

La coincidenza riguarda l'*incestum iure gentium* e la sua contrapposizione al cd. *incestum iure civili*, di cui sia io (nei n. 32-37 del saggio apparso in *ZSS.* 63 [1943] e nel n. 13 dell'articolo pubblicato in *AUMA.* 15 [1942]) e sia il Lombardi (nello scritto *Incestum iure gentium*, apparso in *Ricerche in tema di « ius gentium »* [1946] 1 ss., ma distribuito in edizione provvisoria sin dal 1941-42) abbiamo negato, con argomenti in parte analoghi, la classicità.

La coincidenza (che il Lombardi ha già segnalato, nell'edizione definitiva e completa delle *Ricerche*, a p. 46 c) è, come ho avvertito, « parziale », ma solo per queste ragioni. Mentre il Lombardi è reciso nel rifiutare la genuinità dei frammenti giurisprudenziali dei Digesti e parla, in ordine al diritto giustiniano da questi rappresentato, di una « categoria » dell'*incestum iure gentium*, che peraltro non ebbe fortuna e che, in due casi su tre, non fu nemmeno recepita dalla versione dei Basilici, io non escludo che Papiniano e Paolo abbiano potuto anche parlare di *incestum iure gentium*, ma escludo sia il carattere classico sia lo stesso carattere giustiniano della « categoria », della sua « distinzione » da una pretesa categoria dell'*incestum iure civili*, della rilevanza della distinzione stessa in sede di *ignorantia iuris*.

Per il che il Lombardi ed io ci troviamo, ciascuno a suo modo, ad essere concordi nel contestare la tesi di F. De Martino (*L'« ignorantia iuris » nel diritto penale romano*, in *SDHI.* 3 [1937] 405 ss.), secondo cui la distinzione invece vi fu e fu classica, ma rappresentò nei Digesti « una semplice sopravvivenza in testi manipolati da Triboniano ».

POSTILLA SECONDA: « VINDICATIO INCESTI IURE PATRIS »?

1. Le fonti a nostra disposizione non permettono, credo, di spingersi al di là di quanto ho sostenuto, e in parte ipotizzato, nei miei *Studi sull'« incestum »*, circa la incriminabilità dell'incesto a termini della *lex Iulia de adulteriis*. Tuttavia una domanda ulteriore oso pormela.

Il *paterfamilias*, che sorprendesse un suo sottoposto in flagranza di di relazione incestuosa con altri (a lui del pari sottoposto oppur no), aveva il diritto di prescindere dalla normale *accusatio* e di procedere *in continenti* all'uccisione dei rei (o, più precisamente, per l'uccisione del reo a lui non sottoposto)? O doveva egli rispondere, per questa sua

* Inedito. Per il n. 3, cfr. *Labeo* 38 (1992) 385 s.

azione precipitosa, a termini della *lex Cornelia de sicariis et veneficis*?

La risposta (beninteso, ipotetica) dipende dall'analogia con quanto previsto espressamente dalla *lex Iulia* in ordine alla fattispecie dell'*adulterium*.

2. Secondo la plausibile tesi di B. Biondi (in *Acta divi Augusti* [1944] 113 ss.), il testo della *lex Iulia* è riferito da un frammento paolino riportato dalla *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*.

Coll. 4.2.3 (Paul. *sing. de adult.*): *Secundo vero capite permittit « patri, si in filia sua, quam in potestate habet, aut in ea, quae eo auctore, cum in potestate esset, viro in manum convenerit, adulteram domi suae generive sui deprehenderit isve in eam rem socerum adhibuerit, ut is pater eum adulterum sine fraude occidat, ita ut filiam in continentem occidat ».*

Ben poco vi è da dire su questa normativa, e sulle interpretazioni in senso estensivo che furono dedicate alla stessa sin dall'età classica, dopo la lucida analisi cui essa è stata sottoposta in una recente occasione da B. Albanese (« *Vitae necisque potestas* » paterno e « *lex Iulia de adulteriis coercendis* », in *St. Musotto* [1980] 5 ss. = *Scr. giur.* [1991] 1487 ss.): autore dal quale mi permetto di dissentire solo nella poco comprensibile negazione che il *ius vitae ac necis* del *pater familias* fosse considerato vigente da Papiniano, malgrado ciò che si legge in Coll. 4.8.1 (testo sul quale v., da ultimo, C. Lorenzi, *Pap. Coll.* 4.8.1: *la figlia adultera e il « ius occidendi iure patris »*, in *SDHI.* 57 [1991] 158 ss.). Ciò che qui mi preme di mettere in rilievo è che, stando alla lettera della legge augustea, il *paterfamilias* in tanto aveva la facoltà di uccidere l'adultero (a lui non sottoposto) in quanto gli si riconosceva tuttora, entro certi limiti di tempo e di luogo, l'antico diritto di uccidere la figlia. La novità della *lex Iulia* non consistette, insomma, nell'introdurre un *ius necis* della *filia* (*ius* che, se mai, venne addirittura esteso), ma consistette nel subordinare l'esercizio del *ius necis* alla contemporanea uccisione dell'adultero: in mancanza del che, il *pater* sarebbe stato esposto all'*accusatio* di *homicidium* in persona dello stesso.

Se ciò è esatto, può, anzi deve credersi, sino a prova contraria, che il *paterfamilias* fosse sottratto alla *lex Cornelia de sicariis et veneficis* nell'ipotesi in cui, cogliendo sul fatto di incesto un suo *filius familias* anche se adottivo, anche se *nepos*, lo uccidesse *iure vitae ac necis*. Non risolvibile è invece il quesito se egli potesse lecitamente indursi all'uccisione anche del correo che non fosse a lui sottoposto (nei confronti, ad esempio, di un *adgnatus*) ed anche in caso di « sorpresa »

effettuata fuori dalla sua *domus*, sia pure su istanza del *dominus* dell'altro locale di incontro incestuoso. Io penserei di sí, ma quasi non oso dirlo.

3. Ad ogni modo, visto che siamo partiti dall'ipotesi del *ius occidendi* del *pater* in caso di sorpresa della figlia adultera nella casa propria o in quella del genero (e su richiesta di costui), chiedo venia se mi fermo per un momento sulla disposizione, precisata da Macer 1 *publ. iud.* D. 48.5.33(32) pr., per cui il *paterfamilias* era discriminato soltanto « *dum utrumque occidat* ».

Della interessante ipotesi si è occupato, in un piccolo, ma penetrante saggio, Renzo Lambertini (« *Dum utrumque occidat* », « *Lex Iulia* » e uccisione « *in continenti* » degli adulteri « *iure patris* » [Bologna 1992] p. 35). La questione è piena di trabocchetti, quindi è ben possibile che su questo o quel risvolto si possa non essere d'accordo con l'a. (senza con ciò pronunciare anatemi di sorta nei suoi confronti).

Ma fermiamoci sul punto piú pruriginoso. Dato che il *paterfamilias* romano non disponeva di mitragliette, era facile che, mentre egli era occupato a far fuori uno degli amanti (non importa se la *filia* o il drudo) all'arma bianca, l'altro se la desse a gambe: nel qual caso andava a vuoto la lettera della legge, la quale esigeva che l'uccisione dei due avvenisse « *in continenti* ». In ordine a questa evenienza Paolo (*sing. adult.* Coll. 4.2.7) e Ulpiano (1 *de adult.* D. 48.5.24[23].4) furono concordi nel ritenere che l'esimente si applicasse egualmente, ove risultasse che il *pater* sdegnato « *persecutus est* » il sopravvissuto (nella specie da loro considerata, la *filia*) e l'avesse colpito « *interpositis horis* », a distanza di non piú di qualche ora e non « *post dies* ».

Questa chiara, e tutto sommato condivisibile, interpretazione *pro reo* testimoniata dai due giuristi severiani ha peraltro molto poco a che vedere con un testo attribuito integralmente a Papiniano (*sing. adult.*) da Coll. 4.9.1: in esso, infatti, si legge il *responsum* che il *pater* « *sine dubio homicida est* » (omicida dell'amante) se, avendo già ucciso il drudo, « *filiae suae pepercit* »; dopo di che, introdotta da un « *plane* », si incontra la sorprendente limitazione che però il *pater* « *non minimam habebit defensionem* », se la figlia si sia salvata non per sua volontà, ma « *casu* » (per esempio, per essersi data alla fuga, « *quod forte fugit filia* »), ed anzi si rincara la dose col dire che « *hic autem pater non ideo servavit filiam quia voluit, sed quia occidere eam non potuit* ».

All'occhio sagace del L. non sfugge che « la prospettiva di Papi-

niano si rivela forse un'incursione ermeneutica troppo ardita, anche se profondamente umana»; tuttavia io mi permetterei di sostenere che qui, e senza alcun « forse », ci troviamo di fronte ad una vera e propria sciocchezza, anche se suggerita da empito di umano pietismo. Altro è ammettere che la figlia vale come uccisa al pari dell'amante, se sia stata gravissimamente ferita eppoi si sia prodigiosamente ripresa (fattispecie risolta in tal senso, stando al passo già citato di Macro, dai divi Marco Aurelio e Commodo); altro è invece spacciare come « *casus* » la fuga della figlia (mettiamo pure, col padre azzoppato nel rincorrerla e con il suo veloce nascondimento in luoghi ignoti o in terre lontane), sostenendo che sia sufficiente ad esimere il padre dalla legge Cornelia la sua proclamata (e comunque indimostrabile) *voluntas occidendi*. L'argomento (oltretutto, l'ho detto, estraneo al « *respondit* » del giurista) è un cavillo troppo da retore, troppo da avvocato in cerca di una « *non minima defensio* », per poter essere attribuito a chi per l'a. è il « primo dei giureconsulti ».

D'accordo, d'accordissimo che non bisogna dare la « caccia alle interpolazioni ». Ma quando una lepre viene ad accucciarsi davanti a un cacciatore disarmato e tende le orecchie per farsi cogliere da lui, come si fa, come si fa a non metterla in carniere?