

Silvia Segnalini

## Sull'effettivo ruolo dell'analogia e dell'estensione in via decretale nell'Editto Carboniano

1. L'uso delle categorie moderne per l'interpretazione delle fonti: alcune considerazioni sull'analogia e sul suo probabile archetipo – 2. Il particolare caso dell'editto Carboniano – 3. (segue) Le fonti in cui compare l'espressione '*decretum Carbonianum*' – 4. Conclusioni. L'analogia e Salvio Giuliano.

1. Sulla questione del ricorso all'analogia per spiegare alcune evoluzioni del regime dell'editto Carboniano si è sicuramente assunto, in passato, un atteggiamento eccessivamente cauto<sup>1</sup>, pur lasciando sostanzialmente (quanto opportunamente) aperto il problema<sup>2</sup>.

Il che permette ora di ripensare la questione.

Di certo l'analogia, cui alcuni studiosi sono già ricorsi per spiegare alcune fonti in materia di editto Carboniano, non è una categoria che può essere «*tout court*» impiegata nell'esperienza giuridica romana: ma da qui a negarne completamente la rilevanza in alcune decisioni in materia successoria, come pure ha fatto chi scrive, il passo è stato forse troppo lungo<sup>3</sup>.

Se è vero che solo una delimitazione dei problemi permette di avanzare ipotesi di soluzione affidabili, è lecito pensare come proprio nel diritto successorio, fortemente condizionato dalle trasformazioni della famiglia, si debba essere particolarmente sentita l'esigenza di adeguare, senza fratture troppo brusche nel sistema, la realtà normativa al mutare della natura dei rapporti familiari, sfruttando ampiamente, nelle argomentazioni dei giuristi, le potenzialità degli schemi già messi a punto, in parte, in altri rami del sapere, per estendere l'ordinamento e tutelare situazioni non più inquadrabili nel vecchio schema della subordinazione alla *potestas* reale o fittizia del *paterfamilias*<sup>4</sup>.

Per quanto riguarda l'analogia, è da dire come solo a partire dai giuristi medievali, muovendo dai luoghi del *Corpus Iuris*, si cominciò a costruire teoreticamente il procedimento analogico: i glossatori, ma specialmente i Commentatori, si soffermarono ampiamente sul problema<sup>5</sup>.

I giuristi romani non si sono posti pertanto in maniera sistematica un problema di *extensio legis a similibus ad similia*, pur avendone sentito l'esigenza<sup>6</sup>: avevano però, per questo scopo, uno stru-

---

1) Mi sia consentito il rinvio a S. SEGNALINI, *L'editto Carboniano*, Napoli, 2007, p. 190 ss.

2) Cfr. ancora quanto affermato da chi scrive, in chiusura di ragionamento, in *L'editto Carboniano*, cit., p. 195.

3) Del problema delle categorie concettuali che, necessariamente, lo storico del diritto è costretto a mutuare dalla dogmatica moderna per esporre un ordinamento storico, si è particolarmente dibattuto nella dottrina italiana tra il 1930 e il 1960. Per un quadro di sintesi del problema, cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 12 ss.

4) Si pensi al caso del figlio emancipato, del postumo, dei figli adottivi.

5) Al punto che vi è chi, come B. BRUGI, *L'argomento di analogia nella logica giuridica*, Roma, 1927, p. 604, ha definito il diritto comune come il prodotto di una sapiente interpretazione analogica.

6) *A fortiori*, non ha senso distinguere, nell'esperienza giuridica romana, l'analogia dall'interpretazione estensiva: ammesso che quest'ultima categoria esista, ciò che è messo in dubbio, fra gli altri, da L. GIANFORMAGGIO, '*Ana-*

mento privilegiato, che può essere considerato peculiare di quella esperienza giuridica: la possibilità di estendere in via decretale fattispecie edittali<sup>7</sup>.

E' difficile stabilire quali siano i rapporti tra quest'ultimo procedimento e l'analogia, sia dal punto di vista concettuale che da quello storico.

Dal punto di vista concettuale, la difficoltà nell'esatta individuazione delle due categorie, sta nel fatto che in entrambe le operazioni il procedimento logico adoperato è identico: si tratta di un «tipico procedimento di giustificazione esterna (o di secondo livello) di una decisione giuridica»<sup>8</sup> partendo da una norma precedentemente data e da un principio comune (l'«*eadem ratio*») a quest'ultima, e alla nuova norma da porre.

Mentre dal punto di vista storico, è quasi impossibile stabilire se vi sia stato un rapporto di derivazione tra le due: di certo l'uso di estendere in via decretale fattispecie edittali dovette precedere nel tempo l'utilizzo di quei ragionamenti che – con le dovute cautele – possono essere considerati più vicini all'analogia in senso moderno<sup>9</sup>.

Gli studiosi, non senza qualche ragione, fanno infatti risalire questi ultimi solo a Giuliano<sup>10</sup>: come ha ampiamente dimostrato Reggi<sup>11</sup>, le voci greche citate nei frammenti del giurista<sup>12</sup>, il riferimento ad Aristotele presente in un passo dei suoi *digesta*<sup>13</sup>, così come le frequenti allusioni ai sofi-

---

logia', in «Digesto. Discipline privatistiche. Sezione civile», I, Torino, 1994, p. 327, che ragiona in termini di mancanza di utilità pratica della distinzione, e da M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie (artt. 679-712)*<sup>2</sup>, in «Commentario al codice civile» (dir. V. Scialoja, G. Branca), Bologna-Roma, 1978, p. 219 nt. 5. Per gli stessi motivi, non è possibile accettare la posizione di E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz, 1965, p. 61 ss., 107 e 132 ss.: la tentazione dell'autore è infatti quella di voler inquadrare diligentemente alcune decisioni di Giuliano ora nella categoria dell'analogia, ora in quella del ragionamento per deduzione – a sua volta distinto in sottogruppi: che vanno dal semplice accostamento di fattispecie all'uso del caso collegato come argomento –, ora in quella del ragionamento per similitudine, in una deriva di dogmatismo che irrigidisce il quadro con complicate distinzioni e sottodistinzioni, sicuramente estranee ad un modo di procedere, quale quello dei giuristi romani, essenzialmente topico. Non soddisfa nemmeno la concezione di analogia accolta dall'autore, ristretta ai casi in cui opera un sillogismo perfetto, di cui non trova traccia in Giuliano: motivo per cui tende ad escludere che tale giurista la conoscesse e utilizzasse, non ritenendo dirimenti in tal senso la conoscenza da egli dimostrata della logica, del greco e delle opere di Aristotele, né tantomeno alcune testimonianze delle fonti (sul punto, cfr. anche *infra*, nel testo). *Contra*, R. REGGI, *rec. a BUND, Untersuchungen zur Methode Julians*, cit., in «Dura», XVIII.1, 1967, p. 190, che osserva come presso i moderni così come presso gli antichi, fra cui pure Aristotele, l'argomentare per analogia avviene quasi sempre in maniera abbreviata, sotto forma di entinema. Sul punto, cfr. diffusamente *infra*, nel testo.

<sup>7</sup>) E, ancor prima, la giurisprudenza tardorepubblicana aveva ampiamente sfruttato la possibilità di dilatare il significato di un termine, anche al di là del suo significato comune, per ampliare così l'ambito di applicazione di determinate fattispecie in cui il medesimo ricorreva: cfr. F. ZUCCOTTI, «*Fruges fructusque*» (*studio esegetico su D. 50.16.77*). *Per una ricerca sulle origini della nozione di «frutto»*, Padova, 2000, in particolare p. 62 ss.

<sup>8</sup>) Così efficacemente, GIANFORMAGGIO, «*Analogia*», cit., p. 326.

<sup>9</sup>) Per il diritto romano, ha senso eventualmente parlare di «*analogia legis*»: il diverso concetto di «*analogia iuris*», per il quale oggi più spesso si usa il termine «principii generali del diritto», è infatti un procedimento mediante il quale la disciplina del caso non regolato viene cercata non in una norma affine, ma in un principio generale del sistema di riferimento, ed è quindi il frutto dell'ideologia della completezza del sistema stesso, della sua attitudine all'autointegrazione, tipica di esperienze giuridiche, come quella italiana attuale, strutturate su un modello di sistema chiuso.

<sup>10</sup>) Sull'analogia cfr., per tutti, l'ampia trattazione, distribuita in più luoghi, di A. STEINWENTER, *Prolegomena zur einer Geschichte der Analogie*, in «Festschrift F. Schulz», II, Weimar, 1951, p. 345 ss., in «Studi E. Albertario», II, Milano, 1953, p. 107 ss., e in «Studi V. Arangio-Ruiz», II, Napoli, 1953, p. 169 ss., e R. REGGI, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano*, in «Studi Parmensi», II, 1951, p. 105 ss., e III, 1953, p. 467 ss. Ma si veda anche F. GALLO, *Alle origini dell'analogia*, in «Diritto e processo nella esperienza romana», Napoli, 1994, p. 39 ss., e in un lavoro di impianto diverso, ma in cui l'autore torna su alcuni dei problemi sollevati nel contributo del 1994, *Incompatibilità con precetti costituzionali dell'equiparazione delle norme penali e di quelle eccezionali nell'art. 14 delle «disposizioni della legge in generale»*, in «Juris Vincula. Studi M. Talamanca», III, Napoli, 2001, p. 507 ss., con ulteriore e ampia bibliografia.

<sup>11</sup>) Cfr. R. REGGI, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano* (1951), cit., p. 105 ss., e *rec. a Bund*, cit., p. 190 ss., al quale si deve anche un esauriente esame del concetto di analogia nella filosofia e retorica greca, e dell'uso che ne fecero poi i retori romani nell'interpretazione del diritto. Ma cfr. anche, nello stesso senso, GALLO, *Alle origini dell'analogia*, cit., p. 66 nt. 46, nonché la maggior parte della dottrina. *Contra*, BUND, *Untersuchungen*, cit., p. 97 ss. e 122 ss., sul quale cfr. però le critiche formulate ancora una volta nella recensione di REGGI, cit., p. 183 ss.

<sup>12</sup>) Cfr. ad es. D. 50.17.65 (Iul. 54 dig.).

<sup>13</sup>) Cfr. D. 46.3.36 (Iul. 1 ad Urs. Feroc.): fra l'altro, va detto, a fronte delle relativamente numerose citazioni di

smi (il sorite, il bugiardo, il coccodrillo), depongono nel senso per cui è da riconoscere al giurista adrianeo una puntuale conoscenza della filosofia in generale, della retorica e della logica, e da qui un ruolo preminente nell'elaborazione del ragionamento analogico<sup>14</sup>.

Ma vi è di più: anche ragioni storiche inducono a ritenere attendibile l'ipotesi: se, come sembra ormai pacifico in dottrina, proprio a tale giurista si deve attribuire, se non addirittura l'esecuzione materiale, sicuramente un certo peso nel progetto di «codificazione» dell'Editto, non è ipotesi remota come egli, prima di ogni altro, abbia avvertito l'esigenza di trovare uno strumento che permettesse di conciliare la riserva al Principe e al Senato delle modifiche all'editto, con l'esigenza di dare protezione ai nuovi casi della pratica<sup>15</sup>.

Prima di quel momento, la rigidità dell'editto poteva essere superata più agevolmente: era sufficiente per questo scopo la semplice concessione in via decretale di mezzi edituali già esistenti, per allargare l'ambito di applicazione di quest'ultimi; o, se del caso, la creazione *ex novo* di mezzi decretali, che recepissero le nuove istanze della prassi.

Si tratta comunque, sia nel caso dell'estensione decretale che in quello dell'analogia, di strumenti con cui è possibile aggiornare, senza fratture troppo brusche nel sistema – aspetto cui i *prudentes* erano particolarmente sensibili –, la realtà normativa: alla base di entrambi, vi è un'esigenza di *aequitas*, nel senso (romano) di necessità di una disciplina adeguata, che assicuri una parità di trattamento a situazioni in cui è riconoscibile una stessa *ratio*, uno stesso fondamento politico-legislativo, permettendo nel contempo di colmare una lacuna dell'ordinamento.

Può sembrare superfluo (ma non lo è) precisare come strumenti di tal tipo si atteggiino in modo diverso in tipi di ordinamento diversi, quale quello romano che, per usare una caratterizzazione moderna, può essere ricondotto al tipo del «sistema aperto», e quello attualmente vigente in Italia, che è invece un tipo di «sistema chiuso»: in quest'ultimo, che è il modello cui sono da riportare tutti gli ordinamenti continentali di derivazione romanistica, l'analogia è una valvola di sfogo del sistema, in quanto permette di veicolare nuove istanze; nel sistema aperto, di cui l'esperienza romana e quella della *Common Law* rappresentano due diversi modelli concreti, il problema cui è chiamata a ri-

---

filosofi nel Digesto, come Giuliano sia l'unico che citi Aristotele: per il ruolo che quest'ultimo ha assunto nell'elaborazione del concetto di analogia nella logica antica e per l'analisi di quel particolare tipo di ragionamento — una sorta di archetipo dell'analogia, che Aristotele, nei *Primi Analitici*, chiama *παράδειγμα* («paradigma»), si rinvia ancora all'esposizione di REGGI, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano* (1951), cit., p. 105 ss.

<sup>14</sup> Si noti, infatti, come la maggior parte delle fonti che nell'ambito dell'editto Carboniano pongono il problema, sono escerpate dai *digesta* di Giuliano (D. 37.10.4 [Iul. 24 *dig.*], D. 37.10.7.pr. [Iul. 24 *dig.*], ma anche D. 37.10.7.4-7 [Iul. 24 *dig.*]). Fanno eccezione alcuni frammenti provenienti dal commentario all'editto di Ulpiano (D. 37.9.1.14 [Ulp. 41 *ad ed.*], D. 37.10.1.6 [Ulp. 41 *ad ed.*] e D. 25.3.3.5 [Ulp. 34 *ad ed.*]: quest'ultimo contenente però un esplicito richiamo a Giuliano), un passo tratto dalle *quaestiones* di Africano (D. 37.10.8.pr. [Afr. 4 *quaest.*]) e un passo di Paolo (D. 37.10.6.pr. [Paul. 41 *ad ed.*]). In proposito, è da citare ancora una volta lo studio di REGGI, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano* (1951), cit., p. 118, che sottolinea come molti testi di Giuliano siano stati tramandati solo attraverso citazioni di giuristi posteriori, e in particolare di Ulpiano; mentre è noto, per quanto riguarda Africano, che si tratta di un discepolo del giurista adrianeo. Sarebbe lecito semmai chiedersi se i passi di Africano ci tramandino proprio il suo pensiero, indubbiamente molto influenzato da quello del maestro, o direttamente quello di quest'ultimo. In proposito, è da segnalare che vi è chi, come C. COSENTINI, *Breve nota sull'origine dell'edictum de coniungendis cum emancipato eius*, in «Studi S. Solazzi», Napoli, 1948 – basandosi sulle precedenti osservazioni di E. ALBERTARIO, *Sulla 'dotis datio ante nuptias'*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 325 ss., e di E. VOLTERRA, *Sul divorzio della liberta*, in «Studi S. Riccobono», III, Palermo, 1936, p. 211, nonché sulla tesi di A. GUARINO, *Salvius Iulianus. Profilo biobibliografico*, Catania, 1946, p. 77, e *Storia del diritto romano. Lezioni*, Catania, 1945, p. 155 ss., sulla «codificazione» dell'editto –, è addirittura convinto come sia stata abitudine dei postclassici o dei compilatori, quella di nascondere, sotto il nome del giurista adrianeo, principii ed idee non classiche, posto il divieto di Giustiniano di ricorrere all'analogia (cfr. C.I. 1.14.5, C.I. 1.14.12, C.I. 6.2.21.1-2, C.I. 12.15.1).

<sup>15</sup> La ricostruzione proposta è sostanzialmente convergente con quanto espresso, sul punto, da GALLO, *Alle origini dell'analogia*, cit., *passim*, il quale sottolinea con particolare impegno il ruolo e il peso avuto dalla vicenda della «codificazione» dell'editto per lo sviluppo dell'analogia nell'esperienza giuridica romana: profilo scarsamente valorizzato da altri autori, come STEINWENTER, *Prolegomena zur einer Geschichte der Analogie* (1951), cit., p. 119, che sostiene che i classici non avrebbero sviluppato alcuno strumento – quindi sostanzialmente non si sarebbero neanche posti il problema – per colmare le lacune dell'editto.

spondere l'analogia nasce quando si presentino degli elementi di rigidità, quale può essere considerato – per limitarsi all'esperienza romana – l'editto del pretore.

E' invece un problema del tutto secondario, che non sposta i termini della questione, stabilire se per i romani, l'analogia – o comunque quei modi di ragionare che alla stessa possono far pensare –, sia da riportare al campo dell'interpretazione o piuttosto a quello della creazione del diritto<sup>16</sup>.

2. Ciò posto, nel caso dell'editto Carboniano troppi fattori sembrano congiurare a favore dell'uso dell'analogia: la materia successoria<sup>17</sup>, la costante del giurista Giuliano come autore delle decisioni che più rilevano nel discorso<sup>18</sup>, e, come già evidenziato altrove, la presenza di un testo, quello dell'editto, per certi versi «normativo», quindi sicuramente passibile di estensione analogica<sup>19</sup>.

Alla luce di questo, si può tentare di rileggere alcune fonti.

Il primo problema di cui – in tale prospettiva – è opportuno occuparsi, coinvolge la categoria dei *liberi* cui fa riferimento il testo dell'editto, senza meglio specificare: per la quale è da chiedersi se sia composta o meno dagli stessi soggetti dell'omonima categoria presa in considerazione negli editti della *bonorum possessio contra tabulas* e *sine tabulis (unde liberi)*.

Particolarmente istruttivi in proposito, sono due paragrafi di Giuliano:

D. 37.10.7.pr.-1 (Iul. 24 *dig.*): Si impubes negetur iure adoptatus et ideo paternae hereditatis ei controversia fiat, non erit iniquum simile Carboniano decretum interponi. Item si impubes in adoptionem datus esse dicatur et ideo negetur naturalis patris hereditas ad eum pertinere, quia et hoc casu quaeritur, an iure filii hereditatem optinere possit, locus erit Carboniano edicto.

In dottrina, è stato sottolineato soprattutto il contrasto tra la simmetria dei due casi discussi, ed il loro diseguale trattamento: nel *principium*, di fronte alla contestazione della validità legale di un'adozione, si concede solo un '*decretum simile Carboniano*', mentre nel § 1, alla contestazione rivolta al figlio dato in adozione di non appartenere ai *liberi*, segue la concessione, direttamente, dell'editto Carboniano ('*locus erit Carboniano edicto*').

Per Niedermeyer<sup>20</sup>, i passi dimostrerebbero come la categoria dei *liberi* nell'ambito dell'editto Carboniano avesse avuto originariamente una configurazione diversa rispetto a quella dell'omonima categoria della *bonorum possessio contra tabulas*<sup>21</sup>, comprendendo esclusivamente la discendenza naturale (inclusi quindi i figli dati in adozione, ma non gli adottivi): l'estensione al caso del figlio adottivo sarebbe avvenuta solo successivamente, per mano dei compilatori, che avrebbero così uniformato i confini della categoria in entrambi gli editti.

Di contrario avviso Stiegler<sup>22</sup>, secondo il quale il *principium* del passo non sarebbe sufficiente per fondare la congettura secondo cui i *liberi* considerati dall'editto Carboniano furono i soli discendenti naturali: semmai la fonte potrebbe far intendere come tale categoria fu inizialmente limitata ad alcune categorie di *sui*: Giuliano avrebbe poi ammesso in via analogica l'estensione dell'editto Car-

---

<sup>16</sup> Gli studiosi sono, in proposito, divisi: la *communis opinio* è nel senso per cui si tratterebbe di interpretazione. *Contra*, M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in «Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, IV, Padova, 2003, p. 22, nt. 64, che ritiene l'analogia atto di creazione del diritto, in quanto sottende sempre un giudizio di valore, mediante il quale due fattispecie vengono considerate uguali ai fini del diritto. Molto equilibrata, la posizione di N. BOBBIO, '*Analogia*', in «NNDI», I, Torino, 1981, p. 604 s., e di GIANFORMAGGIO, '*Analogia*', cit., p. 327, che sostengono come sia uno di quei tipici casi in cui la soluzione dipende dal significato che l'interprete intende attribuire a parole il cui uso è tutt'altro che rigido, come «interpretazione» o «creazione».

<sup>17</sup> Per i motivi esplicitati *supra*, § 1.

<sup>18</sup> Sul ruolo di Giuliano per l'analogia nel mondo giuridico romano, cfr. anche *infra*, § 4, in sede di conclusioni.

<sup>19</sup> Sul punto, cfr. quanto affermato sempre in SEGNALINI, *L'editto Carboniano*, cit., p. 193.

<sup>20</sup> H. NIEDERMEYER, *Studien zum Edictum Carbonianum*, in «ZSS.», L, 1930, p. 94, 96, 104, 138.

<sup>21</sup> Tale diversa configurazione sarebbe inoltre di conforto, secondo NIEDERMEYER *Studien*, cit., *passim*, all'ipotesi secondo cui l'editto Carboniano venne utilizzato per la *bonorum possessio sine tabulis*, solo in un periodo successivo.

<sup>22</sup> H. STIEGLER, *Statusstreit und Kindeserbrecht. Probleme des Edictum Carbonianum*, Graz, 1972, p. 103 ss.

boniano al caso del figlio adottivo.

Quest'ultima interpretazione, è sicuramente la più plausibile, seppur con qualche precisazione: a parte la considerazione secondo cui per i figli dati in adozione la protezione dell'editto, ipotizzata da Niedermeyer<sup>23</sup>, è del tutto inutile, in quanto, sul presupposto che siano entrati a far parte di una famiglia diversa da quella del *de cuius* – e ivi rimasti –, non possono comunque vantare pretese sul patrimonio di quest'ultimo (motivo per cui nessuno avrebbe interesse a proporre nei loro confronti né una controversia di stato, né tantomeno una controversia ereditaria), sono soprattutto i contorni delle fattispecie discusse a suggerire uno scenario di tal genere.

Nel *principium* l'avversario – ad esempio, un fratello chiamato *unde liberi* alla successione intestata – oppone all'impubere di non essere stato validamente adottato: quest'ultimo rivendicando viceversa lo stato di figlio adottivo, ottiene un semplice '*decretum simile Carboniano*'; nel § 1, invece, l'avversario contesta all'impubere di non appartenere ai *liberi* in quanto dato in adozione, ed in favore del fanciullo, sul presupposto che questi non sia uscito dalla famiglia paterna, viene concesso l'editto Carboniano.

Il ricorso ad un '*decretum simile Carboniano*' nel *principium*, piuttosto che di un '*edictum*', che ricompare viceversa nel § 1 del frammento, pone senza dubbio un problema di estensione decretale di un mezzo editale: evidentemente l'impubere come figlio adottivo non avrebbe avuto diritto alla protezione dell'editto, essenzialmente rivolto alla protezione del figlio legittimo.

A rigore, anche nel § 1 la fattispecie non rientra nel caso-tipo dell'editto Carboniano, in quanto l'avversario non contesta la legittimità dell'impubere, ma il fatto che questi sia uscito dalla famiglia del *de cuius*: ma, evidentemente, tale situazione creava meno problemi, e si ritenne possibile di applicare direttamente l'editto.

I *liberi* a favore dei quali l'editto Carboniano è stato introdotto, non sono pertanto gli stessi soggetti cui si rivolgono gli editti della *bonorum possessio contra tabulas* e della *unde liberi*: i figli adottivi vi sono stati considerati solo in un momento successivo<sup>24</sup>: con un meccanismo che non è azzardato pensare sia stato proprio di tipo analogico.

Lo stesso può dirsi per altre fonti che coinvolgono la materia qui trattata, di cui si può tentare di fornire una spiegazione solo ipotizzando che i romani abbiano ragionato *a similibus ad similia*: fonti che altrimenti rimarrebbero – come finora sono rimaste –, incomprensibili, e per questo sospette.

Ciò vale in primo luogo per<sup>25</sup>

D. 37.10.1.6 (Ulp. 41 *ad ed.*): Sed et si ipse defunctus servus esse dicatur, idem erit dicendum.

Ulpiano informa che è possibile ricorrere all'editto Carboniano<sup>26</sup> anche quando la controversia sullo *status libertatis* riguardi il defunto.

Gli interpreti non hanno mai riflettuto che la circostanza che il *de cuius* sia o meno uno schiavo è invero determinante per la sorte del suo patrimonio, e può mettere in pericolo l'aspettativa del figlio, in quanto uno schiavo – che non sia manomesso: ma non ci sono elementi, nel passo, per sostenere tale eventualità –, essendo sprovvisto di capacità giuridica secondo il *ius civile*, non ha eredi, e

<sup>23</sup> Che non si accorge, fra l'altro, che ipotizzare un intervento che uniformi la categoria dei *liberi* nei vari editti vuol dire ammettere come i figli dati in adozione – protetti, secondo NIEDERMEYER *Studien*, cit., p. 104, dall'editto Carboniano – siano presi in considerazione (anche) nella *bonorum possessio contra tabulas*; il che è decisamente inammissibile: nessuno lo ha mai sostenuto in dottrina, né potrebbe del resto sostenerlo.

<sup>24</sup> Non è possibile pertanto aderire all'ipotesi di P. MORIAUD, *De la simple famille paternelle en droit romain*, I, Genève, 1910, p. 64 ss., che sostiene l'identità della categoria dei *liberi* nell'ambito della successione pretoria: anche se non è possibile sapere, in realtà, quale sia la sua posizione rispetto alla categoria dei *liberi* nell'editto Carboniano, di cui non discute le fonti.

<sup>25</sup> In letteratura, solo STIEGLER, *Statusstreit*, cit., p. 33 ss., si occupa del passo, limitandosi però ad osservare come sia difficile capire come mai la fattispecie ivi discussa sia inserita nella casistica dell'editto Carboniano.

<sup>26</sup> Ciò che è implicito, nell' '*idem erit dicendum*', che collega il passo al paragrafo precedente, D. 37.10.1.5 (Ulp. 41 *ad ed.*), al termine del quale si legge: '*Carboniano possit esse locus*'.

quindi l'attivo del suo eventuale peculio tornerebbe, *iure peculii*, al *dominus* o agli eredi di questo.

Non è pertanto azzardato affermare che il giurista abbia sentito l'esigenza di estendere il campo di applicazione dell'editto Carboniano, in cui la controversia di stato coinvolge generalmente il pupillo, ad un caso sentito affine: il fondamento politico-legislativo della decisione è pur sempre lo stesso, ovvero quello di difendere le aspettative successorie di un figlio, impubere, del *de cuius*.

Un'altra fattispecie problematica è quella che si rinviene in un passo fuori *sedes materiae*:

D. 25.3.3.5 (Ulp. 34 *ad ed.*): Illud tenendum haec senatus consulta post mortem parentis cessare, si is supersit, in cuius potestate recasuri non sunt. quid ergo est? in petitione hereditatis, quam filius intendit, quaeretur, utrum ex eo natus sit cuius hereditatem petit an non. adeo hoc verum est, ut Iulianus libro nono decimo digestorum scribat, si vivo patre redditum sit praedictum et antequam sententia feratur, pater decesserit, transeundum ad Carbonianum edictum.

Il testo presenta indubbiamente delle *inconcinnitates*, ma in una temperie culturale come la nostra è più opportuno forse pensare ad un raccorciamento dell'argomentazione, piuttosto che metterne in dubbio la genuinità, come hanno fatto la maggior parte degli studiosi<sup>27</sup>.

Occorre però chiedersi come mai vengano avvicinate due fattispecie che hanno presupposti molto diversi: quella del *senatusconsultum Plancianum*, che presuppone siano in vita le due parti legittimate ad avvalersi della procedura – la donna che ritiene di essere incinta e il preteso padre del bambino –, e quella del Carboniano, che presuppone l'apertura della successione paterna.

La risposta può essere cercata tramite l'analisi della *mens legis* che ispira i due istituti: i provvedimenti in materia di filiazione miravano ad ottenere – attraverso un procedimento avviato dalla moglie che afferma di essere incinta del marito, da cui è divorziata – il riconoscimento della paternità del *venter* ai prevalenti ed immediati fini alimentari, che potevano però essere frustrati in un momento successivo, in quanto non rimaneva preclusa la possibilità di un eventuale giudizio di stato in senso stretto, che poteva anche concludersi in senso favorevole al marito: eventualità, quest'ultima, che dipendeva per lo più da una volontà diversa da quella del marito stesso, e che rendeva la protezione di tali *senatusconsulta* del tutto provvisoria.

Che anche l'editto Carboniano, nella cui articolata casistica compaiono molti riferimenti a questioni di supposizione di parto e di adulterio<sup>28</sup>, persegua scopi alimentari<sup>29</sup>, e che gli stessi siano del tutto provvisori, in attesa della definizione del giudizio di stato e ereditario, è pacifico: non può quindi sorprendere più di tanto l'intervento di Giuliano, per garantire al pupillo, nel caso in cui il padre *sui iuris* venga a mancare<sup>30</sup>, una tutela dello stesso tipo.

Siamo quindi ancora una volta in presenza di due fattispecie che vengono artificiosamente avvicinate, ai fini del diritto, in base ad una *eadem ratio*: anche se è impossibile negare come l'indubbio raccorciamento subito dal testo renda più sfuggenti i passaggi logici che il giurista<sup>31</sup> ha compiuto

---

<sup>27</sup>) Per F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*. I. *L'agere ex senatusconsultis de partu agnoscendo*, Bologna, 1953, p. 21 nt. 56, sarebbero motivo di sospetto i richiami all'*hereditatis petitio*, al *praedictum* intentato quando il padre è vivo, e al Carboniano, che con la premessa relativa ai *senatusconsulta* in materia di filiazione ben poco avrebbero a che fare: finendo per questa via a dubitare della genuinità dell'intero paragrafo. Per M. MARONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo, 1955, p. 386 ss., è da mettere in dubbio proprio l'ultima parte del passo ('*adeo ... edictum*'), quella che contiene il riferimento al Carboniano, in quanto se l'affermazione relativa all'esperibilità del *praedictum an filius sit* in sede di petizione d'eredità richiedeva una precisazione, questa sarebbe dovuta essere di altro tenore. In tempi meno recenti, P. KRÜGER, *Das summatim cognoscere und das klassische Recht*, in «ZSS.», XLV, 1925, p. 63 nt. 2, tenta di superare le difficoltà immaginando come il *praedictum* di cui si parla nel testo possa essere designato anche come '*agere ex senatusconsultis*'.

<sup>28</sup>) Cfr. D. 37.10.1.11, D. 37.10.2, D. 37.10.3.6, D. 37.10.3.7, D. 37.10.3.9, D. 37.10.10 e D. 37.10.13.

<sup>29</sup>) Cfr. per tutti, D. 37.10.6.5 (Paul. 41 *ad ed.*): '*non solum alimenta pupillo praestari debent, sed et in studia et in ceteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatum*'.

<sup>30</sup>) I *senatusconsulta de partu agnoscendo* potevano infatti essere applicati dopo la morte del padre solo quando, essendo questi *alieni iuris*, il figlio cadeva nella *potestas* dell'avo: cfr., in questo senso, D. 25.3.3.2 (Ulp. 34 *ad ed.*).

<sup>31</sup>) Peraltro vissuto proprio negli anni in cui venivano emanati i *senatusconsulta* in materia di filiazione, pressoché coevi, e di epoca adrianea.

per giustificare la soluzione adottata.

Meno problematico è, da questo punto di vista, un paragrafo di Ulpiano, appartenente alla *sedes materiae* dell'editto *de ventre in possessionem mittendo*, per il quale si può tranquillamente riproporre l'analisi già fatta in passato<sup>32</sup>:

D. 37.9.1.14 (Ulp. 41 *ad ed.*): Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur vel nurus vel esse vel fuisse vel ex eo praegnas non esse contendatur: decretum interponit praetor ad exemplum Carboniani edicti. et ita divus Hadrianus Claudio Proculo praetori rescripsit, ut summam de re cognosceret et, si manifesta calumnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessione mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam daret, ne praecidium fiat ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportet. apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere: et ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnas sit, decreto tuenda est, ne praecidium partui fiat. idemque est et si status mulieri controversia fiat.

Anche senza procedere ad un'esegesi completa del passo<sup>33</sup>, si può comunque ragionare intorno all'uso, nell'argomentazione del giurista, dell'espressione '*ad exemplum Carboniani*': questa pone senz'altro un problema di applicazione dell'editto Carboniano al di fuori del suo tradizionale ambito<sup>34</sup>.

I motivi per cui non fu possibile applicare direttamente l'editto sono in questo caso abbastanza evidenti: nella fattispecie discussa da Ulpiano non si contesta la chiamata *inter liberos* di un soggetto alla *bonorum possessio*, ma la concessione di una *bonorum possessio ventris nomine*, a causa di una controversia sul grado di parentela della gestante con il *de cuius* o sulla paternità del figlio<sup>35</sup>.

L'*eadem ratio*, fra il caso tipico dell'editto Carboniano, e quello della fonte analizzata, che permette di giustificare la soluzione adottata, sta nella preoccupazione di assicurare gli alimenti anche ai postumi, il cui stato sia messo in dubbio prima che vengano alla luce e possano quindi ricevere la diretta protezione dell'editto Carboniano.

In tempi successivi, si è poi forse avuta un'evoluzione ulteriore: dapprima, prevedendo la possibilità di concedere un '*decretum ad exemplum Carboniani*' in tutti i casi di controversia di stato nei confronti della madre, come sembrerebbe attestare la parte finale del passo, che ha tutto l'aspetto di un'aggiunta successiva (*idemque est et si status mulieri controversia fiat*); per arrivare poi a stabilire come tutti i casi presi in considerazione dall'editto Carboniano siano meritevoli di tutela anche tramite l'editto *de ventre in possessionem mittendo*<sup>36</sup>, come dimostra il paragrafo successivo, probabilmente di

<sup>32</sup>) Di nuovo, si consenta il rinvio a SEGNALINI, *L'editto Carboniano*, cit., p. 188 ss.

<sup>33</sup>) Che condurrebbe ad un tema, quello della *missio ventris nomine*, che qui non interessa.

<sup>34</sup>) Come osservato anche in occasione dell'esegesi di D. 37.10.4 (Iul. 24 *dig.*), in cui compare lo stesso modo di esprimersi: sul passo: cfr. SEGNALINI, *L'editto Carboniano*, cit., p. 27 ss., e *Sui rapporti tra l'editto Carboniano ed i tre tipi fondamentali di bonorum possessio*, in «Index», XXXVI, 2008, p. 129 ss.. Ma anche come è stato osservato, a proposito del passo di Ulpiano, da STIEGLER, *Statusstreit*, cit., p. 18 nt. 12, che si limitava però a sottolineare come l'estensione fosse giustificata dalla necessità di evitare che le finalità dell'editto fossero frustrate nel caso dei postumi: i quali ultimi vengono esplicitamente considerati nella casistica dell'editto Carboniano, ma solo nel particolare caso in cui siano istituiti, come attestato complessivamente da D. 37.10.1.8 (Ulp. 41 *ad ed.*) e D. 37.10.3.pr. (Ulp. 41 *ad ed.*), affrontati *funditus* sempre in SEGNALINI, *L'editto Carboniano*, cit., rispettivamente p. 41 ss. e p. 38 ss.

<sup>35</sup>) A. TORRENT, *Intervenciones de Adriano en el edicto 'ordinatum' por Juliano*, in «AHDE», LIV, 1984, p. 163 ss., legge il passo insieme a D. 43.4.3.3 (Ulp. 68 *ad ed.*), di cui sottolinea l'identità di contenuto: ma in uno scenario complessivo teso a giustificare la tesi generale dell'autore, che è quella della presenza nel Digesto, e in particolare nella materia del Carboniano, di tracce di interventi successivi alla codificazione dell'editto del pretore, con cui Adriano rettifica il sistema editto.

<sup>36</sup>) In proposito, A. METRO, *La datazione dell'editto 'de inspiciendo ventre custodiendoque partu'*, in «Synteleia V. Arancio-Ruiz», Napoli, 1964, p. 947, parla di «analogia meramente esteriore» tra l'editto Carboniano e quello *de ventre in possessionem mittendo*, cioè limitata ai soli casi di applicazione. Il modo di esprimersi di Ulpiano in D. 37.9.1.14 per delineare i rapporti tra i due editti, è stato utilizzato per interpretare un passo assai problematico: D. 25.4. 2.pr. (Iul. 24 *dig.*), in cui compare una circonlocuzione simile: '*edictum de custodiendoque partu derogatorium est eius, quod ad Carboniani decreti exemplum comparatum est*'. Senza poter entrare nel dettaglio del problema di quale sia il secondo editto cui allude Giuliano, che porterebbe troppo lontano, è da dire come la dottrina è divisa in proposito fra chi, come C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1907, XXV, 1907 (cur. L. GIANNANTONI, G. BAVIERA), p. 338, e F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato*

matrice compilatoria<sup>37</sup>.

Di certo in questo modo si viene implicitamente ad estendere l'area di protezione del Carboniano, il cui intervento non è sollecitato da una controversia del tipo *'an inter liberos sit'*, sollevata nei confronti dell'impubere da un altro pretendente dei beni, ma da una questione di riconoscimento di figlio, sollevata dalla di lui madre.

Si permetta poi un'ultima osservazione, di tipo terminologico: il passo contiene sia l'espressione *'ad exemplum Carboniani'*, sia il termine *'decretum'*, per descrivere complessivamente il procedimento di estensione di una fattispecie edittale: non è pertanto riscontrabile fra i giuristi romani l'uso di una terminologia costante, e in un certo qual modo «tecnica», che rinvii ad una categoria dogmatica, quale quella dell'analogia, come è normale per un'esperienza giuridica che, come si è detto, difetta di una riflessione sistematica sul tema<sup>38</sup>.

3. Non è difficile a questo punto, spiegare come mai in alcune fonti compaia il termine «decreto» – al posto del più consueto «editto»<sup>39</sup> – Carboniano: problema di cui la dottrina ha ritenuto invero di non occuparsi.

Ancora una volta, si tratta di passi per lo più escerpiti dai *digesta* di Giuliano<sup>40</sup> o, dalle *Quaestiones* di Africano, che di Giuliano fu allievo<sup>41</sup>, e, in un caso, dal commentario all'editto di Paolo: motivo ulteriore per pensare all'adozione di uno schema di ragionamento di tipo analogico.

Il passo di Paolo è il seguente:

D. 37.10.6.pr. (Paul. 41 *ad ed.*): De bonis matris an decretum interponendum sit, quaeritur. et decretum quidem non est interponendum, dilatio autem longissima danda est, quae in tempus pubertatis extrahet negotium.

La fattispecie discussa è molto semplice<sup>42</sup>: viene posto il problema, risolto poi negativamente, dell'applicazione del Carboniano nel caso in cui sia messa in dubbio la successione materna.

E' probabile che il giurista abbia volutamente evitato, nell'impostare la questione, il termine «editto», in quanto era consapevole che il Carboniano, introducendo una modalità di concessione

---

nella filiazione in diritto romano, Bologna, 1970, p. 62 ss., sostiene che tale editto, che è stato modificato dall'editto *de inspiciendo ventre*, sarebbe proprio il *de ventre in possessionem mittendo*, e chi come, METRO, *La datazione dell'editto*, cit., p. 949, sostiene viceversa che l'editto *de inspiciendo ventre* avrebbe inciso, modificandola, solo sulla procedura *per decretum* introdotta da Adriano *ad exemplum Carboniani*, per permettere ad una madre che subisce una controversia di stato di ottenere la *bonorum possessio ventris nomine*.

<sup>37</sup>) Come si deduce dall' *'et generaliter'* dell'inizio: D. 37.9.1.15 (Ulp. 41 *ad ed.*): *'et generaliter ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri: partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur'*.

<sup>38</sup>) Motivo ulteriore per respingere l'impostazione di BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, cit., p. 61 ss., che riesce a distinguere una serie di categorie e sottocategorie (analogia, similitudine, accostamento ...) – di cui si è detto *supra*, nt. 6 –, cui ricondurre le decisioni di Giuliano, soprattutto sulla base di elementi terminologici (*'ad exemplum'*, *'simile'*, *'similiter'*, *'idem'* ...).

<sup>39</sup>) Che compare complessivamente nelle fonti che trattano del Carboniano per ben diciassette volte.

<sup>40</sup>) Per il quale si è sostenuto, con il conforto delle fonti e della dottrina (lo si è già più volte ricordato: cfr. *supra*, § 1), un ruolo importante per l'introduzione, nelle discussioni dei giuristi romani, dei modi di ragionare che riportano allo schema logico dell'analogia.

<sup>41</sup>) Sui rapporti tra Africano, discepolo di Giuliano, ed il maestro, cfr. per tutti M. TALAMANCA, *I giuristi del II e del III secolo d.C.*, in «Lineamenti di storia del diritto romano»<sup>2</sup> (dir. M. Talamanca), Milano, 1989, p. 446, A. WACKE, *D. 19, 2, 33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt*, in «ANRW», II.15, Berlin - New-York, 1976, p. 455 ss., in particolare p. 461 ss., e la recensione al lavoro di Wacke di M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in «BIDR.», LXXX, 1977, p. 250 ss.

<sup>42</sup>) Al punto di essere pressoché trascurata in letteratura: brevi cenni al passo, in NIEDERMEYER, *Studien*, cit., p. 80 ss., che considera interpolato l'intero paragrafo, soprattutto a causa dell'espressione *'longissima dilatio'*, e in STIEGLER, *Statusstreit*, cit., p. 150 ss., che accentua il legame tra editto Carboniano e *bonorum possessio contra tabulas* per dar conto della soluzione adottata, in quanto la successione di una donna non può mai aprirsi *contra tabulas* (mentre, al contrario, può essere chiesta dal figlio, in base al *senatusconsultum Orphitianum*, la *bonorum possessio unde legitimi*).



della *bonorum possessio* a favore dei *liberi, sui* od emancipati, non poteva, a stretto rigore, riguardare la successione delle donne, che non possono avere *sui heredes*: una eventuale decisione in senso positivo sarebbe dovuta necessariamente passare per un'estensione decretale della fattispecie edittale, essendo impossibile applicare direttamente l'editto.

Nella scelta del termine '*decretum*', si legge inoltre l'influenza di Giuliano – cui dobbiamo, fra l'altro, il maggior numero di testimonianze in cui compare l'espressione –, con il quale Paolo si trovava in sintonia circa l'opportunità dell'applicazione dell'editto Carboniano solo nel caso in cui vi sia stata perlomeno «anche» una controversia intorno ai beni paterni: come dimostra, il paragrafo successivo, in cui Paolo invoca l'autorità del giurista adrianeo, per affermare l'applicazione dell'editto nel caso in cui '*simul de paternis et de maternis bonis controversia sit vel etiam de fratris*'<sup>43</sup>.

Giuliano, dal canto suo, utilizza il termine «decreto» soprattutto in alcuni paragrafi della legge 7 del titolo D. 37.10<sup>44</sup>, in particolare:

D. 37.10.7.4 (Iul. 24 *dig.*): Quotiens Carbonianum decretum interponitur, eodem loco rem haberi oportet, quo esset, si nulla controversia fieret ei, qui bonorum possessionem acceperit. 5. Cum autem ex duobus fratribus ex hoc decreto missis alter pro parte sua paternam hereditatem non defendit, compellitur alter totam defendere aut universa creditoribus cedere.

D. 37.10.7.7 (Iul. 24 *dig.*): Si pupillus liberti paterni bonorum possessionem petet, negaretur autem filius patroni esse, quia de paternis bonis nulla controversia ei fieret, differendum hoc iudicium non est. si vero post interpositum Carbonianum decretum haec quoque controversia moveretur, hoc iudicium in id tempus differri debet.

Nel § 4<sup>45</sup> del passo, Giuliano restituisce, parafrasandola, la formulazione edittale<sup>46</sup>, motivo per cui può sembrare assai singolare la scelta del termine «decreto» piuttosto che di «editto».

In proposito, si può avanzare – cautamente – solo un'ipotesi: poiché nel fr. 7 Giuliano discute in prevalenza fattispecie che sono da ricondurre in via decretale a quella edittale, potrebbe aver sentito qui l'esigenza di ribadire come in tutti questi casi (*'quotiens'*) il punto centrale della disciplina, quello che giustifica l'estensione, fosse comunque quello di evitare che il pupillo sia sottoposto ad una controversia in un momento in cui non può adeguatamente difendersi.

Anche per il § 5 del passo il problema rimane quello dell'utilizzo del termine «decreto»: la fattispecie è viceversa abbastanza chiara<sup>47</sup>, trattandosi di un caso in cui due impuberi ricevono la *bonorum possessio ex Carboniano*, anche se solo uno dei due sembrerebbe disposto a soddisfare i debiti ereditari, motivo per cui gli viene posta l'alternativa tra rispondere per l'intero ammontare e rinunciare all'eredità.

La scelta della strada del '*decretum*', piuttosto che di quella più diretta dell'*'edictum'* *Carbonianum*, non è facilmente giustificabile, nella povertà dei dati offerti dalla fonte: se, come suggerito da qualcuno<sup>48</sup>, questa andrebbe letta con D. 37.10.3.8 (Ulp. 41 *ad ed.*)<sup>49</sup>, si può pensare ad un caso che fuo-

<sup>43</sup> Cfr. D. 37.10.6.1 (Paul. 41 *ad ed.*).

<sup>44</sup> A parte D. 37.10.7.pr. (Iul. 24 *dig.*), già visto *supra*, nel § 2, e D. 37.10.7.6.

<sup>45</sup> Per il quale la maggior parte degli studiosi ha scelto la strada dell'interpolazione: W. RECHNITZ, *Studien zu Salvius Iulianus*, Weimar, 1925, p. 97, ritiene spurio l'intero paragrafo, così come anche S. SOLAZZI, *Bonorum possessio decretalis*, in «AG.», C, 1928, p. 3 ss., in particolare p. 21 nt. 3 (ora anche in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, p. 239 ss.)

<sup>46</sup> Come osservato anche da BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, cit., p. 132, che accentua nel testo la presenza della finzione, come rilevato anche da A. TORRENT, *rec.* a BUND, *op. cit.*, in «AHDE.», XXXVI, 1966, p. 616.

<sup>47</sup> Nonostante i dubbi avanzati, in piena «Interpolationenjagd», da S. SOLAZZI, *In tema di 'bonorum venditio'*, in «Jura», VI, 1955, p. 97 ss., secondo il quale sarebbero stati soppressi alcuni particolari in tema di *bonorum venditio*. Ed è sempre Solazzi, qualche anno prima, in *Bonorum possessio decretalis*, cit., p. 21 nt. 3, a dubitare della genuinità proprio di «decreto».

<sup>48</sup> Così STIEGLER, *Statusstreit*, cit., p. 53 nt. 46.

<sup>49</sup> Che tratta del caso in cui dei due impuberi che ricevono la protezione del Carboniano, uno diventa pubere, e ciò nonostante si aspetta per la definizione della controversia la pubertà anche dell'altro: sul testo di Ulpiano, si

riesce da quello tipico del Carboniano, in quanto dei due fratelli di cui si parla, solo uno è impubere – e certamente Giuliano non parla di due impuberi –, motivo per cui la concessione ad entrambi della protezione dell'editto dovette passare necessariamente per un'estensione in via decretale.

Meno problematico il § 7 del passo: il principio esposto è lo stesso del passo di Paolo visto poc'anzi: perché si applichi l'editto Carboniano, è necessario che la controversia comprometta il diritto dell'impubere all'eredità paterna.

E' probabile che l'ultima parte del passo (*'si vero ... debet'*) sia rimaneggiata<sup>50</sup>: in quanto è un non senso logico, affermare che se «dopo» aver concesso il «decreto» Carboniano si ha una controversia sui beni paterni, il giudizio può essere differito al tempo della pubertà: se la concessione in via decretale dell'editto è già avvenuta, e con questa la possibilità della dilazione della lite, è più verisimile supporre che si siano già verificate le condizioni che possono giustificare l'estensione, tra cui, in primo luogo, il fatto che la lite coinvolga la sorte dell'eredità paterna.

Non è da sospettare, invece, la recensione attuale del passo di Africano:

D. 37.10.8.pr. (Afr. 4 *quaest.*): Decessit, quem ego filium meum et in mea potestate esse dico: existit impubes, qui eum patrem familias et ad se hereditatem pertinere dicat: decretum necessarium esse respondit.

Il senso del responso è chiaro: viene descritta una situazione in cui alla morte del *de cuius*, un soggetto (*'ego'*), probabilmente un figlio emancipato<sup>51</sup>, afferma di avere in potestà un impubere, il quale però sostiene di essere rimasto in potestà dell'avo deceduto, a causa dell'emancipazione del padre naturale, motivo per cui rivendica l'eredità.

Dubbi sono stati avanzati in dottrina, sull'attribuzione del *'respondit'*: se da riferirsi a Africano o piuttosto a Giuliano, ma l'opzione prescelta non influisce sul senso del passo<sup>52</sup>.

Più interessante capire il senso, anche qui, della scelta del termine *'decretum'*, che indica un'estensione decretale della fattispecie editale: quest'ultima non poteva essere direttamente applicata, in quanto, a rigore, non si contesta la legittimità dell'impubere, l'*'an inter liberos sit'*, ma il fatto che sia o meno in potestà del *de cuius*, quindi se debba essere considerato *suus heres* di questo o del padre naturale: la *status quaestio* sollevata non è pertanto quella tipica dell'editto Carboniano, ma sono le potenziali conseguenze negative che essa può avere sulle aspettative successorie del pupillo, a rendere necessaria l'estensione.

#### 4. La carrellata di fonti di queste pagine porta ad una semplice considerazione finale.

Si è già ricordato come sia opinione corrente in letteratura quella secondo cui si deve a Salvio Giuliano<sup>53</sup> l'introduzione nell'ordinamento giuridico romano del ragionamento *'a similibus ad simi-*

---

consenta ancora, per tutti, il rinvio da ultima a SEGNALINI, *L'editto Carboniano*, cit., p. 19 nt. 25.

<sup>50</sup> Senza arrivare a dubitare dell'intero paragrafo, come hanno fatto, in una temperie culturale molto diversa, W. RECHNITZ, *Studien zu Salvius Iulianus*, Weimar, 1925, p. 59, e SOLAZZI, *Bonorum possessio decretalis*, cit., p. 21 nt. 3.

<sup>51</sup> Come si ricava, dal successivo paragrafo – Afr. 4 *quaest.* – D. 37.10.8.1, in cui viene presentata una situazione simile (introdotta difatti da un *'item'*), ma in cui il ruolo delle parti viene invertito: è l'emancipato a morire, ed il di lui padre naturale ad affermare che il nipote, figlio del *de cuius*, sia rimasto in sua potestà, escludendolo così dalla successione dell'emancipato. Come avviene nel *principium*, la *status quaestio* non è quella tipica dell'editto Carboniano, in quanto riguarda il fatto se l'impubere, la cui legittimità è fuori discussione, sia in potestà del padre e dell'avo: e STIEGLER, *Statusstreit*, cit., p. 55 ss., ritiene che non sia classica la soluzione adottata, per cui – come si legge nella parte finale del passo – *'sententia tamen edicti procul dubio ex Carboniano admittitur'*. L'autore non considera però spuria la chiusa del testo, e piuttosto preferisce pensare alla caduta di un *'non'*: anche se lascia aperto il problema, se ciò sia avvenuto per disattenzione di un copista, o piuttosto volutamente, per opera dei Bizantini, convintisi dell'opportunità dell'estensione. Sull'espressione *'sententia edicti'* cfr. per tutti le riflessioni di A. SCHIAVONE, *Retorica e giurisprudenza (rec. a B. VONGLIS, La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique, Paris, 1968)*, in «Labeo», XVI, 1970, p. 240 ss.

<sup>52</sup> Ricorda la disputa dottrinale, da ultimo, STIEGLER, *Statusstreit*, cit., p. 25 nt. 11 e p. 116 nt. 46, rinviando per tutti a F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 292 nt. 3.

<sup>53</sup> Sul giurista cfr. in particolare BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, cit., *passim*, REGGI, *rec. a BUND*, cit., p. 183 ss., A. TORRENT, *Salvius Iulianus liber singularis de ambiguitatibus*, Salamanca, 1971, p. 13-96, E. BUND, *Salvius Iu-*

lia', l'equivalente dell'analogia dei moderni.

Questa teoria ha avuto sicuramente dei detrattori: in particolare La Pira<sup>54</sup>, che ritiene che sia stato Sesto Pedio, e non Giuliano, ad introdurre l'«analogia» nell'ordinamento giuridico romano; e Bund<sup>55</sup>, che sostiene come Giuliano non sia mai ricorso all'«analogia», ma piuttosto abbia fatto largo uso di finzioni.

A parte i problemi che gli autori poc'anzi citati sembrerebbero lasciare irrisolti, come la datazione di Sesto Pedio, e senza considerare il fatto che sarebbe forse più corretto intendere la finzione non in termini di alterità rispetto all'analogia, bensì come analogia del pretore (o, se si preferisce, per usare un termine moderno: del legislatore)<sup>56</sup>, sono forse altri i motivi che lasciano pensare che le critiche di tali autori non abbiano colto del tutto nel segno: da un lato, in quanto non ridimensionano la portata che, in quanto tale, può avere la presenza, nelle fonti di Giuliano, di riferimenti alla logica o alla filosofia antica<sup>57</sup>; dall'altro, in quanto non evidenziano l'esistenza, nelle fonti, di decisioni di epoca pregiuliana, in cui già si ricorre a ragionamenti di tipo analogico<sup>58</sup>.

Indubbiamente anche in Giuliano la conoscenza di certi schemi operativi, assorbiti in parte attraverso la cultura dell'epoca, tende ad incidere sul risultato raggiunto<sup>59</sup>, ma questo era avvenuto anche prima, fra alcuni giuristi tardo-repubblicani.

Ciò che – forse – rende diversa la posizione di Giuliano nell'ambito del processo che ha portato all'introduzione dell'«analogia» nell'ordinamento giuridico romano, è, come più volte ricordato in queste pagine, il ruolo che il giurista, con tutta probabilità, ha avuto nella cd. «codificazione» dell'editto<sup>60</sup>.

Il giurista, del resto, afferma – in un passo del libro XV dei suoi *digesta*, D. 1.3.12 –<sup>61</sup>, che *'non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet'*: lasciando intendere, secondo l'interpretazione del testo che si ritiene preferibile<sup>62</sup>, che è «doveroso» per i giuristi, alla luce delle indicazioni dell'Imperatore, ricorrere all'analogia per colmare le lacune dell'ordinamento.

*lianus, Leben und Werk*, in «ANRW», II.15, cit., p. 408 ss. (anche se quest'ultimo, come sottolineato da M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 275, fa solo della «storia esterna» del giurista) e V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987, p. 126 ss. (sul quale cfr. M. TALAMANCA, *rec. a SCARANO USSANI, op. cit.*, in «BIDR.», XCI, 1988 [ma 1992], p. 877).

<sup>54</sup> Il riferimento è a G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in «BIDR.», XLV, 1938, p. 293 ss.

<sup>55</sup> BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, cit., p. 61 ss., p. 106 ss., p. 133 ss.

<sup>56</sup> In questo senso, cfr. per tutti V. COLACINO, *'Fictio iuris'*, in «NNDI», VII, Torino, 1968, p. 268 ss., e M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en el derecho romano*, in «AHDE», XXVII-XXVIII, 1957-1958, p. 310. Ma, *contra*, si vedano M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*<sup>2</sup>, Göttingen, 1969, p. 50, con ulteriore bibliografia in nt. 6, F. HORAK, *Rationes decidendi*, I, Aalen, 1969, p. 294 ss., e K. HACKL, *Sulla finzione nel diritto privato*, in «Studi A. Biscardi», I, Milano, 1982, p. 254 ss., secondo i quali i giuristi romani avrebbero adoperato la finzione come strumento creativo di diritto, al pari dell'analogia.

<sup>57</sup> Che, nonostante le relativamente numerose citazioni di filosofi nel Digesto, Giuliano sia l'unico – allo stato attuale delle fonti – a citare Aristotele, e che quest'ultimo abbia avuto un ruolo di primo piano nell'elaborazione del concetto di analogia nella logica antica, partendo da quel particolare tipo di ragionamento – una sorta di archetipo dell'analogia – che lo Stagirita, nei *Primi Analitici*, chiama *παράδειγμα* («paradigma»), è un dato di fatto: ma, se qualcosa si vuol concedere alla tesi avversata, occorre ribadire (come già sottolineato *supra*, § 1 nel testo) che è impossibile provare come e quanto la conoscenza di tali modelli culturali da parte dei giuristi abbia avuto delle ricadute sul loro lavoro di riflessione giurisprudenziale.

<sup>58</sup> Su questi cfr. per tutti HORAK, *Rationes decidendi*, I, cit., p. 242 ss.

<sup>59</sup> Ed è ciò che più interessa da un punto di vista strettamente giuridico: si veda M. TALAMANCA, *La ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie*, Napoli, 1998, p. 16 ss.

<sup>60</sup> Cfr. le considerazioni svolte *supra*, nel § 1, anche in nt. 14.

<sup>61</sup> Sul passo, cfr. per tutti STEINWENTER, *Prolegomena zur einer Geschichte der Analogie* (1953), cit., p. 116 s., R. MARTINI, *Giustiniano 'contestato'?*, in «Studi G. Scherillo», II, Milano, 1972, p. 763, BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, cit., *passim*, A. BURDESE, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, in «BIDR.», XCI, 1988, p. 199, P. CERAMI, *Giuliano nel suo tempo*, in «Labeo», XXXV, 1989, p. 116 s., e da ultimi G. FALCONE, *D. 1.3.13. Pedio, Ulpiano e la 'lex contractus'*, in «Labeo», XLIII, 1997, p. 240 ss., e M. MIGLIETTA, *Nozione, formazione e interpretazione del diritto*, in «SDHI.», LXV, 1999, p. 382.

<sup>62</sup> Anche qui in parte in sintonia con quanto affermato da GALLO, *Alle origini dell'analogia*, cit., *passim*.

Non è tuttavia possibile stabilire con certezza a che punto fosse, ai tempi di Giuliano, il percorso che ha portato dall'idea di «paradigma» – una sorta di archetipo dell'analogia, conosciuto ed utilizzato soprattutto da Aristotele, e comprendente sia il concetto dell'uguaglianza che quello della somiglianza<sup>63</sup> –, a quella, più evoluta, di '*similitudo*', da cui i glossatori teorizzeranno poi quella forma di interpretazione della legge che va '*a similibus ad similia*'<sup>64</sup>.

Quel che è certo è come le non poche fonti citate in materia di editto Carboniano sembrerebbero rafforzare la posizione di Giuliano nella complessa vicenda storica che da un semplice ragionare '*a similibus ad similia*' ha portato all'analogia: uno dei più sofisticati strumenti oggi in possesso dei giuristi.

---

<sup>63</sup>) Schematizzando: A è B; C è simile a A; C è B.

<sup>64</sup>) Osserva REGGI, *rec.* a BUND, cit., p. 190, che, in ogni caso, sia presso i moderni come presso gli antichi, fra cui lo stesso Aristotele, l'argomentare per analogia avviene quasi sempre in maniera abbreviata, sotto forma di entinema.