

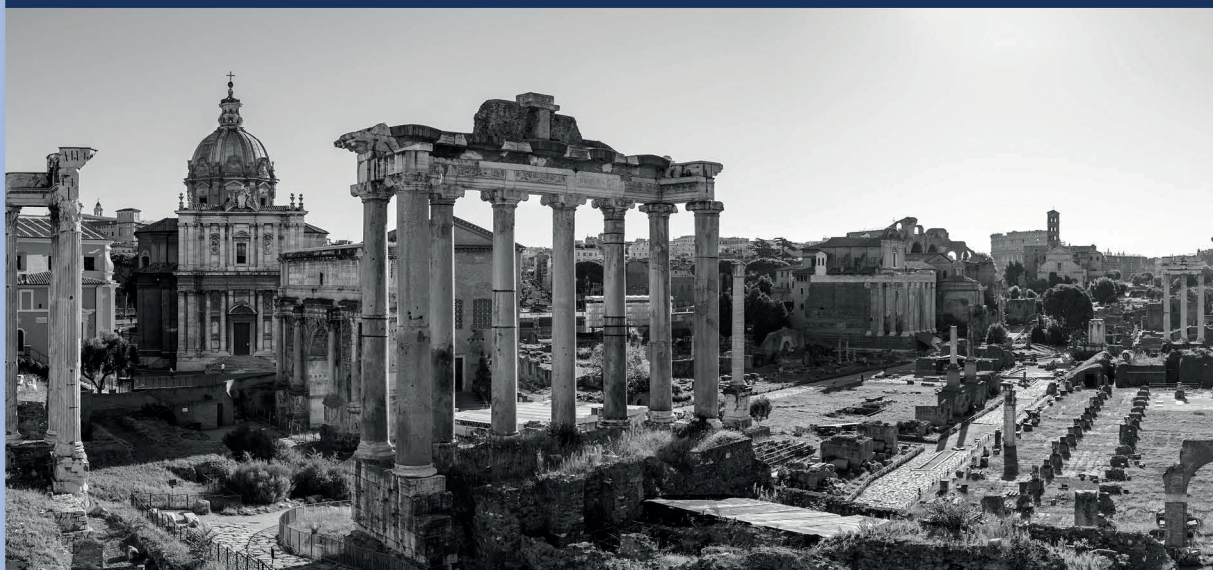
Ius hominum causa constitutum

Studi in onore di Antonio Palma

Tomo I

a cura di

Francesco Fasolino



Giappichelli

© Copyright 2022 – G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0065-5 (Tre Tomi indivisibili)

Pubblicazione frutto di un contributo del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Salerno, Fondo progetto PRIN 2017, dal titolo "Crimine e follia nei diritti antichi", Responsabile scientifico prof. Francesco Lucrezi.

Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, Fondo progetto PRIN 2017, dal titolo "La certezza del diritto dal mondo antico alla discussione moderna", Responsabile scientifico prof.ssa Carmela Pennacchio.



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

VALERIA DI NISIO

Università degli Studi di Napoli Federico II

Su *Codex Iustinianus* 7.4.14

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Vetus iurgium* e incoerenza? – 3. *Humanitas* giustiniana. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Nell'approfondire le questioni relative ai fedecommissi di libertà, mi è capitato di imbattermi in un testo che riguarda il concetto di *humanitas* in Giustiniano, ma che a me importa per la sua connessione, sia pure non del tutto lineare, con il rapporto tra diritti umani e umanità del diritto. Il collegamento, non ancora esplicitato come in altre costituzioni successive, fra il *favor libertatis* e l'*intuitus humanitatis* si evince, infatti, già in una costituzione giustiniana del 530 d.C. e riportata nel settimo libro del *Codex repetitae praelectionis*, sotto il titolo dedicato, appunto, ai fedecommissi:

Iust. A. Iuliano pp. C. 7.4.14 (a. 530): Cum inter veteres dubitabatur, si fideicommissariam libertatem possibile esset relinqui servo, qui adhuc in ventre portaretur et homo fieri speraretur, nos vetus iurgium decidentes libertatis favore censemus et fideicommissariam nec non directam libertatem suam firmitatem habere sive in masculo sive in femina, quae adhuc in ventre vehatur materno, ut cum libertate solem respiciat, etsi mater sua adhuc in servitute constans eum vel eam ediderit. 1. Sin autem plures creati vel creatae sint, sive unius fecit mentionem sive pluraliter nuncupavit, nihilo minus omnes ad libertatem ad prima veniant cunabula, cum in ambiguis sensibus melius est, et maxime in libertate, favore eius humaniorem amplecti sententiam.

Nel *principium* di questa costituzione¹ si afferma che la questione posta dai

¹ Sulla costituzione si v., almeno, P. STARACE, *Lo 'statuliber' e l'adempimento fittizio della condizione. Contributo allo studio del 'favor libertatis' fra la tarda Repubblica e l'età antonina*, Bari, 2006, 51 ss.; H. ANKUM, *Der Ausdruck 'favor libertatis' in den Konstitutionen der römischen Kaiser*, in *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für H.J. Wieling zum 70. Ge-*

veteres, ossia se fosse possibile destinare validamente ad un servo non ancora venuto alla luce un fedecompresso di libertà, è invece superata affermativamente da Giustiniano in ossequio al *favor libertatis*²: *nos vetus iurgium decedentes libertatis favore censemus*, si chiarisce. Inoltre, nella legge non la sola libertà fedecommissaria, ma anche le libertà testamentarie dirette sono permesse ed i figli, sia maschi che femmine, nasceranno liberi anche se la madre è ancora in schiavitù, e ciò senza alcuna considerazione della celeberrima, ma ormai superata, *regula iuris gentium*³ secondo la quale il figlio segue la condizione materna, così come ri-

burtstag, Th. Finkenauer (hrsg.), Berlin, 2006, 7 s.; X. D'ORS, 'Liberum esse volo', in *Iura*, XXVIII, 1977, spec. 120 ss.

²FR. PRINGSHEIM, 'Jus aequum' und 'jus strictum', in *ZSS*, XLII, 1921, 655 nt. 99 [= *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, 142 nt. 99]. In tema di *favor libertatis* cfr., almeno, H. ANKUM, *L'expression 'favor libertatis' dans lex travaux des juristes classiques romains*, in 'Liber amicorum' J. Miquel. *Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, coord. J.L. Linares, Barcelona, 2006, 45 ss.; ID., *Der Ausdruck*, cit., 1 ss.; TH. FINKENAUER, *Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei*, Stuttgart, 2010, spec. 29 ss.; ID., *Marco Aurelio e la schiavitù*, in *Index*, XL, 2012, 675 s.; V. DI NISIO, 'Partus vel fructus'. *Aspetti giuridici della filiazione 'ex ancilla'*, Napoli, 2017, 40 ss., e ivi ulteriore bibliografia; J.F. STAGL, *El 'favor libertatis': una 'institución particular' a propósito de Marcell. D. 28.4.3 pr.-1*, in *RGDR. Iustel*, XXXIV, 2020, online: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422691&d=1. In un ambito leggermente diverso, poi, J. RODRÍGUEZ GARRIDO, 'Ne serva prostituatur'. *Esclavitud, prostitución y los límites de la 'dominica potestas' en la Roma Antigua*, in *DHA*, XLVI.I, 2020, spec. 185 ss.; V. SCARANO USSANI, *Adriano e il trattamento degli schiavi: l'incoerenza di un principe*, in *Boll. St. Lat.*, L.II, 2020, spec. 698 s.; T.A.J. MCGINN, *rec. a V. DI NISIO, 'Partus vel fructus'*, cit., in *Iura*, LXIX, 2021, 565 ss.

³PS. 2.24.1 ss.; Marcian. 1 *inst.* D. 1.5.5.2-3. La regola afferma che il figlio di una schiava che in un momento qualsiasi della gravidanza sia stata libera nasce libero e non acquista necessariamente lo status della madre. Sul giurista severiano, sul suo approccio alla schiavitù e sulla *regula*, di recente D. DURSI, *Aelius Marcianus, Institutionum libri I-V*, Roma, 2019, spec. 3 ss., 56 ss. e 112 s. Si v., *ex multis*, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I. *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*², München, 1971, 289 e nt. 10; E. PÓLAY, *Die Sklavenehe und das römische Recht*, in *Acta juridica et politica Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae*, XIV, 1967, 32 s. E. ALBERTARIO, *Oriente e Occidente nel diritto romano del Basso Impero*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Pavia, Milano, 1946, 126, ora in *Studi di diritto romano*, VI. *Saggi critici e studi vari*, Milano, 1953, 392 s., sottolinea come in un primo momento i figli della schiava fossero paragonabili ai concepiti all'esterno del matrimonio, i quali assumono lo status della madre al momento della nascita, così come attestato nelle fonti da Gaio. Successivamente, l'influenza del cristianesimo ha focalizzato l'attenzione su di un aspetto diverso: la libertà della madre in un qualsiasi momento dal concepimento alla nascita. Riguardo al brano di Marciano, leggermente diverso da quanto espresso da Gaio nelle sue Istituzioni (1.11: ... *ingenui sunt qui liberi nati sunt*), L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani: Elio Marciano*, Napoli, 1989, 32 s., afferma che «Il modo di esporre di Marciano, se rappresenta ... una volgarizzazione del diritto classico, risulta tuttavia più comprensibile a lettori divenuti solo da poco cittadini di Roma e che in gran parte non conoscono il preciso significato del *connubium*»; nello stesso senso anche E. CAVALLINI, *Legge di natura e condizione dello schiavo*, in *Labeo*, XL, 1994, spec. 82 s. Una diversa lettura del passo era stata precedentemente approntata da O. ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma, 1976, 25 s., il quale suppone che il testo possa essere stato interpolato. Più di recente i passi sono stati analizzati, nella prospettiva di uno studio del fenomeno schiavistico nell'età giustiniana, da M. MELLUSO, *La schiavitù nell'età giustiniana*, Paris, 2000, spec. 16 nt. 6. Si v., inoltre, P. FERRETTI, 'In rerum natura esse'. *L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2008, 49 nt. 96,

sulta da Gai 1.82: *Illud quoque his consequens est, quod ex ancilla et libero iure gentium servus nascitur, et contra ex libera et servo liber nascitur*⁴.

Per l'imperatore, è chiaro che si debba favorire la libertà del beneficiario della previsione testamentaria, anche se la madre, al momento del parto, sia ancora *in servitute*. Giustiniano definisce *spes hominis* ciò che Giuliano e Paolo avevano già descritto efficacemente e brevemente come *qui in utero est* (Iul. 69 dig. D. 1.5.26; Paul. *de port.* D. 1.5.7; frammenti su cui la letteratura è sterminata e che in questa sede non è possibile affrontare⁵).

Nel primo paragrafo della costituzione riportata in C. 7.4.14, invece, vi è una chiosa favorevole alla decisione imperiale assunta, poi ripresa anche nella tradizione dei *Basilica* 48.13.12 e *Scholia ad hoc locum*. Si chiarisce che è sempre meglio accogliere la sentenza più umana, *humaniorem* è specificamente sostenuto nel testo. È interessante notare come, forse per la prima volta, la cancelleria giustiniana faccia un preciso riferimento alla umanità del diritto⁶, con parole che

82 nt. 194; E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*. (Fondamenti arcaici e classici), Milano, 2009, 326 nt. 145, e 334 nt. 171.

⁴O. BEHREND, *Sessualità riproduttiva e cultura cittadina. Il matrimonio romano fra spiritualità preclassica e consensualismo classico*, in *Marriage: Ideal-Law-Practice. Proceedings of a conference held in memory of H. Kupiszewski*, ed. Z. Służewska, J. Urbanik, Warsaw, 2005, 37, afferma che senza matrimonio (come avviene quando uno dei due genitori è di condizione servile) i figli seguono, secondo il diritto naturale, la madre, poiché vi è analogia tra l'*usus* e la *possessio civilis* e che «questo possesso, realizzato attraverso la *domus*, è la forma esteriore della sua [dell'uomo] volontà di divenire padre dei suoi figli, di avere realmente l'*uxor liberorum suorum procreandorum causa*». Sullo status in generale dei figli nati da non *iustae nuptiae* si v., in generale, P.R.C. WEAVER, *The Status of Children in Mixed Marriages*, in B. Rawson (ed.), *The Family in Ancient Rome. New Perspectives*, London-Sidney, 1986, 147 ss., spec. 149, ove si sottolinea come la regola di *ius gentium* cui fa riferimento Gaio sia da attribuirsi ad Augusto, probabilmente contenuta nella *lex Aelia Sentia*. Il giurista avrebbe poi indicato le modifiche apportate nel tempo a tale previsione nei paragrafi 84 ed 85 del primo libro delle sue *Institutiones*. Sempre utile C. CASTELLO, *La condizione del concepito da libero e schiava e da libera e schiavo in diritto romano*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 232 ss.

⁵Sui passi, di recente, E. DE LAS CASAS LEÓN, *Pasado, presente y futuro de la máxima 'conceptus pro iam nato habetur'*, in *RGDR. Iustel*, XXXIV, 2020, online: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422684&d=1, spec. su nt. 39; J.A. BUENO DELGADO, *Algunas consideraciones en torno a la figura del 'curator ventris' en derecho romano y en el derecho actual*, in *RGDR. Iustel*, XXXI, 2018, online: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421017&d=1, spec. § 3. Cfr., per un inquadramento della questione, almeno M. FRUNZIO, 'Res furtivae'. Contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano, Torino, 2017, 166 s.; V. DI NISIO, 'Partus vel fructus', cit., 80 s.; G. COPPOLA, *Procreazione assistita e capacità di succedere dei concepiti 'post mortem patris'*, in *TSDP*, VIII, 2015, online: http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2015/contributi/2015_Contributi_Coppola.pdf, spec. su nt. 3; F. LAMBERTI, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in 'Serta Iuridica'. Scritti dedicati a F. Grelle, I, Napoli, 2011, spec. 314 ss.; P. FERRETTI, 'In rerum natura esse', cit., 48 ss.; F. LAMBERTI, *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996, 53 e nt. 101, ed ivi ulteriore bibliografia.

⁶Secondo O. ROBLEDA, *La 'humanitas' y el derecho*, in *Humanidades*, VII, 1955, 26, la *humanitas* ispira e trasforma in modo progressivo il diritto, così da divenire oggetto della norma giuridica

riportano a quelle già presenti nei *Digesta* ed attribuite ad Ulpiano, dal sesto libro delle sue *disputationes: in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet*⁷. Sul punto non si possono non ricordare le riflessioni di Schulz, e che tanto hanno influito sulla storiografia successiva, che valutavano l'uso di *humanus*, *humanitatis* indice di interpolazione⁸. Tuttavia, già dalla metà del secolo scorso, una idea meno rigida iniziò a farsi strada, riconoscendo come genuini alcuni testi classici nei quali il termine appariva e non limitando, in ogni caso, la valutazione dell'*humanitas*⁹ alla sola presenza del termine nei testi giuridici, né alla sua valenza 'caritatevole', ma sottolineandone anche una matrice economica collegata alla realtà storica.

2. 'Vetus iurgium' e incoerenza?

Occorre, inoltre, sottolineare come in realtà la questione richiamata da Giustiniano – il *vetus iurgium* di C. 7.4.14 – fosse già superata in età classica¹⁰: secondo

positiva. Lo studioso considera l'*humanitas* come evoluzione del concetto di *aequitas* (p. 27). A p. 29 Robleda sottolinea come Giustiniano abbia esplicitamente ammesso il suo interesse per l'umanità espressa dai pretori (I. 3.2.36: *Laudamus quidem praetores suae humanitatis*).

⁷ Le parole della costituzione rimandano a quelle di Ulp. 6 disp. D. 34.5.10.1: ... *in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet* ... Sul passo e le sue implicazioni – relativamente all'uso diffuso o meno tra i giuristi di espressioni come *humanior interpretatio* e *humanior sententia* –, di recente, D. ROUGER-THIRION, *Le 'cœur' d'Ulpian. 'Humanitas', 'misericordia', 'pietas', 'affectio', in 'Liber amicorum'. Mélanges en l'honneur de J.-P. Coriat*, dir. E. Chevreau, C. Masi Doria, J.M. Rainer, Paris, 2018, spec. 891 s. e 892 nt. 48.

⁸ Su *humanior* e concetti collegati, si v., per tutti, A. PALMA, '*Humanior interpretatio*'. '*Humanitas*' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi, Torino, 1992, 6 ss. e *passim*.

⁹ Sul concetto di *humanitas* in generale e la sua recezione, si v., almeno, i contributi più recenti (con ampie indicazioni bibliografiche) di V. SCARANO USSANI, *Adriano*, cit., 701 ss.; M. D'ORTA, *Dall'humanitas ai diritti umani. Storia di valori e categorie*, in *Index*, XLVII, 2019, spec. 527 ss. [= in '*Armata sapientia*'. *Scritti in onore di F.P. Casavola in occasione dei suoi novant'anni*, a cura di L. Franchini, Napoli, 2020, spec. 351 ss.]; M. FRARE, *L'humanitas romana. Un criterio politico normativo*, Napoli, 2019, spec. 91 ss., sul recepimento del concetto nella giurisprudenza classica; A. PALMA, *Prefazione* a M. FRARE, *L'humanitas*, cit., in part. xiii ss.; L. GAROFALO, *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *L'humanitas nel mondo antico: filantropia, cultura, pietas*. *Convegno nazionale di studi (Treviso 22 novembre 2003)*, Treviso, 2005, 27 ss.; M.I. NÚÑEZ PAZ, '*Humanitas*' y limitaciones al 'ius occidenti', in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano, 2004, 265 ss.; L. LABRUNA, *Diritti dell'uomo, tradizione romanistica e humanitas del diritto*, in '*Iurisprudentia universalis*'. *Festschrift für Th. Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Hrsg. M.J. Schermaier, J.M. Rainer, L.C. Winkel, Köln-Weimar-Wien, 2002, 379 ss.; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, spec. 32 ss.; P. VEYNE, '*Humanitas*': *Romans and Non-Romans*, in *The Romans*, ed. A. Giardina, Chicago, 1993, 342 ss.; G. CRIFÒ, *A proposito di humanitas*, in '*Ars boni et aequi*'. *Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Hrsg. M.J. Schermaier, Z. Végh, Stuttgart, 1993, 79 ss.; A. PALMA, '*Humanior interpretatio*', cit., I ss., 19 ss.; F.B.J. WUBBE, *L'humanitas de Justinien*, in *RHD*, LVIII.III, 1990, 249 ss. (da cui si cita) [= in '*Ius vigilantibus scriptum*'. *Ausgewählte Schriften*, Fribourg, 2003, 441 ss.]; C. CASTELLO, '*Humanitas*' e '*favor libertatis*'. *Schiavi e liberti nel I secolo*, in '*Sodalitas*'. *Scritti in onore di A. Guarino*, V, Napoli, 1982, 2175 ss.

¹⁰ Si v. K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, Köln-Graz, 1966, 124 ss. *Contra* G.L.

qualche studioso¹¹ l'imperatore, tuttavia, ritiene di dover intervenire perché era rimasta nelle fonti una traccia della *dubitatio*, mentre secondo altri¹² il richiamo sarebbe servito ad attribuire un valore diverso e necessario alla riforma giustiniana.

Il testo della costituzione presenterebbe, quindi, due problemi fondamentali: la constatazione, come già visto, dell'esistenza di un *vetus iurgium*, e l'incoerenza determinata dall'applicare alle manomissioni fedecommissarie la soluzione disposta da Giustiniano (ma si vedrà poi che quest'ultimo è solo un falso problema).

Dalla lettura del passo tratto dal quarto libro delle *Pauli Sententiae*, 4.14.1, ... *Cum autem opsonatorem, vel qui ex ancilla illa nascetur, liberum esse volo, ex Orfitiano senatus consulto perinde libertas competit, ac si nominatim data sit ...*, si evince che la questione era certamente già risolta in epoca classica, poiché si parla della libertà fedecommissaria concessa al postumo e permessa già *ex senatusconsulto Orfitiano*. Per tale motivo Buckland¹³, nel tentativo di giustificare la costituzione, ha sostenuto che l'imperatore avrebbe inteso risolvere una questione leggermente diversa, ossia se il figlio dell'*ancilla* nascesse o meno già libero. Infatti, per far rientrare il nato nelle ipotesi di libertà fedecommissaria sarebbe stato necessario un atto formale di manomissione; ciò nonostante, sembra che con la previsione giustiniana la libertà fosse *ipso facto*.

Impallomeni, nel suo studio sulle manomissioni¹⁴, invece, si limita a sostenere che con essa si ammette la libertà fedecommissaria a favore del concepito e si ampliano le capacità dei destinatari delle manomissioni dirette. Tuttavia, un punto di tale ricostruzione rimane dubbio: se già sotto Adriano, secondo la ricostruzione di Gai 2.287, erano possibili i fedecommissi a favore di *incertae personae* e *postumi alieni*, e se la *lex Fufia Caninia* si applicò – in un momento imprecisato – alle manomissioni fedecommissarie – prevedendo che queste fossero *nominatim* – e poi il sc. Orfiziano (dopo due secoli) permise la libertà del postumo, allora perché si ebbe il *iurgium* classico?

Ancora, vi è chi, come Schindler¹⁵, ha considerato la disputa attestata da C. 7.4.14 come relativa alla questione poi risolta dal sc. Orfiziano: se la manomissione fedecommissaria del postumo debba considerarsi *nominatim*. Ciò era sì richiesto dalla *lex Fufia Caninia*, ma – secondo Schindler – la legge non si applicò al fedecommissario di libertà, così che si poteva ancora discutere della sua applicabilità ad *incertae personae* e *postumi alieni*, secondo quanto riportato dal già visto passo gaiano (Gai 2.287). Per lo studioso tedesco, Giustiniano avrebbe ripreso

FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di 'leges' e 'iura'*, in *SDHI*, LIX, 1993, 49.

¹¹ K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung*, cit., 124 ss.

¹² X. D'ORS, 'Liberum esse volo', cit., 120 ss. ed ivi bibliografia.

¹³ W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908, 557. Sul punto, anche X. D'ORS, 'Liberum esse volo', cit., 114 ss.

¹⁴ G. IMPALLOMENI, *Le manomissioni 'mortis causa'*. *Studi sulle fonti autoritative romane*, Padova, 1963, 217.

¹⁵ K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung*, cit., 124 ss.

una questione già risolta in epoca classica solo per poter estendere la medesima soluzione anche alle manomissioni dirette. Potrebbe apparire quantomeno singolare, però, che la soluzione adottata, *cum libertate solem respiciat*, sembri maggiormente coerente alle manomissioni dirette che non alla libertà fedecommissaria, caso all'origine della stessa soluzione. Né si può rispondere come Schindler che «bedeutet juristisch nichts Exaktes»¹⁶. Piuttosto, la soluzione è ravvisabile nel dettato della costituzione in esame, laddove si precisa ... *fideicommissariam nec non directam libertatem* ...

Diversamente, Xavier d'Ors¹⁷ sostiene che originariamente la *lex Fufia Caninia* riguardava solamente le manomissioni dirette, prevedendo, tra l'altro che queste fossero *nominatim*. Successivamente, come si evince da Gai 2.287, un senatoconsulto di Adriano proibì i fedecommissi a favore di *incertae personae* e *postumi alieni*, permessi sino a quel momento. Tra i giuristi, allora, si discusse se tale senatoconsulto riguardasse anche i fedecommissi di libertà, non menzionati da Gaio. Successivamente, il senatoconsulto Orfiziano avrebbe ripreso la previsione della *lex Fufia Caninia* riferendola nuovamente alle manomissioni dirette ed ammettendo, tra le altre, anche la manomissione diretta del postumo della schiava. Giustiniano, poi, avrebbe ripreso la disputa classica sulla possibilità di fedecommissi di libertà a favore del figlio postumo della schiava, applicando la soluzione prevista dal sc. Orfiziano per le manomissioni dirette.

La soluzione proposta ora e sostenuta dallo studioso spagnolo non mi sembra sufficientemente avallata dalle fonti e credo, invece, che si debba concordare con le previsioni di Schindler ed Impallomeni, riprese e sostenute, di recente, anche da Pia Starace, nella sua monografia sul *favor libertatis*, che offrono una migliore esegesi delle fonti già viste e collegate fra loro¹⁸.

Ritornando, infine, alla terminologia adottata in C. 7.4.14 dall'imperatore, è da segnalarsi come solo in costituzioni più tarde, poi, Giustiniano parli esplicitamente di *intuitus humanitatis* intendendo con ciò un profondo atteggiamento non solo dell'animo, ma anche del diritto, che, come il *favor libertatis*, interviene nella interpretazione ed applicazione del diritto stesso. Tuttavia, in questa costituzione del 1 ottobre 530, invece, si parla – meno incisivamente – di decisione meramente *humanior*, da preferirsi nei casi dubbi.

3. 'Humanitas' giustiniana.

Molteplici sono gli studi che fin dalla seconda metà del diciannovesimo secolo

¹⁶ K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung*, cit., 125.

¹⁷ X. D'ORS, *'Liberum esse volo'*, cit., 123 s. e nt. 81. Per lo studioso PS. 4.14.1 e Scév. 23 dig. D. 40.4.59 pr. non si applicherebbero ai fedecommissi di libertà, anche in presenza dell'espressione *liberum esse volo*.

¹⁸ Cfr. P. STARACE, *Lo 'statuliber'*, cit., spec. 51 s.

hanno approfondito il significato di *humanitas* – secondo Palma¹⁹ lemma che rappresenta (con *clemens*, *caritas*, ecc.) il superamento di peccati concettuali e che testimonia come «l'elaborazione giurisprudenziale ... proprio attraverso l'uso delle motivazioni 'umanitarie' ... aveva cercato di rifondare la giuridicità in termini universalistici adeguati alla dimensione dell'Impero» e come il suo uso quale «*ratio decidendi* ispir[i] ... il tribunale imperiale»²⁰ – e tutti hanno egualmente considerato tale costituzione in relazione al *topos* privilegiato del *favor libertatis*, che è sempre presente a proposito degli schiavi²¹, evidenziando, taluno²², come Giustiniano abbia reso più pregnante il *favor libertatis* rispetto alle epoche precedenti²³.

La cd. *humanitas* è stata definita da Wubbe, in uno studio non troppo recente – siamo nel 1990²⁴ – come un comportamento, un codice di condotta, un modo d'agire nei confronti degli altri che esprime la natura umana: è l'uomo nei suoi momenti migliori. Tuttavia, lo studioso, nel contributo in esame, ha voluto analizzare il significato ulteriore di '*humanus-humanitas*' in Giustiniano. Nelle costituzioni giustiniane, infatti, i lemmi indicano nella maggior parte dei casi un valore, una condizione morale, significato che non è così diffuso nella legislazione precedente. Il riferimento di C. 7.4.14.1, poi, alla *humanior sententia* è qui da interpretarsi come spinta, suggerimento ad una interpretazione più ampia della decisione, in modo da tener conto del *favor libertatis*: nella costituzione, infatti, si dice propriamente *favore eius*.

Spesso Giustiniano fonda le proprie soluzioni su ragionamenti moralistici o di equità, oppure, come visto, cela la novità delle decisioni adottate facendo apparire come *dubitationes* classiche delle semplici *differentiae*, ovvero attribuendo ai classici imprecisioni inesistenti²⁵.

Ritornando al significato semantico che per Wubbe si può attribuire ad *humanitas*, ma anche all'aggettivo *humanus* e quindi all'accezione da riconoscere qui ad umanità della *sententia*, occorre sottolineare come essa sia piuttosto ampia. Al senso primitivo di «le propre de l'homme», ed – in una connotazione più attenta all'aspetto etico – «le propre de l'homme bon», si aggiungono degli altri significati, il cui valore è sempre positivo, ma dalle molteplici sfumature: da logico (per analogia), a ragionevole, giusto, equo, sino a presupporre in sé anche una certa arbitrarietà²⁶.

¹⁹ A. PALMA, *Prefazione*, in M. FRARE, *L'humanitas*, cit., spec. XII s.

²⁰ A. PALMA, *Humanior interpretatio*, cit., 42.

²¹ Cfr. H. KRÜGER, *Die 'humanitas' und die 'pietas' nach den Quellen des römischen Rechtes*, in ZSS, XIX, 1898, 28 s.; S. BRASSLOFF, *Aetas legitima*, in ZSS, XXII, 1901, 193 nt. 2.

²² S. BRASSLOFF, *Aetas legitima*, cit., 193 nt. 2.

²³ La tendenza al *favor libertatis*, quindi, sarebbe modulata dal criterio «umanitario», anche per la «delicatezza della materia», così M. FRARE, *L'humanitas*, cit., 137 e nt. 10.

²⁴ Per la letteratura sul punto, si v. F.B.J. WUBBE, *L'humanitas*, cit., 249 nt. 4 e 250 nt. 11, 255 e nt. 31 sulla costituzione che testimonia una interpretazione «plus large».

²⁵ K.-H. SCHINDLER *Justinians Haltung*, cit., 336 ss.

²⁶ Cfr. F.B.J. WUBBE, *L'humanitas*, cit., 261.

Humanitas, humanus, si contrappongono – in un contesto giuridico – ad una *dura lex*: i beneficiari di questo aspetto del sentire e delle decisioni imperiali sono, secondo qualche interpretazione²⁷ sempre coloro che appaiono maggiormente bisognosi di protezione: schiavi, donne, minori, figli, malati, analfabeti e così via. Da ciò discenderebbero i *topoi* ben noti del *favor libertatis, favor matrimonii, favor testamenti* ecc. Questa interpretazione, però, non tiene in giusto conto il sostrato economico alla base di queste considerazioni e soprattutto del *favor libertatis* e *favor testamenti*. Diversamente, Palma sottolinea come la *ratio humanitatis* ispira i tribunali imperiali, ma – soprattutto – conferma «l'infondatezza della tesi che attribuisce a torto ai compilatori giustinianeî l'inserzione nei testi classici» di motivazioni estranee alle argomentazioni proprie dei giuristi delle età precedenti, sino a quella dei Severi²⁸. L'*humanitas*, secondo lo studioso napoletano, sembra spesso fungere «da criterio di adeguamento del *ius* agli interessi sostanziali dei soggetti»²⁹.

La fattispecie normativa qui analizzata e riportata in C. 7.4.14 si differenzia da quella – com'è noto, di non pacifica applicazione – che regola l'ipotesi di parto avvenuto in periodo di mora³⁰ o ritardo della manomissione di una schiava onorata di fedecommesso di libertà³¹. Se l'erede o, in genere, l'onorato del fedecom-

²⁷ Ancora F.B.J. WUBBE, *L'humanitas*, cit., 261 s. e letteratura precedente.

²⁸ A. PALMA, *Humanior interpretatio*, cit., 42.

²⁹ A. PALMA, *Humanior interpretatio*, cit., 101.

³⁰ Sulla mora, si v., per tutti, H. SIBER, *Interpellatio und Mora*, in ZSS, XXIX, 1908, 79 ss.; M. KASER, voce *Mora*, in *PWRE*, XVI, Stuttgart, 1933, 252 ss.; F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, Roma, 1940, 165 ss.; H. NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der 'mora' seit Sabinus*, in *Fs. Fr. Schulz*, I, München, 1951, 431 ss.; A. ELEFANTE, *Interpellatio e mora*, in *Labeo*, VI, 1960, 30 ss.; S. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora in diritto romano*, in *AUPA*, XXIX, 1964, 103 ss.; M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padova, 1979; M. KASER, *Perpetuari obligationem*, in *SDHI*, XLVI, 1980, spec. 120 ss.; E. HERMANN-OTTO, *Sklavenkinder in Recht, Ökonomie und Gesellschaft des Römischen Reiches*, in *RIDA*, LI, 2004, 167 ss., ma spec. 178 nt. 29, che si sofferma brevemente sulla ipotesi di una *causa liberalis* a seguito di mora nel fedecommesso di libertà; J.D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2005, spec. 48 ss. per l'aspetto che qui interessa; E. GERMINO, *La mora debitoris nell'esperienza giuridica romana e in quella moderna. Aspetti e problemi*, in *SDHI*, LXXII, 2006, 93 ss., che fonda la propria indagine sulla esegesi del solo, noto, passo di Marciano riportato in 4 reg. D. 22.1.32 pr., ma che tuttavia nel suo *excursus* non considera la recente, approfondita, indagine sul tema condotta da Harke; M. PENNITZ, *Zu den Voraussetzungen der 'mora accipiendi' im klassischen römischen Recht*, in ZSS, CXXIII, 2006, spec. 168 nt. 65; S. RONCATI, *'Si per creditorem steterit quo minus accipiat': alcune riflessioni sulla mora del creditore*, *Studi in ricordo di C.A. Cannata*, a cura di L. Garofalo, L. Vacca, Napoli, 2021, 561 ss.

³¹ Si v., fra gli altri, P. VOCI, voce *Fedecommesso (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 103 ss., ma spec. 108, ove tuttavia lo studioso non affronta, nell'ambito del fedecommesso di libertà, tutta la problematica relativa al *partus ancillae*; Id., *Diritto ereditario romano*, II², Milano, 1963, 411; R. TRIFONE, voce *Fedecommesso (dir. rom.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 188 ss.; A. BERGER, voce *Fideicommissum libertatis*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law (TAPA)*, XLIII, 1953), 471; Id., voce *Fideicommissaria libertas*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman*

messo di libertà, avesse tardato ad affrancare la schiava cui fosse stata lasciata in tal modo la libertà e nel frattempo quest'ultima avesse partorito, i figli sarebbero stati danneggiati dal ritardo nascendo schiavi. Per ovviare a questo inconveniente, furono dettati particolari provvedimenti e le fonti classiche e giustinianee sono concordi nello stabilire che i *partus* nati durante la mora nel dare la libertà sono liberi³², e ciò senza alcun riferimento esplicito al *favor libertatis* o alla *humanitas* del diritto.

Testimonianza emblematica di ciò è offerta da due brani ulpiane riportati nei *Digesta* – ed entrambi escerpiti dal commento a Sabino – e una costituzione imperiale riportate nel Codice giustiniano. Utile appare il confronto, in primo luogo, dei frammenti riportati nei *Digesta*:

Ulp. 12 *ad Sab. D.* 38.16.1.1: *Quaeri poterit, si ex ea, quae in fideicommissa libertate moram passa est, conceptus et natus sit, an suus patri existat. Et cum placeat eum ingenuum nasci, ut est a divis Marco et Vero et imperatore nostro Antonino Augusto rescriptum, cur non in totum pro manumissa haec habeatur, ut uxor ducta suum patriat? Nec mirum sit, ex serva ingenuum nasci, cum et ex captiva rescriptum sit ingenuum nasci. Quare ausim dicere, etsi pater huius pueri eiusdem sortis fuerit, cuius mater moram passa in libertate fideicommissa, ipseque moram passus est, suum eum patri nasci exemplo captivorum parentium, cum quibus rediit. Ergo sive postea pater eius post moram manumittatur, recipiet eum in potestate, sive ante decesserit, definiendum erit suum existere.*

Law, cit., 470; ID., voce 'Manumissio fideicommissaria', in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, cit., 576; G. HÄRTEL, *Der 'favor libertatis' im Imperium Romanum und sein gesellschaftlicher Zusammenhang nach den Digesten im 2.-3. Jahrhundert u.Z.*, in *Index*, V, 1974-1975, spec., per le fonti che qui interessano, 285 ss.; V.M. MINALE, *La materia fedecommissaria tra giurisprudenza e legislazione. Un percorso attraverso l'opera di Volusio Meciano*, Napoli, 2020, spec. 237 ss.; A. WACKE, 'Quae vivus/viva praestabam'. *Unterhaltsfortzahlungsverhältnisse nach Maßgabe lebzeitiger Zuwendungen*, in *Iura*, LXIX, 2021, 391 ss. Sul fedecommissario in generale ancora interessanti gli studi di G.E. HEIMBACH, voce 'Fideicommissum', in J. WEISKE, *Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft*, IV, Leipzig, 1843, 280 ss.; H. MEYER, *Die Lehre von den Legat u. Fideicommissis*, Tübingen, 1854; K.L. ARNDTS-K. SALKOWSKI, *Libri XXX-XXXII. 'De legatis et fideicommissis'*, I-II, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. it., Milano, 1898-1901; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi*, Milano, 1889; F. BRÜCKNER, *Zur Geschichte des Fideicommisses*, München, 1893; F. MILONE, *Il fedecommissario romano nel suo svolgimento storico*, Napoli, 1896; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano, 1955, *passim*; G. IMPALLOMINI, *Le manomissioni*, cit., *passim*; G. FALCONE, *La definizione di 'obligatio', tra diritto e morale. Appunti didattici*, Torino, 2017, 8 ss.; V. FORLANI, *In tema di fedecommissario come strumento di sanatoria di disposizioni invalide*, in *KOINONIA*, XLII, 2018, 305 ss. Sugli aspetti relativi ai diritti patronali seguenti alla libertà fedecommissaria, si v., per tutti, C. MASI DORIA, 'Bona libertorum'. *Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, 296 ss., ed ivi ulteriore bibliografia.

³² Così è chiaramente affermato oltre che nelle fonti di seguito analizzate nel testo anche – sebbene la fonte sia postclassica – in PS. 2.24.4: *Ex ea muliere natus, quae ex causa fideicommissi manumitti debuit, si post moram libertati factam nascatur, ingenuus nascitur*. Sempre utile l'approfondita ricerca di E. HERRMANN-OTTO, 'Ex ancilla', cit., 24 ss. e 33, la quale illustra molto chiaramente come siano schiavi i figli della *ancilla fideicommissaria* nati prima del *dies cedens*, durante la mora incolpevole ovvero durante la mora senza che la donna abbia richiesto la libertà.

Ulp. 12 *ad Sab. D.* 38.17.1.3: *Interdum et in servitute quaesito erit concedenda hereditas legitima, veluti si post moram fideicommissariae libertati matris suae factam natus sit. Certe si post manumissionem matris fuerit natus, licet in servitute conceptus, ad legitimam eius hereditatem admittetur. Sed et si apud hostes conceptus a captiva procreatus cum ea rediit, secundum rescriptum imperatoris nostri et divi patris eius ad Ovinium Tertullum poterit ex hoc senatus consulto admitti quasi vulgo quaesitus.*

Nel primo di tali passi si stabilisce che, nel caso in cui ricorrano gli estremi per la mora a seguito della richiesta di libertà³³, il figlio della schiava non solo nasce ingenuo, ma rientra anche nella potestà paterna. Talvolta si è inteso il testo nel senso che l'ingenuità del figlio fosse dovuta all'intervento imperiale di Marco Aurelio, Lucio Vero e successivamente Caracalla, mentre la qualificazione dello stesso come *suus* del padre naturale fosse opera dell'interpretazione di Ulpiano³⁴. Diversamente vi è chi ritiene che anche la *ingenuitas* del figlio sia da attribuire alle riforme di Antonino Pio, mentre sarebbe da ricondurre all'opera dei suoi successori quanto espresso dall'interrogazione successiva ... *cur non* ..., «che rappresenta ad un tempo motivazione e contenuto delle costituzioni dei tre imperatori ricordati»³⁵. Il secondo dei passi ulpiani esamina, invece, i rapporti successori tra madre schiava e figlio nato ingenuo secondo la previsione dovuta ad Antonino Pio, ma è evidente che il principio esposto da Ulpiano sia una applicazione della costituzione riportata nel primo brano e dovuta a Marco Aurelio e Lucio Vero e poi ribadita da Caracalla³⁶. La previsione ulpiana è stata più volte approfondita ed analizzata dagli studiosi quale esempio determinante della ingenuità dei figli della schiava che, onorata di fedecommissio di libertà, avesse partorito durante la mora dell'onerato³⁷. Sempre sulla *ingenuitas* del figlio torna, tra le altre, anche la previsione normativa riportata in

Iust. A. Iuliano pp. C. 6.57.6 (a.530): *Quidam ancillae suae per fideicommissum libertatem reliquit, eo autem, a quo libertas relicta est, moram in libertate praestanda faciente peperit ancilla. Et esse quidem ingenuum puerum vel puellam, qui post mo-*

³³ Da ultimo, sul valore riconosciuto alla *interpellatio*, si v. J.D. HARKE, 'Mora', cit., 49 s.

³⁴ Cfr. in tal senso P. VOGLI, *Diritto*, II², cit., 428; W. LEIST, *Libri XXXVII-XXXVIII. 'De iure patronatus'*, IV, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit., spec. 360 s.

³⁵ Così G. IMPALLOMENI, *Le manomissioni*, cit., 116, secondo il quale ad Ulpiano si deve il solo parallelo tra quanto citato e la previsione relativa ai *captivi*.

³⁶ Sul punto si v. G. IMPALLOMENI, *Le manomissioni*, cit., 116 s.; M. MEINHART, *Die 'Senatusconsultum Tertullianum' und 'Orfitianum' in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz-Wien-Köln, 1967, 55 ss.

³⁷ R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, in *BIDR*, XLVII, 1940, 154 ss.; ID., *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, I, Milano, 1951, 120 ss., ma spec. 126 s.; A. WATSON, 'Captivitas' and 'Matrimonium', in *TR*, XXIX, 1961, 243 ss.; M. MEINHART, *Die 'Senatusconsultum'*, cit., *passim*. Elenca le fonti indicate nel testo, senza alcun approfondimento esegetico già A. MONTEL, *La condizione giuridica dei figli di schiava onorata di fedecommissio di libertà nati in periodo di mora o ritardo nella manomissione della madre*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 634.

ram nati sunt, omnes veteris iuris auctores consentiunt, dubitabatur autem inter eos, si matri morienti potest succedere. 1. Huiusmodi itaque dubitationem eorum decedentes ulterius eam procedere non patimur, sed sancimus eandem matris progeniem heredem ab intestato posse ei existere, salvo iure legitimo ex auctoritate senatus consulti Orfitiani proli servando et tam matre ex senatus consulto Tertulliano quam prole ex Orfitiano senatus consulto invicem ad suas hereditates venientibus.

La costituzione giustiniana merita di essere analizzata perché ribadisce chiaramente che il figlio nato in schiavitù a causa della ritardata affrancazione per la mora dell'onerato acquista, a seguito della manomissione, «la qualifica ... di uomo libero»³⁸. Tuttavia, dalla stessa si deduce anche che in epoca anteriore il principio non era ugualmente definito, piuttosto vi era dissenso tra i giureconsulti, sebbene poi nei *Digesta* si riporti la sola opinione ulpiana – conforme a quella di Giustiniano – senza riferimenti alle eventuali altre decisioni giurisprudenziali³⁹. Dubbi sorgevano, secondo la costituzione, circa la capacità del figlio di succedere alla madre, poiché per aversi ciò occorreva – *ex senatoconsulto Orfitiano* – che la donna fosse almeno *libertina*⁴⁰. Secondo quanto stabilito da Giustiniano, però, i figli sarebbero potuti succedere alla madre *ab intestato*, fatti salvi i diritti previsti dai senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano.

Tale costituzione⁴¹ è da approfondire: presenta la stessa data di quella riportata in C. 7.4.14, 1 ottobre 530, ma anche il medesimo tema, sebbene secondo due prospettive diverse (il fedecommesso). Ci si deve chiedere, quindi, se il testo ora riportato sia da riunire a quello contenuto in C. 7.4.14 (ma anche a quello di C. 7.4.15). Le costituzioni – e sul fatto che appartengano senza dubbio alle *quingenta decisiones* secondo il criterio cd. formale rinvio agli studi sul tema⁴² –, tuttavia sembrano, secondo Varvaro, ma è in posizione minoritaria, riguardare autonome *decisiones*, dove «il verbo ‘decido’ si trova adoperato in relazione logica e biunivoca con la questione controversa precedentemente prospettata». Non po-

³⁸ Cfr. P. VOCI, *Diritto* II², cit., 42 e nt. 28, 49 e nt. 66, che sottolinea anche come «In sede materiae, Ulpiano, 12 Sab., 2514, D. (38, 17) 1, 3, esprime l'opinione accolta da Giustiniano».

³⁹ Già G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 279 ss., si era soffermato sul punto. Si v., inoltre, M. MEINHART, *Die 'Senatusconsultata'*, cit., 57 ss.

⁴⁰ Cfr. Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.17.1 pr.; Ulp. 13 *ad Sab.* D. 38.17.2 pr.

⁴¹ Sul punto, M. VARVARO, *Contributo allo studio delle 'Quingenta decisiones'*, in *AUPA*, XLVI, 2000, 365 ss., ma spec. 415 ss.

⁴² M. VARVARO, *Contributo*, cit., 383 ss. e 416. Precedentemente, e nello stesso senso, si v. E. VOLTERRA, *Di una sconosciuta operetta del 1600 sulle 'quingenta decisiones' di Giustiniano*, in *BIDR.*, XXXVIII, 1930, 183 s. e nt. 1 [= *Scritti giuridici*, IV, Napoli, 1993, 17 nt. 1]; Fr. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschr. O. Lenel*, Leipzig, 1921, 223 [= *Gesammelte Abhandlungen*, I, cit., 410]; C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle 'Quingenta decisiones'*, Milano, 1999, 27 ss., spec. 35 nt. 67, 37; J. PARICIO, *Observaciones sobre las 'quingenta decisiones' de Justiniano*, in *La-beo*, XLVI, 2000, 503 ss., ma spec. 510 [= in *De la justicia y el derecho. Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid, 2002, 237].

trebbe considerarsi, quindi, secondo questo studioso, indizio dell'unicità delle *decisiones* l'affinità delle controversie trattate⁴³, poiché numerosi sono i casi, nel Codice di più decisioni che riguardano casi correlati.

Diversamente, ed in questo senso si veda la proposta di Krüger nell'*editio maior* del *Codex*⁴⁴, vi è chi ritiene appartenenti ad un'unica costituzione le due distinte previsioni del *Codice*. Gli argomenti correlati oggetto delle previsioni giustiniane ben si adattano a punti distinti di una costituzione articolata: uno riguardante la nascita nel periodo di mora nel manomettere la madre, l'altro riguardante il fedecomesso e la manomissione diretta del figlio postumo dell'*ancilla*.

Infine, a margine di questa indagine, è da segnalarsi come i *Digesta* giustiniane, invece, sembrano non conservare traccia dei dissensi giurisprudenziali attestati da C. 7.4.14, se non in un unico passo, tratto dai *digesta* di Cervidio Scevola e riportato poi sotto il titolo dedicato alle manomissioni testamentarie in

Scaev. 24 dig. D. 40.4.60: *Testamento ita cavit: Εὔδοι βούλομαι δοθῆναι νομίματα χίλια, ἐπεὶ ἔφθασεν γεννηθῆναι μετὰ τὸ τὴν μητέρα αὐτοῦ γενέσθαι ἐλευθέραν: quaero, an, si Eudo non probet se post manumissionem matris suae natum, possit his verbis testamenti libertatem consequi. Respondit non oportere eiusmodi consultationem praeiudicium parare*⁴⁵.

Nel brano – che di rado è stato oggetto di analisi dedicata⁴⁶ – si afferma che secondo una disposizione testamentaria sarebbero andati mille aurei ad Eudo, nato dopo la manomissione della madre. Ci si chiede, tuttavia, se, nel caso in cui non riesca a provare di essere nato dopo l'affrancazione della madre, il beneficiario possa acquistare la libertà grazie alle parole del testamento. Ma il giureconsulto chiarisce che non è necessario (per Häusler è una 'conseguenza indesiderabile')⁴⁷ che sia preparato per tale questione un accertamento della libertà mediante *praeiudicium: non oportere eiusmodi consultationem praeiudicium parare*.

⁴³ Nella prospettiva che «l'emanazione delle *decisiones* si giustifichi ... in considerazione dell'esigenza ... di dare ... immediata applicazione ai valori guida della legislazione giustiniana» (p. 117) come *humanitas, benignitas, favor libertatis* ecc., si muove C. RUSSO RUGGERI, *Studi*, cit., 112 ss., ma soprattutto 115 ss.

⁴⁴ Nello stesso senso si v. S. DI MARZO, *Le 'quinquaginta decisiones' di Giustiniano*, I, Palermo, 1899, 45. *Contra* M. VARVARO, *Contributo*, cit., 415 s. Cfr. S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna, 2010, 60 nt. 35.

⁴⁵ Per i rilievi squisitamente testuali, che non inficiano l'analisi sin qui condotta, si rinvia a V. DI NISIO, 'Graeca' in Scevola: a proposito di D. 40.4.60 (24 dig.), in *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, prassi, insegnamento*, a cura di C. Cascione, C. Masi Doria, G.D. Merola, I, Napoli, 2013, 266 s.

⁴⁶ Sulle molteplici implicazioni del passo, si v., con dettagliata bibliografia, V. DI NISIO, 'Graeca', cit., 265 ss.; A. HÄUSLER, *Letztwillige Verfügungen in griechischer Sprache bei Q.C. Scaevola, Paulus und Modestinus*, in *ZSS, CXXXIII*, 2016, 420 ss., spec. 426 ss.

⁴⁷ A. HÄUSLER, *Letztwillige Verfügungen*, cit., 427.

Il caso rappresentato e sottoposto al giurista sembra rientrare non tanto in uno dei casi di *favor libertatis*, sovente giustificati con l'*humanitas*, quanto in uno di *favor testatoris*, con l'intento di tutelarne e rispettarne la volontà sottesa⁴⁸, cercando di favorire, forse, quella che Ulpiano avrebbe poi definito la *humanior sententia*⁴⁹.

4. Conclusioni.

Mi sembra, e con ciò concludo, che lo studio sull'umanità del diritto in Giustiano non possa prescindere non tanto dalla mera analisi terminologica, che pure è stata positivamente svolta ed ha una sua qualche utilità pratica, quanto piuttosto dal considerare lo spirito che ha animato e prodotto le decisioni di tale imperatore. Spirito volto – appunto – alla tutela della natura umana, nell'ottica di una *humanitas* che considera su uno stesso piano i vari soggetti, a differenza della *benignitas*, che viceversa si presenta come un favore concesso da un soggetto più importante ad un altro situato più in basso nella scala dei valori⁵⁰.

Se è vero che *ius est ars boni et aequi*, l'umanità interviene, allora, laddove è instabile l'equilibrio che è proprio del diritto.

⁴⁸ Già in questo stesso senso, V. DI NISIO, 'Graeca', cit., 270.

⁴⁹ In 6 *disp.* D. 34.5.10.1, *supra*, nt. 6. Cfr. D. ROUGER-THIRION, *Le 'cœur'*, cit., 901 s.; P. STARRACE, *Lo 'statuliber'*, cit., 38 ss.; S. TAFARO, *Il giurista e l'ambiguità. 'Ambigere ambiguitas ambiguus'*, Bari, 1998, 48 ss.; A. PALMA, 'Humanior interpretatio', cit., 213.

⁵⁰ Cfr., sul punto, F.B.J. WUBBE, *L'humanitas*, cit., 250 s., ed ivi ulteriore bibliografia.