



Francesca Zanetti

Osservazioni in margine a D. 50.16.220

1. Presentazione di D. 50.16.220 – 2. D. 50.16.220.pr. – 3. D. 50.16.220.1 – 4. D. 50.16.220.2 – 5. D. 50.16.220.3 – 6. D. 50.16.220 e D. 24.3.48.

1. D. 50.16.220, tratto dal secondo dei *libri quaestionum* di Callistrato¹, si presenta ad una prima lettura come testo abbastanza piano e di così immediata comprensione da sembrare una rassegna, quasi sovrabbondante, di richiami normativi conformi all'enunciato di apertura: '*Liberorum appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt continentur*'. La tentazione del lettore potrebbe dunque essere quella di giustificare l'insistenza sul tema con una scelta stilistica di impronta retorica, che riecheggia temi cari alla stoa² e una concezione «etica» del matrimonio e del vincolo di filiazione. Tuttavia, leggendo D. 50.16.220 con maggiore attenzione (anche tenendo presente che si tratta di un testo tratto da un libro di *quaestiones*)³, ci si rende conto che in realtà presenta alcune asperità stilisti-

¹) Diversi autori hanno scritto del giurista severiano. Fra i contributi più recenti ed autorevoli, due monografie: R. BONINI, *I libri de cognitionibus di Callistrato*, Milano, 1964 (recensito da D. LIEBS, in «T.», XXXIV, 1966, p. 250 ss., e da M. BRETONE, *Callistrato teorico del processo* (1968), in *Tecniche ed ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982, p. 289 ss.) e S. PULIATTI, *Il «de iure fisci» di Callistrato*, Milano, 1992. Vasta bibliografia sulla personalità e le opere del giurista anche in V. MAROTTA, *I giuristi romani come «intellettuali»: la cultura di Callistrato*, in *Ostraka*, II, 1992, p. 287 ss., ed in M. BALESTRI FUMAGALLI, *Rilievi intorno a D. 50.16.220*, in «Testimonium Amicitiae», Milano, 1992, p. 3 nt. 1.

²) Su gli influssi della dottrina stoica si veda *infra*, § 5.

³) Trattandosi di una *quaestio* la chiave di lettura del frammento dovrebbe essere la discussione di un problema desunto da casi pratici; di questo *genus scribendi* di matrice casistica si è occupato Tommaso Masiello (*Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari, 2000; per un'articolata rassegna della giurisprudenza dagli Antonini ai Severi cfr. P. FREZZA, «*Responsa*» e «*Quaestiones*». *Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in «SDHI.», XLIII, 1977, p. 203 ss.), il quale, dopo aver brevemente analizzato l'uso del termine '*quaestio*' nella retorica, nella grammatica e nella filosofia (già FREZZA, «*Responsa*», cit., p. 213, afferma che «l'uso della parola nel significato di discussione, ricerca, appartiene prima che al linguaggio dei giuristi a quello dei filosofi» e porta a sostegno di tale affermazione due testi di Cicerone: *de nat. deor.* 1.6.14 e *de fin.* 2.2), conclude che «con esso si fa riferimento all'attività di ricerca, generata dalla problematicità degli oggetti di riflessione. Questa attività assolve alla funzione, iniziatica, di elevazione del grado di conoscenza, sia che si eserciti individualmente su dati che comportano una difficoltà oggettiva, sia in relazione ed in conseguenza di contrapposizioni di due o più posizioni di pensiero». In particolare, nel modello retorico che l'autore porta ad esempio come dominante (Cic., *de inv.* 1.10 e 1.18) «*quaestio* è un problema, una ricerca, che trae origine dalla contrapposizione di posizioni». In ambito grammaticale, l'accento tende a spostarsi sulla «oggettiva difficoltà del problema, che ammette due o più possibilità di soluzione». Ad ogni modo, «esistono 'questioni' grammaticali apparentemente senza controversia, in cui la dimensione della 'ricerca' pura appare in piena luce. (...) In quest'ultima accezione, il termine *quaerere* ed il sostantivo *quaestio* indicano in pieno il collegamento con l'attività tutta teorica dell'addestramento ad una disciplina». Infine, nel leggere la prefazione delle *Naturales quaestiones* di Seneca, Masiello (*Le Quaestiones*, cit., p. 64 ss.) afferma che in ambito filosofico il termine è utilizzato «per indicare una ricerca, una discussione metodologicamente orientata». In altre parole, «ci sono *quaestiones* giuridiche, grammaticali, filosofiche, che implicano una controversia, ma non c'è dubbio che ve ne siano altre, in cui il momento della controversia è del tutto assente, perché non vi sono due o più posizioni soggettive contrastanti ed è l'argomento in discussione ad ammettere due o più percorsi interpretativi». In ambito giuridico, Masiello individua tre possibili significati del termine: il primo, collegato al *ius controversum*, intende la *quaestio* come «formale rappresentazione di un contrasto di opinioni su uno o più punti del diritto», sviluppato secondo una precisa struttura retorica («formulazione delle opinioni in contrasto, *rationes* delle opinioni medesime, *infinitatio rationum*, decisione e sua *ratio*». A tal proposito, l'au-

che ed apre problemi di non semplice soluzione, primo fra tutti quello della mancanza di una esplicita enunciazione dell'oggetto della *quaestio*:

D. 50.16.220 (Call. 2 *quaest.* = Lenel, *Pal.* n. 108): 'Liberorum' appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt continentur: hos enim omnes suorum appellatione lex duodecim tabularum comprehendit. Totiens enim leges necessariam ducunt cognationem singulorum nominibus uti (veluti filii, nepotis, pronepotis ceterorumve qui ex his descendunt), quotiens non omnibus, qui post eos sunt, praestitum voluerint, sed solis his succurrent, quos nominatim enumerent. At ubi non personis certis, non quibusdam gradibus praestatur, sed omnibus, qui ex eodem genere orti sunt, liberorum appellatione comprehenduntur.

(1) Sed et Papirius Fronto libro tertio responsorum ait praedio cum vilico et contubernali eius et filii legato nepotes quoque ex filiis contineri, nisi voluntas testatoris aliter habeat: filii enim appellatione saepe et nepotes accipi multifariam placere.

(2) Divus quoque Marcus rescripsit non videri sine liberis defunctum, qui nepotem suum heredem reliquit.

(3) Praeter haec omnia natura nos quoque docet parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes qui ex nobis descendunt continere: nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros quam filii appellare. Etenim idcirco filios filiasve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquamus.

Il giurista severiano esordisce con un assunto (nella denominazione di '*liberi*' rientrano oltre ai figli anche nipoti, pronipoti ed ulteriori discendenti in linea retta) che viene suffragato attraverso il richiamo all'autorità delle XII Tavole (che includono '*nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt*' fra i *sui*); segue una considerazione di carattere più generale (col termine '*liberi*' le leggi fanno riferimento ai discendenti in linea di sangue, mentre ricorrono a denominazioni specifiche solo per introdurre dei distinguo). A conferma Callistrato riporta l'opinione concorde del giurista severiano Papirio Frontone (trovatosi a prendere posizione in argomento nell'interpretare la lettera di un legato), cita un rescritto di Marco Aurelio (in base al quale non può considerarsi '*sine liberis defunctus*' chi lascia erede un nipote *ex filio*) e fa da ultimo riferimento alla *natura* (che mostra come i buoni genitori generino ed accudiscano la prole come mezzo per ottenere quella forma di immortalità che è il perpetuo ricordo di sé impresso nella propria discendenza).

Il testo, costruito attraverso l'enunciazione di una premessa seguita da una serie di sequenze rafforzative, va letto con attenzione e messo a fuoco in ogni sua parte.

2. Considerato sotto il profilo del tenore letterale, D. 50.16.220.pr. è fra le varie parti in cui si articola

il tenore mette in guardia dal rischio di identificare «il momento di formalizzazione di una divergenza di giudizi o di opinioni, la *quaestio* appunto, con il '*ius controversum*', lo schema formale di un contrasto di opinioni con il contrasto di opinioni». Il secondo significato prescinde dalla controversia poiché l'oggetto è in sé passibile di più interpretazioni diverse da parte di uno stesso interprete: la *quaestio* è intesa come «formale rappresentazione di una riflessione su un punto particolarmente complesso di una norma giuridica o di un atto di autonomia privata». Nel terzo significato, «impercettibilmente diverso dal primo a seconda che vi sia o non vi sia la controversia, la *quaestio* è la rappresentazione formale di una riflessione su un parere dello stesso giurista o di altro, non importa se originata dalla richiesta di un responso su un caso pratico, su un punto di diritto particolarmente rilevante sotto il profilo 'dogmatico' dal punto di vista a) sostanziale, b) processuale, c) squisitamente cautelare» (MASIELLO, *Le Quaestiones*, cit., p. 75). Operare una scelta fra i modelli proposti appare per il testo in esame alquanto complicato, dal momento che D. 50.16.220 ha con ogni probabilità subito rimaneggiamenti in sede di compilazione: a fondare tale possibilità è principalmente la constatazione che né l'eventuale *casus*, occasione della sequenza delle argomentazioni presentate da Callistrato, emerge dalla redazione attuale né lo stesso problema oggetto della *quaestio*, che traspare solo in modo indiretto (potrebbe deporre a favore dell'ipotesi di un lavoro di scomposizione e riduzione sul frammento, originariamente più lungo, anche la presenza nel Digesto di un altro testo tratto dal secondo dei *libri quaestionum* di Callistrato: si tratta di D. 24.3.48, del quale si dirà al § 6). Il primo modello, fondato sul confronto di opinioni contrastanti, sembra potersi escludere dal momento che il testo non riporta tracce di *ius controversum* (salva l'ipotesi, forse un po' estrema, che sia stata eliminata ogni traccia di *ratio* dissimile da quella esposta). Decidere fra il secondo ed il terzo significato appare più complesso, dal momento che entrambi attengono a riflessioni su questioni di diritto di particolare rilievo e che non è dato di sapere se la serie di argomentazioni di cui disponiamo sia scaturita da un punto controverso oggettivamente passibile di diverse interpretazioni oppure dalla presa di posizione di un giurista.

la il passo in esame forse quella di più difficile interpretazione:

D. 50.16.220.pr.: 'Liberorum' appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt continentur: hos enim omnes suorum appellatione Lex duodecim tabularum comprehendit. Totiens enim leges necessariam ducunt cognationem singulorum nominibus uti (veluti filii, nepotes, pronepotis ceterorumve qui ex his descendunt), quotiens non omnibus, qui post eos sunt, praestitum voluerint, sed solis his succurrent, quos nominatim enumerent. At ubi non personis certis, non quibusdam gradibus praestatur, sed omnibus, qui ex eodem genere orti sunt, liberorum appellatione comprehenduntur.

Il termine 'liberi' comprende nipoti, pronipoti e quanti da costoro discendono; la stessa legge delle XII Tavole, infatti, include tutti questi soggetti nella denominazione di *sui*. La motivazione introduce un'equiparazione fra 'liberi' e 'sui' che ricorre anche in Gai., *inst.* 3.1-4 (integrato in base a *Coll.* 16.2.1-4 ed I.3.1)⁴, che si riporta:

- [... *fol. deperd.* ...] 1. Intestatorum hereditates ex lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent.
 2. Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerunt, ueluti filius filiae, nepos neptisue ex filio, pronepos proneptisue ex nepote filio nato prognatus prognatae. Nec interest, utrum naturales sint liberi an adoptiui. Ita demum tamen nepos neptisue et pronepos proneptisue suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, siue morte id acciderit siue alia ratione, ueluti emancipatione; nam si per id tempus, quo quis moriatur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegemus.
 3. Uxor quoque, quae in manu eius, qui moritur, est, ei sua heres est, quia filiae loco est. Item nurus, quae in filii manu est, nam et haec neptis loco est. Sed ita demum erit sua heres, si filius, cuius in manu fuerit, cum pater moritur, in potestate eius non sit. Idemque dicemus et de ea, quae in nepotis manu matrimonii causa sit, quia proneptis loco est.
 4. Postumi quoque, qui si uiuo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt.

Emerge chiaramente dal testo che 'sui heredes' sono i 'liberi, qui in potestate morientis fuerunt, ueluti filius filiae, nepos neptisue, pronepos proneptisue'⁵. In altre parole: *sui* è il modo in cui i discendenti *ingenui* in linea retta soggetti alla potestà del *de cuius* (cioè i *liberi*) vengono chiamati dalle XII Tavole nel contesto della successione *ab intestato* (cfr. Gai., *inst.* 2.156)⁶. Sembra che la chiave di volta di entrambe le categorie sia la soggezione alla *potestas* diretta del *pater/de cuius*: i nipoti e pronipoti, mentre sono sempre inclusi nel novero dei *liberi*⁷, non possono dirsi 'sui' se, morto il *de cuius*, ricadono nella potestà del proprio padre, divenuto *sui iuris*⁸.

⁴) Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, A. GUARINO, *Breviarium iuris romani*⁷, Milano, 1989, p. 107. Analogo assetto emerge da *Tit. Ulp.* 22.14: 'Sui autem heredes sunt liberi quos in potestatem habemus, tam naturales quam adoptiui: item uxor quae in manu est et nurus quae in manu est filii quem in potestate habemus'. Per l'uso del termine *natura* nei rapporti di filiazione, che si tratti di vincolo di sangue o adottivo, cfr. C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, p. 42 ss., con bibliografia e numerosi testi citati.

⁵) Oltre, naturalmente, all'*uxor in manu*, che si trova nella posizione di *filiae loco*, ed ai *postumi* che, se nati in vita del *de cuius*, sarebbero caduti sotto la sua *potestas*; si accenna appena per amore di completezza a queste due categorie, che non hanno nulla a che fare con la ricerca in corso.

⁶) Ci si può domandare se il senso della *quaestio* riguardasse per caso l'interpretazione della clausola edittale relativa alla *bonorum possessio sine tabulis*; la seconda parte di D. 50.16.220pr. non collide con la possibilità che Callistrato stesse commentando l'editto.

⁷) Cfr. D. 1.6.4 e gli altri frammenti di cui *infra*, § 3.

⁸) Un testo molto interessante e di grande complessità è D. 38.6.7.pr., tratto dal XXIX libro delle *Quaestiones* di Papiniano: 'Scripto herede deliberante filius exheredatus mortem obit atque ita scriptus heres omisit hereditatem. nepos ex illo filio susceptus awo suus heres erit neque pater videbitur obstitisse, cuius post mortem legitima defertur hereditas. nec dici potest heredem, sed non suum nepotem fore, quod proximum gradum numquam tenuerit, cum et ipse fuerit in potestate neque pater eum in hac successione praevenerit. et alioquin si non suus heres est, quo iure heres erit, qui sine dubio non est adgnatus? ceterum et si non sit exheredatus nepos, adiri poterit ex testamento hereditas a scripto herede filio mortuo: quare qui non obstat iure intestati, iure testati videbitur obstitisse'. Del frammento si è recentemente occupato M. GARDINI, *Sviluppi giurisprudenziali intorno a XII Tab. 5.4*, in «Le Dodoci Tavole Dai Decemviri agli Umanisti», Pavia, 2005, p. 311 ss.: «Si è di fronte ad un adattamento del concetto

Più complessa, anche dal punto di vista della comprensione del tenore letterale del testo, è la seconda parte del frammento. Quando le leggi non intendono prendere in considerazione tutti i discendenti ma vogliono privilegiarne solo alcuni utilizzano appellativi specifici (cioè figli, nipoti, pronipoti, etc.), propri di ciascun grado di parentela⁹; se al contrario intendono che quanto stabilito sia messo a disposizione di tutti i discendenti, senza distinzione di grado¹⁰, allora utilizzano il termine 'liberi', che li ricomprende tutti.

L'osservazione di Callistrato a proposito della portata della parola 'liberi' nell'uso che ne fanno le leggi, retta dagli avverbi correlativi 'totiens ... quotiens', non solo appare qui pacifica, incondizionata, ma trova anche conferma in svariati altri testi; si può dunque dire probabile che il termine 'liberi' abbia avuto come significato tecnico il valore generale di «discendenza»¹¹ In quest'ottica, un testo interessante è D. 1.7.2.pr.(Gai 1 *Inst.*):

Generalis enim adoptio duobus modis fit, aut principis auctoritate aut magistratus imperio. Principis auctoritate adoptamus eos qui sui iuris sunt: quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, idest interrogatur, an velit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse, et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur. Imperio magistratus adoptamus eos qui in potestate parentis sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis.

Il frammento riguarda l'adozione: dopo aver distinto fra *adrogatio* (*adoptio principis auctoritate*) ed adozione in senso stretto (*adoptio magistratus imperio*) in base alla nota circostanza che l'adottando sia *sui iuris* o *alieni iuris*, Gaio afferma che, nel secondo caso, è del tutto indifferente che il soggetto a potestà appartenga al primo piuttosto che al secondo *gradus liberorum*, ovvero che sia un figlio (*primus gradus*) oppure un nipote o un pronipote (accomunati nel *gradus inferior*). Da notare che, se messa a confronto con 'liberi', la parola 'filii' viene adoperata nell'accezione specifica di «figli».

Merita di essere ricordato D. 1.7.2.2: i *liberi*, soggetti alla potestà dell'adrogato, ricadono anch'essi nella potestà dell'adrogante in qualità di nipoti¹². Simili nel tenore letterale e nei contenuti sono D. 1.7.15.pr. e D. 1.7.40.pr. (quest'ultimo interessante perché sottolinea che l'effetto descritto si produce esclusivamente nell'*adrogatio* e non nell'adozione)¹³.

di *suis* che, dal nucleo originario dei figli *in potestate*, era stato portato ad includere i *nepotes ex filio* e che Papiniano spinge fino a raccogliere anche il nipote che subentra al proprio *pater* a distanza di tempo dalla morte dell'ereditando» (p. 316). Il giurista perviene a tale risultato collegando la qualifica di 'suis heres' ad un momento successivo alla morte del *de cuius*. «Papiniano conclude sottolineando come una medesima circostanza (la presenza di un *pater* diseredato) sia capace di generare soluzioni opposte sul destino successorio del nipote a seconda del corso preso dalla devoluzione. Il ragionamento di Papiniano sembra diretto ad un uditorio che non si ha timore di sconcertare con la presentazione della modalità non lineare del diritto; la sua riflessione, infatti, non presenta né il carattere semplice di chi vuole mettere ordine, né l'univocità di chi deve dare una soluzione pratica ad un problema ben circoscritto ma, piuttosto, sembra aspirare alla promozione della riflessione» (p. 328). In effetti il frammento di Callistrato e quello di Papiniano appaiono molto diversi: mentre il primo non fa che riferire ed organizzare il diritto precedente in termini autoritativi, direi positivisti, Papiniano crea diritto argomentando in modo sistematico presupposti e possibili conseguenze.

⁹) Cfr. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto*, cit., p. 142 ss.

¹⁰) Si veda D. 38.10.pr. (Gai 8 *ad ed. prov.*): 'Gradus cognationis alii superioris ordinis sunt, alii inferioris, alii ex transverso sive a latere. Superioris ordinis sunt parentes, inferioris liberi, ex transverso sive a latere fratres et sorores liberique eorum'.

¹¹) Il «Thesaurus Linguae Latinae» (VII.2, c. 1301-1304) attesta l'uso del termine 'liberi' già nelle commedie plautine (ad esempio Plaut., *Maen.* 59 ed *Amph.* 258) e ne fornisce il significato più generico attraverso le parole di Cicerone: 'ex nobis natos liberos appellamus' (*nat. deor.* 2.62); dopo aver ammonito che dall'uso della parola non si possono desumere distinzioni di genere (indica tanto le figlie quanto i figli) né di età (*sub* 1, a-b), pone particolare attenzione all'impiego tecnico che ne fanno i giuristi (anche perché negli scrittori più recenti diventa più raro incontrarla *extra sermonem iuris*) e registra (*sub* 1, c) l'interpretazione in base alla quale 'liberi' include i nipoti e gli altri discendenti.

¹²) D. 1.7.2.2 (Gai 1 *inst.*). 'Hoc vero proprium est eius adoptionis, quae per principem fit, quod is qui liberos in potestate habet si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subicitur, sed et liberi eius in eiusdem fiunt potestate tamquam nepotes'. L'assetto appena descritto sembra riecheggiare la celebre massima 'adoptio naturam imitatur' (cfr. *Iust. inst.* 1.11.4).

¹³) D. 1.7.15.pr. (Ulp 26 *ad Sab.*): 'Si pater familias adoptatus sit, omnia quae eius fuerunt et adquiri possunt tacito iure ad eum transeunt qui adoptavit: hoc amplius liberi eius qui in potestate sunt eum sequuntur: sed et hi, qui postliminio redeunt, vel qui in

Un ulteriore esempio dell'uso in senso lato di 'liberi' si trova in D. 1.9.10 (Ulp. 34 *ad ed.*)¹⁴:

Liberos senatorum accipere debemus non tantum senatorum filios, verum omnes, qui geniti ex ipsis exve liberis eorum dicantur, sive naturales sive adoptivi sint liberi senatorum, ex quibus nati dicuntur (...).

Di nuovo, un giurista (in questo caso Ulpiano) si trova a dover determinare la portata del termine, ed ancora opta per la portata più generale, che abbraccia l'intera discendenza. Anche qui come in D. 50.16.220.pr. rispetto a *liberi filius* ha un valore apparentemente più ristretto, specifico.

Ricapitolando: in D. 1.7.2.pr. Gaio include i figli nel *primus gradus liberorum*; per Ulpiano in D. 1.9.10 l'espressione '*liberi senatorum*' allude in termini generici alla discendenza; lo stesso Callistrato enumera nel *principium* il vocabolo '*filius*' fra i *nomina singulorum* (ovvero le denominazioni specifiche che le leggi utilizzano con l'intento di restringere il campo di applicazione di certi meccanismi) che restano assorbiti nella denominazione generale di '*liberi*'. Sembrerebbe di poter concludere che il termine '*liberi*', più vasto (e più generico?), includa i discendenti *ingenui* in linea di sangue, ovvero coloro i quali ricadono nella *patria potestas* del capostipite comune; '*fili*' sarebbero propriamente i figli, coloro che sono stati direttamente generati, stretti da un legame di sangue, o quelli che attraverso l'adozione risultano loro equiparati.

Resta un'ultima osservazione a proposito di ciò che Callistrato dice delle leggi: problema altrettanto diverso, che sarebbe da verificare attraverso accurati riscontri testuali, è l'effettivo uso della parola '*liberi*' nei testi legislativi: quella del giurista severiano è una mera constatazione o una proposta interpretativa? In altre parole, Callistrato si limita a rilevare l'esistenza di una prassi oppure propone una regola di ermeneutica legislativa (tutte le volte che una legge in materia di parentela di sangue utilizza appellativi specifici va interpretata restrittivamente, nel senso che i privilegi che essa dispone sono applicabili solo ai soggetti espressamente indicati; al contrario, nell'uso del termine '*liberi*' va ravvisata l'intenzione di beneficiare tutti i discendenti)?

3. Il testo di Callistrato prosegue con:

D. 50.16.220.1: Sed et Papirius Fronto libro tertio responsorum ait praedio cum vilico et contubernali eius et filiis legato nepotes quoque ex filiis contineri, nisi voluntas testatoris aliter habeat: filii enim appellatione saepe et nepotes accipi multifariam placere.

Il passo introduce un punto di vista che collide con quanto precedentemente affermato: che i nipoti siano inclusi nella parola '*fili*'¹⁵ è in aperta contraddizione con il *principium* e con i testi citati, dove '*filius*' è rispetto a '*liberi*' termine specifico, di uso ristretto.

Callistrato riferisce il responso di un giurista contemporaneo di Quinto Cervidio Scevola, Papirio Frontone¹⁶. Questi, nell'interpretare la lettera di un legato che assegna al legatario un campo corredato del fattore, della sua compagna e dei loro figli, ritiene che restino implicitamente inclusi

utero fuerunt cum adrogaretur, simili modo in potestatem adrogatoris rediguntur. D. 1.7.40.pr. (Mod 1 *diff.*): '*Adrogato patre familias liberi, qui in eius erant potestate, nepotes apud adrogatorem efficiuntur simulque cum suo patre in eius recidunt potestate. Quod non similiter in adoptionem contingit: nam nepotes ex eo in avi naturalis retinentur potestate*'.

¹⁴ Del frammento si è occupato MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto*, cit., p. 53. A quelli menzionati potrebbero aggiungersi diversi altri testi, del medesimo tenore. Fra questi, in particolare, oltre a D. 50.12.15, di cui si dirà al § 4, si ricorda D. 2.4.10.9 (Ulp. 5 *ad ed.*): '*Liberos autem secundum Cassium, ut in parentibus, et ultra trinepotem accipimus*'.

¹⁵ Anche per '*fili*' il «Thesaurus Linguae Latinae» (VI, c. 751-760) registra un utilizzo che risale a Plauto (gli esempi sono numerosissimi; ci si limita a ricordare Plaut. *Maen.* 61 e *Aul.* 21); l'impiego in senso generico, ad indicare i posteri, è attestato da Virgilio in poi (cfr. Verg., *Aen.* 6.864). Per quel che riguarda il diritto, l'uso più antico è attestato nelle XII Tavole (*sub II*, c. 754).

¹⁶ Citato da Callistrato anche in D. 14.2.4.2. Sul giurista, si veda R. ORESTANO, '*Papirio Frontone*', in «NNDI», XII, Torino, 1965, p. 366. A. BERGER, '*Papirius*', in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», XVIII.3, Stuttgart, 1949, c. 1059, e W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz - Wien - Köln, 1967, p. 235.

nella disposizione anche i *nipoti ex filio*, a meno che non risulti la diversa intenzione del testatore¹⁷.

D. 1.6.4¹⁸, tratto dalle Istituzioni di Ulpiano, identifica come *'filius ... qui ex me et uxore mea nascitur'* e che, col venire al mondo, ricade sotto la potestà del padre. Molto simile, D. 1.6.6, sempre di Ulpiano (9 *ad Sab.*): *'filium eum definimus qui ex viro et uxore eius nascitur'*¹⁹. *'Filii'* sono dunque tutti coloro che sono generati dall'unione di *vir et uxor*²⁰.

Nel testo di Callistrato *'filii'* viene utilizzato in modo simile a quello in cui viene utilizzato *'liber'* nei brani citati in precedenza: che il termine venga adoperato nel significato atecnico (cioè più generale) potrebbe trovare la sua giustificazione nel fatto che ci si trova in presenza di un legato, un atto di autonomia privata che per sua natura, a differenza della legge, potrebbe intendere usare le parole che impiega con un significato diverso da quello loro proprio²¹. E' però interessante notare che Papirio Frontone instaura una precedenza: *in primis* deve venire in considerazione il significato generico (di «discendenti»); solo in presenza di una precisa volontà dell'autore dell'atto si potrebbe dare accesso al significato specifico, ristretto (di «figli»). La giustificazione del meccanismo sta tutta nel *'saepe'*, cioè in una prassi che ad avviso del giurista²² potrebbe essere in molti modi (*'multifariam'*) documentata.

Un esempio si trova in Giuliano, in un frammento che, come quello di Callistrato estrapolato dal contesto originale ed inserito nel titolo *de verborum significatione*, non tramanda il ricordo delle circostanze che hanno generato il problema affrontato dal giurista:

D. 50.16.201 (Iul. 81 *dig.*): *Iusta interpretatione recipiedum est, ut appellatione 'filii', sicuti filiam familias contineri saepe respondebimus, ita et nepos videatur comprehendendi, et 'patris' nomine avus quoque demonstrari intellegatur.*

Il fatto che Giuliano parli di *iusta interpretatio* come di quella che deve essere accolta implica naturalmente l'esistenza di posizioni discordanti, fra le quali viene operata una scelta: come egli ha più volte ritenuto che la parola *'filii'* dovesse includere anche la figlia²³, così invita a considerare (*'videatur'*) in tale denominazione ricompreso anche il nipote.

Un esempio di interpretazione discordante è conservato in D. 26.2.6: qui Ulpiano, nel commentare una *datio tutoris testamentaria*, perviene ad una conclusione completamente diversa da quella di Giuliano e di Papirio Frontone / Callistrato (in linea con D. 50.16.220.pr.):

D. 26.2.6 (Ulp. 39 *ad Sab.*): *Quid si nepotes sint? An appellatione filiorum et ipsis tutores dati sint, vi-*

¹⁷ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*² II, Milano, 1963, p. 948: «sotto il nome di figli sono compresi anche i nipoti, *nisi voluntas testatoris aliter habeat*. La riserva è da considerarsi classica anche nella forma.» L'autore (p. 832-834) attesta, portando l'esempio di numerosi frammenti, la pratica dei testatori di servirsi di appellativi di uso comune in senso proprio o traslato: il genere maschile può così comprendere entrambi i sessi, il singolare può essere riferito a più persone, la qualifica di figlio può estendersi tanto ai discendenti ulteriori quanto ai postumi. E' possibile anche l'uso di un linguaggio «personale», difforme rispetto a quello comune o più semplicemente caratterizzato dall'attribuzione ad un certo termine di un significato più o meno esteso di quello usuale (cfr. ad esempio D. 32.50.2643, D. 32.69.285 e D. 32.95.12); in tutti questi casi si rende necessaria una *quaestio voluntatis* per stabilire le intenzioni del testatore.

¹⁸ D. 1.6.4 (Ulp. 1 *inst.*): *'Nam civium romanorum quidam sunt patres familiarum, alii filii familiarum, quaedam matres familiarum, quaedam filiae familiarum. Patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes: simili modo matres familiarum; filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena potestate. Nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est: item qui ex filio meo et uxore eius nascitur, id est nepos meus et neptis, aequae in mea sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri.'*

¹⁹ I frammenti appena citati si esprimono in termini di *'vir et uxor'* in quanto parte di una trattazione che riguarda la *familia proprio iure dicta*. Che *'filii'* fossero anche quelli nati da concubinato, da *contubernium* e gli illegittimi è dato ampiamente attestato nelle fonti e fuori discussione in dottrina (cfr. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto*, cit., p. 51 ss.).

²⁰ Il quadro va integrato con la disciplina della filiazione adottiva, per la quale si rimanda al § 2.

²¹ Cfr. *supra*, nt. 17.

²² Può essere superfluo indagare se l'ultimo periodo riporti la posizione di Frontone (la cui opinione è comunque già espressa dall'*'ait'* iniziale) o se rispecchi piuttosto un commento di Callistrato, dal momento che si registra un'adesione incondizionata alla proposta.

²³ Cfr. Quint., *inst.* 9.3.63: *'... medium ... iungit ... diversos sexus, ut cum marem feminamque filios dicimus.'*

dendum. Et magis est, ut ipsis quoque dati videantur, si modo liberos dixit: ceterum si filios, non continebuntur: aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si postumis dederit, tam filii postumi quam ceteri liberi continebuntur.

Il giurista si pone questa domanda: se nella *datio tutoris* il *de cuius* ha utilizzato la parola *'filii'*, possono i tutori testamentari ritenersi utilmente nominati anche per i nipoti? Ulpiano ritiene preferibile (*'magis est, ut ... videantur'*) considerare «coperti» anche i nipoti solo se il testatore ha utilizzato il termine *liberi*, ed aggiunge: *'aliter enim filii, aliter nepotes appellantur'*. Come dire, un conto è usare la parola «figli», un conto è utilizzare la parola «nipoti». È interessante notare che nell'ultimo periodo (chiaramente, se il tutore è stato nominato per i *postumi*, la *datio* includerà tanto i *filii postumi* quanto gli altri discendenti) *'liberi'* viene in modo abbastanza evidente utilizzato in contrapposizione a *'filii'* per indicare «gli altri discendenti».

Accostando i due passi in cui Callistrato ed Ulpiano, giuristi praticamente contemporanei, assumono posizioni opposte interpretando due negozi *mortis causa*, non può non sorgere il dubbio che la *quaestio* originale riguardasse un caso analogo, ovvero l'interpretazione della portata di un negozio nel quale fosse stata (impropriamente) usata la parola *'filii'* in luogo di *'liberi'*.

Resta il problema di capire che peso abbia la scelta di usare *'liberi'* piuttosto che *'filii'* o viceversa. La questione è talmente complessa che farsene carico in questa sede non appare possibile; alcune osservazioni relative ai passi in esame sembrano però doverose.

In D. 50.16.220.1 Callistrato potrebbe aver fatto uso di *'filii'* al posto di *'liberi'* dal momento che, trattandosi di parentela servile, il secondo termine sarebbe risultato inadeguato²⁴. È infatti opinione diffusa che la parola *'liberi'*, etimologicamente legata all'aggettivo *'liber'* (opposto di *'servus'*), stia ad indicare i figli in quanto parte libera della famiglia; il *Thesaurus* riporta alcuni esempi di *ethymologia vulgata* del termine²⁵, fra i quali *diff. Suet.* (Roth p. 277-278): *'Filii omni condicionis intelleguntur tam servi quam ingenui, liberi autem non dicuntur nisi qui ab ingenuis nascuntur'*.

Il passo instaura un'aperta distinzione fra *'filii'*, che si usa per individui di qual si voglia condizione, e *'liberi'*, che può essere adoperato solo per *ingenui* nati da *ingenui*. Simile nel tenore è Isid. *orig.* 9.5.17-18: *'... filii ... ideo in legibus liberi appellantur, ut isto vocabulo secernantur a servis (...) item liberi dicti, quia ex libero sunt matrimonio orti'*.

Qui l'autore afferma che nelle leggi si usa la parola *liberi* allo scopo di differenziare figli liberi, nati da *istae nuptiae*, e servi.

Queste petizioni di principio sono però contraddette dalla pratica di alcuni testi giurisprudenziali, dove *liberi* è usato anche per i figli degli schiavi:

D. 30.62 (Paul. 41 *ad ed.*): Si ancilla cum liberis legata sit, et ancilla sola, si non sint liberis, et liberi soli, si nin sit ancilla, debentur.

D. 34.1.20.pr. (Scaev. 3 *resp.*): ... deinde ... eidem Stichio contubernalem eius[Stichi] et liberos legavit.

La questione si complica ulteriormente se accanto a D. 50.16.220.1 si legge D. 50.16.84 (Paul. 2 *ad V. it.*), di tenore alquanto diverso dai passi precedenti:

Filii appellatione omnes liberos intellegimus.

Nel testo Paolo non fa riferimento ad un canone interpretativo della volontà negoziale, ma espone il concetto in forma di regola generale (va da sé che resta il dubbio se l'operazione di generalizzazione che ha trasformato un canone interpretativo in una prescrizione fosse già nei pensieri di Pao-

²⁴ Cfr. D. 38.10.10.5 (Paul *ls. de grad. et adfin.*) che attesta l'utilizzo, nei rapporti di parentela fra schiavi, del termine *'filius'*: *'Non parimus his nominibus, id est cognatorum, etiam in servis: itaque parentes et filios fratresque etiam servorum dicimus: sed ad leges serviles cognationes non pertinent'*. Sull'argomento cfr. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto*, cit., p. 63 ss.

²⁵ «Th.L.L.», VII.2, c. 1302.

lo o se sia piuttosto opera dei compilatori)²⁶; da notare in ogni caso l'uso del verbo *'intelligimus'*, che lascia trasparire un certo relativismo.

Che peso va dato all'affermazione che con il termine *'filii'* si intendono tutti i *'liberi'*? Il testo può essere letto in due modi:

«con il termine *'filii'* si intendono tutti i discendenti»: questa ipotesi, conforme all'uso generale di *'liberi'* e perfettamente compatibile con la posizione assunta da Callistrato e Papirio Frontone, amplierebbe di riflesso la portata di *'filii'*;

«con il termine *'filii'* si intendono tutti i figli» generati o adottivi, maschi o femmine che siano: l'ipotesi, conforme ad un uso ristretto di *'liberi'*, ben si accorderebbe con la posizione espressa da Ulpiano e con l'idea di *'filius'* quale soggetto generato (o adottato).

Il frammento di Paolo pone in evidenza un altro possibile aspetto di interesse: mentre per la legge (che ha carattere prescrittivo e privilegia un uso ristretto di *'filii'*) la generalizzazione del termine *'filii'* potrebbe risultare inopportuna dal momento che ne cancellerebbe il significato specifico, a livello giurisprudenziale (dove c'è sempre la possibilità della prova contraria, desunta dalle circostanze del caso concreto) la generalizzazione di significato è operazione perfettamente plausibile, talvolta forse opportuna e necessaria.

4. La rassegna procede con una costituzione imperiale:

D. 50.16.220.2: Divus quoque Marcus rescripsit non videri sine liberis defunctum, qui nepotem suum heredem reliquit.

Callistrato cita un rescritto di Marco Aurelio²⁷, con tono così lapidario che risulta difficile risalire non solo alla costituzione di riferimento, ma anche alla materia sulla quale interveniva: che peso ha l'affermazione che non si può considerare morto senza discendenti chi lascia un nipote *ex filio*?

Non sfugge che la materia è probabilmente quella della successione testamentaria²⁸; in particolare, il rescritto potrebbe riguardare il tema della successione del patrono nei beni del liberto²⁹. Le XII Tavole (Gai., *inst.* 3.39-42 e *Inst. inst.* 3.7) stabiliscono che sono eredi del liberto in primo luogo i *sui*; se non ci sono *sui* ed il liberto muore intestato eredi sono il patrono e, morto lui, i suoi figli (non citati dalle XII Tavole, ma la menzione si ritiene implicita: Gai., *inst.* 3.45); è poi ammessa la successione gentilizia³⁰. Innovazioni, anche di un certo peso, vengono in seguito introdotte dall'editto, che prevede la *bonorum possessio dimidiae partis*, e dalla *lex Papia Poppaea* (9 d.C.).

Al frammento in esame si può accostare D. 50.12.15 (Ulp. *l.sing. cur. rei. p.*):

²⁶) L'osservazione vale anche per Callistrato: in D. 50.16.220 il giurista cita le diverse disposizioni in tono autoritativo, senza portare opinioni divergenti, fosse anche solo in funzione argomentativa: non interpreta la *regula*, si limita ad enunciarla; Callistrato non entra nel caso, non crea diritto: espone in modo ordinato il diritto precedente. Tuttavia, non possiamo dire fino a che punto quanto rilevato rispecchi l'atteggiamento del giurista o sia frutto di interventi compilatori. Puliatti (*Il «de iure fisci» di Callistrato*, cit., p. 40 ss., con ampia bibliografia; in particolare si veda p. 46 nt. 102) afferma che «anche se non si possono escludere interventi dei compilatori giustiniani nella decurtazione o nella caduta dei corredi storico-dottrinali dei passi escerpiti, le ragioni interne sono da ricercare in alcuni dati specifici della *forma mentis* e del pensiero di Callistrato che costituiscono in parte il titolo della sua originalità. Anzitutto l'orientamento a considerare i testi giurisprudenziali non in chiave dogmatica, come fonti del diritto su cui fondare il discorso tecnico o sviluppare una soluzione; bensì semplicemente sotto angolazione critica, come interpretazione da condividere o meno, prive comunque di valore precettivo. In secondo luogo la convinzione che il disegno dell'evoluzione dei concetti giuridici è irrilevante in confronto alla certezza del diritto, concretantesi e, per così dire, impersonata dalla norma vigente».

²⁷) Sulla produzione normativa di Marco Aurelio si veda PULIATTI, *Il «de iure fisci» di Callistrato*, cit., p. 70 nt. 140 s. per bibliografia.

²⁸) Così anche M. BALESTRI FUMAGALLI, *Rilievi intorno a D. 50.16.220*, cit., p. 4.

²⁹) Si veda VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 25 ss.

³⁰) Cfr. Cic., *de orat.* 1.39.176. Per la successione nei beni del liberto si veda VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 38 ss.

Inter liberos nepotem quoque ex filia contineri divus Pius rescripsit.

Il testo di Ulpiano è più semplice da collocare, dal momento che è inserito nel titolo *de pollicitationibus*: definire quali soggetti possano annoverarsi fra i *liberi* e, per riflesso, fra gli eredi del promittente è di notevole rilevanza per stabilire chi ed in quale misura (in applicazione di un rescritto di Antonino Pio menzionato da Pomponio in D. 50.12.14) sia tenuto a portare a compimento l'opera del *pollicitator* defunto.

5. Resta da dire del richiamo alla natura e delle considerazioni «metagiuridiche» che Callistrato svolge in

D. 50.16.220.3: Praeter haec omnia natura nos quoque docet parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes qui ex nobis descendunt continere: nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros quam filii appellare. Etenim idcirco filios filiasve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquamus.

Oltre a tutto ciò, la natura stessa insegna a noi, buoni genitori che contraiamo matrimonio con l'intento ed il desiderio di generare figli, a comprendere nel nome di figli tutti quelli che da noi discendono; non possiamo infatti chiamare i nipoti con nome più dolce di quello di *'filii'*. E infatti noi generiamo e cresciamo figli e figlie al fine di lasciare mediante la loro prole durevole memoria di noi per le generazioni a venire.

E' da notare che *'liberi'* viene qui utilizzato in una frase (*'liberorum procreandorum animo et voto'*) che riecheggia nella forma un'espressione tecnica (*'liberorum quaerendorum causa'*)³¹ di grande importanza nel matrimonio romano, dal momento che esprimere l'intenzione di sposarsi allo scopo di procreare figli legittimi era il solo modo per manifestare la propria volontà di contrarre *iustae nuptiae*. Così dice Cicerone (*de inv.* 1.2): *'[temporibus priscis] nemo nuptias viderat legitimas, non certos quisquam aspererat liberos'*.

D. 50.16.220.3 è carico di suggestioni: il richiamo alla natura, intesa come condizione di vita in cui si esprime l'essenza delle cose (ovvero un valore necessario per la loro sussistenza e non semplice espressione di un uso corrente); l'uso di *'docet'* riferito alla natura, volto a conferirle valore normativo, quale maestra di ciò che non è semplicemente usuale (essere genitore) ma che rappresenta il paradigma al quale tendere, ovvero una condotta rispettosa dell'essenza delle cose (essere un buon genitore); la menzione della *pietas*, virtù romana per eccellenza, in riferimento ai genitori che si uniscono in matrimonio con il fine ultimo di perpetuare se stessi nei propri discendenti e che pertanto non hanno motivo alcuno per distinguere fra figli e nipoti; il richiamo alla formula *'liberorum procreandorum animo et voto'* come espressione della volontà di un uomo ed una donna di contrarre un vincolo matrimoniale, finalizzato alla nascita di discendenti (legittimi) e non una semplice unione.

In altre parole, non si tratta semplicemente di mera condotta conforme all'*'id quod plerumque accidit'*, una prassi di cui la giurisprudenza si serve per creare precedenze interpretative, ma di una prassi idealizzata che si pone come paradigma di perfezione; rispetto al senso comune rievocato nei passaggi precedenti (particolarmente evidente nel rescritto di Papirio Frontone), qui sembra che Calli-

³¹ Sull'uso della formula in esame, cfr. ORSOLYA MARTA PETER, *«Liberorum quaerendorum causa»*. *L'immagine ideale du mariage et de la filiation a Rome*, in «RIDA», XXXVIII, 1991, p. 285 ss. L'autrice – p. 307 ss. – delinea con cura la nascita (ponendo l'accento sulle radici filosofiche del concetto, in Aristotele e Musonio Rufo) ed il consolidarsi dell'uso della formula in una prassi che porterà, già ai tempi di Varrone (p. 308 nt. 38), ad intendere l'espressione come sinonimo stesso di matrimonio. La formula è ampiamente attestata già in Plauto (ad es. in *Aul.* 148 – *'liberis procreandis volo te uxorem ducere'* – e in *Capt.* 889: *'liberorum quaerendorum causa ei, credo, uxor datast'*) come simbolo del matrimonio legittimo; Gellio, nelle sue *Notti Attiche* (4.3.1-2), nel raccontare la vicenda del divorzio di Carvilio Ruga, afferma: *'... iurare a censoribus coactus erat, uxorem se liberum quaerendum gratia habiturum'*. Sul matrimonio si vedano anche R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1986, p. 293 ss., E. VOLTERRA, *'Matrimonio (diritto romano)'*, in «ED», XXV, Milano, 1975, p. 738 ss., M. SARGENTI, *Matrimonio cristiano e società pagana*, in «SDHI», LI, 1985, p. 307 ss. In particolare sull'aspetto della *pietas parentum* si veda MAROTTA, *I giuristi romani come «intellettuali»*, cit., p. 290 s., con bibliografia.

strato intenda elevare la natura a legislatrice.

Per quel che riguarda D. 50.16.220.3, la dottrina è concorde nell'affermare che il frammento rivela l'influsso del pensiero stoico³². A tal proposito, non si può trascurare il richiamo alla *Rhetorica ad Herennium*³³, 2.13.19:

Natura ius est quod cognationis aut pietatis causa observatur; quo iure parentes a liberis et a parentibus liberi coluntur.

Quasi doveroso ricordare il noto D. 1.1.1.3 (Ulp. 1 *inst.*)³⁴:

Ius naturale est quod natura animalia docuit ... hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio (...).

Quel che appare evidente è che Callistrato, per consolidare un indirizzo interpretativo e mettere a fuoco un criterio di fondo sufficientemente saldo da sostenere un sistema di precedenze che vede prevalere il generale sul particolare (in mancanza di interventi contrari), fa poeticamente riferimento alla natura come ad un substrato antropologico «alto», guida degli uomini al corretto soddisfacimento della più profonda delle esigenze: il concepimento e l'allevamento dei figli, sola possibile occasione di immortalità. La natura non è solo fondamento del senso comune che consente di inquadrare e comprendere come vanno le cose: è lo strumento che permette di mettere a fuoco la migliore fra le condotte possibili (ecco il motivo del riferimento ai «*parentes pii*») e la rende paradigma delle future interpretazioni.

6. Da ultimo, non può che venire in considerazione il problema della impostazione originaria del passo (anche alla luce delle indicazioni di Lenel)³⁵.

Nel tentativo di ricostruire il senso della *quaestio* può essere utile seguire lo svolgimento logico

³² Su D. 50.16.220.3 e gli influssi della dottrina stoica si veda MAROTTA, *I giuristi romani come «intellettuali»*, cit., p. 290 ss., in particolare p. 292 nt. 53. L'autore opportunamente sottolinea come il frammento riecheggi temi che ricorrono anche in Plutarco (*am. prol.*, 493B-497, soprattutto 496C-E): «in polemica con gli epicurei, Plutarco rileva come in tempi remoti, sebbene non esistesse alcuna legge che obbligasse i genitori ad allevare i figli, purtuttavia i fanciulli non erano lasciati privi di nutrimento né venivano abbandonati.» Inoltre, in considerazione del legame palinogenetico fra l'*instrumentum dotale* di cui Callistrato fa menzione in D. 24.3.48 e la legislazione matrimoniale augustea, accosta al passo di Callistrato il brano di Dione Cassio (*hist. Rom.* 56.1-3) che, nel riferire (attribuendolo all'imperatore stesso) un discorso in difesa della legislazione demografico-matrimoniale augustea, riecheggia il tema dell'immortalità raggiunta attraverso i figli e l'impulso alla continuazione della specie. Si veda anche BALESTRI FUMAGALLI, *Rilievi intorno a D. 50.16.220*, cit., p. 8 ss., soprattutto per le critiche mosse a quella parte della dottrina che vede nel linguaggio del frammento l'intervento di interpolazioni compilatorie e nel rilievo conferito al *bonum prolis* l'influenza di principi cristiani. L'autrice porta a sostegno della «romanità» dei valori che qui Callistrato esprime diversi passi extragiuridici (Mus. Ruf., *rel.* 13a [Hense], Gell., *noct. Att.* 10.2.2, Suet., *Aug.* 46, Dio Cass., *hist. Rom.* 56.1-3, e Val. Max., *mem.* 2.9.1) e giuridici (fra i tanti, D. 48.19.39 di Trifonino, D. 37.9.1.15 di Ulpiano e D. 47.11.4 di Marciano) dai quali emerge chiaramente come la valorizzazione del *bonum prolis* non sia affatto appannaggio esclusivo del pensiero cristiano. Sulla dottrina stoica si veda M. POHLENZ, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, Göttingen, 1948-1949, trad. it. – *La Stoa. Storia di un movimento spirituale* –, Firenze, 1967, e J. STRICKER, *Origins of the concept of natural law*, in «Essays on hellenistic epistemology and ethics», Cambridge, 1996, p. 202 ss. Fra gli ultimi, con bibliografia, A. NESCHKE-HENTSCHE, *Il diritto naturale nell'antica Grecia. Platone e gli stoici*, in «Testi e problemi del giusnaturalismo romano», Pavia, 2007, p. 11 ss.

³³ Cfr. B. ALBANESE, *Pactum e indicatum in due testi retorici*, in «AUPA», XLII, 1992, p. 7 ss.

³⁴ La letteratura su questo frammento è molto vasta; ci si limita, per gli aspetti di interesse nell'economia della presente ricerca, a citare A. MANTELLO, *Il sogno, la parola, il diritto. Appunti sulle concezioni giuridiche di Paolo*, in «BIDR.», XCIV-XCV, 1991-1992, p. 349 ss. L'affinità fra il testo ulpiano ed il plutarco «*de sollertia animalium*» è rilevata da D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1974, p. 143 nt. 75. Si vedano, recentemente, ID., *Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo*, in «Testi e problemi del giusnaturalismo romano», cit., p. 521 ss., e V. MAROTTA, *Iustitia, vera philosophia e natura. Una nota sulle Institutiones di Ulpiano*, ivi, p. 563 ss., in particolare p. 597 ss.

³⁵ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, rist. Graz, 1960, I, c. 104 s., n. 108.

di D. 50.16.220, costruito attraverso l'enunciazione di una premessa seguita da diverse sequenze rafforzative; tale struttura traspare in modo abbastanza chiaro dal susseguirsi delle congiunzioni nei quattro paragrafi in cui il testo si articola:

- D. 50.16.220pr: hos *enim* omnes suorum appellatione lex duodecim tabularum comprehendit ...
 D. 50.16.220.1: *sed et* Papirius Fronto ... ait ...
 D. 50.16.220.2: Divus *quoque* Marcus rescripsit ...
 D. 50.16.220.3: praeter haec omnia ... natura nos *quoque* docet ...

Ad una congiunzione causale-dichiarativa (*enim*) fanno seguito una congiunzione avversativa (*sed et*) e due congiunzioni rafforzative (*quoque ... quoque*). In particolar modo i paragrafi 1, 2 e 3 vengono a formare una sequenza logica difficilmente scindibile senza una fondata ragione per proporre una diversa ricostruzione del testo originale.

La riflessione relativa alla struttura del frammento offre l'occasione di dar conto della ricostruzione palinogenetica di D. 50.16.220: Lenel inserisce³⁶, fra il *principium* ed il frammento 1, D. 24.3.48 (Call. 2 *quaest.*):

Si dotati instrumento ita stipulatio interposita sit, ut liberorum nomine dos apud maritum resideat, nepotum quoque nomine dos retinebitur.

Il passo è stato incluso dai compilatori nel titolo 24.3 del Digesto (*Solutio matrimonio dos quemadmodum petatur*) perché riguarda l'interpretazione di un *instrumentum dotale*: se, attraverso una *stipulatio*, si sono posti in essere i medesimi effetti di una *retentio propter liberos*, la parola *liberi* va intesa nel senso che il marito avrà diritto di trattenere la dote anche a vantaggio dei nipoti *ex filio* e non solo dei figli.

Lenel colloca il frammento dopo il *principium* di D. 50.16.220, che invece riguarda la materia successoria, probabilmente perché i due testi sono accomunati dall'intento di determinare la portata dell'espressione *liberorum appellatione*.

In realtà, se il collegamento dei due testi è evidente, anche alla luce della provenienza dalla medesima opera, qualche perplessità può destare la collocazione di D. 24.3.48 fra il *principium* e il § 1.

Alcuni autori hanno conferito rilievo centrale all'aggiunta leneliana, che getterebbe la sua luce sull'intero brano così ricostruito: «Callistrato, nella sua *quaestio*, prendeva in considerazione le clausole di un *instrumentum dotale*. Che egli (...) consideri il formulario di una *tabula nuptialis*³⁷ traspare da un pur rapido confronto testuale tra D. 50.16.220.3 e P. Mich. 508³⁸: «... *Nomissianus filiam suam virginem [...secundum le/gem Iulia]m quae de maritandis ordinibus lat[a est liberorum pro/creando]rum causa in matrimonium eam collo[cavit, uxorem eam/ duxit]* (...)». Della *quaestio* callistratea – o meglio, di D. 50.16. 220.3 – «la *lex de maritandis ordinibus* è dunque protagonista occulta: senza rammentarla esplicitamente il giurista utilizza – quale cardine di un'analisi che si propone di determinare, mediante ricorso agli argomenti più vari, il valore lessicale delle clausole di un *instrumentum dotale* – taluni motivi ideologici che la pubblicistica di età severiana annoverava tra i principi ispiratori delle leggi matrimoniali augustee»³⁹.

La tesi che l'intera *quaestio* prenda le mosse dall'esigenza di interpretare la clausola di un negozio, *inter vivos* in D. 24.3.48, *mortis causa* in D. 50.16.220, è più che plausibile e certamente affascinante; una sommara ricognizione della ricostruzione palinogenetica del secondo dei *libri quaestionum* rivela che su undici testi ben quattro affrontano problemi collegati all'interpretazione di *instrumenta* o di *verba*⁴⁰, ed anche questo semplice dato statistico è in certo modo suggestivo.

³⁶ Il collegamento dei frammenti è ripreso da P. Krüger nei *Digesta Iustiniani Augusti* (in «Corpus Iuris Civilis», I²² – ed. Th. MOMMSEN, P. KRUEGER –, Berlin, 1973, p. 361 e 918); non ve n'è traccia nell'*editio maior* di Mommsen.

³⁷ B. KÜBLER, *Tabulae nuptiales*, in «Real-Encyclopädie», cit., IV.A.2, Stuttgart, 1960, c. 1949 ss.

³⁸ «FIRA.» III, n. 17, p. 41-43

³⁹ Così MAROTTA, *I giuristi romani come «intellettuali»*, cit., p. 290 s. Si veda anche *supra*, nt. 30.

⁴⁰ D. 21.2.72 (Lenel, *loc. cit.*, n. 99); D. 22.4.5 (n. 100) e D. 35.1.82 (n. 103) oltre, naturalmente, a D. 50.16.220 (n. 108).

Il problema affrontato da Callistrato sarebbe dunque quello dell'estensione del termine 'liberi', considerato sotto l'aspetto peculiare di poter considerare in esso ricompresi genericamente i discendenti, inclusi figli, nipoti, pronipoti etc.

Ma se D. 24.3.48 è così importante da indicare l'argomento che ha generato la *quaestio*, perché collocarlo dopo il *principium* di D. 50.16.220 invece che all'inizio o alla fine del testo, mancando in tal modo di conferire al frammento l'assoluta evidenza che meriterebbe?

E' possibile provare a considerare la questione in termini parzialmente diversi. Che Callistrato si sia trovato ad affrontare un problema di interpretazione di *verba* in ambito negoziale appare evidente; in particolare, a fronte dell'alternativa fra un significato generale ed uno speciale, il giurista avrebbe ritenuto prevalente quello generale, salvo il caso in cui elementi specifici propri del singolo caso inducessero a propendere per il significato speciale.

Questo ragionamento sembrerebbe rispecchiato dal *principium* (per 'liberi') e dal § 1 (per 'filii'): prevale il significato generale (che fa riferimento alla discendenza in senso lato) salvo il caso in cui la legge individui persone o gradi di parentela determinati con l'uso di termini specifici (D. 50.16.220.pr.) o in cui la ricognizione della *voluntas testatoris* («elemento specifico» del caso affrontato da Papirio Frontone) indichi la soluzione contraria (D. 50.16.220.1).

A creare difficoltà sarebbe dunque 'filii', termine per il quale il *principium* attesta un uso di rego- la specifico⁴¹. A sostegno dell'uso ampliativo, Callistrato introduce il richiamo alla natura di D. 50.16.220.3: non solo semplice argomento giuridico fondato sull'esperienza quotidiana e sulla percezione comune del vincolo di sangue che porta a riconoscere come discendenti non solo i figli direttamente generati ma anche nipoti, pronipoti *et cetera*, ma argomentazione retorica in funzione di rendere prescrittivo e non semplicemente preferenziale l'uso ampio del termine.

Accettando questa ipotesi, D. 24.3.48 non conterrebbe la *quaestio* ma solo un caso portato ad esempio dal giurista per suffragare la sua posizione, al pari di D. 50.16.220.1 e D. 50.16.220.2: Lenel non avrebbe avuto motivo di collocarlo in posizione di particolare evidenza (indifferentemente all'inizio o alla fine del testo). Al contrario, un certo svolgimento logico si può intuire dal concatenarsi delle congiunzioni fra D. 50.16.220.1 ('*sed et*'), D. 50.16.220.2 ('*quoque*') e D. 50.16.220.3 ('*praeter ... quoque*'); si tratta certamente del frammento conclusivo, almeno fra quelli pervenuti: Lenel (ma è solo una supposizione, dal momento che non è stato possibile trovare nell'opera del Maestro indicazione alcuna sulle motivazioni della scelta compiuta) potrebbe aver collocato D. 24.3.48 fra il *principium* e D. 50.16.220.1 (che, per inciso, riporta un caso come D. 24.3.48) proprio per non interrompere una sequenza logica preconstituita.

Rimane però questo dubbio, che la *quaestio* vera, interamente omessa, consistesse non tanto nel definire la portata di un termine, quanto nello stabilirne la portata a seconda dei contesti. La legge (intesa in senso lato: D. 50.16.220.pr. e D. 50.16.220.2) usa 'liberi' e 'filii' in modo chiaro: il primo in senso generale, il secondo in senso speciale. Un uso conforme a quello di legge è attestato anche nella la pratica negoziale per 'liberi' (D. 24.3.48), mentre per 'filii' si registra un uso difforme (D. 50.16.220.1). Fin qui, quanto risulta dal testo. Si aprono due diverse possibilità:

un uso difforme da quello della legge (ovvero restrittivo) potrebbe essere stato registrato anche per 'liberi', ma l'esempio potrebbe essere caduto (nella redazione attuale di D. 50.16.220 non ne resta traccia); il problema dell'ammissibilità nella prassi negoziale di un uso difforme da quello di legge si sarebbe in tal caso posto per entrambi i termini⁴².

il problema potrebbe essersi posto solo per *filii*: il termine, usato normalmente in senso tecnico ristretto dalla legge, potrebbe essere stato adoperato in senso ampio in un negozio. Di più: po-

⁴¹ Un accenno in tal senso anche in BRETONE, *Callistrato teorico del processo*, cit., p. 298.

⁴² Il problema per 'filii' è attestato in D. 50.16.220.1; per 'liberi' potrebbe essere stato posto in D. 24.3.48: a fronte del tentativo, operato in termini oggi impossibili da ricostruire, di interpretare la *stipulatio* in senso restrittivo, Callistrato avrebbe preso posizione in senso contrario, attribuendo a 'liberi' l'abituale portata generale. La scelta ben si adegua al richiamo di D. 50.16.220.3 alla natura: essa insegna che per i buoni genitori tutti i discendenti, che siano chiamati *liberi* o *filii*, sono cari come sangue del proprio sangue.

trebbe essersi trattato di un caso simile a quello affrontato da Papirio Frontone, nel quale però non sia stato possibile fare ricorso, per dirimere la controversia, ad un criterio particolare come la *voluntas testatoris*. Trovandosi costretto a risolvere la *quaestio* in termini generali, Callistrato ricorre alla natura, che insegna ai buoni genitori ad amare i propri discendenti tutti allo stesso modo, ed ammette che nella prassi negoziale *'filii'* possa includere anche i nipoti.