

ALAN WATSON

L'ILLOGICITA' DEI GIURISTI ROMANI (*)

(*) Testo, corredato di note, di una conferenza tenuta nelle Università di Siena, Camerino ed Urbino nel maggio 1972. Il saggio appare anche, in lingua inglese, in « Israel Law Review ».

SOMMARIO: I. Rilievi preliminari sulla presunta logicità dei giuristi romani. — II. Esempificazione casistica: a) *Testamentum per aes et libram*; b) *Manumissiones censu e vindicta*; c) Ubriachezza ed elemento intenzionale; d) Acquisto del possesso mediante *infantes*; e) Lo schiavo come *socius*; f) Le *stipulationes post mortem*; g) Il *postliminium*; h) *Occidere e causam mortis praestare*. — III. Considerazioni conclusive.

I

È luogo comune che il più grande contributo di Roma al mondo moderno sia il suo diritto. Sia ciò rigorosamente vero o no, il diritto romano è certo la base del diritto dell'Europa occidentale (con l'eccezione dell'Inghilterra), di gran parte dell'Africa inclusi il Sudafrica, l'Etiopia ed, in generale, le antiche colonie di Stati dell'Europa continentale, del Quebec e della Louisiana, del Giappone e di Ceylon etc. Forse ancor più importante per il futuro è che il diritto internazionale si modelli assai largamente, per analogia, sul diritto romano. Basti pensare alle discussioni del tutto serie di alcuni anni orsono se lo spazio esterno (ivi compresi la luna ed i pianeti) fosse *res nullius* o *res communis* e se fosse o no suscettibile di acquisto per *occupatio*. Questa persistenza del diritto romano ha avuto conseguenze non desiderabili. Anzitutto il diritto romano come disciplina accademica è caduto nelle mani dei giuristi il cui amore per i tecnicismi ostici e scostanti ha completamente spaventato i cultori di studî classici. In secondo luogo gli studiosi dell'antichità, dato che il diritto romano è rimasto del tutto isolato, sono stati del pari riluttanti ad occuparsi di altri sistemi legali antichi ⁽¹⁾. Altrettanto lo sono stati i giuristi non avendo

(1) Nondimeno per numero di pubblicazioni autori non giuristi hanno contribuito proporzionalmente di più — e fors'anche assolutamente di più — allo studio dei sistemi legali della Grecia e del Vicino Oriente che a quello del diritto romano.

questi altri sistemi valore 'pratico'. *Tertio*, conseguenza di ciò ma ancor peggiore, l'utilità del diritto romano per le età successive in una con il suo imposto isolamento dagli altri sistemi dell'antichità, ha spesso portato ad un esagerato rispetto per esso ed alla sua considerazione come pressochè perfetto, immutabile, adatto per ogni popolo. Molti nell'età dell'Illuminismo erano inclini a considerare il diritto romano come 'il diritto della ragione'.

Così il diritto romano si è venuto staccando dal proprio contesto. Beninteso nella sua collocazione naturale esso non era nulla di simile: non era perfetto, non era immutabile, non era un ragionamento astratto. Regole cattive, deboli ragionamenti, argomentazioni illogiche abbondano. Permettetemi di citare qui soltanto un esempio estremo di cattivo ragionamento. I giuristi Labeone e Paolo sono d'accordo che uno schiavo che manchi di un dente e che sia venduto senza che questo difetto venga rivelato non può essere restituito al venditore come *morbosus* in forza dell'Editto degli Edili. Entrambi adducono come ragione che molta gente manca dei denti, che i bambini nascono senza denti e tuttavia non sono considerati come *minus sani* fino al momento in cui compaiono i denti ⁽²⁾. Ma come rilevava molto tempo fa W. B. Buckland l'argomento è assurdo perchè è ugualmente vero che i bambini sono incapaci di camminare ⁽³⁾.

Ma io non desidero discutere qui la debolezza di ragionamento dei singoli giuristi. Vorrei piuttosto occuparmi di esaurienti elaborazioni legali accolte da tutti o quasi tutti i giuristi, dove la logica o il rigore del ragionamento sono messi da un lato, dove i giuristi mostrano di non essere filosofi di una perenne ragion pura bensì uomini di legge di saldo criterio, che

Si dovrebbe anche dire, per giustizia verso i romanisti, che il diritto medio-orientale è di più immediata comprensione per i non giuristi.

(2) AULUS GELLIUS, *Noctes Atticae*, 4. 2. 12; D. 21. 1. 11 (PAUL. 11 ad Sab.).

(3) *Interpolations in the Digest*, in *Yale Law Journal*, XXXIII, 1924, pp. 343 ss., a p. 347.

hanno a che fare con situazioni concrete in un mondo reale, dove il risultato ha importanza più grande del modo per ottenerlo. Elaborazioni, cioè, che illustrano il famoso detto di Oliver Wendell Holmes: 'The life of the law has not been logic: it has been experience' (4). Gli esempi di cui intendo parlare sono tutti casi nei quali, a stare alla documentazione superstite, non vi era discussione; nei quali, per così dire, vi era un così soverchiante desiderio di pervenire al risultato finale che l'illogicità fu o non rilevata o, almeno, non sottolineata.

II

a) Il primo esempio concerne la revoca di quella forma di testamento conosciuta come *testamentum per aes et libram*, che fu il testamento tipico per tutta la durata del periodo classico. Questo testamento era un adattamento della *mancipatio*, il modo formale di trasferimento di quelle cose note come *res Mancipi* e come la *mancipatio* richiedeva un acquirente, cinque testimoni ed una persona nota come il *libripens* che teneva una bilancia di bronzo. L'acquirente, in questo caso, era chiamato *familiae emptor* e doveva dichiarare: *Familiam pecuniamque tuam endo mandatela custodelaque mea esse aio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta*. Poi egli toccava la bilancia con un pezzo di bronzo che dava al testatore come prezzo simbolico (5). Successivamente il testatore tenendo le tavolette in cui era scritto (6) il testamento faceva una dichiarazione formale chiamata *nuncupatio* confermando le disposizioni del testamento (7). Originariamente il *familiae emptor* si trovava nella posizione di erede (8), e poichè la *mancipatio* era un trasfe-

(4) *The Common Law*, Boston 1881, p. 1.

(5) GAI., 2. 104.

(6) Se il testamento era redatto per iscritto, ciò che non era necessario.

(7) GAI., 2. 104.

(8) Più tardi egli divenne un mero figurante: GAI., 2. 103.

rimento immediato della proprietà egli diveniva proprietario del patrimonio del testatore al momento della cerimonia. Solo che il testatore poteva successivamente cambiare la propria decisione e voler revocare il testamento. Come poteva avvenire ciò? La situazione per diritto civile agli inizi del Principato — quando il quadro per la prima volta comincia a farsi chiaro ⁽⁹⁾ — è che l'intenzione di revocare non bastava. Nè era sufficiente distruggere le *tabulae* del testamento, ugualmente con l'intenzione di revoca ⁽¹⁰⁾. Il testamento precedente era revocato soltanto allorquando il testatore faceva un nuovo e valido testamento in forza di una nuova *mancipatio* e *nuncupatio* ⁽¹¹⁾. La distruzione delle *tabulae*, è opinione degli studiosi moderni ⁽¹²⁾, non bastava perchè la validità del testamento derivava dalla *mancipatio* e dalla *nuncupatio* non dalla perdurante esistenza delle *tabulae*. Questa opinione è, io penso, corretta. Da un punto di vista logico, tuttavia, ci si sarebbe potuto aspettare qualcosa d'altro. Con la *mancipatio* il testatore cessava di essere proprietario del proprio patrimonio. Onde, per un nuovo testamento, si sarebbe dovuta richiedere la cooperazione del *familiae emptor*. Questi avrebbe dovuto remancipare i beni al testatore perchè soltanto allora quest'ultimo ne sarebbe divenuto proprietario e, quindi, in grado di disporne ancora una volta. Ciò però era scomodo, presentava inconvenienti e non era di alcun aiuto ed i giuristi non arrivarono a pretendere tanto ⁽¹³⁾. Le fonti superstiti non registrano alcuna discussione tra i giuristi sui requisiti per la revoca, e l'illogicità non è rilevata ⁽¹⁴⁾.

(9) Benchè SUETONIUS, *Divus Iulius*, 83, mostri che un testamento fatto validamente poteva, in un modo o nell'altro, essere revocato.

(10) GAI., 2. 151.

(11) GAI., 2. 144.

(12) Ad es., M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München 1955, p. 578; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano 1963, p. 492 s.

(13) Forse lo richiesero anticamente, ma non vi è traccia nelle fonti che sia così. Tale possibilità non tocca il rilievo fatto.

(14) È probabile che questa procedura per la revoca sia stata accolta in una data risalente. Altri problemi teorici connessi con l'essere il *familiae emptor* ri-

b) Un secondo esempio riguarda le forme di manomissione degli schiavi ed i diritti dei patroni nell'età repubblicana. Uno schiavo poteva essere liberato dal proprio padrone in tre modi: per testamento, per *manumissio vindicta*, per iscrizione nel censo. A noi interessano soltanto gli ultimi due.

La *manumissio vindicta* ⁽¹⁵⁾ era un adattamento della *vindicatio in libertatem*, la procedura in base alla quale ciascuno poteva intentare un'azione per ottenere la liberazione di un uomo libero che fosse indebitamente trattenuto come schiavo. Un padrone che volesse liberare uno schiavo doveva comparire davanti ad un magistrato munito di *imperium* ed un amico doveva dichiarare che la schiavo era libero. Il padrone non faceva valere alcuna difesa e il magistrato dichiarava libero lo schiavo. Nella *manumissio censu* il proprietario ordinava allo schiavo di iscrivere se stesso nella lista censoria dei cittadini. Non è chiaro ⁽¹⁶⁾, ma ciò non ci riguarda, se lo schiavo divenisse libero e cittadino immediatamente o soltanto quando era pubblicata la lista. Ciò che rileva è che in nessuno di questi due modi di manomissione lo schiavo appare come liberato dal padrone. Nel primo sembra che sia riconosciuto il vero *status* di un cittadino ingiustamente trattenuto come schiavo, e nell'altro non vi è alcuna indicazione che la persona iscritta come cittadino sia mai stato qualcosa d'altro.

Il padrone che liberava uno schiavo diventava *patronus* del nuovo liberto ed, in quanto tale, aveva estesi diritti ⁽¹⁷⁾. Il liberto gli doveva *obsequium* ed *operae* — un certo numero

guardato come proprietario — ad es. non vi era azione contro di lui se mancava di eseguire completamente le istruzioni del testatore; e *quid iuris* se egli moriva prima del testatore? — non apparivano quali difficoltà pratiche ed è pertanto probabile che fin quasi dall'inizio il *testamentum per aes et libram* sia stato considerato come un vero testamento.

⁽¹⁵⁾ V. in generale, W.B. BUCKLAND, *A Textbook of Roman Law* ³ (rev. by P. STEIN), Cambridge 1963, p. 441 s.

⁽¹⁶⁾ V. ora A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967, p. 185 s.

⁽¹⁷⁾ V., ad es., A. WATSON, *The Law of Persons*, cit., p. 226 ss.

di giorni di lavoro promessi con *stipulatio* o *iusiurandum liberti* — e, forse più importante di tutto, alla morte del liberto il patrono poteva avere estesi diritti di successione. Il padrone il cui schiavo fosse stato liberato *vindicta* o *censu* aveva i pieni diritti di patronato. Per quanto ci è dato conoscere non venne mai prospettato il dubbio che il padrone non aveva, in fatto, liberato lo schiavo. Di nuovo i giuristi raggiungono un risultato apprezzabile senza crucciarsi apparentemente della illogicità. L'uso di un espediente quale la *manumissio vindicta* o la *manumissio censu* era essenziale dacchè non vi era altrimenti un mezzo con il quale lo schiavo potesse essere liberato durante la vita del proprio padrone.

c) Il terzo esempio si riferisce all'ubriachezza ed all'elemento intenzionale ⁽¹⁸⁾. Come in altri sistemi così nel diritto romano l'elemento intenzionale era di importanza fondamentale in molte situazioni. Così per la commissione di un furto doveva esservi l'intenzione di rubare ⁽¹⁹⁾; non poteva esservi matrimonio senza il requisito della volontà delle parti interessate ⁽²⁰⁾; e nei contratti consensuali di compra-vendita, locazione, società e mandato, il contratto veniva in essere non appena si raggiungeva l'accordo e l'assenza di quest'ultimo impediva l'esistenza del contratto ⁽²¹⁾. Come tutti prontamente ammetteranno un'ubriachezza estrema è in grado di impedire la formazione della volontà o di qualsiasi accordo. Nella giurisprudenza delle corti britanniche

⁽¹⁸⁾ Per quanto segue v. A. WATSON, *Drunkenness in Roman Law*, in *Sein und Werden im Recht: Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin 1970, p. 381 ss.

⁽¹⁹⁾ V. ad es. GAI., 3. 197; D. 47. 2. 23 (Ulp. 41 *ad Sab.*). La precisa natura dell'*animus furandi* e l'estensione della corruzione nelle fonti non ci riguarda direttamente. Ma v. tra i più recenti, J.A.C. THOMAS, *Animus furandi*, in *Iura*, XIX, 1968, p. 1 ss.; A. WATSON, *Roman Private Law around 200 B.C.*, Edinburgh 1971, p. 147.

⁽²⁰⁾ V., ad es., D. 23. 2. 2 (Paul. 35 *ad ed.*); D. 23. 2. 16. 2 (*idem*); P. CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, Oxford 1930, p. 53 ss.; A. WATSON, *The Law of Persons*, cit., p. 41 ss.

⁽²¹⁾ Così nella vendita è particolarmente chiaro che un errore abbastanza grave impediva al contratto di venire ad esistenza: ad es. D. 18. 1. 9 (Ulp. 28 *ad Sab.*); D. h. t. 11 (*idem*); D. h. t. 14 (*idem*).

si possono trovare molti esempi ⁽²²⁾. L'ubriachezza è oggi frequente e, a giudicare dalle testimonianze letterarie, era frequente nei tempi romani (nonostante l'ignoranza dei superalcolici), ma in nessun luogo nelle fonti romane si parla degli effetti dell'ubriachezza sulla volontà: non per il matrimonio, non per i contratti. Il testo con maggiore attinenza è D. 48. 19. 11. 2 (Marc. 2 *de publ. iud.*) che ci dice che un'offesa poteva essere causata *aut proposito aut impetu aut casu* e che per illustrare l'offesa *impetu* reca *cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venit*. Abbastanza stranamente vi è, in generale, una grande scarsità di testi giuridici romani sul comportamento influenzato da etilismo abituale od acuto: soltanto sette in tutto, incluso quello appena menzionato ⁽²³⁾. L'assenza di ogni discussione intorno agli effetti dell'alcool sull'elemento soggettivo non può sicuramente essere spiegata affermando che il problema non sorgeva in pratica e che i giuristi non pensavano ad esso come ad una possibilità teoretica. Nè a causa di ciò si riteneva semplicemente che una persona avesse sempre coscienza di quanto essa compiva: l'incapacità di un infante o di un pazzo a formare una volontà giuridicamente rilevante è sottolineata di continuo ⁽²⁴⁾. Il primo caso, a mia conoscenza, di ubriachezza così estrema da escludere la volontà o la coscienza risale, ben oltre i tempi romani, alla storia di Lot e delle sue figlie in Gen., XIX. 33: *Dederunt itaque patri suo bibere vinum nocte illa. Et ingressa est major, dormivitque cum patre; at ille non sensit, nec quando accubuit filia, nec quando surrexit.*

Possiamo inferire dal silenzio delle fonti romane che l'ubriachezza — quasi sempre uno stato volontario — non era consi-

(22) Così in Inghilterra, *Ruse v. Read* [1949] 1 K.B. 377; [1949] 1 All E.R. 398 (incapacità a determinarsi al furto di una bicicletta); in Scozia, *Johnston v. Brown* 1823. 2. S. 437 (incapacità per 3 interi giorni a determinarsi al matrimonio).

(23) Gli altri sono AULUS GELLIUS, *Noctes Atticae*, 4. 14; D. 48. 3. 12 pr. (Call. 5 *de cogn.*); D. 24. 1. 4. 2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D. h. t. 25. 6 (*idem*); D. 49. 16. 6. 7 (Arrius Menander 3 *de re mil.*); C. Th. 3. 16. 1.

(24) V., ad es., D. 9. 2. 5. 2 (Ulp. 18 *ad ed.*); I. 1. 10 pr.; D. 41. 2. 32. 2 (Paul. 15 *ad Sab.*); D. 50. 17. 5 (Paul. 2 *ad Sab.*).

derata giuridicamente rilevante e conseguentemente non escludeva l'accordo. Si presumeva fosse colpa propria del soggetto se egli si ubriacava e compiva qualcosa di insensato ⁽²⁵⁾. Il risultato ben potrebbe essere considerato ragionevole, ma se la situazione era quale io ho suggerito allora essa implica un'illogicità evidente. L'aspetto di più grande interesse è, naturalmente, il silenzio delle fonti. Io sospetto, senza poterlo provare, che i giuristi soddisfatti di quella che appariva essere la soluzione legale, fossero poco disposti a fissare la regola per iscritto per tema che il fatto stesso desse adito a controversie.

d) Anche il prossimo esempio che io desidero proporre concerne l'elemento intenzionale. Nel diritto classico avanzato un soggetto acquistava il possesso di una cosa soltanto se ne aveva il controllo fisico, nel grado richiesto, e l'*animus* di tenere la cosa, nella debita misura. Nella tarda repubblica, a quanto sembra, i requisiti non erano così rigorosi ⁽²⁶⁾. Questo aumentato rilievo dell'*animus*, nell'età imperiale, diede luogo a dei problemi, ad esempio nel caso di acquisto del possesso da parte di *infantes*.

Vediamo:

D. 41. 2. 32. 2 (Paul. 15 *ad Sab.*) — *Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem, pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. item infans peculiari nomine per servum possidere potest* ⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ Proprio come si dice per la vendita, *Ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit*: D. 18. 1. 15. 1 (Paul. 5 *ad Sab.*).

⁽²⁶⁾ V. A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford 1968, p. 81 ss.

⁽²⁷⁾ Sul testo e per i problemi di interpolazione, v. A. WATSON, *Acquisition of possession and usucaption per servos et filios*, in *Law Quarterly Review*, LXXVIII, 1962, pp. 205 ss., alle p. 223 s.

Un *infans*, si afferma, può possedere *auctoritas tutoris*. Vi sono due grandi stranezze in ciò. In primo luogo noi sappiamo che l'*auctoritas tutoris* era necessaria quando il negozio poteva rendere peggiore la posizione del pupillo, ma non altrimenti ⁽²⁸⁾. Ora sebbene il possesso comportasse delle conseguenze giuridiche sarebbe estremamente difficile pensare ad una situazione — io non riesco a pensare alcuna — in cui la *possessio*, in quanto opposta al mero controllo fisico, potesse avere conseguenze dannose per il possessore. Quasi sempre la *possessio* produce dei vantaggi. In conseguenza l'*auctoritas tutoris* dovrebbe essere irrilevante. In secondo luogo la funzione dell'*auctoritas tutoris* in altri casi non è di supplire un elemento intenzionale che sia totalmente assente nel pupillo, ma di integrare la volontà del pupillo con più matura valutazione. In altri termini essa opera soltanto quando il pupillo sia capace, cioè quando sia *infantia maior* ⁽²⁹⁾. Perciò l'*auctoritas tutoris* per un *infans* sembra impropria. La richiesta dell'*auctoritas tutoris* è, in questo caso, un'innovazione anomala per sormontare la nuova incapacità dell'infante ad acquistare il possesso ⁽³⁰⁾. Questa volta, tuttavia, Paolo riconosce l'illogicità della decisione osservando: *utilitatis enim causa hoc receptum est*. L'argomentazione tratta dall'*utilitas* è spesso usata allorchè i giuristi raggiungono una soluzione che è insostenibile dal punto di vista dogmatico ⁽³¹⁾.

e) Uno schiavo non era soggetto di diritto e pertanto la sua capacità di agire era soltanto indiretta. W. B. Buckland dice ⁽³²⁾: « As a slave derives his capacity from his master, it

⁽²⁸⁾ GAI., 2. 80-84.

⁽²⁹⁾ V., ad es. W.B. BUCKLAND. *A Textbook*, cit., p. 157 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., p. 306.

⁽³⁰⁾ Che nell'età repubblicana si ritenesse che un infante poteva acquistare il possesso senza l'*auctoritas* del proprio tutore appare da D. 41. 2. 1. 3 (Paul. 54 ad ed.); v. A. WATSON, *The Law of Property*, cit., p. 82 ss.

⁽³¹⁾ V. J.A. ANKUM, *Utilitatis causa receptum*, in *Symbolae M. David*, I, Leiden 1968, p. 1 ss. D. 41. 2. 32. 2 è discusso alle p. 10 s.

⁽³²⁾ *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, p. 155,

might be supposed that he could not have more than the master had. But this would have involved inconvenience, and it is clear that for a master incapable of contracting from mental or physical defect, the slave could stipulate. The rule seems illogical, but its illogicality is concealed by the fact that a slave's stipulation, as we have seen, did not require the consent or knowledge of the master ». Ma un caso specifico sembra ancor più illogico degli altri. Uno schiavo poteva essere socio. Il testo principale ⁽³³⁾ è:

D. 17. 2. 58. 3 (Ulp. 31 *ad ed.*) — *Si servus meus societatem cum Titio coierit et alienatus in eadem permanserit, potest dici alienatione servi et priorem societatem finitam et ex integro alteram inchoatam, atque ideo et mihi et emptori actionem pro socio competere, item tam adversus me quam adversus emptorem ex his causis quae ante alienationem inciderunt dandam actionem, ex reliquis adversus emptorem solum.*

Nè il testo in sè né il fatto che gli schiavi potessero essere *socii* hanno destato molto l'interesse ⁽³⁴⁾. Il testo è ritenuto interpolato da G. von Beseler ⁽³⁵⁾ e da S. Solazzi ⁽³⁶⁾ ma non su punti che ci riguardano e noi non siamo tenuti ad occuparci dell'esattezza delle loro opinioni. Il tenore del passo (e degli altri) mostra che è lo schiavo che conclude il contratto di società, non il suo padrone. Ma oltre a ciò, nel testo in esame, la situazione rende evidente che è lo schiavo e non il padrone che è il *socius*. Altri-

⁽³³⁾ Gli altri sono D. 17. 2. 18 (Pomp. 13 *ad Sab.*); D. h. t. 63. 2 (Ulp. 31 *ad ed.*).

⁽³⁴⁾ La discussione più completa sembra essere quella di S. SOLAZZI, *La società col servo*, in *S.D.H.I.*, XXI, 1955, p. 306 ss., il quale, però, non tocca la questione che ci interessa.

⁽³⁵⁾ G. VON BESELER, in *Z.S.S.*, XLV, 1925, p. 466. Egli cancella da *potest dici ad ideo* e sostituisce *ille scribit*.

⁽³⁶⁾ *Loc. cit.* Egli accetta l'opinione di Beseler ed inoltre contesta *item tam adversus me quam adversus emptorem... dandam actionem* sul presupposto che vi erano due azioni: 1) l'*actio annalis de peculio* e 2) l'ordinaria *actio de peculio*.

menti l'alienazione dello schiavo non avrebbe prodotto lo scioglimento della società per quanto riguardava il precedente proprietario ⁽³⁷⁾. Ma come diamine può essere socio uno schiavo che non ha personalità giuridica? Non vi è risposta logica e si può soltanto dire che era, evidentemente, conveniente per il padrone che il suo schiavo potesse concludere contratti di società ⁽³⁸⁾. La convenienza trionfava.

f) Vi erano quantomeno due illogicità nelle stipulazioni *post mortem*. Una *stipulatio* da eseguirsi dopo la morte di una delle parti era nulla perchè, dice Gaio ⁽³⁹⁾, era considerato non elegante che una obbligazione prendesse inizio dall'erede. Così *Post mortem meam dari spondes?* e *Post mortem tuam dari spondes?* non davano origine ad un contratto valido e neppure, naturalmente, *Heredi meo dari spondes?* Neanche le stipulazioni *Pridie quam moriar dari spondes?* e *Pridie quam morieris dari spondes?* erano valide perchè, ci si dice, il giorno prima della morte non può essere determinato che dopo che sia intervenuta la morte. Tutto ciò è abbastanza lineare. Ma Gaio ci riferisce che *Cum moriar dari spondes?* e *Cum morieris dari spondes?* erano forme valide e che l'obbligazione si considerava sorta nell'ultimo momento della vita ⁽⁴⁰⁾. Ora nessuna sottile teoria formalistica è in grado di spiegare perchè questo caso sia trattato in modo differente dagli altri nè si raggiunge una soluzione soddisfacente considerando come interpolato *nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem* in Gai. 3.100 ⁽⁴¹⁾. Il chia-

⁽³⁷⁾ Anche se il padrone era il *socius*, D. 17. 2. 58 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*) sarebbe stata una fattispecie totalmente differente ed irrilevante.

⁽³⁸⁾ Si dovrebbe forse sottolineare ancora che l'illogicità è qui più grande che, dico, nella vendita nella quale uno schiavo venditore poteva essere considerato come un rappresentante del suo padrone, e la vendita essere del padrone.

⁽³⁹⁾ GAI., 3. 100.

⁽⁴⁰⁾ GAI., 3. 100. La letteratura sul testo è enorme.

⁽⁴¹⁾ V., ad es., recentemente, S. SOLAZZI, *Sull'obbligazione a termine iniziale*, in *Iura*, I, 1950 p. 34 ss. a p. 52 s. e gli autori citati; *contra*, ad es., J.C. VAN OVEN, *Gaius 3.158: mandatum post mortem mandantis*, in *Eos*, III, 1956, p. 528 ss.; S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966, p. 21 n. 46.

rimento, sia detto immediatamente, non ha alcuna giustificazione sul piano teoretico nè Gaio ne dà una qualsiasi. La soluzione più attendibile è che le stipulazioni *post mortem* erano nulle ⁽⁴²⁾: la regola aveva ovviamente degli svantaggi pratici, ma essa era rimasta così a lungo in vigore che gli effetti delle forme correnti non potevano più essere modificati. La forma piuttosto assurda *Pridie quam moriar dari spondes?* ha, a dire il vero, tutta l'aria di un tentativo (senza successo) di aggirare l'invalidità. In una certa fase allorchè i giuristi furono più inclini ad ammettere la validità di tale stipulazione, venne fatto un nuovo tentativo con una nuova formulazione, *Cum moriar dari spondes?*, che divenne operante.

Un'interpretazione analoga risulta vera per la seconda illogicità nella *stipulatio post mortem*. Una *adstipulatio* è una stipulazione accessoria in cui l'*adstipulator* domandava al promittente, dopo la prima *stipulatio*, se egli prometteva di dargli la stessa cosa. L'esecuzione da parte del promittente o della *stipulatio* o della *adstipulatio* estingueva entrambe le obbligazioni ⁽⁴³⁾. Gaio ci riferisce che generalmente si adopera l'*adstipulatio* soltanto se si compie una stipulazione per qualcosa che deve esserci dato dopo la nostra morte ⁽⁴⁴⁾. La stipulazione stessa essendo *post mortem creditoris* è nulla ⁽⁴⁵⁾, ma l'*adstipulatio*, essendo soltanto *post mortem* di un estraneo rispetto al contratto, è valida. Si ha così un altro espediente per rendere efficace una *stipulatio post mortem*. Ma ad onta di questa apparente ragionevolezza, Zimmermann ha rilevato da lungo tempo ⁽⁴⁶⁾ una difficoltà di ordine teoretico, dogmatico. L'*adstipulatio* è un accessorio della *stipulatio* e ne di-

⁽⁴²⁾ Non è qui necessario spiegare perchè.

⁽⁴³⁾ V. GAI., 3. 110-114.

⁽⁴⁴⁾ GAI., 3. 117.

⁽⁴⁵⁾ GAI., 3. 117.

⁽⁴⁶⁾ S.W. ZIMMERN, *Ueber den nach des Mandators Tode zu zollviehenden Auftrag*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, IV, 1821, p. 240; più di recente, V. ARANCIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, p. 148; A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, p. 136.

pende. Se la *stipulatio* è nulla, dovrebbe esserla conseguentemente anche l'*adstipulatio*.

g) Una dei più affascinanti istituti del diritto romano è quello noto come *postliminium* ⁽⁴⁷⁾. Esso era, fundamentalmente anche se non esclusivamente, il diritto in virtù del quale un romano che avesse perso la cittadinanza, ad es. per essere stato catturato dal nemico, riacquistava la cittadinanza e recuperava svariati diritti di indole privatistica allorchè ritornava entro il territorio romano come uomo libero. Dal punto di vista tecnico ci si aspetterebbe che, per aver perso cittadinanza e libertà e sofferto la *capitis deminutio maxima*, il prigioniero perdesse tutti i suoi diritti personali e che questi diritti non rivivessero semplicemente per il fatto del suo ritorno a Roma. Questo era, in effetti, il caso per quelle persone che non erano legittimate al *postliminium* ⁽⁴⁸⁾. La cosa singolare circa il *postliminium* è, però, che in diritto classico la sua efficacia era differente a seconda dei differenti diritti. Ciò appare nel modo più chiaro nel diritto di famiglia il solo che è necessario considerare per i nostri scopi. Il matrimonio cessava con la cattura e non riviveva in virtù del *postliminium* ⁽⁴⁹⁾. Vi erano, al riguardo, due eccezioni: in primo luogo se entrambi gli sposi erano catturati e ritornavano insieme ⁽⁵⁰⁾; in secondo luogo, in conformità all'opinione di alcuni, segnatamente Giuliano, ove fosse catturato un *patronus* unito in matrimonio con la propria libertà ⁽⁵¹⁾. Se un *tutor legitimus* o *testamentarius* era fatto prigioniero la *tutela* cessava ma era ristabilita, per quanto

⁽⁴⁷⁾ Sul *postliminium* in generale, v. L. AMIRANTE, *Captivitas e postliminium*, Napoli 1950.

⁽⁴⁸⁾ V., ad es., D. 49. 15. 12 pr. (Tryph. 4 *disp.*); D. h. t. 17 (Paul. 2 *ad Sab.*); D. 49. 16. 5. 6 (Arrius Menander 2 *de re mil.*).

⁽⁴⁹⁾ V., ad es., D. 24. 2. 1 (Paul 35 *ad ed.*); D. 49. 15. 12. 4 (Tryph. 4 *disp.*); D. h. t. 14. 1 (Pomp. 3 *ad Sab.*).

⁽⁵⁰⁾ C. 8. 50 (51). 1; D. 49. 15. 25 (Marc. 14 *inst.*).

⁽⁵¹⁾ D. 23. 2. 45. 6 (Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*). Per queste eccezioni v. soprattutto A. WATSON, *Captivitas and matrimonium*, in *Tijd. voor Rechtsgesch.*, XXIX, 1961, p. 243 ss.

non retroattivamente, se egli ritornava ⁽⁵²⁾. La *patria potestas* veniva sospesa dalla prigionia e se il prigioniero ritornava con il *postliminium* era come se non fosse mai stato prigioniero ⁽⁵³⁾. Nessuna somma di ingegnosi cavilli farà di ciò un sistema logico. La spiegazione è, in realtà, che in ciascun ramo del diritto di famiglia i giuristi accolsero la regola che avrebbe dato il risultato più soddisfacente del punto di vista pratico. In tal modo il matrimonio cessava completamente, cosicchè se la « vedova » apparente sposava qualcun altro lo *status* di quell'unione e dei figli natile non era in dubbio. (Va ricordato che il divorzio era privo di ogni formalità e che, pertanto, sarebbe stato naturalmente possibile un nuovo matrimonio tra l'antico prigioniero e la sua ex-moglie). Per gli interessi del pupillo era essenziale che vi fosse un tutore per assisterlo, pertanto la prigionia estingueva la tutela ed un nuovo tutore poteva essere nominato. Poichè però il *tutor legitimus* era il parente più prossimo ed il *tutor testamentarius* la persona considerata più adatta come *tutor* dal padre defunto, era congruo che la loro *tutela* fosse ristabilita al ritorno del tutore. La protezione dei diritti patrimoniali del prigioniero rendeva importante che, anche durante la sua assenza, i suoi figli non fossero considerati come liberati dalla *patria potestas* ⁽⁵⁴⁾.

h) L'ultimo mio esempio è stato scelto per lasciarvi con un problema aperto. La famosa *lex Aquilia* del 287 a.C. dettava norme sul danno patrimoniale. Il primo capitolo di essa recitava o veniva inteso dai giuristi classici nel senso che recitasse: *Ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes*

⁽⁵²⁾ GAI., 3. 187; D. 27. 3. 7. 1 (Ulp. 35 *ad ed.*); D. 27. 3. 8 (Pomp. 28 *quaest.*); D. 46. 6. 4. 5 (Ulp. 79 *ad ed.*); D. 26. 4. 3 (Ulp. 38 *ad Sab.*); D. 26. 1. 15 (*idem*); v. L. AMIRANTE, *Captivitas*, cit., p. 60 ss.

⁽⁵³⁾ GAI., 1, 129; GAI., *Epit.* 1. 6. 2; PAUL., *Sent.* 2. 25. 1; D. 14. 6. 1. 1 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 37. 9. 1. 8 (Ulp. 41 *ad ed.*); D. 38. 6. 15 (Pap. 29 *quaest.*); D. 49. 15. 12. 1 (Tryph. 4 *disp.*); D. 49. 15. 22. 2 (Iul. 62 *dig.*); v. L. AMIRANTE, *Captivitas*, cit., p. 51 ss.

⁽⁵⁴⁾ Beninteso in ciascuna branca del diritto di famiglia potevano presentarsi particolari problemi, non importa quale regola fosse adottata.

dare domino damnas esto ⁽⁵⁵⁾. Dapprima *occiderit*, 'abbia ucciso', fu interpretato in modo ragionevole, ma venne affermandosi una distinzione formulata, sembra, da Celso ⁽⁵⁶⁾ (console per la seconda volta nel 129 d.C.), sebbene esistesse almeno a partire da La-beone, agli inizi, precisamente, del Principato ⁽⁵⁷⁾, tra *occidere*, 'uccidere', e *mortis causam praestare*, 'fornire una causa di morte'. Solo il primo rientrava nella previsione della *lex Aquilia*. La linea di demarcazione tra *occidere* e *mortis causam praestare* non era sempre tracciata nello stesso punto, ma i giuristi classici ritenevano che non fosse uccisione dare ad un uomo un veleno al posto di un farmaco ⁽⁵⁸⁾, o un medicamento ad una donna che essa stessa beveva ⁽⁵⁹⁾, far morire di inedia uno schiavo ⁽⁶⁰⁾, gettare uno schiavo da un ponte o dalla riva del fiume dentro l'acqua causandone l'affogamento ⁽⁶¹⁾. D'altro lato, anteriormente, il giurista repubblicano Alfeno (o il suo maestro Servio) aveva ritenuto che se due carri stessero salendo per il *clivum Capitolinum*, uno dietro l'altro, ed il primo cominciasse a scivolare indietro e gli uomini che lo tenevano si scansassero dalla strada *sua sponte*, ed esso urtasse il secondo carro il quale rinculasse ed investisse un fanciullo schiavo, il proprietario del fanciullo potesse chiamare in giudizio in forza della *lex Aquilia* gli uomini suddetti ⁽⁶²⁾.

Questa restrizione classica del concetto di *occidere* è illogica, addirittura assurda, per due ragioni. Anzitutto la parola non aveva usualmente tale significato ristretto e niente nel dettato della *lex* rendeva necessaria, od anche suggeriva, la restrizione. In secondo luogo i giuristi non consideravano *occidere* in modo così

⁽⁵⁵⁾ D. 9. 2. 2 pr. (Gai. 7 *ad ed. prov.*).

⁽⁵⁶⁾ D. 9. 2. 7. 6 (Ulp. 18 *ad ed.*).

⁽⁵⁷⁾ D. 9. 2. 9. pr. (Ulp. 18 *ad ed.*).

⁽⁵⁸⁾ D. 9. 2. 7. 6 (Ulp. 18 *ad ed.*).

⁽⁵⁹⁾ D. 9. 2. 9 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*).

⁽⁶⁰⁾ D. 9. 2. 9. 2 (Ulp. 18 *ad ed.*).

⁽⁶¹⁾ GAI., 3. 219.

⁽⁶²⁾ D. 9. 2. 52. 2 (Alf. 2 *dig.*).

angusto in altri contesti. Così la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, la norma sull'omicidio dell'81 a. C., usava del pari il termine *occiderit* ⁽⁶³⁾, ma in nessun luogo nelle fonti superstiti vi è il più lieve segno che vi fosse delineata una distinzione tra *occidere* e *mortis causam praestare* o che *occidere* fosse interpretato in senso restrittivo.

Quando l'uccisione veniva considerata nient'altro che come un *mortis causam praestare*, non era accordata azione *ex lege Aquilia*, ma era concesso dal pretore un rimedio *ad hoc*, *actio utilis* o *actio in factum*. Il problema è di sapere perchè i giuristi abbiano delineato la distinzione. Manifestamente il loro scopo era di restringere il campo di applicazione della legge, pur accordando nello stesso tempo un rimedio al proprietario danneggiato. Io non sono in grado di offrire alcuna spiegazione dei loro motivi pratici.

III

Non è necessario indugiare sulle conclusioni. Ho tentato di mostrare per mezzo di alcuni esempi che, talvolta almeno, i giuristi romani erano più interessati a raggiungere un apprezzabile risultato pratico che a seguire i dettami di una logica rigorosa, che essi non erano filosofi da torre d'avorio, bensì uomini assennati che si misuravano con i problemi della vita di ogni giorno. Sebbene possa aver l'aria di sminuire la pretesa del diritto romano di essere un sistema di validità universale ed immutabile, ciò deve indurci ad accettare i giuristi romani come esseri umani dotati di individualità, della cui sottigliezza dobbiamo dar atto.

(63) COLL. 1. 3 (Ulp. 7 *de off. procon.*); v. D. 48. 8. 1 pr. (Marc. 14 *inst.*).