modo che non si può dire che il servo acquisti il *commodum* dello *status libertatis*, a meno che non si dica che egli acquista prima di tutto il *commodum* di essere istituito erede. Ma ra-

gionando di questo passo, l'*institutio* sarebbe un *commodum* per tutti gli eredi, il che riesce sensibilmente assurdo. Io riterrei pertanto che la dimostrazione del glossema postclassico in Gai 2.155 sarebbe resa probabile proprio se ivi leggessimo che l'*incommodum* dell'*infamia* è compensato, per l'*heres necessarius*, dal *commodum* della acquistata libertà, tanto piú che il bilanciamento della libertà con l'*infamia* è, come anche il Solazzi riconosce [20], tipico pensiero postclassico.

Ora, giunti a questo punto, potremmo anche concludere il nostro discorso, affermando che Gai 2.155 — almeno per quel che ci interessa, e cioè per il periodo *pro hoc—reserventur* — è indubbiamente genuino. Va notato, di fatti, che nemmeno sufficienti indizi di forma possono essere addotti contro il periodo in parola. Alla unica osservazione mossa ad esso dal Kniep il Solazzi non ha potuto aggiungere se non due note di pochissimo rilievo: *sibi* è superfluo, *ipsi* è un grecismo. Ma *sibi* non è superfluo, se si pensa che Gaio ha voluto mettere in particolare luce il fatto che sono riservati al liberto i beni ch'egli ha acquistati, dopo la morte del patrono, esclusivamente a se stesso; e, quanto al presunto grecismo di *ipsi*, va osservato che si tratta, quanto meno, di una forma comunissima negli scritti della giurisprudenza romana e che non può sorprendere in Gaio, giurista provinciale.

Senonché io non voglio, contro gli estremismi della critica, dimostrarmi estremista nel conservatorismo e mi piace di riconoscere che qualche appunto di una certa gravità è stato mosso al resto del paragrafo gaiano. Qui veramente il vigoroso spirito critico del Solazzi ha scoperto argomenti che fanno seriamente pensare. *Ex hereditaria causa* viene poco elegantemente usato due volte, a distanza di un rigo, mentre Gaio avrebbe potuto dire, la prima volta, *creditores hereditarii*, od usare una locuzione consimile. *Velut si Latinus adquisierit* del manoscritto veronese è oscuro ed ha reso necessarie emendazioni (fra cui quella del Savigny, da noi accolta), tutte, piú o meno, insoddisfacenti. *Ceterorum hominum . . . etiam eorum bona venire solent* ha un *eorum* che ridonda ed è di troppo. *Cum* causale viene adoperato con l'indicativo *solent*, anzi che con il congiuntivo *soleant*, come le regole del buon latino richiederebbero.

Se poi non può accedersi, come abbiamo cercato di dimostrare, al giudizio del Solazzi, che l'istituto è descritto (nel periodo *pro hoc — reserventur*) in maniera equivoca e parziale, deve riconoscersi con l'il-

[20] *O. c.* 255 nt. 2. Cfr. D. 28.5.85 pr.-1, su cui *Index itp.* ahl.

lustre romanista che la giustificazione di esso, nei periodi che seguono, è, quanto meno, strana. La motivazione del Solazzi è, testualmente, la seguente: « comunque, se [Gaio] avesse spiegato che si trattava di una *separatio bonorum*, avrebbe potuto essere meno verboso circa le vendite successive, perché la *separatio* comprende necessariamente tutti i beni non ereditari, presenti e futuri ». Per quanto si sia visto che Gaio non aveva ragione di parlare di *separatio bonorum* a proposito del *beneficium* dell'*heres necessarius* (anche perché questo, forse, non era inquadrato dalla giurisprudenza classica nella teoria della *separatio*), rimane indiscutibile che il discorso contenuto nello squarcio *et quamvis — solent* è straordinariamente verboso, anzi piuttosto inutile. Sarebbe bastato, tutt'al piú, che Gaio avesse detto, a chiarimento della frase precedente, *et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient*; ma da *nisi si quid* alla fine siamo in presenza di una evidente glossa di carattere scolastico e redatta in uno stile latino molto discutibile. Io ammetto, in conclusione, il glossema di Gai 2.155, ma lo limito al brano *nisi si — solent. Nisi si*, locuzione che autorizza sempre al sospetto [21], è l'esordio, sintatticamente poco felice, di tutto un discorso sconclusionato e prolisso [22].

3. — Gai 2.155 non è il solo testo giuridico che rassicuri sulla classicità del *beneficium separationis* dell'*heres necessarius*. Altri ve ne

[21] Cfr. GUARNERI CITATI, *Indice*[2] sv. *nisi*.

[22] Lo stesso SOLAZZI (*o. c.* 257) riconosce che non può trarsi argomento a sostegno della tesi che il *beneficium separationis* fosse ignoto a Gaio da D. 29.2.57.2 (Gai. 23 *ad ed. prov.*): *Servis autem necessariis heredibus, sive puberes sive impuberes sint, hoc non permittitur*. Gaio aveva detto, nel *principium*, che ai *sui et necessarii heredes « abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit »* ed aggiungeva qui che il *ius abstinendi « non permittitur »* agli *heredes necessarii*, senza tutavia menzionare il *beneficium separationis*. Ora, secondo il Solazzi, come Ulpiano trattava del *beneficium separationis* a proposito della *separatio bonorum*, cosí Gaio può aver rimandato il cenno del *commodum* dell'*heres necessarius* al successivo libro 24 del suo commentario (relativo appunto alla *separatio*). Noi non siamo del parere che i giuristi classici facessero rientrare la trattazione del *commodum* dell'*heres necessarius* nella teoria della *separatio bonorum*, tuttavia riteniamo che il frammento di Gaio non possa esserci opposto per quest'altro motivo: che nessuno può escludere che il cenno sul cosí detto *beneficium separationis* (ammesso pure che Gaio l'abbia fatto a questo punto) sia stato tralasciato dai compilatori o da un amanuense postclassico. Che i giustinianei abbiano lasciato correre il ricordo del *beneficium separationis* in D. 4.4.7.5 (v. *infra* n. 4), non significa che in cima ai loro pensieri stesse il non ometterne mai la citazione.

sono, conservatici dalla compilazione giustinianea, i quali degnamente resistono ad ogni tentativo di eversione, sia in punto di esegesi che in punto di ragionamento logico [23].

Un testo che io considero fondamentale per la mia tesi è:

D. 2.14.7.18 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed si servus sit, qui paciscitur, priusquam, libertatem et hereditatem, apiscatur, [quia sub condicione heres scriptus fuerat,] non profuturum pactum Vindius scribit: Marcellus autem libro octavo decimo digestorum et suum heredem et servum necessarium pure scriptos, paciscentes priusquam se immisceant putat recte pacisci, quod verum est. [idem et in extraneo herede: qui si mandatu creditorum adierit, etiam mandati putat eum habere actionem. sed si quis, ut supra rettulimus, in servitute pactus est, negat Marcellus, quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem: quod in pacti exceptione admittendum est, sed an vel doli ei prosit exceptio, quaeritur. Marcellus in similibus speciebus licet antea dubitavit, tamen admisit: ut puta filius familias heres institutus pactus est cum creditoribus et emancipatus adiit hereditatem: et dicit doli eum posse uti exceptione. idem probat, et si filius vivo patre cum creditoribus paternis pactus sit: nam et hic doli exceptionem profuturam. immo et in servo doli exceptio non est respuenda.].*

Il frammento di Ulpiano, assicura il Solazzi [24], « anche se fosse genuino, sarebbe irrilevante », sicché, egli continua, « non è d'uopo insistere sulla circostanza che D. 2.14.7.18 è un frammento scosso dalla critica ». Poi che io mi riprometto di dimostrare la inconsistenza, nelle pagine seguenti, di ogni tentativo di sminuire il valore della testimonianza del fr. 7.18, ritengo tuttavia necessario (a scanso di ogni ulteriore aggressione della critica interpolazionistica a quel che ancor si ritiene perfettamente genuino nel brano ulpianeo) di sottoporre io stesso alla piú rigorosa esegesi il nostro frammento [25].

Altrove [26] ho sostenuto che tutto il discorso da *idem et in extraneo herede* alla fine non deve attribuirsi alla mano di Ulpiano, ma deve

[23] Prescindo anch'io, con il SOLAZZI, *cit.* 258 s., dall'esaminare D. 42.8.10.10, addotto da alcuni (FADDA, *Dir. ereditario* 2.359; PEROZZI, *Ist.*[2] 2.636 nt. 2) a sostegno della tesi che il *beneficium separationis* fosse già conosciuto da Labeone. Piú che convincente è l'esegesi del Solazzi, dalla quale risulta che detto frammento non parlava affatto del *beneficium separationis* (cfr. anche *La revoca* cit. 148 s.).

[24] *O. c.* 259.

[25] Cfr. *Index itp.* ahl.

[26] *Pactum quo minus solvatur* cit. n. 2 B.

invece ritenersi scaturito dalla penna di un lettore postclassico, afflitto da completomania, il quale « ha voluto integrare il succinto resoconto ulpianeo circa la decisione di Marcello con appunti tratti dagli stessi *digesta* di Marcello e riferenti, presumibilmente, tutti gli aspetti della *quaestio* teorica trattata a questo proposito (forse anche fuori del libro decimottavo dell'opera) da quel giureconsulto ». Ciò non significa che il contenuto del lungo glossema abbia carattere innovatore. Al contrario vi sono elementi per ritenere che il commentatore postclassico abbia, nel suo stile contorto, fedelmente ritratto — per pura ragione, ripeto, di completomania — principii del diritto classico romano.

Rileggiamo, infatti, il discorso sospetto.

La dichiarazione *idem in extraneo herede* deve essere espunta perché Ulpiano, sol pochi momenti prima, aveva già detto (D. 2.14.7.17) che, *si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus ut minus solvatur, pactum valiturum est*: strano sarebbe, dunque, che Ulpiano, anche se si fosse trovato (come è ben probabile) a leggere una dichiarazione consimile nel libro 18 dei *digesta* di Marcello, l'avesse riprodotta. *Idem — herede* è stato invece scritto dal tardo lettore di Ulpiano, nella sua smania di completare la citazione di Marcello; ed è, per conseguenza, allo stesso commentatore postclassico che dobbiamo attribuire la frase *qui si mandatu — actionem*, oscura di forma ma impeccabile nella sostanza, nonché in questo punto alquanto superflua, la quale si riferisce proprio ed unicamente all'*heres extraneus*.

Anche *sed si quis — libertatem* è una ripetizione, ed è una ripetizione della decisione di Vindio, riportata nelle prime righe del fr. 7.18. Non certo Ulpiano, ma il suo glossatore, si sarà dunque sforzato, con questo periodo, di schiarire la luce del sole.

Quanto a *quod in pacti exceptione* con quel che segue, sino alla fine, gli indizi formali della non genuinità di questo seguito di frasi sono molteplici, né li ripeterò [27]. In piú va fatta anche qui l'osservazione che tutta la nuova questione ivi discussa — se al *servus* ed al *filius familias*, che abbiano stipulato il *pactum quo minus solvatur* prima della morte del testatore, spetti per lo meno una *doli exceptio* — non ha nulla a che fare con l'argomento trattato da Ulpiano, specificamente ristretto alla materia *de pactis*, anzi al punto dei possibili soggetti del *pactum quo minus solvatur*. Ma che Marcello e la giurisprudenza classica fossero inclini a concedere l'*exceptio doli* nella ipotesi che

[27] Cfr. spec. nt. 15 dell'articolo cit. in nt. precedente.

il *pactum* fosse stato fatto « a babbo morto », è piú che probabile: improbabile è solo che ne abbia parlato a questo punto Ulpiano e per di piú, forse, che ne abbia discettato Marcello nella stessa *quaestio* trascritta nel libro 18 dei *digesta*, la quale fu da Ulpiano considerata e citata. Neanche stavolta il commentatore postclassico ha subdolamente introdotto elementi postclassici, con le sue glosse, nel discorso ulpianeo.

Il lettore di Ulpiano — ammesso che si tratti sempre della stessa persona — ha invece avuto cura di mettere in rilievo l'evoluzione verificatasi nel corso del diritto postclassico, e quindi il carattere di sostanziale novità rivestito dalle sue note, allorquando è passato subito dopo a dire (fr. 7.19) che *hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint* rell.[28].

Se ora passiamo a considerare la prima parte del fr. 7.18, vediamo che anche quivi un glossema esplicativo, sintomo di completomania scolastica, è stato inserito nel brano ulpianeo: *quia sub condicione heres scriptus fuerat*[29]. Ma tutto il resto è genuino, né vi è motivo a sospettarsi che non lo sia. In particolare, della possibilità che il *pactum ut minus solvatur* sia concluso anche da parte dell'*heres necessarius*, si parla da Ulpiano due volte: una prima volta implicitamente, in quanto si riporta il parere di Vindio che il patto non possa essere stipulato dal *servus, priusquam libertatem et hereditatem apiscatur*, una seconda volta esplicitamente, in quanto si cita il parere di Marcello, che tuttavia il patto possa essere concluso tanto dall'*heres suus* quanto dall'*heres necessarius, priusquam se immisceant*.

L'esegesi del fr. 7.18 porta dunque a concludere con ogni sicurezza che anche l'*heres necessarius* fosse abilitato alla conclusione del concordato preventivo coi creditori e che alla stipula di esso egli potesse procedere non prima della morte del testatore, ma non dopo l'aver effettuato il *miscere se bonis*.

Di fronte a questa conclusione, che valore ha ormai, dunque, l'affermazione del Solazzi, che « la *separatio* non è un presupposto necessario del *pactum ut minus solvatur* concluso dal servo erede »? Il linguaggio del testo ulpianeo suona invece inequivocabile: la *separatio* è un presupposto necessario, indispensabile del *pactum*, tanto è vero che il *pactum* deve essere concluso dal servo erede *priusquam se immisceat*.

[28] Cfr. il mio *Pactum* cit. n. 4.

[29] Cfr. LENEL, in *ZSS.* 39 (1918) 127; KRÜGER, *Suppl.*

Se il *servus* non avesse avuto, in diritto romano classico, la possibilità di attuare la *separatio* dei suoi *bona* da quelli dell'eredità, Ulpiano non avrebbe evidentemente fatto emergere la necessità che il concordato fosse stipulato prima dell'*immixtio*: se si parla di *immixtio* tanto a proposito dell'*heres suus* quanto a proposito dell'*heres necessarius*, gli è perché anche l'*heres necessarius* aveva un *commodum* analogo (nei limiti del possibile) alla *potestas abstinendi* del *suus*, gli è perché l'*heres necessarius* aveva il *beneficium separationis*.

E non solo i testi, ma anche la logica del sistema ripugna all'affermazione del Solazzi, che « il concordato e la separazione non sono due fenomeni irremissibilmente congiunti ». L'*heres necessarius* — secondo il Solazzi — « ha interesse al patto, perché la riduzione dei debiti lo mette in grado di pagarli evitando la *bonorum venditio* e l'infamia; i creditori alla loro volta possono avere interesse a mostrarsi remissivi, preferendo assicurarsi una data percentuale anziché correre l'alea della vendita al *bonorum emptor* ».

Ora questo modo di ragionare non è certo tale, a mio modestissimo parere, da dar sostegno alla affermazione che la *separatio* non è un presupposto del *pactum quo minus solvatur*.

Io preferisco, dal mio canto, fare quest'altre considerazioni.

Mettiamo, solo per un momento, che nessun testo ci dicesse doversi il *pactum* concludere dall'*heres necessarius, priusquam se immisceat*. Rimarrebbe, comunque, che il concordato doveva essere concluso dall'*heres extraneus ante aditam hereditatem* e dall'*heres suus et necessarius* prima della *immixtio* nei *bona hereditaria*. Perché la giurisprudenza romana avrebbe posto queste limitazioni? Non poteva forse l'*heres* (*extraneus* o *necessarius*), che incautamente avesse permesso (effettuando l'*aditio* o rispettivamente l'*immixtio*) il verificarsi della confusione ereditaria, proporre il *pactum* ai creditori ereditari? E non potevano questi trovare eventualmente interesse ad aderire, anche a confusione ereditaria avvenuta, alla proposta di concordato?

Il linguaggio unanime dei testi — che ammettono pacificamente la possibilità del *pactum ut minus solvatur* sol prima che i beni ereditari si siano confusi con quelli dell'erede — è segno inequivocabile del fatto che un forte motivo di carattere giuridico si opponeva a che il *pactum ut minus solvatur* (in quanto tale, e non in quanto ordinario *pactum de non petendo*) potesse essere stipulato in epoca successiva all'*aditio* o pure all'*immixtio*. Se a questo rilievo aggiungiamo che i testi classici implicano, senza possibilità di equivoci, la necessità di un *decretum praetoris*, il quale sancisse la conclusione del *pactum*, e che la

connessione di questo *decretum praetoris* con il principio che la volontà della maggioranza si impone su quella della minoranza dei creditori ereditari appare soltanto in un testo palesemente alterato (D. 2.14.7.-9), ne dobbiamo dedurre che tra la necessità di concludere il *pactum* prima della adizione o dell'*immixtio* e la necessità del *decretum praetoris* vi era, vi doveva essere, in diritto classico, un nesso. Ed allora, a chi ricordi che tanto per l'erede volontario quanto per l'*heres suus* il pretore, temendo che essi ritardassero indefinitamente l'*aditio* o rispettivamente l'*immixtio*, dispose che i creditori ereditari potessero chiamarli *in ius* e quivi effettuare una *interrogatio « an heres sit »*[30], per chi ricordi altresí che il meccanismo del *tempus ad deliberandum* (eventualmente concedibile a favore dell'erede interrogato dal magistrato) veniva a rendere assolutamente sicuro che, entro un termine massimo, l'eredità si sarebbe dovuta considerare adita o rinunciata dall'*heres extraneus* o pure che, entro un analogo termine, il *ius abstinendi* si sarebbe dovuto considerare inattuato od attuato dall'*heres suus*, scaturisce cristallina la conclusione che il *pactum ut minus solvatur* non era un ordinario patto *de non petendo*, ma era uno speciale *pactum* intimamente legato con la procedura della *interrogatio in iure « an heres sit »* e che esso rappresentava una ulteriore eventualità di esito di quella procedura, la eventualità che l'eredità fosse bensí confusa con il patrimonio dell'erede, ma a condizione che i creditori ereditari riducessero proporzionalmente le loro pretese.

Il nesso fra la *separatio* ed il *pactum ut minus solvatur*, che il Solazzi non vede, si chiarisce alla luce del nostro ragionamento. La *separatio* non è un presupposto diretto del *pactum*, ma ne è un presupposto mediato: tramite fra i due istituti è la procedura della *interrogatio in iure*. Se l'*heres necessarius* non avesse avuto, in diritto classico, il *commodum separationis*, non vi sarebbe stata ragione, da parte della giurisprudenza, di estendere anche nei suoi confronti la *interrogatio « an heres sit »*: sarebbe infatti stato piú che certo che egli era tenuto a rispondere *ultra vires hereditarias*. Se i creditori ereditari non avessero avuto il diritto di procedere alla *interrogatio* dell'*heres necessarius*, questo non avrebbe potuto rispondere proponendo ed ottenendo il *pactum ut minus solvatur*: avrebbe potuto sempre ed in ogni momento invi-

[30] Piú esattamente dovrei dire, con riguardo agli eredi necessari, la cui qualità di erede non può essere dubbia, *interrogatio « an se immiscere velit »*. Ma uso qui, come in seguito, l'altra espressione per breviloquenza.

tarli, anche singolarmente, alla stipula di un *pactum de non petendo* parziale, ma non avrebbe potuto concludere con essi, qualora li avesse trovati unanimi nella remissione, quel particolare patto, caratterizzato dalla interposizione di un *decretum praetoris*, che era il *pactum quo minus solvatur*.

Orbene la semplice testimonianza che il *pactum quo minus solvatur* potesse concludersi anche dall'*heres necessarius* (anche se disgiunta dall'ulteriore e decisiva testimonianza che esso doveva aver luogo *priusquam heres se immisceat*) è tale da implicare che i creditori ereditari potessero interrogare *in iure*, « *an heres sit* », anche il *servus cum libertate institutus*. Ma se i creditori potevano effettuare l'*interrogatio* anche dell'*heres necessarius*, è segno che questo — esattamente come l'*heres extraneus* e l'*heres suus et necessarius* — aveva, in diritto classico, a sua disposizione un qualche mezzo per evitare la confusione fra i beni ereditari ed i beni da lui stesso acquistati dopo la morte del padrone: è segno, cioè, che il *commodum separationis* era un istituto conosciuto dal diritto classico.

4. — Un altro frammento che giova riportare e discutere a sostegno della mia tesi è:

D. 4.4.7.5 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Sed et si hereditatem minor adiit minus lucrosam, succurritur ei ut se possit abstinere: nam et hic captus est. idem et in bonorum possessione vel alia successione. non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati, sed et si aliquis sit ex necessariis minor annis, simili modo restitutionem impetrabit, veluti si servus sit cum libertate institutus: dicendum enim erit, si se miscuit, posse ei subveniri aetatis beneficio, ut habeat bonorum suorum separationem. plane qui post aditam hereditatem restituitur, debet praestare, si quid ex hereditate in rem eius pervenit nec periit per aetatis imbecillitatem.*

Un'ampia letteratura critica è fiorita su questo testo, che presenta in effetto indizi notevoli di alterazioni postclassiche [31]. A me basterà tuttavia di porre in rilievo come questi indizi non siano sufficienti a far scomparire dal brano ulpianeo le tracce della menzione del *beneficium* dell'*heres necessarius*.

Il frammento ulpianeo è indubbiamente rimaneggiato. Lo dimostra, tanto per cominciare, il dettato del primo periodo (*sed et — captus est*),

[31] Cfr. *Index itp.* ahl.

che è stranamente contraddittorio. Se il *minor adiit* l'eredità, vuol dire che si trattava di un *heres extraneus*; quindi l'affermazione *succurritur ei ut se possit abstinere* è sorprendente, perché fa invece capire che la *restitutio* avviene a favore di un *heres suus et necessarius* (reintegrato nel suo *ius abstinendi*). D'altra parte, il terzo periodo, dicendo *non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati, sed et si aliquis rell.*, induce ad ammettere che esso sia stato veramente preceduto da un discorso relativo alla *restitutio in integrum* del *suus heres*, anzi che (od oltre che) dell'*heres extraneus*. Tuttavia la frase finale (*plane qui post aditam hereditatem restituitur rell.*) riprende a parlare di *aditio* ed accresce a dismisura l'imbarazzo del lettore moderno. Né può ammettersi, a prescindere da tutto ciò, la genuinità del secondo periodo (*idem et in bonorum possessione vel alia successione*), già da tempo appuntato dalla critica.

Sulla base di questi elementi, il Solazzi [32] ha creduto opportuno di sospettare genericamente la genuinità del periodo *veluti si servus — separationem*, ma egli stesso si è sentito in dovere di soggiungere subito che non è sicuro che esso sia veramente insiticio. L'ammissione è importante, specie dopo quanto si è detto, nelle pagine precedenti, a difesa della classicità di Gai 2.155 e di D. 2.14.7.18.

Tuttavia vi è stato chi, muovendo nella sua esegesi da altri punti di vista, è andato ancora piú in là ed ha recisamente parlato di un « emblema », i cui limiti andrebbero per lo meno portati da *veluti* a *separationem*. Tanto ha sostenuto il Carrelli nel suo noto articolo volto alla condanna del termine *beneficium separationis* e di ogni termine similare (come, nella specie, *beneficium aetatis*) adoperato in tema di *restitutio in integrum* [33].

Come già altrove ho avuto a rilevare [34], io credo di dover nettamente dissentire dal punto di partenza preso di mira dal Carrelli nella sua ricerca. Premesso, molto giustamente, che la *in integrum restitutio* non costituiva, in epoca classica, un diritto per chicchessia, ma che la configurazione di questo istituto come diritto promanante dall'Editto codificato fu il frutto della evoluzione giurisprudenziale postclassica, il Carrelli [35] continua affermando che, per conseguenza, è impossibile che

[32] *O. c.* 263 nt. 1.
[33] *SDHI.* 4 (1938) 22 s.
[34] *RISG.* n.s. 14 (1939) 159 nt. 17.
[35] *L. c.* 5 s.

i giuristi e gli imperatori classici abbiano potuto parlare di un *beneficium restitutionis*, perché nel diritto romano il concetto di *beneficium* si riallaccia a quello di *ius singulare*, cioè di una norma (sia pur particolare, e non generale) dalla quale scaturisce un diritto: « nel momento in cui si è incominciata a qualificare la *r. i. i.* come un *beneficium*, si è giunti conseguentemente ad affermare che l'interesse, del quale si chiedeva protezione, aveva cessato di essere un mero interesse, al quale il Pretore però riteneva fosse il caso di concedere il suo *auxilium*, per diventare invece un diritto ». La pecca di questo ragionamento sta, a mio credere, nel fatto di implicare che, poiché il termine *beneficium* si riallaccia al concetto di *ius singulare*, tutte le volte che i testi discorrono di *beneficium* essi intendano alludere ad una norma o ad un complesso di norme nel diritto singolare. *Beneficium* non significa sempre *ius singulare*, ma il piú delle volte semplicemente « vantaggio », *commodum* [36]: sicché non vi è nulla di male se i giuristi e le cancellerie imperiali hanno parlato, in periodo classico, di un *beneficium restitutionis*, oltre che di un *auxilium restitutionis*.

Cade pertanto, in forza di queste mie osservazioni, il piú formidabile motivo di sospetto circa la genuinità del periodo *dicendum — separationem*, ove leggiamo che al minore si può venire in aiuto *aetatis beneficio*. Ciò non toglie che, per ben altri motivi, il periodo si abbia a ritenere insiticio. Uno sguardo a tutto il contesto di Ulpiano in materia di *in integrum restitutio* ci accerta che questi, volendo alludere alla concessione dell'*auxilium* pretorio a questo od a quel soggetto, usa sempre le forme *succurritur* e *subvenitur* assolutamente [37]: dato che l'oggetto di tutta la trattazione del libro 11 *ad edictum* è appunto la *restitutio in integrum*, Ulpiano, quando si trova a dover mettere in rilievo non la causa, bensí unicamente i destinatari dell'*auxilium*, si limita ad usare puramente e semplicemente una delle due forme im-

[36] Cfr. VIR. sv. *beneficium* e ORESTANO, in *AUMA*. 11 (1938) estr. 112 nt. 4.

[37] Si noti quanto segue. D. 4.4.7.1: *ei succurretur*; 2: *dicendum est ei subveniri*; 3: *ei succurritur... succurrendum videtur*; 4: *subvenitur*; 7: *debere subveniri... subveniendum est*; 8: *minoribus subveniendum dicitur... non esse minori adversus emptorem succurrendum*; 11: *ei subvenitur*. Analoghe rilevazioni possono farsi nei brani genuini degli altri frammenti ulpianei di questo titolo dei Digesti. L'uso di *succurri* e di *subveniri* in senso assoluto non è, naturalmente, esclusivo del giurista classico: nel fr. 7.6 (probabilmente interpolato: v. *Index itp.* ahl.) si legge, ad esempio, che *hodie certo iure utimur, ut et in lucro minoribus succurratur*.

personali sopra citate. Stupisce pertanto, nel periodo *dicendum — separationem*, la dizione *posse ei subveniri aetatis beneficio*, e stupisce proprio perché negli altri frammenti relativi ai soggetti della reintegrazione pretoria mai un complemento di mezzo viene ad accompagnare il *succurritur* od il *subvenitur*. E tanto piú il periodo non può apparire classico, in quanto che il *posse subveniri* viene ad essere specificato anche dalla proposizione *ut habeat bonorum suorum separationem*, mentre — ripeto — l'uso non assoluto di *succurritur* e di *subvenitur* dovrebbe, in materia, essere del tutto escluso. Io ritengo, perciò, che elementi di sospetto vi siano a carico del periodo *dicendum — separationem*, il quale deve essere stato frutto di una glossa giurisprudenziale postclassica (« *dicendum erit* »).

Ma la critica non può estendersi anche a *veluti si servus sit cum libertate institutus*. Il Lenel [38] lo ha tuttavia sostenuto e, pur non osteggiando la classicità della testimonianza del fr. 7.5, ne ha criticato la forma: « die Stelle, wie sie hier lautet, zwingt zu der Annahme, daß auch der *servus cum libertate institutus* das *beneficium abstinendi* besessen habe ». Per conseguenza, egli ha proposto la seguente ricostruzione:

— *non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati,* [—] *sed et ea persona, quae in manu mancipiove est, simili modo restitutionem impetrabit, ut habeat bonorum suorum separationem.*

Questa ricostruzione non intacca per nulla la teoria della classicità del *beneficium separationis* dell'*heres necessarius*, ma non può essere accettata perché essa fonda eccessivamente sulla certezza della genuinità del primo periodo del fr. 7.5, mentre proprio quello si ha da saggiare, onde vedere se e quanto esso sia stato alterato dai postclassici.

Il rimaneggiamento del primo periodo — rimaneggiamento della cui esistenza ci fa certi il dettato contraddittorio di esso — può essere localizzato in base a considerazioni analoghe a quelle da noi fatte nella critica di *dicendum — separationem*. Anche qui *succurritur* non è usato, come potremmo aspettarci, assolutamente, ma è specificato, in modo affatto insolito, dalla proposizione *ut se possit abstinere*. Questa proposizione non può essere stata scritta da Ulpiano, cui interessava, in questo punto, di mettere in rilievo i soggetti ai quali si concedeva l'*auxilium restitutionis*.

Ne consegue, sempre che le nostre deduzioni siano esatte, che

[38] Cfr. *ZSS.* 39 (1918) 137.

Ulpiano ha veramente incominciato il suo dire, nel frammento in esame, parlando della concessione della *in integrum restitutio* all'*heres extraneus*. Poi egli è passato a parlare della analoga concessione a favore dell'*heres suus et necessarius*. Senonché, dato che il periodo *non solum autem filius rell.* fa chiaramente capire, come abbiamo notato, di essere già stato preceduto da un cenno della *restitutio* toccante all'*heres suus*, dobbiamo supporre che Ulpiano, dopo aver detto, nel testo genuino, *sed et si hereditatem minor adiit minus lucrosam, succurritur ei*, abbia soggiunto una frase di questo genere: *idem et in filio qui se paternae hereditati miscuit.*

Messo in chiaro che il giurista classico ha effettivamente parlato, nel libro 11 *ad edictum*, della *restitutio* dell'*heres extraneus*, oltre che di quella del *suus heres*, ne risulta che l'assunto del Carrelli [39] — essere *veluti — separationem* insiticio perché il testo si riferiva unicamente alla reintegrazione dell'*heres suus* nel *beneficium abstinendi* — cade. Al contrario, dato che è probabilissimo che Ulpiano abbia parlato sia della *restitutio* a favore dell'erede estraneo, che di quella a favore dell'*heres suus*, è piú che verosimile che egli abbia continuato il discorso, parlando della *restitutio* a favore della terza specie di erede testamentario, e cioè della *restitutio* a favore dell'*heres necessarius*. L'eliminazione di *ut se possit abstinere* nel primo periodo non costringe piú a credere, come sostiene il Lenel, che al *necessarius* fosse concesso il *beneficium abstinendi* e *veluti si servus sit cum libertate institutus* diventa del tutto inattaccabile.

Io suppongo, per concludere, la seguente ricostruzione del fr. 7.5:

*Sed et si hereditatem minor adiit minus lucrosam, succurritur ei* [*ut se possit abstinere: nam et hic captus est*]. *idem et in* [*bonorum possessione vel alia successione*] ⟨*filio, qui se paternae hereditati miscuit*⟩. *non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati, sed et si aliquis sit ex necessariis minor annis, simili modo restitutionem impetrabit, veluti si servus sit cum libertate institutus* [*: dicendum enim erit, si se miscuit, posse ei subveniri aetatis beneficio, ut habeat bonorum suorum separationem*]. [*plane qui post aditam hereditatem restituitur, debet praestare, si quid ex hereditate in rem eius pervenit nec periit per aetatis imbecillitatem*].

Giusta è la tesi del Carrelli, che una glossa postclassica sia stata trasfusa dai compilatori nel testo genuino di Ulpiano, ma è inesatto

[39] *L. c.*

che questi abbia parlato solo ed unicamente della *restitutio* dell'*heres suus et necessarius*. Probabilmente un lettore postclassico non ha avvertito la sfumatura diversa di significato fra la prima frase (ove si dice che *minor adiit hereditatem*) e la seconda (ove si dice, secondo la nostra ricostruzione, *idem et in filio, qui se paternae hereditati miscuit*): per breviloquenza egli ha unificato le due frasi, aggiungendo al primo periodo la proposizione *ut se possit abstinere* e chiosando il tutto con le parole *nam et hic captus est*. A lui stava a cuore la generalizzazione e la specificazione del testo: e ciò spiega la frase *idem et in bonorum possessione rell.*, nonché la chiusa *dicendum — separationem*, ove si spiega quale sia poi il *beneficium* in cui l'*heres necessarius* viene restituito. L'ultimo periodo, certamente insiticio, conferma le nostre deduzoni, in quanto che in esso troviamo usato il verbo *adire* con riferimento generico a tutte le categorie degli eredi testamentari.

Ancora una volta il *commodum* dell'*heres necessarius* esce salvo dalla esegesi testuale. Malconcia è invece, dopo la esegesi del fr. 7.5, la terminologia « *beneficium separationis* »: del che trarremo piú in là le conseguenze.

5. — Gli argomenti esegetici della dottrina eversiva, come si vede, non reggono. Le testimonianze circa la esistenza, in diritto classico, di un *commodum* dell'*heres necessarius* analogo al *ius abstinendi* dell'*heres suus et necessarius* sono poche, ma incrollabili.

Senonché io prevedo che i negatori della classicità del cosí detto *beneficium separationis* non ometteranno di spezzare un'ultima lancia a favore della loro tesi disperata, trasportando la questione sul terreno della dogmatica.

Se si ammette la classicità del *beneficium separationis* dell'*heres necessarius*, si ammette anche, per conseguenza, che in diritto classico, procedendosi alla *venditio* dei *bona* del morto nel nome dell'erede, potesse la procedura concorsuale abbracciare solo una parte del patrimonio del soggetto passivo, rimanendone cioè esclusi i beni che l'erede avesse per avventura acquistati dopo la morte del testatore. Invece la *bonorum venditio* era, sempre in diritto classico, concettualmente costruita in modo da dover abbracciare l'intero patrimonio attuale del debitore.

Indubbiamente questa circostanza costituisce una notevole anomalia rispetto al sistema della *bonorum venditio*. Del patrimonio dell'*heres necessarius*, una parte (i *bona* del *de cuius*) veniva ad ottenere un nuovo titolare (e cioè il *bonorum emptor*), mentre l'altra parte ri-

maneva al suo vecchio titolare, l'erede. Ma tutto ciò non può bastare a scalzare la nostra fede nella classicità del *beneficium separationis*. L'argomento sarebbe grave, se non parlasse contro di esso, chiaro e risoluto, il linguaggio dei testi.

L'eccezione conferma la regola. Quando per lo meno tre testi, della compilazione e fuori, resistono impavidi ad ogni tentativo di critica, dobbiamo pur concludere — se non vogliamo levare a regola di diritto romano le esigenze piú o meno logiche del nostro pensiero — che evidentemente la facoltà data dalla giurisprudenza all'*heres necessarius*, di sottrarre alla esecuzione patrimoniale ciò che abbia acquistato dopo la morte del padre, rappresenta una eccezione alla regola della universalità della *bonorum venditio*.

Invocare il concetto della universalità della *venditio bonorum*, desumibile dai testi in materia, per condannare il *commodum* dell'*heres necessarius*, significa involgere una petizione di principio. Del resto, va ricordato ancora una volta che l'istituto dell'*heres necessarius* è, nel suo complesso, tutto informato ad un carattere di eccezionalità. Esso costituiva anzitutto una notevole deroga alle disposizioni della *lex Aelia Sentia*, la quale portava il divieto delle manumissioni fraudolente [40]. Non può sorprendere, dato ciò, che l'istituto potesse anche apportare uno strappo, già nelle costruzioni giuridiche classiche, a quello che si assume generalmente essere stato il concetto tipicamente romano della *bonorum venditio*.

Né può fare a meno di osservarsi, in fine, che è per lo meno molto dubbia la tesi di chi sostiene, al giorno d'oggi, la non genuinità di quell'altra eccezione al principio della universalità della *bonorum venditio*, che è rappresentata dalla *missio in bona* del *suspectus heres* il quale non abbia prestato la *satisdatio*. È noto che D. 42.5.31.3 (Ulp. 2 *de omn. tribunal.*) asserisce che i creditori erano immessi, in tal caso, *in bona hereditatis*; ma né il Ferrini [41], né il Fadda [42], né il Solazzi [43] han potuto addurre argomenti di una certa forza a sostegno del sospetto che *hereditatis* sia il frutto di un'alterazione giustinianea. Se vi ha, quindi, qualche possibilità che questa eccezione fosse veramente classica, a maggior ragione può essere difesa, anche sul terreno dogmatico,

[40] Cfr. *retro* nt. 9.
[41] *BIDR.* 13 (1900) 34 nt. 2 (= *Opere* 4.185 nt. 3).
[42] *Dir. ereditario* 2.350 nt. 1.
[43] *Concorso dei creditori* 1 (1937) 102 s.

l'altra eccezione, testualmente tanto piú sicura e sostanzialmente tanto meno sorprendente, rappresentata dal *commodum* dell'*heres necessarius* di sottrarre alla *venditio* i *bona, quae post mortem patroni adquisierit* [44].

6. — B) Il *commodum* dell'*heres necessarius* fu sviluppato dalla giurisprudenza classica in analogia con il *ius abstinendi* dell'*heres suus et necessarius*.

Non occorrerà spendere molte parole a sostegno di questa affermazione, che è in fondo universalmente pacifica.

Mi piace, per altro, di mettere in rilievo alcuni fra i piú significativi punti di contatto fra i due istituti.

a) Un primo punto di contatto è dato dalla genesi dei due istituti. L'uno è sorto per ovviare alla iniquità creata dal *ius civile* nel rendere senz'altro responsabile *ultra vires hereditarias* l'*heres suus et necessarius*; l'altro è sorto per ovviare alla iniquità scaturente dalla stessa prassi giurisprudenziale, che rese senz'altro responsabile *ultra vires hereditarias*, oltre che infame, l'*heres necessarius*.

b) Un secondo punto di contatto è dato dal fine per cui i due istituti furono creati. Tanto l'uno quanto l'altro sono sorti come rimedi in pro degli eredi necessari contro gli effetti della successione. Nessun riguardo ai creditori ereditari (per i quali e solo per i quali fu istituito, come vedremo, l'istituto della *separatio bonorum*), ma solo ed unicamente agli eredi, anzi agli eredi necessari.

c) Un terzo punto di contatto è dato dalla procedura in cui i due

[44] Un'ultima critica del Solazzi all'istituto del *beneficium separationis* va a questo punto combattuta. « Se pensiamo — egli dice (*Dir. ereditario* cit. 255) — che il vantaggio economico si perdeva facilmente col minimo atto di gestione il quale costituisse un *se miscere* all'eredità e che per il liberto nullatenente quel vantaggio è una lustra, mentre l'infamia della *bonorum venditio* colpisce inesorabilmente ogni erede che non paghi i debiti, l'asserzione che '*pro hoc incommodo illud ei commodum praestatur*' rischia di sembrare un'ironia ». Senonché il S. omette, a mio avviso, di considerare in tutto il suo complesso il sistema dei mezzi a disposizione dell'*heres necessarius*. L'*infamia* della *bonorum venditio* non colpiva « inesorabilmente » l'*heres*, perché questi poteva evitarsela stipulando un concordato (*pactum quo minus solvatur*) con i creditori ereditari: cfr. D. 2.14.7.18, esaminato *retro* n. 3. Come è eventuale il *commodum*, cosí non è punto inesorabile l'*incommodum*, sí che l'affermazione di Gai 2.155 non deve sembrare un'ironia. Né val dire che per il liberto nullatenente il *commodum* di Gai 2.155 si riduce a una lustra. Non è ammissibile che in tutta la sua vita egli non possa riuscire a guadagnare qualcosa: in tal caso i creditori ereditari non soddisfatti dalla prima *bonorum venditio* non potranno ottenere la *misso in bona*.

istituti si inseriscono. Tanto l'uno quanto l'altro sono intimamente collegati con la procedura della *interrogatio « an heres sit »*, mentre nulla ha da fare con questa procedura l'istituto della *separatio bonorum* dei creditori ereditari.

d) Un quarto punto di contatto è dato dalla circostanza che le testimonianze testuali classiche sin qui esaminate non parlano affatto di « *beneficium separationis* », che è locuzione postclassica, cui molto si è affezionata poi (per un fenomeno quanto mai frequente nel nostro campo di studi) la dottrina romanistica. Gai 2.155 usa il termine « *reservare* », che tanto sdegno ha sollevato in qualche esegeta. D. 4.4.7.5 dice che tanto l'*heres suus et necessarius* quanto l'*heres necessarius « succurruntur »*, ma è indubitabile che, nella sua veste classica, esso non abbia punto specificato che l'*heres necessarius* era soccorso, *ut habeat bonorum suorum separationem*. Solo D. 42.6.1.18 dice, con tutta esplicitezza, che il *servus cum libertate institutus* può impetrare dal pretore la *separatio*, ma il seguito del nostro discorso ci porterà appunto a concludere, come già fu avvisato, che la redazione e la apposizione di esso a tutto il discorso di Ulpiano relativo alla *separatio bonorum* non è stata opera del giurista classico, ma dei commentatori postclassici o dei compilatori giustinianei.

e) Un ultimo e fondamentale punto di contatto è dato dal meccanismo dei due istituti: condizione essenziale per l'esplicazione dell'uno e dell'altro è che l'erede non attui l'*immiscere se bonis*, mentre da una siffatta condizione prescinde del tutto la *separatio bonorum* concessa ai creditori del defunto.

Questa succinta elencazione ha valso, a mio avviso, non soltanto a mettere in evidenza l'intima connessione fra la *facultas abstinendi* ed il *commodum* dell'*heres necessarius*, ma anche a chiarire quale profonda diversità intercorra fra il cosí detto *beneficium separationis* e la vera *separatio bonorum*, almeno nel diritto classico romano. Un ulteriore passo si rende necessario, al fine di esaminare se il *commodum* del *servus cum libertate institutus* sia stato esplicitamente concesso o abbia potuto essere implicitamente considerato dal pretore nell'editto sulla *separatio bonorum*.

7. — C) Il *commodum* dell'*heres necessarius* non fu menomamente considerato dal pretore nell'editto sulla *separatio bonorum*.

La dimostrazione di questo assunto può risultare, a mio parere, dalla messa in evidenza di due circostanze relative alla *separatio bonorum* del diritto classico, che non sono state, forse, fin oggi abbastanza

esattamente considerate. Una prima circostanza è che l'istituto della *separatio bonorum* si restringe concettualmente, nel diritto classico, alla tutela degli interessi dei soli creditori ereditari, sí che è a priori inammissibile il far rientrare in esso ipotesi in cui sia invece previsto e tutelato il *commodum* dell'erede, come è del nostro caso. Una seconda circostanza è che l'editto *de separatione* fu, in diritto classico, fuor d'ogni dubbio, unico, ma non fu punto generico, come la prevalente dottrina sostiene: vi sono indizi notevoli per ritenere che l'editto sulla *separatio* ebbe, al contrario, un carattere specifico, nel senso che concesse il beneficio della separazione dei patrimoni soltanto ai creditori ereditari. Fu solo il diritto postclassico a deformare il concetto originario della *separatio*, estendendone l'applicazione fuori del ristretto campo della formula edittale, ed ammettendo perciò la classificazione come *separatio* di qualche concessione, sia pur vagamente ad essa simile negli effetti, fatta agli eredi.

a) L'attestazione unanime delle fonti classiche è nel senso che la *separatio bonorum* era concessa soltanto a favore dei creditori ereditari: il che risulta, in linea generale, da D. 42.6.1.1 ed è confermato implicitamente dalla maggior parte dei testi della compilazione.

Tutte le estensioni della *separatio* a persone diverse dai creditori ereditari sono state già da tempo (fatta esclusione per il *beneficium separationis* dell'*heres necessarius*) additate dalla critica come non genuine [45]. Frutto di alterazioni testuali o di emblemi hanno da ritenersi pertanto i casi di *separatio bonorum* spettante ai creditori condizionali [46], ai legatari [47], ai creditori dell'erede [48].

Questi risutati della critica interpolazionistica paiono ormai incrollabili, ma, al lume di essi, ancor piú deve sorprenderci che siano indicati dalle fonti come casi di *separatio bonorum* alcune ipotesi di concessione di una « separazione » del patrimonio del defunto da quello dell'erede (per usare questa locuzione in senso assolutamente atecnico), le quali risultano fatte nell'interesse dell'erede.

Detti casi meritano un discorso piú lungo.

1) Una prima ipotesi che risulta dalle fonti è la seguente. Il pretore ha costretto l'erede estraneo ad adire una eredità fedecommissaria

[45] V. per tutti BONFANTE, *Corso* 6.355 s.
[46] D. 42.6.4 itp. (cfr. *Index itp.* ahl.).
[47] D. 42.6.4.1; 6, su cui *Index itp.* e, da ultimo, BONFANTE, *cit.* 357 s.
[48] Cfr. ampiamente BONFANTE, *cit.* 358 s.

passiva; dopo l'adizione da parte dell'erede fiduciario, il fedecommissario si rifiuta di accettare la restituzione; per tale eventualità il divo Pio rescrisse *ut perinde testatoris bona venirent, atque si adita hereditas non fuisset* (D. 42.6.1.6). Già da tempo si è esattamente scorto, in questa ipotesi, un caso di *restitutio in integrum*, giustamente concessa dall'imperatore ad un erede che avrebbe potuto non adire e che aveva adito unicamente per obbedire all'imperativo del magistrato [49]. Ma i postclassici sforzarono l'interpretazione del testo ulpianeo, estendendo la concessione del divo Pio anche ai creditori dell'erede e dichiarando che veniva in essere perciò una *quasi separatio*.

D. 42.6.1.6 (Ulp. 64 *ad ed.*): ... [*creditoribus quoque huiusmodi heredis desiderantibus hoc idem praestandum puto, licet ipse non desideravit, ut quasi separatio quaedam praestetur*].

Non giova insistere nella dimostrazione che questo brano è del tutto insiticio [50]. Giova invece notare come un caso discusso dal giurista classico, che si presenta a prima vista come una applicazione dell'istituto della *in integrum restitutio*, sia stato malamente interpretato ed esteso dai lettori postclassici e dai commissari giustinianei, cui piú non appare evidente la stretta limitazione classica della *separatio* in favore dei creditori ereditari, attestata da D. 42.6.1.2 e 5.

2) Una seconda ipotesi, che al Bonfante pare di vera separazione, è riferita da:

D. 42.6.6.1 (Iul. 4[6]⟨7⟩ *dig.*) [51]: *Si liberta heres instituta bonorum possessionem secundum tabulas petisset eius, qui solvendo non erat, quaesitum est, an bona eius separari ab hereditariis debent. respondit: non est iniquum succurri patrono, ne oneraretur aere alieno, quod liberta petendo bonorum possessionem secundum tabulas contraxerit.*

Una liberta ottiene la *bonorum possessio* di un insolvente; le succede il patrono, il quale, per evitare di dover rispondere *ultra vires hereditarias*, chiede ed ottiene la separazione del patrimonio del primo dante causa dal suo proprio patrimonio.

Ma anche in questo caso è da dubitarsi forte che si tratti di vera e propria *separatio bonorum*, ai sensi dell'editto pretorio. Il testo originario di Giuliano è stato indubbiamente parafrasato in epoca postclassica [52] e ciò serve a spiegare come, con tutta probabilità, il suo vero

[49] BONFANTE, *cit.* 361.
[50] V. gli autori citati dall'*Index itp.* ahl.
[51] LENEL, *Pal.* 1.443 nt. 7.
[52] Cosí RECHNITZ, *Studien zu Salv. Iulian.* 92.

significato genuino possa essersi alterato. Fra le ipotesi avanzate per la sua spiegazione, giudico ancora migliore quella del Solazzi [53], che la liberta di cui nel passo giulianeo fosse minore di età, sicché il rimedio impetrato ed ottenuto dal patrono è null'altro che una *restitutio in integrum* contro l'adizione [54].

Escluso, pertanto, che il concetto tecnico della *separatio bonorum* del diritto classico possa valere a ricoprire ogni caso di separazione, per dir cosí, del patrimonio del defunto da quello dell'erede, ed escluso in particolare che la *separatio* potesse avvenire ad istanza e nell'interesse dell'erede (volontario) o dei suoi creditori, rimane da vedere se, da un punto di vista concettuale, il caso dell'*heres necessarius* non si presenti con qualche caratteristica diversa, la quale riesca a giustificare la sua equiparazione ai creditori ereditari.

Il Bonfante [55] lo tiene per fermo. Secondo lui, addirittura, ai Romani non sarebbe stato estraneo il pensiero di una legittimazione attiva alla *separatio bonorum* degli *heredes* in generale: « Noi vedremo che allo schiavo erede necessario si è provveduto precisamente accordando la separazione, e la stessa *facultas abstinendi* concessa al *filiusfamilias* è in ultima analisi una separazione ». Senonché l'argomentazione bonfantiana pecca, a mio avviso, di una certa evanescenza. Tutto è *separatio*, se vogliamo limitarci a considerare l'elemento puramente materiale ed esteriore della separazione di due patrimoni; ma la logica del giurista si rifiuta di classificare allo stesso modo e la *separatio* concessa ai creditori ereditari e il *beneficium abstinendi* o il cosí detto *beneficium separationis* concesso agli eredi necessari. Le caratteristiche differenziali intrinseche fra l'una e gli altri sono troppe e troppo profonde perché il pretore abbia potuto pensare di concedere *separatio* dei creditori e *beneficium separationis* dell'erede in un unico editto: egli sarebbe stato sopra tutto impacciato nel dover ad un tempo non richiedere, per la prima, e richiedere, per il secondo, il requisito della non avvenuta *immixtio* da parte dell'erede necessario. D'altra parte, vi è questo argomento, che ci aiuta a credere come la disciplina del *beneficium separationis* non sia stata accomunata dal pretore e dalla giurisprudenza classica con quella della *separatio bonorum*: per il *beneficium abstinendi*, che il Bonfante ritiene « in ultima analisi una separazione » e che in-

[53] *BIDR.* 13 cit. 8.
[54] Ma v. *contra* BONFANTE, *cit.* 362.
[55] *O. c.* 360.

dubbiamente è intimamente connesso al *beneficium separationis*, il pretore ha creato un apposito editto e del pari la giurisprudenza classica ha creduto opportuno di dover inquadrare l'istituto in ben altra teoria. Vi è da credere perciò che neanche il *commodum* dell'*heres necessarius* facesse parte della clausola edittale e della teoria giurisprudenziale relativa alla *separatio bonorum*.

b) Con le considerazioni che precedono si è già reso poco verosimile, io spero, l'ipotesi che il pretore abbia potuto parlare del *commodum* dell'*heres necessarius* a proposito della *separatio bonorum* o abbia comunque potuto parlarne, altrove, come di una particolare figura di *separatio*. In ogni caso, pare a me che vi siano elementi per poter ritenere che l'editto *de separatione* fu unico ed indicò specificamente come legittimati attivi i creditori ereditari.

Circa la unicità o duplicità degli editti relativi alla separazione, si discute da tempo. La tesi oggi prevalente è quella dell'unicità: il pretore avrebbe promesso con un'unica clausola edittale, genericamente, la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, riservandosi di esaminare caso per caso, mediante una *causae cognitio*, la opportunità di emettere a favore di questo o di quello il *decretum* concessivo della *separatio*.

Ora, io riconosco che le stesse parole di D. 42.6.1.18 (*sciendum est . . . impetrare posse separationem*), ammesso che il brano sia genuino, « non militano molto a favore di uno speciale editto »[56], ma non posso aderire alla tesi della genericità di formulazione dell'editto *de separatione*.

Quali sono gli argomenti portati a sostegno di questa tesi?

Il Bonfante[57] si fonda sulla molteplicità delle questioni discusse in tema di legittimazione attiva alla *separatio*, nonché sul *decretum praetoris* da emettersi caso per caso. Ma il primo argomento è debole, se si considera che la gran parte di quelle discussioni è, per comune riconoscimento, di marca postclassica; né molto di piú può valere il secondo, quando si preferisca pensare che la necessità del *decretum* scaturisse dalla esigenza della *causae cognitio* e che questa si giustificasse a sua volta pienamente per l'opportunità di valutare di volta in volta se la richiesta di *separatio* fatta dai creditori ereditari fosse basata su una reale esigenza di evitare il concorso dei creditori dell'erede insolvente sui beni dell'eredità.

[56] BONFANTE, *cit.* 392.
[57] *O. c.* 391 s.

Il Solazzi[58] si fonda su due punti principali: 1) che « né per interpretazione logica né per analogia si sarebbe potuto applicare all'*heres necessarius* un editto che avesse accordato la separazione ai soli creditori »; 2) che l'editto non nominava affatto i creditori ereditari, perché altrimenti Ulpiano non si sarebbe proposto, nel commentario riportato in D. 42.6.1.5-6, il quesito se potessero impetrare la *separatio* anche i creditori dell'erede, né tanto meno egli avrebbe detto, in D. 42.6.1.18, *sciendum est . . . impetrare posse separationem*. Ora il primo punto è indiscutibile, ma non dimostra quel che va previamente dimostrato: che cioè l'editto non nominava specificamente i creditori del defunto. Quanto al secondo punto, stupisce come il Solazzi non tenga presente il carattere interpolatizio di D. 42.6.1.5-6, ed ancor piú come egli possa addurre ad esempio del modo tenuto da Ulpiano nel suo commento edittale proprio il fr. 1.18, che invece, con tutto il suo discorso sul *servus necessarius*, egli tende a dimostrare non genuino.

Se una conclusione s'ha da trarre dal commentario riportato in D. 42.6.1, essa è che Ulpiano si astenne rigorosamente dal prospettarsi la domanda se la *separatio* potesse spettare ai creditori dell'erede o allo stesso erede (almeno a quello *voluntarius*): furono i postclassici ed i giustinianei ad impiantare primamente di simili questioni. Il che induce a supporre — se bene intendo i canoni della interpretazione critico-esegetica — che, da una parte, il giurista classico non si sia nemmen posta una ben naturale domanda per il fatto che il testo dell'editto, da lui commentato, concedeva esplicitamente la *separatio bonorum* ai creditori ereditari, mentre che, d'altra parte, sia stato piú facile ai giuristi della decadenza il porsi una sí fatta questione, perché essi, annotando il commentario ulpianeo, non avevano presente la specifica formula edittale, o per lo meno non erano piú al caso di sentirne la diretta influenza.

Unico l'editto ed unico l'istituto della *separatio*, in diritto classico. Editto ed istituto rigorosamente limitati, tuttavia, a creditori ereditari. Dato, pertanto, che il *commodum* dell'*heres necessarius* è stato dimostrato genuino, dato che esso ha tanta attinenza sostanziale con la *potestas abstinendi* e tanto poca con la *separatio*, dato ancora che il termine *beneficium separationis* (adattato al *commodum* dell'*heres necessarius*) non è risultato finora di derivazione classica, e dato infine che con ogni probabilità l'editto *de separatione* parlava solo dei cre-

[58] *O. c.* 261 s.

ditori dell'eredità e che solo a costoro si limitava il commento edittale del giurista classico, ne segue il legittimo dubbio che D. 42.6.1.18 possa non essere stato scritto da Ulpiano e che perciò il riavvicinamento del *commodum* dell'*heres necessarius* alla *separatio bonorum* e la sua designazione come *separatio* possano essere stati il frutto dell'operato della scuola postclassica e dei compilatori giustinianei.

8. — D) La sistemazione del *commodum* dell'*heres necessarius* in calce alla teoria della *separatio bonorum* è opera esclusiva della scuola postclassica, opera approvata e potenziata dai compilatori giustinianei.

L'esame diretto di D. 42.6.1.18, considerato tanto in sé e per sé quanto in relazione a tutto il commentario ulpianeo all'editto *de separatione*, varrà a dar fondamento di assoluta probabilità all'ipotesi.

D. 42.6.1.18 (Ulp. 64 *ad ed.*): *Item sciendum est necessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem, scilicet ut, si non attigerit bona patroni, in ea causa sit, ut ei quidquid postea adquisierit separetur. sed et si quid ei a testatore debetur.*

*Sed et — debetur* è stato già da gran tempo attaccato dalla critica [59]. Trattasi di un brano evidentissimamente non genuino, in quanto che enuncia un principio assurdo: il servo istituito erede non ha azione per ottenere il pagamento dell'obbligazione naturale in cui si sostanzia il *debitum* del *testator*, né egli può ricorrere al rimedio della *retentio*, per la semplicissima ragione che in tal caso verrebbe ad attingere l'eredità del patrono e a non poter piú, quindi, ottenere la *separatio*, che invece gli si dice concedibile.

Quanto al rimanente del frammento ulpianeo, è da dire che esso enuncia un principio indiscutibilmente classico, ma parecchi motivi, oltre quelli sin qui riportati, inducono a farlo ritenere una inserzione postclassica. A parte qualche menda di forma [60], che potrebbe anche essere scusata, va principalmente ripreso, in questa sede, il rilievo ottimamente formulato dal Solazzi [61]: non è credibile che Ulpiano abbia po-

[59] Cfr. *Index itp.* ahl.

[60] Si noti la prolissa dizione « *necessarium heredem servum cum libertate institutum* », ove ci saremmo attesi « *necessarium heredem* » o « *servum cum libertate institutum* », o meglio ancora « *servum cum libertate heredem institutum* ». Si noti ancora la eccessiva genericità del *postea*, lor che si legge che in vantaggio del servo si separa « *quidquid postea adquisierit* »: un certo sforzo di intelligenza è necessario per intendere che qui « *postea* » significa « dopo la morte del padrone ».

[61] *O. c.* 263.

tuto discorrere del *beneficium separationis* dell'*heres necessarius* soltanto a questo punto del suo commentario, quando ormai aveva già da un pezzo terminato di occuparsi della legittimazione attiva alla *separatio*. Ancora il brano sarebbe stato giustificabile subito dopo il paragrafo 9, ove il giurista svolge la questione se possa ammettersi la separazione *inter castrenses creditores ceterosque*, qualora *filii familias bona veneant, qui castrense peculium habet* [62]; ma, dato che nei paragrafi 10 ss. Ulpiano passa a trattare altri argomenti in merito alla *separatio*, l'improvviso apparire dopo di essi di un passo che torna al tema della legittimazione attiva non può non sorprendere e non indurre al sospetto il critico.

In base a queste considerazioni, viene ad eliminarsi un grave inconveniente avvertito dai romanisti nello studio della *separatio*, pur senza sostenersi col Solazzi che il *beneficium separationis* è un istituto postclassico: e l'inconveniente è quello della strana sistemazione del *commodum* dell'*heres necessarius* in calce alla teoria sulla *separatio bonorum*. Già il Perozzi [63] aveva tentato di superare l'ostacolo, evitando di ricorrere alla critica dei testi, col supporre che « sia stato Giuliano a riunire in un editto i due istituti in causa del termine comune: *separatio* »; ma la congettura era palesemente assurda e fu giustamente oppugnata [64]. Non assurda è invece, io credo, la nostra congettura, che la commistione dei due istituti sia dovuta alla faciloneria della scuola postclassica, portata ad estendere oltre i creditori ereditari la legittimazione attiva alla *separatio*.

Quanto in questa evoluzione postclassica sia pregiustinianeo e quanto sia invece giustinianeo, non è possibile dire. Certo è, in ogni caso, che la commissione tribonianea aderí pienamente alla tendenza generalizzatrice delle scuole postclassiche, sí da mutare il probabile titolo *de separatione* dell'editto giulianeo nel titolo *de separationibus* di D. 42.6 e di CI. 7.72.

[62] Brano certamente inquinato, ma di impalcatura classica: cfr. BONFANTE, *cit.* 363.
[63] *Ist.*[2] 2 cit. 636 nt. 2.
[64] Cfr. l'aspra critica del SOLAZZI, *cit.* 264 nt. 1.

# GAI 2.155 E IL « BENEFICIUM » DELL'« HERES NECESSARIUS »

1. — Nel quarto volume dei suoi studî sul concorso dei creditori nel diritto romano [1] Siro Solazzi discute ampiamente — in piccola parte accettandole, in gran parte combattendole — le idee da me espresse in due articoli di alcuni anni fa, l'uno sul cosí detto *beneficium separationis* dell'*heres necessarius* [2] e l'altro sul precedente romano del concordato preventivo giudiziale, il *pactum quo minus solvatur* fra gli eredi e i creditori ereditarî [3].

*a*) Quanto al *beneficium* dell'*heres necessarius*, il Solazzi [4] aderisce oggi alla difesa, che ebbi a fare proprio contro di lui, della classicità dell'istituto, ma nega tuttavia molto recisamente che esso si sostanziasse, in diritto classico, nella limitazione del concorso dei creditori ereditarii ai soli *bona defuncti* (come ci attesterebbe, a tacer d'altro, Gai 2.155), e sostiene che il *beneficium* consistesse, sempre in diritto classico, unicamente nella esclusione di ogni ulteriore *bonorum venditio*, dopo la prima vendita in blocco di tutto il patrimonio dell'erede.

*b*) Quanto al *pactum ut minus solvatur*, il Solazzi [5] conferma la sua convinzione circa la classicità dell'istituto, nel senso di concordato di maggioranza, opponendosi al mio tentativo di spiegare il *pactum* come concordato giudiziale, sí, ma non di maggioranza, perché intimamente collegato con la procedura dell'*interrogatio in iure* dell'erede da parte dei creditori ereditarî.

Come spesso avviene quando si discute, per quella parte in cui le mie idee non sono parse convincenti all'illustre contraddittore, non sem-

* In *SDHI*. 10 (1944) 240 ss.

[1] *Il concorso dei creditori nel diritto romano* 4 (Napoli 1943).

[2] *ZSS*. 60 (1940) 185 ss. (citato in seguito: *Beneficium*).

[3] *Studi Scorza* (Roma 1940) 443 ss.

[4] *Concorso* 4.70 s.

[5] *Concorso* 4.96 s.

pre questi le ha interpretate esattamente: del che non dubito dovermi io dolere esclusivamente con me stesso, per non essere forse stato abbastanza chiaro nell'esprimermi e nel dimostrare. E se tutto fosse qui, io non scriverei certo queste note, né certo le scriverei per conclamare — secondo un malvezzo che si va diffondendo tra noi piú giovani — l'assoluta indistruttibilità delle mie tesi, che indistruttibili certo non sono. Ma la verità è che le repliche del Solazzi, da me convenientemente meditate, pur avendomi convinto di alcune inesattezze in cui ero incorso nei due precedenti studi, non sono riuscite, almeno a mio parere, a scalfire la sostanza delle tesi da me sostenute. Ora, mentre ritengo che del *pactum quo minus solvatur* dovrò tornare ad occuparmi tra non molto, nel corso di un piú ampio lavoro che ho in corso, non prevedo di poter del pari inserire un rinnovato studio del *beneficium* dell'*heres necessarius* in altro lavoro futuro.

Scrivo perciò queste pagine, volte ad esaminare i problemi di Gai 2.155 e del *beneficium* del *servus cum libertate institutus*, per difendere, per quel che posso, le mie idee, chiarendone, ove necessario, la dimostrazione. Non è, insomma, una polemica che io voglio fare, un'altra poco utile, poco riguardosa e forse anche poco accorta polemica contro uno studioso che, per somma acutezza di ingegno, per lunga esperienza e per assoluta probità scientifica merita da noi tutti ogni riguardo, e che ha in me il piú affezionato e ammirato dei suoi allievi. Non una polemica, ma una serena discussione, nello sforzo comune di penetrare la verità della storia. Giudichi prima d'ogni altro il Maestro, nella sua solita scrupolosa obbiettività, chi fra noi possa aver ragione, e quanto.

2. — Riporto anzitutto i testi che attengono all'argomento.

Gai 2.154: *Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo* [*vel etiam ulteriore*] [6] *gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis, quam ipsius testatoris bona veneant, id est, ut ignominia, quae accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio, sed necessitate iuris bonorum venditionem pateretur; sed alio iure utimur.* 155. *Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur;*

[6] Per questo glossema, cfr. da ultimo SOLAZZI, *Concorso* 4.71 nt. 2.

*et quamvis pro portione*[7] *bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit adquisitum, veluti si Latinus adquisierit*[8]*, locupletior factus sit; cum ceterorum hominum, quorum bona venierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona venire solent*[9].

D. 42.6.1.18 (Ulp. 64 *ad ed.*): *Item sciendum est necessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem, scilicet ut, si non attigerit bona patroni, in ea causa sit, ut ei quidquid postea adquisierit separetur: sed et si quid ei a testatore debetur.*

D. 2.14.7.18 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed si servus sit, qui paciscitur, priusquam libertatem et hereditatem apiscatur* [, *quia sub condicione heres scriptus fuerat*][10]*, non profuturum pactum Vindius scribit: Marcellus autem libro octavo decimo digestorum et suum heredem et servum necessarium pure scriptos, paciscentes priusquam se immisceant putat recte pacisci, quod verum est* . . .[11].

D. 4.4.7.5 (Ulp. 11 *ad ed.*): . . . *Non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati, sed et si aliquis sit ex necessariis minor annis, simili modo restitutionem impetrabit, veluti si servus sit cum libertate institutus: dicendum enim erit, si se miscuit, posse ei subveniri aetatis beneficio, ut habeat bonorum suorum separationem* . . .

L'insegnamento di questi frammenti è facilmente riassumibile. Affermatasi l'usanza da parte dei debitori, poco sicuri della loro solvibilità, di istituire *liberum et heredem* uno schiavo[12], affinché su quest'ul-

[7] Il Veronese ha *propter contractione*. L'emendazione è del Heise.

[8] Savigny integra *veluti si ex eo quod Latinus rell.* Huschke: *veluti si Latini bonis, quae adquisierit, locupletior factus sit.*

[9] Kuebler corregge *venire solent*. Goeschen: *solent*.

[10] Cfr. LENEL, in *ZSS.* 39 (1919) 127 ss.

[11] Per una completa esegesi del frammento, cfr. da ultimo *Beneficium* 200 ss.

[12] In *Beneficium* 197, ho detto, poco chiaramente, che « l'*institutio cum libertate* non è una manumissione né arieggia ad essa, tanto è vero che . . . ai Romani non venne neanche lontanamente in testa di ravvicinarla alla *manumissio in fraudem creditorum* ». Giustamente il SOLAZZI 76 nt. 3, parla di affermazioni « nuove, ma infondate », perché la *institutio servi cum libertate* contiene certamente una manumissione. Faccio notare, tuttavia, che la mia inesattezza era di forma, non di sostanza: a pag. 213 dell'accennato scritto io notavo, difatti, che il nostro istituto portava una notevole deroga alle disposizioni della legge *Aelia Sentia* (dunque, sapevo bene che si trattava di una manumissione). Ciò premesso, passo a chiarire il mio pensiero sulla *institutio servi cum libertate*. L'*institutio* in parola conteneva certamente una manumissione (« *Stichus servus meus liber heresque esto* »), ma la

timo e non sulla loro memoria cadesse l'*infamia* della eventuale *bonorum venditio*, il pretore prese a proteggere per quel che poteva questo *heres necessarius*, accordandogli il beneficio di sottrarre all'eventuale *venditio bonorum* chiesta dai creditori ereditarî i beni da lui acquistati dopo la morte del testatore (Gai 2.155), e di sottrarli ricorrendo allo stesso istituto della *separatio bonorum* accordata ai creditori ereditarî per sottrarre i beni del defunto alle pretese dei creditori dell'erede (D. 42.6.1.18). Requisito essenziale per l'esercizio di questo diritto fu che gli *heredes necessarii*, alla pari dei *sui et necessarii*, non si fossero immischiati nei *bona defuncti* (D. 42.6.1.18, 2.14.7.18): il minorenne era peraltro restituito in intero, qualora avesse già effettuato l'*immixtio* (D. 4.4.7.5).

La *communis opinio* [13] accetta integralmente l'insegnamento di queste fonti, sia per diritto classico che per diritto giustinianeo [14]. Tuttavia, in netto contrasto con essa, il Solazzi ha di recente sostenuto [15]: *a*) che Gai 2.155 è interamente glossato; *b*) che D. 2.14.7.18, « anche se fosse genuino, sarebbe irrilevante », perché « la *separatio* non è un presupposto necessario del *pactum ut minus solvatur* concluso dal servo erede »; *c*) che D. 4.4.7.5 è molto sospetto; *d*) che D. 42.6.1.18 non è ulpianeo. Sollevato il problema ed accennato implicitamente il suo convincimento, il Solazzi non ha voluto ancora dichiararsi, in quella

manumissione non solo era presupposto essenziale della istituzione di erede, ma era a questa tanto intimamente avvinta, da potersi dire che essa perdeva ogni propria fisionomia, per essere assorbita dall'*heredis institutio* come mezzo al fine. I Romani non videro, cioè, nella *institutio servi cum libertate*, una manumissione distinta dall'istituzione di erede (ché altrimenti non si sarebbe potuto sfuggire alle sanzioni della *lex Aelia Sentia*), né vi videro una istituzione di erede come tutte le altre (ché altrimenti si sarebbe riconosciuto allo schiavo liberato il diritto di rinunciare all'eredità per non subire l'*infamia*), ma vi scorsero una *heredis institutio sui generis*, attuantesi mediante una manumissione, in forza della quale il servo, per il solo fatto di essere divenuto libero, diventava *necessitate iuris* erede: e si noti che lo stesso Sabino (il cui parere è citato da Gai 2.154) non sostenne che il servo manomesso potesse rinunciare all'eredità, ma solo che sul suo capo non fosse fatta ricadere, in linea eccezionale, l'infamia conseguente alla *bonorum venditio*. Fu per questa via, io credo, che « ai Romani non venne neanche lontanamente in testa di ravvicinare l'*institutio cum libertate* alla *manumissio in fraudem creditorum* ».

[13] Cfr. per tutti ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*[7] (Napoli 1943) 553.

[14] L'origine postgaiana di Gai 2.155 fu affermata, prima ancora che dal Solazzi, dal KNIEP, *Gai Inst.* II. 2.31 nt. 9, 290.

[15] *Diritto ereditario* 2 (Napoli 1932) 252 ss. Su Gai 2.155 v. anche SOLAZZI, in *SDHI.* 6 (1940) 335.

occasione, per la non classicità del *beneficium separationis*, lasciando la questione *sub iudice* [16].

Della critica del Solazzi io accettai [17] soltanto la parte relativa a D. 42.6.1.18, che mi parve e mi pare veramente decisiva, e sostenni: *a*) che il *beneficium* dell'*heres necessarius*, cosí come è descritto nella prima parte di Gai 2.155, era un istituto classico e che inattaccabili sono, inoltre, anche le testimonianze implicite di D. 2.14.7.18 e di D. 4.4.7.5; *b*) che il *beneficium* dell'*heres necessarius* nulla ebbe a che vedere, in diritto classico, con la *separatio bonorum*, e che esso fu sviluppato dalla giurisprudenza classica in analogia con la *facultas abstinendi* degli *heredes sui et necessarii*; *c*) che la sistemazione dell'istituto in calce alla teoria della *separatio bonorum* fu opera esclusiva della scuola postclassica, opera approvata e potenziata dai compilatori giustinianei [18].

Oggi finalmente il Solazzi — e mi lusingo che ciò sia anche avvenuto in forza delle mie osservazioni — non è piú dell'avviso che il *beneficium* dell'*heres necessarius* sia tutto una creazione postclassica, né piú ritiene che Gai 2.155 sia tutto frutto di un glossema; ma dichiara: *a*) che un *commodum* fu certamente riconosciuto nel diritto classico all'erede necessario; *b*) che questo *commodum* nulla ebbe in comune con la *separatio bonorum*; *c*) che il *commodum* consistette nel rifiuto opposto dal pretore ai creditori ereditarî circa ogni ulteriore *missio in possessionem* dopo la prima *bonorum venditio*. Qualcosa di meno, nel contenuto, di quel che io ritenevo e ritengo [19], ma quanto basta per mettere il *beneficium* dell'*heres necessarius* al riparo dall'accusa di aver importato uno strappo al principio fondamentale per cui la *bonorum*

[16] V. contro queste conclusioni BIONDI, *Corso, Dir. ereditario, Parte generale* (1934) 93.

[17] *Beneficium* 191 ss.

[18] Dato che questa è la mia teoria, trovo poco esatto annoverarmi, come il SOLAZZI 85, fa, tra i difensori dell'opinione comune (v. anche ARANGIO-RUIZ, *cit.* 553 nt. 1). Io ho difeso l'opinione comune solo in quanto mi sono opposto alla tesi del carattere postclassico del *beneficium*: per il resto credo di aver detto qualcosa di ben diverso dalla *communis opinio*. In particolare, osserverò che non mi ha, forse, ben inteso il Solazzi, quando mostra a piú riprese, di ritenere che, secondo me, la *separatio bonorum* fosse concessa anche all'*heres necessarius*: io ho sostenuto, infatti, persino il carattere non classico della terminologia *beneficium separationis*.

[19] Tanto piú che io stesso ammettevo (*Beneficium* 189) che ben poco avrebbe potuto ricavarsi, con la prima *bonorum venditio*, in piú dei *bona hereditatis*.

*venditio* non poteva essere parziale, ma doveva essere necessariamente totalitaria [20].

La nuova teoria del Solazzi mi fornirà, peraltro, qualche motivo di piú per insistere nella mia tesi. Vedremo fra poco, infatti, che il *beneficium* dell'*heres necessarius* non poté essere nemmeno di pochissimo piú ristretto nel contenuto di quanto indichi Gai 2.155, e che perciò o lo si accetta integralmente quale io lo ho configurato, o converrà — in omaggio al principio della totalitarietà della *vendito bonorum* — ripudiare *in toto* la classicità, malgrado che di questa siano garanti almeno tre testi inattaccabili. E, come è naturale, io penso che sarebbe altamente assurdo voler abbracciare la seconda soluzione.

3. — Il Solazzi torna anzitutto all'attacco di Gai 2.155, che tenta di dimostrare rimaneggiato anche nella prima parte [21].

A) Secondo il Solazzi l'istituto sarebbe descritto da Gaio in maniera incompleta ed evasiva, e sopra tutto *reserventur* sarebbe muto sulla procedura, perché, senza l'aiuto dei Digesti, non riusciremmo ad apprendere il modo in cui i beni del liberto venivano sottratti al concorso dei creditori ereditarî.

Io [22] giustificai il mutismo di *reserventur*, rilevando che esso è spiegabile nella succinta esposizione di un manuale istituzionale. Anzi, siccome il Solazzi [23] rilevava un tempo che Gaio avrebbe potuto essere egualmente laconico, pur riuscendo significativo, sol che avesse detto *separentur*, io osservavo che *separentur* non sarebbe stato affatto piú significativo di *reserventur*, tanto piú che Gaio non parla della *separatio bonorum* nelle sue Istituzioni. Dal non uso di *separare* e di *separatio* in Gai 2.155 io traevo inoltre argomento per la mia tesi che il *beneficium* dell'*heres necessarius* non fosse, in diritto classico, un caso di *separatio bonorum*.

Il Solazzi [24] non « si attarda » ora a combattere queste mie osservazioni (né vedo come potrebbe farlo [25]), ed accetta un'altra mia osservazione: che *reservare*, non solamente è detto meglio di *separare*, ma

[20] *Concorso* 4, spec. 85 ss.
[21] *Concorso* 4.73 ss.
[22] *Beneficium* 193.
[23] *Dir. ered.* cit. 253 ss.
[24] *Concorso* 4.73 nt. 3.
[25] Tanto piú che subito dopo (74) mostra di aderirvi pienamente.

non è detto peggio di *conservare*[26], tanto piú che non è veramente da trangugiare la critica quanto mai superficiale mossa dal Levy[27] alla classicità di *reservare*. « L'uso di *reservare* — cosí notavo io — è assai piú perspicuo dell'uso di *conservare* perché si può ' conservare ' soltanto quello che si è già acquistato: *reservare* significa invece che al *servus cum libertate institutus* vien dato il non disprezzabile *commodum* di sottrarre non solo all'attuale procedura esecutiva, ma ad ogni attacco a venire dei creditori ereditarî i beni che abbia acquistati dopo la morte del padre e che acquisterà dopo la *venditio bonorum* ». Ora l'adesione del Solazzi a questi miei rilievi è addirittura eccessiva, perché il mio illustre contraddittore stabilisce addirittura che « *conservare* si può soltanto quello che si è già acquistato e si ' riservano ' gli acquisti futuri » e ne trae motivo per attaccare la genuinità anche di *sive ante bonorum venditionem sive postea*: « poiché Gaio scrive *reserventur* nasce il dubbio che egli ammettesse il rimedio per i soli beni acquistati dopo la vendita ».

Senonché quanto argomenta oggi il Solazzi non solo non corrisponde a quanto avevo detto io[28], ma soprattutto non collima con quanto ha voluto presumibilmente dire lo stesso Gaio. In verità, non mi pare che *reservare*, *reservatio* dia l'idea di assicurazione di acquisti futuri, ma soltanto l'idea dell'assicurazione (naturalmente, per il futuro) di acquisti passati, presenti e futuri: il che è diverso da quanto assume il Solazzi. In ogni caso, io rilevo che il momento cui Gaio si riferisce con il termine *reserventur* non è quello della prima *bonorum venditio*, ma quello della morte del testatore: dal momento dell'apertura della successione (morte del *de cuius*) all'*heres necessarius* vanno riservati tutti gli acquisti fatti prima o dopo la *bonorum venditio*. *Sive ante bonorum venditionem sive postea* è inattaccabile.

B) Un'altra pecca di Gai 2.155 sarebbe che da esso non può desumersi in alcun modo la condizione *si non attigerit bona patroni*, cui era sottoposto il diritto del liberto, « e non avremmo potuto supplirla col nostro ragionamento, perché, dove il diritto del liberto è rappresentato come un vantaggio che lo compensa del danno cagionatogli dalla *bonorum venditio*, si è indotti a credere che il *commodum* sia pun-

[26] In *Dir. ered.* cit. il Solazzi lamentava appunto la mancanza di un *conserventur*, al posto di *reserventur*.

[27] *ZSS.* 53 (1933) 194 nt. 2; ma v., *contra*, *Beneficium* 195 nt. 1.

[28] Mi basti riportarmi alle parole dianzi trascritte.

tuale ed immancabile quanto l'*incommodum* »[29]. Avendo io opposto a questo ragionamento Gai 2.158, dove egualmente non si fa parola della condizione *si bonis se non immisceat* cui era sottoposto l'esercizio della *facultas abstinendi*[30], il Solazzi[31] ribatte che il § 158 è breve, ma non ermetico, mentre il § 155 sarebbe oscuro su un punto essenziale: « in effetti il *se non immiscere*, piú che una condizione è il mezzo per effettuare l'astensione: il verbo *abstinere* è cosí luminoso da rendere superflua una piú ampia indicazione. Chi si astiene non si immischia nell'eredità ».

Ma i nuovi argomenti con cui il Solazzi tenta di dar forza agli argomenti vecchi non sono tali da poter convincere. Ad essi possono facilmente opporsi le seguenti considerazioni:

*a*) Se è ovvio che l'*heres suus et necessarius* non possa astenersi dall'eredità quando vi si sia comunque immischiato, non è meno ovvio che il *servus heres necessarius* non possa sottrarre i suoi beni all'esecuzione patrimoniale se si sia parimenti immischiato nell'eredità del defunto: la *pro herede gestio* (dell'*heres voluntarius*) o il *miscere se bonis* (degli *heredes necessarii*) implicano, a mio parere, chiaramente, di per se stessi, che chi li abbia esercitati non possa piú rinunciare all'eredità, o rispettivamente astenersene, o godere insomma di un qualunque *commodum* piú o meno analogo nel contenuto. Né è a dire che, quanto al caso dell'*heres necessarius*, questi si trova *a priori* in cospetto di una eredità *damnosa*, a differenza degli altri *heredes*, che possono credere in buona fede che l'eredità sia attiva. La genesi dell'istituto dell'*heres necessarius* fu nel desiderio del testatore di tutelare il proprio buon nome dopo la morte nell'eventualità della *bonorum venditio*, ma non nell'assoluta certezza che l'*hereditas* sarebbe stata passiva e che quindi la *venditio* avrebbe avuto luogo[32]. La *bonorum venditio* è totalitaria

[29] *Concorso* 4.74; v. già *Dir. ered.* cit.

[30] Gai 2.158: *Sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant.*

[31] *Concorso* 4.74 nt. 1.

[32] Si osservi, difatti: 1) che Gai 2.154 parla di *facultates suspectae*, cioè di *institutio* del servo fatta nel dubbio che l'eredità possa rivelarsi passiva (e il dubbio potrà anche essere infondato); 2) che Gai 2.154 parla dell'*institutio servi cum libertate* non solo *primo gradu*, ma anche subordinatamente all'*institutio* di uno o piú eredi volontari: il che non significa soltanto che il testatore spera che l'erede volontario accetti l'eredità a costo di rispondere *ultra vires*, ma che il testatore può anche aver motivo di ritenere che l'eredità non sia per risultare *damnosa* (nel qual caso, si premunisce, per eccesso di precauzione, anche dell'*heres necessarius*);

per definizione [33] ed il *beneficium* dell'*heres necessarius*, cosí come ce lo descrive Gaio, è certo un grave strappo a questo principio: ma lo strappo sarebbe addirittura inammissibile, e l'ipotesi non è quindi nemmeno pensabile, se si ammettesse che da un patrimonio già unificato potessero essere stralciati i *bona defuncti* per venderli separatamente da quelli acquistati dall'erede necessario. Non nego pertanto che *reservare* sia meno significativo di *abstinere* per far presumere l'esistenza della condizione *si bonis se non immisceat*, ma affermo che nessun giurista potrebbe fondatamente supporre, in base al mutismo di Gaio in proposito, che l'esercizio del *beneficium* dell'*heres necessarius* non sia sottoposto, come quello della *potestas abstinendi*, alla condizione *si bona non attigerit* [34].

*b*) L'obbiezione del Solazzi alla mia citazione di Gai 2.158 potrebbe avere un qualche valore, per dimostrare che il verbo *abstinere* (a differenza di *reservare*) implica ineluttabilmente il *non miscere se bonis*, se lo stesso Gaio non si sentisse in dovere di chiarire, fuori delle Istituzioni, che non può astenersi il *puber* se si è immesso nell'eredità. In D. 29.2.57 pr. (Gai. 23 *ad ed. prov.*) si legge infatti che il pretore *impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint.* Il Solazzi [35] tentando di spiegare questo passo col dire che Gaio lo ha scritto « perché ha da risolvere il problema se la dichiarazione di astenersi valga dopo l'immistione nell'eredità », viene a riconoscere implicitamente che il problema della necessità della non *immixtio* poteva sorgere anche per la *potestas abstinendi*, che quindi non avrebbe fatto male Gai 2.158 ad esprimere l'essenzialissima condizione *si bonis se non immisceat*. E difatti, se da un lato era implicito nel sistema della *facultas abstinendi* e del *commodum* dell'*heres necessarius* che di questi vantaggi si potesse godere solo se non fossero stati compiuti atti

3) che Gai 2.154 usa la locuzione *solet liberum et heredem instituere*, il che significa che l'istituzione del *servus cum libertate* può essere fatta anche da chi *facultates suas suspectas non habet*.

[33] Cosí dice giustamente il SOLAZZI 72: v. anche *infra* n. 6.

[34] Si aggiunga che *reserventur* dà l'idea dell'accantonamento dei beni a favore dell'*heres necessarius*, ma che l'accantonamento non è possibile, almeno di regola, se è già avvenuta la confusione ereditaria, se cioè l'erede necessario si è immischiato nell'eredità. Mi par dunque esagerato dire che « la riserva dei beni personali dell'erede è conciliabile tanto col *se abstinere* quanto col *se immiscere* ».

[35] *Concorso* 4.74 nt. 1.

di erede, dall'altro, di fronte all'ammissione degli impuberi a godere dei sopra detti vantaggi anche se si fossero immischiati nei beni, deve ammettersi che non sarebbe stato inutile spiegare senz'altro che il godimento dei benefici in parola era sottoposto, per gli eredi puberi, alla condizione *si non attigerit bona defuncti.* Se Gaio non l'ha fatto, né nel § 155 né nel § 158, è stato per brevità (ben comprensibile in un manuale istituzionale), e non si può condannare per questo motivo il primo paragrafo quando si salva (ben giustamente) il secondo [36].

C) Per il Solazzi [37] la giustificazione della riserva concessa all'erede necessario è « bislacca », perché « un uomo d'onore non mette sullo stesso piano il danno morale dell'infamia e il vantaggio economico della conservazione dei beni ». Ma non credo davvero che questo sia un buon argomento. Un uomo di cuore — si potrebbe rispondere — cerca di compensare come può uno svantaggio, ed un giurista, nel riferire la misura adottata, non può certo essere tenuto a dire: « in cambio di questo *incommodum* l'*heres necessarius* ha la trascurabilissima inezia della riserva ». Il *commodum* dell'erede necessario sarà piccolo, ma è tutto quanto si poteva fare per lui [38].

[36] Io stesso mi prospetto una eventuale obbiezione. Nelle Istituzioni di Gaio vi è un luogo in cui si parla della necessità del *se non immiscere* per l'esercizio della *potestas abstinendi* da parte dell'*heres suus puber*. Gai 2.163: *Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditariis, sive is, cui adeunda ⟨hereditate⟩ deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi si minor sit annorum XXV: nam huius aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita etiam si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit* ... Non si dica ora che Gaio ha, dunque, parlato del requisito del *se non immiscere* per il *ius abstinendi* (oltre che per l'accettazione da parte dell'erede volontario), mentre ne ha completamente taciuto a proposito del *servus cum libertate heres institutus.* A parte il fatto che questa obbiezione sarebbe in contrasto con l'altra avanzata dal Solazzi, della evidenza della terminologia *se abstinere*, io farò notare che è sin troppo evidente, dando una scorsa ai §§ 152-163 delle Istituzioni, che Gaio, premesso che *heredes ... aut necessarii dicuntur aut sui et necessarii aut extranei* (§ 152), si è subito sbarazzato dell'istituto eccezionale dell'*heres necessarius*, di cui ha descritto essenzialmente la genesi (§§ 153-155), per concentrare il suo discorso sugli *heredes sui et necessarii* e sugli *heredes voluntarii*, cioè sulle categorie di più pratica e larga applicazione. Rimane fermo, insomma, il mio argomento che non si deve pretendere un discorso estremamente circostanziato dalla sobria esposizione di un manuale istituzionale.

[37] *Concorso* 4.75 s.

[38] In *Beneficium* 196, avevo scritto che Gaio « dice unicamente che di fronte all'*incommodum* della *infamia* vi è per lo meno ... il *commodum* della *separatio* ». Il SOLAZZI 75 nt. 1, mi oppone che « *pro* » non significa « di fronte »: *pro* esprime

Non solo. Stupisce, inoltre, che il Solazzi cerchi di dar forza al suo argomento svalutando il beneficio della riserva, perché tutto questo, se non vedo male, intacca la sua ricostruzione del *beneficium* classico molto piú della mia.

*a*) Il Solazzi continua oggi a ritenere che il vantaggio economico concesso al liberto si risolveva spesso in una lustra, per la incapacità da parte sua di guadagnare del denaro dopo la morte del testatore [39]. Avendo io opposto [40] che « non è ammissibile che in tutta la vita l'erede necessario non sarebbe riuscito (almeno nella normalità dei casi) a guadagnare qualcosa », il Solazzi [41] mi risponde che sbaglio, perché egli ha « conosciuto molte persone le quali non ebbero mai nulla su cui i loro creditori potessero soddisfarsi ». Ora, anche se il mio contraddittore è stato un po' sfortunato nelle sue conoscenze, io mi permetto di ritenere ancora che la mia opinione sia esatta: in parte dipenderà da quel tanto di fiducia che ogni giovane ha nella vita, in parte dipende anche dalla considerazione che i liberti non se la cavavano poi tanto male in Roma, se i rapporti di patronato ci appaiono cosí minutamente regolati nei riguardi patrimoniali e se il pretore stabilí una *bonorum possessio* a favore dei patroni. Comunque sia, se era una « lustra » per il liberto il vantaggio economico della riserva dei beni acquistati *post mortem patroni*, ancor piú effimero e risibile doveva essere il *beneficium* postulato dal Solazzi (esclusione di ogni ulteriore *bonorum venditio*): non tanto per l'incapacità dei piú, almeno secondo il Solazzi, di mettere su qualche soldo durante la vita, ma anche perché (è lo stesso Solazzi [42] che lo riconosce) « il pretore non accordava una nuova *missio* per ogni piccolo quadagno realizzato dal *fraudator* », né quindi l'avrebbe accordata per ogni piccolo guadagno realizzato dal liberto [43].

l'idea dello scambio o del compenso. Non ne dubitavo e non ne dubito: dubito soltanto che sia nel vero il Solazzi quando esige che lo scambio, il compenso tra *commodum* ed *incommodum* debba essere necessariamente esatto. In compenso dell'*incommodum* il necessario ebbe tuto quel che gli si potè dare.

[39] V. già *Dir. ered.* cit. 255.

[40] *Beneficium* 214 nt. 4.

[41] *Concorso* 4.76 nt. 1.

[42] *Concorso* 4.75 nt. 2.

[43] Di altri argomenti, assai meno forti, avanzati dal Solazzi non credo sia il caso di occuparsi nel testo. *a*) Secondo il SOLAZZI (75 s., v. già *Dir. ered.* cit.) l'*infamia* della *bonorum venditio* colpiva « inesorabilmente » l'erede che non pagava i debiti del testatore. Io avevo obbiettato (*Beneficium* 214 nt. 4) che l'inesorabilità non esiste perché l'erede può stipulare un concordato con i creditori ere-

D) A parte altri appunti di forma estremamente deboli[44], il Solazzi[45] attacca oggi, nella prima parte di Gai 2.155, *post mortem patroni*, che starebbe al posto di *post mortem testatoris*: « al momento della morte chi ha istituito erede il servo *cum libertate* è *dominus*

ditari, ma il SOLAZZI (76 nt. 1) giudica l'obbiezione « meschina », perché dubita della facilità del concordato. Ne dubita ma non esclude la possibilità del concordato: dunque l'infamia non è inesorabile e la mia obbiezione non è meschina. Ed io, da parte mia, farò rilevare, in omaggio al « realismo » ed alla « serietà » (termini adoperati contro il Veronese dal Solazzi), che il concordato doveva aver luogo, presumibilmente, di frequente, perché era interesse dei creditori ereditari, evitando le lungaggini ed il dispendio della procedura concorsuale, accettare una *portio* dei loro crediti. *b*) L'asserzione di Gai 2.155 (*pro hoc tamen incommodo rell.*) sarebbe anche cinica « nel caso che coi beni da lui salvati l'erede fosse stato in grado di evitare il procedimento esecutivo e l'infamia: hai perduto l'onore, ma in compenso tieni il danaro ». Nulla di piú inesatto di ciò. Gaio si riferisce al caso pratico normale (*solet*: v. *retro* nt. 32) per cui l'istituto è stato creato: il caso che l'erede non possa soddisfare i creditori ereditari. È naturale che, se il *servus cum libertate institutus*, a conti fatti, si trovi in grado di soddisfare i creditori ereditari, allora salverà il suo onore e del *commodum* di Gai 2.155 non si parlerà nemmeno. Il torto del Solazzi è nel credere che l'istituto dell'*heres necessarius* sia sorto per far cadere inesorabilmente l'infamia della *bonorum venditio* sull'erede necessario, mentre invece è chiaro che esso è stato creato per la eventualità (che non è certezza) che l'*hereditas* risulti *damnosa*. *c*) « Se Gaio voleva bilanciare il *commodum* e l'*incommodum* per l'*heres necessarius*, sarebbe stato piú veritiero e piú onesto cercando l'utile nella conseguita libertà » (SOLAZZI 76, v. già *Dir. ered.* cit.). Ma può opporsi, in sostanza, quanto ho già obbiettato in *Beneficium* 197 (e precisato *retro* nt. 12): i Romani nell'*institutio cum libertate* (che conteneva certamente una manumissione) mettevano in rilievo l'*institutio* e non la manumissione, tanto è vero che D. 28.5.85, unico testo in cui la *infamia* del *necessarius heres* viene controbilanciata dalla acquistata libertà, è stato dimostrato alterato, come lo stesso SOLAZZI 76 nt. 1, riconosce. In conclusione, *pro hoc tamen incommodo rell.* può ben stare al suo posto, come finisce per riconoscere, con un po' di contraddizione, lo stesso SOLAZZI 77 s.

[44] In *Dir. ered.* 2.256 il Solazzi scriveva che *sibi* è superfluo. Io risposi, in *Beneficium* 197, che *sibi* è un innocente intensivo: « Gaio ha voluto mettere in particolare luce il fatto che sono riservati al liberto i beni ch'egli ha acquistati, dopo la morte del patrono, esclusivamente a se stesso ». Oggi il SOLAZZI 77 e nt. 1, pur criticando questa mia formulazione (che potrebbe creare l'equivoco che il liberto possa aver acquistato dei beni anche non esclusivamente a se stesso), ne accetta in pieno il contenuto e sostiene che *sibi* sta per *non ex hereditaria causa*, ma aggiunge che adempie male a questo ufficio. Io continuo a pensare che il *sibi*, per la pochissima importanza che ha, sta piú che bene: tutt'al piú può trattarsi di un glossema chiarificativo interlineare. Quanto al grecismo di *ipsi*, segnalato dal Solazzi, rimando a *Beneficium* 197 s.

[45] *Concorso* 4.77 s.

del servo e non *patronus* di un liberto: si sarebbe detto bene *post mortem domini*, è mal detto *post mortem patroni* ». Ed a riprova il Solazzi cita i paragrafi immediatamente precedenti, ove si parla di *testator* e si dice *post mortem testatoris*.

Mi conceda il Solazzi di affermare che queste critiche peccano di eccessiva sottigliezza. Dal momento della morte del testatore il *servus cum libertate institutus* non è piú servo, ma *libertus* (*orcinus*), e il testatore non è piú *dominus*, ma *patronus*: se mai, quindi, è da lodare la precisione di Gai 2.155, che parla di acquisti fatti *post mortem patroni* da parte del *servus cum libertate institutus*[46]. Nel § 153 Gaio ha detto *post mortem testatoris*, e non *post mortem patroni* (come pur poteva[47]) per un motivo di chiarezza, per non dire cioè: « dopo la morte del *testator* divenuto, al momento dell'apertura della successione, suo *patronus* ». E nel § 154 Gaio dice rettamente *testator*, e non *patronus*, perché si riferisce al momento in cui l'*institutio cum libertate* è fatta ed ai propositi per cui il *dominus* del *servus* (cioè il *testator*) la fa: in questo momento il *dominus*, essendo ancora ben vivo, può essere qualificato *testator*, ma non *patronus*. Diversa è la situazione del § 155: Gaio, dopo aver riferito le ragioni per cui fu creato l'istituto dell'*heres necessarius*, passa a trattare della situazione dell'*heres* dopo l'apertura della successione: ed in questo punto egli può tanto dire *post mortem testatoris* (cioè: « dopo la morte di colui che fu il *testator* »), quanto, piú esattamente, *post mortem patroni* (cioè: « dopo la morte di colui che è il *patronus* del *libertus orcinus* »).

Possiamo concludere che l'errore del Veronese — errore che sarebbe stato, del resto, ampiamente scusabile[48] — non c'è.

4. — Il Solazzi[49] accetta ora la mia difesa[50] di D. 2.14.7.18, il che mi esime da un lungo discorso. Questo testo — egli riconosce —

[46] Cioè: del servo che fu istituito *cum libertate*, e che ora è liberto.

[47] Come il servo *post mortem testatoris protinus liber et heres est*, cosí il *testator*, dopo la sua morte, è *protinus* patrono del liberto orcino. Proprio al contrario di quanto assume il Solazzi, al momento della morte il *testator* è, dunque, *patronus*, perché il momento della sua morte è quello dell'apertura della successione.

[48] Un giurista certo migliore dello stesso Gaio, e precisamente il SOLAZZI 100, scrive, a proposito del concordato: « il patto doveva essere concluso dal servo *priusquam se immisceat* ». Ma in quel momento il *servus cum libertate institutus* non è piú servo, ma libero.

[49] *Concorso* 4.84 s.

[50] *Beneficium* 200 s.

fa supporre « che prima dell'immistione anche il *servus necessarius* avesse una contropartita per negoziare con i creditori »: altrimenti, perché il patto dovrebbe aver luogo *priusquam se immisceat*?

La contropartita dell'*heres necessarius* è appunto il *commodum* di cui ci parla Gai 2.155. Senonché, qui il Solazzi è in disaccordo: « è sufficiente pensare che a lui si riservassero i beni conseguiti dopo la *bonorum venditio* ».

Ma ecco il punto dove si dimostra nel piú luminoso dei modi che il *beneficium* dell'*heres necessarius* non poté avere, in diritto classico, altro contenuto se non quello indicato da Gai 2.155. L'*heres necessarius*, concludendo con i creditori ereditarî il *pactum quo minus solvatur*, veniva a mettersi in condizioni di pagar « bene » pur pagando meno del dovuto, cioè veniva a sottrarsi una volta per sempre alla procedura concorsuale sul patrimonio [51]. Di conseguenza, il suo *beneficium* non poteva consistere nella riserva a suo favore degli acquisti fatti dopo la prima *bonorum venditio*, per la semplicissima ragione che, essendovi stato il *pactum*, non poteva esservi nemmeno la prima *bonorum venditio*, perché il concordato era appunto fatto per escludere la *venditio bonorum*.

Cosí come lo ipotizza il Solazzi — non è chi non lo veda — il *beneficium* dell'*heres necessarius* si sarebbe ridotto assolutamente a nulla; l'*heres necessarius* non avrebbe avuto, inoltre, nessunissima contropartita da opporre ai creditori ereditarî [52] per indurli alla conclusione del concordato.

In conclusione, o si ammette che il *beneficium* del *servus cum libertate heres institutus* consistesse, in diritto classico, nella sottrazione alla esecuzione patrimoniale dei beni acquistati *post mortem patroni, sive ante bonorum venditionem sive postea*, o si nega il dato di fatto incontrovertibile che l'*heres necessarius* poteva concludere con i creditori ereditari un *pactum quo minus solvatur* e che il *pactum* doveva essere fatto *priusquam se immisceret*.

Ciò premesso, ritengo inutile soffermarmi nuovamente, in questa sede, su D. 4.4.7.5, testo dal quale [53] è difficile far scomparire le tracce

[51] Il punto è indiscusso ed indiscutibile: v. lo stesso SOLAZZI 96 s.

[52] Salvo, beninteso, l'utilità per i creditori ereditarii di evitare le lungaggini e le spese della *bonorum venditio*: ma allora perché il *pactum* non era valido se fatto dopo l'*immixtio*?

[53] *Beneficium* 206 s.

della menzione del *beneficium* dell'*heres necessarius*, anche se è doveroso cancellare la terminologia *beneficium separationis*. Il Solazzi [54] accede, infatti, oggi, alla mia tesi, anche se lascia in sospeso la questione della ricostruzione del frammento [55]. Ma, in verità, a me basta che egli ammetta che l'*heres necessarius*, se *minor annis*, poteva essere restituito *in integrum* nel *beneficium*, per poter escludere che questo sia mai consistito nel semplice diritto di non essere sottoposto alle successive *bonorum venditiones*. Possiamo credere, infatti, che il *minor XXV annis* chiedesse la *restitutio* nella *potestas abstinendi* o nel *beneficium* di cui parla Gai 2.155, ma è incredibile che egli chiedesse, dopo l'*immixtio* e prima della *bonorum venditio*, il *beneficium* ipotizzato dal Solazzi: tutt'al piú il pretore lo avrebbe concesso, *causa cognita*, dopo che i creditori ereditarî avessero chiesto ed ottenuto l'ulteriore *bonorum venditio*.

5. — D. 42.6.1.18 viene fortemente criticato dal Solazzi [56]. Ma, in fondo, queste critiche concordano con le mie [57], salvo che su un punto, che merita di essere discusso.

Io ho sostenuto che il par. 1.18 è tutto un elaborato postclassico, anzi mi sono meravigliato [58] perché il Solazzi [59], pur tendendo con tutto il suo ragionamento a demolirlo, argomentava da esso a sostegno della tesi per cui l'editto *de separatione* fu unico e generico (« *bonorum*

[54] *Concorso* 4.83 s.

[55] In *Beneficium* 211, io ho proposto la seguente ricostruzione: *Sed et si hereditatem minor adiit minus lucrosam, succurritur ei* [—]. *idem et in* [—] ⟨*filio, qui se paternae hereditati miscuit*⟩. *non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati, sed et si aliquis sit ex necessariis minor annis, simili modo restitutionem impetrabit, veluti si servus sit cum libertate institutus.* [—]. Il SOLAZZI 84 nt. 3, nota che « di eredi necessarii, oltre il *suus* ricordato a parte, esisteva soltanto il *servus cum libertate institutus*. Ciò posto, chi vorrà menar buono il discorso *si aliquis sit ex necessariis . . . veluti si servus sit . . .?* ». L'obbiezione non mi par buona. Ulpiano non parla, in questo frammento, delle « categorie » dei *necessarii* (che son due soltanto: *heredes sui et necessarii* e *heredes necessarii*) ma delle « persone » dei *necessarii*, che possono esser svariate, ed infine, *exempli gratia*, egli fa il caso di un *servus cum libertate institutus minor annis*. *Simili modo*, attaccato dal BESELER (*ZSS*. 53 [1933] 24), è un vago indizio (glossema?), che non intacca la sostanza della mia ricostruzione.

[56] *Concorso* 4.81 s.

[57] *Beneficium* 223 s.

[58] *Beneficium* 222.

[59] *Dir. ered.* cit. 261 s.

*separationem permittam* »). Ora ecco che il Solazzi [60] mi risponde che il paragrafo « non è interamente genuino, ma neppure si dimostra del tutto insiticio ».

Occorre, perciò, riesaminare in breve il problema dell'editto *de separatione*, per accertare, in particolare, se l'editto fu unico, ed in questo caso se esso fu generico, come il Solazzi ritiene, o specifico (cioè specificamente diretto a favore dei creditori ereditarî), come io ho sostenuto.

A) È indiscutibile che la *separatio bonorum* era concessa, con un decreto del pretore o del *praeses provinciae* [61], ai creditori ereditarî [62]. Il pretore accordava la separazione *causa cognita*, cioè dopo aver accertato il fondamento della richiesta dei creditori ereditarî [63].

CI. 7.72.2 (Gordian. Aristoni): *Est iurisdictionis tenor promptissimus indemnitatisque remedium edicto praetoris creditoribus hereditariis demonstratum, ut, quotiens separationem bonorum postulent, causa cognita impetrent . . .*

Prescindendo per ora dalla supposta *separatio* in pro dell'*heres necessarius*, rileverò che tutti gli altri casi di concessione della *separatio bonorum* portati dalle fonti sono indubbiamente postclassici [64]. Unica eccezione, che altrove ho avuto il torto di non vedere [65], è quella dei *legatarii*, negata dal Bonfante [66], ma giustamente difesa dal Biondi [67] e dal Solazzi [68]. Decisivo in proposito è:

D. 42.6.6 (Iul. 46 *dig.*): *Quotiens heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem aequum est, ita ut, cum [in] creditoribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quaeratur.*

B) Accertato che il diritto classico non conobbe (fuori del caso dell'*heres necessarius*) altre ipotesi di *separatio bonorum*, se non a fa-

[60] *Concorso* 4.82.

[61] Cfr. D. 42.6.1.1 e 14 su cui SOLAZZI, *Concorso* 4.7.

[62] Cfr. 42.6.1.1.

[63] *Beneficium* 221 e ora SOLAZZI, *Concorso* 4.8 s. (v. invece BONFANTE, *Corso* 6.392).

[64] *Beneficium* 217 s.: v. ora SOLAZZI, *Concorso* 4.7 s.

[65] *Beneficium* 217 nt. 3.

[66] *Corso* 6.357 s.

[67] *Corso* cit. 188.

[68] *Concorso* 4.12 s., con ampia e convincente argomentazione.

vore dei creditori ereditarî e dei legatarî, si tratta di vedere qual sia potuta essere la promessa edittale, se duplice o unica, generica o specifica [69].

Il Solazzi, dopo aver affermato [70] che l'editto era unico e generico e che perciò i creditori ereditarî non vi erano affatto nominati, chiarisce oggi [71] che, con ogni probabilità, i creditori ereditarî furono nominati nella *demonstratio* della clausola edittale, ma non lo furono di certo nella clausola stessa. I suoi argomenti rimangono in sostanza quelli di un tempo: 1) il tenore di D. 42.6.1.2, 5, 6, ove si discute del diritto di chiedere la separazione da parte dei creditori dell'erede; 2) il tenore di D. 42.6.1.18, ove si parla dell'analogo diritto dell'*heres necessarius*; 3) il fatto che, se anche i predetti paragrafi sono alterati, è certo che neanche i postclassici avrebbero proposto il quesito sulla impetrabilità della separazione da parte dei creditori dell'erede, se nell'editto il beneficio fosse stato attribuito espressamente ai creditori ereditarî [72].

Questi argomenti non mi convincono. Io seguito pertanto a ritenere che l'editto *de separatione*, certamente unico, promise specificamente la *separatio* ai soli creditori ereditarî. Ciò per le seguenti considerazioni.

*a*) D. 42.6.1.2 è genuino, ma basta leggerlo, per vedere che esso non apre una questione circa la spettanza della *separatio bonorum* anche ai creditori dell'erede: esso si limita a chiarire il perché i creditori dell'erede non siano ammessi a chiedere la separazione [73].

*b*) D. 42.6.1.5 è interamente postclassico [74], e del pari postclassica

[69] Per l'unicità dell'editto ed il suo carattere generico, v. già BONFANTE, *Corso* 6.391, che si fonda sulla molteplicità delle questioni discusse in tema di legittimazione attiva alla *separatio* (ma v. *infra* quanto osserveremo contro l'analogo argomento del Solazzi), nonché sul *decretum praetoris* da emettere caso per caso (ma v., a chiarimento del *decretum praetoris*, *Beneficium* 221 e *retro sub* A).

[70] *Dir. ered.* cit. 261 s.

[71] *Concorso* 4.9 s. e 10 nt. 2.

[72] Ciò non toglie che fosse lecita la mia meraviglia, nel vedere che il Solazzi, in *Dir. ered.* cit., argomentava da luoghi che egli stesso riteneva alterati, attribuendoli ad Ulpiano (il che vale, in particolare, per D. 42.6.1.18).

[73] D. 42.6.1.2: *Ex contrario autem creditores Titii* (dello erede) *non impetrabunt separationem* ... Il resto del paragrafo è probabilmente spurio: SOLAZZI, *Concorso* 4.20 s.

[74] Cfr. SOLAZZI, *Concorso* 4.21 s.

è la chiusa [75] di D. 42.6.1.6 [76]. Il Solazzi si contenta di questa constatazione per escludere che l'editto classico, riportato da Ulpiano, potesse menzionare esplicitamente i creditori ereditarî, perché la questione sarebbe stata risolta *ab initio* ed i postclassici non si sarebbero affaticati a discuterla (« il sole è veduto da tutti che non son ciechi, e ciechi non erano i giuristi della decadenza ») [77]. Io trovo alquanto strano che i giuristi della decadenza siano caratterizzati come persone che non abbiano mai sollevato di questioni oziose, e tanto piú strano ciò mi risulta, in quanto è lo stesso Solazzi [78] a rivelarci che nel § 2 è certamente genuino il diniego della *separatio* ai creditori dell'erede: sarebbe dovuto bastar questo perché i glossatori postclassici non sollevassero la questione. È noto, invece, che la scuola postclassica ha sempre operato, a margine dei testi classici, in ben altra maniera: non è impossibile, perciò, che anche in questo caso, malgrado l'esplicitezza della clausola edittale, relativa ai soli creditori ereditarî, un lettore della decadenza si sia posto il quesito se, tuttavia, il beneficio fosse da estendere, sotto certe condizioni, agli stessi creditori dell'erede.

*c*) Da D. 42.6.1.1, ma sopra tutto da CI. 7.72.2 [79] risulta piú che chiaramente che l'editto concedeva la *separatio* ai creditori ereditarî: sino a prova contraria (e tali non sono le discussioni postclassiche circa la legittimazione attiva alla *separatio*) dobbiamo, dunque, ritenere che la concessione fosse specifica nella clausola edittale, e non generica. Non si opponga che in diritto classico la separazione spettava anche ai legatarî [80], perché si può agevolmente rispondere che l'editto parlò dei soli creditori ereditarî per il fatto che *hereditariarum actionum loco habentur et legata, quamvis ab herede coeperint* [81].

C) Ora veniamo a D. 42.6.1.18. Come prima dicevo, vi è perfetto accordo tra il Solazzi e me [82] nel ritenere ampiamente sospetto tutto il paragrafo, salvo che il Solazzi non esclude che vi siano elementi genuini e ritiene: 1) che il paragrafo possa avere originariamente descritto il

[75] *Creditoribus quoque huiusmodi heredis desiderantibus hoc idem praestandum puto, licet ipse non desideravit, ut quasi separatio quaedam praestetur.*

[76] Sul punto, *Beneficium* 218 e, da ultimo, SOLAZZI 22 s.

[77] *Concorso* 4.10 nt. 1.

[78] *Concorso* 4.21 s.

[79] V. *retro sub* A.

[80] V. *retro sub* A.

[81] Cfr. D. 44.7.40 (Paul. 11 *ad ed.*). V. lo stesso SOLAZZI 15.

[82] *Beneficium* 223 s.

*beneficium* dell'*heres necessarius* col contenuto da lui ipotizzato; 2) che esso concorra a dimostrare l'unicità e la genericità dell'editto *de separatione*.

A mio parere, invece, il paragrafo è totalmente glossatorio, pur esprimendo in sostanza il contenuto del *beneficium* dell'*heres necessarius*, e non fa assolutamente prova a favore della tesi della genericità dell'editto sulla *separatio bonorum*.

*a*) Il § 18 non è solo sospettabile per motivi intrinseci, ma anche per una ragione sistematica, e cioè perché si trova alla fine dell'*excursus* ulpianeo riportato in D. 42.6.1, fuori della sua logica *sedes materiae* (§§ 5-9: legittimazione attiva alla *separatio*). Dire, pertanto, che esso non si dimostra in tutto insiticio, mi pare contraddittorio, perché si ammette che Ulpiano abbia potuto discutere di un caso di separazione fuori della *sedes materiae* del suo commentario, mentre questo motivo sistematico è stato addotto proprio per confermare la critica esegetica del testo [83]. O si ritiene che l'editto *de separatione* conteneva per lo meno due clausole, una delle quali specificamente relativa al *servus cum libertate institutus* [84], o si deve concludere che il paragrafo è totalmente insiticio, che cioè Ulpiano non lo ha scritto. Dato che forti elementi di sospetto gravano su D. 42.6.1.18, dato che il tono di esso (*sciendum est, impetrari posse*) fa piuttosto pensare all'espressione di un parere dottrinale che non all'esposizione di una clausola dell'editto [85], dato infine che, come si è visto, vi sono buoni indizi per ritenere che l'editto *de separatione* fu unico e riguardò esplicitamente i creditori ereditarî, pare a me che la seconda soluzione si imponga. Il § 18 è, con tutta probabilità, un glossema marginale al commentario ulpianeo, penetrato nel testo attraverso la tradizione manoscritta.

*b*) L'ipotesi che Ulpiano sia stato completamente estraneo alla redazione del § 18 si rafforza in base alla considerazione che, con tutta evidenza, la giurisprudenza classica sviluppò la dottrina del *commodum* dell'*heres necessarius* in stretta analogia col *beneficium abstinendi* dell'*heres suus et necessarius* [86] e che la terminologia *separatio, beneficium separationis* applicata al nostro istituto appare, oltre che nel § 18, sol-

[83] *Concorso* 4.82 s.

[84] In questo caso potrebbe pensarsi che Ulpiano, dopo essersi occupato in tutti i suoi aspetti della *separatio bonorum* concessa ai creditori, sia passato al commento della seconda clausola edittale (*separatio* del *necessarius*).

[85] V. in proposito lo stesso SOLAZZI 81 s.

[86] *Beneficium* 214 s. Il SOLAZZI 94 s., giudica la tesi molto probabile.

tanto in un punto assai sospettabile di D. 4.4.7.5 [87]. Fa specie trovare il *commodum* dell'*heres necessarius* sistemato in calce alla dottrina della *separatio bonorum*, né deve opporsi [88] che, tuttavia, non si vede perché i giuristi postclassici abbiano potuto aver un motivo di sistemarlo in quella sede: la faciloneria della scuola postclassica è appunto consistita nell'estendere oltre ogni limite i casi classici di *separatio bonorum*, sino a considerarla concedibile persino all'erede [89], e sino a classificare come *separatio* il *beneficium* dell'*heres necessarius*, che per i classici *separatio* non era [90].

*c*) Della genuinità sostanziale delle notizie forniteci dal § 1.18 non vi è motivo di dubitare, perché esse ci sono confermate da altri frammenti [91]. Ma nessuno vorrà dire, tuttavia, che i postclassici non abbiano fortemente inquinato l'istituto classico, se è vero che ne hanno fatto un caso di *separatio bonorum*. La terminologia *beneficium separationis* deve pertanto scomparire dai manuali romanistici e deve, nel contempo, concludersi che cade l'ultimo motivo che è stato avanzato a sostegno della tesi che la clausola edittale *de separatione* sia stata generica e non abbia esplicitamente promesso il rimedio ai soli creditori ereditarî.

*d*) Abbiamo, in conclusione, una ragione di piú per ritenere che il *commodum* dell'*heres necessarius* fu, in diritto classico, proprio quello che ci è descritto da Gai 2.155.

6. — L'argomento fondamentale, « decisivo », che ha indotto una prima volta il Solazzi a dubitare della classicità del *commodum* dell'*heres necessarius* [92] e che lo porta ora a configurare l'istituto classico

[87] V. *retro* n. 4 e, *amplius*, *Beneficium* 206 s., 215 s.

[88] *Concorso* 4.95: « i postclassici potevano estendere la legitimazione dove non era riconosciuta dal diritto classico, ma non avevano da estendere nulla all'erede necessario, se a lui, come pensa il Guarino, tutta era già stato attribuito dal diritto classico ».

[89] *Beneficium* 217 s., *Concorso* 4.16 s.

[90] Mi pare che queste ragioni siano alquanto piú « plausibili » di quelle addotte dal Solazzi 95, per sostenere la genesi dell'insegnamento di D. 42.6.1.18, tanto piú che il Solazzi tralascia inesplicabilmente di spiegare perché mai il *commodum* da lui ricostruito, che non ha assolutamente nulla a che fare con la *separatio bonorum*, sarebbe stato esposto da Ulpiano giusto nel commento dell'editto *de separatione*.

[91] V. *retro* n. 3 e 4.

[92] V. anche *Concorso* 1.104.

nella maniera dianzi esposta e criticata, è quello del carattere totalitario della *bonorum venditio*[93]. « La *bonorum venditio* in blocco è un istituto moralmente ed economicamente schiacciante. Noi possiamo spiegarne l'esistenza, finché pensiamo che fosse imposta da una concezione giuridica inderogabile. Ammessa una deroga in vantaggio del liberto, a cui torna utile la vendita parziale, il pretore non avrebbe potuto né voluto rifiutarla al cittadino ingenuo, che mai piú, dopo quello strappo, avrebbe tollerato si vendessero tutti i suoi beni, senza diritto al supero, mentre una parte di essi fosse bastata a soddisfare i creditori ».

A questa obbiezione, indubbiamente molto grave, che non potei fare a meno di prevedere io stesso, risposi[94] con le seguenti considerazioni: 1) che contro di essa parla, chiaro e risoluto, il linguaggio dei testi; 2) che l'eccezione non può atterrire al punto da negarne la classicità, perché essa conferma la regola; 3) che invocare il concetto della universalità della *bonorum venditio*, desumibile a sua volta dalle applicazioni a noi note, per condannare il *commodum* dell'*heres necessarius*, significa involgere una petizione di principio; 4) che l'istituto stesso dell'*heres necessarius* è tutto informato ad un carattere di eccezionalità, importando anzitutto un grave strappo alle disposizioni della *lex Aelia Sentia*, contrarie alle manomissioni *in fraudem creditorum*; 5) che si conosce per lo meno un altro caso classico di *bonorum venditio* non totalitaria, il caso del *suspectus heres* che non abbia prestato la *satisdatio*.

Oggi il Solazzi[95] mi fa l'onore di combattere punto per punto gli argomenti con cui — secondo egli dice — io ho pensato di « girare l'insuperabile baluardo della *bonorum venditio* abbracciante l'intero patrimonio del debitore »[96]. Ma, in verità, io mi permetto di credere che, dopo la rinnovata esegesi dei testi, i miei argomenti potranno essere dimostrati, in poche parole, ancora capaci di superare il baluardo della totalitarietà della *bonorum venditio*.

*a*) Il Solazzi, pur riconoscendo che le sue critiche testuali di un tempo sono state alquanto eccessive, nega che i testi da me addotti (cioè Gai 2.155, D. 2.14.7.18, D. 4.4.7.5) siano tali da resistere impavidi ad

[93] *Concorso* 4.72 s.

[94] *Beneficium* 212 s.

[95] *Concorso* 4.86 s.

[96] Una osservazione che mi permetto di fare è che non si possono stabilire a priori, nella discussione di problemi storici, « baluardi insuperabili »: nessuna fonte ci attesta direttamente che, per tutto il periodo classico, la *bonorum venditio* fu, senza eccezioni, totalitaria.

ogni tentativo di critica. Da parte mia, continuo invece a ritenerlo, dopo il riesame cui i testi in parola sono stati sottoposti in questa sede, e dopo che, in particolare, ho avuto il modo di indicare che il *beneficium* del *servus cum libertate institutus* probabilmente fu proprio quello configurato da Gaio, ma certamente non poté essere quello ipotizzato dal Solazzi [97].

*b*) Secondo il Solazzi, non vale dire che l'eccezione, in fin dei conti, conferma la regola, perché « l'eccezione postulata dal Guarino [98] avrebbe spezzato la colonna vertebrale del processo classico », e perché « la struttura della *bonorum venditio* respingeva ogni compromesso: o essere totalitaria o non essere ». Obbietterò, parafrasando quanto ho già detto altra volta, che questo significa levare a regola di diritto romano le esigenze piú o meno logiche del nostro pensiero. A parte il fatto che i testi romani (sino ad una prova contraria che ancora non è stata data) dimostrano ad usura che la colonna vertebrale del processo romano non fu spezzata, per tutto il periodo classico, dal caso eccezionale del *commodum* dell'*heres necessarius*, a me pare che la concezione che il Solazzi ha della procedura concorsuale sia troppo rigida, cioè piú informata a criterî di logica astratta che di comprensione storica dell'istituto [99]: i germi dell'evoluzione della procedura della *bonorum venditio*, che da totalitaria divenne (in periodo postclassico) parziale, sono proprio da vedersi nei casi classici di *distractio bonorum* (*ex senatusconsulto*, *ex edicto*, *ex privato consilio*) [100], nonché nella ipotesi, certamente classica, di vendita dei *bona defuncti* in caso di successione dell'*heres necessarius*, ed in quella, molto probabilmente genuina, di ven-

[97] V. *retro* n. 4 e *infra* n. 7.

[98] In verità, l'eccezione non è stata postulata da me, ma è testimoniata da Gaio e da Ulpiano.

[99] Il SOLAZZI 86, critica con le seguenti parole la mia osservazione innocente che l'eccezione conferma la regola: « il principio logico che l'eccezione conferma la regola è inutile per noi che studiamo il diritto romano non nel suo valore statico ma nella sua evoluzione multisecolare ». Rileverò che la mia osservazione si riferiva ad una fase staticamente considerata dell'evoluzione del diritto romano, cioè al periodo classico. Ma osserverò sopra tutto che, sul piano storico, nessuna « evoluzione » è pensabile che non si basi su di un processo piú o meno lungo: niente di male, perciò, se al concetto postclassico della *bonorum venditio* parziale si sia giunti anche a causa dello spunto fornito da qualche isolata, eccezionale ipotesi classica di *venditio bonorum* non totalitaria.

[100] Su questi casi di *distractio bonorum* v., da ultimo, SOLAZZI, *Concorso* 2. 199 s., 3.1 s.

dita dei *bona hereditatis* in caso di *missio in bona* del *suspectus heres*. Ed aggiungerò che non credo affatto, a costo di rimanere solo con il *Iudaeus Apella*, che « con questa eccezione il sistema in breve tempo sarebbe crollato, perché i cittadini ingenui avrebbero, e vittoriosamente, reclamato a loro vantaggio quella vendita parziaria che fosse stata concessa allo schiavo »: i cittadini ingenui erano liberissimi di non accettare o di astenersi, a differenza del *servus cum libertate institutus*, e ci volle perciò molto tempo, con il concorso di molte altre circostanze, perché il principio della *venditio bonorum* parziale divenisse la regola.

*c*) Ritiene il Solazzi che la mia difesa di Gaio e di altri testi classici sarebbe sostenibile soltanto se ammettessi che « la separazione si applichi solamente agli acquisti fatti dopo la *bonorum venditio* »; in caso diverso sarebbe stato necessario un editto per l'*heres necessarius*, a maggior ragione che per la *separatio* dei creditori ereditarî, che implicava una anomalia meno grave: « l'inesistenza dell'editto in ordine alla *separatio* dell'*heres necessarius* è vera, ma depone contro la tesi del Guarino »[101]. Ora, anzitutto è inesatto che io consideri il *commodum* dell'*heres necessarius* come un caso di *separatio*, almeno per il diritto classico[102]: io ho sostenuto che il *commodum* dell'*heres necessarius* fu, invece, sviluppato dalla giurisprudenza classica in istretta analogia con il *ius abstinendi* degli *heredes sui et necessarii*[103]. Quanto alla mancanza di un editto in ordine a questa ipotesi, farò rilevare che essa non è poi tanto grave perché: 1) l'editto del pretore, ed in particolare l'editto adrianeo[104], non prevedeva tutti indistintamente i casi che potessero succedere, ma soltanto i casi piú frequenti, l'*id quod plerumque accidit*, ed il caso di istituzione di un *servus cum libertate* da parte di un debitore insolvente o pauroso di esserlo non doveva essere eccessivamente frequente[105]; 2) tutto l'istituto dell'*heres necessarius* è un istituto di creazione e sviluppo giurisprudenziale, dimodoché si può ben ammettere che qui, come in moltissime altre ipotesi, l'unanimità

[101] Ciò confermerebbe che io avrei « male apprezzato la gravità e le conseguenze della mia tesi »: SOLAZZI 89.

[102] V. *retro* nt. 18.

[103] V. anche *retro* n. 5 *sub* C.

[104] Non è probabile, ma non si può nemmeno escludere che una clausola relativa al *commodum* dell'*heres necessarius* sia caduta, come poco importante in pratica, nel corso del I sec. d.C.

[105] Basti pensare alla scarsezza delle fonti (fonti, peraltro, molto precise e attendibili!) sull'istituto.

della giurisprudenza [106] abbia reso il pretore ancor meno proclive ad inserire il *commodum* del *necessarius* nel suo editto; 3) la brevità del tempo intercorrente tra la morte del defunto ed il momento della *venditio* doveva rendere estremamente improbabile l'ipotesi che il *necessarius* avesse, al momento della *venditio*, qualcosa in piú dei *bona defuncti*, ragion per cui ancor piú rara era la possibilità pratica di una eccezione al principio dell'universalità della *bonorum venditio* [107]. Tutti argomenti, come si vede, che possono ben spiegare l'inesistenza dell'editto speciale relativo al *necessarius* ed al suo *commodum*.

*d*) Avendo io indicato un altro probabile caso di *venditio bonorum* parziale (fondandomi sul fatto che né il Ferrini [108], né il Fadda [109], né lo stesso Solazzi [110] hanno potuto addurre argomenti a sostegno della tesi che in D. 42.5.31.3, relativo alla *missio* dei creditori dell'*heres suspectus in bona hereditatis*, *hereditatis* sia il frutto di una alterazione giustinianea), mi oppone oggi il Solazzi [111] che, « se è impossibile la prova diretta di un emblema che si riduce all'inserzione di una parola, guarderemo al processo romano fermo ' come torre che non crolla giammai la cima per soffiar di venti ' ». Se a questa risposta aggiungo il fatto che l'unico appiglio per criticare D. 42.5.31.3 era stato, per il Solazzi, il presunto carattere postclassico dell'altra eccezione alla totalitarietà della *bonorum venditio*, cioè del *commodum* dell'*heres necessarius*, potrò anche dire, oggi, che chi nega, malgrado i testi, la classicità di qualche eccezione alla regola della *venditio bonorum* universale [112] (considerando quest'ultima come una « torre inespugnabile », che « ri-

[106] Gai 2.155 non accenna a controversie sul punto, ma ricorda solo la isolata opinione di Sabino, riportata da Fufidio, per cui l'*heres necessarius* doveva essere esentato dall'*ignominia ex venditione bonorum*. Questo dimostra che la giurisprudenza classica era d'accordo nel senso che si dovesse favorire l'*heres necessarius*.

[107] Vedremo però *infra* n. 7 perché l'istituto conservava tuttavia valore pratico e perché, in pratica, i creditori dovevano indursi, nella maggior parte dei casi, a concludere un concordato con l'*heres necessarius*, rendendosi ancor meno frequente la possibilità della *bonorum venditio*.

[108] *Opere* 4.185 nt. 3.

[109] *Dir. ered.* 2.350 nt. 1.

[110] *Concorso* 1.102 s.

[111] *Concorso* 4.89 s.

[112] Voglio chiarire che, malgrado la indubbia classicità del *commodum* dell'*heres necessarius*, io ritengo tuttavia possibile (ma non credo che si possa fare di piú, allo stato delle fonti) la non classicità di *hereditatis* in D. 42.5.31.3. Il principio della universalità della *bonorum venditio* è veramente un argomento molto grave per ritenerlo, data la mancanza di altre esplicite attestazioni in proposito.

getta la bestemmia che il successore universale, pur essendo unico, raccolga una parte sola dei beni del successore » [113]) si dimostra animato da qualche « pregiudizio » e disposto a qualche « sofisma » molto piú, certamente, di me. Se la mia tesi è blasfema, andrò all'Inferno con Gaio e con Ulpiano, che me l'hanno dettata [114].

7. — Potrei anche concludere su questo argomento, se l'alta autorità del mio contraddittore non mi consigliasse di esaminare piú da vicino la ricostruzione che il Solazzi [115] propone per il *commodum* dell'*heres necessarius* nel diritto classico.

« Elementi preziosi » per la ricostruzione del diritto classico sarebbero, secondo il Solazzi, i seguenti, a ciascuno dei quali farò seguire le mie osservazioni.

*a*) « Il *reserventur* di Gai 2.155 torna piú acconcio per gli acquisti futuri, cioè posteriori alla *bonorum venditio* ». Abbiamo già detto, peraltro, perché questa affermazione non possa essere accolta [116].

*b*) L'importanza pratica del *commodum* dell'*heres necessarius* è fatta consistere, da Gai 2.155, nella conservazione dei beni acquistati dopo la *bonorum venditio*: *et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient* [117]. Questo dice il Solazzi, il quale tralascia peraltro di considerare che Gai 2.155 espone anzitutto, come contenuto del *commodum* dell'*heres necessarius*, il vantaggio di sottrarre i beni acquistati *post mortem patroni*, anche *ante*

[113] *Concorso* 4.90.

[114] Altre obbiezioni, meno gravi, del SOLAZZI 90, sono: 1) che non si può pretendere che il *commodum* dell'*heres necessarius*, solo perché era una deroga al divieto delle manumissioni fraudolente, dovesse importare anche una deroga (tanto piú grave) al principio della totalitarietà della *bonorum venditio*; 2) che l'ordinamento giuridico romano, se voleva cercare l'istituto dell'*heres necessarius*, non poteva fare a meno di prescindere dal divieto delle manumissioni fraudolente « e non era invece costretto a rinnegare la universalità della *bonorum venditio*, perché il servo poteva essere il cireneo destinato a portare la croce dell'infamia anche senza il palliativo del *commodum separationis* o con un *commodum* piú esiguo ». Ma queste sono critiche alle soluzioni accolte, nella nostra materia, dall'ordinamento giuridico romano: non sono elementi che scalzino il « wie es eigentlich gewesen » della nostra (ben facile) ricostruzione, tanto piú che resta ancora da dimostrare che il *commodum* del *necessarius* fosse diverso da quello descritto da Gai 2.155.

[115] *Concorso* 4.90 s.

[116] V. *retro* n. 3 *sub* A.

[117] Il Solazzi ricorda anche la frase *cum ceterorum rell.*; per quanto — come egli riconosce — non genuina.

*bonorum venditionem*, all'assalto dei creditori. Che il *commodum* non potesse consistere solo nella esclusione delle ulteriori *bonorum venditiones*, lo si è già visto [118] e lo si vedrà fra poco.

*c*) Aggiunge il Solazzi che la frase *et suum heredem et servum necessarium pure scriptos paciscentes priusquam se immisceant* di D. 2.14.7.18 « non indica né la specie né l'ampiezza del diritto a cui l'erede necessario rinuncia in cambio della riduzione dei debiti concordata coi creditori », e che pertanto il *commodum* può ben essere consistito nel « diritto a non essere molestato con le vendite successive ». Potrei rispondere che, se D. 2.14.7.18 non indica esplicitamente specie ed ampiezza del *commodum* del *necessarius*, l'una e l'altra ci sono indicate dalla parte inattaccabile di Gai 2.155. Preferisco invece porre ancora una volta in rilievo che il fr. 7.18 indica implicitamente quale poté essere il *minimum* irriducibile del *beneficium* [119]. Si pensi, infatti: 1) che parlando il fr. 7.18 di un *pacisci priusquam se immisceat*, lascia intendere che il *servus cum libertate institutus* godeva certamente anch'egli (come il *suus et necessarius*) di un qualche *beneficium*, che avrebbe perduto se si fosse immischiato nell'eredità; 2) che nel *pactum ut minus solvatur* i creditori negoziavano, evidentemente in cambio di una contropartita dell'*heres necessarius*, la propria rinuncia ad esigere l'intero [120], cioè acconsentivano a ridurre i loro crediti alla misura delle facoltà dell'erede; 3) che, riducendo i creditori ereditarî i loro crediti alla misura delle facoltà dell'erede, questo era messo in grado di pagare e di evitare la *bonorum venditio*; 4) che, pertanto, la contropartita dell'*heres necessarius*, nel *pactum ut minus solvatur*, non poteva essere il diritto di sottrarsi alle ulteriori *bonorum venditiones* dopo la prima, ma doveva essere qualcosa di piú, cioè il diritto di sottrarre alla prima *bonorum venditio* qualche cespite piú o meno grande; 5) che, dunque, l'*heres necessarius* dovette per lo meno godere del *commodum* di sottrarre alla procedura concorsuale i beni acquistati dopo la morte del patrono [121].

[118] *Retro* n. 4.

[119] Anche se non avessimo a nostra disposizione Gai 2.155, potremmo desumere il contenuto minimo del *commodum* dell'*heres necessarius* dal fr. 7.18. Gai 2.155 ci accerta della esattezza del ragionamento.

[120] Sostanzialmente il *pactum quo minus solvatur* altro non era che un *pactum de non petendo* parziale.

[121] Insisto su questi punti, perché essi rappresentano l'argomento fondamentale contro la teoria del Solazzi. Qui vorrei prevenire l'obbiezione che, come ho

*d*) Secondo il Solazzi, l'inserzione di *post mortem patroni* in Gai 2.155 dimostra che un glossatore avrebbe voluto mutare il *terminus post quem* degli acquisti riservati all'erede. Ma *post mortem patroni* è cilmente confutabili [6]. L'Ambrosino, rifuggendo dall'ammettere che la vati all'erede è stato fissato da Gaio e ce lo conferma il fatto che la frase si incontra, tal quale, in Inst. 2.19.1 [123].

*e*) Anche l'affermazione che « col medesimo fine è stato privato del termine di riferimento il *postea* di D. 42.6.1.18 » non è da seguire. Il fr. 1.18 è glossatorio e non fa prova per il diritto classico, ma tutt'al piú può servire a confermarlo: il *postea*, nella sua genericità (che è indizio di mano postclassica), conferma il *post mortem patroni* di Gaio.

*f*) Dal presunto carattere spurio di *post mortem patroni* il Solazzi trae la conseguenza che, in 2.155, anche *sive ante bonorum venditionem*

detto poc'anzi io stesso (*retro* n. 6 *sub* c), molto poco nella stragrande maggioranza dei casi avrebbe guadagnato l'*heres necessarius* nel breve lasso di tempo intercorrente tra la morte del defunto e la *missio in bona* dei creditori ereditari, e che pertanto ben di rado egli avrebbe avuto qualcosa da offrire come contropartita ai creditori ereditari, per indurli al patto. Questa obbiezione, tuttavia, lo si riconosca, varrebbe soltanto a dimostrare che i *pacta ut minus solvatur* con l'*heres necessarius* furono in pratica rarissimi, perché nessuno potrebbe mai dirmi che i creditori ereditari si potessero indurre al *pactum* senza una qualche contropartita (salvi i casi in cui lo concludessero per evitare il dispendio della procedura esecutiva), tanto piú che il *priusquam se immisceat* (*conditio sine qua non* per il *pactum ut minus solvatur* giudiziale) conferma che la contropartita doveva esservi. Ma io ritengo che, invece, i *pacta ut minus solvatur*, giudiziali e stragiudiziali, tra erede necessario e creditori dell'eredità fossero, in pratica, molto piú frequenti, perché ritengo che, morto il patrono, l'*heres necessarius* poteva anche procurarsi qualche somma a credito (per esempio, a titolo di mercede anticipata per il suo futuro lavoro) onde dar corpo alla contropartita da offrire ai creditori ereditari per indurli a concludere il concordato: questo egli non avrebbe fatto, né potuto fare, se i creditori avessero avuto senz'altro diritto di procedere su tutti i suoi beni, e non sui soli *bona defuncti*.

[122] V. *retro* n. 3 *sub* D.

[123] La coincidenza tra le Istituzioni giustinianee e quelle gaiane non è affatto una prova provata della genuinità dei passi di queste ultime: anch'io ritengo, con il Solazzi, che essa non sia decisiva. Ma quando la coincidenza v'è, e perdippiú è dimostrato che Gaio non ha detta una sciocchezza, scrivendo *post mortem patroni*, le cose cambiano e la coincidenza dei testi diviene elemento di prova pieno. Nelle Istituzioni gaiane e giustinianee non si parla di « morte del patrono quando il morente non è patrono » (cosí il SOLAZZI 91 nt. 1), ma si parla di acquisti fatti dopo la morte del patrono, cioè quando il defunto (non « il morente ») è diventato patrono.

*sive postea* è alterato, ed afferma che Gaio ebbe a scrivere: *ea, quae post bonorum venditionem sibi adquisierit, ipsi reserventur*. Caduta la premessa, cade anche la conseguenza [124]: come *post mortem patroni* è genuino, cosí non può sostenersi alterato *sive ante bonorum venditionem sive postea*. La ricostruzione proposta dal Solazzi è da ripudiare.

g) A conforto della sua ricostruzione del classico *beneficium* dell'*heres necessarius*, il Solazzi chiama D. 42.3.7 (Mod. 2 *pand.*), un testo dal quale risulta che il pretore ammetteva la rinnovazione della *bonorum venditio, si tales facultates adquisitae sunt debitori, quibus praetor moveri possit* [125]: quest'ultima restrizione « dimostra che il decreto di immissione era preceduto da una *causae cognitio*. E da questa indagine può essere uscita la prassi di negare ai creditori insoddisfatti nella prima *bonorum venditio* ottenuta contro l'erede necessario la facoltà di perseguirlo ulteriormente ». Senonché può tutt'al piú concedersi al Solazzi che il passo di Modestino parlasse realmente in origine della rinnovazione della *venditio* contro l'*heres necessarius* [126], ma non può concedersi che alla facoltà di non essere sottoposto ad ulteriori *bonorum venditiones* si riducesse il *commodum* dell'*heres necessarius*.

Esaurita la disamina dei nuovi argomenti del Solazzi, posso dunque concludere con tutta sicurezza, confermando in pieno la mia tesi sul *commodum separationis* dell'*heres necessarius*.

[124] Conseguenza, del resto, che mi pare essere stata tratta non molto rigorosamente dalla premessa.

[125] La frase è probabilmente non genuina, ma il Solazzi la ritiene classica nella sostanza: v. da ultimo *Concorso* 4.93 e nt. 1.

[126] *Concorso* 4.93.

# « IN IURE CESSIO HEREDITATIS »

1. — Il regime della *in iure cessio hereditatis* (*ich.*) nel diritto romano classico è attestato, in maniera sostanzialmente identica, da Gai 2.35-37 e 3.85-87, nonché da Ulp. 29.12-15.

Dai predetti testi risulta che l'*ich.*: *a*) operata dall'*heres legitimus* prima dell'adizione, fa passare al cessionario il titolo di erede e il patrimonio ereditario in blocco (ivi compresi crediti e debiti); *b*) operata dall'*heres scriptus* prima dell'adizione, è nulla; *c*) operata *post aditionem*, dall'*heres legitimus* o dall'*heres scriptus*, determina il trapasso al cessionario dei soli *corpora hereditaria*, mentre il cedente *permanet heres*, rimanendo obbligato verso i creditori ereditarî, e mentre invece i crediti dell'eredità si estinguono; *d*) operata dall'*heres suus et necessarius* e dall'*heres necessarius*, è nulla secondo i Sabiniani, mentre per i Proculiani produce gli stessi effetti di quella fatta dall'*heres extraneus post aditionem*.

Molte sono, almeno in apparenza, le singolarità di questo regime giuridico. Tuttavia, assai giustamente ha sostenuto l'Ambrosino [1], che è il piú recente studioso della materia, che prima di gridare allo scandalo occorre tentar di vedere se le particolarità dell'*ich.* possano trovare una spiegazione naturale e organica al lume dei principî relativi all'*in iure cessio*. Come le conclusioni dell'Ambrosino non mi hanno in tutto convinto, vorrei provarmi anch'io in un tentativo del genere.

2. — A) *Si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat . . . proinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset* (Gai 2.35; cfr. 3.85).

* In *St. Solazzi* (1948) 39 ss.

[1] « *In iure cessio hereditatis* ». *Spunti per la valutazione dell'* « *hereditas* », in *SDHI.* 10 (1944) 1 ss. Ivi, 4 nt. 4, la bibliografia sul tema: *adde* Biondi, *Istituti fondamentali del diritto ereditario romano* 1 (Milano 1946) 123 s., 130 ss.

Prima dell'adizione l'*heres legitimus* può trasmettere, con pieni effetti giuridici, mediante *in iure cessio*, il suo diritto all'*hereditas*, cioè il diritto di acquistare l'*hereditas*. Ciò, indiscutibilmente, implica non, come si suol dire, uno « strappo » al principio della intrasferibilità della delazione, ma che la delazione dell'*hereditas*, almeno nella ipotesi di *heres legitimus*, è trasmissibile. Approvo con ciò l'Ambrosino [2], che tanto energicamente si oppone alla *communis opinio*, senza peraltro seguirlo nella frettolosa illazione che la delazione ereditaria è sempre e in ogni caso alienabile [3].

A mio avviso, l'Ambrosino deve essere seguito anche nella tesi [4] che, attraverso il meccanismo dell'*ich.*, il cedente rinuncia all'*hereditas delata*, ma il cessionario, esercitando una *petitio hereditatis* per ottenere la *in iure cessio*, compie ad un tempo una *pro herede gestio*, e quindi acquista l'eredità senza bisogno di espressa accettazione. Questa tesi, pur mancando di esplicito conforto testuale [5], si impone, o quanto meno si raccomanda, sia perché basata su osservazioni assai logiche e convincenti, sia perché le altre tesi finora ventilate sembrano sicuramente inaccoglibili.

3. — B) *Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam nihil agit* (Gai 2.36; cfr. 3.86).

L'*ich.* compiuta dall'*heres scriptus* prima dell'adizione è nulla. Ciò significa che, la delazione testamentaria è inalienabile, almeno mediante *in iure cessio*.

Varie spiegazioni che si sono tentate di questo principio sono facilmente confutabili [6]. L'Ambrosino, rifuggendo dall'ammettere che la delazione testamentaria è inalienabile, tenta una spiegazione nuova, ma, a mio parere, inaccoglibile. Egli si rifà al *testamentum per aes et libram* e nota che questo contiene una designazione imperativa dell'erede del tutto equivalente a quella fatta per legge, ma che, d'altra parte, l'*here-*

[2] *Cit.* 10 ss.

[3] V. *infra* n. 3.

[4] Già formulata da altri prima di lui, ma da lui lucidamente svolta: *cit.* 12 e nt. 34.

[5] Si cita a suo sostegno Gai 2.35 e 3.85, ove è scritto che il cessionario « *fit heres* », ma la formula di Gaio non è inequivocabile nel senso che il cessionario acquisti l'eredità, potendo anche significare che il cessionario diventa *heres* nel senso in cui è denominato, nel medesimo testo, *heres* (= chiamata all'eredità) il cedente.

[6] V. in proposito AMBROSINO, *cit. retro* nt. 4.

*ditas* è rimessa alla *custodia* del *familiae emptor* con l'incarico di trasmetterla all'*heres* designato nelle *tabulae*: pertanto, egli dice, se l'*heres scriptus* cede prima dell'adizione, « *nihil agit* non perché vige nei suoi confronti un regime eccezionale, o perché ragioni storiche producono il diverso risultato, o perché egli non ha un diritto egualmente operante, come quello del chiamato dalla legge, nei confronti dell'eredità », ma perché « la *in iure cessio* non fa acquistare giuridicità alla pretesa di colui che gli si sostituisce », nel senso che « il cessionario, vindicando la eredità, affaccerebbe una pretesa contraria agli obblighi del *familiae emptor* », contro il quale « soltanto chi è scritto nelle *tabulae* può agire con giusto titolo ». Ora, c'è un equivoco, che inficia questo ragionamento. Se fosse vero che l'*heres scriptus* può, non diversamente dall'*heres legitimus*, compiere validamente la *in iure cessio* della delazione, ma che, d'altro canto, questa non avvantaggia il cessionario perché solo all'istituito può e deve il *familiae emptor* trasmettere la *familia pecuniaque*, dovremmo leggere nei testi che, verificandosi la *in iure cessio* della delazione testamentaria, il cessionario non lucra un bel nulla, ma comunque il cedente perde il diritto di adire l'eredità. In Gai 2.36 noi leggiamo, invece, che il cedente « *nihil agit* », che cioè il negozio è nullo e *nullum producit effectum*: dal che consegue che l'*heres scriptus* rimane tale, conserva il suo diritto all'*hereditas*, e che, quindi, il suo titolo di chiamata è inalienabile.

L'unica spiegazione plausibile della nullità dell'*ich.* operata dall'*heres scriptus* è che il *ius civile* la ritenesse inammissibile. Il che è presumibilmente dipeso dal carattere strettamente personale della vocazione ereditaria, risultante dall'indicazione specifica del nome dell'erede nel testamento. Il testatore ha designato suo erede, a preferenza dei successibili *ab intestato*, quella persona e quella persona soltanto [7]: l'*heres scriptus* è libero di accettare o non accettare, ma non è libero di farsi sostituire da un cessionario, perché è giusto che, venendo meno lui, segua il suo corso la normale successione *ab intestato*.

4. — C) *Post obligationem vero si cesserit* (*heres legitimus*), *nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur; debita vero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora vero eius hereditatis proinde transeunt ad eum cui cessa est hereditas ac si*

[7] Per esempio, facendo conto sulle possibilità patrimoniali di essa per il pagamento dei debiti ereditarii.

*singula in iure cessa fuissent* (Gai 2.35; cfr. 3.85). (*Heres scriptus*) *postea vero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post obligationem in iure cedat* (Gai 2.36; cfr. 3.86).

I tentativi di spiegazione logica e storica di questi effetti della *ich.* compiuta *post aditionem* sono numerosi e varî. Nessuno suole meravigliarsi del fatto che il titolo di *heres* non passa, perché, si ripete, « *semel heres semper heres* »; la non trasmissibilità dei debiti e la estinzione dei crediti si sogliono, invece, giustificare in varî modi, tutt'altro che convincenti [8].

Rettamente l'Ambrosino [9] ha visto che la premessa logica di ogni particolare spiegazione deve consistere nel chiarimento del perché non possa essere trasferita nel suo complesso, a cominciare dalla qualità di erede, l'*hereditas*, ma ho il forte timore che la sua teoria, indubbiamente assai originale, sia destituita di ogni fondamento. Con riferimento ai non pochi, e ben noti, testi, in cui il termine « *aditio* » si scambia con il termine « *obligatio* » o si dice che per effetto dell'adizione l'*heres* « *obligat se hereditati* » (e con specifico riferimento al « *post obligationem* » di Gai 2.35, 36), l'Ambrosino non esita ad affermare che « l'adizione costituisce un vincolo di natura obbligatoria, il quale — appunto per questa sua natura — non è trasferibile, al pari di tutte le obbligazioni, per mezzo della *in iure cessio* », ribadendo che, « per quanto possa sembrare un risultato inconcepibile e strano, occorre . . . affermare la realtà di un'altra concezione romana, che cioè l'obbligazione non intercorre necessariamente fra uomo e uomo, ma può intercorrere anche fra uomo e *res*, nel nostro caso fra successore ed *hereditas* ».

In attesa che una specifica dimostrazione [10] mi convinca, come spero, che la concezione-base dell'Ambrosino non è inconcepibile e strana, obbietterei quanto segue: *a*) la terminologia di « *obligatio* » applicata all'*aditio*, come tutti sanno, non è una terminologia tecnica, ma una terminologia atecnica, cui i giuristi romani ricorrevano talvolta (come nel caso analogo della « *res obligata pignori* ») per esprimere piú efficacemente l'intima connessione creatasi, in virtú dell'*aditio*, tra *heres* ed *hereditas*: lo stesso Gaio, pur adottandola in 2.35-36, dimostra di darvi sí poca importanza, che non torna ad adottarla in 3.85-86, passo indub-

[8] Rimando, per un'ampia ed esatta critica di essi, ad AMBROSINO, *cit.* 17 ss.
[9] *Cit.* 21 ss.
[10] Annunciata dall'AMBROSINO, *l. c.* 24.

biamente piú corretto dell'altro [11]; *b*) l'idea di un vincolo obbligatorio (in senso tecnico) tra una persona (debitrice) e una cosa (creditrice) è inammissibile, perché non è concepibile che la cosa possa pretendere l'adempimento e rendersi, insomma, soggetto di diritto: tanto piú inaccettabile quella idea è al lume della concezione strettamente personalistica, che avevano della *obligatio* i Romani, i quali, non si dimentichi, identificavano il rapporto obbligatorio con l'*actio in personam*; *c*) ancora meno romana, giuridica e, oserei dire, « terrestre » è la costruzione del vincolo obbligatorio inverso, tra una cosa debitrice e una persona creditrice, perché c'è da domandarsi, per sopra mercato, come e in che senso il creditore ha diritto di avere un adempimento da parte della cosa [12]; *d*) se fosse vero che, mediante l'*aditio*, si crea un vincolo obbligatorio tra *heres* ed *hereditas*, dovremmo dedurne la incedibilità *in iure* non solo delle obbligazioni ereditarie e del titolo di *heres*, ma altresí dei *corpora hereditatis*, verso cui l'erede sarebbe anzi tutto e sopra tutto astretto da un vincolo obbligatorio [13]. E che i Romani parlassero solo per innocente metafora di « *obligatio* » in ordine agli effetti dell'adizione risulta, se pur ce n'è bisogno, confermato testualmente da Paul. D. 3.5.20.1: *Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat* [14].

[11] Gai 3.85-86 non adopera la terminologia « *post obligationem* », ma dice « *posteaquam heres extiterit* » (v., tuttavia, in 3.87 l' « *hereditati adstringatur* » dell'*heres necessarius*) e, ammesso che uno dei due passi paralleli sia un glossema, le probabilità maggiori di glossema poggiano proprio verso 2.35-37: v. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, in *Studi XIV cent. Pandette* (1933) 349 ss. Meraviglia, dunque, che l'AMBROSINO, *cit.* 24 s., non tenga conto di ciò e dica, con riferimento al « *post obligationem* » di 2.35-36, che Gaio « sente viva l'esigenza di un particolare linguaggio, che contenga implicita la spiegazione del risultato che sta per enunciare ».

[12] Forse che la prestazione della cosa debitrice consiste in un *pati*? Ma, andando di questo passo, dovremmo dire che anche i diritti reali sono (per quanto possa sembrare inconcepibile e strano) dei rapporti obbligatori tra il titolare e la cosa.

[13] Non credo, invero, che si sfugga a questa illazione, dicendo (v. AMBROSINO *cit.* 25) che « la permanenza del titolo di erede nella persona che rinuncia all'eredità e nel momento stesso in cui vi rinuncia di fronte all'impadronimento dell'eredità attuato da altri, pone fine alla ragione che amalgama i beni ereditari in un unico complesso ».

[14] Si badi che Paolo dice « *quodammodo* » e parla di un vincolo reciproco dell'erede e dell'eredità. Tralascio, per brevità, ogni altra considerazione contraria alla costruzione escogitata dall'Ambrosino. Segnalerò soltanto la dimostrazione che questi (*cit.* 25 ss.) dedica al punto che l'*aditio-obligatio* è intrasmissibile per novazione (il che egli giustifica col fatto che manca la possibilità di una manifestazione di

Respinto il tentativo di spiegazione dell'Ambrosino, io non saprei scorgere altro modo di giustificazione della incedibilitá *in iure* del titolo di *heres* se non nel principio « *semel heres semper heres* »[15]. Il che, tuttavia, non equivale accogliere la nota ipotesi[16] dell'originario carattere di successione sovrana dell'*hereditas*, giustamente ripudiata dall'Ambrosino[17]. Ritengo, invero, che la regola « *semel heres semper heres* » possa trovare una congrua spiegazione indipendentemente da quella discutibile teoria.

Comunque, prima di trarre le conclusioni sul problema in esame, sarà bene prendere in considerazione l'ultima ipotesi di cd. *ich.*, quella degli *heredes necessarii*, perché essa ci agevolerà, a mio avviso, il raggiungimento di una soluzione.

5. — D) *Idem et de necessariis heredibus diversae scholae auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum aliquis adeundo hereditatem fiat heres an invitus existat . . .; sed nostri praeceptores putant nihil agere necessarium heredem cum in iure cedat hereditatem* (Gai 2.37; cfr. 3.87).

Questa controversia tra Proculiani e Sabiniani, di cui fa cenno Gaio, è davvero molto interessante. I Proculiani avanzano un argomento analogico per sostenere che la *ich.* operata dagli *heredes necessarii* debba essere sottoposta allo stesso trattamento di quella operata dagli *heredes* per adizione; i Sabiniani oppongono seccamente, come cosa ovvia, che l'*ich.* operata dagli *heredes necessarii* è nulla (« *nihil agere* »). L'argo-

volontà della *hereditas*, creditrice inanimata) e la conclusione, cui egli giunge, che l'erede « ha contratto con l'adizione un legame che non trova soluzione, che cioè non si può praticamente sciogliere ». Una obbligazione che non ammette, anche praticamente, possibilità di *solutio* non è una obbligazione perché esclude la possibilità dell'adempimento, che è poi lo scopo per cui il rapporto obbligatorio si costituisce.

[15] Questo principio non è esplicitamente formulato nelle fonti, ma vi si trova, tuttavia, chiaramente applicato: v., in proposito, SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* 1 (1932) 254 nt. 1.

[16] Formulata dal Bonfante e difesa ultimamente dal SOLAZZI, *cit. retro* nt. 15.

[17] V. in proposito le osservazioni, in gran parte accoglibili, dello stesso AMBROSINO, *cit.* 79 ss. Del tutto infondata è, peraltro, a mio credere, la tesi che il fenomeno ereditario sia stato concepito come *successio* solamente in periodo postclassico (in proposito, v. anche, piú diffusamente, AMBROSNO, *Successio in ius—successio in locum—successio*, in *SDHI.* 11 [1945] 65 ss.); per una critica, succinta, ma decisiva, di essa, v. CATALANO, « *Successio in universum ius* », in *AUCT.* 1 (1947) 314 ss.

mento formulato dai Proculiani è giuridicamente ineccepibile e risponde, fuor d'ogni dubbio, ad esigenze di equità e di pratica opportunità [18]. Ma è chiaro, a mio avviso, che i Sabiniani, asserendo che l'*ich.* è nulla, non esprimono una bizzosa e strampalata opinione personale, ma si rifanno ad un principio tanto lucido ed evidente, che non ha bisogno di motivazione [19]. Almeno in questo caso, non è dubitabile che i Sabiniani difendono il *ius strictum* e i Proculiani propugnano il *ius aequum.*

*Stricto iure*, l'*ich.* operata dagli *heredes necessarii* è, dunque, nulla. Ma se è nulla l'*ich.* degli *heredes necessarii*, perché mai non sarebbe nulla, *stricto iure*, quella degli *heredes* per adizione? Non è forse vero, per dirla con i Proculiani, che « *nihil videtur interesse, utrum aliquis adeundo hereditatem fiat heres an invitus existat* »? È verissimo, è tanto vero che non può non doversi concludere che: *a*) la *in iure cessio* dell'*hereditas adquisita*, da chiunque compiuta, era, *iure civili*, un negozio nullo; *b*) la utilizzazione di essa, nel caso degli *heredes* per adizione, ai fini limitati dell'estinzione dei crediti ereditarî e del trasferimento di proprietà dei *corpora hereditatis*, fu ammessa, *ab antiquo*, dalla giurisprudenza preclassica; *c*) i Proculiani, contro la interpretazione restrittiva sostenuta dai Sabiniani, non fecero che propugnare la estensione di quanto primamente ammesso per gli eredi per adizione anche agli *heredes necessarii.*

Gli effetti della cd. *ich.* dell'*hereditas adquisita* sono, insomma, da intendere come frutto di un fenomeno di conversione di un negozio nullo nei negozi di *in iure cessio* dei *corpora hereditatis* e di remissione dei crediti vantati dall'erede verso i debitori del suo dante causa [20]. Quanto al problema del perché mai la conversione in parola non fu ammessa sin dall'inizio in tutti i casi di *hereditas adquisita*, ma fu tanto a lungo e rigidamente negata per gli *heredes necessarii*, la risposta storicamente piú probabile è che vi sia stata, nella giurisprudenza preclassica, una particolare ripugnanza ad ammettere che potesse produrre un qualunque, sia pur limitato effetto, la ammissione da parte dell'*heres necessarius* (che era erede *ipso iure*) di « non essere erede » [21].

[18] V. in argomento gli esatti rilievi dell'AMBROSINO, *cit.* 52 s.

[19] In ciò ha torto l'AMBROSINO, *cit.* 51, che accusa Gaio di non saper giustificare con nessun argomento la tesi sabiniana: la quale, oltre tutto, in 3.87 viene riferita prima di quella proculiana.

[20] Sulla conversione dei negozi giuridici in diritto romano, v. per tutti: SEGRÈ, *Studi sul concetto di negozio giuridico*, in *Scritti giuridici* 1 (1930) 237 ss.; BETTI, *Ist. di dir. romano*² 1 (1942) 187 ss.

[21] In questo senso, sostanzialmente, SOLAZZI, *cit.* 262.

6. — La conclusione di queste note è che: *a*) l'unico caso di *ich.* ammesso dal *ius civile* romano fu quello della *in iure cessio* operata dall'*heres legitimus ante aditionem* [22]; *b*) la *ich.* dell'*heres scriptus* fu esclusa per il carattere strettamente personale, quindi intrasferibile, della delazione testamentaria [23]; *c*) la *ich.* della *hereditas adquisita* fu parimenti esclusa a causa del principio « *semel heres semper heres* »; tuttavia si ammise, piú o meno largamente, la conversione del negozio nullo di *ich.* in una *in iure cessio* dei *corpora hereditatis* e in una remissione dei crediti ereditarî [24].

Resta da spiegare, giusta il proponimento fatto [25], questo famoso principio « *semel heres semper heres* », che costituisce, a detta di molti, una delle regole piú misteriose del *ius civile* romano. Orbene, a me non sembra che quel principio sia tanto misterioso come si dice, né mi sembra che esso sia tanto caratteristicamente romano da potersi spiegare esclusivamente con l'ipotesi di una originaria successione ereditaria a carattere sovrano, anziché patrimoniale. A mio parere, infatti, anche una concezione patrimonialistica del fenomeno ereditario implica, a stretto rigore, la conseguenza che « *semel heres semper heres* ». Se *heres* è, per definizione, colui che acquista un compendio patrimoniale *mortis causa*, se l'acquisto *mortis causa* si è verificato a nome di Tizio, evidentemente Tizio e non altri è l'*heres*: Tizio potrà ben trasmettere a Caio tutto quel che ha ricevuto, ma, logicamente, non potrà dissolvere un *factum*, che ormai *infectum fieri nequit*, vale a dire il dato di fatto che l'*heres* è lui soltanto. E la riprova di questo ragionamento (rigido, se si vuole, ma appunto perciò romanamente « civilistico ») si ha, considerando, piú in generale, tutto il fenomeno dell'acquisto ereditario. Se *hereditas* è il patrimonio di un morto destinato ad un vivo (l'*heres*),

[22] V. *retro* n. 2.

[23] V. *retro* n. 3.

[24] V. *retro* n. 4-5. La utilizzazione dell'*ich.* nulla nel senso descritto da Gai 2.36 fu introdotta dalla giurisprudenza in base alle seguenti considerazioni: *a*) quanto al trasferimento di proprietà dei *corpora*, in considerazione dello scopo pratico propostosi dall'alienante ed al fine di evitargli il fastidio di un altro o di altri atti di alienazione; *b*) quanto all'estinzione dei crediti, in base al fatto che da un lato l'alienante ha dichiarato di non aver diritto ad esigerli, dall'altro l'acquirente per *in iure cessio* non può illudersi di poterli acquistare con quel negozio (in questo senso, da ultimo, AMBROSINO, *cit.* 18 s.). In pratica, la cd. *ich.* sarà stata fatta dagli eredi solo nell'ipotesi che convenisse loro, fatti tutti i calcoli, di alienare in blocco le *res hereditariae*, affrontando la estinzione dei crediti ereditari.

[25] V. *retro* n. 4.

se l'acquisto da parte dell'*heres* determina la confusione dell'*hereditas* con il suo proprio patrimonio, è evidente che per effetto della confusione stessa l'*hereditas* è venuta meno, e non può perciò formare oggetto, in quanto tale, di atti di disposizione dell'*heres* [26].

Diventa chiaro, pertanto, perché *iure civili* fosse nulla la *in iure cessio* dell'*hereditas adquisita*. La nullità conseguiva alla mancanza dell'oggetto del negozio, essendo l'*hereditas* venuta meno nel momento ed a causa dell'acquisto. La intrasmissibilità della qualifica di *heres* era una delle manifestazioni di questa nullità del negozio.

[26] Non vedo perché debba essere qualificata una oscura eccezione a questo regime (e, in particolare, alla regola « *semel heres semper heres* ») l'ipotesi della cd. *successio inter vivos* di un *adrogator* o di un *coëmptionator* all'*heres*: ipotesi in cui (Gai 3.84) *quia ipse pater adoptivus aut coëmptionator heres fit, directo tenetur iure*. In queste ipotesi si ha un assorbimento della personalità dell'erede da parte del cd. *successor inter vivos*, e quindi una sostituzione di questi a quegli. Cfr., invece, SANFILIPPO, *Corso di dir. romano, Evoluzione storica dell'* « *hereditas* » (1946) 93.

# EXTRAVAGANTI E BRICCICHE

## 1. La « pruderie » di Catone il censore.

1. Si dice giustamente dei Padri della Chiesa che il rigorismo morale davvero ad essi non mancava. Vi è pero un lontanissimo loro antenato romano, Catone maggiore, che, sia pure ispirato da principii in gran parte diversi, sembra a volte, stando ad alcuni episodi che di lui si raccontano, essere stato un moralista (stavo per dire un puritano) non meno esigente e rigido, anche e sopra tutto nei riguardi del contegno esteriore, di un Tertulliano o di un San Girolamo. Un moralista tanto moralista, Catone, che certi suoi atteggiamenti vengono addirittura considerati e derisi come autentiche manifestazioni di « pruderie ».

L'aneddoto forse piú significativo quando a « pruderie » catoniana riguarda il periodo della censura, che Catone conseguí nel 184, forse in aprile, insieme con L. Valerio Flacco [1].

Dopo il *lustrum*, i censori procedettero alla *lectio senatus*. I senatori espulsi furono sette, ma i nomi a noi sicuramente noti sono due: quello di L. Quinzio Flaminino, il fratello di Tito [2], e quello di un personaggio che Plutarco chiama Manilio [3], ma che P. Fraccaro ha reso probabile fosse A. Manlio Vulsone, futuro console del 178 [4].

Il motivo della dura sanzione inflitta a Manlio (o Manilio) ce lo rivela Plutarco [5]. Manlio aveva baciato la moglie in presenza della figlia. Il che, tanto per citare qualche autore piú recente, « fa sorridere » E. V.

* In *ANA*. 94 (1983) 257 ss.

[1] Liv. 39.40-41.

[2] *Infra* n. 4.

[3] Plut. *Cato M.* 17.7 (*infra* n. 2).

[4] P. Fraccaro, *Ricerche storiche e letterarie sulla censura del 184-183* (1911), in *Opuscula* 1.433 s.

[5] *Retro* nt. 3. Cfr. Amm. Marc. 28.4.9.

Marmorale[6], induce D. Kienast ad escludere che questa « risibile piccolezza » sia stato il vero motivo del provvedimento[7] e porta A. A. Astin a supporre che l'episodio sia stato ritagliato a titolo di « *exemplum* » da una vicenda alquanto piú seria.

Prima di sorridere anche noi di Catone, o di chiederci che cosa vi sia stato di piú serio al di sotto dell'episodio di Manlio, mi domando se non sia il caso di guardare piú da vicino, senza dimenticare all'occorrenza gli occhiali del giurista, al tipo ed alla modalità del bacio cui allude Plutarco, o cui alludeva la ignota fonte romana alla quale Plutarco ha attinto.

2. Manlio, dunque, senza far caso al pieno giorno ed alla presenza della figlia (una figlia che dobbiamo supporre gli stesse in casa e fosse molto giovane e altrettanto ingenua), aveva baciato la moglie. La cosa non era in sé riprovevole, visto che Catone confessa di esservisi anch'egli abbandonato con piacere *Iove tonante* (e, beninteso, con la moglie propria), ma non andava fatta in quelle circostanze. Ed è giunto il momento di guardare piú da vicino, sia pure in versione italiana, al passo di Plutarco.

Plut. *Cato Maior* 17.7: « Un altro senatore che Catone espulse, mentre aveva buone probabilità di diventare console, fu Manilio, e ciò perché in pieno giorno, al cospetto della figlia, κατεφίλησεν la moglie. Per conto suo, egli aggiunse, non abbracciava sua moglie che quando scoppiava un tuono ben forte, sí che Zeus lo rendeva beato tuonando ».

Plutarco non usa, in riferimento all'azione di Manlio un semplice φιλεῖν, ma parla di καταφιλεῖν. Sempre di baciare si tratta, cioè di « *os cum ore conferre* »[9], ma è pensabile che il bacio sia stato accompagnato, come del resto si è sempre usato, da un abbraccio (κατά). E che il bacio di Manlio fosse integrato da *amplexus*, sia pur leggero, è confermato dal verbo posto in bocca a Catone per descrivere l'azione analoga eseguita con la moglie propria quando udiva di colpo il tuono: περιπλέκειν, che indica addirittura un abbracciare strettamente, un avviticchiarsi della donna al marito. Nulla di speciale neanche nell'avviticchiarsi, naturalmente, se Catone non aggiungesse, con una battuta

[6] E. V. Marmorale, *Cato maior*[2] (1949) 93 s.

[7] D. Kienast, *Cato der Zensor. Seine Persönlichkeit und Zeit* (1954, rist. 1979) 74 (« eine lächerliche Geringfügigkeit »).

[8] A. A. Astin, *Cato the Censor* (1978) 80 s. e nt. 7.

[9] Paul. Fest. p. 28.

di spirito piuttosto greve, ch'egli era al colmo del piacere quando Giove si metteva a tuonare.

Che Manlio abbia, in presenza della fanciulla, addirittura brancicato la moglie? Questo sí, che sarebbe stato obiettivamente sconveniente. Tuttavia, sulla base della semplice lettura del testo di Plutarco, l'illazione sarebbe indubbiamente molto audace.

3. Meno audace l'illazione diventa, se si riflette che la notizia da lui riferita Plutarco evidentemente l'assorbí da una qualche fonte romana, scritta dunque in lingua latina, e che è cosa notissima che egli il latino certamente lo capiva, ma non lo dominava affatto [10]. Che cosa può aver detto di preciso la fonte di Plutarco?

La domanda è giustificata dal fatto che l'*osculare* (*-ri*), l'azione dell'*osculatio*, si concretava, nel linguaggio latino, in tre tipi di bacio: l'*osculum*, il *basium* e il *suavium* [11]. Nell'*osculum* in senso proprio (che si faceva, e si fa, socchiudendo la bocca e facendo « boccuccia ») vi era qualcosa di pulito (addirittura di *religiosum*, diceva il grammatico Servio) [12]: tanto vero che si parlava di *ius osculi* per il bacio dato alle donne dagli stretti congiunti [13]. Non altrettanto nel *basium*, che aveva tipicamente carattere amoroso e che appunto perciò era richiesto (a cento e a mille) dall'infatuato Catullo alla sua Lesbia [14].

Quanto al *suavium* (o *savium*), non vi sono dubbi: esso non aveva sapore né di *osculum*, né di *basium*, ma era una patente manifestazione di lascivia, che si scambiava usualmente con le meretrici [15].

Posto che la fonte di Plutarco abbia fatto menzione non dico di un *suavium*, ma di un *basium* schioccante dato da Manlio alla moglie,

[10] Per tutti: K. ZIEGLER, sv. *Plutarchos von Chaironeia*, in *RE*. 21.2 (1951) 925 ss.

[11] *ThLL*. sv. *osculatio, osculor, osculum*.

[12] Serv. *in Aen*. 1.256: *Sciendum osculum religionis esse, savium voluptatis rell.* In senso improprio, *osculum* valeva anche, talvolta, *basium* o addirittura *suavium*: non viceversa però.

[13] *Infra* n. 4. Sia chiaro che *osculum* veniva usato in sensi meno che casti. Ma in tal caso la parola pura e semplice non bastava: occorreva che essa fosse accompagnata da altre parole allusive, o che fosse inquadrata in una scena significante. Cfr., ad esempio, Ovid. *Amores* 2.5.23-26 (*improba tum vero iungentes oscula vidi rell.*), Priap. 25.5 e 43.2.

[14] Catull. *carm*. 5.7-8 (*...da mihi basia mille, dein centum / dein mille altera, dein secunda centum rell.*). Cfr. anche Catull. 7.1 (*basiationes*).

[15] *Retro* nt. 12. Cfr. Donat. *in Ter. Eun*. 3.2.3: *Tria sunt osculandi genera... oscula officiorum sunt, basia pudicorum affectuum, suavia libidinum vel amorum.*

e tenuto anche conto che per i *basia* succede come per le ciliege, che l'uno tira l'altro (ecco il perché dei cento e mille *basia* di Catullo), si può capire perché Catone abbia ritenuto molto sconveniente che Manlio abbia fatto le sue espansioni davanti alla figlia. Tanto piú che l'episodio avvenne « en plein air », in luogo esposto al pubblico, anche davanti a terzi, e di esso si dovette evidentemente parlare piuttosto diffusamente in giro: senza di che non si capisce come sarebbe giunto a conoscenza dei censori.

Io riterrei, pertanto, che Plutarco non abbia troppo calcato la mano sul tipo della *osculatio* di Manlio alla moglie per la ragione che non ha bene afferrato il linguaggio allusivo, costituito dall'uso di *basium*, con cui la sua fonte deve aver fatto cenno ad un comportamento che destò nel pubblico un certo scalpore.

4. D'altra parte, è rimarchevole che un provvedimento censorio tanto severo, come quello adottato nei confronti di Manlio, non abbia provocato, almeno per quanto ci risulta, la reazione dell'interessato o dei suoi amici e l'irruenta controreazione del bollente Catone. Voglio dire cioè che, se la colpa attribuitagli fosse stata soltanto quella di aver castamente baciato la moglie davanti alla figlia e magari davanti a tutta quanta la *familia*, Manlio, per poco di sangue che gli scorresse nelle vene, non avrebbe mancato di denunciare agli amici il grottesco moralismo di Catone, né avrebbe mancato di reclamare energicamente presso i censori [16]. E voglio aggiungere che, per quanto ne sappiamo, Catone non perdeva occasione per pronunciare robusti discorsi a difesa delle sue iniziative, mentre nulla ci rimane della sua oratoria a proposito del bacio di Manlio [17].

Non vi è dubbio che Catone fosse molto esigente in fatto di morale privata e pubblica. Lo dimostra, ad esempio, il suo uso di non dire cattive parole e di non denudarsi per il bagno in presenza del figlio [18] e lo conferma la già ricordata sua severità nei confronti di L. Quinzio Flaminino, scacciato dal senato per aver voluto compiacere con un atto di crudeltà verso un terzo un suo amasio [19]. Vale anche la pena di ricordare che, nell'orazione pronunciata a quest'ultimo proposito, egli sottolinea

[16] In generale: J. SUOLAHITI, *The Roman Censor. A Study on Social Structure* (1963) 351-358 e *passim*.

[17] Da ultimo: *M. Porci Catonis orationum reliquiae*, a cura di M. T. SBLENDORIO CUGUSI (1982) 16 s., 78-87.

[18] Plut. *C.M.* 16.2, 20.7.

[19] Sul punto, per tutti: SBLENDORIO (nt. 17) 224 ss.

puntigliosamente la differenza che passa tra *amor* e *cupido* [20]. Né va dimenticato che a lui viene fatta risalire la limitazione del *ius osculi* alla funzione di accertare se le donne di casa avessero bevuto vino [21]. Tutto questo sta bene. Ma è sufficiente per fare di M. Porcio Catone un predecessore del ben noto Monsieur Prudhomme, sgorgato dalla penna di H. Monnier? [22].

A mio parere, decisamente no. A parte il fatto che la decisione di « *senatu movere* » Manlio per un onesto *osculum* dato alla moglie avrebbe probabilmente cozzato contro l'*intercessio*, o comunque contro le obbiezioni, dell'altro censore, L. Valerio Flacco [23]; a parte il fatto che allo scalpore inevitabilmente sollevato da una decisione siffatta, Catone avrebbe tenuto bravamente testa, sia pure per esclamare, alla maniera del citato Monsieur Prudhomme, « questa è la mia opinione ed io la condivido »; è ormai evidente che, se scalpore in Roma vi fu, esso dovette essere destato da un contegno obbiettivamente del tutto sconveniente di Manlio. L'intervento censorio di Catone fu perciò salutato da tutti, direi giustamente, come altamente giusto.

## 2. Antonio e Cleopatra.

1. È cosa certa che Marco Antonio non divorziò da Ottavia, sorella dell'alleato e rivale Ottaviano, prima della metà del 32 a. C. Cosa altrettanto certa è che il legame amoroso tra Antonio e Cleopatra prese ferma consistenza intorno al 41. Assai discusso è invece se il rapporto fra il triumviro e la regina di Egitto abbia assunto, prima del divorzio da Ottavia, carattere di vero e proprio matrimonio [1].

[20] Cfr. Sblendorio (nt. 17) 227 ss.

[21] Plin. *n.h.* 14.13.90: *Cato ideo propinquos feminis osculum dare, ut scirent, an temetum olerent.* Cfr. Gell. *N. A.* 10.23.1. A Catone non poteva sfuggire la difficoltà di accertare il fiato di vino mediante un bacio: appunto perciò attribuirei al suo moralismo l'evidente sforzo di limitare a questa funzione, almeno per i *propinqui*, il *ius osculi*. Sul divieto di bere vino, da ultimo: L. Minieri, « *Vini usus feminis ignotus* », in *Labeo* 28 (1982) 150 ss.

[22] H. Monnier, *Mémoires de Joseph Prudhomme* (1857).

[23] *Retro* nt. 1.

* In *Atti Acc. Pontaniana* 29 (1980) 101 ss.

[1] Sul tema: H. Bengtson, *Marcus Antonius, Triumvir und Herrscher des Orients* (1977) 194; K. Kraft, *Zu Sueton, Divus Augustus 69, 2: M. Anton und Kleopatra,*

Tutto sta ad intendersi. Herrmann Bengtson, nella sua bella biografia di Marco Antonio (1977), si dichiara decisamente per le doppie nozze di Antonio, sostenendo che quest'ultimo avrebbe sposato Cleopatra sin dal 37, prima dell'inizio della guerra partica. Ed all'obbiezione che con ciò Antonio si sarebbe reso bigamo, cosa inammissibile per il diritto di Roma, risponde che a Roma il matrimonio con la regina d'Egitto era considerato inesistente.

Penso che il Bengtson abbia perfettamente ragione e posso compiacermi di essere giunto anch'io vicino a questo risultato in una noticina bibliografica del 1975. Ma la mia tesi non è piaciuta ad E. Volterra (1978) essenzialmente in base a tre ragioni: primo, che tra un romano e un'egiziana non vi era *connubium*; secondo, che a Roma vigeva il principio monogamico; terzo, che il matrimonio romano (si intenda, quello non connesso con la *conventio in manum*) andava inesorabilmente in fumo se in uno dei due coniugi veniva meno l'*affectio maritalis*. In altri termini, almeno secondo il Volterra, se nel 32 Antonio e Ottavia erano ancora congiunti, segno è che Antonio aveva tuttora *affectio maritalis* per la sorella di Ottaviano e che pertanto egli non era sposato con Cleopatra, tanto piú che il *connubium* tra i due non esisteva.

In che cosa si distingue dal Bengtson e da me il Volterra? A primo aspetto in nulla, dal momento che anche per lui il matrimonio tra Antonio e Cleopatra era, *iure Romanorum*, inesistente. A guardar meglio, però, la divergenza vi è, ed è rilevante, in quanto il Volterra nega che quel matrimonio potesse essere considerato esistente in Egitto e nel mondo orientale, insomma fuori di Roma. Ed è ragionamento che capisco poco. Mentre ancor meno capisco, anche se qui non è il caso di fermarsi troppo sul punto, la singolare tesi per cui, cessando l'*affectio maritalis* di un coniuge per l'altro, il divorzio si verificava *illico et immediate*, senza che fosse necessaria la presa di conoscenza della decisione del « partner » da parte dell'altro coniuge.

2. Ad ogni modo, non mi pare che i ragionamenti del Volterra infirmino un passo famoso di Svetonio, *Aug.* 69.2, da cui risulta che, pur quando non si era divorziato da Ottavia, Antonio si considerava coniuge, beninteso in Egitto, di Cleopatra. L'unico modo per

in *Hermes* 95 (1967) 469 ss. (*Gesammelte Aufsätze* [1973] 47 ss.), con bibliografia; A. GUARINO, in *Labeo* 21 (1975) 393 ss., 25 (1979) 11 s.; E. VOLTERRA, *Ancora sul matrimonio di Antonio con Cleopatra*, in *Fs. Flume* 1 (1978) 205 ss.; A. D'ORS, *Cleopatra « uxor » de Marco Antonio?*, in *AHDE.* 49 (1979) 639 ss.

sbarazzarsi di questo testo sarebbe di interpretarlo cosí come aveva proposto nel 1967 K. Kraft. Ma noto con piacere che l'autorità del Bengtson mi aiuta anche nell'opinione, espressa nella citata noticina del 1975, della inaccettabilità della lettura suggerita dal Kraft.

Come si sa, Augusto non disdegnava gli adulterî. I suoi cortigiani lo scusavano prontamente, dicendo che non li faceva per libidine, ma per calcolo, *quo facilius consilia adversariorum per cuiusque mulieres exquireret*. Univa l'utile al dilettevole, dunque. Ma Marco Antonio, prima della completa rottura con lui, non aveva peli sulla lingua e apertamente gli rinfacciava anche le sue infedeltà, per giustificare il proprio comportamento nei riguardi di Ottavia.

Ecco infatti quanto egli, a nove anni dall'inizio della relazione con Cleopatra (dunque, proprio nel 33-32), scriveva, secondo Svetonio, *familiariter adhuc necdum plane inimicus aut hostis*, a Ottaviano: *Quid te mutavit? Quod reginam ineo? Uxor mea est. Nunc coepi an ab hinc annos novem? Tu deinde solam Drusillam inis? Ita valeas, uti tu, hanc epistulam cum leges, non inieris Tertullam aut Terentillam aut Rufillam, aut Salviam Titiseniam aut omnes. An refert, ubi et in qua arrigas?*

Sorvoliamo sul linguaggio sboccato da soldataccio e chiediamoci come va interpretata l'affermazione di Antonio secondo cui Cleopatra, la regina d'Egitto, « *uxor mea est* ».

Che Cleopatra fosse moglie di Antonio *iure Romanorum* (cioè per *iustum matrimonium*) è certo da escludere perché, a prescindere dalla mancanza del *connubium*, non è pensabile che Antonio avesse già divorziato da Ottavia e tuttavia ancora scrivesse *familiariter* ad Ottaviano. Giustamente il Kraft deplora chi ha sostenuto questa tesi audace. Tuttavia, prosegue il Kraft, nemmeno « *uxor* » può essere intesa nel senso di concubina perché il termine *uxor* sta a significare la moglie regolare e basta: Antonio avrebbe dovuto dire, in tal caso, che Cleopatra « *pro uxore mihi est* ». Pertanto il Kraft ipotizza che in Suet. *Aug.* 69.2 la proposizione « *uxor mea est* » fosse anch'essa interrogativa. « Che cosa ti ha fatto cambiare nei miei confronti? Che faccio l'amore con la regina? Forse che l'ho sposata e fatta mia moglie? E ho cominciato adesso o ben nove anni fa? E tu infine fai l'amore solo con Livia? Possa star bene come è vero che, quando leggerai questa mia, non ti sarai fatta fuori Tertulla, Terentilla, Rufilla o Salvia Titisenia, o magari tutte quante queste signore. Ha importanza dove e con quale femmina fai il maschio? ».

La congettura del Kraft è certo molto acuta, e non starò a repli-

care che lo stilista Cicerone avrebbe interrogativamente scritto, al posto di Antonio e per implicare che Cleopatra non aveva comunque spodestato la moglie ufficiale Ottavia, un « *num uxorem eam duxi?* », o un « *an uxor mihi est?* ». Tuttavia è proprio necessario attribuire ad una proposizione cosí chiaramente asseverativa un valore interrogativo?

Io penso di no, perché « *uxor* », contrariamente a quanto ritiene il Kraft (e con lui, se non erro, anche il Volterra) non significa sempre e necessariamente « moglie da *iustum matrimonium* ». I testi giurisprudenziali e quelli della prassi giuridica portano notoriamente esempi di *uxor* come concubina, di *uxor* come straniera (priva di *connubium*) sposata *secundum leges moresque peregrinorum* (cfr. Gai 1.92), persino di *uxor* come *contubernalis*.

3. Ciò posto, Antonio, quando asserisce che Cleopatra è sua *uxor*, altro non vuol dire se non che Cleopatra è la donna con cui convive e con cui, per usare i suoi modi di esprimersi grossolani, si scarica, e da ben nove anni.

Non dimentichiamo che Antonio era un romano e che romano era il suo corrispondente, sí che ad ambedue non poteva non riuscire impensabile un matrimonio *iure Romanorum*, un *iustum matrimonium*, con la regina di Egitto. E ciò anche a prescindere dalla improbabile questione se commettesse bigamia chi fosse già sposato a Roma ed avesse tuttavia tolto a moglie, *iure peregrinorum*, una straniera.

Né il problema può essere dichiarato « ocioso », e perciò superato, aderendo all'ipotesi avanzata da A. D'Ors, secondo cui la lettera di Antonio a Ottaviano sarebbe un falso di Svetonio inteso a mettere in cattiva luce sia Antonio che, particolarmente, Ottaviano. Il quesito circa il senso assegnato ad « *uxor mea est* » si trasferirebbe pari pari, aderendo a questa ipotesi, da Antonio a Svetonio.

Resta solo da sapere se Cleopatra fosse *uxor* di Antonio nel senso di concubina, di convivente, o lo fosse nel senso di donna sposata a termini del diritto egizio. Questo però da Svetonio non si ricava. Da lui si apprende solo quello che pensava Antonio, scrivendo ad Ottaviano, della regina d'Egitto. E a tale proposito direi che, senza affatto escludere le doppie nozze di Antonio, questi, nella sua lettera, sottolinea di Cleopatra piuttosto il ruolo di *concubina* agli occhi dei Romani che non il rango di moglie *iure Aegyptio*.

Mi fa propendere verso la *concubina* il riferimento della situazione di *uxor* non al 37 (data delle presunte nozze egiziane), ma al 41, cioè al momento iniziale in cui Cleopatra cadde di punto in bianco tra le

braccia di Antonio (o viceversa). E conforta questa impressione il « Leitmotiv » scostumato e riprovevole di tutta la letteratura, che è questo: l'uso dell'uomo sposato di « *inire* » tutte le donne compiacenti che gli vengono a tiro, abbandonandosi con le medesime ad ogni sorta di virilità.

## 3. Gli « specialisti » e il diritto romano.

1. Gli « specialisti » (otoiatri, dentisti, oculisti e via dicendo) erano considerati anch'essi *medici* dai Romani?

La questione ebbe una certa rilevanza sul piano giuridico, sia per i notevoli privilegi accordati alla categoria dei medici dagli imperatori [1], sia perché ai medici si riconosceva il diritto di ricorrere al *praeses provinciae*, e piú in generale alla *cognitio extra ordinem*, per le controversie relative ai loro compensi [2]. L'unico testo cui si possa far capo ha riguardo appunto alla questione dei compensi ed è il notissimo:

D. 50.13.1.3 (Ulp. 8 *de omn. trib.*): *Medicos fortassis quis accipiet etiam eos, qui alicuius partis corporis vel certi doloris sanitatem pollicentur: ut puta si auricularius, si fistulae vel dentium. non tamen si incantavit, si inprecatus est, si, ut vulgari verbo impostorum utar, si exorcizavit: non sunt ista medicinae genera, tametsi sint, qui hos sibi profuisse cum praedicatione adfirment.*

Che il passo sia guasto, o sia tutto quanto espressione di un elaborato postclassico (quale si sostiene da alcuni essere l'opera *de omnibus tribunalibus* di Ulpiano) [3], lo si intuisce a prima vista [4]. Ma precipitosa

* In *Labeo* 16 (1970) 327 ss.

[1] Per tutti: Below, *Der Arzt im römischen Recht* (1953) 22 ss., 91 ss.

[2] D. 50.13.1 pr. e 1 (Ulp. 8 *de omn. trib.*): *Praeses provinciae de mercedibus ius dicere solet, sed praeceptoribus tantum studiorum liberalium. liberalia autem studia accipimus, quae Graeci* ἐλευθέρια *appellant: rhetores continebuntur, grammatici, geometrae. Medicorum quoque eadem causa est quae professorum . . .: et ideo his quoque extra ordinem ius dici debet.* Il ricorso alla *cognitio extra ordinem* era, naturalmente, facoltativo. Il Below (nt. 1) 92, lo contesta riferendosi al *ius dici debet* del paragrafo 1, ma non avverte che qui il *debet* riguarda il dovere del *praeses* di giudicare anche sulle istanze dei *medici*, oltre che su quelle dei *professores*: non è detto che *praeceptores* e *medici* dovessero necessariamente attivare la *cognitio extra ordinem.*

[3] Per tutti: Schulz, *Storia della giurisprudenza romana* (1946, tr. it. 1968) 462 s. Ma v. Guarino, *Storia del diritto romano*[4] (1969) 526.

[4] Cfr. *Index itp.* ahl.

e semplicistica è la tesi del Beseler [5], che attribuisce alla decadenza bizantina (decadenza anche nel campo medico) l'intrusione degli specialisti tra i medici [6]. Bene ha osservato, replicando, il Below [7] che esistono prove epigrafiche e letterarie sicure che anche gli specialisti, e in particolare gli oftalmici, erano qualificati come *medici* nell'età del principato [8].

Con ciò, peraltro, la discussione non è affatto chiusa. Se fosse vero l'inverso di quel che assume il Beseler, e cioè che in età classica l'essere specialista equivaleva senz'altro all'essere medico, come si spiegherebbe il *fortassis* di Ulpiano? Ulpiano, posto che il testo sia sostanzialmente genuino, non solo esprime un dubbio a proposito degli specialisti, ma sembra anche incline alla soluzione negativa piuttosto che a quella positiva [9]. Occorre quindi identificare il suo dubbio per rendersene ragione.

2. A mio parere, la *ratio dubitandi* di Ulpiano (e della giurisprudenza tardo-classica) è piú sottile di quella che si è ritenuta fino ad oggi. Nessun problema per il giurista che vi possano essere medici specialisti, o meglio specializzati. La *ratio dubitandi* è se, e sino a qual punto, possano essere equiparati ai medici coloro che non hanno nozioni di medicina generale, ma che tentano (e promettono, *pollicentur*) di guarire specifiche malattie, o anche tutte le malattie, con tecniche non sicuramente mediche.

Questa interpretazione è suffragata da tre argomenti.

In primo luogo, va ricordato che nel precedente § 2 Ulpiano non esita a conferire qualifica di medico anche a quelle specialiste che sono indubbiamente le ostetriche: *sed et obstetricem audiant* (*praesides provinciarum*), *quae utique medicinam exhibere vide(n)tur* [10]. Non è vero,

[5] *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 2 (1911) 170 s. Cfr. KRÜGER, *Suppl.* ahl.

[6] Il BESELER (nt. 5), rifacendosi all'autorità del Meyer-Steineg, sostiene (con sorprendente radicalismo) che la tendenza verso le specializzazioni sarebbe stata una conseguenza della decadenza della scienza medica in periodo bizantino.

[7] BELOW (nt. 1) 5 s., con riferimento a CIL. 6.8909.

[8] Cfr. anche BELOW (nt. 1) 133 nt. 53. La questione è stata posta dai moderni anche per i chirurghi: ma v. BELOW, *cit.* 85 s. Che i chirurghi fossero considerati medici anch'essi, è implicitamente confermato dal confronto tra due epigrammi di Marziale, se relativi alla stessa persona. Mart. 1.30: *Chirurgus fuerat, nunc est vispillo Diaulus. / Coepit quo poterat clinicus esse modo.* Mart. 1.47: *Nuper erat medicus, nunc est vispillo Diaulus. / Quod vispillo facit, fecerat et medicus.*

[9] *Medicos fortassis quis accipiet etiam eos rell.* Ulpiano non si impegna nella soluzione del quesito se anche gli specialisti, come taluno ritiene, siano da includere tra i *medici.*

[10] D. 50.13.1.2. Il BESELER (nt. 5) ritiene ovviamente non genuino anche questo paragrafo.

dunque, che il giurista chiuda la porta a quegli specialisti che sono sicuramente (*utique*, *exhibere*) provvisti di una cultura medica.

In secondo luogo, va notato che il baricentro del nostro § 3 sta nella frase con cui si esclude recisamente che abbiano alcunché a che vedere con i medici coloro che usano metodi chiaramente da ciarlatani, oggi si direbbe da « maghi ». Il dubbio relativo agli specialisti che fanno promesse di guarigione si inquadra nel principio che i « guaritori » non sono degni di essere chiamati medici. Non è, dunque, che il giurista alluda ai medici specialisti: egli allude agli specialisti che non sono apertamente ciarlatani, ma che non offrono nemmeno sicure prove di avere la preparazione generale e la dignità professionale dei medici.

In terzo luogo, va tenuto presente che ai tempi di Ulpiano era ormai saldamente affermata la fama di Galeno e delle sue dottrine [11]. Galeno era tutt'altro che avverso alle specializzazioni [12], ma nelle sue numerose opere e, da ultimo, nella famosa Θεραπευτικὴ μέθοδος, egli aveva rigorosamente sostenuto che nessuno può dirsi medico se manca di una conoscenza completa e approfondita del corpo umano, oltre che di una preparazione generale vasta e sicura [13]. Resta confermato, dunque, che il giurista non poteva riferirsi ai medici specialisti, ma poteva porre il suo problema solo in relazione agli specialisti non sicuramente e seriamente medici.

3. Per concludere, il dissesto formale in cui ci si presenta D. 50. 13.1.3 autorizza certo il sospetto circa la sua derivazione postclassica. Tuttavia l'esame del testo sotto il profilo del contenuto porta poi a credere che esso sia sostanzialmente genuino. La questione sollevata da Ulpiano, a proposito degli « specialisti » che promettono salute ai clienti, è una questione perfettamente inquadrata nei tempi in cui Ulpiano scrisse, tempi dominati dalla recente fioritura di Galeno e forse dalla rifioritura, per il tramite di Galeno, del vecchio Ippocrate [14]. Si tratta di un dubbio serio, giustificato, squisitamente « galenico »: un dubbio che anzi, in un'epo-

[11] Su Galeno e sulla sua attività a Roma: MEWALDT, sv. *Galenos* n. 2, in *PW*. 7.1 (1910) 578 ss.

[12] Un suo lavoro giovanile (andato poi perduto) era relativo alle malattie degli occhi: Περὶ τῶν ἐν ὀφθαλμοῖς παθῶν.

[13] Ne fornisce la prova il vasto elenco degli scritti di Galeno, tra cui emergono quelli di medicina generale e non mancano quelli di filosofia, di retorica e di grammatica.

[14] Ulpiano non cita Galeno nei frammenti a noi pervenuti, ma cita Ippocrate in D. 38.16.3.12 (14 *Sab.*). Cfr. anche il contemporaneo Paul. D. 1.5.12.

ca di decadenza della medicina e di moltiplicazione dei pseudo-medici, quale fu, almeno secondo il Beseler e i suoi autori, l'età postclassica in Occidente o in Oriente, sarebbe stato assai difficilmente formulato.

## 4. Il sedicesimo anno.

1. In una delle sue *epistulae* Giavoleno Prisco risolve un caso controverso in maniera che può risultare poco chiara [1].

D. 36.1.48 (Iavol. 11 *ep.*): *Seius Saturninus archigubernus ex classe Britannica testamento fiduciarium reliquit heredem Valerium Maximum trierarchum, a quo petit, ut filio suo Seio Oceano, cum ad annos sedecim pervenisset, hereditatem restitueret. Seius Oceanus antequam impleret annos, defunctus est: nunc Mallius Seneca, qui se avunculum Seii Oceani dicit, proximitatis nomine haec bona petit, Maximus autem trierarchus sibi ea vindicat ideo, quia defunctus est is cui restituere iussus erat. quaero ergo, utrum haec bona ad Valerium Maximum heredem fiduciarium pertineant an ad Mallium Senecam, qui se pueri defuncti avunculum esse dicit. respondi: si Seius Oceanus, cui fideicommissa hereditas ex testamento Seii Saturnini, cum annos sedecim haberet, a Valerio Maximo fiduciario herede restitui debeat, priusquam praefinitum tempus aetatis impleret, decessit, fiduciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem cetera bona Oceani pertinuerint, quoniam dies fideicommissi vivo Oceano cessit, scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur.*

Seio Saturnino, comandante superiore della flotta britannica, istituisce erede il trierarca Valerio Massimo, gravandolo del fedecommesso di restituire il compendio ereditario a suo figlio Seio Oceano « *cum ad annos sedecim pervenisset* ». Seio Oceano muore « *antequam impleret annos* ». Mallio Seneca, proclamandosi zio materno di Seio Oceano, si fa avanti a chiedere i *bona* come parente prossimo (dell'*ordo unde cognati*) del defunto. Replica Valerio Massimo che i beni sono suoi, dal momento che il beneficiario del fedecommesso è morto (evidentemente « *antequam impleret annos* »). A chi dei due spettano i beni? Risposta di Giavoleno: se a Seio Oceano il compendio ereditario andava resti-

* In *ANA*, 97 (1986) 161 ss.

[1] Sul testo: G. Beseler, in *T.* 10 (1930) 229; B. Eckardt, *Iavoleni epistulae* (1978) 21 ss.

tuito « *cum annos sedecim haberet* », ma Seio Oceano è morto « *priusquam praefinitum tempus aetatis impleret* », il *dies cedens* del fedecommesso si è verificato in vita di Seio Oceano (« *dies fideicommissi vivo Oceano cessit* ») e pertanto la *hereditas* fiduciaria spetta a colui cui spettano gli altri beni di Oceano.

2. La mia traduzione mette in rilievo quello che, almeno secondo me, è il punto di divergenza tra Seio Saturnino e Mallio Seneca. Posto che il fedecommesso era stato subordinato al *dies incertus* « *cum ad annos sedecim pervenisset* », Massimo sostiene che la morte di Seio Oceano prima del compimento dei sedici anni ha impedito il verificarsi del *dies incertus*, dunque ha reso inefficace la disposizione fedecommissaria, mentre Mallio Seneca sostiene che il *dies incertus* si è verificato per il fatto che i sedici anni, anche se non portati a compimento da Seio Oceano, erano stati da questi raggiunti. Tesi, quella di Seneca, che Giavoleno approva, perché si perviene ai sedici anni sin dal giorno successivo a quello in cui si sono compiuti i quindici e non nel giorno in cui il sedicesimo anno di vita viene portato a termine.

La differenza che intercorre tra il « pervenire » ai sedici anni e il « compiere » il *praefinitum tempus aetatis* non è stata avvertita dal Beseler, che ha visto nella decisione giavoleniana una contraddizione interpolatizia, ricostruendo il frammento come segue: *Seius Saturninus — respondi: si Seius Oceanus* [—], *priusquam praefinitum tempus aetatis impleret, decessit, fiduciaria hereditas* [—] ⟨*non debetur*⟩, *quoniam dies fideicommissi vivo Oceano* ⟨*non*⟩ *cessit* [—]. Ben a ragione si è opposto a questo frettoloso emendamento l'Eckardt, che però non si è sottratto all'errore di interpretazione del Beseler ed ha ritenuto di poter salvare il passo, facendo leva sulla frase finale, da *scilicet* in poi: frase la quale farebbe intuire che nei fedecommessi (diversamente che nei legati) il *dies* « *cum annos sedecim impleret* » deve aversi per verificato, pur se i sedici anni non sono stati raggiunti (o compiuti), quando il vero scopo della clausola sia stato quello di assicurare una sorta di tutela, quanto piú lunga possibile, al giovane onorato.

A mio avviso, le parole *scilicet — videatur* sono state invece chiaramente interpolate da un lettore postclassico, o da un commissario giustinianeo, allo scopo di superare la contraddizione, fondata su un equivoco di interpretazione, cui hanno poi soggiaciuto anche il Beseler e l'Eckardt.

## 5. Lo stato giuridico di Titiro.

1. In un vivace articolo dedicato alla nozione del *foedus* in Virgilio, Giorgio Luraschi ha spezzato vigorosamente una lancia a favore dell'utilizzabilità dei poeti nella ricostruzione del diritto romano [1].

Sono con lui pienamente d'accordo, è ovvio. Purché, nell'esame di quelle fonti atecniche particolarmente ambigue che sono le composizioni poetiche, si moltiplichi la cautela. E purché non ci si lasci prendere, aggiungo, dalla eccessiva reverenza per le interpretazioni giuridiche che vengono azzardate, talvolta senza adeguata preparazione specialistica, da pur autorevolissimi esponenti degli studi di letteratura latina o degli studi di storia generale. Avvertimenti per i quali mi permetto di rimandare a quanto ho appuntato in un mio libro di « giusromanistica elementare ».

2. Ne vogliamo un esempio? Eccolo.

Il buon Titiro della prima ecloga di Virgilio, nel suo dialogo (in quel di Mantova) con Melibeo, rappresenta in piú punti (1.8 s., 33 ss., 46) se stesso come persona capace di disporre di beni mobili (bestiame e suoi frutti), mentre Melibeo gli dà atto (1.46) che è in grado di disporre anche di beni immobili (*rura*). Ebbene, ecco il Luraschi accedere con piena fiducia, su questa base, all'opinione di chi, « nel piú assoluto rispetto del testo, ha supposto che nell'era mantovana sopravvivessero strutture sociali ed agrarie di tipo etrusco e, comunque, non riconducibili al diritto romano, strutture che contemplavano uno *status personarum* intermedio fra servi e liberi (*lautni*, *vernae*) ed una proprietà diversa da quella quiritaria ».

Ora può anche darsi che a Mantova e altrove vi siano state costumanze, anteriori alla conquista romana, in forza delle quali esistevano dei semi-schiavi, titolari di una certa autonomia patrimoniale in ordine ad una sorta di proprietà diversa dall'assolutistico e indivisibile *dominium ex iure Quiritium*. Su questa ardita supposizione non mi sento in

* In *Labeo* 35 (1989) 336 ss.

[1] Sul tema: G. Luraschi, « *Foedus* » *nell'ideologia virgiliana*, in *Atti III Sem. romanistico gardesano* (1988) 279 ss., spec. 283 s. e note ivi; A. Guarino, *Giusromanistica elementare* (1989) 250 ss.; A. Guarino, *Dir. priv. romano*[8] (1988) 602 s. e citazioni ivi. V. anche: I. Buti, *Studi sulla capacità patrimoniale dei « servi »* (1976) *passim*; G. Giliberti, « *Servus quasi colonus* » (1981) 53 ss.; J.C. Dumont, « *Servus* ». *Rome et l'esclavage sous la République* (1987) 109 ss.; A. Guarino, *Le murene di Pollione*, in *Iusculum iuris* (1985) 247 ss.

grado di pronunciarmi. Ciò che mi permetto di escludere è che l'ipotesi di cui sopra abbia plausibile fondamento nell'ecloga prima.

E lo dico per almeno due motivi.

3. Primo motivo. Se ci si chiede quale sia lo *status* di Titiro al momento in cui, ormai divenuto anziano, si intrattiene con Melibeo, se cioè Titiro sia in quel momento libero o schiavo, la prima risposta che viene alla mente (su suggerimento dell'antico Servio) è che egli sia tornato da un viaggio a Roma, fatto con altri suoi amici, avendo ottenuta la libertà: « *libertas quae sera tamen respexit inertem / candidior postquam tondenti barba cadebat: / respexit tamen et longo post tempore venit / postquam nos Amaryllis habet, Galatea reliquit* » (1.25-28).

Va bene, ma chi lo ha reso liberto, chi lo ha manomesso? Forse Ottaviano, il quale a lui ed ai suoi amici ha generosamente detto: « *pascite ut ante boves, pueri, submittite tauros* » (1.45)? No, questa tesi non regge, sol che si rifletta che Titiro non era certo servo di Ottaviano e che questi, per quanto avviato a diventare *princeps*, non aveva (o non aveva ancora: si era nel 41 a. C.) il potere di *manumittere* schiavi appartenenti ad altri: cose che mi sembra di aver chiarito in una precedente occasione. Dunque, la conclusione deve essere un'altra, e cioè che Titiro ed altri pastori del Mantovano, recatisi a implorare Ottaviano a che non espropriasse le loro terre per assegnarle ai suoi veterani, ottennero da lui, in sede politica, la relativa esenzione (*libertas*).

Ciò posto, non è verosimile che la *libertas* (nel senso di esenzione dall'esproprio) la abbiano chiesta e ottenuta dei pretesi semi-liberi, che erano al piú soltanto semi-proprietari (o proprietari « utili ») delle terre, e non l'abbiano invece conseguita i loro padroni, che di quelle terre erano proprietari in senso pieno e a titolo ufficiale. È evidente, mi sembra, che, malgrado le prime apparenze, nei versi dianzi citati, Virgilio non alluda né alla manumissione di Titiro, né ad una esenzione dall'esproprio ottenuta da quest'ultimo e da pastori suoi pari.

Librandosi liricamente al di sopra di Titiro e della sua età avanzata, Virgilio si riferisce, con tutta probabilità, a se stesso, come giovane proprietario di terre a Mantova, ed al favore effettivamente ottenuto da Ottaviano di non vedersele espropriate.

4. Secondo motivo. Lasciando da parte la questione se Titiro parli da liberto e ammettendo che egli parli tuttora da schiavo, la tesi che la sua sia in realtà, a mente di Virgilio, una sorta di semi-schiavitú, e che del bestiame e dei *rura* egli sia pertanto un proprietario « *sui generis* », avrebbe una qualche consistenza solo se le sue parole non fossero

compatibili con gli istituti caratteristicamente romani della schiavitú in senso pieno e del *dominium ex iure Quiritium*.

Invece compatibili lo sono. Ogni manuale elementare di diritto privato romano afferma, sí, che gli schiavi erano *in potestate dominorum*, ma precisa subito dopo (eventualmente citando una non scarsa bibliografia) che i *servi* potevano ricevere in concessione un *peculium* (definito da Tuberone « *quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet* »: cfr. Ulp. D. 15.1.5.4) e che di questo « *patrimonium* » essi avevano l'*administratio*. Il Titiro virgiliano è, dunque, un normale *servus peculiatus*, che, come tale, può ben dire, ad esempio, dei tempi in cui era preso dai vezzi di Galatea (e non ancora era vincolato da amore per la meno esigente Amarillide: « *quamvis multa meis exiret victima saeptis / pinguis et ingratae, premeretur caseus urbi, / non unquam gravis aere domum mihi dextra redibat* » (1.33-35). L'uso di « *meus* » da parte sua è ovviamente riferito al peculio e ai beni peculiari affidatigli dal padrone.

Dirò di piú: questa conclusione è addirittura imposta (per chi, diversamente da me, voglia prendere ogni parola di Virgilio per oro colato) proprio dal « piú assoluto rispetto del testo ». Che dice, infatti, Titiro (v. 31-32) sempre dei tempi in cui se la faceva con Galatea? Ecco le sue parole: « *Namque, fatebor enim, dum me Galatea tenebat, / nec spes libertatis erat, nec cura peculi* ».

Il *peculium* lo curava poco o niente, ma fatto sta che Titiro lo aveva.

5. A rifinitura dell'argomento voglio qui aggiungere che Titiro è visto presumibilmente da Virgilio come un *servus quasi colonus*, cioè come uno schiavo che ha ricevuto dal suo *dominus*, in concessione speciale, un appezzamento di terreno da coltivare, ed eventualmente anche un certo numero di animali cui attendere, con o senza il patto di versargli una *merces* periodica costituita da danaro o da una quota dei prodotti. Figura, questa, assai diffusa nel sec. I a. C. e ben nota ad Alfeno Varo, che ne tratta in piú punti.

In questa sede non è il caso di inoltrarsi troppo sul terreno del *servus quasi colonus* (denominazione desunta da un brano di Ulpiano, 20 *ad. Sab.* in D. 33.7.12.2-3, che contesta proprio un'opinione di Alfeno). Val solo la pena di dire che il Giliberti, che al tema ha dedicato uno studio accurato e penetrante, forse non è da seguire pienamente quando distingue, nei rapporti tra padrone e schiavo, la *locatio fundi* (che intende sempre come produttiva di una *merces*) dalla vera e pro-

pria *datio peculii*. In un ben noto testo tramandatoci da D. 15.3.16, Alfeno (2 *dig.*) parla, sí, disgiuntivamente di un *dominus* che « *fundum colendum servo suo locavit et boves ei dederat* »; limita, sí, una questione relativa alle *actiones de peculio* o *de in rem verso* al ricavato di una certa operazione finanziaria che ha avuto per oggetto i *boves*; ma lo fa (direi) perché, nel caso specifico, il fondo era stato concesso solo affinché fosse coltivato a totale beneficio del padrone, e non affinché lo schiavo lo coltivasse per sé, dando poi un corrispettivo periodico al padrone: ragion per cui nel patrimonio del padrone nulla entrava dei prodotti del fondo che potesse esigersi dal creditore insoddisfatto dello schiavo con l'*actio de peculio* o con quella *de in rem verso*.

Comunque, se anche la *locatio fundi* allo schiavo non era una sottospecie del *peculium servile*, ma era un istituto con esso concorrente, nessuno nega, per quanto io sappia, che essa facesse dello schiavo solo un *detentor* del fondo e non un proprietario, o semi-proprietario o quasi-proprietario dello stesso. Tanto piú che nemmeno nella *locatio-conductio* tra soggetti giuridici (cioè nella locazione ad effetti giuridici, e non soltanto di fatto) il *conductor* era considerato proprietario, semi-proprietario o quasi-proprietario della cosa locata.

È quanto basta per chiudere queste pagine con la conferma che il Titiro virgiliano non è l'indice di singolari usanze correnti nel territorio di Mantova in deroga ai princípi del *ius Romanorum*, ma si inquadra pienamente (per quanto è possibile ad un personaggio poetico) nel diritto romano repubblicano di tutti i giorni.

## 6. « Collo dorsove domantur ».

Gai 2.15: *Sed quod diximus, et boves equos mulos asinos mancipi esse, nunc videamus quomodo intellegendum sit. sane nostri quidem praeceptores ea animalia statim ut nata mancipi esse putant; Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea mancipi esse putant quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem pervenerint, in qua domari solent.*

Il testo di Gaio (che si riporta nella ricostruzione impeccabile sostenuta dal Nicosia, *Il testo di Gai 2.15 e la sua integrazione*, in

[11] In *Labeo* 14 (1968) 227 s.

*Labeo* 14 [1968] 167 ss.) pone da gran tempo il problema se l'opinione dei Proculiani costituisse una innovazione rispetto a quella dei Sabiniani: problema cui ha da ultimo dedicato un attentissimo esame, in pagine molto lucide, il Nicosia (N. G., « *Animalia quae collo dorsove domantur* », in *Iura* 18 [1967] 45 ss.).

Il Nicosia critica con vero acume l'opinione prevalente (da ultimo sostenuta, con ampia argomentazione, dal Gallo, *Studi sulla distinzione tra « res mancipi » e « res nec mancipi »* [1958] 27 e nt. 15, 40 ss.), secondo cui la teoria proculiana avrebbe riflettuto l'impostazione piú antica. Egli sostiene, al contrario, che l'opinione tradizionale, risalente alle origini, sarebbe stata quella (rigoristica e semplicistica) della scuola sabiniana e che, viceversa, la tesi proculiana sarebbe venuta in essere, successivamente al *de re rustica* di Varrone, ma forse già prima di Nerva e Proculo (cfr. 105 ss.), in virtú di concezioni socio-economiche piú moderne di quelle sabiniane. I motivi essenziali di questo suo convincimento sono i seguenti: *a*) la tendenza costante della giurisprudenza romana non fu nel senso di allargare il campo di applicazione della categoria *res mancipi*, ma fu nel senso di escludere dalla stessa « cose e figure di nuova introduzione che erano esattamente dello stesso tipo di quelle già incluse nelle *res mancipi* » (es.: gli elefanti e i cammelli di Gai 2.16, i fondi provinciali, le servitú di formazione successiva alle quattro originarie); *b*) altra tendenza sicura della giurisprudenza, anzi di tutto il diritto romano, fu quella di progressivamente « togliere di mezzo l'intralcio costituito dal rigoroso regime di circolazione giuridica stabilito per le *res mancipi* » (si pensi all'*usucapio* e all'*actio Publiciana*); *c*) mentre nell'antica economia familiare il numero dei capi di bestiame da tiro e da soma era limitato, la successiva industrializzazione dell'economia agricola romana comportò la formazione di vaste mandrie di buoi, cavalli, muli ed asini, gran parte dei quali (sopra tutto trattandosi di buoi) erano destinati alla macellazione o erano comunque destinati alla vendita in giovane età (in età cioè anteriore a quella dell'eventuale domatura), e per di piú ad una vendita in grosse partite, che rendeva « anacronistica e intralciante la necessità di compiere singolarmente, per ogni capo, il rito solenne della *mancipatio* ».

Ma questi argomenti (indubbiamente efficacissimi a rendere del tutto inverosimile che la nozione proculiana sia stata quella originaria) valgono veramente a concludere che la tesi proculiana sia stata formulata, nei confronti della preesistente teoria sabiniana, allo scopo di restringere il campo di applicazione della *mancipatio* nei confronti degli *ani-*

*malia, quae collo dorsove domantur*? Io ne dubito: primo, perché la tendenza indiscutibile a non incrementare il novero delle *res mancipi* non significa che i giuristi romani fossero addirittura portati a ridurre quel novero; secondo, perché allo scopo di evitare il ricorso alla *mancipatio* (o all'*in iure cessio*) la via seguita dai Romani fu piú semplicemente quella della *traditio* della *res mancipi* tutelata da congrue stipulazioni di garanzia e subordinatamente dall'*actio Publiciana*; terzo, perché la *mancipatio* di una partita di animali da tiro o da soma la si faceva presumibilmente, in età storica, con un'unica *imaginaria venditio* (cfr. Gai 4.17, per l'ipotesi parzialmente analoga della *vindicatio* nell'*actio sacramenti in rem*).

Ciò posto, escluderei che la controversia tra Sabiniani e Proculiani in materia di *animalia, quae collo dorsove domantur*, sia derivata da un diverso orientamento pratico delle due scuole. Si trattò probabilmente di una pura e semplice divergenza interpretativa, localizzabile proprio e solo nel sec. I d. C., nei confronti di un principio tradizionale ambiguamente espresso. La vecchia regola civilistica includeva tra le *res mancipi* gli *animalia, quae collo dorsove* « *domantur* »: era naturale che, nello spirito polemico che presiedeva ai rapporti tra le due scuole, gli uni (e precisamente i Sabiniani) fossero portati ad intendere il *domari* in senso astratto (nel senso cioè di *animalia, quae collo dorsove domari solent*) e gli altri (i Proculiani) fossero indotti per reazione a sostenere che *domantur* solo gli *animalia* effettivamente *domita*, o tutt'al piú gli *animalia* in età di essere domati.

È sintomatico che Gaio, il quale pur afferma che « *magna autem differentia est inter mancipi res et nec mancipi* » (cfr. Gai 2.18), non prenda esplicita posizione in ordine alla controversia (puramente congetturale, e giustamente posta in dubbio dal Nicosia, 71 nt. 78, la ricostruzione *quae domari solent* in Gai 2.14*a*). Ciò dipende evidentemente dal fatto che ai suoi occhi la controversia aveva puro sapore teorico, non essendovi dubbio ai suoi tempi (e già in quelli di Nerva e Proculo) che, « *si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur* » (cfr. Gai 2.41).

## 7. I « CIRCUMCELLIONES ».

1. Chi erano i *circumcelliones*? L'unica cosa sicura al riguardo è che si trattava di seguaci del donatismo africano. Tutto il resto è incerto ed ha determinato di recente una acuta indagine del Calderone (C. S., « *Circumcelliones* », in *PP.* 103 [1967] 94 ss., ivi a nt. 1 altra bibliografia).

Sant'Agostino definisce i *circumcelliones* (*c. Gaud.* 1.28.32) « *genus hominum victus sui causa cellas circumiens rusticanas* » e dice anche di loro (*narr. in ps.* 132.2) « *circumcelliones dicti sunt, quia circum cellas vagantur, solent enim ire hac illac, nusquam habentes sedes* ». Certa dottrina, tenendo anche conto del fatto che i turbolenti *circumcelliones* vagavano nelle zone agricole (o cosí sembrava) della Numidia *superior*, terra ricca di colture olearie, ha avanzato l'ipotesi che si trattasse di braccianti vagabondi disponibili ovunque si dovesse procedere al raccolto delle olive intorno alle *cellae* (*oleariae*) *rusticanae* (cfr. Tengström, *Donatisten und Katholiken* [1964] 24 ss.). Tuttavia il Calderone non è di questo avviso. Per lui gli indizi della qualità di braccianti sono vaghi, mentre sono assai piú consistenti altri indizi che qualificano i *circumcelliones* come una sorta di monaci irregolari, restii alla vita dei cenobi e portati piuttosto ad aggirarsi intorno ad essi ed alle loro *cellae* per trarre in qualche modo i mezzi di sussistenza dallo spirito di fraternità dei monaci regolari. Isid., *etym.* 8.5.53 (Lindsay) dice significativamente « *circumcelliones ab eo dicti, quod agrestes sint, quos 'Cotopitas' vocant* » e *cotopitae*, come il Calderone dimostra attraverso una sottile ricerca, derivava dall'antico copto * *kétaouvèt*, che stava a significare (in Egitto) coloro che stazionavano attorno ai cenobi e alle relative *casae*, *casulae*, *cellae*, site ovviamente in campagna: ecco perché Isidoro li qualifica *agrestes*. Ma Agostino precisa che si tratta di gente *ab agris vacans* (*c. Gaud.* 1.32), di uomini che « *ita se instituerint, ut quotidie in agris tamquam in pastum pergant et quod pro tempore invenerint carpant, ac sopita fame revertantur* » (*de op. monach.* 28).

Ora, che i *circumcelliones* fossero monaci irregolari, sembra effettivamente piú che probabile. Ma è altrettanto plausibile che essi fossero degli inguaribili sfaticati, che si riversavano nelle campagne per vivere a sbafo delle comunità monastiche?

Mi pare difficile. La famosa cost. di Onorio (e Arcadio) a Seleuco

* In *Labeo* 15 (1969) 107 ss., 38 (1992) 249 ss.

dell'a. 412, che si legge in CTh. 16.5.52, nel fissare pene ai donatisti impenitenti, fa una gradazione delle stesse *pro qualitate personarum*, distinguendo le seguenti categorie: *inlustres, spectabiles, senatores, clarissimi, sacerdotales, principales, decuriones, negotiatores, plebeii* e (categoria infima) *circumcelliones*. In altri termini, i *circumcelliones* rilevavano per il diritto in quanto erano una precisa categoria sociale che veniva dopo gli stessi *plebeii*; se Onorio li ha distinti dai *negotiatores* e dai *plebeii*, è stato evidentemente perché la loro connotazione sociale ed economica (a prescindere dal loro carattere di monaci e dalla loro inclinazione allo sbafo) aveva qualcosa di tipico.

In che altro può essere consistita questa tipicità giuridicamente rilevante, se non nella funzione di bracciantato agricolo occasionale, esplicantesi sopra tutto nella cooperazione, là dove fosse necessario, alle fatiche del raccolto?

Agostino, che evidentemente li disprezzava, non avrebbe mancato, se questa fosse stata davvero la loro caratteristica, di specificare che i *circumcelliones* assediavano le celle dei cenobiti in cerca di vitto. Se Agostino dice invece che essi si riversavano nelle campagne (non nelle città) *tamquam in pastum*, mirando a *quod pro tempore* (a seconda delle stagioni) *invenerint*, aggirandosi *circum cellas rusticanas*, è proprio perché essi usavano andare in cerca di lavoro (e sia pure: non disdegnando le ruberie) intorno alle *cellae* delle aziende agricole. Lo conferma Isidoro, quando fa derivare la denominazione di *circumcelliones* dal fatto *quod agrestes sint*. Che lo stesso Isidoro richiami il termine di *cotopitae* ha valore indiziario che non sarebbe giusto negare, ma non ha e non può avere una importanza tale da eliminare il dato essenziale (essenziale proprio per Isidoro) del carattere agricolo della categoria sociale dei *circumcelliones*.

2. Che il problema della identificazione dei *circumcelliones* si presti, ancor meno di tanti altri, a soluzioni inconfutabili è dimostrato dal fatto che è tornato a discuterlo, dopo lo studio del Calderone (e dopo le mie osservazioni in proposito, peraltro da lui trascurate) M. R. Cataudella, nell'articolo dal titolo *Motivi di rivolta sociale in Africa fra IV e V secolo?*, apparso a p. 331 ss. della ricchissima raccolta di contributi su *L'Africa romana* curata, a coronamento del Convegno cagliaritano del 1990, dall'infaticabile e benemerito Attilio Mastino (Cagliari 1991, 1178).

Sorvolando sul resto, mi fermerò qui, con maggiore attenzione, sul punto piú pruriginoso di tutti, costituito dalla costituzione edittale di

Onorio (e di Teodosio II) cosí come riferita, con datazione 412 (e con indirizzo al *praefectus praetorio* Seleuco), in:

CTh. 16.5.52: *...nisi ex die prolatae legis omnes Donatistae, tam sacerdotes quam clerici laicique, catholicae se, a qua sacrilege descivere, reddiderint, tunc in(lustres) singillatim poenae nomine fisco nostro auri pondo quinquaginta cogantur inferre, spectabiles auri pondo quadraginta, senatores auri pondo triginta, clarissimi auri pondo viginti, sacerdotales auri pondo triginta, principales auri pondo viginti, decuriones auri pondo quinque, negotiatores auri pondo quinque, plebei auri pondo quinque, circumcelliones argenti pondo decem.* 1. *Qui nisi a conductoribus, sub quibus commanent, vel procuratoribus executori exigenti fuerint praesentati, ipsi teneantur ad poenam, ita ut nec domus nostrae homines ab huiuscemodi censura habeantur immunes.* (rell.).

A mente del Cataudella, i « *qui* » del § 1 non possono essere tutti i personaggi (dagli *inlustres* in giú) indicati nel *principium*, « perché è da escludere che fra coloro che *commanent sub conductoribus* ci fossero, poniamo, gli *inlustres* o gli *spectabiles* o i *senatores* ecc. . . .; pertanto ' *qui* ' potranno essere solo i *circumcelliones* . . .; ma non sono invece da vedere i *circumcelliones* in ' *ipsi* ', come vorrebbe Saumagne, e con lui Brisson, Lepelley ecc., forse fuorviati dal costrutto anacolutico ». Per lui, in altri termini, « *ipsi* » sarebbero, « sia pure a prezzo di un anacoluto », i *conductores* e i *procuratores*, « esplicitamente chiamati in causa in quanto possibili protettori di colpevoli », quindi non esentabili anch'essi dalla sanzione comminata ai *circumcelliones*.

Ebbene a me pare che, salvo errore, lo spericolatissimo anacoluto denunciato dal Cataudella non sia attribuibile al linguaggio imperiale, ma alla curiosa lettura proprio e solo dello stesso Cataudella. Il quale non si rende conto che, se degli *inlustres*, degli *spectabiles* eccetera forse non era pensabile che fossero subordinati a *conductores*, ben potevano esservi subordinati i *plebeii* e, comunque, ben potevano essere tutti rappresentati dai *procuratores*, né riesce ad ammettere che l'imperatore, dopo aver fissato le pene per le varie categorie di donatisti, si preoccupi avvedutamente di sottolineare che, per l'ipotesi che non vi siano o non paghino gli eventuali *conductores* e *procuratores* (« *nisi* »), debbano pagare in persona propria (« *ipsi* ») coloro che sono indicati nel *principium* della costituzione.

Smontata l'arbitraria interpretazione del Cataudella (e facendo grazia al lettore del seguito del provvedimento imperiale), viene meno l'ipotesi, del resto di per sé fragilissima, che *circumcelliones* fossero

anche gli *inlustres*, gli *spectabiles* e via dicendo, se ed in quanto, oltre che aderire all'eresia donatista, si coprissero di stracci e si aggirassero tumultuando per le campagne, rinunciando al proprio rango sociale (o addirittura nascondendolo).

Anche secondo me è poco persuasiva la tesi del Saumagne e di altri, i quali nei *circumcelliones* vedono un vero e proprio *ordo* preso in considerazione come tale dall'imperatore. Essi erano però, tra il quarto e il quinto secolo, una innegabile e corposa « realtà » sociale di « Lumpenproletariat », usa a guadagnarsi qualcosa da mangiare col bracciantato agricolo. Realtà della quale Onorio non poteva non tener conto, sia pure colpendola con una sanzione penale di minima entità, nel suo tentativo di porre un argine al dilagare dell'odiato donatismo.

## 8. La donna tutrice.

Dico subito, e con vero piacere, che il libro dedicato da T. Masiello ai problemi della donna tutrice nell'età dagli Antonini ai Severi lascia intendere chiaramente, se non mi inganno, che il giovane autore è uno studioso dotato di ingegno e di cultura (M. T., *La donna tutrice, Modelli culturali e prassi giuridica fra gli Antonini e i Severi*, Pubbl. Fac. Giur. Univ. Bari n. 49 [Napoli 1979] X-107). Se però la letteratura critica sui testi fosse stata piú attentamente controllata e discussa e se l'opera, dopo essere stata redatta, fosse stata messa a ' riposare ' un tantino prima di essere riveduta e pubblicata, forse sarebbe stato meglio.

Quanto al primo punto, osserverò solo che è vero che al giorno d'oggi non mancano, tra gli studiosi non piú verdissimi, « modelli culturali » che spingono a ritenere aprioristicamente vana e ingombrante la critica esegetica cui sono stati sottoposti per alcuni decenni i testi romani, ma è anche vero che, se questa critica esegetica vi è stata, è doveroso dimostrare che essa, magari anche dieci volte su dieci, è caduta in grossolani abbagli, oppure non ha tenuto presente che le incongruenze di questo o quel passo sono dovute all'eliminazione del cosí detto *ius controversum*. E questo sia detto a prescindere dal fatto che molte conclusioni esegetiche contestabili dei cosí detti ipercritici sono spesso basate su rilievi critici sottili e illuminanti: il che è poi ciò che veramente conta.

* In *Labeo* 25 (1979) 345 s.

Quando al secondo punto, mi limiterò a rilevare che è vero che « l'ipotesi dell'applicazione assoluta e costante del diritto romano a realtà provinciali non è piú praticabile » (2) e che, aggiungo, certi istituti chiaramente ragionevoli come quello della donna tutrice (specie se la madre) non potevano non attrarre gli stessi Romani del II-III secolo dopo Cristo, cosí alieni nella vita sociale dalla « *vis ac potestas in capite libero* » dei tempi antichi, ma è anche vero che, in linea di principio, i giuristi dell'età fra Nerva e Antonino si dimostrarono altrettanto contrari alle consuetudini provinciali quanto i giuristi dell'età successiva: basti citare Salvio Giuliano, in un ben noto testo sui *tutores testamentarii* esentati dal rendiconto (« *eos aneclogistos esse volo* »), di cui l'opinione negativa, riferita da Ulp. 35 *ed.* D. 26.7.5.7, non può essere qualificata come una qualunque « voce di dissenso » (36 ss.), ma è una voce, direi, molto autorevole, le cui profonde motivazioni, ricordate a p. 87 s., andavano forse controllate su tutta la letteratura che si è su di esse formata.

Né mi sembra che possa dichiararsi (2) paradossale il fatto che gli imperatori e i giuristi severiani, pur essendo « di origine provinciale » (tutti?), difendano vigorosamente, piú di quanto non sembri aver fatto qualche imperatore o giurista di età precedente, un istituto di fondo del *ius civile Romanorum*. Ragionando con questo metro, l'illirico Diocleziano, che aveva tanto piú drammatica avversione, come mostrano i suoi rescritti, per le deviazioni dal diritto romano ufficiale, andrebbe qualificato addirittura come un essere assurdo, mentre tutti sappiamo che la sua rigidissima concezione del potere imperiale portava seco l'esigenza di pretendere il massimo del conformismo all'ordinamento giuridico su cui il potere imperiale era fondato.

Ma basta cosí. I rilievi, non so se esatti, che mi sono permesso di fare derivano, ripeto, dalla stima per l'autore e dall'attenzione che egli merita. Nonché dall'augurio che anche a lui, come a noi tutti, possa succedere quello che, secondo una sua diagnosi (83 s. e nt. 32), sarebbe avvenuto nientemeno che a Cervidio Scevola, quando, dopo aver dato uno di quei laconici responsi che gli son tipici (o che son tipici degli appunti da cui sarebbero derivate, secondo alcuni, le sue opere casistiche), ha aggiunto « *in disputando* » la abbondante motivazione riferita dal suo allievo Paolo (1 *Vit.* D. 28.2.19): « è in questa fase che la riflessione del giurista guadagna la sua problematicità e l'autoritarietà del responso si fa persuasione ».

## 9. « Manumissio cum grano salis ».

La raccolta di studi pubblicata in onore di F. Vittinghoff (« Kölner hist. Abhdl. » vol. 28) offre una trentina di saggi tutti molto interessanti e alcuni di particolare rilievo per lo storiografo del diritto romano (*Studien zur antiken Sozialgeschichte. Festschrift Friedrich Vittinghoff*, hgg. W. Eck, H. Galsterer, H. Wolff [Köln-Wien 1980] XV-595). Qui mi limito a segnalare, affinché non sfugga all'attenzione di nessuno, le pagine dedicate da E. Pack alla lettura del notissimo frammento di bassorilievo n. 26 del museo di Mariemont, quindi ai problemi ricostruttivi della *manumissio vindicta* (P. E., *Manumissio in circo? Zur sog. Freilassungsrelief in Mariemont*, 179 ss., con fotografia dopo p. 192).

Sul pezzo archeologico, considerato da sempre un documento probatorio, purtroppo mutilo e in qualche verso ambiguo, della *manumissio vindicta*, l'ultimo storico-giurista che si sia a lungo fermato è stato S. Tondo (*Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della « manumissio vindicta »* [1967] 143 ss., 159 ss., riproduz. stilizzata del pezzo a p. 213). Ma a questo autore è sfuggito, se non erro, l'articolo pubblicato quasi contemporaneamente da un archeologo, G. Ville, il quale ha vigorosamente contestato l'interpretazione usuale come scena di affrancazione di due schiavi (V. G., *Le relief R. 14 [26] de Mariemont ne figure pas un affranchissement par la vindicte, mais une scène de cirque*, in *Latomus* 22 [1963] 14 ss.).

Ponendosi di fronte a questa radicale divergenza, il Pack si sforza, con molto impegno, di conciliare tra loro le due tesi. Dato che uno dei due personaggi in vesti succinte e aventi il *pilleus libertatis* in testa impugna con la sinistra una frusta, ciò può indurre certamente a pensare che la scena raffiguri la premiazione nel circo di uno o due *desultores*, che abbiano eseguito bene il loro difficile numero di saltare in corsa da un cavallo all'altro. Ma poiché il personaggio centrale, che ha tutta l'aria (o quasi?) di un littore, tocca con una verga uno dei due uomini con *pilleus*, e precisamente quello senza frusta che si prosterna in ginocchio davanti a lui, perché non supporre che il premio per i due *desultores* consista proprio in una *manumissio vindicta* eseguita nello stesso circo?

L'ipotesi è indubbiamente legittima, tanto piú che non mancano le testimonianze, sia pure per tempi assai posteriori all'età augustea (cui pare si riferisca il bassorilievo di Mariemont), di una disponibilità dei consoli

* In *Labeo* 27 (1981) 283 s.

a presenziare alle manumissioni *vindicta* proprio negli intervalli degli spettacoli circensi (cfr., ad esempio, Ammian. 22.7.2, relativo all'a. 362). Mi sia concesso tuttavia, in nome di una mia vecchia battaglia contro il « complesso dell'epigrafe », che induce spesso a congetture eventualmente esagerate, di osservare che la figura in ginocchio manca di frusta e quindi può ben non essere un *desultor*, mentre la figura in piedi la frusta ce l'ha, ma forse ciò dipende dal fatto (largamente sostenuto dai dotti) che si tratta di uno schiavo cocchiere, o magari dal fatto (oso ipotizzare io) che l'autore del bassorilievo ha avuto il ghiribizzo di riempire con quella frusta un vuoto figurativo che sarebbe stato antiestetico.

Conclusione: *manumissio in circo*, ma *cum grano salis*. Anzi, sia ben chiaro, qualche granello di sale lo merita la stessa *manumissio vindicta*, quanto meno nelle illazioni (specie per ciò che concerne il presunto particolare della *circum actio*) formulate da alcuni autori. *Sed de hoc satis.*

## 10. Schiavi in fuga.

Al problema della fuga degli schiavi nell'impero romano, da Augusto a Giustiniano, H. Bellen ha dedicato una ricerca veramente esemplare per completezza di informazioni, vastità di impianto, acutezza (e prudenza) di osservazioni, asciuttezza di stile [Bellen H., *Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich*, vol. 4 delle « Forschungen zur antiken Sklaverei » a cura di J. Vogt e U. Instinsky (Wiesbaden 1971) XII-179].

È un vero piacere poter leggere un lavoro come questo, che supera i confini della specializzazione e spazia, a prezzo di una fatica che deve essere stata veramente improba, su tutti gli aspetti del tema, senza trascurarne o sottovalutarne nessuno. Il fenomeno viene anzitutto affrontato, nei sette capitoli che costituiscono la prima parte (5-115), dal punto di vista delle misure preventive e repressive (le « Gegenmassnahmen ») poste in essere per combatterlo: quadro vastissimo, anche se rigorosamente condensato, che include anche una piena e approfondita conoscenza della letteratura di diritto romano privato e pubblico. In una seconda parte, di tre brevi capitoli (116-125), la larga messe raccolta nella prima parte viene riordinata diacronicamente in relazione al principato augusteo, al principato adrianeo e severiano (sino a Diocleziano),

* In *Labeo* 19 (1973) 110 s.

all'impero assoluto (a cominciare da Costantino). Segue una terza parte, di quattro capitoli (126-154), dedicata all'analisi delle cause sociali ed economiche del fenomeno: reazione dello schiavo contro la sua condizione e contro il trattamento inumano usato su larga scala nei suoi confronti, allettamenti implicati dal brigantaggio, impulsi derivanti dalla dottrina (e in parte dalla pratica) cristiana e dall'evasione dei germanici, ma sopra tutto (133-143) obbiettiva situazione di sempre maggior deficienza di forze lavorative e di sempre maggiore richiesta di fuggitivi e di lavoratori in genere.

In un capitolo finale (155-161) l'a. trae, nei limiti in cui è permesso dalla complessità della materia, le sue conclusioni, che culminano in un'opportuna reazione al facilismo della « rivoluzione degli schiavi » che avrebbe, secondo certi storiografi, causato o contribuito a causare la fine dell'impero romano.

Posto anche che nell'ambito della schiavitú romana si siano realmente determinate le condizioni obbiettive per la formazione di una « classe » degli schiavi, certamente è da escludere che si sia mai costituita, sia pure embrionalmente, una coscienza di classe che abbia alimentato la pretesa rivoluzione. Il Basso Impero, in specie, fu teatro di un livellamento di tipo servile di tutte le forze di lavoro agrarie (schiavi, *coloni*, *circumcelliones*), di un tragico e disordinato insorgere di queste forze contro la loro intollerabile condizione, ma sopra tutto di una spaventosa e assurda cecità del ceto padronale e dello stato che cercava di proteggerlo. Per garantirsi le forze di lavoro necessarie i padroni dell'epoca fecero ricorso a tutti i mezzi, anche illeciti ed eventualmente costosi come le reciproche ruberie di schiavi e coloni, ma non seppero né vollero affrontare il problema di un trattamento umano e di un giusto o almeno sufficiente salario.

Seneca (*ep.* 47.5) aveva detto: *non habemus illos hostes, sed facimus.*

## 11. Il « iudicium domesticum ».

Una felice indagine del Volterra (*Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *RISG.* 1948) sembrava aver relegato tra le leggende l'istituto del cd. *iudicium domesticum* nei confronti dei sottoposti a

* In *Labeo* 13 (1967) 124.

poteri familiari. Ma ecco ora il Kunkel (*Das Konsilium im Hausgericht*, in *ZSS.* 83 [1966] 219 ss.) prendere, con vigore di argomenti pari a finezza di notazioni, la difesa della storicità (sino a tutto il periodo classico) del *consilium necessariorum*, del cui voto (espresso a maggioranza) il *paterfamilias* avrebbe avuto bisogno, sopra tutto ai fini dell'esercizio del *ius vitae ac necis*. I testi particolarmente considerati sono: Sen. *de clem.* 1.15.2, Val. Max. 5.9.1, Flav. Joseph. *ant. iud.* 16.356 ss., Cic. *pro Cluent.* 176 ss., Plut. *Cato mai.* 21, Dionys. 2.25, Gell. *N.A.* 10.23.4 s. (da Cato *de dote*), fr. August. 4.86, Ulp. D. 48.8.2.

Il quadro che, utilizzando questi elementi, il Kunkel riesce a tracciare è altamente suggestivo, né vi è da dubitare della sua attendibilità sul piano sociale. Ma il dubbio insuperabile è se il ricorso al *consilium* (composto non solo da familiari, ma spesso anche da *amici* autorevoli) costituisse per l'avente potestà un obbligo giuridico.

A questo proposito, per verità, il Kunkel non riesce a convincere.

In particolare, sembra altamente improbabile che le *XII tabulae* abbiano condizionato l'esercizio del *ius vitae necisque* alla sussistenza di una *iusta causa* (troppo mutilo, e comunque poco attendibile è fr. August. 4.86). E sembra altresí arbitraria la restituzione proposta per Ulp. (1 *adult.*) D. 48.8.2: *Inauditum filium pater occidere non potest, sed* (*cognoscere de eo cum amicis vel*) *accusare eum apud praefectum praesidemve debet* (si noti l'ineleganza di *cognoscere de eo . . . vel accusare eum*).

Quanto a quest'ultimo testo, la critica del Bonfante (*Corso* 1.84 [rist. 1963, 111]), da cui prende le mosse il Kunkel, è palesemente infondata. Ulpiano non allude al *iudicium domesticum* nella prima proposizione, né si contraddice con la seconda parte del suo discorso. Egli si limita a segnalare l'obbligo, posto dal *ius novum* imperiale, di esercitare il *ius vitae ac necis* solo dopo avere ascoltato le ragioni del figlio, oppure di deferire quest'ultimo al giudizio *extra ordinem* del *praefectus* o del *praeses provinciae*. Del *iudicium domesticum* in Ulpiano non vi è né traccia, né necessità.

## 12. « Tollere liberos ».

Il Lanfranchi dedica un accurato studio alla cd. presunzione di paternità, che si vuole affermata da Paul. D. 2.4.5 (Lanfranchi F., *Ri-*

* In *Labeo* 12 (1966) 410 s.

*cerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano. 2. La c.d. presunzione di paternità*, in *PUMO.* 102 [1964] 95).

A tal uopo egli torna, anzi tutto (5 ss.), sul problema del « *tollere liberos* » per ribadire l'opinione, già precedentemente difesa (Lanfranchi, *Premesse terminologiche e ricerche sulle azioni di stato della filiazione*, in *SUC.* 1946; Id., *Prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione*, in *St. Albertario* 1 [1951] 741 ss.), secondo cui la prassi del *tollere liberos*, almeno in tempi storici, ebbe rilievo esclusivamente religioso e sociale, senza alcun riflesso di carattere giuridico. Tanto premesso, il nostro autore (37 ss.): precisa, al lume della migliore dottrina, la concezione romana delle presunzioni; difende la genuinità della famosa regola di Paolo (*pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*); ne afferma la natura di regola di diritto materiale, che nulla ha a vedere con le presunzioni di diritto processuale; ne pone in luce le condizioni di efficacia. Le quali condizioni di efficacia sono, piú precisamente (67 ss.), le seguenti: nascita *ex iustis nuptiis* (evidentemente, *ex uxore*), nascita *intra legitimum tempus* (non prima di 182 giorni dalla costituzione del matrimonio, non dopo 300 giorni dal suo scioglimento o annullamento), nascita a titolo di *partus perfectus.*

La premessa sul *tollere liberos*, che riprende ed approfondisce una nota dimostrazione del Perozzi (Perozzi, «*Tollere liberum* », ora in *Scr. giur.* 3 [1948] 93 ss.), convince però sino ad un certo punto. La tesi, secondo cui il *tollere natum* non fosse requisito necessario per l'acquisto della *patria potestas* (né, quindi, per il riconoscimento della filiazione), è indubbiamente esatta. Ma, posto che la cerimonia del *tollere* fosse concretamente predisposta e che il *paterfamilias* non raccogliesse il neonato, che significato aveva questo suo comportamento?

Non è ovvio che esso implicasse un disconoscimento del figlio (di quel figlio che, almeno in teoria, il *pater* avrebbe potuto anche uccidere)?

## 13. Banche e banchieri.

Le origini delle moderne banche commerciali, cioè di quelle che utilizzano il danaro avuto in deposito dai loro clienti per compiere operazioni attive di credito ad interesse con altri clienti, vengono riportate, di solito, all'Italia del sec. XII, ed è già forse un andar troppo indietro. Comunque, poiché non mancano mai gli studiosi che si com-

* In *Labeo* 13 (1967) 412 s.

piacciono di accennare ad origini ben piú antiche, era opportuna una ricerca sistematica di genealogia delle moderne banche di deposito, e ad essa si è appunto dedicato il Bogaert (Bogaert R., *Les origines antiques de la banque de dépôt* [Leyden 1966] 185).

La monografia vuol essere (cfr. 23) la prima di una serie di quattro sulle banche nell'antichità: la seconda sarà infatti dedicata alla Grecia dopo il sec. III a. C., la terza all'Egitto tolemaico e romano, la quarta alle banche romane. Ciò spiega perché larga parte del libro del B. (41-129) si occupi delle operazioni bancarie nell'antica Mesopotamia (la cui analisi è indubbiamente molto attenta, anche se, come avverte l'a., di seconda mano, cioè non basata sulla interpretazione diretta dei documenti). Questo capitolo è interessante e fa intuire che, allo stato delle ricerche, il parlare di origini babilonesi delle banche commerciali è fuori di luogo.

Nessun serio indizio conforta dunque l'ipotesi che in Mesopotamia vi siano state vere e proprie istituzioni bancarie, sia pure embrionali. Tuttavia, assodato questo primo punto, perché mai l'a., senza attendere i risulati delle indagini che si ripromette di compiere sulla Grecia e su Roma, è corso tanto precipitosamente ad occuparsi, in due smilzi capitoletti, delle origini greche (130-158) delle banche di deposito (origini ch'egli nega) e delle origini italiane (159-173) delle stesse (origini ch'egli invece ammette)? Ho l'impressione che il gusto dello scrivere gli abbia preso la mano, perché non vedo come possa essere « risolto » un problema (nella specie: quello delle piú antiche origini delle banche commerciali) prima ancora di essere stato compiutamente studiato.

A prescindere da ciò, un'altra osservazione. Dopo aver assodato che in Mesopotamia non vi furono banche ma già vi furono operazioni che sarebbero poi divenute tipiche dell'attività bancaria, l'a. (174 ss.) conclude che, pertanto, le operazioni di banca sono nate prima delle banche. Intendiamoci, è esatto; ma è detto in modo tale da far pensare al noto problema dell'uovo e della gallina, sí che si potrebbe essere anche tentati di replicare, stando sullo stesso piano: come è possibile che vi siano state « operazioni di banca » (l'uovo) quando le « banche » (cioè le galline) ancora non c'erano?

L'equivoco è di metodo e sta, precisamente, nell'impostazione di certe ricerche, le quali, premessa una certa configurazione di un certo istituto moderno, si pongono il limitato problema di stabilire quando quella struttura sia apparsa, cosí come è oggi, la prima volta, senza chiedersi come e quando si sia prima profilata la funzione cui quella

struttura oggi serve, ed in che altri modi sia stata assolta quella funzione prima dell'apparizione dell'istituto. Ma ricerche di questo tipo non fanno storiografia, fanno solo curiosità erudita. L'a., che per diligenza e acume mostra sicure possibilità di storiografo, dovrebbe tenerlo presente nelle prossime indagini.

## 14. Romanità sportiva.

Nel rileggere, in *Index* 19 (1991) 359 ss., l'articolo dedicato da A. Wacke agli *Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano e moderno*, mi sono ancora una volta incontrato (365 s.) col notissimo caso del barbiere che taglia la gola al cliente (piú precisamente, ad uno schiavo) a causa della palla che è stata scagliata *vehementius* da un Tizio impegnato lí vicino nel gioco relativo e che, per disavventura (non certo per prava intenzione del giocatore), è andata a coglierlo proprio sul dorso della mano.

Tralascio ogni tentazione di occuparmi del problema della responsabilità *ex lege Aquilia* (per il che cfr. Ulp. D. 9.2.11 pr. e la vasta letteratura relativa). Voglio qui precisare solo due punti: primo, che il barbiere *de quo* era molto probabilmente un barbiere ambulante (come se ne vedono ancora in gran numero in certe campagne, sopra tutto nei paesi del terzo mondo, nonché, per antica e ben nota tradizione, in Cina), essendo improbabile che in Roma antica la barberia fosse esercitata in appositi locali di « friseur », anziché nei bagni pubblici oppure, per la gente-bene, nelle case private; secondo, che il gioco della « *pila percussa* », cioè della « palla battuta », non consisteva probabilmente in qualcosa di simile ad un « hockey con bastoni » (cosí ipotizza il Wacke), ma doveva essere null'altro che lo *harpastum* cioè la « pallavolo » (il « volley-ball »), magari fatta, perché no?, anche con l'intervento dei piedi (commistione oggi come oggi, sul piano sportivo, ammessa solo per il « rugby »).

Naturalmente, nessuno può escludere che, per dare piú forza al colpo, si ricorresse a bastoni o a palette. Ma allora non penserei tanto al « hockey » (che si pratica prevalentemente con dischi, e non con palle) quanto a qualcosa di simile al « base-ball » o al « tennis » (gioco, quest'ultimo, che si presta tanto ad esibizioni di forte carica atletica, quanto a varianti molleggiate in sobria distensione muscolare). Dubbio

* In *Labeo* 39 (1993) 441 s.

comunque, ahimé molto dubbio, è se i Romani praticassero già il « football » all'inglese (quello che gli americani chiamano il « soccer »).

Una sola cosa è certa: giocare a palla implicava uno sforzo che, per quanto ridotto, non si addiceva ai cisposi ed ai malati di stomaco. Cosí, almeno, giustifica Orazio, *sat.* 1.5.48-49, il fatto che, giunti a Capua ancora per tempo, nel viaggio da Roma a Brindisi, Mecenate si mise a giocare alla *pila*, mentre egli e Virgilio preferirono andarsene quietamente a letto (« *lusum it Maecenas, dormitum ego Vergiliusque; / namque pila lippis inimicum et ludere crudis* »). Di piú ci è difficile o addirittura impossibile sapere, perché in antico i « tifosi » dello sport non mancavano (basta pensare a Pindaro), ma mancavano (non so se dire purtroppo o fortunatamente) i giornalisti sportivi, con le loro vivaci disquisizioni tecniche.

Ha particolarmente risentito, di questa mancanza, proprio il gioco del pallone. Quel gioco al cui vincitore anche il nostro Leopardi ha dedicato nel 1821 un'ode famosa, tralasciando però completamente di descrivere la trascurabile quisquilia (trascurabile per lui, il delicato poeta, s'intende) costituita dalle regole di questa pratica sportiva.

## 15. Il tempo e il diritto.

« Il durare nel tempo di una norma giuridica incide, e in quale misura, sul suo modo di essere, rispetto a coloro che devono osservarla o applicarla? Ne accresce o no la ' forza ', rendendola meno fragile, meno duttile, nei confronti di un potere o di un'autorità pubblica che sia legittimamente in grado, quando lo voglia, di modificarla e di abolirla? ».

La risposta pienamente positiva a queste due connesse domande formulate in prefazione (cfr. V) è, secondo l'a., al fondo della raccolta di saggi (nove, per la precisione, di cui uno inedito) che Mario Bretone è andato scrivendo nel corso di un paio di decenni e che oggi ci ripresenta, con qualche ritocco, sotto il titolo *Diritto e tempo nella tradizione europea* (Roma-Bari 1994, VII-223). Saggi (è necessario aggiungerlo?) tutti profondamente pensati, lucidamente redatti e minuziosamente curati, che l'a. non di rado aggancia (talvolta, forse, con fiducia eccessiva) a riflessioni filosofiche conemporanee sul concetto e sulla validità del tempo sopra tutto in rapporto alla vicenda sociale.

* In *Labeo* 40 (1994) 410 s.

Questo non è evidentemente il luogo (né io sono probabilmente la persona adatta) per discussioni approfondite. Mi conceda tuttavia l'a. di avanzare il sospetto che la prefazione della sua silloge sia stata scritta (come spesso succede con le prefazioni) con riflessione meno intensa di quella che sottende i suoi contributi.

A me sembra piuttosto dubbio, infatti, che il tempo rafforzi sempre e in ogni caso la resistenza delle componenti dell'ordinamento giuridico alle modifiche od alle innovazioni volute da un potere politico cui sia istituzionalmente lecito di modificarle o di abolirle. Se ci si astenga dall'astrazione riduttiva « diritto = norma », la resistenza (una sorta di resistenza di inerzia) si verifica, a guardar bene, solo per il cd. diritto privato e per i settori del diritto pubblico meno intimamente collegati con i processi di trasformazione a carattere (diremmo oggi) « costituzionale », del che ci dà conferma proprio la storia del diritto romano (dal *regnum* alla *respublica* al *principatus* al *dominatus*).

Inoltre, anche per ciò che concerne il « diritto-norma », e in particolare il *ius privatum Romanorum*, non può essere tralasciata la frequenza e l'importanza, sul piano concreto della storia, di fenomeni inversi a quelli del consolidamento delle istituzioni giuridiche. Fenomeni di invecchiamento o di disapplicazione che si estendono sino a casi estremi in cui gli stessi giuristi romani usano espressamente frasi del tipo « *in desuetudinem abiit* ».

Posso permettermi (o è troppo sbarazzino?) una citazione che non sia né di Goethe, né di Hölderlin, né di tanti altri illustri (tutti, per combinazione, non italiani) citati qua e là dall'a. nel suo libro? Ecco, si tratta di Merlin Cocai (Teofilo Folengo), *Baldus* 14.152-153, il quale scrive disincantatamente dell'incostante e variabile tempo: « *Nunc vult, nunc non vult bagatellas, magisque legerus / quam busca aut folium, quod ventus in aëre menat* ».

## 16. Il barbiere giurista.

Venerdí scorso trovai un buco di tempo per recarmi dal mio solito barbiere a farmi rassettare, diciamo cosí, la chioma.

Dopo le solite smancerie reciproche, don Carmine mi sistemò a regola d'arte. Al termine dell'operazione, mentre mi levavo dalla pol-

* In *Diritto e rovescio* (1973) 433 ss.

trona, chiamò il ragazzino per far spazzare i capelli che mi aveva tagliato. Ma prima mi si rivolse e mi chiese: « Posso? ».

Fu come un fulmine. La domanda mi fece venire d'un colpo alla mente la ' Inaugural-Dissertation ' dell'esimio professor Schultheiss, pronunciata ad Halle nel 1888 sotto il titolo *Ueber die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschichen Leichnam und Teilen desselben.* Una dissertazione, vi dico, che aprí veramente nuovi orizzonti alla scienza giuridica e che ancora oggi si cita con venerazione, e magari c'è anche qualcuno che la legge.

Tesi la mano al barbiere e gli dissi: « Don Carmine, Voi siete un giurista ».

Siccome alcuni tra voi si stanno domandando, non meno di don Carmine, il perché di questa laurea in giurisprudenza, passo senz'altro alle spiegazioni. E, Schultheiss alla mano, vi chiedo: avete mai riflettuto alla natura giuridica dei capelli tagliati dal barbiere? Se non vi avete riflettuto, avete fatto malissimo. Non pensate ai miei scarsi capelli. Pensate alle trecce di qualche bellissima donna del passato (forse era a quelle che pensava anche lo Schultheiss), oppure pensate alle foreste imbalsamate di qualche « capellone » contemporaneo. Vi pare proprio che non valga la pena di chiedersi se i capelli, dopo il taglio, appartengano al cliente oppure al parrucchiere? Ne vale, ne vale la pena. E il mio barbiere, è evidente, lo aveva genialmente intuito.

Il problema è grosso come una casa. Oltre che per i capelli esso vige, sempre dopo il taglio o l'estrazione o la resecazione, per le unghie lasciate sul tavolino della « manicure », per il dente rimasto tra le tenaglie dell'odontoiatra, per il sangue raccolto nella bacinella dal flebotomo e, perché no?, per l'appendice, la milza, il rene ed altre cosucce interne prelevate dal chirurgo.

Sin che queste entità facevano parte integrante del nostro corpo, è evidente che ci appartenevano. Il nostro corpo siamo noi. Se è vero, come è vero, che ciascuno di noi ha un diritto primario alla propria personalità, ne consegue che il corpo è una manifestazione essenziale della personalità stessa. Ma dal momento in cui un *quid* del nostro corpo se ne è distaccato, possiamo dire che quel *quid* è ancora il nostro « io » corporeo? Evidentemente no. Quel *quid* è diventato una cosa a sé stante, un che di cadaverico, quindi l'oggetto di diritti diversi da quelli della personalità.

Sorge allora inevitabile il quesito relativo alla identificazione del proprietario di quella cosa giuridicamente « nuova ».

So bene che il buon senso induce a rispondere che la cosa giuri-

dicamente nuova è in proprietà di colui dal cui corpo la cosa è stata distaccata. Ma il buon senso è anche quello che suggerisce di adoperare, come via piú rapida tra Castel dell'Ovo e il porticciuolo di Mergellina il lungomare della via Caracciolo. Il guaio è che bisogna fare i conti con l'assessore al traffico, con i suoi « sensi unici » e le diavolerie connesse. Molto spesso, se vogliamo raggiungere il risultato sperato, egli ci costringe a girare per la collina del Vomero e per la vetta dei Camaldoli.

Nel caso nostro, l'impedimento al traffico è costituito da questo piccolo ingorgo di carattere logico-giuridico. Se il capello, l'unghia, il dente, e cosí via dicendo, è diventata cosa a sé stante dal momento del distacco, in quel momento preciso esso è perciò una *res nullius*, una cosa di nessuno. Non è della persona da cui si è distaccata perché non è piú « corpo » della stessa, né può sostenersi che sia un accessorio del corpo perché non vive con esso e per esso. Dunque è proprio una cosa giuridicamente « nata » solo in quel momento. Dunque, in quel momento, essa non appartiene né al titolare del diritto della personalità (di cui il corpo non è oggetto, ma manifestazione), né ad alcun altro soggetto giuridico. Si tratta proprio, a quanto pare, di una cosa di nessuno, di una *res nullius*.

*Res nullius*. Che cosa stabilisce il diritto in materia di *res nullius*? Esso stabilisce che quelle cose spettano a chi primo se ne impossessa, a chi primo le « occupa ». Se il cliente del parrucchiere non ha l'avvertenza di afferrare a volo i suoi capelli mentre cadono, se il paziente sul letto operatorio non è in grado di mettere per primo le mani sulla cistifellea che gli viene resecata, l'oggetto (la « nuova cosa ») dovrebbe spettare, a rigor di diritto, a chi primo volontariamente l'afferra: per esempio, al barbiere, al dentista, al chirurgo, alla « manicure ». Non sarà corretto, ma è squisitamente giuridico.

Forse non mi crederete, ma dopo l'importante saggio dello Schultheiss sull'argomento sono stati versati fiumi di inchiostro, e a seguito di laceranti riflessioni.

Per superare lo scoglio, ad esempio, il famoso Francesco Carnelutti ha sostenuto che, in realtà, il corpo non è nostro in quanto espressione della nostra personalità, ma è nostro in quanto nostro patrimonio: quindi, tanto lo si può tenere tutto per sé limitandosi ad amministrarlo, quanto lo si può (entro certi limiti) alienare a terzi, quanto lo si può scindere in parti diverse, le quali restano comunque tutte di proprietà del titolare del patrimonio-corpo. Altri invece, ribellandosi alla teoria del diritto « sul » proprio corpo, hanno insistito nel ritenere che la

parte staccata dal corpo nasce come cosa giuridica solo al momento del distacco ed hanno sostenuto che il « distacco » sia *ipso iure* titolo di acquisto della proprietà sulla parte distaccata per colui che è titolare della personalità di cui il corpo è espressione.

Non posso tacervi che la teoria dell'acquisto per distacco ha sollevato serie rimostranze. Il codice civile non prevede questo modo di acquisto della proprietà e quando la legge non fa distinzioni, neanche noi siamo autorizzati a farne (« *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* »). Torneremo allora allo Schultheiss? Il dotto scienziato non aveva dubbi circa il punto che i capelli tagliati sono *res nullius*, ma cercava di mitigare le conseguenze di questa scoperta affermando che, eccezionalmente, l'*occupatio* delle parti staccate dal corpo spetta, a titolo di privilegio, a colui dal cui corpo le nuove cose sono scaturite. Solo se questi non esercita il suo diritto di occupazione privilegiata, i terzi possono mettersi in gara per fare a chi primo arriva all'impossessamento della cosa.

Tuttavia « *quandoque bonus dormitat Homerus* ». Sostenendo la sua tesi dell'occupazione privilegiata, lo Schultheiss non attraversava un momento felice. Vi è qualcosa, in questa teoria, che fa pensare al ragionamento di un altro tedesco, assai meno dotto però, il quale asserí, qualche decennio appresso, che certi paesi di Europa gli spettavano perché erano lo « spazio vitale », il « Lebensraum » della Germania. Un ragionamento un po' forzato (o forzoso), direi. Il « privilegio di occupare » va respinto.

Lasciatemi dire la mia. A mio avviso, si può anche ammettere che i capelli o i denti siano, dopo il distacco, una cosa nuova, ma non si deve dimenticare che chi si sottomette all'operazione del distacco (il cliente del barbiere, il paziente del dentista e via di questo passo) « si accorda » con l'operatore. In questo accordo è implicito, salvo che non si pattuisca diversamente, che la cosa distaccata dovrà andare in proprietà del titolare del corpo da cui è stata tratta. Dunque la proprietà della nuova cosa, giusto come esige il buon senso, dovrà essere riconosciuta o trasferita, in linea di principio, a lui.

Il mio barbiere, che è un uomo di buon senso, lo aveva intuito perfettamente. Essendo uomo di buon senso, egli è veramente un giurista, anche se non è un cattedratico. Ho fatto bene a dirglielo.

Quanto a Herr Professor Schultheiss, è meglio che non ce lo leggiamo. Resti polveroso in biblioteca. Gli sta bene.

Finito di stampare
nella Tip. G. Pipola - Napoli
nel mese di luglio 1995