

V. DIVAGAZIONI ESEGETICHE

1. *Premessa.* – Il pezzo su *Il gusto dell'esegesi*, che ho destinato agli studi in onore di Alberto Burdese (ancora in corso di edizione) anticipandone il testo in questi miei *Trucioli* 6 [2001] 11 ss. (= *retro* 165 ss.), non dico che abbia riscosso successo (figuriamoci), ma un apprezzamento per me molto lusinghiero lo ha avuto. Non da parte di «*bastati*» o di «*principes*» accademici dei tempi che corrono, ma sicuramente da parte di qualche ancora e sempre validissimo «*triarius*» dei nostri studi (mi limito ai nomi di Fritz Sturm e di Alvaro d'Ors). Anzi, siccome qualche volta la legione dei giuromanisti le sue odierne battaglie scientifiche le combatte validamente (almeno mi pare) schierandosi per così dire al rovescio, coi *triarii* in prima fila e gli altri dietro, ho ancora speranza che, sull'esempio di noi anziani, i nostri più giovani studiosi, tra cui le teste fini non mancano, provino anch'essi il gusto antico dell'esegesi testuale. L'esegesi testuale a tutto campo, dico. Quella che non trascura l'ipotesi estrema (l'ipotesi «dannatissima», per esprimersi come certi avvocati) dell'interpolazione triboniana, o addirittura del glossema postclassico e dell'autointerpolazione giustiniana.

Certo la mia speranza è fortemente insidiata dalla dura realtà che ormai in Italia (per non parlare di altri paesi d'Europa) una riforma tanto insulsa quanto culturalmente dannosa ha portato le Università a moltiplicarsi come altrettante filiali della potentissima McDonald's e ad offrire agli studenti di giurisprudenza nulla più che una sorta di gramo «fast food» giuromanistico. Troppo poco per illudersi che, superando il piano-terra del nozionismo, si possa salire ai piani superiori del «Diritto romano approfondito» (il corso di «Pandette» di vent'anni fa) e dell'«Esegesi delle fonti». Di quella Esegesi delle fonti che in altri tempi era insegnamento privilegiato dei docenti più sperimentati e più illustri, mentre oggi solo in qualche ateneo si conserva, a titolo però di materia di studio facoltativa e ornamentale affidata per di più ai giovanissimi, dunque ai meno esperti tra i docenti.

Ad ogni modo, è in forza della mia speranza ardita in un avvenire migliore di quello attualmente prevedibile che passo a segnalare qualche altro esempio di esegesi testuale degna di attenzione.

2. *Una pronuncia ambigua.* – Ecco una piccola cosa, ma col valore di una preziosa miniatura, che ad un amatore dell'arte esegetica non deve sfuggire. Si tratta di un articolo di Gloria Viarengo intitolato *Una pronuncia giudiziaria ambigua* e pubblicato in *On. De Marini Avonzo* (1999) 369-375. Brevissimo, limpido, attento a chiarire tutti i particolari strettamente necessari, insomma tale da aprire la mente sul metodo di lettura delle fonti non solo ai giovani studenti di un corso universitario, ma anche a studiosi più grandicelli, per esempio a me.

Il passo è di Scaev. 26 *dig.*, si trova in D. 26.8.21 e dice: «*Defendente tutore pupillus condemnatus ex contractu patris accepit curatorem, inter quem et creditorem acta facta sunt apud procuratorem Caesaris infra scripta. Priscus procurator Caesaris dixit: 'faciat iudicata': Novellius curator dixit: 'abstineo pupillum'. Priscus procurator Caesaris dixit: 'responsum habes: scis quid agere debeas': quaesitum est, an secundum haec acta adulescens a bonis patris abstentus sit. Respondit proponi abstentum*».

Premesso che il sintetizzatore del «*casus*» e del «*responsum*» di Scevola fa a gara

col verbalizzatore del procedimento, cioè col redattore degli «*acta*», nell'esprimersi in un latino che non può e non deve essere interpretato col metro di Cicerone o di Seneca, la fattispecie sembra essere questa. Un giovanetto («*adulescens*»), sicuramente *impuber* in quanto soggetto a tutela, è stato citato a giudizio ed ivi condannato per l'inadempimento di un contratto stretto prima della morte da suo padre, del quale è evidentemente «*heres suus et necessarius*». O perché «*infans*» o perché altrimenti impedito, egli (suppongo) non si è costituito in persona propria col sussidio dell'«*auctoritas tutoris*», ma è stato sostituito dal suo tutore («*defendente tutore*»). In sede esecutiva, promossa «*extra ordinem*» da un non meglio precisabile «*procurator Caesaris*» (e davanti a costui), lo ha comunque certamente sostituito un «*curator*» il quale ha pronunciato nel suo interesse una dichiarazione di «*abstentio*» dall'eredità, così come concesso dall'editto pretorio. Tutto sarebbe abbastanza chiaro se, stando al verbale, il *procurator Caesaris* non avesse detto al curatore del pupillo: «mi hai risposto: adesso tu sai cosa devi fare (*agere*)» Che significa questa dichiarazione? Significa che il *procurator Caesaris* dal puro e semplice fatto di aver avuto dal curatore risposta (sia pur negativa: «*abstineo*») deduce la conseguenza che il pupillo abbia posto in essere un'intromissione («*immixtio*») nell'eredità paterna ed invita pertanto il curatore a rendersene conto e a fare ciò che deve fare (cioè a vendere i beni ereditari)? Significa che il procuratore del principe ritiene valida l'astensione ereditaria del pupillo contenuta nella risposta del curatore e invita costui a tornarsene tranquillo a casa? Significa presa d'atto dell'*abstentio*, ma con l'invito al curatore a compiere in più qualcosa di giudiziariamente necessario (un «*agere deberi*»)?

Il quesito sottoposto a Scevola dall'interrogante si limita al dilemma «astensione sí, astensione no». Il responso di Scevola è sí. La Viarengo correttamente lo registra e non ritiene più opportuno di occuparsi del senso dello «*scis quid facere debeas*» pronunciato dal procuratore del principe. Io invece me ne occuperei ed è appunto per ciò che, a differenza della Viarengo, ho prospettato sopra una terza eventuale soluzione: soluzione che, in linea d'ipotesi, suggerisco essere, più precisamente, questa. Al curatore che ha detto «*abstineo pupillum*» il procuratore del principe non è in grado sul momento di opporre che il pupillo si è intromesso nei beni ereditari: quindi ritira per ora la domanda; tuttavia, non avendo affatto intenzione di rinunciare definitivamente al credito, egli esorta il curatore a sollecitare l'apertura, in sede di «*cognitio ordinaria*», della procedura concorsuale entro la quale l'editto pretorio situa l'esercizio della «*potestas abstinenti*» del pupillo. D'accordo che l'iniziativa del procedimento concorsuale non spetta al «*suus heres*», d'accordo che essa spetta formalmente ai suoi creditori, peraltro nel linguaggio approssimativo del nostro frammento è perdonabile, direi, che «*agere*» non significhi «esercitare un'azione», ma significhi in modo generico «rivolgersi al pretore in una procedura ordinaria».

3. *A proposito di giovani*. – Ai sedici frammenti del *liber singularis responsorum* di Ulpio Marcello che si leggono nei *Digesta Iustiniani* (cfr. L. Marc. 277-292) ha dedicato uno studio accuratissimo un allievo di J. G. Wolf, Carsten Zülch (*Der «liber singularis responsorum» des Ulpianus Marcellus* [2001] pp. 251), seguendo le orme di altre analoghe indagini pubblicate in precedenza da ricercatori dell'operosa scuola giuromanistica di Freiburg i. Br.

Degne di lode sono le illustrazioni minuziose e pertinenti dei casi sottoposti all'attenzione di Marcello: casi che non sempre determinano semplici *responsa*, ma che

talvolta occasionano per indotto interessanti *quaestiones*. Per quanto concerne il *liber singularis* di Marcello, vi è poco o nulla da opporre alla tesi che le alterazioni del dettato originario siano piuttosto poche e di scarso sapore giustiniano, nonché all'ipotesi che la prima edizione dell'opericciuola sia stata messa insieme, con materiale sostanzialmente genuino, non già da Marcello, ma dai discepoli di lui o da successivi compilatori.

Ma diamo uno sguardo, tanto per renderci conto del carattere dell'opera, al passo analizzato dallo Zülch alle pp. 128 ss. (cui rinvio anche per la bibliografia relativa). Si tratta di D. 32.69 (Marc. *sing. resp.* = Pal. 285). *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem*. 1. *Titius codicillis suis ita cavir: «Publio Maevio omnes iuvenes quos in ministerio habeo, dari volo»: quaero a qua aetate iuvenes et in quam intellegi debeant. Marcellus respondit, quos verbi quae proponerentur demonstrari voluit testator, ad notionem eius, qui de ea re cogniturus esset, pertinere: non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur nec propriis vocabulis semper utantur. ceterum existimari posset iuvenis is, qui adolescentis excessit aetatem, quoad incipiat inter seniores numerari.*

Tizio ha dunque legato (*per damnationem*) a Mevio, con *codicilli testamento confirmati*, tutti gli «*iuvenes*» facenti parte del suo servidorame, del suo «personale». Il quesito (posto probabilmente dall'erede) è quali siano da intendere, da che età a che età, questi «giovani» (per esempio, questi inservienti domestici, oppure questi dipendenti di bottega). La risposta di Marcello (riferita dal compilatore del *liber singularis*) è che soltanto il giudice («*qui de ea re cogniturus esset*») potrà essere in grado di stabilire in concreto a quale categoria dei suoi dipendenti si sia riferito il testatore: risposta tanto evasiva che quasi equivale ad un «fin de non recevoir». D'altra parte, se è vero che a Roma si è parlato in ogni tempo, relativamente però agli uomini liberi, di «*iuvenes*» e in particolare di «*collegia iuvenum*» (cfr., da ultimo, S. Randazzo, «*Collegia Iuvenum*», in *SDHI*. 66 [2000] 201 ss.), è vero anche che l'età degli «*iuvenes*» (soprattutto l'età massima) era piuttosto variabile dall'uno all'altro «*collegium*». Poco credibile, comunque, che Marcello si sia limitato a rinviare al criterio del giudice e, soprattutto, che il compilatore del *liber singularis* abbia trascritto questo responso piuttosto anodino come degno di essere segnalato. Sorge quindi il problema del valore da attribuire al seguito del frammento, da «*non enim*» alla fine, e della spiegazione da dare alla premessa che si legge nel *principium*.

Secondo lo Zülch, che si adegua in ciò ad autorevoli precedenti, «*non enim - fin.*» sarebbe stato interpolato in epoca anteriore al 324: primo, perché non distingue tra «*iuvenis*» e «*adulescens*», cosa che i giuristi classici avrebbero fatto o che almeno ha fatto l'unico autore classico cui egli si appella (Gai. 4 *ad ed. prov.*, D. 4.4.27); secondo, perché Costantino impose nel 324 (cfr. CTh. 2.17.1.3) che le età dell'uomo fossero distinte in «*pueritia*», «*plena perfectaue adolescentia*», «*firmata aetas*», «*robustissima iuventus*», «*legitima aetas*» e «*senectus*». No, mi sia concesso di dire che qui siamo dinanzi a un caso evidente di oltranzismo interpolazionistico. Infatti, a prescindere dalla circostanza che lo stesso Costantino si contraddisse in una costituzione dell'a. 330 (cfr. CTh. 3.5.3), il primo argomento è inconsistente perché Gaio, che nella specie del testo citato dallo Zülch si occupava della minore età dei «*sui iuris*», non fa testo rispetto a Marcello (e viceversa). Meglio supporre, almeno a mio avviso, che le parole da «*non enim*» a «*utantur*» siano effettivamente un glossema generato da una

chiosa ad una scomparsa risposta di Marcello e che il «*ceterum - fin.*», pur se scritto anch'esso dal chiosatore successivo, rispecchi sostanzialmente il pensiero del giurista classico. Pensiero che, tralasciando di spendere parole in ordine ad una singolarissima ipotesi avanzata dallo Zülch sulle origini della frase contenuta nel *principium*, corrisponde a quanto si legge proprio nel *principium*, probabilmente a titolo di premessa ad una serie di *responsa* di cui solo quello del paragrafo 1 è giunto a noi.

4. *Il testamento nuncupativo.* – Non per ripicca, ma per lo scrupolo di aver letto male tanti anni fa un famoso frammento di Paolo, torno brevemente sul tema del testamento librato del *ius civile* e sul punto relativo al se di esso il diritto classico conoscesse non solo la forma scritta, ma anche la forma puramente orale del così detto «testamento nuncupativo». Sorvolo quindi sulle varie critiche (alcune indubbiamente degne di riflessione, altre vistosamente basate su curiosi equivoci e fraintendimenti) che mi ha mosso M. Talamanca nell'articolo *D. 29, 7, 20 (Paul. 5 ad l. Iul. et Pap.): oralità e scrittura nel «testamentum per aes et libram»* (in *On. Cannata* [1999] 73 ss.). Di più. Siccome il saggio del Talamanca è dotato di un corredo bibliografico completo e irreprensibile, rimando per brevità ad esso anche in ordine alla citazione del titolo dei miei tre scritti (datati 1955, 1956 e 1968 e leggibili oggi in *PDR*. 6 [1995] 314 ss., 331 ss., 298 ss.). Ciò tanto più volentieri in quanto la mia tesi di fondo era ed è quella della dualità delle forme testamentarie (la scritta e l'orale) e trova piena conferma, se non vedo male, nell'articolo successivo del Talamanca.

Dunque *D. 29.7.20 (Paul. 5 ad l. Iul. et Pap.)* suona così: «*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 hoc puto rectius dici*». Passo che fa intendere in maniera difficilmente equivocabile che in età classica, almeno secondo Giuliano e Paolo, l'erede potesse essere rettamente «*palam nuncupatus*», ma che lo afferma in relazione alla fattispecie di un testatore il quale alla «*nuncupatio heredis*» orale ha accompagnato alcune ben distinte «*tabulae testamenti*» contenenti, secondo lui, dei validi legati.

Come mai il testatore si è comportato nei fatti in questo modo? Noi non lo sappiamo e possiamo solo ipotizzarlo. Alla mia ipotesi (manifestata con tanto di «eventualmente») che i legati siano stati determinati «a distanza di tempo dalla *heredis institutio* orale» il Talamanca (p. 82 nt. 36) oppone che essa è campata in aria e che, se la «*nuncupatio heredis*» fosse stata separata nel tempo dalla «*nuncupatio testamenti*», Giuliano «non si sarebbe potuto porre, al riguardo, alcun problema», sicché «tutto induce a credere» che i due atti siano contestualmente avvenuti. Senonché io francamente replicherei: primo, che la mia ipotesi, essendo un'ipotesi, è effettivamente fragile, ma è suggerita dal buon senso e da una certa mia modesta esperienza di avvocato che mi ricorda quanto sia facile designare (esplicitamente o implicitamente) l'erede e quanto sia solitamente complicato enumerare tutte le persone che si vogliono beneficiare con un legato e stabilire l'identità o l'ammontare economico dei beni legati; secondo, che l'ipotesi della contestualità è ancora meno persuasiva della mia perché presuppone che il testatore, avendo già chiare in mente tutte le sue disposizioni di ultima volontà (istituzione di erede e legati), si sia comportato da autentico originale evitando di inserirle tutte in un unico atto (anzi, preferibilmente, nel solo documento scritto). Direi insomma che in epoca classica avanzata, cioè in un'epoca in cui è notorio che la giurisprudenza si manifestò sempre più tollerante verso il rigore delle formule

testamentarie librali, sia comprensibile che a Giuliano (e ancor più a Paolo) si ponesse dal mondo dei pratici il problema della possibilità di chiudere un occhio nel caso di un testamento scritto contenente solo legati ove questo fosse chiaramente riferito (per esempio, da un esplicito rinvio) ad una «*nuncupatio heredis*» ad esso esterna. Del pari comprensibile mi sembra che Giuliano rispondesse, con un no, ma che mezzo secolo dopo Paolo confermasse il parere di Giuliano, dicendo più cautamente: «*et hoc puto rectius dici*».

Con ciò avrei terminato il poco che vi è da dire su D. 29.7.20, se il parere di Giuliano (riferito da Paolo con una proposizione infinitiva) non fosse seguito dalle parole «*et magis codicilli quam testamentum (tabulae) existimandae sint*»: parole che a suo tempo, seguendo le tracce già segnate da altri, ho ritenuto interpolate (cfr. *PDR*. 6 cit. 332 s.). Malgrado l'avviso decisamente contrario del Talamanca (pp. 85 ss.), io mi permetto di insistere nel sospetto d'interpolazione per il fatto che non vedo come mai Paolo abbia potuto tanto vistosamente violare le esigenze della sintassi («*intellegi ... sint*»). È chiaro, a mio avviso, che la nota è stata inserita nel testo in occasione di una successiva edizione dell'opera paolina e ben prima della compilazione dei *Digesta*: non a titolo di riforma o di correzione o di integrazione del pensiero di Giuliano, ma solo a titolo di segnalazione della possibilità di utilizzare le *tabulae* come *codicilli*, quindi di far valere le disposizioni ivi contenute (e invalide come «*legata*») quali altrettanti «*fideicommissa*». In un'epoca in cui già da tempo i fedecommessi godevano di protezione giudiziaria «*extra ordinem*» la segnalazione riguardava una cosa ovvia, ma era tutt'altro che inopportuna.

5. *Il divieto dell'analogia*. – Nel vigente diritto italiano il Codice civile è preceduto, come si sa, da un nucleo di «Disposizioni sulla legge in generale», relativo in realtà anche alla consuetudine (gli «usi») ed a quel che ancora resta delle cosiddette «norme corporative» di creazione del regime politico fascista, nonché alle regole di «diritto internazionale privato» (a. 16-31) recentemente ristrutturata, codeste, dalla legge 31 maggio 1995 n. 218.

Queste «preleggi» altro non sono se non leggi ordinarie che il legislatore del 1938-42 ha ricalcato sulle analoghe Preleggi del vecchio Codice civile del 1865 e che hanno perciò rango subordinato alla Costituzione repubblicana del 1947 ed alle leggi costituzionali integrative della stessa. In materia di applicazione delle disposizioni normative espresse (quindi particolarmente delle leggi), esse stabiliscono (a. 12-14): *a*) che innanzi tutto bisogna attenersi al «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse», quale risulta da una corretta interpretazione (letterale, logica, storica) delle medesime; *b*) che nell'impossibilità di decidere sulla base di una precisa disposizione si deve aver riguardo alle «disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe» o, in ultima analisi, ai «principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato»; *c*) che il ricorso a casi singoli e a materie analoghe è vietato nell'applicazione delle norme corporative; *d*) che 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. Ed è opportuno segnalare che la regola *c* (quella delle norme corporative) è formulata dall'a. 13, il quale non figurava nella codificazione parziale pubblicata nel 1938 ed è stato inserito solo nella codificazione completa entrata in vigore nel 1942.

Allo studio dell'articolo 14 Preleggi ha dedicato un denso saggio Filippo Gallo (*Norme penali e norme eccezionali nell'art. 14 delle «Disposizioni sulla legge in generale»*,

in *Riv. dir. civ.* 47 [2001] 1.1 ss.), pervenendo alla duplice conclusione: *a)* che il divieto di integrazione analogica delle norme eccezionali è venuto meno per effetto dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza della normazione ordinaria introdotti dalla costituzione del 1947; *b)* che il divieto di integrazione analogica delle norme penali è stato sovrastato e coperto (in senso confermativo) dall'a. 13 co. 2 Cost. («Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o di perquisizione personale, né qualsiasi altra costrizione della libertà personale, se non per atto dell'autorità giudiziaria nei soli casi e modi previsti dalla legge»).

Ebbene, quanto alla prima tesi, omettendo per brevità ogni discussione sull'argomento costituzionalistico cui il Gallo fa riferimento, essa conforta una mia precedente analisi. Infatti ben prima del 1947, già nella mia prolusione catanese del 21 gennaio 1943 (*Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in *Annuario dir. comparato* 18 [1946] 1 ss., oggi in *PDR*. 6 [1995] 3 ss.) io giunsi per altre vie all'affermazione che l'inapplicabilità per analogia delle norme eccezionali (o speciali, o singolari) non è dovuta all'a. 14 Prel., ma dipende «dalle norme stesse, cioè dal carattere estremamente specificato, o limitato che dir si voglia, delle fattispecie in esse previste», sicché l'a. 14 è al riguardo assolutamente superfluo.

Quanto alla seconda tesi, sarò sincero: essa, mi lascia molto perplesso. Infatti l'a. 13 co. 2 Cost. non parla di norme penali (comminanti pene in senso proprio e in più, mettiamo, misure di sicurezza), ma vieta solennemente qualcosa di più e qualcos'altro di meno. Vieta tutte le «misure di detenzione, di ispezione o di perquisizione personale» e «qualsiasi altra restrizione della libertà personale», ma tralascia di vietare qualche altra cosa che fa anch'essa parte delle leggi penali, non vieta cioè le pene non detentive della multa e dell'ammenda e le misure di sicurezza non personali. Non solo: esso subordina le restrizioni della libertà personale a delibere giudiziarie emesse «nei soli casi e modi previsti dalla legge (ordinaria)», senza escludere espressamente che la legge stessa possa essere applicata dall'autorità giudiziaria anche per analogia.

Ritengo, in conclusione, che l'a. 14 Prel. sia ancora molto utile, almeno per quanto concerne l'inequivoco divieto dell'integrazione analogica delle norme penali. Nei nostri tempi bizantineggianti, in cui si va giocando tanto disinvoltamente con le leggi penali e con la scombinatissima procedura giudiziaria relativa, ci mancherebbe solo questa: che avvocati e giudici si sentissero autorizzati anche a tirare in ballo argomenti basati sull'analogia. «*Finis Italiae*», diremmo parafrasando una famosa frase attribuita al polacco Tadeusz Kosciuszko dopo la disfatta di Maciejowice del 1794.

6. *I fumi di Aristone*. – Un saggio molto diligente e, sostanzialmente persuasivo di Maria Antonietta Ligios («*Taberna*», «*negotiatio*», «*taberna cum instrumento*» e «*taberna instructa*» nella riflessione giurisprudenziale classica), inserito in «*Antecessori oblata*»: cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro (2001) 23 ss., mi offre la duplice opportunità di rendere affettuoso omaggio al collega Aldo Dell'Oro e di accozzare qualche parola su un famosissimo responso di Tizio Aristone.

La prima cosa mi è facile perché di Dell'Oro sono sincero amico da moltissimi anni (diciamo, da più di mezzo secolo). Ancora ricordo, tra tanti episodi seri e barbuti che potrei raccontare, quella notte lontana a Parigi (mia moglie era rimasta a Napoli per attendere alla secondogenita da pochissimo nata), quella notte, stavo dicendo, in cui io e lui con Giovanni e Vittoria Pugliese, tutti ancora alquanto giovani, dopo aver speso sin all'ultimo franco tra le vanità di Montmartre, fummo lietamente co-

stretti a recarci a piedi, nell'aria frizzante di un meraviglioso settembre, da Pigalle al Quartiere latino, là dove si trovavano i nostri alberguccioni, e ci fermavamo qua e là, talvolta deviando di proposito, per ammirare uno scorcio architettonico o per discettare di un fatto storico dai tempi di Pipino il Breve sino a quelli di Dietrich von Choltitz, il generale tedesco che aveva disobbedito all'ordine hitleriano di dare alle fiamme la città.

Molto meno facile mi è invece parlare di Aristone perché l'esperienza mi dice che questo dottissimo giurista, elogiato alle stelle da Plinio (*ep.* 1.22), è pieno zeppo di allusioni e di dubbi che hanno dato sovente accesso ad interventi e «distinguo» di altri giuristi di età classica (forse anche postclassica) e creano oggidì, in seconda battuta, sindromi quanto meno di emicrania nei molti, moltissimi giusromanisti attratti come allodole dai suoi richiami: il che mi ha finora indotto a cambiar strada, nei limiti del possibile, incontrandolo. Ma eccomi ora per merito, come dicevo, della Ligios in grado di figurare anch'io tra i commentatori di Tizio Aristone, pur evitando il rischio di compromettermi troppo con le sue fumisterie. Il testo è dei piú pregiati. Si tratta niente meno che di D. 8.5.8.5 (Ulp. 7 *ad ed.*), cioè del passo in cui si riferisce un responso dato da Aristone (forse «*per epistulam*»: Kunkel, *Herkunft* etc., 318 ss.) all'interrogante Cerellio Vitale di Minturno. «*Aristo* (riferisce Ulpiano) *Cerellio Vitale respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse*», e ancora (riferisce poco piú in là sempre Ulpiano) «*dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere*».

Ora, che cosa m'importa, «*hic et nunc*», che il brano sia, in altri punti, eventualmente interpolato? E che cosa mi importa, sempre al presente, del come abbia sottilmente ragionato Aristone, di quali siano stati i suoi maestri ideali e via dicendo? Se la vedano con questi pasticci studiosi ben piú colti ed acuti di me (cfr. per tutti, da ultimo: A. Mantello, *De iurisconsultorum philosophia* etc., in *SDHI.* 47 [2001] 1 ss., 51 ss.). A me bastano le due frasi che ho appena riprodotto per sostenere che Tizio Aristone e Domizio Ulpiano, nonché probabilmente tutti i giuristi dell'età classica e di quella postclassica, non avevano difficoltà a parlare di «*taberna*» anche a riguardo di un padiglione o casolare destinato alla produzione di beni (nella specie, di formaggi) e non solo a riguardo, come nell'uso prevalente, di chioschi e ministrutture destinati allo scambio di danaro o di merci, cioè alle cosí dette «*negotiationes*».

La Ligios (p. 43 nt. 51) non è del mio stesso avviso (che è poi l'avviso della «*communis opinio*») e tende a credere che la *taberna casiaria* di Cerellio Vitale (o di qualche altra persona di cui Cerellio si interessa) possa essere «un locale in cui si affumica e si conserva il formaggio, per poi venderlo». Ma l'affumicazione dei formaggi nella *taberna casiaria* di Minturno generava un fumo troppo intenso e troppo durevole o ripetuto nel tempo per essere espressione di un'attività secondaria e sporadica rispetto a quella della vendita. È chiaro che nella *taberna* la legna verde, cioè quella adatta all'affumicazione di formaggi e di carni, si bruciava giornalmente a quintali e dai camini del locale il fumo non usciva né esile né occasionale, ma era un torrente di fumo che determinava una consistente e persistente sgradevole «*immissio*» nei fondi sovrastanti. È chiaro, dico, perché altrimenti non vi sarebbe stato motivo di parlare di servitù sí o di servitù no, né vi sarebbe stata ragione per sommi giusromanisti, da R. Jhering a P. Bonfante (del quale v. *La proprietà* 1, rist. 1966, 363 ss.), di pubblicare le tante e tanto sensate lucubrazioni, pur se in parte discordi tra loro, che hanno scritto

in ordine alle ipotesi di immissione (o di non immissione) nell'altrui proprietà.

Diversamente, che so, da Anthelme Brillat-Savarin, il famoso autore della *Physiologie du goût* (1825), io non sono un grande intenditore di formaggi, anche perché i formaggi si degustano solitamente col vino, mentre io sono astemio. Anche i Romani «VIP», stando almeno ai conviti di cui parlano le fonti pervenuteci (chi non ricorda la cena trimalcionica di Petronio?), non ne erano particolarmente ghiotti. Ma nei ceti popolari il consumo sopra tutto del pecorino era larghissimo e la conservazione per l'inverno mediante affumicazione era praticata (pure) su vasta scala, pur se l'esperto Virgilio (*Georg.* 3.402-403) si limita a parlare della salatura. Cognizioni queste, che lo stimolo dell'indomabile Aristone mi ha indotto ad accumulare anche mediante una piccola inchiesta svolta in suo onore tra le montagne dell'antico Sannio. Ove ho destato genuino stupore (e forse qualche dubbio sul mio stato mentale) tra i pastori che ho fittamente interrogato.