REMO MARTINI

LA *VINDICATIO FILII*
NEL PENSIERO DEI GIUSTINIANEI

1911

SOMMARIO: 1. La tesi secondo cui nel sistema giustiniano avrebbe potuto trovar luogo la *vindicatio filii* esclusa dai classici. — 2. Esame degli *scholia antiqua* dei Basilici da cui sembrerebbero emergere opinioni non conformi a quella tesi, oltrechè contrastanti fra loro. — 3. Ulteriori applicazioni del principio in forza del quale si era esclusa la *vindicatio filii* (almeno da parte di Stefano).

1. Secondo quanto si legge in D. 6, 1, 1, 2 — sebbene si tratti di un testo molto discusso — Ulpiano avrebbe affermato che, in linea di principio, non si potevano *vindicare* i propri figli, salvo a farlo, come avrebbe già ammesso Pomponio, *adiecta causa*, indicando cioè che si rivendicava una persona in quanto *filius* o soggetto alla *patria potestas*.

D. 6, 1, 1, 2 (Ulp. 16 *ad ed.*):

Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit « filium suum » vel « in potestate ex iure Romano », videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse (¹).

(¹) Rispetto alla critica radicale del BESELER (in *ZSS.*, 57, 1937, p. 47) ed al giudizio severo del PEROZZI (*Istituzioni di diritto romano*, I², Roma 1928, p. 426 nt. 5), che dichiarava il testo « corrottissimo ed insanabile », molto più conservatrice è, naturalmente, la lettura del medesimo da parte degli autori recenti, i quali si limitano a proporre con sicurezza solo leggeri ritocchi quali « ex iure Quiritium » invece di « ex iure Romano » ed « ex iure Quiritium » anzichè « ex lege Quiritium », anche se non si nascondono i dubbi e le perplessità tuttora possibili su altre espressioni e persino su intere frasi (si veda, ad esempio, MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, in *Annali Palermo*, 24, 1955, p. 397 nt. 322, nonché SANTORO, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, *ibid.*, 30, 1967, p. 231 nt. 2; p. 238 nt. 2; p. 263 nt. 8; p. 415). Un punto discusso fra gli studiosi che si erano occupati del passo in prece-

Non risultando dal testo (che è l'unico in cui sia affrontata una simile problematica) il motivo della esclusione della *rei vindicatio*, certa dottrina si è indotta a pensare ad una ragione che si riporta alla struttura del processo formulare: non si sarebbe, cioè, potuto ammettere che il convenuto condannato trattenesse presso di sè, pagando la *litis aestimatio*, il figlio altrui.

Per questo si è pronti a concedere che — *a contrario* — la *vindicatio filii* ben avrebbe potuto trovar posto nel sistema giustiniano, che conosceva ormai la *condemnatio in ipsam rem*.

In questo senso è più di ogni altra eloquente la posizione di C. Longo ⁽²⁾, cui aderisce lo Scherillo ⁽³⁾, e cui si richiama fra gli altri, da ultimo, il Marrone ⁽⁴⁾.

Per conto mio non so e non ricercherò qui se tale dottrina sia nel giusto per quanto riguarda l'epoca classica.

Mi limiterò ad osservare che — a parte la possibilità di pensare a mezzi di esecuzione quali la *ductio* (come aveva già ipotizzato l'Arangio-Ruiz) ⁽⁵⁾, o l'interdetto (come mi parrebbe di poter aggiungere, argomentando in base a D. 43, 30, 1, 4) ⁽⁶⁾ —

denza era addirittura quello — fondamentale — della genuinità o meno del « non » davanti a « petuntur » (che negavano, fra gli altri, il PEROZZI, *loc. cit.*, il NIEDERMEYER, in *ZSS.*, 50, 1930, p. 115 e già il WENGER, *Hausgewalt und Staatsgewalt im römischen Altertum*, in *Miscellanea Francesco Ehrle*, II, Roma 1924 [rist. anast. 1962], p. 35 e nt. 1, e ancora, da ultimo, il SACHERS, s.v. *Potestas patria*, in *PWRE.*, 22, 1, 1953, c. 1156). Per quel poco che io mi sono limitato a dire accennando al contenuto del testo (non interessandomi in questa sede la ricostruzione del regime classico), si può vedere, comunque, in senso conforme, BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Roma 1925, p. 87 s. Circa i mezzi di tutela, ed in particolare la *cognitio praetoria*, cui si allude nella frase « petuntur - praetoria », mi riservo invece di tornarvi presto in una indagine di imminente pubblicazione.

⁽²⁾ *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milano 1946, p. 84 s., dove, a conclusione di varie considerazioni, si legge testualmente: « Tutto sommato la *rei vindicatio* dei *filiifamilias*, più che nel diritto classico, è a posto nel diritto giustiniano, dove la *condemnatio* è in *ipsam rem* e può essere eseguita *manu militari* ».

⁽³⁾ *D. 6, 1, 1, 2*, in *SDHI.*, 4, 1938, p. 225 s.

⁽⁴⁾ *Op. loc. cit.* dove si legge che « ...niente ostava alla ammissibilità di una vera *vindicatio* dei *filiifamilias*, una volta ammessa la condanna in *ipsam rem* ».

⁽⁵⁾ *Studi formulari*, in *BIDR.*, 92, 1922, p. 58. Sulla possibilità della *ductio* cfr. ora anche SANTORO, *op. cit.*, p. 415 nt. 1, il quale si rifà a PEROZZI.

⁽⁶⁾ In cui per bocca di Ulpiano si afferma: *Pari modo si iudicatum fuerit non esse eum in potestate, etsi per iniuriam iudicatum sit, agenti hoc interdicto obicienda*

le stesse conseguenze del pagamento della *litis aestimatio* da parte del convenuto, soccombente in una *vindicatio filii*, non avrebbero dovuto preoccupare troppo i giuristi classici se, come leggiamo a proposito dell'interdetto *de homine libero exhibendo*, essi si erano ben raffigurati il caso di chi « *condemnatus malit litis aestimationem sufferre quam hominem exhibere* », limitandosi a consentire, in una tale ipotesi, la ripetizione dell'interdetto (cfr. D. 42, 29, 3, 13) (7).

Per quanto riguarda, comunque, i giustinianei, ritengo di poter dire che la dottrina sopra richiamata formula un'ipotesi del tutto teorica e non confortata dalle fonti, non essendo difficile mostrare come gli stessi giustinianei fossero lontani da ammettere puramente e semplicemente la *vindicatio filii* sul presupposto, cui si vorrebbe dar rilievo, della esistenza della *condemnatio in ipsam rem*.

Sarà bene precisare preliminarmente, perchè non si creda che io mi stia muovendo secondo gli schemi superati della contrapposizione diritto classico-diritto giustiniano, che con questa breve indagine io avrei al contrario la pretesa di avviare, semmai, un tipo di discorso analogo a quello ormai usuale per i giuristi classici, che nessuno oserebbe oggi considerare fungibili, e che — pur non senza qualche esagerazione (8) — ci si è abituati a studiare nella loro individualità.

erit exceptio rei iudicatae, ne de hoc quaeratur, an sit in potestate, sed an sit iudicatum. Anche secondo lo SCHERILLO, *op. cit.*, p. 228 s., da questo testo si desumerebbe il ricorso all'interdetto (*de liberis exhibendis*) di seguito all'esperimento della *vindicatio*, che tuttavia egli ritiene — è la sua tesi di fondo — venisse esercitata mediante una *formula praeiudicialis*. Che sempre in questo testo si facesse riferimento alla *cognitio praetoria* è, invece, un'ipotesi, a mio avviso non convincente, del SIBER, *Praeiudicium als Beweismittel*, in *Festschrift Wenger*, I, München 1944, p. 76. Quanto poi alla sostituzione proposta dal BESELER di *pronuntiatum* al posto di *iudicatum*, v. ancora SCHERILLO, *op. cit.*, p. 228 nt. 17.

(7) Sul testo cfr. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova 1938, p. 51, nonché MARTINI, *Il problema della « causae cognitio » praetoria*, Milano 1960, p. 133 nt. 9.

(8) Cui si fa cenno nell'Editoriale di *Labeo*, 17, 1971 fasc. 3 (p. 269 s.), e della quale si è già cominciato a discutere (in vario senso) nell'inchiesta sul metodo, proposta appunto con tale editoriale (v. *Labeo*, 19, 1973, p. 42 ss.).

Se ciò è vero per la giurisprudenza classica, a nessuno sfugge, infatti, come si continui a considerare in blocco il pensiero giustiniano, trascurando di approfondire, come pure sarebbe interessante fare, le opinioni dei vari giuristi che operano sotto Giustiniano o negli anni immediatamente successivi (⁹).

È certo che fin quando ci si limiterà alla « compilazione », sarà difficile cogliere una discrepanza di idee al di sotto di un testo inserito nella stessa. Approfondendo la ricerca sulle fonti, ed in particolare sugli scolii più antichi dei Basilici (¹⁰), ci si accorge, invece, che le opinioni non erano sempre uniformi.

A prescindere da ogni considerazione sui poteri e sui limiti della *interpretatio* giurisprudenziale nell'epoca giustiniana (¹¹), non si può del resto dimenticare che, almeno nelle scuole di diritto, nonostante i noti divieti di Giustiniano, i professori dovevano necessariamente interpretare e commentare le varie parti della compilazione, operazioni di cui — come ben si sa — ci conservano per l'appunto ampie tracce gli scolii più antichi dei Basilici (¹²).

(⁹) Ciò che dico — s'intende — con riferimento alla maggior parte degli studi romanistici che si continuano a pubblicare, non ignorando i contributi dedicati alla compilazione e in cui si mettono bene in luce le tendenze e le correnti operanti a Bisanzio al tempo della stessa (e promossi specialmente dal Pringsheim), ai quali si richiama ARCHI, *Giustiniano legislatore*, p. 206 nt. 1, che per suo conto ha preso da tempo posizione sulla necessità metodologica di non guardare al *Corpus iuris* come ad un blocco unitario.

(¹⁰) La cui importanza per lo studio del diritto giustiniano, già affermata dal PUCHTA (*Institutiones*¹⁰, I, p. 406^e), non ha certo bisogno di essere illustrata, anche se di essi la dottrina ha creduto di potersi servire addirittura per la ricostruzione del diritto pregiustiniano (cfr. per tutti WENCER, *Die Quellen des röm. Rechts*, Wien 1953, p. 723 nt. 2). Circa le possibili modificazioni subite dai medesimi *scholia antiqua*, v., peraltro, DE FRANCISCI, *Intorno alla paternità di alcuni scolii dei Basilici*, in *Atti dell'VIII Congresso di Studi Bizantini*, II, p. 293 ss. e in *RISG*, 3^a serie, 4, 1950, p. 21 ss.

(¹¹) Su cui, per quanto riguarda soprattutto la prassi e l'ambiente forense, si rivelano di estremo interesse alcune delle *Ricerche di diritto giustiniano* del BONINI (Milano 1968).

(¹²) Si v., in proposito, PRINGSHEIM, *Iustinian's prohibition of commentaries to the Digest*, in *RIDA*, 5, 1950, ed ora in *Gesammelte Abhandlungen*, I, p. 102 ss. e bibliografia ivi citata.

2. Tornando al problema della *vindicatio filii*, dicevo che i giustinianeî (13) appaiono ben lontani da averla ammessa puramente e semplicemente, come si sostiene che avrebbero potuto fare, sul presupposto della *condemnatio in ipsam rem*.

Alcuni giuristi, infatti, sembrerebbero sì averla ammessa, ma in quanto configurabile quasi come un'azione a sè, volta a far valere la potestà paterna.

Ciò traspare dal passo dei Basilici corrispondente a D. 6, 1, 1 che è lecito supporre provenga — come la gran parte del testo dei Basilici — dalla *summa* dell'Anonimo (14), e dove, con interpretazione riduttiva e semplificante del passo del Digesto, si riconosce « tout court » la possibilità di *vindicare* i figli *adiecta causa*.

Si veda B. 15, 1, 1 :

Ἡ ἰδικὴ ἀγωγὴ κινουμένη περὶ δεσποτείας χώρων ἔχει ἐπὶ τῶν καθ' ἕκαστον κινήτων ἐμψύχων τε καὶ ἀψύχων καὶ ἐπὶ τῶν ἀκινήτων, καὶ ἐπὶ ὑπεξουσίου υἱοῦ προσθήκης αἰτίας.

Anche lo sch. 3 a questo testo, proveniente dal *Codex Parisinus Graecus* n. 1352, letto nell'edizione Scheltema, parrebbe confortare la raffigurazione di un'azione in certo modo particolare, in cui appunto si metteva bene in chiaro che la pretesa fatta valere era semplicemente quella derivante dalla qualità di padre :

Τουτέστι χώρων ἔχει διὰ τῆς προσθήκης ἢ τοιαύτη ἀγωγὴ οἷον δύναται ὁ πατὴρ ἐπὶ ἐκδικήσει τοῦ παιδὸς ταύτην τὴν ἀγωγὴν κινεῖν καὶ λέγειν 'εἰ φαίνεται τόνδε ἐμὸν υἱὸν εἶναι' κατὰ τὸ 'εἶναι μου υἱόν' ἢ κατὰ τὸ 'εἶναι μου ὑπεξουσίον'.

Ho sottolineato il riferimento all'edizione Scheltema, poichè la differente presentazione di questo scolio nell'edizione Heimbach,

(13) Probabilmente il termine è impiegato qui — come si rileverà — non senza una certa forzatura cronologica, poichè in effetti si sarebbe dovuto parlare più esattamente di « giustinianeî e bizantini ». Ma, dato lo scopo di questa indagine, mi si consentirà, credo, di prescindere dalle questioni concernenti la periodizzazione e in particolare il c.d. periodo bizantino (su cui v. WENGER, *op. cit.*, p. 679 s. nt. 2).

(14) Cfr. al riguardo, in particolare, SONTIS, *Die Digestensumme des Anonymus*, Heidelberg 1937, p. 28 e bibliografia ivi nt. 2.

dove si legge smembrato in più parti, potrebbe prestarsi a considerazioni diverse ⁽¹⁵⁾.

Ancor più significativo, ad ogni modo, è che altri giuristi dell'epoca giustiniana sembrerebbero aver addirittura esclusa la *vindicatio filii* e, quel che conta, con una interessante motivazione di carattere sostanziale: l'inesistenza di una *potestas dominica* del padre sui figli.

È quanto si ricava già, secondo me, dallo sch. 1 a B. 15, 1, 1, se attentamente considerato:

Σημείωσαι, ὅτι τὰ μὲν ἄλλα διὰ τῆς σπελίας ἰνρέμ ἐκδικουῦμεν καὶ ὡς δεσπότην κινουῦμεν περὶ ὧν μέλλομεν ἀπαιτεῖν. Περὶ δὲ υἱοῦ οὐ κινουῦμεν ὡς δεσπότην, ἀλλὰ μόνην [[κινουῦμεν]] κίνησιν ποιουῦμεν καὶ λέγομεν, ὅτι εἰ υἱός μου ἐστὶν ὑπεξούσιος, γενέσθω ὑπ' ἐμέ. Παραγγεῖλια πρὸς τὸ παραστῆσαι αὐτόν, ὅταν τις αὐτόν ἀποκρῦπτει, καὶ ἐξστραορδιναρία <διάγνωσις>.

Come si vede, in questo testo si afferma chiaramente che non si può agire, per quanto riguarda i figli, come δεσποταὶ degli stessi. Si potrebbe tuttavia, almeno a prima vista, rimanere perplessi circa la natura del rimedio cui si accenna dicendo: ἀλλὰ μόνην [[κινουῦμεν]] κίνησιν ποιουῦμεν καὶ λέγομεν, ὅτι εἰ υἱός μου ἐστὶν ὑπεξούσιος, γενέσθω ὑπ' ἐμέ.

Il discorso, apparentemente oscuro (oltre che corrotto), diventa, tuttavia, chiaro alla luce di uno scolio che si trova in altra sede, lo sch. 8 a B. 8, 2,35, 2 (= D. 3, 3, 35, 2):

Praeudicium λέγεται τύπος ἐξ ἰντεντίονος ἤτοι τύπος ἐκ προτάσεως. Οὐδὲ γὰρ κυρίως ἀγωγή δίδεται ἐπὶ τῶν τοιούτων. Τότε γὰρ ἐνάγει τις κυρίως, ὅταν δεσπότης ὧν πράγματός τις ἐκπέση τῆς νομῆς αὐτοῦ. Ὡς δὲ οὐ φαίνεται κυρίως δεσπότης ὁ πατήρ τοῦ υἱοῦ, καὶ διὰ τοῦτο οὐ δίδεται αὐτῷ κυρία ἀγωγή, ἀλλὰ τύπος ἀγωγῆς, ἢ οὐδὲ ἀγωγή, ἀλλὰ πρότασις, ὅτι οὐδὲ ἀξιοῖ ἀγωγὴν τὴν ἐπὶ τῶν τοιούτων καλεῖν ὁ νόμος ὅλως.

(15) Stante che qui la frase « οἶον δύναται - εἶναι » è presentata come glossa alla parola *praeudicium*. Si veda del resto quanto diremo fra poco ricordando una affermazione di Arangio-Ruiz (cit. *infra* nt. 18).

Questo scolio, o per meglio dire questa *adnotatio*, che secondo Heimbach sarebbe da attribuire a Stefano ⁽¹⁶⁾, quello stesso Stefano cui, sempre tenendo presenti le osservazioni di Heimbach, si potrebbe forse, a mio avviso, attribuire, per considerazioni estrinseche, anche lo sch. 1 a B. 15, 1, 1 ⁽¹⁷⁾, esprime, in maniera che non lascia dubbi, l'opinione secondo cui al padre, che non è δεσπότης del figlio, non è concessa un'azione vera e propria un τύπος ἀγωγῆς, che non è in effetti un'azione, ma una πρότασις, una *intentio*, cioè, in definitiva, un *praeiudicium*.

Tenendo conto di tutto questo, non mi parrebbe difficile intendere il discorso contenuto nello sch. 1 a B. 15, 1, 1, dove la frase γενέσθω ὑπ' ἐμέ potrebbe, infatti, considerarsi come allusiva semplicemente alla pretesa avanzabile dal padre, una volta accertata la situazione espressa nella *protasis* εἰ υἱός μου ἐστὶν ὑπεξούσιος.

Che anche qui si facesse riferimento al *praeiudicium* potrebbe, del resto, risultar confermato dal seguito del testo, dove si viene ad accennare prima all'interdetto, e poi alla *cognitio* pretoria, dando l'impressione che si sia tenuta presente la frase di D. 6, 1, 1, 2: « petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria ».

Si potrebbe aggiungere, ritornando allo sch. 3 ed alla sua diversa presentazione nell'edizione Heimbach, che, sulla base di alcune frasi contenute in esso, già l'Arangio-Ruiz ⁽¹⁸⁾ era giunto ad affermare che « negli scolii la *in rem actio* e il *praeiudicium*, benchè distintamente nominati, vengono inavvertitamente a coincidere ».

⁽¹⁶⁾ E ciò per il fatto che egli sarebbe autore di molte παραγραφαί o *adnotationes* al testo del Digesto, nelle quali generalmente si riporta la parola latina commentata (cfr. HEIMBACH, *Prolegomena*, p. 50).

⁽¹⁷⁾ Dati appunto il caratteristico inizio Σημείωσαι, e la qualifica della *vindicatio* (comune peraltro a Teofilo) come ἡ σπεκίαλια ἰν ῥέμ (cfr. ancora HEIMBACH, *Prolegomena*, p. 14).

⁽¹⁸⁾ *Studi formulari*, cit., p. 57 nt. 1.

Potrebbe essere, inoltre, interessante ricordare che, secondo l'interpretazione difesa dallo Scherillo ⁽¹⁹⁾, nello stesso D. 6, 1, 1, 2 si sarebbe inteso ammettere, escludendo la *vindicatio*, il ricorso al *praeiudicium*, ciò che, per quanto possa lasciare perplessi per il testo di Ulpiano, è invece chiaramente documentabile — come si è visto — almeno per Stefano.

E ciò, sebbene non sia mancato chi, come il Triantaphyllopoulos, ha sostenuto ⁽²⁰⁾ che Stefano nello scolio *Praeiudicium* « avrebbe travisato il passo commentato che non dice nulla della *vindicatio filii* ». A detta di quest'ultimo autore, difatti, « Stefano fu tratto in inganno a quanto pare da D. 3, 3, 35 pr. *liberi licet sint in potestate*, ed opinò che il padre non avesse *potestas* sul figlio sì da rivendicarlo ed invece della *rei vindicatio* gli si offerisse il *praeiudicium* ».

A parte, però, che di un giurista buon conoscitore della lingua latina, grandemente stimato dai contemporanei, i quali giunsero a qualificarlo « la lingua del diritto » ed a paragonarlo ad Ulpiano ⁽²¹⁾, mi parrebbe per lo meno affrettato dire che abbia travisato un passo, lasciandosi in più sviare da una frase latina, come *liberi licet sint in potestate*, è evidente che il Triantaphyllopoulos sarebbe probabilmente giunto ad altra conclusione, se avesse tenuto maggiormente conto dell'insegnamento contenuto in D. 6, 1, 1, 1, 2 « ...non petuntur, petuntur igitur praeiudiciis ».

Per conto mio, d'altronde, non escluderei che lo sch. *Praeiudicium*, ancorchè inserito nei Basilici in commento a D. 3, 3, 35, 2, sia stato concepito originariamente proprio a commento di D. 6, 1, 1, 2, con il che si potrebbe anche spiegare, intendendolo riferito alle *liberae personae* di cui si parla in quest'ultimo testo, il ripetuto e altrimenti misterioso richiamo fatto con le parole ἐπὶ τῶν τοιούτων.

⁽¹⁹⁾ *Op. cit.*, p. 228 s.

⁽²⁰⁾ In *Labeo*, 8, 1962, p. 233 s.

⁽²¹⁾ Cfr. HEIMBACH, *Prolegomena*, p. 14.

3. Non sarà inopportuno, a questo punto, soffermarsi a considerare da vicino anche lo sch. 5 a B. 15, 1, 1 :

Καλῶς ἡ φούρτι κινεῖται καὶ οὐχ ὁ φούρτιβος κονδικτίκιος· ἡ μὲν γὰρ φούρτι παρὰ τοῦ ἕτινι διαφέρει κινεῖται, ὁ δὲ φούρτιβος κονδικτίκιος παρὰ μόνου τοῦ δεσπότη. Ὁ οὖν πατήρ οὐ δύναται κινεῖν κατὰ τοῦ υἱοῦ ὡς δεσπότης αὐτοῦ, καὶ διὰ τοῦτο οὐκ ἔχει τὸν φούρτιβον κονδικτίκιον.

Questo scolio, che a prima vista sembrerebbe riguardare una altra questione, è nato sicuramente in commento di D. 47, 2, 38, 1 (corrispondente nella summa greca a B. 60, 12, 38), un testo dove Paolo, senza offrirne alcuna spiegazione, aveva affermato che per il furto delle *liberae personae*, pur potendosi esperire l'*actio furti*, non compete la *condictio furtiva* :

Liberarum personarum nomine, licet furti actio sit, condictio tamen nusquam est.

Lo scolio in parola è tuttavia molto interessante, ai nostri fini, per il modo in cui nel medesimo si è giunti a giustificare il principio enunciato apoditticamente da Paolo ⁽²²⁾.

Non è difficile rendersi conto — ed in ciò potrebbe confortarci uno scolio tardo dell'Hagiotheodorita ⁽²³⁾ — come ci si sia rifatti anzitutto all'affermazione, contenuta in D. 13, 1, 1 di Ulpiano (18 *ad ed.*), e riguardante in generale la legittimazione alla *condictio furtiva* :

In furtiva re soli domino condictio competit.

Orbene, quel che conta è notare come, partendo da questo principio, formulato a proposito del furto in generale, si sia arri-

⁽²²⁾ E che, a quanto è dato vedere, viene accolto senza discussione anche dagli studiosi moderni: cfr. NIEDERMEYER, *Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen*, in ZSS., 67, 1950, p. 253 nt. 273; ALBANESE, *La nozione del furto fino a Nerazio*, in *Annali Palermo*, 23, 1953, p. 8; SACHERS, *op. cit.*, c. 1157 s.

⁽²³⁾ Sempre a B. 60, 12, 38 e in cui si fa espresso richiamo a B. 60, 10, 1, corrispondente appunto a D. 13, 1, 1.

vati a spiegare la mancata concessione al *pater* della *condictio furtiva*, attraverso la constatazione del fatto che il padre stesso οὐ δύναται κινεῖν κατὰ τοῦ υἱοῦ ὡς δεσπότης.

Si tratta in effetti di una specie di ragionamento sillogistico in cui la premessa maggiore è « solo al *dominus* spetta la *condictio furtiva* », la minore è « il padre non può agire come *dominus* » e la conclusione: « il padre non ha la *condictio furtiva* ».

Alla luce dell'interpretazione che si è ritenuto di poter dare allo sch. 1 a B. 15, 1, 1, dove ricorrono quasi le stesse parole, dicendosi che περὶ δὲ υἱοῦ οὐ κινουῦμεν ὡς δεσπότης, si potrebbe perciò anche sostenere che qui si è addirittura fatto un passo avanti, sfruttando la non esperibilità della *vindicatio filii*, affermata e motivata chiaramente da alcuni giuristi del tempo di Giustiniano, e in particolare — come abbiamo visto — da Stefano, per giustificare la non esperibilità della *condictio furtiva* per quanto riguarda le persone libere, che era stata inequivocabilmente già affermata da Paolo.

Mi pare dunque che ce ne sia abbastanza per dimostrare — come mi ero proposto — quanto sia gratuito sostenere che i giustiniani non avrebbero avuto alcuna difficoltà ad ammettere la *vindicatio filii*.

Vorrei rilevare, concludendo, che forse sarebbe persino possibile cogliere un singolare atteggiamento polemico e per così dire ideologico in alcune affermazioni che abbiamo letto, e in particolare in una affermazione come quella di Stefano « οὐ φαίνεται κυρίως δεσποτῆς ὁ πατήρ τοῦ υἱοῦ ».

Ciò potrebbe anche dar spunto (qualora io non mi inganni) ad interessanti considerazioni e riflessioni alla luce della precedente concezione dei poteri del *pater familias* romano, delle idee orientali circa la struttura della famiglia e della stessa visuale dell'etica cristiana.

Si tratta però — ovviamente — di un discorso che io non ho nè la pretesa nè la possibilità di approfondire in questa sede.