distribuzione 736 - anno CLI - fascicolo 4 2019 - I.S.S.N. 0391 5646

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARAVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Prof. Em. Università
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO
Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"

STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARAVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Prof. Em. Università
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO
Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"

Anno CLI - Fascicolo 4 2019

STEM Mucchi Editore

Amministrazione: STEM Mucchi Editore S.r.l.
Direzione, Redazione: Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma
Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957
Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento
Formato cartaceo Italia ..... € 114,00
Formato cartaceo estero 164,00
Formato digitale (con login)..... 98,00
Formato digitale (con ip) 107,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con login)..... 136,00
Formato cartaceo estero + digitale (con login) 185,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con ip) 145,00
Formato cartaceo estero + digitale (con ip)..... 194,00
Fascicolo singolo cartaceo* 30,00
Fascicolo singolo digitale 25.00
Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. *Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie, per uso personale del lettore, possono essere effettuate, nel limite del 15% di ciascun fascicolo del periodico, dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Stem Mucchi Editore - Via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94
info@mucchieditore.it info@pec.mucchieditore.it
www.mucchieditore.it
facebook.com/mucchieditore
twitter.com/mucchieditore
instagram.com/mucchi_editore

Tipografia e impaginazione Mucchi Editore (MO), stampa Legodigit (TN).
Finito di stampare nel mese di dicembre del 2019.

Direttori

Giuseppe Dalla Torre – Prof. Em. "Lumsa" di Roma
Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma "La Sapienza"; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D'Agostino – Prof. Em. Università di Roma "Tor Vergata"; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli "Federico II"; Pasquale Lillo – Ord. Università della "Tuscia" di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma "La Sapienza"; Massimo Stipo – Ord. Università di Roma "La Sapienza"

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna
Salvatore Amato – Università di Catania
Maria Pia Baccari – "Lumsa" di Roma
Christian Baldus – Università di Heidelberg
Michele Belletti – Università di Bologna
Michele Caianiello – Università di Bologna
Marco Cavina – Università di Bologna
Olivier Echappé – Université de Lyon 3
Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore
Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano
Herbert Kronke – Università di Heidelberg
Francesco Morandi – Università di Sassari
Andrés Ollero – Università "Rey Juan Carlos" di Madrid
Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma "Tor Vergata"
Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne
Angelo Rinella – "Lumsa" di Roma
Giuseppe Rivetti - Università di Macerata
Gianni Santucci - Università di Trento
Nicoletta Sarti – Università di Bologna
Carmelo Elio Tavilla - Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum - Avvocato del Foro di Roma
Dott.ssa Maria Teresa Capozza - "Lumsa" di Roma
Dott. Matteo Carnì - "Lumsa" di Roma
Dott. Manuel Ganarin - Università di Bologna
Prof.ssa Alessia Legnani Annichini - Università di Bologna
Dott. Alessandro Perego - Università di Padova

Norme e criteri redazionali

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. Gellio); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. Gellio, M. Bianchi).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. Gellio, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. Gellio, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, 1, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"): "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010^4).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: "....." (doppi apici); l'uso degli apici singoli '.....' è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione "vol." (seguito da numero romano) e del vocabolo "tomo" (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. Tizis, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: "n." o "nt.".
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. Tizis, A. Gellio, Roma, 2011).

Archivio giuridico, anno CLI, fasc. 4 2019, pp. 879-912

Marina Frunzio

ATILICINO E L'*INSTITUTIO HEREDIS* DEL *SERVUS 'SINE LIBERTATE'*[*]

1. La ricostruzione offerta da Lenel[1] a proposito del giurista Atilicino si compone di 28 frammenti, uno dei quali è tratto dalle Istituzioni imperiali, I. 2.14. *pr*. e uno dai *Vaticana Fragmenta* 77, a cui corrisponde D. 7.2.1.3 (Ulp. 17 *ad Sab*.), senza, tuttavia, il riferimento al giurista[2]. Se si escludono gli ultimi due, i frammenti risultano così attribuiti: 12 ad Ulpiano, di cui 9 derivati dal commento all'editto, 2 dal commento *ad Sabinum* e 1 *Ad legem Iuliam et Papiam Poppeam*; 9 a Paolo, dei quali 2 sono tratti dal commento all'editto, 1 dal commento a Sabino e la restante parte, 6 testi, dall'opera di commento a Plauzio; 3 i passi di Pomponio, tutti risalenti ai commentarii *Ad Sabinum*; 1 di Giuliano, proveniente dai suoi *Digesta*; 1 di Valente, dal libro 5 sui fedecommessi ed 1 di Africano, tratto dal secondo libro delle *Quaestiones*.

Un quadro di certo molto variegato, in cui emergono, complessivamente, tre dati: innanzitutto, un cospicuo materiale di testi provenienti dai commentarii all'editto, 11 passi in tutto, tra Paolo ed Ulpiano; in secondo luogo, una non trascurabile presenza di materiale riportabile a Sabino, 5 testi in tutto di

[*] Contributo sottoposto a valutazione.

[1] Cfr. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, Graz, 1960, p. 71 ss.

[2] *Interdum tamen etsi non sint coniuncti, tamen usus fructus legatus alteri adcrescit: ut puta si mihi fundi usus fructus separatim totius et tibi similiter fuerit relictus. Nam, ut et Celsus libro octavo decimo digestorum et Iulianus libro tricensimo quinto scribit, concursu partes habemus: quod et in proprietate contingeret: nam altero repudiante alter totum fundum haberet. Sed in usu fructu hoc plus est, quia et constitutus et postea amissus nihilo minus ius adcrescendi admittit: omnes enim auctores apud plautium de hoc consenserunt et, ut Celsus et Iulianus eleganter aiunt, usus fructus cottidie constituitur et legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum, nec refert, coniunctim an separatim relinquatur.*

Pomponio, Paolo e Ulpiano derivano da libri di commento *ad Sabinum*; ed, infine, l'esistenza di un legame, anche esso non trascurabile, con il giurista Plauzio, 6 testi tratti dall'*Ad Plautium* paolino, a cui, però, deve aggiungersi un'opinione di Atilicino riferita da Ulpiano nel libro 17 *ad edictum* e ricavata dai libri di commento di Nerazio a Plauzio. Quest'ultimo, poi, gioverà subito dirlo, ma ci ritorneremo ancora, era stato commentato non solo da Nerazio e Paolo, ma anche da Giavoleno e Pomponio.

In questa sede è intento di chi scrive fermare in particolare l'attenzione sul brano delle Istituzioni giustinianee, I. 2.14. *pr*., in cui Atilicino, almeno agli occhi dei compilatori, viene ricordato come giurista 'di spicco', a cui sembra di doversi riconoscere una dignità scientifica assai più importante di quanto siamo stati fino ad ora abituati a supporre.

Il brano così dispone:

> *Heredes instituere permissum est tam liberos homines quam servos tam proprios quam alienos. Proprios autem olim quidem secundum plurium sententias non aliter quam cum libertate recte instituere licebat. hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est quod non per innovationem induximus, sed quoniam et aequius erat et Atilicino placuisse Paulus suis libris quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scripsit refert.*

Giustiniano sancisce la possibilità per il servo di acquistare la libertà all'atto stesso della *heredis institutio*. La decisione viene giustificata da un lato, sulla base di un criterio di equità (*aequius erat*), dall'altro, ricorrendo all'autorità di un parere del giurista Atilicino, secondo quanto riferito da Paolo, tanto nei suoi libri di commento a Sabino quanto in quelli di commento a Plauzio.

A parte il riferimento a quest'ultimo giurista che pare quasi assumere, nelle parole dell'Imperatore, la stessa autorevolezza di Sabino e su cui ci riserveremo più avanti di compiere qualche riflessione, è chiaro come il ricorso all'opinione di Atilicino, sebbene strumentale a fondare una scelta per certi versi dirompente, venga, e proprio per questo, utilizzato per riferirsi ad un si-

curo precedente autorevole, di per sé, cioè, inequivocabilmente riconoscibile come dotato di un indiscutibile prestigio. La stessa avvertenza usata dai giustinianei, *non per innovationem*, tradisce il chiaro pensiero, quello di introdurre una novità in ambito giuridico fondata su una precedente opinione di un giurista che allora non doveva presentare un profilo secondario[3].

Tuttavia, prima di trarre conclusioni definitive, è bene esaminare a fondo la fonte ed i problemi che essa ha suscitato in dottrina.

---

[3] Come certo da non trascurare il dato testuale rappresentato dal tratto *Atilicino placuisse Paulus suis libris quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scripsit refert*. L'utilizzo del verbo '*placere*' implica, per convinzione generale, il raggiungimento di un accordo, che, pertanto spetterebbe proprio ad Atilicino aver conseguito. Se si intende in tal modo, l'opinione del giurista andrà intesa come risolutiva della *contentio inter veteres* di cui parla Giustiniano, e non meramente descrittiva. Conclusione, che, ci ritorneremo ancora, si concilia assai bene con l'idea dell'opera di Plauzio come luogo in cui i contrasti giurisprudenziali trovavano la loro sistemazione e che, appunto per ciò, poteva costituire l'idonea sede per accogliere l'asserto del giurista. Sul significato di *placere* e di espressioni analoghe (*placet*, *placuit*, ecc.), cfr., A.B. Schwarz, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschrift F. Schulz*, II, 1951 (= *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto*, II, Verona, 27-29 settembre 1948, Milano, 1953, p. 121 ss., ora tradotto in italiano da A. Lovato, in *Itinerari di lettura. Per un corso di diritto romano*, Bari, 2011, p. 171 ss.); M. Bretone, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei, Scienze Morali, Storiche e Filosofiche*, 9, vol. XXIII, fasc. 3, Roma-Bari, 2008, spec. p. 829 ss.; C. Beduschi, *Il "ius controversum" tra razionalità e giustizia*, in *RDR*, 10, 2010, p. 1 ss.; M. Brutti, *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA*, 55, 2012, p. 75 ss. Considerazioni di rilievo anche in L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, spec. p. 68 ss. e D. Nörr, *Die Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1974, p. 16 ss. P. Stein, *Regulae iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, 1966, p. 75, afferma: «*Placere* is the word which was used by the jurists to indicate the prevailing views in a matter that had been the subject of argument among the jurists». Osserva F. Bona, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, a cura di M. Sargenti, G. Luraschi, Padova, 1987, p. 127, come il verbo '*placere*' indichi una ricomposizione del dissenso «conforme ad una delle opinioni discordi è […]». In tale accezione, peraltro, almeno '*placuisse*', è inteso da Quintiliano, *Institutio Oratoria*, 1.2: *Quod quidem cum iis a quibus clarissimarum civitatium mores sunt instituti, tum eminentissimis auctoribus video placuisse* («Vedo che ciò si accordava con quelli da cui furono istituiti i *mores* di famosissime città, anche eminentissimi autori»).

2. Come noto, era principio acquisito che alla manomissione testamentaria dello schiavo dovesse, a pena di nullità, accompagnarsi, simultaneamente[4], l'*institutio heredis*, e che la stessa manomissione dovesse essere espressa, solitamente nelle forme di *Stichus liber esto* e di *Stichum liber esse iubeo*. Basterebbe, al riguardo, ricordare quanto sostenuto in Gai. 2.187 e in Ep. Ulp. 22.7[5] per ricavare la convinzione che tale regime fosse accolto in modo pressoché incontrastato in epoca classica. È soprattutto, dunque, dalla lettura delle fonti che parte della dottrina ha ritenuto la notizia riferita nelle Istituzioni imperiali a dir poco sospetta. In particolare il Tumedei[6], esamina C.I. 6.27.5 dove si menziona espressamente la riforma giustinianea di cui è traccia nel passaggio delle Istituzioni prima esaminato:

> C.I. 6.27.5.1-1*b*: (*Idem A. Iohanni pp.*) *Dubitationis autem materia erat, quod adhuc servum suum constitutum heredem sine libertate scripserat, et tanta inter veteres exorta est contentio, ut vix possibile sit videri eandem decidere.* 1*a*. *Sed antiquatem quidem haec altercantem relinquendum est. Nobis autem alius modus huiusmodi decisionis inventus est, quia semper vestigia voluntatis sequimur testatorum.* 1*b*. *Cum igitur invenimus a nostro iure hoc esse inductum, ut, si quis servum suum tutorem filiis suis reliquerit sine libertate, ex ipsa tutelae datione praesumatur etiam libertatem ei favore pupillorum imposuisse, quare non hoc et in hereditate et humanius et favore libertatis inducimus, ut, si quis servum suum scripserit heredem sine libertate, omnimodo civis Romanus efficiatur? (D. II K. Mai. Costantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.* (30 aprile 531).

Nella costituzione, l'imperatore ricorda una *contentio* sorta *inter veteres* sulla possibilità di ammettere l'*institutio heredis*

---

[4] Cfr. Gai. 2.153. A nulla vale, pertanto, precisa ancora il giurista, una manomissione successiva, Gai. 2.186-187.

[5] Gai. 2.187: *Nam si sine libertate heres institutus sit, etiamsi postea manumissus fuerit a domino, heres esse non potest, quia institutio in persona eius non constitit; ideoque licet alienatus sit, non potest iussu domini novi cernere hereditatem*; Ep. Ulp. 22.7: *Servos heredes instituere possumus, nostros cum libertate, alienos sine libertate, communes cum libertate vel sine libertate.*

[6] Cfr. C. Tumedei, *Il requisito fondamentale della istituzione in erede del servo proprio*, in *RISG*, 63, 1919, p. 71 ss.

dello schiavo formulata *sine libertate*, cioè proprio sulla medesima *quaestio* su cui si era espresso favorevolmente Atilicino, secondo quanto ci dicono le Istituzioni[7]. Il ragionamento, a base della *decisio*, assume come obiettivo quello della realizzazione, lo si è di recente giustamente notato[8], della *voluntas testatoris* attraverso il ricorso all'analogia, introdotta da una domanda retorica (*quare*): infatti, se per la nomina a tutore del servo *sine libertate* «la mancata concessione della libertà viene superata in via di presunzione (*ex ipsa tutelae datione*) e il servo diventa *tutor*, perché non può accadere che lo schiavo *omnimodo civis Romanus efficiatur* quando il testatore istituisce il proprio servo senza manometterlo?»[9].

La mancata menzione di Atilicino e, al contrario, il ricorso ad un ragionamento analogico per suffragare l'innovazione hanno, pertanto, indotto Tumedei a credere che la notizia circa l'opinione avanzata dal nostro giurista debba essere ritenuta inesatta. D'altronde, aggiunge l'Autore, non sarebbe facilmente spiegabile come ancora nel 531 Giustiniano ignorasse l'opinione di Atilicino, posto che le costituzioni della sua can-

---

[7] Sul testo della costituzione, oltre agli Autori che verranno di seguito indicati, cfr. P. Pescani, *Il piano del Digesto e la sua attuazione*, in *BIDR*, 77, 1974, pp. 400-401; M. Varvaro, *Contributo allo studio delle quinquaginta decisiones*, in *AUPA*, 46, 2000, p. 434 e nt. 168; D. Dalla, *Note minime di un lettore delle Istituzioni di Giustiniano (libro I)*, Torino, 1998, p. 89; M. Melluso, *La schiavitù nell'età giustinianea*, Paris, 2000, p. 89 ss.; C. Busacca, *Qualche osservazione su C. 5.4.24*, in *Studi in onore di A. Metro* I, a cura di A.S. Scarcella, Milano, 2009, p. 239; A.S. Scarcella, *Il bilinguismo nei fedecommessi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e novi cives, come strumenti di integrazione sociale*, in *AUPA*, 55, 2012, pp. 648-649.

[8] Cfr. F. Bono, *Giustiniano e il sapere giurisprudenziale. Il caso del servo istituito erede 'sine libertate'*, in *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, a cura di D. Mantovani, A. Padoa Schioppa, Pavia, 2014, p. 178 ss. Ma già G. Luchetti, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, p. 28: «È così che la "*contentio*" sorta "*inter veteres*" viene risolta alla luce di un criterio mutuato per analogia dalla soluzione già raggiunta in epoca classica per il caso dello schiavo nominato tutore testamentario *sine libertate*, criterio che permetteva alla previsione legislativa, guidata "più umanamente" dal *favor libertatis*, di individuare nel comportamento del *dominus* un indice da cui presumere la presenza di un'implicita volontà di liberazione dello schiavo».

[9] F. Bono, *Giustiniano*, cit., p. 180.

celleria sarebbero state elaborate di pari passo con l'elaborazione delle identiche materie nel Digesto.

Ma l'argomento non è decisivo: non siamo in grado di sapere, pur ammettendo l'elaborazione congiunta[10], da parte dei compilatori, delle materie per le costituzioni e per i *Digesta*, se tale lavoro fosse avvenuto con maniacale precisione oppure omettendo, anche occasionalmente, la lettura di alcuni titoli. A ciò si aggiunga, l'importante e direi difficilmente contestabile osservazione di Impallomeni, per cui «è possibile che i redattori della costituzione abbiano di proposito trascurata la menzione dell'asserto di Atilicino, sia perché, essendo rimasto isolato, non avrebbe presentato un effettivo precedente di diritto positivo; sia perché sarebbe apparso ricompreso nella generica allusione ai disaccordi classici, di cui al § 1, sempre di C. 6.27.5»[11]. Né sembra del tutto accettabile porre ad esaspe-

[10] Sul tema dibattutissimo e sconfinato del lavoro dei commissari giustinianei e del materiale utilizzato per la composizione delle Istituzioni e del Codice, si segnalano, a titolo puramente indicativo, P. Krüger, *Iustinianische Entscheidungen Streitiger Rechtsfragen im Codex und in den Digesta*, in *Aus römischen und bürgerlichem Recht. Festgabe Bekker*, Weimar, 1907, p. 1 ss.; P. De Francisci, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustinianea durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR*, 22, 1910, spec. p. 160 ss.; G. Gualandi, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano, 1963, *passim*; A.M. Honoré, A. Rodger, *How the Digest Commissioners worked*, in *ZSS*, 87, 1970, p. 246 ss.; F. Wieacker, *Zur Teknik der Kompilatoren. Prämissen und Hypothesen*, in *ZSS*, 89, 1972, p. 293 ss.; R. Dannenbring, *Arma et leges. Über der justinianische Gesetzgebung im Rahmer iher eigener Zeit*, in *Acta classica*, 15, 1972, p. 113 ss.; D. Mantovani, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano, 1987, *passim*; F.P. Casavola, *Verso la codificazione traverso la compilazione,* in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, p. 303 ss.; G.L. Falchi, *Sulla codificazione del diritto romano nel V e nel VI secolo*, Roma, 2007, *passim*; C. Russo Ruggeri, *Studi sulle quinquaginta decisiones*, Milano, 1999, *passim*; M. Varvaro, *Contributo*, cit., spec. p. 361 ss.; A. Cenderelli, *I giuristi di Giustiniano*, in *RDR*, 4, 2004, p. 1 ss.; G. Falcone, *Giustiniano, i giuristi classici e i professori di diritto*, in *Lezioni Emilio Betti*, a cura di P. Di Lucia, F. Mercogliano, Napoli, 2006, p. 71 ss.; A. Lovato, *Giustiniano e la consummatio nostrorum digestorum*, in *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, 2, 2013, p. 10, il quale ritiene che «secondo il tradizionale modo di operare della cancelleria, i principi desumibili dal pensiero dei giuristi potevano essere recepiti dalla normativa mediante una scelta discrezionale».

[11] G. Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padova, 1963, p. 179, nt. 91.

rato confronto due tipologie di fonti, le Istituzioni e il Codice, che per loro stessa struttura e finalità non possono non presentare divergenze, sia sotto il profilo strutturale sia formale. Sostanzialmente, infatti, C. 6.27.5 non nega affatto che vi fosse stato un dissenso tra le opinioni di vari giuristi, ma si limita a non citare nello specifico che interprete di una *opinio* dissenziente fu Atilicino. E appare, parallelamente, ben spiegabile che il riferimento puntuale al giurista avvenga nella sede più opportuna, cioè in un ambito di trattazione istituzionale[12].

3. È stato di recente sostenuto, però, che il parere attribuito ad Atilicino andrebbe, assai più probabilmente, inteso in senso non generale: il giurista non si sarebbe espresso in merito ad ogni ipotesi di istituzione d'erede del *servus*, ma solo con riguardo al caso di un *dominus* insolvibile[13]. L'argomento è ri-

[12] Peraltro, le Istituzioni contengono intere parti rivolte alla storia del passato, in cui dunque trovano adeguato spazio le notizie relative alle antiche *disputationes*, specie se strumentalmente utilizzabili per spiegare e giustificare le scelte a base della normativa allora vigente: cfr., tra gli altri, R. Bonini, in *Lineamenti di storia del diritto romano*, sotto la direzione di M. Talamanca, Milano, 1989², p. 656.

[13] G. Luchetti, *La legislazione*, cit., spec. p. 32 ss. e Id., *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004, p. 110. La riforma, peraltro, appare annunciata anche in I. 1.6.2: *Idemque iuris est et si sine libertate servus heres institutus est. quod nostra constitutio non solum in domino qui solvendo non est, sed generaliter constituit, nova humanitatis ratione, ut ex ipsa scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur, cum non est verisimile, eum quem heredem sibi elegit, si praetermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse et neminem sibi heredem fore*, in merito al quale lo stesso studioso rileva: «Il testo si riagganciava, con una saldatura che non può dirsi perfettamente riuscita, a quanto detto nel precedente § 1 in cui era ricordata in particolare la disposizione della *lex Aelia Sentia* che aveva previsto il divieto di manomissione in frode ai creditori, concedendo tuttavia al *dominus* insolvibile di istituire *cum libertate* come unico erede il proprio servo. Dal § 1 non era tuttavia emerso alcun accenno alla riforma giustinianea con cui la concessione della libertà era stata ritenuta implicita nell'istituzione d'erede e anzi dalla sua lettura sembrerebbe fosse ancora richiesta l'istituzione del servo *cum libertate* […]". Va tuttavia rilevato che è proprio all'interno delle parole di I. 1.6.2 ad introdursi una spia sulla giustificazione 'umanitaria' della *constitutio*, la quale «*non solum in domino, qui solvendo non est, sed generaliter constituit nova humanitatis ratione* […]». Dello stesso Autore, *La legislazione*, cit., p. 25 ss.

cavato dall'esame di un'altra costituzione di Giustiniano, sempre del 531, C.I. 6.27.6 con cui si introducevano talune eccezioni al regime dettato in C.I. 6.27.5:

> C.I. 6.27.6: *Idem A. Iohanni pp. Decisione nostra, quam fecimus sancientes eum, qui a domino suo sine libertate heres instituitur, videri libertatem accepisse, in propria firmitate durante, si quis servum suum pure quidem heredem instituit, libertatem autem sub condicione ei donavit, si quidem condicio talis sit, quae in potestate servi posita est: ille autem eam neglexerit minimeque compleverit, et libertate eum et hereditate sua culpa defraudari. Sin autem casualis est condicio et ex fortunae insidiis defecerit, tunc humanitatis intuitu libertatem quidem ei omnimodo competere, hereditatem autem, si quidem solvendo sit, ad alios venire, quos leges vocabant, si non aliquis fuisset substitutus. Sin autem solvendo non sit, ut necessarius he res constitutus simul et libertatem et hereditatem obtineat. Tunc enim secundum definitionem tam veteris quam nostrae decisionis et liber et heres existat necessaries. D. II K. Aug. constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.* (31 luglio 531).

Tralasciando la prima ipotesi, la costituzione dispone che ove la condizione apposta all'atto della liberazione fosse una *casualis condicio* o una condizione non avveratisi «*ex fortunae condicio*», dovesse comunque competere la *libertas*, sebbene l'eredità, in caso di *dominus* solvibile, dovesse essere devoluta non allo schiavo, ma agli eredi *vocati ex lege*. Viceversa, se il *dominus* fosse stato insolvibile, lo schiavo sarebbe divenuto libero ed erede «*secundum definitionem tam veteris quam nostrae decisionis*», vale a dire secondo quanto stabilito da quegli stessi *veteres* (Atilicino) e secondo la *decisio* introdotta dalla costituzione precedente: «può darsi dunque, pur in via congetturale, che l'opinione patrocinata da Atilicino, in un'epoca in cui era ancora vigente la procedura della *bonorum venditio*, ormai, come altrove attestano gli stessi compilatori delle Istituzioni […], da tempo venuta meno in epoca giustinianea, fosse in qualche modo funzionale all'interesse del *dominus* insolvibile ad avere un erede necessario, al fine di evitare l'*infamia* che sarebbe su di lui ricaduta in caso di vendita dei beni da

parte dei creditori. In questa ipotesi la generalizzazione della regola da parte dei giustinianei appare ispirata da un sentimento di *humanitas* [...] che unitamente al *favor libertatis* (cfr. C.I. 6.27.5.1*b*), sembra costituire, al di là dei precedenti giurisprudenziali classici, l'elemento determinante del riconoscimento automatico della libertà allo schiavo istituito erede per iscritto dal *dominus*»[14].

Se, dunque, intendiamo bene, il tenore originario del parere di Atilicino sarebbe stato limitato alla sola ipotesi del *dominus* insolvibile, dettato allo scopo di evitare le conseguenze della *infamia*, e di lì i compilatori si sarebbero mossi per pervenire all'introduzione di un regime generale. L'acuta interpretazione su esposta presenta oltretutto l'indubbio merito di creare un collegamento interno tra C.I. 6.27.5 e C.I. 6.27.6, restituendo l'immagine di una disciplina complessivamente coerente e del tutto plausibile.

Resta, tuttavia, il problema di armonizzare i contenuti delle due costituzioni col brano delle Istituzioni, in cui, come abbiamo visto, non v'è segno di un parere di Atilicino limitato alla sola ipotesi del *dominus* insolvente, ma al contrario, avente una portata generale. Si potrebbe sostenere che nelle Istituzioni i commissari abbiano evitato di fornire specificazioni, dato anche il carattere più retorico e didascalico dell'opera, su quanto poi nel *Codex* assume la veste di una *decisio generalis*[15]. Ma non possiamo nasconderci che anche così intendendo, la spiegazione lascia in qualche modo insoddisfatti. E ciò

[14] G. Luchetti, *La legislazione*, cit., p. 34. Sul riferimento all'*humanitas* nel testo riportato, F.B.J. Wubbe, *L' "humanitas" de Justinien*, in *TR*, 58, 1990, p. 253 e G. Crifò, *A proposito di "humanitas"*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburstag*, Stuttgart, 1993, p. 81 e nota. Più in generale, sul tema, A. Palma, *Humanior interpretatio. "Humanitas" nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino, 1992, *passim*.

[15] «Ragionevolmente probabile alla luce dei dati testuali», secondo G. Luchetti, *La legislazione*, cit., p. 31, l'inserimento di C.I. 6.27.5 nel novero delle *Quinquaginta decisiones*. In questo senso già H.J. Scheltema, *Subsecivum XVIII. Les Quinquaginta Decisiones*, in *Subseciva Groningana*, I, Groningae, 1984, p. 7. Diversamente, G. Rotondi, *Studi sulle fonti del Codice Giustinianeo*, in *BIDR*, 29, 1918, p. 149, nt. 3. Cfr., inoltre, T. Honoré, *Tribonian*, Londra, 1978, p. 145, nt. 47.

soprattutto per due dati che la dottrina, anche meno recente, ha trascurato di considerare.

In primo luogo: se il parere del giurista avesse avuto una portata più ridotta, perché limitato al solo caso di insolvibilità del proprietario dello schiavo, si comprende meno perché esso sia rimasto isolato e non seguito sino a tutta l'epoca classica[16].

E, soprattutto, se si nega, o comunque, si riduce l'attendibilità della notizia in merito alla posizione assunta da Atilicino, si deve essere disposti parallelamente anche a negare attendibilità all'informazione, strettamente connessa alla notizia, secondo la quale il parere di Atilicino fu riferito da Paolo, sia nei suoi libri *ad Plautium* che in quelli di commento a Sabino. A meno di non voler concludere che il più limitato responso di Atilicino fosse stato proprio in tal guisa espresso dal giurista severiano, col che si dovrebbe ritenere pure che i compilatori abbiano non solo riportato una indicazione inesatta, ma che così inesattamente l'abbiano attribuita a Paolo, in ben due luoghi della sua opera.

Ma affinché a tali considerazioni sia riconosciuto il giusto riscontro, è indispensabile accostarsi più da vicino alla figura del misconosciuto Atilicino, cercando di cogliere i tratti del suo legame 'scientifico' con Paolo, la funzione, al suo interno, della riflessione di Sabino e di Plauzio, e, dunque, del rapporto, per quanto risulterà possibile, tra questi due giuristi, assumendo, allo stato, come verisimile che Paolo, proprio leggendo le opere di costoro, abbia appreso del parere di Atilicino.

4. Stando al Lenel[17], Atilicino fu giurista coevo a Proculo, *Proculi aequalis*, afferma l'esimio studioso tedesco[18]. Come poc'an-

---

[16] A parte la posizione di Paolo che a breve esamineremo, né Gaio, né Ulpiano forniscono una testimonianza in merito alla controversia che dovette insorgere e alla posizione assunta al suo interno da Atilicino. Inoltre, si potrebbe anche ricordare la regolare istituzione *cum libertate* presente nel testamento di C. Longino Castore, del 189 d.C., sul quale rilievo, B. Biondi, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano, 1943, p. 106, che, non a caso, ritiene la notizia riportata nelle Istituzioni «troppo precisa per mettersi in dubbio».

[17] Cfr. O. Lenel, *Palingenesia*, I, cit., p. 71, nt. 1.

[18] Proculo, a sua volta, apparterrebbe alla generazione di giuristi immediatamente successiva a Nerva figlio, console nel 22 d.C. e contemporaneo di

zi si accennava[19], la contemporaneità rispetto a Proculo viene desunta dalla lettura di D. 23.4.17 (*Proc.* 11 *epist.*): *Atilicinus Proculo suo salutem*, rell. Che egli possa essere stato addirittura allievo di Proculo non pare improbabile; in ogni caso, la dottrina lo colloca senza meno nel I secolo d.C.[20].

Ancora seguendo la ricostruzione del Lenel, Atilicino, lo si diceva in apertura del presente lavoro, appare citato in 28 frammenti, dei quali, per quello che più ci interessa da vicino, 5 escerpiti dall'*ad Plautium* di Paolo. Si tratta di D. 5.3.43 (*Paul.* 2 *ad Plaut.*); D. 8.3.35 (*Paul.* 15 *ad Plaut.*); D. 17.1.45.7 (*Paul.* 5 *ad Plaut.*); D. 34.3.16 (*Paul.* 9 *ad Plaut.*); D. 35.2.49. *pr.* (*Paul.* 12 *ad Plaut.*); D. 45.2.17 (*Paul.* 8 *ad Plaut.*). A questi è opportuno aggiungere D. 8.3.5.1 (*Ulp.* 17 *ad ed.*), in cui si riferisce di un parere di Atilicino (e Proculo) tratto dai libri *ex Plautio* di Nerazio. Non appare difficile concludere che Atilicino rappresentò una fonte precipua per Plauzio, il quale, nel comporre la sua opera dovette senz'altro tenere in larga considerazione le sue opinioni. Non siamo in grado di definirne con

---

Cassio. Pegaso, giurista coevo a Plauzio è invece allievo di Proculo. Mettendo insieme questi dati si ricava che Atilicino fu di poco precedente a Plauzio. Seguendo W. Kunkel, *Herkunft und Soziale Stellung der römischer Juristen*[2], Graz-Wien-Köhln, 1967, p. 134, Plauzio apparterrebbe alla generazione di Celio Sabino: cfr., inoltre, H. Siber, s.v. *Plautius*, nr. 60, in *RE*, 21.1, 1951, p. 45. Possibile l'identificazione con Plauzio Silvano Eliano su cui, K. Wachtel, *Ti. Plautius Silvanus Aelianus*, nr. 480, *PIR*[2], 6, 1998, p. 196 ss.

[19] Si veda retro, p. 888, nt. 18.

[20] Cfr., C. Ferrini, *Atilicinus*, in *ZSS* R.A., 7, 1886, p. 87 (= *Opere di Contardo Ferrini*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano, 1929, p. 85 ss.): «Dieser Jurist, der, wie bekannt, ein Zeitgenosse des Proculus gewesen ist […]»; W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1952, pp. 129-130: «Konsultierte den Proculus (D. 23.4.17), war also ein Zeitgenosse, vielleicht ein Schüler dieses Juristen»; C.A. Maschi, *La scienza del diritto all'età dei Flavi*, in *Atti Congresso Internazionale di Studi Vespasianei*, I, 1981, p. 64 ss. La dottrina ha discusso circa la sua appartenenza ad una delle due *sectae*, ma l'orientamento prevalente sembra essere quello di considerarlo più vicino al pensiero proculeiano: sul punto, D. Liebs, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II.15, Berlin-New York, 1976, p. 200. Cfr., inoltre, E. Stolfi, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le "sententiae prudentium" nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in *RDR*, 1, 2001, p. 30, nt. 206.

certezza il genere letterario, come non sappiamo nulla riguardo al lavoro di Atilicino. Ma qualche indizio possiamo ricavarlo, innanzitutto dalla lettura di D. 5.3.43 (*Paul.* 2 *ad Plaut.*):

> D. 5.3.43 (*Paul.* 2 *ad Plautium) Postquam legatum a te accepi, hereditatem peto. Atilicinus quibusdam placuisse ait non aliter mihi adversus te dandam petitionem, quam si legatum redderem. Videamus tamen, ne non aliter petitor hereditatis legatum restituere debeat, quam ut ei caveatur, si contra eum de hereditate iudicatum fuerit, reddi ei legatum: cum sit iniquum eo casu possessorem hereditatis legatum, quod solverit, retinere, et maxime si non per calumniam, sed per errorem hereditatem petierit adversarius: idque et Laelius probat. Imperator autem Antoninus rescripsit ei, qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit.*

Fermiamo l'attenzione sulla prima parte del passo. Il caso che si prospetta è quello di taluno che in seguito all'attribuzione di un legato agisce con la *hereditatis petitio*. Atilicino afferma che secondo il parere di alcuni giuristi non si debba concedere questa azione, se parallelamente non si renda il legato.

La circostanza per cui il giurista sia nel passo indicato come il portavoce dell'opinione di altri colleghi, ha fatto, e non senza fondamento, supporre a Ferrini[21] che qui si alluda specificamente a un'opera di Atilicino in cui era riportato il caso e la *communis opinio* su di esso. Se tale conclusione presenta un accettabile grado di probabilità, ne potrebbe derivare, come parimenti plausibile, la conseguenza che detta opera consistesse in una raccolta di *responsa*. Il che, potrebbe, a sua volta, avvalorare l'idea che di *responsa* si dovesse comporre anche l'opera di Plauzio che accoglieva in qualche modo la prima, fungendo da *locus* di riferimento delle varie soluzioni a casi giuridici controversi, su cui si era raggiunta o no una convergenza di pensiero, almeno per quel che attiene alla generazione di giuristi a lui precedenti o coevi. Colpisce, infatti, che sia totalmente assente nei libri paolini, opera assai più si-

[21] Cfr. C. Ferrini, *Atilicinus*, cit., p. 88.

gnificativa delle altre analoghe di commento[22], qualsiasi presa di posizione da parte di Plauzio[23], come se il fine non fosse quello della discussione, ma piuttosto quello di una crestomazia con conseguente sistemazione scientifica dello *status quaestionis*[24]. In questo quadro, un'opera di un giurista precedente che aveva già proceduto ad elaborare il proprio punto di vista argomentato e corroborato magari da quello di altri auto-

[22] Emblematico il dato numerico: Paolo compone 18 libri *ad Plautium*; Pomponio è autore di 7 libri *ex Plautio*, in cui appaiono diversi giuristi e specie Giuliano. Giavoleno compone 5 libri *ex Plautio* in cui sono in realtà riportate brevemente le soluzioni di casi controversi, secondo un ordine poco comprensibile. Nessun giurista vi è citato. Dell'opera di commento di Nerazio a Plauzio (*ex Plautio*) residua un unico frammento di Ulpiano (7 *ad ed.*), D. 8.3.5.1, lo abbiamo ricordato poco sopra, in cui sono citati Proculo e ancora Atilicino.

[23] Basterebbe pensare a D. 20.4.13 (*Paul.* 3 *ad Plaut.*), in cui ricorre '*apud Plautium placuit*', oppure Vat. Frag. 77 (D. 7.2.13), con un'ancora più eloquente '*omnes auctores apud Plautium consenserunt*'.

[24] Al riguardo, va ricordato il mutato atteggiamento di pensiero di Ferrini in merito all'opera di Plauzio, dapprima considerata come insieme di *responsa* e poi successivamente di *quaestiones*, a sottolineare, nel secondo senso, sono sue parole, la dominanza dello «scopo teoretico»: cfr. C. Ferrini, *Opere*, II cit., spec., p. 229 ss. Sulla differenza tra *responsa* e *quaestiones*, cfr., P. Frezza, *Responsa e quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, ora in *Scritti*, III, a cura di F. Amarelli, E. Germino, Roma, 2000, spec. p. 212 ss. Ma decisive, a giudizio di chi scrive, le pagine di D. Mantovani, *Contardo Ferrini e le opere dei giuristi*, in *Contardo Ferrini nel I centenario della morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alla fine del XIX secolo*, a cura di D. Mantovani, Milano, 2003, p. 157 ss. e note, per il quale l'opera di Plauzio appare più come «un contenitore di opinioni di giuristi, forse anche con riferimento ad un numero chiuso di autori, approntato proprio nel momento in cui le discussioni fra le due *sectae* richiedevano un censimento dei *responsa*, il che spiegherebbe pure il fatto che Plauzio si asterrebbe da commenti […]». Cfr., inoltre, S. Riccobono, *Studi critici sui libri XVIII di Paulus ad Plautium,* in *Scritti di diritto romano*, I, *Studi sulle fonti*, Palermo, 1957, p. 2 ss. Tuttavia, si leggano le argomentazioni di F.M. D'Ippolito, *Saggi di storia della storiografia romanistica*, Napoli, 2009, p. XXX ss., per il quale «non tutti i giuristi hanno ordinato i loro materiali in forme letterarie ad esso specificamente destinate», considerato che «argomenti posti da un determinato giurista sotto il titolo di *Epistulae* possono essere dispiegati, da lui stesso o da un altro autore, in una diversa tipologia quale quella dei *Responsa*». Analoga avvertenza in T. Masiello, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari, 1996, p. 96, secondo cui mancherebbe nei giuristi romani «una coscienza di genere letterario».

revoli colleghi doveva risultare di straordinaria importanza, ove poi si consideri che quello stesso parere, come tradìto dal verbo '*placere*' riferito nelle Istituzioni, abbia posto fine ad un dissenso giurisprudenziale[25].

Che poi si potesse trattare di collezioni di *responsa* non deve stupire oltremodo: in epoca traianea abbiamo significativi esempi di tali generi, come quelle di Minicio o di Urseio Feroce, che rimasero come modelli per le generazioni successive[26].

Se, allora, appare verisimile scorgere in Atilicino una fonte di Plauzio, sembra anche ragionevole supporre che Paolo abbia reperito proprio all'interno di materiale plauziano la notizia di un suo parere, nel momento in cui si accingeva alla composizione dei suoi libri *Ad*. In verità, resta ancora aperto il problema se il giurista severiano avesse attinto direttamente dall'opera di Plauzio, ovvero da raccolte giurisprudenziali posteriori che a loro volta contenevano stralci di *responsa* di quest'ultimo.

Certo che per i giuristi successivi Plauzio era tenuto in ampia considerazione, tanto da essere oggetto di precipua attenzione ben prima dell'epoca severiana, come ci attestano i commenti svolti da Giavoleno, Nerazio e Pomponio[27]. E forse proprio dalle opere di costoro, sebbene ci residuino pochi fram-

---

[25] Si ricordi quanto osservato in precedenza, p. 881 e nt. 3.

[26] Sul punto, C. Ferrini, *Atilicinus*, cit., spec., p. 89, per il quale è altamente probabile che i responsi di Atilicino comparissero pure nella raccolta di Urseio e che questi sia stato assunto quale privilegiato 'Munster' da Paolo, forse, potremmo aggiungere noi, anche attraverso il tramite di Pomponio, commentatore, a sua volta, non va trascurato, di Plauzio. D'altronde, ma il rilievo non può formare oggetto di approfondimento in questa sede, la maggior parte dei richiami a Sabino nell'opera di Giuliano proviene proprio dai *responsa* di Minicio ed Urseio Feroce (cfr., per Minicio, D. 12.1.22, 4 *ex Min*.; D. 40.12.30, 5 *ex Min*. Per Urseio, D. 7.1.35, 1 *ad Urs. Fer*; D. 24.3.59, 2 *ad Urs. Fer*.; D. 30.104, 1 *ad Urs. Fer*.; D. 32.63, 1 *ad Urs. Fer*.; D. 40.4.18 *pr*., 2 *ad Urs. Fer*.; D. 41.3.35, 3 *ad Urs. Fer*.; D. 45.3.14, 3 *ad Urs. Fer*.). Su Minicio cfr., *praecipue*, A. Steinwenter, s.v. *Minicius*, nr. 3, in *RE*, XV.2, 1932, col. 1809 e T. Giaro, s.v. *Minicius*, in *DNP*, VIII, 2000, col. 2016; su Urseio Feroce, F.P. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt* II.1, Lipsiae,1898 (rist. Roma, 1964), p. 170 e E. Bund, *Salvius Iulianus, Leben und Werk*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II.15, cit., p. 434 ss.

[27] Secondo C. Ferrini, *Atilicinus*, cit., p. 90: «Die Hauptquelle für die klassischen Juristen wird die Sammlung des Plautius geblieben sein. Sie stand in

menti, Paolo potrebbe aver reperito ulteriore materiale da utilizzare. Ciò, ad esempio, parrebbe potersi sostenere per D. 25.2.6 *pr*. (Paul. 7 *ad Sab*.), *Contra nurum quoque socero hoc iudicium dandum Atilicinus et Fulcinius aiunt, quotiens filio familias dos data est socerum ob res divortii causa amotas furti agere non posse*. Infatti, come noto, esiste una stretta correlazione tra il libro 7 *ad Sabinum* di Paolo e il libro 16 *ad Sabinum* di Pomponio, rilevata in più luoghi anche dal Lenel[28].

Così come sembra assai probabile, per converso, che in D. 8.3.5.1 Ulpiano (17 *ad ed*.) abbia assunto l'opinione di Proculo ed Atilicino direttamente dai libri *ex Plautio* di Nerazio, *Neratius libris ex Plautio ait nec haustum nec appulsum pecoris nec cretae eximendae calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat: et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait. Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit*.

D'altra parte, ancora Ulpiano sembra aver tratto responsi di Sabino ed Atilicino da Urseio Feroce, ove si leggano in sequenza i seguenti frammenti, D. 10.3.5 (*Iul*. 2 *ad Urs. Fer*.) e il successivo D. 10.3.6.4 (*Ulp*. 19 *ad ed*.), in tema di *actio communi dividundo*: nel primo si riferisce di un responso di Proculo in materia, che Giuliano recupera evidentemente da Urseio, '*Sed si res non defenderetur et ideo iussi sumus a praetore eas aedes possidere et ex hoc dominium earum nancisceremur, respondit Proculus communi dividundo iudicio partem eius impensae me servaturum esse*'; nel secondo, il discorso pare saldarsi con le opinioni di Sabino ed Atilicino, '*sed et partum venire* (a proposito dell'*actio communi dividundo*) *Sabinus et Atilicinus responderunt*', circostanza che spingerebbe a credere nell'esistenza di un composito materiale di opinioni giurisprudenziali circolante ancora in epoca severiana a cui i giuristi abbiano attinto, rifacendosi alle opere originali e a quanto contenuto in raccolte e commenti di quelle medesime opere.

---

der besten Zeit der römischen Jurisprudenz im grossen Ansehen und wurde von Neratius, Javolenus, Pomponius und Paulus bearbeitet und kommentirt».

[28] Cfr. O. Lenel, *Palingenesia*, I cit., p. 1273, note e *Palingenesia*, II, Graz, 1960, p. 122, con richiamo ad Ulpiano, *Ad Sabinum*, lib. 31-36.

Diversa e per noi più interessante questione è quella di cercare di stabilire in quale libro di Paolo *ad Plautium* l'opinione di Atilicino in merito alla simultanea acquisizione della *libertas* del *servus* all'atto della sua istituzione ereditaria, come ricordato nel passaggio delle Istituzioni imperiali, abbia potuto trovare accoglienza. Diciamo subito che un rapido sguardo ai 18 libri che compongono l'opera paolina non lascia, *prima facie*, intravvedere un ordine di trattazione semplice e conseguenziale, tanto che lo stesso Lenel aveva ritenuto di affermare che solo per i primi dieci libri sarebbe stato ravvisabile l'ordine edittale delle materie, mentre «*in reliquis [...] libris certum rerum ordinem equidem nullo modo invenio, ut pronior sim ad existimandum non unum, sed complura Plautii opera a Paulo esse excerpta [...]*»[29]. Ma pur accogliendo l'opinione difficilmente confutabile del Lenel, non sfugge ad un secondo sguardo che tutta l'opera appaia fortemente dominata da problematiche connesse alla *successio mortis causa* e alle *manumissiones* e, dunque, in linea maggiormente con la tradizione civilistica del pensiero giurisprudenziale[30]: basterebbe pensare al tema dei legati a cui risultano dedicati per scelta dello stesso Lenel espressamente quasi tutto il libro 8, l'intero libro 9, il libro 11 (*De testamentis et legatis*) e il libro 12 (*De testamentis et legatis*) e ciò a tacere dei singoli frammenti, collocati sotto diverse rubriche, in cui il collegamento con la materia successoria è comunque presente.

Ma volendo avanzare una congettura, si potrebbe pensare più opportunamente al libro 16, composto dai frammenti che vanno dal 1219 al 1230, e ciò almeno per due ordini di ragioni. Intanto, perché la materia ivi trattata è quella delle manomissioni, *de manumissione vindicta*: fr. 1219-1224; *de manumissis testamento*: fr. 1225-1227, *ad legem Aeliam Sentiam*: fr. 1228. Gli ultimi due frammenti, fr. 1229 e fr. 1230 sono in realtà due *regulae*, rispettivamente corrispondenti a

[29] O. Lenel, *Palingenesia*, I, cit., p. 1147, nt.1.

[30] Un problema, questo, che qui non possiamo affrontare e che meriterebbe di essere approfondito in sede di un più ampio lavoro specificamente dedicato allo studio dei libri di commento di Paolo a Plauzio.

D. 50.17.179 e a D. 50.17.1[31]. In secondo luogo, e proprio per la presenza, nel fr. 1229, della notissima *regula* paolina, '*In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati*', che testimonia tradizionalmente l'apertura in epoca severiana e in specie da parte di Paolo, verso il *favor libertatis* e, sotto il profilo sostanziale, corrobora l'attendibilità del parere di Atilicino il quale altro non esprime se non una specifica declinazione dello stesso *favor* al caso del *servus* istituito erede[32].

5. Il tema del *favor libertatis* in epoca classica e, in specie nella costruzione giuridico-culturale di Paolo, merita tuttavia una più approfondita riflessione, considerato che larga parte della dottrina, meno recente, si è orientata a considerarlo, come

[31] Sulle *regulae* e sulla loro raccolta nel titolo 17 del libro 50 dei *Digesta* di Giustiniano, si veda la nota immediatamente successiva.

[32] Non si è in grado, seguendo gli studi di P. Stein, *Regulae*, cit., di riferire con certezza il contesto in cui le regole raccolte nel titolo 17 del l. 50 dei *Digesta*, presero vita. Ed è ben probabile che esse, nella forma con cui ci sono pervenute, siano in realtà delle generalizzazioni di pareri più specifici a loro volta difficilmente ricostruibili nell'originario tenore. Sul tema, amplissimo, cfr., inoltre, J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956; A. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli, 1966; Th. Wiehweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenfarschung*[4], Münich, 1969; J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*[1], Frankfurt, 1970; B. Schmidlin, *Die römische Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*. Köln-Wien, 1970, *passim*; P. Stein, *The Digest Title de diversis iuris antiqui and the General Principles of Law*, in *Essays in Jurisprudence in Honour of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, 1962 (= *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, London, 1988, p. 53); L. Winkel, *A note on Regulae iuris in Roman Law and on Dworkin's Distinction between Rules and Principles*, in *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, Oxford, 2001, p. 413 ss.; L. Raggi, *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, 2007, *passim*; D. Deroussin, *"Le droit romain a-t-il connu des principes? Sur les significations (possible) de principia, praecepta et regulae iuris"*, in *Les principes en droit*, dir. S. Claudal, Paris, 2008, p. 127 ss.; Id., *Remarques sur les regulae iuris et les principes en droit (Temps Modernes)*, in *RHDFE*, 90.2, 2012, p. 195 ss.; E. Stolfi, *I casi e la regula: una dialettica interessante*, in *Casistica e giurisprudenza*. Convegno ARISTEC 22-23 febbraio 2013, a cura di L. Vacca, Napoli, 2014, p. 24 ss., nonché i contributi compresi nel volume collettaneo *Regulae iuris. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Napoli, 2016.

noto, un tipico prodotto di tecnica legislativa postclassica[33]. Le reazioni a tale impostazione di pensiero sono state in ogni caso molte ed ugualmente autorevoli: basterebbe pensare alla conclusione equilibrata del Guarino che, pur non disconoscendo la diffusa applicazione del canone in età giustinianea, non stima tuttavia doversi per ciò solo escluderne l'applicazione anche per epoche meno recenti[34]. In particolare, poi, un intelligente studio condotto dal Castello[35] ci sembra abbia dimostrato che almeno tre *regulae* in materia di *favor libertatis* siano certamente ascrivibili ai rispettivi giuristi dai cui libri risultano nel Digesto escerpite. Si tratta di D. 50.17.20 (*Pomp.* 7 *ad Sab.*), di D. 50.17.122 (*Gai.* 5 *ad ed. prov.*) e proprio del nostro passo di Paolo *ad Plautium*.

Lo studioso pone a confronto D. 50.17.20, *Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*, con altri due passi facenti parte del medesimo titolo, *De legatis*, D. 40.4.11.1-2 (*Pomp.* 7 *ad Sab.*) e D. 40.5.44 (*Pomp.* 7 *ad Sab.*[36]). In entrambi i casi, abbiamo soluzioni

---

[33] Cfr. E. Albertario, *Schiavitù e 'favor libertatis'*, in *Studi di diritto romano*, I, 6 voll., Milano, 1933-1953, p. 64 ss.; Id., *'Favor'*, appendice a *'Conceptus pro iam nato habetur'*, in *BIDR*, 33, 1923, p. 50 ss. Analogamente, B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952, p. 386.

[34] Cfr. A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, pp. 348-349: «A nostro avviso non vi è dubbio che il motivo del *favor libertatis* sia stato caro alla giurisprudenza postclassica e a Giustiniano, ma non vi sono motivi plausibili per negare che il principio si sia già affermato già in età preclassica e classica».

[35] Cfr. C. Castello, *In tema di favor libertatis*, in *SDHI*, 22, 1956, p. 348 ss.

[36] D. 40.4.11.1-2 (*Pomp.* 7 *ad Sab.*): 1. *"Si Stichus et Pamphilus decem dederint, liberi sunto": potest alter quinque dando liber esse, quamvis alter non dederit.* 2. *Cum testamento servus liber esse iussus est, vel uno ex pluribus heredibus institutis adeunte hereditatem statim liber est.* Nel primo paragrafo, Pomponio afferma che se il testatore aveva disposto '*si Stichus et Pamphilus decem dederit, liberi sunto*' entrambi gli schiavi avrebbero potuto ottenere la libertà; dunque, al paragrafo 2, si affronta il caso di una manomissione testamentaria a fronte di una pluralità di eredi istituiti: per Pomponio lo schiavo avrebbe acquistato la libertà al momento in cui uno degli eredi avesse compiuto l'*aditio hereditatis*. D. 40.5.44 (*Pomp.* 7 *ad Sab.*): *De libertate fideicommissaria praestanda servus cum domino recte contendit.* Lo schiavo avrebbe potuto conseguire la libertà concessagli attraverso fedecommesso da persona defunta, quando chi aveva incarico di manometterlo non adempiva o ritardava volontariamente nell'incarico ricevuto.

improntate al *favor libertatis* che risultano del tutto coerenti con la decisione contenuta in D. 50.17.20. Un primo dato che potrebbe permettere di avanzare una conclusione provvisoria: Pomponio avrebbe seguito consapevolmente un percorso interpretativo ispirato ad una apertura complessiva verso la concessione della libertà, nel caso, almeno, di manomissioni testamentarie[37]. La qual cosa non stupisce neppure troppo, ove solo si pensi alle politiche sociali perseguite dagli Antonini e in specie, da Traiano ed Adriano[38].

---

[37] Non va trascurato che proprio Pomponio disegna il concetto giuridico di '*civitas augescens*' entro il quale si muovono le problematiche connesse alla cittadinanza e agli *status personae*. Sul tema, per tutti, M.P. Baccari, *Il concetto giuridico di civitas augescens: origine e continuità*, in *Studi in memoria di G. Lombardi*, in *SDHI*, 61, 1995, p. 759 ss. Della stessa studiosa, pure, *Alcuni principi del diritto romano per la difesa dell'uomo nella globalizzazione* (testo integrato della Relazione presentata a Bucarest al *Colloque "Tradition roumain, droit romain et codification*", 13-15 giugno 2002), in *Teoria del Diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, 1, 2005, p. 24, dove afferma: «L'idea, espressa con forza in età imperiale dal giurista Pomponio con il termine "*civitas augescens*" sintetizza nel diritto giustinianeo (*Digesta* 1,2,2,7) gli aspetti demografici, spaziali e temporali del quadro storico-sistematico entro cui si collocano con evidenza sia la generalizzazione dello *status* di *civis* e l'eliminazione di quelli di *peregrinus* e *Latinus*, sia il *favor libertatis* […]».

[38] Osserva L. Garofalo, *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Diritto@Storia*, 4, 2005: «[…] è solo con Giuliano che la giurisprudenza inizia a ostentare, con una certa frequenza, l'*humanitas* quale *ratio decidendi*: prima di lui, infatti, solo Giavoleno Prisco la richiama espressamente a fondamento di una sua opinione. Ma noi sappiamo anche che è proprio Giuliano a provvedere alla cd. codificazione degli editti dei magistrati giusdicenti, assolvendo un incarico conferitogli dall'imperatore Adriano: di quegli editti grazie ai quali questi magistrati, e in particolare i pretori (titolari, non va dimenticato, di un potere discrezionale fondato sull'*imperium*), riuscivano, inserendovi e rendendo così accessibili agli interessati nuovi mezzi processuali, a integrare il sistema del *ius civile*, a supplirne le lacune e a correggere le sue asperità, in aderenza a quanto richiedeva l'*aequitas*, intesa come complesso dei valori insiti nei rapporti umani […]». Cfr., inoltre, J. Imbert, *Favor libertatis*, in *RHD*, 27, 1949, spec., p. 274 ss.; C. Castello, *'Humanitas' e 'favor libertatis'. Schiavi e liberti nel I secolo*, in *Sodalitas*, 5, *Scritti in onore di A. Guarino*, Napoli, 1982, p. 138 ss.; H. Ankum, *L'espressione 'favor libertatis' nelle opere dei giuristi classici Romani*, in *Revista de Direitos Difusos*, 23, 2004, p. 3237 ss.; L. Labruna, *Principii giuridici, tradizione romanistica e "humanitas" del diritto tra Europa e America Latina*, in *Labeo*, 50, 2004, p. 13 ss., che ha riproposto la centralità dello studio degli statuti delle persone. Sulla politica filantropica, in particolare, di Antonino Pio, R. Quadrato, *L'abuso del diritto nel linguaggio romano*: *la*

Veniamo a D. 50.17.122, tratto dal quinto libro di commento di Gaio all'*edictum provinciale*: *Libertas omnibus rebus favorabilior est*. Dall'esame dei frammenti facenti parte dello stesso titolo, *Qui arbitrium receperint*, non si ottengono elementi tali da far luce sulla *regula 'libertas omnibus rebus favorabilior est'* di D. 50.17.122. Senonché per una migliore comprensione del passo conviene leggere D. 28.4.3[39], tratto dal ventinovesimo libro dei *Digesta* di Marcello, in cui questi ricorda un caso che aveva suscitato un profondo dibattito tra i giuristi e che ora guarderemo da vicino.

> D. 28.4.3 (*Marc.* 29 *dig.*): *Proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. Plerique etiam legatarios excludendos existimabant. Quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset: nonullos opinari id iure ipso peremi quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo? Non et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius. Sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus. "Cum Valerius Nepos mutata voluntate et inciderit testamentum suum et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur". Et advocatis fisci dixit: "Vos habetis iudices vestros". Vibius Zeno dixit: "Rogo, domine imperator, audias me patienter: de legatis quid statues?" Antoninus Caesar dixit: "Videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit?" Cornelius Priscianus advocatus Leonis dixit: "Nomina heredum tantum induxit". Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit:*

---

regola di Gai. Inst. 1.53, in *Il linguaggio dei giuristi romani. Atti del Convegno internazionale di studi* (Lecce, 5-6 dicembre 1994), a cura di O. Bianco, S. Tafaro, Galatina, 2000, p. 1 ss., si è focalizzato sulla costituzione dell'imperatore con cui si puniva il *dominus* per l'omicidio del proprio schiavo.

[39] Cfr. O. Lenel, *Palingenesia*, I, cit., p. 198, nt. 3., suggerisce un confronto anche con D. 4.8.32.7 (*Paul.* 13 *ad ed.*): *De liberali causa compromisso facto recte non compelletur arbiter sententiam dicere, quia favor libertatis est, ut maiores iudices habere debeat. Eadem dicenda sunt, sive de ingenuitate sive de libertinitate quaestio sit et si ex fideicommissi causa libertas deberi dicatur. Idem dicendum est in populari actione.*

> *"Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet". Priscianus dixit: "Manumisit quosdam et legata dedit". Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset et admitti rursus eodem iussisset, dixit: "Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus nepotem irrita esse voluisse, quae induxit". Nomen servi, quem liberum esse iusserat, induxit. Antoninus rescripsit liberum eum nihilo minus fore: quod videlicet favore constituit libertatis.*

Un tale di nome Valerio Nepote aveva cancellato dal suo testamento il nome degli eredi, senza precisare se le contestuali disposizioni in materia di legati e di manomissioni sarebbero o no sopravvissute. Innanzi al *consilium principis*, allora, l'*advocatus fisci* aveva sostenuto che a suo giudizio il testatore, cancellando gli eredi, aveva inequivocabilmente manifestato pure la volontà di annullare i legati e le manomissioni presenti nel testamento. Per converso, Vibius Zeno, sostenuto dal suo avvocato, aveva invocato l'interpretazione opposta, cioè la validità dei legati e delle manomissioni, in base alla circostanza per cui se il testatore avesse voluto pure annullare tali disposizioni lo avrebbe dichiarato espressamente. L'imperatore Marco Aurelio di fronte alle due opposte posizioni, si sarebbe allontanato per deliberare sul punto, dopo aver ascoltato il *consilium* dei suoi giuristi. Rientrato, avrebbe sentenziato: «*Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut eam dumtaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit*».

Il giurista Ulpio Marcello, membro del *consilium*, contravvenendo alla sua precedente opinione, aveva rilevato che la sentenza dell'*imperator* in ogni caso non avrebbe avuto conseguenze lesive per i privati, essendo i beni destinati al fisco. Ciò, viene aggiunto nel testo, Marco Aurelio lo aveva anche ribadito in un suo rescritto[40].

---

[40] Il passo, oltretutto, si presenta particolarmente interessante anche per spiegare il mutato clima in cui opera la giurisprudenza dell'età imperiale: cfr., M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1987, p. 217 ss. Scrive P. Frezza, *Responsa*, cit., p. 261: «L'*auditorium* è ormai luogo di esercizio critico della scienza del diritto, non altrimenti dell'*auditorium* privato del giurista: il locale in cui maestro e scolari collaudano discorsivamente la tempra della

Il clima di *benignitas* verso l'attribuzione della libertà caratterizzò pertanto anche la politica di Marco Aurelio, la cui formazione stoica è fin troppo nota per insistervi punto in questa sede[41]. Ciò che in ogni caso qui rileva è che Gaio ben avrebbe potuto aderire a quell'interpretazione che appare diffusa in epoca antoniniana e adottata in via ufficiale dall'imperatore Marco Aurelio.

E arrivando a D.50.17.179 di Paolo, appare del tutto chiaro che la *regula* ivi contenuta, '*In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati*', altro non rappresenti se non il retaggio di una tradizione consolidata nel tempo che ha visto coinvolti non solo i giuristi[42], ma lo stesso potere imperiale. Una tradizione che forse aveva origini assai più lontane nel tempo. Infatti, ancora nel libro 16 *ad Plautium*, vi è un testo di straordinaria importanza ai nostri fini. Si tratta di D. 40.7.20 *pr*.-6:

> *Si peculium servo legatum sit, qui iussus est alii dare decem et sic liber esse, et heres eum prohibuerit dare, deinde manumissus peculium petat ex causa legati, an per doli exceptionem eam summam, quam daturus esset, deducere heres possit, ut ipsi*

---

loro preparazione». Sul punto, inoltre, A.M. Honoré, *The Severan lawyers: a preliminary survey*, in *SDHI*, 28, 1962, spec. p. 231.

[41] Cfr., per tutti, P. Lotmar, *Marc Aurel Erlass über die Freilassungausflage*, in *ZSS*, 33, 1912, p. 304 ss.

[42] Vale la pena di riportare ancora un frammento di Paolo che in qualche modo fornisce, sia pur indirettamente, una testimonianza sull'esistenza e sulla consapevolezza da parte del giurista, dei problemi in merito alla manomissione tacita. Si tratta di D. 26.2.32.2 (*Paul.* 9 *resp.*): *Lucius Titius heredes instituit filios suos pupillaris aetatis eisque tutores his verbis dedit: "Filiis meis tutores sunto Gaius Maevius et Lucius eros", cui eroti libertatem non dedit: fuit autem eros intra viginti quinque annos aetatis: quaero an possit libertatem sibi vindicare. Paulus respondit, quoniam placet eum, qui a domino tutor datus est, libertatem quoque meruisse videri, eum quoque de quo quaeritur in eadem causa habendum et liberum quidem ab adita hereditate esse, tutela autem post legitimam aetatem onerari.* Il caso discusso riguarda la nomina dello schiavo a tutore e ci si chiede se questa comporti pure l'attribuzione della libertà, ove non espressamente prevista. Nonostante taluni sospetti di rimaneggiamento sul testo, vale la considerazione per cui il giurista dimostri, a prescindere dalla sua opinione sul punto, la conoscenza della questione: così, C. Ferrini, *Atilicinus*, cit., p. 178.

prosit, non manumisso, quod ea pecunia data non est? an vero indignus sit heres, qui contra voluntatem defuncti fecit, eam pecuniarn lucrari? et cum servo nihil absit et libertas ei competit, invidiosum est heredem fraudari. 1. *De illo quaeritur, si invito herede det aut nesciente, an faciat nummos accipientis. Et Iulianus vere existimat ex hac causa concessam videri statuliberis alienationem nummorum etiam invito herede et ideo facere eos accipientis pecuniam.* 2. *Quod si heredi dare iussus est decem et eam summam heres debeat servo: si velit servus eam pecuniam compensare, erit liber.* 3. *Is, cui servus pecuniam dare iussus est ut liber esset, decessit. Sabinus, si decem habuisset parata, liberum fore, quia non staret per eum, quo minus daret. Iulianus autem ait favore libertatis constituto iure hunc ad libertatem perventurum, etiamsi posta habere coeperit decem. adeo autem constituto potius iure quam ex testamento ad libertatem pervenit, ut, si eidem et legatum sit, mortuo eo cui dare iussus est ad libertatem quidem perveniet, non autem et legatum habiturus est: idque et Iulianus putat, ut in hoc ceteris legatariis similis sit. diversa causa est eius, quem heres prohibet condicioni parere: hic enim ex testamento ad libertatem pervenit.* 4. *Heredi autem iussum dare etiam heredis heredi dare posse divus Hadrianus rescripsit: et si hoc sensit testator, etiam in legatario idem dicendum est.* 5. *Quaedam condiciones natura sui nec possunt eodem tempore impleri, sed necessariam habent temporis divisionem, velut cum decem operarum iussus est dare, quia operae per singulos dies dantur. igitur et si singulos aureos det statuliber, potest dici eum implesse condicionem. Alia causa est operarum, quia hae necessario singulae edendae sunt. sed et si heres accipere noluerit, non statim liber erit, sed cum tempus transierit, per quod operarum quantitas consummatur. idem dicendum est, si iussum Capuam ire et liberum esse heres prohibeat ire: tunc enim erit liber, cum pervenire Capitam potuisset: inesse enim videtur tempus tam operarum praestationi quam itineri.* 6. *Si ita quis acceperit libertatem `Stichus, si heres eum non manumiserit, liber esto', poterit ab herede manumitti: non contra voluntatem testatoris adimitur ei libertus, sed non tam continuum tempus exigendum est, ut praecipitari cogatur heres vel ex peregrinatione celerius reverti ad manumittendurn vel administrationem rerum necessariarum intermittere, nec rursus tam longum, ut, quamdiu vivat, protrahatur manumissio, sed modicum, quo*

primum possit sine magno incommodo suo heres manumittere. quod si tempus adiectum fuerit, illud spectabitur[43].

[43] Si preferisce riportare la traduzione del passo nella sua interezza, poiché esso sarà oggetto di commento soltanto parziale e relativamente ai punti che suscitano maggiore interesse ai fini del nostro discorso. «Se sia stato trasferito mediante legato il peculio al servo, a cui fu ordinato di dare dieci ad un altro per essere poi libero, e una volta liberato richiedesse il peculio in base al legato, ci si chiede se, attraverso l'eccezione di dolo, l'erede possa dedurre quella somma che avrebbe dovuto dare, perché egli ne godesse, non manomesso, in quanto quella somma non fu data. In verità, sarà da considerarsi indegno l'erede che contro la volontà del defunto, approfittò di quel denaro? Ma non mancando alcuna cosa al servo e competendogli la libertà, è ingiustificato frodare l'erede. Ci si domanda, dunque, se farà suo il denaro colui che lo riceve contro il volere dell'erede o nella sua inconsapevolezza. E Giuliano osserva correttamente che per tale motivo sembra concedersi agli *statuliberi* l'alienazione delle monete anche contro la volontà dell'erede e perciò rendono quel denaro di chi lo riceve. Che se ebbe ordine di dare dieci all'erede e costui debba proprio tale somma al servo, se questi vorrà agire compensando, sarà libero. Colui al quale il servo ebbe l'ordine di dare una somma perché fosse libero, morì. Sabino dice che sarà libero se aveva a disposizione i dieci, perché non dipese da lui il non dare. Giuliano poi ritiene che in ossequio al *favor libertatis* e per diritto costituito costui ottiene la libertà, anche se poi cominciò ad avere i dieci. Tanto è vero che perviene alla libertà più per diritto costituito che per testamento, che se allo stesso sia stato legato, essendo morto colui al quale si ebbe l'ordine di dare, conseguirà la libertà, non tuttavia per ottenere il legato: e ancora Giuliano ritiene che in ciò sia simile agli altri legatari. Diversa è la situazione di colui al quale l'erede impedisca di adempiere alla condizione; infatti costui ottiene la libertà in forza del testamento. L'imperatore Adriano stabilì: chi ebbe ordine di dare all'erede, può dare anche all'erede dell'erede. E se questo poi fu il pensiero del testatore, va detto anche nei confronti del legatario. Talune condizioni per loro stessa natura non possono adempiersi nello stesso tempo, ma abbisognano di una necessaria scansione temporale, come se si fosse ordinato di dare dieci opere, perché le opere si compiono in singole giornate, dunque, sebbene lo *statuliber* dia singole monete d'oro, può dirsi adempiuta da parte sua la condizione. Diversa la realtà delle opere, perché queste di necessità vanno prestate singolarmente. Ma anche se l'erede non vorrà riceverle, non sarà libero subito, ma quando sarà concluso il tempo durante il quale le opere si compiono. Ugualmente va detto se l'erede proibisca a chi ne ebbe l'ordine, di andare a Capua, e di essere libero; ed allora sarà libero quando avrà potuto giungere a Capua: sembra infatti di doversi considerare tanto il tempo necessario allo svolgimento della prestazione, tanto quello per il viaggio. Se taluno abbia accettato in questo modo la libertà 'se l'erede non lo manometterà, Stico sia libero', potrà essere liberato dall'erede, non contro la volontà del testatore lo si priva del liberto, ma non bisogna richiedere un tempo immediato, che l'erede sia costretto a precipitarsi o a fare ritorno rapidamente da un viaggio per effettuare la liberazione, o essere costretto a trascurare l'amministrazione dei

Questo testo, estremamente complesso, esamina diverse ipotesi tra loro. Ciò che subito colpisce, intanto, è la struttura stilistica iniziale, caratterizzata da una lunga proposizione interrogativa diretta, seguita da una seconda, più breve, sempre diretta, ed, infine, da un'interrogativa indiretta, con cui si inizia il paragrafo 1. Alle tre *quaestiones* Paolo fa rispondere Giuliano, dunque seguono i pareri di quest'ultimo e di Sabino, apparentemente in contrasto tra loro (*Iulianus autem ait*).

Ma dal punto di vista della ricostruzione del pensiero giurisprudenziale sono i paragrafi 3 e 4 che devono essere esaminati con maggiore cura, anche perché, specialmente il paragrafo 3, è stato oggetto di numerosi e incisivi attacchi in dottrina. Quest'ultimo dispone che colui al quale il servo, per disposizione del testatore, avrebbe dovuto dare del denaro in cambio della libertà, muore. Per Sabino lo schiavo è comunque libero, ove abbia pronta la somma di dieci, dal momento che non dipende da lui il mancato pagamento. Diversamente, Giuliano afferma che lo schiavo, in base al *favor libertatis* e per '*diritto costituito*' sarà libero, anche se aveva cominciato a disporre successivamente della somma. Ed è proprio in ragione di tale '*diritto costituito*' che egli sarà libero, non sulla base del testamento, tanto che se era stato disposto a suo favore anche un legato, morto colui al quale avrebbe dovuto dare la somma, ottiene la libertà, ma non il legato. La sua situazione si differenzia dunque da quella di colui al quale l'erede impedisce di adempiere la condizione, tant'è che acquisterà la libertà in base al testamento.

Molteplici come si diceva i sospetti di interpolazioni, a partire dal Beseler[44] che ricostruiva il parere di Sabino in senso negativo, introducendo un «*non*», seguito da Schindler[45] che intravvedeva nel richiamo al *ius constitutum* una chiara in-

---

necessari affari; né prolungare tanto l'atto di liberazione finché viva; ma sia ridotto il tempo, perché possa l'erede liberare senza un suo grave incomodo; che se si sarà aggiunto del tempo, lo si dovrà tenere in considerazione».

[44] Cfr. G. von Beseler, *Eizelne Stellen*, in *ZSS*, 47, 1927, p. 359. Contra, H.J. Wieling, *Falsa demonstratio, condicio pro non scripta, condicio pro impleta im römischen Testament*, in *SZ*, 87, 1970, p. 236, nt. 85.

[45] Cfr. H.K. Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch eine Darstellung an Hand seiner Kontroversen eintscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz, 1966, p. 275 ss.

troduzione giustinianea, e passando così attraverso alcune posizioni intermedie che rilevavano comunque numerose scorrettezze formali[46].

Una ragionata soluzione conservativa del paragrafo è stata tuttavia e con buon fondamento di recente sostenuta[47]. Il contrasto tra Sabino e Giuliano viene interpretato riconducendo la soluzione del primo alla considerazione, prevalente, dell'interesse del testatore, mentre quella del secondo all'importanza del *favor libertatis* che, come *ius constitutum*, avrebbe esso giustificato l'attribuzione della libertà, più che lo stesso testamento[48]. Il cuore allora della decisione giulianea starebbe proprio in quel 'diritto costituito', in quanto insieme di norme, regole, decisioni frutto dell'elaborazione giurisprudenziale e principii del *ius naturale*, «un diritto, insomma, che accogliendo in sé il *favor libertatis*, poteva essere spinto sino al punto di produrre l'effetto della manomissione, a stretto rigore, inefficace»[49]. Con la conseguenza che Giuliano, pur non discostandosi radicalmente dal parere di Sabino, apportava una profonda innovazione nel solco della tradizione: a sorreggere la decisione non era più tanto la *voluntas testatoris*, bensì il *ius constitutum* di cui il *favor libertatis* era parte integrante.

Questa sottile ma radicale proposta innovativa riceve luce ulteriore dal paragrafo successivo del passo in esame, il 4, in cui lo schiavo manomesso sotto condizione di dare una somma all'erede, avrebbe potuto ottenere la libertà anche pagando

---

[46] Ad es., G. Grosso, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*, Torino, 1930, p. 7 ss. e D. Liebs, *Hermogenians iuris Epitomae. Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen, 1964, p. 69, nt. 174.

[47] Cfr. M.P. Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, Bari, 2006, p. 215 ss.

[48] Cfr. M. Bretone, *Storia*, cit., 2004[15], p. 294, rileva dapprima la natura di endiadi dell'espressione «*favore libertatis constituto iure*», per poi affermare: «l'argomentare giulianeo si svolge su un confine estremo; al di là di esso il diritto cesserebbe di essere non solo razionale nel senso dimostrativo del termine, ma anche ragionevole».

[49] M.P. Starace, *Lo statuliber*, cit., p. 225. Cfr., inoltre, V. Giodice Sabbatelli, *"Constituere": dato semantico e valore giuridico*, in *Labeo*, 27, 1981, p. 338 ss.

all'erede dell'erede. E ciò sarebbe valso pure per il legatario, laddove *hoc sensit testator*. Ci informa Paolo che questa possibilità era stata concessa in seguito ad un rescritto dell'imperatore Adriano. Non sembra difficile intravvedere nel provvedimento imperiale, a sua volta, una chiara espressione del *favor libertatis*, del tutto coerente con le scelte politico-culturali degli Antonini. Cosa che dunque, se da un lato conforta nell'interpretazione della su esposta tesi giulianea, dall'altro proprio da quella riceve conferma, facendoci concludere che almeno per la materia trattata nel passo in questione il *favor libertatis* costituisca il motivo di fondo.

È plausibile, infine, ritenere dall'andamento complessivo del discorso che Paolo, pur riferendo l'opinione di Sabino, seguisse sul punto Giuliano la cui autorità è anche dopo evocata. Il che si spiega benissimo proprio ammettendo che, tra le posizioni dei due giuristi, non vi fosse una sostanziale incompatibilità di pensiero, potendosi ritenere la riflessione di Giuliano uno sviluppo di quella di Sabino, sviluppo resosi necessario per il mutato clima politico in cui visse il primo, caratterizzato da tendenze spiccatamente favorevoli all'*humanitas* nelle soluzioni adottate: l'*humanitas* come fattore culturale era stata viva sin dall'epoca del circolo degli Scipioni, ma il collegamento tra l'*humanitas* della cultura e l'*humanitas* nella scienza giuridica, proprio in epoca adrianea, andava diffondendo «nell'ambiente sociale la figura umana, esaltandone il grado più alto, quello dell'intellettuale»[50].

6. Se, pertanto, abbiamo importanti indizi per concludere che il parere di Atilicino, da cui siamo partiti, fosse certamente contenuto nei libri *ad Plautium* di Paolo e che una congrua sede di accoglienza sia rappresentata in particolare dal libro 16, nulla ancora si è detto per l'altra opera paolina che secondo le Istituzioni lo avrebbe contenuto, i libri di commento *ad Sabinum*[51]. Qui il suggerimento arriva direttamente dal Le-

[50] Così, A. Palma, *Humanior Interpretatio. Humanitas nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino, 1992, p. 2 ss.

[51] Ricordiamo le parole delle Istituzioni: «*et Atilicino placuisse Paulus suis libris quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scripsit refert*».

nel[52] che posiziona il brano della cancelleria giustinianea al fr. 1607, a chiusura del libro 1 di Paolo al suo predecessore.

Non abbiamo troppa difficoltà a spiegarne la scelta. Il libro 1 è rivolto alla materia testamentaria. Ma soprattutto al fr. 1602 si trova collocato D. 28.5.10 a cui fa eco D. 28.5.1.4 di Ulpiano, tratto anche esso dal libro 1 a Sabino.

> D. 28.5.10 (*Paul.* 1 *ad Sab.*): *Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent: nec enim facile ex diversitate pretium portiones inveniuntur: ergo expeditius est quod Sabinus scribit, perinde habendum, ac si nec fundum nec partes nominasset.*

Il testo dispone che se taluno abbia istituito due eredi, di cui uno per una quota di un fondo, ed un altro per una quota di un fondo diverso, bisognerà considerare come se fossero stati istituiti eredi senza indicazione di quote: infatti *expeditius* ciò che scrive Sabino, cioè va inteso come se il testatore non avesse nominato né fondi, né quote, dal momento che dalle differenze di valore non si desumono le quote medesime.

Nel passo ulpianeo, D. 28.5.1.4 (*Ulp.* 1 *ad Sab.*) si afferma: *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione,* dunque nel caso in cui taluno sia stato istituito soltanto per un fondo, l'istituzione *valet*, epurata dalla menzione del fondo stesso. In entrambi i casi ciò che appare chiaramente è la preoccupazione di garantire l'*institutio heredis* nella sua validità, cosa che lo stesso Sabino avrebbe provveduto a mettere per iscritto (*quod Sabinus scribit*, D. 28.5.10).

Un'altra significativa spia dell'atteggiamento di Sabino ci è fornita da un passo sempre di Paolo, escerpito dal 1 libro del commento a Vitellio, D. 28.2.19:

> *Cum quidam filiam ex asse heredem scripsisset filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit "et in cetera parte exheres mihi erit", et quaereretur, an recte exheredatus videre-*

[52] Cfr. O. Lenel, *Palingenesia*, I, cit., p. 1252.

> *tur, Scaevola respondit non videri, et in disputando adiciebat ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur: exheredationes autem non essent adiuvandae.*

Una figlia riceve dal *pater* l'intero asse ereditario, mentre il figlio, ancora *in potestate*, ottiene un legato di dieci, ma viene diseredato per il resto. Ci si chiede se la diseredazione sia stata correttamente (*recte*) disposta. A rispondere è Scevola, il quale nega la validità, aggiungendo che la stessa soluzione negativa andrebbe ravvisata nell'ipotesi di un fondo. Al contrario, e qui sembra intervenga Paolo, si verifica per l'istituzione di erede «*quae benigne acciperetur*», mentre le diseredazioni non vanno incentivate[53].

La testimonianza è significativa sebbene non ricavata direttamente dal commento a Sabino, in quanto, come anche di recente si è sostenuto[54], il materiale utilizzato da Paolo per la composizione dell'*Ad Vitellium* trovava la sua fonte precipua nell'*Ad Vitellium* di Sabino, ove, addirittura, con la maggior parte della dottrina, non si intenda intravvedere nell'opera di Paolo un commento all'omonima opera di Sabino[55].

---

[53] L'esigenza che pare essere alla base della chiusa del passo è quella di riconoscere, ove possibile, sempre validità all'istituzione ereditaria, e, per converso, di limitare, salvo casi gravi, le diseredazioni. Sul punto, H.J. Wieling, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München, 1972, p. 119. Sull'utilizzo dell'avverbio '*benigne*' ad indicare una scelta giuridica di favore, M.P. Starace, *Lo statuliber*, cit., p. 37 ss.

[54] Cfr. S. Di Maria, *I compilatori giustinianei e i libri ad Vitellium di Paolo*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 6, 2019, p. 3.

[55] Cfr. S. Di Marzo, *Di una recente congettura sull'indole dei libri ad Vitellium di Masurio Sabino*, Palermo, 1899, p. 4 ss.; A. Guarino, *"Libri ad"*, in *Synteleia Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, p. 770 ss. (= *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, p. 300 ss.); F.P. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae*, cit., p. 375 ss. Sui libri *Ad vitellium*, cfr., inoltre, G. Baviera, *Di una congettura sull'indole dei "libri ad Vitellium" di Masurio Sabino*, in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1909, p. 123 ss.; F. Schulz, *Überlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig, 1935, p. 218 ss.; Id., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 261 ss. (trad. it. di G. Nocera, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, p. 375 ss.); R. Astolfi, *Et Cassius apud Vitellium notat*, in *Iura*, 16, 1964, p. 117 ss.; A. Guarino, "*Ad Vitellium"*, in *BIDR*, 66,

Ma non è tutto. In tema di *favor libertatis* abbiamo precedentemente incontrato D. 50.17.20 (*Pomp.* 7 *ad Sab.*), *Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*[56], che, sulle orme del Castello, abbiamo posto a confronto con altri due passi facenti parte del medesimo titolo, *De legatis*, D. 40.4.11.1-2 (*Pomp.* 7 *ad Sab.*) e D. 40.5.44 (*Pomp.* 7 *ad Sab.*). L'identica provenienza dei tre frammenti, di cui il primo, chiaramente enunciato in forma di regola generale, ci consente di avanzare l'ipotesi, sommando tutti i dati, che, quantomeno, la materia del *favor libertatis* in ambito testamentario fosse stata presente all'epoca di Sabino[57]. Se poi questi dati vengono ulteriormente incrociati con D. 40.7.20.3 in cui si è rilevata la posizione incline del giurista a propendere per la conservazione dell'*institutio heredis*, possiamo ragionevolmente concludere che Sabino, almeno sotto il profilo del rispetto della *voluntas testatoris*, fosse propenso alla salvaguardia delle istituzioni ereditarie, dovendo, parallelamente ammettere che la sua riflessione si fosse poi arricchita nel tempo da quella più generale sul criterio del *favor* di cui, nel passo appena richiamato, Giuliano, si sarebbe fatto portavoce.

7. Non vi sono, pertanto, ragionevoli motivi per dubitare dell'attendibilità della notizia riferita nelle Istituzioni impe-

---

1963, p. 1 ss. (= *Studi in onore di G. Zingali*, III, Milano, 1965, p. 392 ss. e *Pagine di diritto romano*, V, cit., p. 338 ss.); J.G. Wolf, *Die Scaevola-Responsen in Paulus "libri ad Vitellium"*, in *Studi per G. Nicosia*, 8, Milano, 2007, p. 472 ss.; S. Di Maria, *I compilatori*, cit., p. 3 ss.

[56] Si veda retro, p. 896.

[57] Da questa angolazione si potrebbe forse avanzare anche l'ipotesi per cui la notizia dell'asserto di Atilicino era stata anche riportata da Pomponio e che Pomponio possa essere stato il tramite perché essa giungesse sino a Paolo, non solo perché a sua volta Pomponio aveva letto e discusso materiale plauziano, ma anche per il diretto rapporto del giurista con Sabino. La conclusione, che sosteniamo qui solo in via congetturale, potrebbe trovare un ulteriore appiglio nel dato per cui Atilicino è giurista noto a Pomponio che non lo cita, tuttavia, nei libri *ex Plautio*, ma sempre in quelli di commento a Sabino, (D. 11.7.28, 15 *ad Sab.*: *Atilicinus ait*; D. 13.7.6.*pr.*, 35 *ad Sab.*: *Atilicinus dicit*; D. 30.48.*pr.*, 6 *ad Sab.*: *Atilicinus in factum dandam actionem*).

riali[58]: Atilicino aveva con ogni verisimiglianza espresso un parere favorevole ad ammettere la libertà come implicitamente contenuta nell'*institutio heredis* del *servus*, ponendo forse fine ad una precedente discussione[59], i cui germi si annidano sino nell'età di Sabino. Che la sua opinione successivamente non appaia seguita, o non appaia generalmente seguita, non intacca la veridicità della informazione, né sul piano storico, né su quello giuridico. In ogni caso, ci sembra di aver raccolto sufficienti elementi per concludere che Paolo, nel momento in cui la riferiva, l'accogliesse pure, come ci è inequivocabilmente dimostrato dal fatto di essere stato egli stesso, e proprio all'interno dei libri *Ad Plautium*, l. 16, l'estensore della *regula* per cui '*In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati*'.

Infine, non apparirà superfluo ricordare che la Parafrasi di Teofilo riferisce con esattezza e conferma la notizia contenuta nel corrispondente brano delle Istituzioni giustinianee:

> [...] ἀλλὰ τοὺς ἡμετέρους οἰκέτας πάλαι μὲν κατὰ τὴν τῶν πλειόνων νομικῶν γνώμνη οὐχ ἑτέρως, εἰ μὴ cum libertate γράφειν ἐξῆν· σήμερον δὲ καὶ *sine liberate* ἡ τοῦ οἰκέτου ἔνστασις ἔρρωται ἐκ διατάξως τοῦ ἡμετέρου βασιλέως, ἥτις καὶ sine libertate γραφέντας αὐτοὺς ἀκωλύτως ἐπὶ τὴν κληρονομίαν καλεῖ· τοῦτο δὲ οὐ κατὰ καινισμόν τινα ἡ αὐτοῦ διάταξις ἐισήγαγεν, ἀλλὰ γνώμν νομικῶν ἀκολουθήσασα. Atilicinos γὰρ ὁ νομικὸς ἐδέξατο καὶ sine libertate τὴν τοῦ οἰκέτου καλῶς ἔνστασις γίνεσθαι, ὡς ἀναφέρει αὐτὸν Paûlos

[58] L'assunto è peraltro sostenuto da numerosi Autori, tra i quali, oltre a C. Ferrini, *Atilicinus*, cit., e Id., *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano con particolare riguardo alla giurisprudenza*, Roma, 1889, p. 134, S. Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustinianeo*, in *ZSS*, 35, 1914, p. 280, nt. 2: «I commissari delle I. II, 14 pr. sanno riferire che Giustiniano ebbe lo spunto da un'opinione di Atilicino 'quod non per innovationem induximus, sed quoniam et aequius erat et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad M. Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert'. La quale notizia è particolarmente determinata ed è vera, desunta sicuramente dalle opere di Paolo citate». Nello stesso senso, V. Scialoja, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma, 1934, p. 236 e C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Milano, 1949, p. 179.

[59] '*Atilicino placuisse*' riferisce il passaggio delle Istituzioni, su cui le nostre osservazioni a p. 881 e nt. 3 del presente studio.

ὁ σοφώτατος τοῦτο μὲν ἐν τοῖς ad Masurium Sabinum αὐτοῦ βιβλίοις, τοῦτο δὲ ἐν τοῖς ad Plautium.

Qui si riporta espressamente il parere di Atilicino, ὁ νομικὸς, così come tramandato da Paolo che vi scrisse tanto nei suoi libri a Masurio Sabino che in quelli a Plauzio[60].

Si è giustamente notato[61] come nel brano in esame il Parafraste appaia spinto soprattutto dalla necessità di informa-

[60] Il brano è tratto da C. Ferrini, *Institutionum graeca Paraprasis*, Berolini, 1884, pp. 176-177. Di seguito, la traduzione latina, a cura dello studioso: «[…] *sed noster quidem servos olim secundum plurium prudentium sententiam non aliter quam cum libertate instituere licebat. Hodie aurem etiam sine libertate servi institutio valet ex constitutione principis nostri, quae et sine libertate scriptos eos procul impedimento ad hereditatem vocat. Hoc vero non per innovationem quandam eius induxit constitutio set prudentium amplexa sententiam. Atilicinus enim iurisconsultus putavit et sine libertate servi institutionem recte fieri, sicuti refert Paulus vir doctissimus cum in libris suis ad Masurium Sabinum, tum in illis quos ad Plautium scripsit*». Sul modo di operare di Paolo e sulla sua attività, rinviamo ai contributi di G. Luchetti, A.L. De Petris, F. Mattioli, I. Pontoriero in *Iulius Paulus. Ad edictum libri I-III* (*Scriptores iuris Romani*, direzione di A. Schiavone), Roma, 2018, spec. p. 3 ss. Più in generale, sulla giurisprudenza di età severiana, per tutti, A. Schiavone, *Il pensiero giuridico fra scienza del diritto e potere imperiale*, in *Storia di Roma*, II.3, *La cultura e l'impero*, direzione di A. Schiavone, Torino, 1988, *passim*.

[61] Cfr. A.S. Scarcella, *La Parafrasi di Teofilo: un contributo al recupero di valori tradizionali nell'età dell'assolutismo imperiale*, Milano, 2018, spec. p. 83 ss. Sulla Parafrasi, cfr., inoltre, C. Ferrini, *Intorno all'opportunità di una nuova edizione della Parafrasi di Teofilo e intorno alle fonti di questa, ai sussidi e al metodo*, in *Opere*, I, *Studi di diritto bizantino*, Milano, 1929, p. 1 ss. (= *RIL*, 16, 1883, p. 56 ss.); Id., *La Parafrasi di Teofilo ed i Commentari di Gaio*, in *Opere*, I, cit., p. 15 ss. (= *RIL*, 16, 1883, p. 565 ss.); Id., *Note critiche al libro IV dello Pseudo-Teofilo*, in *Opere*, I, cit., p. 27 ss. (= *RIL*, 7, 1884, p. 891 ss.); Id., *La Glossa torinese delle Istituzioni e la Parafrasi dello Pseudo-Teofilo*, in *Opere*, I, cit., p. 41 ss. (= *RIL*, 17, 1884, p. 714 ss.); Id., *Prolegomena a "Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessore vulgo tributa" pars prior* (Berolini, MDCCCLXXXIIII), in *Opere*, I, cit., p. 58; Id., *Delle origini della Parafrasi greca delle Istituzioni*, in *AG*, 37, 1886, p. 353 ss. (= *Opere*, I, cit., p. 112 ss.); Id., *Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo contenuti nel manoscritto Gr. Par. 1364*, in *Memorie Istituto Lombardo*, 9, 1886, p. 13 ss. (= *Opere*, I, cit., p. 139 ss.); G. Falcone, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in *AUPA*, 45.1, 1998, *passim*.; Id., *La formazione del testo della Parafrasi di Teofilo*, in *TJ./RHD*, 68, i.4, 2000, p. 417 ss.; C. Russo Ruggeri, *Teofilo e la spes generandi*, in *Iura*, 58, 2010, p. 172 ss.; G. Falcone, *Sull'inquadramento sistematico delle obbligazioni nella Parafrasi di Teofilo (e nelle Istituzioni giusti-*

re circa gli antefatti della riforma introdotta, con specifico riguardo alla posizione di Atilicino, più che di volerne fornire una giustificazione. Col che si avvalora l'idea della veridicità dell'informazione ivi contenuta, il cui ricordo, ancora in età tarda, continua a mantenere la sua intatta vivezza.

La posizione assunta da Atilicino dimostra, al di là dell'eco della sua specifica opinione, un carattere originale ed innovativo[62], su cui forse varrebbe la pena soffermarsi maggiormente di quanto non sia stato fatto sino ad ora, nonostante la relativa scarsezza delle fonti di cui disponiamo[63].

Quello che soprattutto ci sembra di aver colto è la consapevolezza in alcuni giuristi dell'importanza della sua riflessione, da Sabino a Plauzio, da Pomponio a Paolo. E soprattutto la considerazione riservatagli dai collaboratori di Giustiniano i quali, nel tentativo di recuperare le fila di una antica tradizione di pensiero, non esitano a collocarlo accanto a ben più note figure di giureconsulti, il cui prestigio ed autorevolezza, oggi, non saremmo disposti a revocare in dubbio[64].

---

nianee), in *Scritti per A. Corbino*, 2, Tricase, 2016, p. 503 ss.; C. Russo Ruggeri, *Studi su Teofilo*, Torino, 2016, *passim*, con ulteriore letteratura.

[62] Non nascondiamo di sospettare che l'atteggiamento complessivo del giurista possa aver brillato, rispetto ai suoi tempi, per soluzioni ispirate all'equità, giudizio che, tuttavia, non può ricevere conferma se non dopo un'analisi puntuale di tutti i testi di cui disponiamo. L'idea che, almeno per il responso esaminato in questa sede, la giustificazione di fondo possa aver riposato sulla necessità di una soluzione 'più equa' ci potrebbe derivare, oltretutto, dalle stesse parole della cancelleria imperiale che in I. 2.14.*pr*., come abbiamo verificato, utilizza espressamente i termini '*aequius erat*'. A titolo puramente di curiosità, si ricordi, infine, che in Vat. Frag. 77, un parere di Atilicino appare riferito dal misconosciuto giurista del I secolo, Aufidio di Chio: costui, secondo Marziale, *Ep*. 5.61.10, sarebbe stato ossessivamente preciso, tanto da meritarsi l'ironia del poeta. Dato che corrobora l'idea della 'notorietà' di Atilicino e dei suoi pareri almeno nell'epoca in cui visse.

[63] Un più completo studio sulla figura e l'opera di Atilicino è quanto, sommessamente, ci accingiamo a compiere.

[64] È con questo spirito che forse C. Ferrini, *Atilicinus*, cit., p. 93, a conclusione della Sua indagine sul giurista, ebbe ad affermare: «Leider sind aber die Notizen allzu sparsam, um über diesen hervorragenden Mann etwas genaueres sagen zu können. Wäre es uns gelungen ein wenig Licht auf ihn zu werfen, so wäre unsere Mühe hinreichenden belohnt».

Marina Frunzio, *Atilicino* e l'*institutio heredis* del *servus 'sine libertate'*

L'articolo cerca di ricostruire il ruolo del giurista Atilicino, vissuto nel I sec. d.C., all'interno della storia del pensiero giurisprudenziale romano, provando, attraverso l'interpretazione di un suo discusso parere, a dimostrarne la non scontata marginalità. In particolare, si esamina un noto passo delle Istituzioni giustinianee, I. 2.14.pr., in cui Atilicino sembra sostenere la validità dell'istituzione ereditaria dello schiavo anche in assenza della contestuale, espressa, clausola di libertà. Nel brano l'opinione del giurista è invocata dalla cancelleria imperiale per giustificare la medesima interpretazione innovativa, riconoscendo ad Atilicino un prestigio ben maggiore di quanto sino ad oggi la maggioranza degli studiosi è stata disponibile a tributargli.

Parole chiave: Atilicino, *servus*, giuristi romani, *institutio heredis*, *responsa*.

Marina Frunzio, *Atilicinus* and the *institutio heredis* of the *servus 'sine libertate'*

This essay attempts to reconstruct the role of the jurist Atilicinus, who lived in the first century A.D., within the history of jurisprudential Thought, through the interpretation of his controversial opinion, to demonstrate his not obvious marginality. In particular, it examines a well-known passage from the Justinian Institution, I. 2.14. pr., in which Atilicinus seems to support the validity of the hereditary institution of the slave even in the absence of the concomitant, expressed, freedom clause. In the passage the opinion of the jurist is invoked by the imperial chancellery to justify the same innovative interpretation, recognizing that Atilicinus had much greater prestige than until the majority of scholars has been willing to give him.

Key words: Atilicinus, *servus*, Roman jurists, *institutio heredis*, *responsa*.

INDICE DEL FASCICOLO 4 2019

Miscellanea

Gabriele Carapezza Figlia, L'interesse del creditore nell'ermeneutica di Emilio Betti 745

Carlotta Latini,Una legislazione *per spot*. Dalle idee di riforma del 1944-45 al progetto Grosso di codice penale 763

Laura Palazzani, Limite terapeutico e accanimento clinico sui minori: profili bioetici e biogiuridici 789

Giovanni Rossi, Bartolomeo Cipolla, giurista 'esemplare' del maturo diritto comune 813

Daniele Velo Dalbrenta, Immagini di una metamorfosi: albori della concezione penale moderna in *Utopia* di Thomas More 853

Marina Frunzio, *Atilicino* e l'*institutio heredis* del *servus 'sine libertate'* 879

Francesco Zini, Il perfezionismo nel dibattito biogiuridico sulle biotecnologie 913

Kathryn O'Sullivan, La legge sul divorzio in Irlanda: contesto, applicazione e necessità di una riforma 931

Andrea Favaro, Rinnovata *'inventio'* del diritto come esperienza giuridica. Il contributo di Paolo Grossi 961

Miguel Herrero Medina, Función de las primitivas formas testamentarias 999

Claudio Gentile, I primi passi dello Stato della Città del Vaticano. L'attuazione del Trattato Lateranense nelle carte d'archivio dell'Ambasciata d'Italia presso la Santa Sede 1041

Recensioni 1077

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868
Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-bind peer review*.
I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici itailani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a:
info@mucchieditore.it.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'Archivio giuridico. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.