

SALVATORE SCIORTINO

C. 8.46.6: BREVI OSSERVAZIONI IN TEMA
DI ABDICATIO ED APOKHRUXIS

1. C. 8.46.6: *IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA HERMOGENI – Abdicatio, quae graeco more ad alienandos liberos usurpabatur et εpok»ruxij*¹ dicebatur, Romanis legibus non comprobatur. PP. XVII KAL. DECEMB. MAXIMIANO A. II. ET IANUARIO CONSS. [287-288]².

Il rescritto³ di Diocleziano e Massimiano è l'unica fonte giuridica⁴ romana in cui

¹ Le edizioni del *Codex Repetitae Praelectionis* del 1842 e del 1867 curate dal Krüger riportano nella legge la parola "apoceryxis" nel carattere ordinario.

² La generalità dei codici riporta la data del 288 d.C. T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*², Oxford 1994, p. 85 nt. 54, ritiene che il rescritto sia del 15 novembre 287. S. CORCORAN, *The Empire of Tetrarchs. Imperial Pronouncements and Government. AD 284-324*, Oxford 1996, p. 84, è incerto se l'anno del rescritto sia il 287 od il 288 d.C.

³ Del quale si sono occupati: A. ALCIATUS, *Dispunctionum, lib. II, cap. 28*, Milano 1560; V. KLESEL, *Dissertatio per... εpokhrÚxewj sive de abdicatione ad legem 6 Cod. de patria potestate*, Lipsiis 1753; L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzien des römischen Kaiserreichs*, Leipzig 1891, pp. 213-215; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, lib. I, pp. 691-700; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*⁴, Milano, 1953, lib. V, Diritto di famiglia e di tutela, capo I, Patria Potesta', pp. 701 ss.; E. CUQ, *Un nouveau document sur l'εpok»ruxij*, Paris, Imprimerie Nationale, 1913 (Extrait des *Memoires de l'Académie des Inscriptions et Belles Lettres*, T. XXXIX), recensito da P. COLLINET, in *NRH*, (1914), pp. 391-395 e H. LEWALD, in *ZSS*, 34, (1914), pp. 441-445; ID., *Un second papyrus byzantin sur l'εpok»ruxij*, Communication par E.C., in *Comptes rendus des séances de l'année 1917 de l'Académie des Inscriptions et Belles Lettres*, pp. 354 ss.; F. BUONAMICI, *Di un nuovo documento sull'apoceryxis. E dei rapporti di tale istituto greco col diritto romano. A proposito di una memoria di Edoardo Cuq*, Pisa 1913, (= *Annali Università Toscane*, t. XXXIII, 1915, pp. 9-11); A. ALBERTONI, *L'apoceryxis. Contributo alla storia della famiglia*, Bologna 1923; V. ARANGIO-RUIZ, *Applicazione del diritto giustiniano in Egitto*, in *Aegyptus*, 1, (1920), pp. 21 ss.; R. DÜLL, *Iudicium domesticum, abdicatio und apoceryxis*, in *ZSS*, 63, (1943), pp. 71 ss.; M. WURM, *Apoceryxis, Abdicatio und Exhereditio*, Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, 69, (1972), pp. 80 ss.; E. VOLTERRA, *L'acquisto della "patria potestas" alla morte del pater familias*, in *BIDR*, 79, (1976), pp. 207 s.; P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *IURA*, 31, (1980), pp. 92-93; M. KURILOWITZ, *Adoption on the Evidence on the Papyri*, in *JJP*, 19, (1983), pp. 61-75; T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*², cit., pp. 148 ss.; M. MIGLIORINI, *L'adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo impero romano*, Milano 2001, pp. 279-333. Fra le opere istituzionali che hanno avuto modo di soffermarsi sull'argomento v. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*¹, Firenze 1906, pp. 421 ss.; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit Romain*⁶, Paris 1918; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*⁶, 1963, pp. 78-80.

⁴ Invero è discusso in letteratura se all'abdicatio e/o all'apoceryxis si riferisca il sintagma "domo propellere" presente in D. 45.1.132 (Paul. 15 quaestionum) pr.: *Quidam quum filium alienum susciperet, tradenti promiserat certam pecuniae quantitatem, si eum aliter, quam ut filium observasset; quaero, si postmodum domo eum propulerit, vel moriens nihil ei testamento reliquerit, an stipulatio committatur, et quid intersit, utrum filium, an alumnus vel cognatus agentis fuerit. Praeterea quaero, si filium suum quis legitime in adoptionem dederit, et ita ut supra scriptum est, stipulatio intercesserit, eumque pater adoptivus exheredaverit vel emancipaverit, an stipulatio committatur. Respondi: stipulatio utilis est in utroque casu...*

Il noto frammento paolino si occupa della stipulatio con cui il soggetto, che adotta il figlio di un altro o lo prende presso di sé (filium alienum suscipere), si obbliga a pagare una somma di denaro a colui che lo ha dato per il caso in cui non lo avesse trattato come un figlio. Il giurista, in particolare, si chiede se la stipulatio possa considerarsi "perfetta" [così W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältniss*, München

compaiono i sostantivi *abdicatio*⁵ ed $\epsilon\text{pok}\rangle\text{ruxij}$ ⁶ che denominano nel diritto romano ed in quello greco gli istituti del ripudio del figlio indegno da parte del padre, istituti conosciuti soprattutto grazie a fonti storiche e letterarie⁷.

1990, pp. 131-132 rende l'espressione "*stipulatio committitur*" e se possa sorgere responsabilità dalla stessa per il caso in cui chi prese il figlio altrui presso di sé, lo allontani dalla propria casa o non gli lasci nulla nel proprio testamento. La domanda viene estesa anche al caso dell'*alumnus* e del *cognatus* e al caso di adozione legittima di tali soggetti. Il giurista ritiene che in tutti questi casi la *stipulatio* debba considerarsi validamente conclusa.

Orbene, gli autori che si sono occupati del tema dell'*abdicatio* e dell'*apoceryxis* (v. nota precedente) hanno generalmente ritenuto che l'"*alienum filium suscipere*" sia da considerare estraneo alle forme tipiche dell'adozione romana, di cui si tratta autonomamente nel proseguo del frammento, anche alla luce del dato che tale istituto possa riguardare il *cognatus* e l'*alumnus*; pertanto, l'"*alienum filium suscipere*" è stato riportato all'istituto greco della *u.,oqes...a*, cui sarebbe stato dato effetto in diritto romano per mezzo di una *stipulatio*, e il "*domo propellere*" è stato identificato con l' $\epsilon\text{pok}\rangle\text{ruxij}$. L'unico autore che ritiene che D. 45.1.132 si sia occupato dell'*abdicatio* è R. DÜLL, *Iudicium domesticum*, cit. p. 102.

In ogni caso, si riconosce da parte di tutti gli studiosi che il testo non reca elementi utili ai fini della ricostruzione dell'istituto, visto che l'interesse del giurista è rivolto solo alla valutazione del problema della validità della *stipulatio* e nulla specifica circa gli effetti o la struttura del "*domo propellere*".

Occorre notare, che il frammento paolino è stato oggetto soprattutto dell'interesse di studi (da ultimo v. C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem II. Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*, Milano 1995, pp. 41 ss.; M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., pp. 90 ss. e 288, con indicazione della letteratura precedente) in materia di adozione, volti soprattutto a chiarire il significato dell'espressione "*filium suscipere*". I lavori citati hanno escluso con decisione ogni influenza greca sul D. 45.1.132, la Russo Ruggeri, ad esempio, ritiene che la prassi del *filium suscipere* abbia rappresentato un espediente adottivo tipicamente romano che avrebbe influenzato la consuetudine provinciale della *u.,oqes...a*: questa, dopo la forzata romanizzazione del diritto greco-orientale per effetto della *Constitutio Antoniniana*, avrebbe recepito la *susceptio filiorum* romana accompagnata da stipulazioni penali.

Anche il Migliorini ritiene il D. 45.1.132 del tutto estraneo al mondo della prassi e delle influenze ellenistiche e non identifica, quindi, il "*domo propellere*" ed il "*nihil testamento relinquere*" con effetti tipici dell' $\epsilon\text{pok}\rangle\text{ruxij}$, né il "*filium suscipere*" con il corrispondente greco della *u.,oqes...a*. In particolare, l'espressione "*domo propellere*" indicherebbe una situazione informale, fluida priva di *nomen iuris* individuato *iure civili*, al punto da potere essere definita solo attraverso ampie parafrasi (p. 127 *op. cit.*).

A noi sembra convincente la dimostrazione dell'estraneità del D. 45.1.132 ad influenze greco-ellenistiche, del pari non riteniamo che il brano contenga indicazioni utili circa il tema che stiamo affrontando, se non nel senso di attestare per l'età dei Severi l'esistenza dell'istituto del ripudio del figlio, che siamo portati ad identificare con l'*abdicatio* e di testimoniare la sua capacità di essere oggetto di un negozio giuridico o comunque di produrre effetti giuridici se contemplata all'interno di una *stipulatio*. Del resto, ciò non può sorprendere ove si rifletta sulla circostanza che l'*abdicatio* non modificava alcuno *status* personale che, com'è noto, era indisponibile; infatti, circa lo *status familiae* del ripudiato, questi restava *suus*, né tantomeno egli perdeva lo *status libertatis*, quindi non poteva ricorrere il divieto espresso da D. 40.12.37. (di cui avremo modo di occuparci nella nota seguente).

Infine, si può notare che se il "*domo propellere*" è da considerare una forma di *abdicatio*, la fonte giuridica non trova difficoltà a riferirla anche nei confronti di chi non è figlio ma è solo tenuto come tale ("*filium suscipere*"). Ciò non accade nei confronti dell'adottato, per il quale si discute nel frammento non di "*domo propellere*" o di "*nihil testamento relinquere*", ma di *emancipatio* ed *exhereditio*: ciò porta ad escludere la riferibilità dell'*abdicatio* nei confronti del figlio adottato. Infatti, se fosse stata possibile l'espulsione anche nei confronti del figlio adottivo nelle forme descritte all'inizio del frammento, è da credere che il giurista le avrebbe richiamate negli stessi termini nel proseguo del discorso.

⁵ L'*abdicatio* conosciuta a Roma viene comunemente ricostruita quale facoltà inserita all'interno della *patria potestas*, cioè quale potere del *pater familias* di espellere il figlio (naturale; era discusso fra i retori romani se analogo potere spettasse anche nei confronti dei figli adottivi, v. per questo aspetto le fonti citate da F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano 1938, p. 264, nt. 6 ed anche la precedente nt. 3) per una serie di cause di indegnità, classificate dai retori, e che venivano discusse all'interno del *iudicium domesticum*, di fronte al quale il figlio poteva spiegare le proprie ragioni.

Si trattava di un mezzo di correzione, peraltro revocabile, che sfociava in un atto privato del *pater familias*. Gli effetti dell'*abdicatio* erano limitati alla sfera familiare: l'*abdicatus* diveniva “*similis inimico*” (Quint. *Decl. Ma.* IX), “*prohibitus penatibus*” (Quint. *Decl. Min.* 260) e probabilmente anche infame (Quint. *Decl. Min.* 271). In ogni caso, il *filius* restava sotto la potestà del *pater familias*, che poteva essere perduta solo con apposita *emancipatio*, e molto probabilmente restava anche *suus* e non perdeva i propri diritti successori (Quint. *Inst. Or.* 3.6.98: *abdicatus inter liberos esse*), occorrendo all'uopo un'*exhereditio*.

In effetti, non esistono elementi sufficienti per identificare l'enigmatica legge “*abdicatus de bonis paternis nihil habeat*” cui accenna Quintiliano in diverse occasioni (*Decl. Min.* 374; 388; 368; *Decl. Ma.* IX; *Inst. Or.*, 3.6.98). F. LANFRANCHI, *Il diritto*, cit., p. 260, pensa che davvero l'*abdicatus* venisse diseredato; la stessa convinzione è espressa da R. DÜLL, *Iudicium domesticum*, cit., pp. 105 ss., che collega la legge in questione all'interdetto cui riferisce PS 3.4a.7, per cui l'*abdicatio* da sola non avrebbe comportato alcun effetto diseredativo ma avrebbe potuto innescare l'intervento del pretore.

Il CUJACIUS, *Commentarius ad titulos quosdam Digestorum*, relativamente al titolo “*De liberis et postumis haeredibus instituendis*”, in *Opera Omnia*, Napoli 1722, I, 1066, esprime la differenza tra un atto di *abdicatio* ed uno di *exhereditio* così: “*abdicatio inter vivos fit, exhereditio causa mortis nec potest nisi testamento scribi*”.

Sulle fonti retoriche che permettono di ricostruire l'*abdicatio* v. F. LANFRANCHI, *Il diritto*, cit., pp. 254 ss.; R. DÜLL, *Iudicium domesticum*, cit., pp. 96 ss.; M. WURM, *Apoceryxis, Abdicatio*, cit., pp. 23 ss. Circa l'evoluzione storica dei rapporti tra l'*abdicatio* e la *relegatio*, intesa quale esilio del figlio in un luogo stabilito dal *pater familias*, ma anch'essa priva di conseguenze giuridiche sulla posizione del *filius* all'interno della famiglia, v. R. DÜLL, *Iudicium domesticum*, cit., pp. 97 ss.

⁶ L'istituto greco, come bene è stato messo in luce in dottrina, differiva profondamente dall'*abdicatio* romana. Infatti, in Grecia mancava un potere del padre sui figli accostabile alla *patria potestas* esistente nel diritto romano; il padre greco esercitava nei confronti dei figli un potere più debole che cessava con il compimento dei diciotto anni da parte del figlio.

Pertanto, l'*apoceryxis* determinava la cessazione di ogni rapporto con l'*o κ oj* paterno e di conseguenza il figlio ripudiato perdeva il diritto al sostentamento da parte del padre; considerato, poi, che il sistema successorio in diritto greco era improntato sulla successione *ab intestato*, l'esclusione del figlio dalla casa paterna avrebbe messo a parte il ripudiato anche dalla successione nei confronti del padre, perdendo il ripudiato lo *status* di figlio (e divenendo *ἐλλότριος* o secondo altre fonti *xšnoj*).

Anche sotto il profilo strutturale l'*ἐpok*»*ruxij* differiva molto dall'*abdicatio*. Infatti mentre quest'ultima consisteva in un atto privato preso all'interno del *iudicium domesticum*, la prima era il risultato di un procedimento pubblico che si svolgeva secondo forme disciplinate dalla legge. Il giudizio veniva reso noto da un araldo (*k*»*rux* che corrisponde al *praeco* romano) che diede il nome all'istituto. Anche l'eventuale revoca del provvedimento doveva seguire forme disciplinate dalla legge. Sulle fonti retoriche greche che consentono di ricostruire i caratteri dell'*apoceryxis* nel diritto greco classico, v. A. ALBERTONI, *L'apoceryxis*, cit., pp. 1-52; A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano 1982, pp. 107-109; L. PICCIRILLI, *L'ἐpok*»*ruxij* di *Temistocle*, in *Studi Biscardi*, I, 1982, pp. 343-355; P. COBETTO CHIGGIA, *L'adozione ad Atene in epoca classica*, Alessandria 1999; sull'evoluzione dell'istituto e sui rapporti con il diritto romano v. R. DÜLL, *Iudicium domesticum*, cit., pp. 85 ss., che sostiene l'assoluta indipendenza dell'*abdicatio* dall'*ἐpok*»*ruxij* e, più in generale, da qualsiasi influsso del diritto greco.

⁷ Pare ormai oziosa la questione, a suo tempo affrontata in letteratura, se le fonti letterarie che permettono di ricostruire l'istituto dell'*abdicatio* mostrino una realtà effettivamente esistente, o al contrario delle semplici esercitazioni retoriche magari influenzate da quelle che si svolgevano in Grecia in relazione all'istituto dell'*ἐpok*»*ruxij*; (A. ALBERTONI, *L'apoceryxis*, cit., pp. 53 ss. e E. CUQ., *Un nouveau document*, cit., pp. 6 ss. ritengono che le fonti retoriche, Quintiliano e Seneca soprattutto, posseggano un valore meramente formale; più sfumata la posizione di F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori*, cit., pp. 265-266, che se per un verso riconosce che l'*abdicatio*, di origine greca, non fu un istituto riconosciuto *iure civili*, ammette per altro verso che essa fu in effetti esistente e che “nelle scuole romane di retorica vi fu, come in altri casi, una tendenza a favore dell'istituto (che senza dubbio doveva essere in pieno fiore nelle province) ed un movimento diretto a farlo riconoscere dalla legge”.

Infatti, l'esistenza di fonti storiche (Plin. *Nat. hist.* 7.45.149-150; Liv. *ep.* 54; Svet. *Aug.* 65.3; Tib. 15.4; Val. Max. 5.7.2; 5.8.3.4; Sidon. *Apoll. Ep.* 4.23.1; Anon. *De vir. ill.* 17.1; Dio. Cass. 55.32.2; Plut. *Antonius*, 2; su queste fonti v. P. VOCI, *Per una storia della patria potestas*, cit. pp. 76-77; R. DÜLL, *Abdicatio*, cit., pp. 72 ss.) che attestano per l'età repubblicana e per quella del primo principato diversi casi di *abdicatio*, tolgono ogni dubbio sulla verosimiglianza delle testimonianze presenti nelle fonti retoriche.

La costituzione, come può essere letta oggi nel *Codex*, ha suscitato la curiosità della dottrina romanistica che ha proposto interpretazioni diverse di un testo tanto sintetico nel contenuto ed avaro di indicazioni utili per l'interprete, quanto ricco di suggestioni, anche solo a seguito di una lettura superficiale.

Già secondo le parole della Glossa il provvedimento diocleziano avrebbe abolito il vecchio istituto greco dell'ϕpok»ruxij: *hoc quidem similiter* (alla vendita dei figli nel diritto greco) *fieri non potest apud nos*. Questa interpretazione del rescritto è stata seguita dalla maggioranza degli autori che si sono accostati alla testimonianza che ci occupa.

Mitteis⁸ e Glück⁹ vedono nel rescritto diocleziano un divieto imperiale dell'uso greco dell'ϕpok»ruxij; Albertoni¹⁰ ritiene che il rescritto esprima la "disapprovazione imperiale" del costume greco dell'ϕpok»ruxij, e più recentemente secondo Wurm¹¹, Diocleziano avrebbe vietato l'ϕpok»ruxij in quanto contrastante con le leggi romane in materia.

All'interno di questa corrente di pensiero si inserisce la tesi di Voci¹² che, oltre a sottolineare il divieto imperiale dell'ϕpok»ruxij, legge nel rescritto anche una sanzione di nullità della stessa nella misura in cui sia volta a procurare il distacco definitivo del figlio dalla famiglia d'origine e permetterne così l'alienazione; e quella di Honoré, il quale decodifica il divieto dell'ϕpok»ruxij come proibizione di diseredare pubblicamente i figli¹³.

Unica voce dissonante è quella di Cuq¹⁴ che, interpretando l'inciso finale del rescritto "*Romanis legis non comprobatur*" come dispositivo privo di un giudizio di disvalore, stima l'ϕpok»ruxij non vietata dalla costituzione diocleziana ma semplicemente non approvata, e comunque non sanzionata dalle leggi romane; circostanza, questa, che spiegherebbe, secondo lo studioso francese, anche la persistenza in termini consuetudinari dell'istituto in alcune province orientali.

Infine, si segnala un altro indirizzo interpretativo sostenuto da Düll¹⁵ da Bonfante¹⁶ e più di recente da Migliorini¹⁷. Secondo questi studiosi il rescritto in esame avrebbe vietato il ripudio nei limiti in cui essa fosse stato usato per alienare i figli, conformemente all'uso greco, e come tale conosciuto quale ϕpok»ruxij: quindi non una sanzione di illiceità generalizzata ma limitata all'uso "improprio" che dell'istituto poteva essere fatto. In altri termini, l'*abdicatio* non dovrebbe "essere considerata vietata in sé, ma solo in quanto costituisce un *titulus*, o più esattamente un *alius modus*,

⁸ L. MITTEIS, *Reichsrecht*, cit., p. 213.

⁹ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit., p. 694.

¹⁰ A. ALBERTONI, *L'Apoceryxis*, cit., p. 54.

¹¹ M. WURM, *Apoceryxis*, cit., p. 79 ss.

¹² P. VOCI, *Storia della patria potestas*, cit., p. 95. Analoghe considerazioni svolge S. CORCORAN, *The Empire of Tetrarchs*, cit., p. 30 nt. 34; 77 nt. 15 e pp. 84 ss., il quale scorge nel rescritto diocleziano la formulazione di un divieto circa la prassi dell'*abdicatio-apoceryxis*.

¹³ T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, cit., p. 149.

¹⁴ E. CUQ, *Un nouveau document*, cit., pp. 181 ss.; ID., *Un second papyrus byzantin*, cit., pp. 354 ss.; P. KOSCHAKER, Rec. a CUQ, *Un nouveau document*, cit., in *Berliner Philologische Wochenschrift*, 25, Leipzig, 1915, pp. 1503 ss., ritiene che la costituzione diocleziana contenga una sanzione di illiceità dell'*apoceryxis*.

¹⁵ R. DÜLL, *Iudicium*, cit., p. 71

¹⁶ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., p. 79.

¹⁷ M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., pp. 299 ss. e *praecipue* p. 302, l'autore distingue l'*abdicatio-apoceryxis*, che come tale non sarebbe stata vietata perché non emergente a livello di fattispecie giuridica non essendo attestata dalle leggi romane, e l'impiego surrettizio di essa al fine di vendere i figli, secondo l'uso greco, quest'ultimo vietato dal rescritto di Diocleziano.

attraverso cui si perviene alla vendita dei figli”¹⁸. Dal che è stato giocoforza ammettere da parte di questi autori, che il divieto diocleziano si sia riferito alla prassi dell’*abdicatio-apoceryxis* unitariamente intesa ed unificata sotto il profilo del divieto di impiegare entrambi gli istituti per la vendita dei figli.

Di fronte ad una tale incertezza nella ricostruzione del provvedimento diocleziano, si palesa l’opportunità di un’indagine che guardi più da vicino ad un testo che è stato, forse troppo frettolosamente, liquidato in poche battute da parte degli autori che se ne sono occupati.

Il presente contributo intende proporre una diversa lettura del rescritto in esame.

In particolare, riteniamo che C. 8.46.6 non abbia vietato l’*ϕpok»ruxij* ma si sia riferito solo alla romana *abdicatio*. In questo senso siamo stati spinti oltre che da ragioni formali attinenti al tenore del testo, anche dalla necessità di meglio conciliare il provvedimento con le fonti e le testimonianze successive che attestano la sopravvivenza dell’*ϕpok»ruxij* fin in età giustiniana ed oltre¹⁹, fonti che mal si conciliano con una lettura di C. 8.46.6 nel senso di un divieto dell’*ϕpok»ruxij*, più o meno generalizzato, da essa disposto. Ma analizziamo subito la struttura del testo.

2. Essa è molto semplice, consta di una proposizione principale, “*abdicatio... Romanis legibus non comprobatur*” e di una relativa introdotta dal pronome “*quae*” che collega il vocabolo *abdicatio* alla frase “*Graeco more ad alienandos liberos usurpabatur et ϕpok»ruxij dicebatur*”. Siffatta struttura è per noi sintomatica del diverso peso attribuito alle due parti del discorso da parte del redattore del testo del rescritto, e ne terremo conto in seguito; nondimeno, per ragioni di chiarezza espositiva, ripercorreremo il testo seguendo l’ordine dei vocaboli, nella successione che si presenta al lettore.

2.1 – “*Abdicatio*”. Il soggetto della proposizione principale della costituzione è espresso dal primo termine del testo che rende palese, per noi, anche quale doveva essere l’interesse prioritario di Diocleziano, l’*abdicatio*, appunto.

L’idea che il provvedimento si riferisca all’*ϕpok»ruxij* ha un duplice fondamento, la verosimile destinazione provinciale del rescritto ed il richiamo stesso all’*ϕpok»ruxij* la cui presenza si giustifica da parte della generalità degli studiosi nel senso di uno specifico interesse della costituzione nei suoi confronti.

La destinazione provinciale della costituzione viene desunta innanzitutto dal nome del destinatario, Ermogene, di solito identificato, sulla base dei risultati delle ricerche di Seeck²⁰, con il Proconsole d’Asia al tempo dell’emanazione del provvedimento.

Ma tale identificazione non è da tutti accettata. Glück²¹, ad esempio, ha supposto prima del lavoro di Seeck che Ermogene sia un greco espulso ingiuriosamente dal padre e che a causa della durezza del provvedimento paterno si sia rivolto ai principi.

¹⁸ M. MIGLIORINI, *L’adozione*, cit., p. 301.

¹⁹ Cfr. in tal senso K.D. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *Zum griechischen Volksrecht*, in *Laographia*, rivista trimestrale della Società laografica Greca, vol. V, Atene, Sakellarios, 1915, che reca testimonianze di atti di *ϕpok»ruxij* avvenuti in Grecia ancora ai primi del Novecento.

²⁰ O. SEECK, *Regesten*, 8, 1913, p. 863. Tali risultati sono stati confermati recentemente da S. CORCORAN, *The Empire*, cit., p. 30 nt. 34; p. 77 nt. 15; pp. 115 e 126. Secondo quest’ultimo autore, sotto il profilo formale, saremmo in presenza, quindi, di un’*epistula* inviata ad un funzionario imperiale, non di un rescritto.

²¹ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit., p. 694.

Inoltre, è noto, che i destinatari dei rescritti imperiali, quando ricoprono una carica pubblica, vengono appellati proprio in ragione della carica che ricoprono, ma non avviene così in C. 8.46.6.

In ogni caso, anche a volere accettare l'identificazione di Ermogene con il proconsole d'Asia, da sola tale circostanza non potrebbe giustificare la tesi che l'oggetto del rescritto sia l'ϕpok»ruxij, perché nulla toglie che anche dalla provincia si potessero sollevare questioni di diritto romano.

In particolare, in materia di rapporti tra genitori e figli è attestato in ambiente provinciale, dopo la *Constitutio Antoniniana*, l'impiego di istituti di diritto romano²². Pertanto, la circostanza che soggetto della proposizione principale della costituzione sia l'*abdicio*, dovrebbe deporre per noi nel senso che essa fu al centro dell'attenzione del rescritto.

Quanto all'altra ragione che identifica l'origine provinciale della richiesta, cioè il riferimento all'uso greco dell'ϕpok»ruxij, la nostra attenzione deve spostarsi sul contenuto della frase relativa introdotta da "*quae*", per valutarne il tenore e di conseguenza il peso all'interno dell'economia dell'intero discorso.

2.2 – "*Graeco more ad alienandos liberos usurpabatur et ϕpok»ruxij dicebatur*". La frase incidentale richiama l'attenzione del lettore verso un'altra esperienza giuridica, quella greca, ed in particolare nei confronti di una consuetudine²³, quella dell'ϕpok»ruxij, "*ad alienandos liberos usurpata*".

La ragione del confronto istituito tra *abdicio* ed ϕpok»ruxij da parte del redattore del rescritto può essere colta, per noi, dalle locuzioni verbali "*usurpabatur*" e "*dicebatur*".

Indicazioni utili in tal senso possono essere desunte più che dal contenuto, dal tempo dei verbi. Infatti, sorprende l'uso delle predette forme verbali all'imperfetto, circostanza, questa, sfuggita a tutti i commentatori del testo.

Mentre, infatti, il verbo finale (*non comprobatur*) è al presente ed esprime una disposizione attuale, il cui effetto è collegato all'emanazione del rescritto, i verbi che si

²² In particolare, appare provato l'uso da parte dei provinciali dell'*emancipatio*, v. C. 2.21.5: *IMPP DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA ET CC AMPHIDROSAE – Si superstite patre per emancipatione em tui iuris effecta matris successisti...[294-305]*. In questo caso è il nome del destinatario del rescritto ad evidenziare la sua origine non romana. V. a proposito anche: C. 2.27.2: *IMP. GORDIANUS A SERENAE – Si quum pater tuus te in sua potestate esse, minimeque emancipationem a se factam valere diceret, proconsul super causa cognoscens te eius potestati subiectam pronuntiaverit, quum adversus eam sententiam in integrum restitui postules, is qui provinciam regit, in impertienda cognitione suas partes secundum leges exhibebit [238]*. Il testo rinvia alla provincia ed al governatore provinciale, quindi nessun dubbio circa l'utilizzazione della romana *emancipatio* in provincia, dalla quale provenivano, dunque, anche libelli concernenti questioni di diritto romano.

²³ Il riferimento ai *mores* presente nel rescritto, deve essere considerato di mutato senso rispetto alle definizioni classiche di *mores* [pensiamo, in modo particolare, alle definizioni festive v. "*mos*" (LINDSLAY 146) e v. "*ritus*" (LINDSLAY 364)] e relativo genericamente alla consuetudine (in questo caso greca). *Mores* e *consuetudo*, infatti, sembrano ormai usati come sinonimi già da Ulpiano [cfr. D. 21.1.31.20 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D. 1.16.7 (Ulp. 2 *de off. Proc.*) ed anche Tit. Ulp. 1.4]. A partire dall'età dei Severi i termini *mos* e *consuetudo* indicano la stessa realtà giuridica, quella della consuetudine intesa come fattore non autoritativo di produzione del diritto. Per questi aspetti attinenti al linguaggio dei giuristi di età severiana in materia di consuetudine v., con indicazione di letteratura, F. GALLO, *Le consuetudini locali nell'esperienza romana prima e dopo la concessione della "civitas romana" ai peregrini*, relazione tenuta al Congresso delle Società Italiane di Storia del diritto, Torino 1998, di cui è anche apparsa una sintesi a firma di F. LAMBERTI nelle cronache di *Labeo*, 45, (1999), pp 306-310, oggetto di precisazioni da parte dello stesso F. GALLO nei punti di vista di *Labeo*, 46, (2000), 1, pp. 95-97.

riferiscono all'ϕpok»ruxij sono all'imperfetto, tempo che indica la ripetizione di un'azione, anche abituale, iniziata e finita nel passato, il c.d. imperfetto di consuetudine. Di conseguenza, a volere tradurre letteralmente l'incidentale, essa suonerebbe così: "(l'*abducio*, che) secondo l'uso dei Greci si usava per alienare i figli e che si chiamava ϕpok»ruxij ...".

La presenza dell'imperfetto è degna di nota soprattutto se letta in confronto ai riferimenti presenti nelle fonti giuridiche che la cancelleria imperiale²⁴ ed i giuristi²⁵

²⁴ V. C. 1.1.2.1 (= C. Th. 16.5.6.2): *Incorruptae Trinitatis indivisa substantia, quae Graeco verbo οὐς...a dicitur*; C. 1.1.8.2: *...in una enim substantia deitatem suscipimus et confitemur, quod dicunt Graeci τῶν κατ'ᾠποστάσιν ἠνῶσιν*; C. 1.17.1.12: *...titulorum subtilitatem quae parῆτιτλα nuncupantur...*; C. 1.17.2.2: *Igitur prima quidem pars totius contextus, quae graeco vocabulo πῆτα nuncupatur...*; C. 1.17.2.21: *...hoc quod Graeci κατ' ᾠδοῖν dicunt*; C. 1.54.3: *Curator Rei Publicae, qui Graeco vocabulo λογιστῆς nuncupatur*; C. 4.66.3: *meliorationes... quae Graeco vocabulo ἄμῶν ᾠματα dicuntur*; C. 5.14.8: *Hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habeat, quas Graeci παραστῆρα dicunt*; C. 8.10.11: *Moeniana, quae Graeci ἄμῶν ᾠται appellatur*; C. 8.17.11: *...quae „διᾠσειρα graece appellantur...*; C. 10.66.1: *Dratarii... quos graeco vocabulo λιοῶν ᾠται appellant;... albini, quos graeci κονιῆνται appellant;... figuli, quae graece dicuntur κεραμεῖς;... bractearii, id est petalourgo...*; C. 10.73.2: *Quoties de qualitate solidorum orta fuerit dubitatio, placet, quem sermo graecus ζυγῶσταν appellat*; C. 11.7.1.1: *Itaque si qui sponte confluerint, eos laudabilitas tua octonos scripulos in balluca, quae graece κρῦσᾠμοῖς appellatur*; C.Th. 15.7.11: *His quoque vestibibus noverint abstinendum, quas graeci nomine ἀλεθινὸς crustas vocant...*; C. *Omnem* §5: *Sed quia solitum est, anni quarti studiosos Graeco et consueto quodam vocabulo ἄμῶν ᾠται [solutores] appellari*; C. *Deo Auctore* § 8 *nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia (sic enim a vetustate graeco vocabulo nuncupatur)*; C. *Omnem* §2: *...primam legum partem iis tradi sancimus, quae Graeco vocabulo πῆτα nuncupatur*; C. *Tanta* §2: *Igitur prima quidem pars totius contextus, quae graeco vocabulo πῆτα nuncupatur...*; § 21: *Si velit eas in graecam vocem transformare sub eodem ordine eaque consequentia, sub qua et voces romanae positae sunt (hoc quod graeci κατ' ᾠδοῖν dicunt)*;

²⁵ V. D. 1.8.8.1: *Sanctum autem dictum est a sagminibus. Sunt autem sagmina quaedam herbae, quas legati populi romani ferre solent, ne quis eos violare sicut legati Graecorum fuerunt, ea quae vocantur κηρυκῆ [cercyia]*; D. 1.16.4.5: *Ingressum etiam hoc observare oportet, ut per eam partem provinciam ingrediatur, per quam ingredi moris est, et quas, Graecia ἄμῶν ᾠται appellat, sive κατ' ᾠπλοῦν observare...*; D. 2.13.7.1: *Haec vox iterum duas res significat... quod Graeci δεῦτερον dicunt... quae graece dicitur παλιν [rursus]*; D. 3.2.4.1: *Designatores autem, quos Graeci βραβεύται appellant*; D. 11.7.42: *...erit monumentum memoriae causa factum, quod Graeci κενῶσταν appellant*; D. 19.2.25.6: *Vis maior, quam Graeci ἰσοῦσταν b...an appellant...*; D. 21.1.5: *Et quantum interest inter haec vitia, quae Graeci κηρυκῆ...an dicunt*; D. 21.1.10.4: *...quod genus morbi Graeci vocant κηρυκῆ...an...*; D. 22.3.28: *...et hoc ita, quod Graeci dicere solent ἄμῶν ᾠται...*; D. 23.3.9.3: *Ceterum si res dentur in ea, quae Graeci παραστῆρα dicunt...*; D. 26.7.46.1: *Sempronii... bona Respublica iussu Praesidis possedit, quorum bonorum magistratus Reipublicae tres curatores constituerunt, qui apud Graecos ἄμῶν ᾠται... vocant*; D. 29.1.1.1: *...nam Graeci mille hominum multitudinem ἄμῶν ᾠται appellant, quasi millesimum quemque dictum, unde ipsum ducem cil...arcon appellant*; D. 33.7.2.1: *Dotes praediorum, quae Graeco vocabulo ἄμῶν ᾠται appellantur...*; D. 38.10.4.6: *Et quidem viri pater uxorisque socer, mater autem eorum socrus appellatur, quum apud Graecos proprie viri pater ἄμῶν ᾠται, mater vero ἄμῶν ᾠται vocitetur; uxoris autem pater πατὴρ ᾠται et mater μητέρα vocatur...*; D. 38.10.10.1: *Nomen cognationis a graeca voca dictum videtur; suggeneῖς enim illi vocant quos nos cognatus appellamus*; D. 39.6.35.1: *Donatio dicta est a dono, quasi dono datur capta a Graeco; nam hi dicunt δῶρον κα... ᾠται*; D. 41.2.1 pr.: *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit; quam Graeci κατοκῆσταν dicunt*; D. 41.3.30: *Tria autem genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu, et graece ἄμῶν ᾠται vocatur ut homo, tignum, lapis et similia; alterum, quod ex contingentibus... quod συνῶν ᾠται vocatur*; D. 43.8.2.22: *Publicas vias dicimus, quas Graeci βασίλειαι, nostri praetorias, alii consulares vias, appellant*; D. 47.2.1 pr.: *Furtum... vel a Graeco sermone, qui ᾠται appellantur...*; D. 47.8.4.2: *Turbam autem appellatam Labeo ait ex genere tumultus, idque verbum ex Graeco tractum ᾠται τοῖς ᾠται*; D. 47.9.3.6: *Qui eiecta nave quid rapuit, hoc Edicto tenetur; eiecta hoc est quod Graeci αἰῶν ᾠται*; D. 47.1.13.7: *Si quis me prohibeat in mari piscari, vel evericulum, quod Graece σαγῆσταν dicitur...*; D. 47.22.4: *Sodales sunt qui eiusdem collegii sunt, quam Graeci ᾠται...an vocant*; D. 48.5.6.1: *...stuprum vero in virginem viduamque committitur, quod Graeci ᾠται appellant*; D. 50.4.18.13: *Defensores quoque, quos Graeci syndicos appellant...*; D. 50.13.1 pr.: *... Liberalia autem*

hanno operato nei confronti di vocaboli greci utilizzando la locuzione, comune a C. 8.46.6, “*quod Graeci(e) vocant, appellant, dicunt, aiunt* o ancora *nuncupant* (di solito presente al passivo *nuncupa(n)tur*)”: orbene tutti i richiami sono effettuati all’indicativo presente²⁶.

Espressioni del tipo di quelle appena citate sono, di solito, utilizzate al fine di chiarire meglio il senso di certe parole od istituti, ma il richiamo “comparatistico”, è sempre compiuto al presente, nei confronti di realtà sentite come attuali dallo scrivente, e come tali capaci di chiarire meglio il senso del discorso.

Se non ci inganniamo, solo Glück si è accorto della particolarità dell’uso dell’imperfetto e ne ha dato la seguente spiegazione. Diocleziano avrebbe usato l’imperfetto per riferirsi all’*ἐποκ*»*ruxij* perché ormai dopo la *Constitutio Antoniniana* tutti i diritti locali dovevano considerarsi abrogati. Il richiedente, secondo lo studioso, avrebbe formulato una richiesta alla cancelleria dell’imperatore dalmata chiedendo se, pur dopo l’estensione della cittadinanza a tutti i sudditi dell’impero potesse avere luogo un trattamento usato dai greci ma non conforme al diritto romano.

La ricostruzione proposta dall’eminente studioso ha natura puramente congetturale, non solo per quanto attiene al presunto contenuto della supplica, di cui non v’è traccia, ma anche in riferimento al tenore della risposta: nessun elemento pare che possa fare riferimento allo stato del diritto esistente dopo la *Constitutio Antoniniana*.

studia accipimus, quae Graeci ἴμευῖρια appellant; D. 50.14.3: ...*Facilius, quod Graeci ῥμηνευτικὸν appellant...*; D. 50.16.5.1: *Opere locatio, conducto, his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἐποτῆσμα vocant*; D. 5.16.19: ...*contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci sunῆλλagma vocant*; D. 50.16.30.2: *Novalis est, terra praecisa, quae anno cessavit, quam Graeci ἴνασιν vocant*; D. 50.16.38: ...*quid prodigiosum videtur, quae Graeci φαῖσματὰ vocant*; D. 50.16.144: ...*quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam pallakῆν Graeci vocant*; D. 50.16.163.1: *Pueri appellatione etiam puella significatur; nam et feminas puerperas appellant recentes ex partu, et Graece παιδ...ον communiter appellatur*; D. 50.16.205: ...*quas Graeci τρω...μουῖ appellant*; D. 50.16.233.2: *Et hanc significationem invenire possumus et in Graeco nomine; nam nos quod telum appellamus, illi βῆλοῖ appellant...Et id, quod ab arcu mittitur, apud Graecos quidem proprio nomine ἰὸξευμα vocatur*; D. 50.16.236 pr.: *Quum id, quod nos venenum appellamus, Graeci φῆρμακον dicunt. §1. exemplo Graeci sermonis, apud quos omnes arborum species ἐκρὸδρῦα appellantur*; D. 50.16.239.2: *Incola est, qui aliqua regione domicilium suum contulit, quem Graeci πῆροικον appellant. §4. Advena est, quem Graeci ἔποικον appellant*; D. 50.17.65: *Ea est natura cavillationis, quam Graeci swr...thn appellant*. Costrutti analoghi, con i verbi sempre al presente si trovano in I. 3.6.3; 3.25 pr.; 4.1.2; 4.1.3; 4.4 pr.; 4.1.5; Coll. 2.5.1. Infine, non può essere considerato ai nostri fini D. 5.1.37 (Call. 5 Cogn.) che contiene l’espressione “*graece...rescripsit*” in quanto per mezzo di essa, si riporta in termini di discorso diretto il contenuto di un rescritto.

²⁶ Non sono eccezionali rispetto ai casi precedenti le utilizzazioni di tempi diversi dall’indicativo presente che si riscontrano in tre luoghi delle fonti che, come C. 8.46.6, fanno riferimento a corrispondenti vocaboli greci. In D. 50.16.177 (Ulp. 47 *ad Sab.*) ricorre l’espressione “*natura cavillationis, quam Graeci swr...thn appellaverunt*”. Il perfetto usato da Ulpiano per descrivere la *natura cavillationis* facendo riferimento al corrispondente vocabolo greco, però non esclude affatto l’attualità di un termine che Giuliano considera attuale in D. 50.17.65 (Iul. 64 *Dig.*) e che, del resto, Ulpiano stesso ricorda: forse, il perfetto indicativo vuole sottolineare che i greci diedero alla *natura cavillationis* un nome probabilmente ancora in uso al tempo di Ulpiano.

Ancora un perfetto compare in D. 47.2.1 (Paul. 39 *ad ed.*): “*furtum...vel a Graeco sermone qui fraj appellat fures; imo et Graeci ἐπὶ τοῖ φῆρεῖν fraj dixerunt*”. Qui l’uso del perfetto è strumentale ad evidenziare la derivazione di un sostantivo da una frase, verosimilmente, non più in uso.

Infine, in Gai. 3.93, il giurista, dopo avere introdotto nel § 92 il tema della *sponsio*, precisa che se anche le parole dell’obbligazione verbale *expressae fuerint* in greco, anche tra Romani avrebbero prodotto effetti obbligatori, sempre che ne fosse stato intellegibile il senso. Ora la forma verbale *expressae fuerint*, dovrebbe fare riferimento al momento in cui vennero pronunciate le parole fra le parti, ma non si dubita che esse abbiano un valore attuale e che producano effetti obbligatori vigenti.

A seguire il ragionamento di Glück, infatti, dopo la concessione della cittadinanza nel 212 d.C. tutti i diritti locali dovevano considerarsi *ipso facto* abrogati, e ciò spiegherebbe perché Diocleziano avrebbe potuto riferirsi all'«*εποκ*»ruxij utilizzando l'imperfetto. Ma a prescindere dalle questioni molto dibattute che si agitano attorno al tema della sopravvivenza dei diritti locali dopo la *Constitutio Antoniniana* – sopravvivenza comunque certa almeno per l'Egitto romano²⁷ – basta considerare la legislazione di Diocleziano, che spesso si è occupato dei costumi giuridici locali, di solito per combatterli ed affermare i principi del diritto romano, per rendersi conto che tali consuetudini vengono sempre considerate attuali ed esistenti, benché normalmente avversate al fine di affermare il punto di vista romano²⁸.

Perché allora in questo caso, che rappresenta un *unicum* nel panorama delle fonti del diritto romano, Diocleziano riferisce di un vocabolo greco (e dell'intero istituto che esso connota) all'imperfetto?

La risposta, per noi va cercata nella circostanza che Diocleziano intende il richiamo all'«*εποκ*»ruxij come un riferimento effettuato nei confronti di un istituto del passato, considerato non più vigente e ricordato forse per riscattare dall'esperienza greca il contenuto di una costituzione che non trovava riferimenti nei testi a disposizione della cancelleria, visto che nelle fonti giuridiche a disposizione della cancelleria non esisteva menzione dell'*abdicio*. Pertanto, il richiamo al diritto greco doveva servire a rendere maggiormente comprensibile il contenuto del rescritto al destinatario, verosimilmente un provinciale.

D'altra parte, sarà pure un caso, ma l'unica fonte in cui vengono ricordati dei versi greci mediante l'uso dell'imperfetto (J. 3.23.2: *et argumento utebantur Graeco poeta Homero...*) riguarda la digressione presente all'inizio del titolo “*De emptione et venditione*” delle Istituzioni di Giustiniano, in cui si riporta il noto contrasto fra Proculeiani e Sabiniani concernente l'oggetto del *pretium* della compravendita, e di conseguenza la sistemazione dogmatica della permuta quale autonoma specie di contratto²⁹. L'imperfetto, qui come in C. 8.46.6, denota l'esistenza di fenomeni – dispute fra giuristi nel brano delle J, una consuetudine locale in C. 8.46.6 – avvenuti e soprattutto conclusi nel passato, e come tali considerati esauriti e non più esistenti.

Inoltre, il richiamo ad un istituto greco considerato non più esistente potrebbe spiegare anche perché Diocleziano abbia avvicinato istituti molto diversi per forma,

²⁷ Cfr. J. MODRZEJEWSKI, *La notion d'injustice dans les papyrus grecs*, in *IURA*, 10, (1959), pp. 79 ss.; ID., *Die Geschwisterehe in der hellenistischen Praxis und nach römischem Recht*, in *ZSS*, 81, (1964), pp. 75 ss.; ID., *Chronique, II, Egypte gréco-romaine et monde hellénistique*, in *RHD*, IV, 43, (1965), pp. 145 e ss.; ID., *La règle de droit dans l'Égypte romaine*, Atti Congr. Int. Pap. Ann Arbor 13-17 agosto 1968, New Haven-Toronto, 1970; ID., *Loi et coutume dans l'Égypte greque et romaine. Recherches sur les facteurs de formation du droit privé en Égypte aux temps de Lagides et sous la domination romaine*, saggio riassunto in *IURA*, 23, (1972), p. 361; ID., *Droit romain et traditions locales en Égypte sous le Haut-Empire*, in *Annuaire EPHE*, 1975-76, Paris 1976, pp. 317-336; ID., *Citoyenneté romaine et pratique provinciale*, in *Annuaire EPHE*, 1976-77, Paris 1977, pp. 281-301. I risultati di questi articoli sono confluiti nel capitolo “Diritto romano e diritti locali” della Storia di Roma, vol. 3, Torino, Einaudi, 1993.

²⁸ A tal proposito interessanti indicazioni possono essere tratte dalle espressioni utilizzate dalla cancelleria diocleziana (quali *manifestissimi iuris est...*; *contra ius desideratur*; *desiderium tuum iuris formam refragatur*; *desiderium postulantium iuris formam refragatur*; *postulantis improbum desiderium est*; e tante altre tutte rigorosamente al presente) volte ad affermare il punto di vista del diritto romano e che sono elencate in modo completo da M. AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, p. 63 nt. 24.

²⁹ Gli stessi versi si ritrovano in Gai. 3.141, ma sono richiamati al presente, attraverso il verbo “*utuntur*”.

struttura ed effetti: si doveva trattare di un paragone a puri fini esplicativi e non del tentativo di equiparare *abdicatio* ed $\epsilon\text{pok}\rangle\text{ruxij}$.

Del resto, l'*abdicatio*, scomparirà dopo il rescritto dalle fonti giuridiche e storiche che invece fino ad allora l'avevano attestata, venendo ricordata unicamente in opere letterarie come quelle dei Padri della Chiesa o in tarde opere retoriche che ripetono per lo più contenuti presenti nelle opere dei retori classici³⁰; mentre l' $\epsilon\text{pok}\rangle\text{ruxij}$, continuerà ad essere utilizzata nella pratica provinciale anche dopo l'età giustiniana³¹ tanto da essere presente in fonti di rilievo giuridico che considereremo.

2.2.1 – Oltre alle riflessioni sopra svolte, esistono altri elementi che consentono di inferire che il rescritto in esame non ha fatto alcun riferimento in termini precettivi alla greca $\epsilon\text{pok}\rangle\text{ruxij}$, presente nel testo, per noi, solo in funzione ancillare rispetto al vero oggetto dell'interesse imperiale: l'*abdicatio*.

Ci riferiamo a due elementi della proposizione relativa presenti nell'indicazione specificativa dell'*apoceryxis*: “*ad alienandos liberos usurpata*” e nel riferimento esplicito al “*Graeco more*”.

Circa la vendita dei figli³², abbiamo già visto che diversi autori ritengono che il richiamo presente nel testo limiti il divieto di C. 8.46.6 al solo ripudio volto alla vendita stessa. Ma anche contro questa ipotesi militano diversi argomenti.

Preliminarmente, occorre sottolineare che a volere accettare la tesi sostenuta – come abbiamo ricordato – da autori quali Düll, Bonfante e Migliorini, ci si aspetterebbe di trovare il riferimento alla prassi della vendita dei figli effettuato al presente, in quanto essa costituirebbe il *titulus* giustificativo del divieto; invece, l'imperfetto *usurpabatur* (del cui significato ci occuperemo al n. 2.2.2) sposta nel passato il riferimento alla consuetudine della vendita dei figli, con l'effetto di non renderla sussumibile nel divieto finale espresso dalla locuzione verbale *non comprobatur*.

³⁰ Su queste fonti rimandiamo al lavoro di A. ALBERTONI, *L'apoceryxis*, cit., pp. 62 ss., che ricorda fra le opere tarde le *Institutiones Orat.* § 59 di Sulpicius Victor, retore del IV secolo d.C.; Pseudo Quintiliano, che in diversi punti delle sue *Decl. Minores* ha avuto modo di menzionare l'*abdicatio*. Anche per gli scritti dei Padri della Chiesa come quelli di Cassiodoro, Lattanzio, Pseudo-Cipriano, rinviamo alla puntuale elencazione dell'Albertoni che nota (a p. 73) come questi scritti “si limitano ad accenni vaghi e generici”, e spesso l'*abdicatio* è intesa o in senso mistico in termini di ricordo o motivo biblico o quale espulsione dalla comunione dei fedeli, oppure ancora come sinonimo di *exhereditatio*.

Spesso, poi, nota l'autore, essendo le opere patristiche per lo più di provenienza provinciale, anche se scritte in latino, la menzione dell'*abdicatio* altro non sarebbe che la traduzione della greca *apoceryxis* di cui ricorrono di solito i caratteri, primo fra tutti quello della diseredazione, come nel caso della narrazione del *Martyrium Sancti Cyrilli* (il cui testo, comunque, secondo il Ruinart, *Acta martyrum sincera et selecta*, Verona, 1731, nell'*Admonitio* premessa al testo, a p. 213, sarebbe stato scritto da Firmiliano, Vescovo di Cesarea, morto nel 269 d.C., prima quindi del divieto di C. 8.46.6). Espressamente di *apoceryxis* si discute, peraltro, in un brano della *Storia Ecclesiastica*, III, 18 di Teodoro vescovo di Ciro, vissuto nel V sec. d.C. (= Cassiodoro, *Historia*, VI, 44). Per una valutazione degli scritti dei Padri della Chiesa v. anche M. WURM, *Apoceryxis*, cit., pp. 96 ss.

³¹ Nota bene M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 293, che forse il testo della costituzione originale [cfr. E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in “La critica del testo, II, Atti del II Congresso della Società It. Di Storia del Diritto, Firenze 1971, pp. 821 ss. (Scritti giuridici VI, pp. 821-1097)] sarebbe stato più ampio ed elaborato, ed in particolare avrebbe indicato le differenze fra i due istituti rispettivamente nel diritto greco ed in quello romano. Non concordiamo, però, con le conclusioni dell'autore che ritiene che venne vietata solo quella forma di diseredazione greca estranea al *ius civile*.

³² In effetti, il verbo “*alienare*” è utilizzato con riferimento alla vendita nelle costituzioni del *Codex* ed in particolare da Diocleziano, proprio in materia i vendita dei figli. Per un'elencazione delle costituzioni in cui ricorre l'anzidetto verbo impiegato in questo significato v. R. MAYR, *Vocabularium Codicis Iustiniani, Pars Prior*, Praga, 1923, coll. 473-474.

Inoltre, la vendita dei figli era prassi seguita in provincia da diverso tempo³³ ma nessuna fonte consente di collegare direttamente l'«*ἄποκος*» ruxij o l'*abdicatio* alla vendita dei figli³⁴; si trattava di fenomeni separati anche a livello documentale, pertanto, doveva risultare quantomeno arduo nella pratica distinguere fra ripudi volti all'alienazione dei figli (che sarebbero stati vietati) e ripudi privi di tale effetto o comunque non collegati alla vendita (pertanto leciti).

Sono note, del resto, le differenze tra la rinuncia alla potestà sul figlio realizzata attraverso l'alienazione ed il ripudio. La dottrina³⁵ ha chiarito che nel diritto antico si procedeva all'alienazione dei figli per ragioni del tutto slegate da quelle che originavano il ripudio. Mentre quest'ultimo trovava fondamento in disobbedienze anche non gravi che spingevano il padre a porre il figlio fuori dalla famiglia (senza mutare la condizione

³³ L. MITTEIS, *Reichsrecht*, cit., pp. 358-364, cita numerose testimonianze giuridiche e letterarie, cui rinviamo, che attestano l'esistenza dell'uso di vendere i figli in provincia sia prima, che dopo la *Constitutio Antoniniana*. Per quanto riguarda le testimonianze papirologiche relativamente a tali consuetudini si v. PSI, 4, 424 del III sec. a.C.; BGU 4, 1153, II, e 1154 rispettivamente del 16 e del 17 a.C.; P. Tebt. 2, 384 del 10 a.C.; P. Ryl. 2, 128 del 30 d.C.; P. Flor. 1, 44 del 158 d.C.; P. Oxy. 10, 1295 del II/III sec. d.C.; la stessa datazione presenta SB 5, 7612 (= *Aegyptus* 13, [1933], pp. 651 ss.). In materia si è sviluppata una copiosa letteratura: H. LEWALD, *Zur Personalexekution im Recht der Papyri*, Leipzig 1910, pp. 13-27; A. MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung – Ein Institut der antiken Rechte*; Berlin 1910, pp. 17-26; E. COSTA, *I contratti di lavoro nei papiri greco egizi*, Bologna 1912, pp. 1-16; M. MODICA, *Introduzione allo studio della papirologia giuridica*, Milano 1914, p. 280; E. SCHÖNBAUER, *Paramoné, Antichrese und Hipotek – Studien zu P. Dura 10*, in *ZSS*, 53, (1933), pp. 422-450; P. ZAMBON, *Minute di un contratto di servizio nella raccolta di papiri milanesi*, in *Aegyptus*, 13, (1933), pp. 651-652; E. BERKENER, s.v. *Paramoné*, in *PW*, 18, 3, (1949), pp. 1212-1214; H.M. HERRMANN, *Personenrechtliche Elemente der Paramone*, in *RIDA*, 10, (1963), pp. 149-161; B. ADAMS, *Paramoné und verwandte Texte. Studien zum Dienstvertrag im Recht der Papyri*, Berlin, 1964, p. 47; A.E. SAMUEL, *The Role of Paramone Clauses in Ancient Documents*, in *JJP*, 15, (1965), pp. 301-306; O. MONTEVECCHI, *La papirologia*, Torino 1973, p. 223.

³⁴ Si v. in particolare, le seguenti testimonianze papirologiche che riguardano la vendita dei figli e che in nessun caso menzionano la pratica dell'*apoceryxis*: P. Herm. Rees. 7, del IV sec. d.C. ed anche il P. Jews = P. Lond. 1915 e 1916 più recente, degli anni 330 e 340 d.C. Sul papiro Herm. Rees. 7 v. J. WOLFF, *Papyri from Hermopolis and Other Documents of the Byzantine Period*, London, 1964, XII, pp. 127 ss., in *ZSS*, 83, (1966), pp. 409-412; sui P. Lond. 1915 e 1916 v. H.I. BELL, *Jews and Christians in Egypt*, Oxford 1924, pp. 72-73.

³⁵ T. MOMMSEN, *Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitsschutz im römischen Staat*, in *Juristische Abhandlungen – Festgabe Georg Beseler*, Berlin 1885, pp. 267-272; (= *Gesammelte Schriften*, 3. *Juristische Schriften*, 3, Berlin 1907, pp.15-20); P. BONFANTE, *Il "ius vendendi" del pater familias e la legge 2 cod. 4.43 di Costantino*, in *Scritti giuridici in onore di C. Fadda*, 1, Napoli 1906, pp. 115-121 (= *Scritti giuridici varii*, 1, famiglia e successione, Torino, 1916, pp. 64-71 (= rist. Milano, 1963, pp. 105-114)); W. BUKLAND, *The Roman Law of Slavery, - The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908 (rist. 1970), pp. 420-422; E. WEISS, *Pfandrechtliche Untersuchungen, 1. Beiträge zum römischen und hellenistischen Pfandrecht enthaltend*, Weimar 1909, pp. 56-64; J. PARTSCH, *Griechischen Burschaftrecht, 1. Das Recht des altgriechischen Gemeindestaats*, Leipzig-Berlin 1909, pp. 41-46; E. COSTA, *La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Costantino*, in *Memorie dell'Acc. Delle Scienze dell'Istituto di Bologna*, IV, 1909-1910, pp. 3-9; R. TAUBENSCHLAG, *Die "patria potestas" im Recht der Papyri*, in *ZSS*, 37, (1916), pp. 216-218, (= *Opera minora*, 2, Warszawa, 1959, pp. 306 ss.); ID., *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians*, cit., pp. 223 ss. (= *Opera Minora*, 1, pp. 117 ss.); ID., *Geschichte der Rezeption des römischen Privatrecht in Aegypten*, in *Studi Bonfante*, 1, Milano 1930 pp. 436 ss. (= *Opera Minora*, 1, pp. 282 ss.); ID., *The Law of Graeco Roman Egypt in the Light of the Papyri*², Warszawa 1955, pp. 139 ss.; W. WESTERMANN, *The Paramone as General Service Contract*, in *JJP*, 2, (1948), pp. 47-50; *The Slave Systems of Greek and Roman Antiquity*, Philadelphia, 1955; T. MAYER MALY, *Das Notverkaufsrecht des Hausvaters*, in *ZSS*, 75, (1958), pp. 116-155; B. ADAMS, *Paramoné*, cit., pp. 47-49 e 68-70; M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI*, 49, (1983), pp. 180 ss.; W. FORMIGONI CANDINI, "De his, qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperint". Ancora su C.Th. 5.10.1, in *Annali dell'Università di Ferrara*, sez. V/6, 1992, pp. 35-48.

di *suus* nel diritto romano, pregiudicando le sue aspettative successorie nel diritto greco), alla vendita si procedeva per ragioni strettamente economiche.

In diritto greco i figli venivano alienati o dati in pegno normalmente per estinguere debiti dei genitori, di solito da mutuo, per mezzo del lavoro (paramon^{3/4}) che prestavano presso il creditore, di cui divenivano schiavi³⁶. In diritto romano alla vendita degli figli, peraltro formalmente vietata³⁷, salvo alcune aperture in età costantiniana³⁸, si procedeva per ragioni di indigenza che non consentivano il mantenimento dei figli i quali, peraltro, benché illecitamente alienati non divenivano schiavi dell'acquirente³⁹.

D'altra parte, Diocleziano ebbe modo di occuparsi della vendita dei figli successivamente, sei-sette anni dopo, con due rescritti del 294 d.C.: C. 4.43.1 contenuto nel titolo "*De patribus qui filios distraxerunt*" e C. 7.16.37 contenuto nel titolo "*De liberali causa*"⁴⁰.

Se davvero anche C. 8.46.6. si fosse riferito direttamente alla vendita dei figli ci saremmo aspettati una sua collocazione all'interno del codice più attinente ai suoi effetti; invece, la collocazione all'interno del titolo "*De patria potestate*" depone nel senso che la costituzione intende solo limitare i poteri del *pater familias* in materia di ripudio, peraltro all'interno di un più generale quadro di politica legislativa avviata da Diocleziano e tendente a ridurre i poteri del *pater familias*⁴¹.

³⁶ Il papiro BGU 1124, IV, ad esempio, contiene un contratto in virtù del quale una donna libera si assoggetta ad un mutuante promettendo di compiere tutti i servizi richiesti e di restare presso di lui a liberazione della propria obbligazione da mutuo.

³⁷ Ovviamente erano valide le *mancipationes* fiduciarie presenti nel rito della *emancipatio*. L'istituto della *emancipatio*, come è noto, è stato forgiato sulla base di una prescrizione delle XII Tavole, forse recettiva di una precedente legge di Romolo (Dion. Cass. 2.15.2), che era verosimilmente volta a punire l'abuso della vendita dei figli da parte del *pater familias*. In diritto classico si segnala il principio espresso da Callistrato in un brano del secondo libro *quaestionum* recepito nel Digesto in D. 40.12.37: *Conventio privata neque servum quemquam neque liberum alicuius facere potest*. D. 18.1.5 (Paul. 5 ad Sab.) e D. 18.1.70 (Lic. Ruf. 8 reg.) specificano che la vendita è da considerare valida se entrambe le parti, od anche solo il compratore, ignorano che l'uomo oggetto della vendita sia libero.

³⁸ Costantino permette la vendita dei neonati *ingenui*, i quali divenivano schiavi dell'acquirente. Infatti, i divieti di VF 33 e C. Th. 4.8.6 vengono superati da VF 34 e C. Th. 5.10.1. Per questi aspetti della legislazione di Costantino v. P. VOCI, *Patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in *Studi di diritto romano II*, 1985, pp. 493-499.

³⁹ P.S. 5.1.1: *qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderit, statu ingenuitatis non praeiudicant: homo enim liber nullo pretio aestimatur*. In altre fonti di età postclassica il soggetto venduto è considerato *in servitium* presso il compratore: C. Th. 3.3.1 del 391 d.C.; Nov. Val. XXXIII del 451 d.C.. Giustiniano, recependo in C. 4.43.2 la costituzione di Costantino contenuta in C. Th. 5.10.1, ribadisce che il neonato ingenuo alienato per stato di necessità perde la libertà.

⁴⁰ C. 4.43.1: *IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. AURELIAE PAPIANAE – Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris iure aut quolibet alio modo, nec sub pretextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est. [a. 294].*

C. 7.16.37 *IMPP. DIOCL. ET. MAX. OLYMPIO – Si filium tuum liberum genero vendidisti, qui tam proxima necessitudine coniunctus condicionis ignorantiam simulare non potest, utrisque sociis criminis accusator deest. [a. 294].* Sui problemi sollevati da questo rescritto, particolarmente attinenti all'individuazione del crimine citato nella parte finale del testo v. da ultimo, con indicazione di letteratura, M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti*, cit., pp. 180 ss.; R. LAMBERTINI, *Due rescritti in tema di "venditiones filiorum"*, in *Labeo*, 33, (1987), 2, pp. 186 ss., e da ultimo C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. I*. Roma 1994, pp. 233-234.

⁴¹ In merito cfr. P. VOCI, *Storia della patria potestas*, cit., pp. 91-96 che elenca in dieci punti i provvedimenti legislativi dell'imperatore dalmata in materia di *patria potestas*; orbene, nella totalità dei casi si tratta di provvedimenti che producono l'effetto di limitare i poteri del *pater familias*.

C. 5.17.5 pr. esclude che il padre possa dissentire ad un matrimonio cui prima aveva assentito; C. 8.8.2 estende anche alla madre il diritto di chiedere l'esibizione dei figli; C. 5.24.1 sostituisce alla volontà paterna l'autorità del *iudex* nell'assegnazione dei figli in caso di divorzio dei genitori; C. 8.47.5 consente ad una donna il potere di *adrogare*, a compenso dei figli perduti, "*in solatium amissorum filiorum*" con

Esiste poi un dato temporale che non va sottovalutato. A secondo che si dati C. 8.46.6 all'anno 287 o 288 d.C., il ritenere che abbia vietato solo il ripudio dei figli volto alla loro alienazione sposterebbe indietro di sei o sette anni i divieti diocleziane in materia circa la vendita dei figli, che sono entrambi del 294 d.C.

Migliorini⁴² ritiene che tale antecedenza logica possa confermare l'interpretazione del rescritto nel senso del divieto del ripudio finalizzato alla vendita dei figli, ma se così fosse ci si sarebbe potuti attendere almeno un richiamo nelle costituzioni successive di Diocleziano al precedente divieto che lui stesso, a seguire la tesi che qui si critica, avrebbe disposto in C. 8.46.6.

È da notare, peraltro, che già Antonino Caracalla aveva avuto modo di vietare la vendita dei figli con il provvedimento che conosciamo attraverso C. 7.16.1⁴³. Pertanto, se analogamente C. 8.46.6 avesse voluto vietare la vendita dei figli collegandola alla prassi del ripudio, sarebbe stato lecito attendersi almeno un richiamo al precedente divieto di età severiana, come, del resto, ha fatto Costantino che, nel disciplinare, ed in qualche modo legittimare, la vendita degli infanti, richiama i provvedimenti dei suoi predecessori, (C. Th. 5.10.1 *IMP. COST. A. ITALIS SUIS – Secundum statuta priorum principum...*) o proprie leggi anteriori (V.F. 34: *...hoc a nobis iam olim praescriptum est...*).

Nulla di tutto questo invece avviene in C. 8.46.6. Tale circostanza, oltre a quella di ordine sistematico sopra ricordata, depone nel senso che il rescritto non abbia dato l'occasione a Diocleziano di occuparsi della vendita dei figli, e che il riferimento nel testo avrebbe avuto solo un rilievo storico

In definitiva, riteniamo che fu solo la romana *abdicatio* oggetto dell'interesse della cancelleria, anche se non si vuole negare che mancasse la possibilità di un contatto fra la prassi del ripudio e quella della vendita dei figli: del resto, tale collegamento viene effettuato dallo stesso rescritto diocleziano oggetto di esame.

Probabilmente, il ripudio poteva rappresentare il primo passo per effettuare successivamente la vendita. Ciò potrebbe anche spiegare perché il divieto di vendere i figli di C. 4.43.1⁴⁴ sia molto ampio nel contenuto e volto a contrastare possibili pratiche elusive del divieto. Infatti, viene vietata l'alienazione dei figli a titolo di vendita, donazione pegno e “*quolibet alio modo*”. Probabilmente, l'impossibilità di ricorrere all'*abdicatio*, già vietata da C. 8.46.6, aveva ingenerato delle pratiche elusive volte ad aggirare il divieto del ripudio dei figli ricorrendo direttamente alla loro alienazione.

Certamente, poi, il senso del termine “*usurpatio*” riferito nel testo della costituzione all'ϕpok»ruxij, è legato proprio all'impiego strumentale da parte dei Greci del ripudio rispetto alla vendita; pertanto, conviene valutare *ex professo* il significato del verbo *usurare*.

l'effetto che il figliastro avrebbe ottenuto la condizione di figlio legittimo; C. 2.4.26; C. 7.16.12; C. 7.16.36; C. 8.16.6 eliminano il potere paterno di vendere o dare in pegno i propri figli. All'interno di siffatte limitazioni il Voci ricorda anche C. 8.46.6 accedendo peraltro all'interpretazione tralatizia del rescritto, per cui il divieto dell'*abdicatio-apoceryxis* sarebbe limitato all'utilizzo del ripudio volto a dissimulare la vendita dei figli.

⁴² M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 293.

⁴³ C. 7.16.1 *IMP. ANTONINUS A SATURNINAE – Rem quidem illicitam et inhonestam admisisse confiteris, quia proponis filios ingenuos a te venum datos. Sed quia factum tuum filiis obesse non debet, adi competentem iudicem si vis, ut causa agatur secundum ordinem iuris. PP. V. ID. FEBR.*

⁴⁴ C. 4.43.1: *IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. AURELIAE PAPINIANAE – Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris iure aut quolibet alio modo, nec sub pretextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est. [a. 294].*

2.2.2 – La frase relativa introdotta da “*quae*” utilizza la forma verbale “*usurpare*” con riferimento alla consuetudine dell’*ϕpok*»*ruxij*, “*usurpatio*” che avrebbe determinato la vendita dei figli per mezzo del loro ripudio.

Migliorini⁴⁵ ricorda, correttamente, che i significati del vocabolo “*usurpatio*” possono essere due, uno neutro di tipo iterativo, l’altro caratterizzato da un’accezione tipicamente negativa, cioè un comportamento “equivalente al *vindicare contra ius*, cioè avanzare una pretesa o richiesta infondata perché contraria al diritto”⁴⁶. Però, l’autore, scartando apoditticamente la prima delle due opzioni, ritiene che il significato di “*usurpabatur*” presente in C. 8.46.6 sia proprio quello di un abuso della *ϕpok*»*ruxij*, che secondo lo studioso sarebbe stata vietata non come tale, ma solo in quanto “abusata” al fine di alienare i figli. Una conferma a tale interpretazione è ritrovata in C. 8.10.5⁴⁷, un provvedimento di Diocleziano in cui il verbo *usurpare* viene utilizzato nell’accezione negativa di appropriazione illegittima dell’altrui diritto di proprietà.

Contro Migliorini va osservato che più recenti ricerche⁴⁸ hanno messo in luce le fonti (anche giuridiche) in cui il termine “*usurpatio*” è presente nel significato – indicato da D. 41.3.2 (Paul 54° *ad ed.*) – di “*usus frequens*”, privo di giudizi di disvalore e relativo alla frequente ripetizione nel tempo di certi usi o di certi termini o espressioni. L’autore è anche incline a ritenere che il termine “*usurpatio*” durante l’impero “diviene quasi un sinonimo di “*utor*””⁴⁹.

⁴⁵ M. MIGLIORINI, *L’adozione*, cit., p. 299.

⁴⁶ E. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, Padova, 1831, s.v. *usurpatio*; v. *usurpare*, in *Oxford Latin Dictionary*, vol. II, pp. 2110-2111.

⁴⁷ C. 8.10.5: *IMPP DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA OCTAVIO – Si is, contra quem precem fundis, sciens prudensque soli partem ad te pertinere, non quasi socius vel collega communis operis sollicitudine solidam balnearum extractionem ea mente, ut sumptus pro portione tua reciperet, aggressus est, sed totius loci dominium usurpare et collapsum balnearum refabricare enisus est, cum aedificia quae alieno loco imponuntur solo cedant nec impensae his qui improbe id fecerint restitui debeant, antiquato divi Hadriani edicto praeses provinciae memor iuris publici in dirimenda disceptatione legum placita custodiet [a. 290].* Si sono occupati del provvedimento: C. DUPONT, *Les textes constantiniens et le Prefet de la Ville*, in *RHD*, 47, (1969), p. 619; A.D. MUSCA, “*Lis fullorum de pensione non solvenda*”, in *Labeo*, 16, (1970), p. 292; J.P. MEINCKE, “*Superficies solo cedit*”, in *ZSS*, 101, (1971), pp. 137 ss.; P. LAUREGANS, “*Testamenti factio non privati sed publici est*”, in *RHD*, 53, (1975), pp. 247 ss.; C. BUSACCA, “*Ne quid in loco sacro religioso sancti fiat*”, in *SDHI*, 43, (1977), pp. 279 ss.; A. D’ORS, *Rescriptos y cognicion extraordinaria*, in *AHDE*, 47, (1977), pp. 7 ss.; M. KASER, “*Ius publicum*” und “*Ius privatum*”, in *ZSS*, 116, (1986), p. 71; F. MUSUMECI, “*Inaedificatio*”, Univ. di Catania, pubblic. della facoltà di Giurisprudenza, vol. 119, 1988, pp. 132-133 ; J. RESZCZY, “*Impendere, impensa, impendium*” (sulla terminologia delle spese in diritto romano), in *SDHI*, 55, (1989), pp. 222-239 e p. 244.

⁴⁸ Fondamentale in proposito, R. SANTORO, *Appio Claudio e l’uso strumentale del diritto*, in *AUPA*, 47, (2002), pp. 293-365, con elencazione delle fonti relative alle applicazioni del termine “*usurpatio*” – nel secondo significato di “*usus frequens*” testimoniato da D. 41.3.2 (Paul 54° *ad ed.*) – con riferimento a *mos* e *consuetudo*, per indicare l’uso di un fonema o di una lettera, di un nome, di una parola o di un’espressione, o per indicare l’uso di parole concernenti il linguaggio tecnico, in materia per esempio giuridico-religiosa. Relativamente all’etimologia del termine “*usurpare*” cfr. G. FALCONE, *Testimonianze plautine in tema di “interdicta”*, in *AUPA*, 40, (1988), pp. 37 ss.; R. SANTORO, *L’“Usurpare surculo defringendo” di Cic. De orat. 3.110 e l’interruzione civile dell’usucapione*, in *AUPA*, 46, (2000), p. 340 nt. 18 con indicazione di letteratura.

⁴⁹ Per questo significato del termine *usurpatio* v. F.D. SANIO, *Varroniana in der Schriften der röm. Juristen*, Leipzig 1867, p. 143; F. D’IPPOLITO, *Giuristi e sapienti in Roma arcaica*, Roma-Bari 1986, pp. 39 ss.; R. SANTORO, *L’“Usurpare surculo defringendo”*, cit., p. 340 nt. 18; A conferma di questa interpretazione del termine “*usurpatio*” potrebbe ricordarsi l’*edictum de civitate Anaunorum* di Claudio [FIRA, 1², n. 71, ll. 26-27] che riconosce la cittadinanza romana agli Anauni, proprio in virtù dell’esistenza di una “*longa usurpatio(ne)*” della stessa. L’espressione più che rimandare ad un abuso, che verosimilmente avrebbe comportato la sua repressione, vuole significare qui proprio la frequente

Nelle costituzioni di età postclassica presenti nel *Codex*, il termine “*usurpatio*” ed il verbo “*usurare*” connotano comportamenti in genere “*contra ius*” e, dunque, sono utilizzati nell’accezione tipicamente negativa di abuso, usurpazione o ingiusta appropriazione⁵⁰.

Altrettanto non può dirsi per le costituzioni diocleziane, in cui il verbo “*usurare*” è presente in entrambi i significati, quello classico di uso o fruizione e quello postclassico di abuso o ingiusta appropriazione. Esso è presente in quattro occasioni, tenendo da parte, per il momento, C. 8.46.6⁵¹.

In due casi, il significato del verbo “*usurare*” è tipicamente negativo ed esprime l’appropriazione indebita di un fondo di proprietà altrui (C. 4.50.5⁵²: *contra bonam fidem proprietatem eiusdem fundi usurpasse*; C. 8.10.5: *totius loci dominium usurpare*, con riferimento ad un fondo in comproprietà).

Negli altri due casi, invece, il verbo “*usurare*” è presente nel significato neutro di usare o fruire. Si tratta di due rescritti (C. 4.21.7 e C. 10.55.2) concernenti i “*veteranorum privilegia*”⁵³.

In C. 4.21.7⁵⁴ Diocleziano e Massimiano, rivolgendosi ad un ex militare, Zinima, cui verosimilmente non veniva riconosciuto lo “*status*” conseguente alla “*missio honesta*” per avere egli perduto l’atto dal quale risultava tale congedo, ricordano che egli può fruire (*usurare*) dei “*veteranorum privilegia*”, sebbene non sia più in possesso degli strumenti attestanti che era stato “*honeste sacramento (militiae) solutus*”, qualora

ripetizione dell’uso di comportarsi come cittadini romani da parte degli Anauni che sta a fondamento al provvedimento con cui Claudio concede loro di continuare a seguire quella consuetudine. Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento all’*epistula* di Antonino Caracalla *ad Tyranos* del 201 d.C. [FIRA, I, p. 442] con cui si concede ai *Tyrani* di godere di certi privilegi “*quod usurpatum esse diu qua]qua ratione videbatur*”

⁵⁰ *Ex plurimis* v. C. 1.28.3: ...*quantum sine iniuria ac detrimento honoris alieni usurpat* [a. 376]; C. 1.30.3: ...*aliquis ausus fuerit eandem curam sibimet usurpare*...[a. 492]; C. 5.7.1: ...*et quum honore abierit, peractam dignitatem usurpare prohibemus, tali scilicet poena*...[a. 380]; C. 7.39.2.1: *Nemo igitur...ius sibi proprietatis usurpet* [a. 365]; C. 10.26.3: ...*qui sibi ex praedictis aliquid audeat usurpare* [a. 397]; C. 10.53.8: *Reddatur unusquisque patriae suae, qui habitum philosophiae indebite et insolenter usurpare cognoscitur* [a. 369]; C. 10.75.2: *Nullus penitus ex eo, quod refertur in conditis vel in arca continetur, ad quamlibet titulum usurpet*...[a. 382]; C. 11.48.7: *Neque vero commento fraudis id usurpet legis illusio*...; C. 11.8.9: ...*ausus fuerit usurpare* [a. 385]; C. 11.61.3: ...*censemus ne hoc deinceps usurpetur* [a. 398]; inoltre, cfr. C. 1.3.54.10; C. 1.27.2.17a; C. 1.40.14; C. 5.6.8; C. 5.7.1.5; C. 5.10.10.1; C. 9.38.1; C. 12.8.1; C. 12.57.14.

⁵¹ Per un elenco delle costituzioni imperiali del *Codex* in cui è dato registrare l’impiego della anzidetta forma verbale v. R. MAYR, *Vocabularium*, cit., coll. 2467-2468.

⁵² CJ 4.50.5: *IMP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. VERO – Quum, propria pecunia tua te comparante possessionem, quondam uxoris tuae nomen tantummodo accomodasse dicas, eandemque occasione custodiae suae commissorum instrumentorum contra bonam fidem proprietatem eiusdem fundi usurpasse, rector provinciae, pro sua exercitatione cognitum habens, donationem a non domina, uxore tua, in filiam suam collatam nullum paeiudicium dominio tuo attulisse, docenti tibi, veritatem precibus tuis assistere, resitiuere eandem possessionem, habita etiam fructum taxatione, curabit.* [287-305]. Su questo rescritto v. A. WATSON, *Private Law in the Rescripts of Carus, Carinus and Numerianus*, in *TR*, 41, 1973, pp. 19-34, con indicazione di letteratura.

⁵³ Sui “*veteranorum privilegia*”, normalmente consistenti nella concessione del *ius connubi* e della cittadinanza ai non romani, v. S. MAZZARINO, *L’impero romano*, in G. GIANNELLI-S. MAZZARINO, *Trattato di Storia romana* 2, Roma 1956, pp. 233 ss. e pp. 269 ss.; E. VOLTERRA, *Il matrimonio romano*, Roma 1961, pp. 240 ss.; V. GIUFFRÉ, *Su C. 4.21.7*, in AA. VV., *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. 7, Napoli 1984, pp. 3633-3640.

⁵⁴ C. 4.21.7: *IMMP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ZINIMAE – Si solemnibus stipendiis honeste sacramento solutus es, licet super huiusmodi re instrumenta, ut dicis, facta perdita sint, tamen, si aliis evidentibus probationibus veritas ostendi potest, veteranorum privilegia etiam te usurpare posse, dubium non est.* [286].

possa comunque provare la veridicità del fatto con altre prove idonee (*aliis evidentibus probationibus*).

In C. 10.55.2⁵⁵ Diocleziano e Massimiano interpellati da un militare congedatosi a causa dell'età avanzata, riconoscono che egli ha ottenuto una "*missio honesta*" e dispongono in suo favore la "*vacatio*" dai munerì civili ma non dagli onori. Tuttavia, si concede al richiedente di "*fruire*" (*usurpare te ius permittit*) dei privilegi che competono a coloro che "*pleno stipendiorum numero funguntur*", a condizione lo stesso confessi di essere stato *sacramento solutus*.

In questi ultimi due casi, risulta evidente il significato del verbo "*usurpare*" nel senso di "utilizzare" o "fruire"; del resto, non potrebbe essere altrimenti, dato che l'*usurpatio* dei "*veteranorum privilegia*" è concessa in entrambi i casi dalla cancelleria imperiale e viene considerata secondo diritto.

La spiegazione della presenza dei due significati del verbo "*usurpare*" che compare nelle coppie di rescritti dioclezianei può essere ricercata nella diversa paternità dei testi delle costituzioni. Seguendo i risultati delle ricerche di Honoré⁵⁶, le due coppie di rescritti sopra individuate, infatti, possono essere ascritte alla penna di diversi giuristi operanti nella cancelleria imperiale.

In ordine alla prima coppia di testi, C. 8.10.5 riporta la data del 2 ottobre 290, ed anche la data di C. 4.50.5 è il 290 d.C., almeno per la generalità delle edizioni del *Codex*⁵⁷; pertanto, l'estensore di dette costituzioni, seguendo Honoré, viene individuato nel "segretario n. 19", in carica dal 15 giugno 290 d.C. al 14 luglio 291 d.C., che l'autore propone di identificare con il giurista *Arcadius Charisius*⁵⁸. Questi, secondo Corcoran⁵⁹, avrebbe ricoperto la carica di *magister libellorum* all'interno della cancelleria imperiale di Diocleziano proprio in quegli anni.

Secondo Honoré⁶⁰, il redattore della seconda coppia di rescritti sopra individuata, C. 4.21.7 e C. 10.55.2, non potrebbe essere lo stesso. La prima costituzione riporta la data del 18 maggio 286 d.C., e può essere senz'altro ascritta al segretario n. 17, che l'autore propone di identificare con il giurista *Gregorius*⁶¹; la seconda, senza data, secondo Honoré, può essere comunque assegnata al "segretario n. 17/18" in ragione di certe affinità stilistiche con le altre costituzioni attribuite allo stesso giurista.

Il dato più interessante ai fini della presente indagine è che anche l'estensore di C. 8.46.6 – datata 15 novembre 287 – per Honoré sarebbe il "segretario 17", cioè l'autore dei rescritti in cui il verbo "*usurpare*" ricorre nel significato neutro iterativo di "fruire", "usare"⁶².

⁵⁵ C. 10.55.2: *IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. CARO – Quum ob provectae aetatis senium sis dimissum, honestam missionem consecutum te esse, ambigi non potest. Habebis itaque a civilibus muneribus, nec non etiam honoribus vacationem. Non tamen ea privilegia, quae his competunt, qui pleno stipendiorum numero funguntur, usurpare te ius permittit, quando non perfecto statuto militiae tempore, nec omnibus stipendiis decursis, sacramento solutum te esse etiam ipse confitearis*. Su questa costituzione, priva di data v. D. LIEBS, *Privilegien in den Gesetzen Kostantins*, in *RIDA*, 24, (1977), pp. 297-351; C. TOMULESCU, *Quelques petites études de droit romain*, in *BIDR*, 82, (1979), pp. 95-117.

⁵⁶ T. HONORÉ, *Emperors*, cit., pp. 148-181.

⁵⁷ La diciassettesima edizione del *Codex* curata dai *Fratres Kriegelii* riporta la data [287-305].

⁵⁸ T. HONORÉ, *Emperors*, cit., pp. 156 ss.

⁵⁹ S. CORCORAN, *The Empire*, cit., p. 91.

⁶⁰ T. HONORÉ, *Emperors*, cit., pp. 143 ss.

⁶¹ Questi, secondo S. CORCORAN, *The Empire*, cit., p. 90, avrebbe ricoperto la carica di *magister libellorum*, all'interno della cancelleria di Diocleziano, negli anni 285-289 d.C..

⁶² Del resto, che il "segretario n. 17" utilizzi il verbo "*usurpare*" in un significato vicino a quello presente nelle fonti classiche, corrisponde alla descrizione che fornisce l'Honoré, di un giurista conservatore e legato alla sua formazione classica.

Pertanto, se ne può dedurre un indizio in più a conforto dell'ipotesi da noi avanzata che il divieto diocleziano in C. 8.46.6 non sia stato riferito all'ϕpok»ruxij "abusata" in funzione della vendita dei figli, ma alla romana *abdicio*. Il verbo "usurare" presente nel testo del rescritto denota semplicemente l'uso cui veniva piegata l'ϕpok»ruxij secondo il costume greco che conduceva alla vendita dei figli⁶³; questo significato del termine "usurpatio" è desumibile da C. 4.21.7 e C. 10.55.2, provvedimenti accomunati a C. 8.46.6 dallo stile, che si caratterizza per l'uso di espressioni arcaicizzanti.

Inoltre, seguendo siffatta interpretazione del rescritto potrebbe aversi anche una migliore intelligenza dei passaggi logici che, probabilmente, hanno portato alla redazione del testo.

Degna di nota è la circostanza che nella frase relativa venga richiamato innanzitutto l'uso greco di vendere i figli che, solo in quanto destinati all'alienazione, sembrano essere poi collegati all'ϕpok»ruxij presente nel rescritto. Questa posteriorità logica potrebbe essere indizio del fatto che il ripudio e la vendita dei figli erano usi separati, benché la seconda potesse occasionalmente innestarsi sul primo.

Le considerazioni finora svolte, che depongono nel senso della limitazione dell'interesse di C. 8.46.6 all'*abdicio*, non sono inficiate dal verbo "dicebatur". Quest'ultimo istituisce una relazione di sinonimia terminologica fra *abdicio* ed ϕpok»ruxij che ha contribuito ad ingenerare la convinzione che i due istituti siano identici.

Ma le osservazioni svolte lo escludono. In ogni caso, anche con riferimento a tale locuzione occorre sottolineare l'impiego dell'imperfetto che sposta sul piano del passato la riflessione inerente al rapporto fra i due istituti che, aldilà dell'identificazione terminologica che il rescritto testimonia per il passato, rispetto alla redazione del testo, restano comunque profondamente diversi per presupposti, struttura ed effetti (cfr. nt. 4 e 5).

2.2.3 – "Graeco more". Pare opportuna una brevissima considerazione sul sintagma "Graeco more" presente in C. 8.46.6, dato che si tratta dell'unico caso, nella pur vasta legislazione diocleziana in materia di consuetudini locali⁶⁴, in cui compare un esplicito riferimento ad un uso locale, in questo caso greco.

Forse non è del tutto casuale che Diocleziano in C. 8.46.6 senta il bisogno di sottolineare la presenza di una consuetudine locale. Nelle ipotesi, infatti, in cui oggetto immediato della prece erano pretese fondate su usi locali⁶⁵ la risposta della cancelleria

⁶³ L'*usurpatio* in C. 8.46.6 potrebbe sottolineare la ripetizione di un comportamento consuetudinario, come si può ricavare dalle fonti già messe in luce da R. SANTORO, *Appio Claudio*, cit., pp. 340-341 in materia: D. 41.3.2 (*Paul. 54 ad ed.*): ...*oratores autem usurpationem frequentem usum vocant*; Liv. 44.16.5: ...*ut eum morem, si non semper, crebro tamen usurparet*; Val. Max. 2.3.1: ...*hanc diutina usurpatione firmatam consuetudinem*; Plin. *Ep.* 10.116: ...*longa consuetudo usurpata contra legem*.

⁶⁴ Per una completa trattazione della legislazione privatistica di Diocleziano analizzata in rapporto ai diritti locali cfr. per tutti: R. TAUBENSCHLAG, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians*, cit., pp. 141-281 (= *Opera Minora I*, pp. 3-177).

⁶⁵ Occorre a tal riguardo segnalare il rilievo mosso da un'accorta dottrina (R. TAUBENSCHLAG, *Das römische Privatrecht*, cit., p. 104, nt 830; M. AMELOTTI, *Per l'interpretazione*, cit., p. 54 nt. 5.) che se anche si riconoscesse la provenienza locale di una certa questione, nulla dice che essa scaturisca da un corrispondente uso locale, e che al contrario non si tratti di aberrazioni di singoli.

A tale rilievo potrebbe, comunque, appuntarsi che è quantomeno strano che dubbi giuridici, ed in particolare di compatibilità del diritto romano con quello locale, potessero provenire da ambienti locali in cui erano presenti operatori di diritto che le fonti presentano quali scarsi conoscitori del diritto romano (v.

non aveva bisogno di esplicitare di quale uso locale si stesse trattando, essendo esso evidentemente ben noto al richiedente: le risposte, o almeno quello che di esse è conservato nei codici, si limitano a risolvere la questione giuridica di solito mediante la riaffermazione dei principi del diritto romano o disponendo soluzioni nuove magari ispirate da questioni di diritto formatesi in ambiente provinciale.

In C. 8.46.6, invece, l'esplicita menzione dell'«*ἔπος*» ruxij e dell'uso greco di vendere i figli sono un *unicum*. Si tratta dell'unico caso, nella legislazione diocleziana, in cui l'esposizione di un istituto romano viene operata per mezzo del richiamo ad un analogo istituto greco. Questa circostanza potrebbe rappresentare un indizio ulteriore per affermare che oggetto diretto del rescritto era solo il diritto romano e l'istituto dell'*abdicatio* in particolare, che è oggetto del precetto finale che passiamo subito ad analizzare.

2.3 – “*Romanis legibus non comprobatur*”. Ci è capitato più volte nel corso del presente lavoro di esprimerci in relazione al precetto di C. 8.46.6 in termini di divieto. In effetti, sembra questo il significato da attribuire all'inciso *Romanis legibus non comprobatur*, il quale, peraltro, è stato interpretato in modo piuttosto uniforme dalla dottrina⁶⁶ nel senso di un divieto rivolto all'*abdicatio-apoceryxis* o all'uso di essa finalizzato alla vendita dei figli. Unica voce dissonante, come si è visto, è quella di Cuq che, nel tentativo di spiegare la sopravvivenza della consuetudine greca del ripudio dei figli ha ritenuto che l'inciso *non comprobatur* sia privo di portata sanzionatoria.

A nostro modo di vedere, sono condivisibili i risultati della ricerca condotta da Migliorini che ha cercato di estrapolare il significato dell'espressione “*Romanis legibus non comprobatur*” da un *exemplum litterarum Diocletiani et Maximiani* del 295 d.C. che conosciamo attraverso la *Collatio*⁶⁷, concludendo nel senso che essa denoti l'estraneità del suo oggetto all'ordinamento giuridico romano.

L'autore⁶⁸, poi, ricorda come l'imperatore dalmata prediligesse il richiamo al *ius*, inteso come *civile* o *antiquum* oppure alla sua *sollemnitas*, di solito per richiamare, in opposizione alla richiesta presente nel libello, un principio o una regola di *ius civile*. Relativamente a C. 8.46.6, Migliorini continua scrivendo “l'*apoceryxis* non è un istituto giuridico e come tale non è attestato e riconosciuto dall'ordinamento giuridico romano. Solo così si spiega l'espressione *Romanis legibus non comprobatur*, assolutamente unica nel panorama delle costituzioni diocleziane...”. Conferma a questa ricostruzione viene ritrovata nella circostanza che l'omologa *abdicatio* trova menzione solo in fonti

C. 2.4.39; C. 4.52.3; C. 8.40.12). Pertanto, pare di potere dire che le questioni di diritto relative alla compatibilità di soluzioni ispirate al diritto locale rispetto a quelle ispirate al diritto romano dovevano trovare comunque un certo riscontro nella pratica, una certa diffusione, tale da interessare la giurisdizione locale e di conseguenza la cancelleria imperiale; più difficilmente direttamente un privato o un pratico dovevano sottoporre all'attenzione della cancelleria questioni di diritto relative alla compatibilità di soluzioni locali con il diritto romano, che spesso non è neppure conosciuto.

⁶⁶ Cfr. pp. 3-4.

⁶⁷ Coll. 6.4.1: *Quoniam piis religiosisque mentibus nostris ea, quae Romanis legibus caste sancteque sunt constituta*; 6.4.3: *Ita enim fiet, ut de futuro quoque nemo audeat infrenatis cupiditatibus oboedire, cum et sciant ita praecedente admissores istius modi criminum venia liberatos, ut liberorum quos inlicito genuerunt successione arceantur, quae iuxta vetustatem Romanis legibus negabatur*; 6.4.4: *Sed posthac religionem sanctitatemque in conubiis copulandis volumus ab unoquoque servari, ut se ad disciplinam legesque Romanas meminerint pertinere et eas tantum sciant nuptias licitas, quae sunt Romano iure permissae*; su cui v. M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., pp. 304-314, con indicazione di letteratura.

⁶⁸ M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 296.

non giuridiche e non assume, pertanto, alcun valore giuridico autonomo, trattandosi solo di un potere inserito all'interno della *patria potestas*.

Concordiamo con l'autore nel ritenere che il sintagma "*Romanis legibus non comprobatur*" significhi che l'ordinamento giuridico di Roma non riconosca il ripudio⁶⁹, ma abbiamo evidenziato le difficoltà di ordine testuale che si frappongono a considerare l'*abdicatio-apoceryxis* "*ad alienandos liberos usurpata*" quale oggetto di siffatto precetto.

Che poi si richiami la mancanza dell'istituto all'interno delle leggi di Roma piuttosto che la contrarietà di esso rispetto al diritto romano, è spiegabile in virtù del fatto che l'*abdicatio* non produceva alcun effetto diretto di diritto romano per cui non poteva essere contraria ad esso. Pertanto, pare corretto definire l'*abdicatio* sconosciuta alle leggi di Roma che in effetti, anche a quanto risulta a noi, non la menzionano in alcun luogo.

Viceversa riferire tale assunto all'«*ἔπος*»*ruxij* rischierebbe di risultare superfluo, trattandosi di un uso greco, come si precisa esplicitamente nel testo, di conseguenza quasi per definizione sconosciuto alle leggi di Roma. Se davvero fosse stata l'«*ἔπος*»*ruxij* oggetto del rescritto ci saremmo aspettati una sua repressione per mezzo di espressioni tipiche della cancelleria quali, *contra ius desideratur; desiderium tuum iuris formam refragatur; improbum desiderium est; desiderium non habet rationem; non iure postulas; non recte petis; iuris ratio non permittit; prohibent iura ...*

Riteniamo, d'altra parte, deboli gli argomenti che Migliorini adduce per contrastare la tesi che C. 8.46.6 abbia proibito genericamente l'*abdicatio*. Il nostro autore ritiene che la menzione dell'*abdicatio* nelle fonti retoriche e patristiche corrisponda in effetti all'esistenza dell'istituto nella prassi, "ma ciò non significa per l'interprete postulare in base ad esse l'alternativa tra vigenza o illiceità dell'istituto"; lo studioso, di conseguenza, è portato ad escludere che possa essere oggetto di repressione un istituto che non si è mai trasformato in una fattispecie giuridica⁷⁰.

A conferma di tale assunto si ricorda che la *patria potestas* si colloca al di fuori della disponibilità delle parti. Ma forse, proprio perché si pone al di fuori della libera regolamentazione ad opera della volontà dei privati, occorre che in progresso di tempo la stessa *patria potestas* venga disciplinata.

D'altra parte, nei confronti di un qualunque istituto, fenomeno giuridico o anche fattuale che presenti aderenze ed addentellati giuridici, non vediamo altra alternativa se non tra la "vigenza e l'illiceità dell'istituto"⁷¹, anche se poi spesso tale alternativa si sposta sul piano degli effetti di certi fenomeni giuridici. Questo pare essere accaduto proprio nel caso dell'*abdicatio* vietata, non perché di per sé illecita, ma perché potenzialmente capace di effetti produttivi di un *vulnus* nel sistema o comunque perché deprecata.

⁶⁹ E. FORCELLINI, *Lexicon*, cit., s.v. "*comprobare*": *valde probare, confirmare aut legitime cognoscere*.

⁷⁰ A questo rilievo risponde M. AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, cit., p. 79, nt. 51, che ritiene non incompatibile la circostanza che le opere retoriche danno prova che i padri a Roma usavano cacciare di casa (*relegare* o *abdicare*) i loro figli con il fatto che l'istituto dell'*abdicatio* non aveva alcun rilievo giuridico, tanto da potere essere vietato da Diocleziano in C. 8.46.6: infatti, "ai romani doveva apparire deplorabile". Del resto, lo stesso Migliorini riconosce che il rescritto ha per oggetto la prassi dell'*abdicatio-apoceryxis*, evidentemente già emersa a livello giuridico ed in grado di giustificare l'emanazione di un rescritto imperiale.

⁷¹ Alternativa che secondo M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 298, non può escludere altre possibilità.

Circa il rilievo⁷² che non potrebbe essere oggetto di repressione un istituto che non pare essersi mai tradotto in autonoma fattispecie giuridica, tale rilievo si ritorce contro gli stessi autori (Düll, Bonfante e Migliorini) che lo sostengono. Infatti, se questo è vero, allora non si spiega perché mai Diocleziano avrebbe vietato il ripudio finalizzato alla vendita dei figli e non semplicemente la vendita, visto che comunque il ripudio, non avendo dignità giuridica autonoma, a stretto rigore di logica, non avrebbe potuto formare oggetto di interesse da parte di un provvedimento imperiale, neppure incidentalmente.

In altri termini, la menzione stessa dell'*abdicatio*, come anche dell'*ϕpok»ruxij* in C. 8.46.6 depongono nel senso che il ripudio dei figli interessava il diritto ed andava vietato come tale, forse per evitare un suo uso surrettizio volto alla loro vendita. Il mancato rinvenimento nell'ordinamento romano dell'*abdicatio* era giustificazione e sanzione nello stesso tempo nei confronti di una delle manifestazioni di poteri che, benché insiti nella *patria potestas* ed appartenenti alla tradizione giuridica di Roma, andavano ora limitati, forse perché l'indigenza dei tempi spingeva a ripudiare per poi vendere i propri figli, allo stesso modo di quanto erano soliti fare i Greci servendosi dell'istituto dell'*ϕpok»ruxij*.

Neppure attinente pare un altro rilievo che Migliorini adduce contro la tesi che C. 8.46.6 abbia riguardato solo il divieto di *abdicatio*, cioè che se così fosse non si spiegherebbe la necessità del confronto con l'*ϕpok»ruxij*.

La spiegazione di questa particolarità del provvedimento abbiamo cercato via via di esprimerla nel corso delle pagine che precedono, ed abbiamo cercato di dimostrare che essa può essere giustificata solo che si consideri l'*abdicatio* quale unico oggetto del provvedimento. L'*abdicatio*, come pare riconoscere lo stesso Migliorini⁷³, è espressa dal soggetto della proposizione principale del rescritto, e rappresenta l'unico interesse di C. 8.46.6; il confronto con l'*ϕpok»ruxij* è stato istituito forse perché nessuna delle fonti a disposizione della cancelleria imperiale riguardava l'*abdicatio*. Allora, per quanto unico nel suo genere, dovette sembrare opportuno istituire un paragone con un istituto del diritto greco, senza peraltro curarsi, almeno alla luce di ciò che è rimasto a noi del testo, di sottolineare che tra i due tipi di ripudio esistono delle differenze che la cancelleria non poteva ignorare⁷⁴. Nondimeno, il richiamo al diritto greco, operato in funzione non precettiva e rivolta al passato, potrebbe avere contribuito alla perdita di interesse riguardo a tali differenze e all'assimilazione tra due forme di ripudio tra loro profondamente diverse.

Le conclusioni cui siamo finora pervenuti non contrastano con le testimonianze successive a C. 8.46.6 che passiamo subito ad analizzare.

⁷² Da ultimo v. M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 298.

⁷³ M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit. p. 303: "Se Diocleziano...avesse mirato a proibire o a disciplinare in qualche modo l'*apoceryxis*, non le avrebbe assegnato una posizione subordinata nel rescritto, il cui soggetto è costituito da *abdicatio*".

⁷⁴ E' vero quanto scrive Migliorini, *loc. ult. .cit.*, che in nessun altro caso Diocleziano fonda la *ratio* delle proprie decisioni rinviando ad istituti o prassi giuridiche non romane, ma quello di C. 8.46.6 è un caso, come riconoscono un po' tutti gli autori che hanno avuto modo di accostarsi a questo testo, eccezionale perché è l'unico caso in cui nelle leggi di Roma non si è trovato nulla circa una determinata materia, ed è per questo che essa viene disconosciuta.

3 – Le fonti che ci apprestiamo a studiare presentano un denominatore comune, perché attestano l'uso in provincia dell'ϕpok»ruxij all'indomani del rescritto diocleziano⁷⁵.

Il valore di tali testimonianze non può essere inficiato da un passo delle Novelle in cui gli autori che leggono nel provvedimento diocleziano un divieto dell'ϕpok»ruxij, ritengono di potere trovare una conferma di tale interpretazione.

Si tratta di Nov. 115.3⁷⁶ di Giustiniano che nel disciplinare le cause tassative di preterizione e diseredazione testamentaria, non fa cenno alcuno all'istituto greco che, produceva pure effetti diseredativi. Migliorini⁷⁷ precisa che a seguire tale interpretazione, si evidenzerebbe "l'assoluta mancanza di coerenza nell'approccio giustiniano" relativamente alla materia dell'*abdicatio*. Infatti, Giustiniano avrebbe, prima vietato la prassi dell'*abdicatio-apoceryxis* recependo il rescritto diocleziano in argomento nel titolo del *Codex "De patria potestate"*, e poi, al fine di evitare che l'ϕpok»ruxij potesse essere utilizzata a fini diseredativi, avrebbe confermato quel divieto trattando dello stesso istituto in materia ereditaria, non inserendolo fra le fattispecie contemplate dalla Nov. 115.3. Secondo l'autore, queste considerazioni spiegano l'ambivalenza dell'istituto greco dell'ϕpok»ruxij che potrebbe ben essere inquadrato sia all'interno del diritto successorio sia all'interno del diritto di famiglia.

A nostro parere dall'argomento *e silentio* desumibile dalla Nov. 115.3, poco o nulla si può ricavare circa la comprensione del rescritto di Diocleziano. Infatti, la diseredazione testamentaria doveva seguire precisi requisiti formali esistenti anche prima dell'intervento novellare giustiniano. In particolare, già per il diritto preclassico e classico, nell'atto di diseredazione non potevano essere apposti termini o condizioni.

Del resto, le diseredazioni non avrebbero porsì al di fuori del testamento, dato che i codicilli non le potevano contenere⁷⁸: pertanto, secondo il diritto romano una diseredazione non avrebbe in alcun caso potuto fondarsi solo sull'esercizio del potere abdicativo da parte del padre.

Anche per il diritto giustiniano valgono le stesse considerazioni. A seguito della costituzione di Costantino e Costanzo (C. 6.23.15)⁷⁹ del 339 d.C. che permette la possibilità di disporre anche la diseredazione in qualunque forma purché chiaramente

⁷⁵ Si veda a tal proposito P. Oxy. LIV, 3758, l. 169: e,j "Oasin ϕ[p]Álqen: ϕpekerÚxa men'aÚtÒn. Il papiro fa riferimento ad un atto di *apoceryxis* compiuto da entrambi i genitori nei confronti del figlio nel 325 d.C.. Si tratta di uno dei verbali di procedimenti svoltisi davanti al logist»j che il papiro raccoglie.

⁷⁶ Nov. 115.3: *Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitude visae sunt, aliquae vero cum essent dignae praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus eas (scil. causas) nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitude causas opponere nisi quae huius constitutionis serie continentur.* Per tutti v., con letteratura, M. WURM, *Apoceryxis*, cit., pp. 73 ss. e 95.

⁷⁷ M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 290.

⁷⁸ Gai. 2.273: *Item codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint.* I 2.25.2: *Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest.* Cfr. anche D. 29.7.6 pr. (Marc. 7 inst.).

⁷⁹ C. 6.23.15: *IMPP COSTANTINUS ET COSTANS A AD POPULUM – Quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat, an inflexis. Nec enim interest, si dicatur: heredem facio, vel instituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit, sed quibuslibet confecta sententiis, vel quolibet loquendi genere formata institutio valeat si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminec et balbutientes lingua profudit.*

indicativa della volontà in tal senso del testatore, Giustiniano in C. 6.28.3⁸⁰ chiarisce che se anche non era più obbligatorio usare espressioni imperative come quelle occorrenti in età classica quali “*exhere(de)s esto o sunto*”, la diseredazione doveva essere comunque esplicitata in modo che risultasse “*manifestissimus*” il “*sensus testatoris*”. Ne segue che secondo il diritto romano un padre non avrebbe potuto diseredare un figlio all’interno di un più ampio atto di ripudio e ciò a prescindere dal disposto di Nov. 115.3: la diseredazione doveva essere contenuta all’interno di un testamento e non poteva seguire al solo esercizio dei poteri abdicativi.

Pertanto, il silenzio della Nov. 115.3 sull’*ε̅pok»ruxij* è comunque compatibile con la lettura del provvedimento diocleziano qui proposta. Infatti, pensare che Nov. 115.3 non abbia menzionato l’*ε̅pok»ruxij*, non per una precisa scelta di politica legislativa, ma più semplicemente per il fatto che non avrebbe potuto farlo in quanto l’*ε̅pok»ruxij* era un istituto considerato non più esistente già al tempo di Diocleziano o più probabilmente esistente solo in termini di consuetudine locale non in grado di produrre effetti contrari al diritto romano, salverebbe l’approccio giustiniano all’argomento che ci occupa dall’inevitabile giudizio di incoerenza che ha ben evidenziato Migliorini. È strano che Giustiniano si sia occupato per due volte dell’istituto dell’*ε̅pok»ruxij*, in un caso vietandolo, nell’altro omettendone la menzione; una volta in materia di *patria potestas* ed un’altra in materia di cause di diseredazione. A prescindere dall’ambivalenza che l’istituto greco poteva presentare, questa circostanza non potrebbe giustificare una tale asimmetria nel sistema.

Inoltre, se si guardano da vicino le cause di diseredazione contemplate nella Nov. 115.3, è vero che fra esse non ricorrono né l’*ε̅pok»ruxij*, né l’*abdicatio*, ma considerato che la diseredazione veniva adottata anche solo per mere disobbedienze dei figli al volere paterno⁸¹, se ne dovrebbe dedurre che le cause contemplate da Nov. 115.3 avrebbero ben potuto essere a loro volta cause di *abdicatio* o di *ε̅pok»ruxij*⁸², quindi dalla loro mancata menzione pochi indizi possono essere desunti circa l’attuale vigenza di tali istituti al tempo di Giustiniano.

La circostanza che il provvedimento novellare di Giustiniano non tratti alcuno dei due istituti, è compatibile, peraltro, con la tesi che nessuno di essi era considerato vigente a quel tempo: uno, l’*abdicatio*, perché espressamente vietato attraverso la recezione di C. 8.46.6 all’interno del *Codex*, l’altro, l’*ε̅pok»ruxij*, perché tipico del costume greco ed esistente a livello di consuetudine non contrastante con il diritto romano. Comunque nessuno dei due istituti avrebbe potuto comportare effetti diseredativi. Non l’*abdicatio* perché non li contemplava fra le sue conseguenze tipiche, né l’*ε̅pok»ruxij* perché fin dal tempo di Diocleziano era stata considerata fuori dal diritto romano, un costume greco non vietato, ma se esistente, valido verosimilmente nei limiti del diritto romano.

⁸⁰ C. 6.28.3: *IMP. IUSTINIANUS A IULIANO P.P. – Si quis filium proprium ita exheredaverit: ille filius meus alienus meae substantiae fiat, talis filius ex huiusmodi verborum conceptione non praeteritus, sed exheredatus intelligatur. Quum, enim, manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat ut melior sensu existat [531].*

⁸¹ Per l’*abdicatio*, Sen. *Controversiae*, III, 3; IV, 5; Quint. *eclamations minores*, 283, (147, 24); *Declamations Minores* 378; per l’*apoceryxis*, Eliano, *Varia Historia*, II, 12 [HERCHER] che testimonia che il ripudio in cui sarebbe incorso Temistocle sarebbe stato causato da un suo pessimo modo di comportarsi, notizia confermata da Val. Max 4.9.

⁸² Nel caso della condotta lussuriosa del figlio l’identità è sorprendente, basta confrontare la causa n. 6 della Nov. 115.3 con Sen. *Controversiae*, III, 3, la prima consente la diseredazione del figlio che “*novercae suae aut concubinae patris filius sese miscuerit*”, nel brano di Seneca si legge: “*Quidam habuit filios, frugi et luxuriosum. Abdicavit luxuriosum*”.

4. – L'ipotesi che C. 8.46.6. non ha vietato l'«pok»ruxij, ma l'ha solo considerata in prospettiva storica, senza fare di essa oggetto di un apposito divieto, potrebbe essere confermata da due papiri che prendiamo subito in considerazione: P. Cair. Masp. III 67353 verso⁸³ e P. Cair. Masp. I 67097 verso D⁸⁴, entrambi del VI sec.

⁸³ P. Cair. Masp. III, 67353, è composto da sei frammenti:

Fr. I: Basile...aj ka... Øpate...aj toà qei[otf̄to(u)] 'm[î]n desp̄to(u) Flau...ou `Ioust...n[ou]
toà a,,wn...o(u) aÛgoÚ[st]o(u) aÛtpk[r]f̄toroj Ýtoug p̄šmpou, `AqÝr `kk[ai]
dekf̄th tr...thj ,,ndik(t...onoj). TMn ['Antin]Òou p̄lei tí lamprotf̄th

Fr. II: pr̄Ògramma ç p o k h r Ú x e è j te ka^ çpagoreÚsewj, çpaqe<j œcwn t̄f̄j fr̄š[naj]
ka... diano...[aj], Ñrqđ ka... çkribe< logismù, d...ca pant̄Òj d̄Òlo(u) ka... f̄Òbo(u) ka... b...a[j]
ka... çnçgkhj ka... çp̄ethj, TMn dhmos...w ka... praktikì t̄Òpw. ka... toàto diap̄šm[po]m[ai]
to<j patroloo<j mo(u) u,,oj >wj ÑnÒm[a]toj ka... m̄Ònou, fhm... d^{3/4} Dionus...a ka...
'twf̄nnh ka... Paul...nh ka... 'Andr̄ša to<j [çpob]olima...oj

Fr. III: oiomenoi eØre<n Øm<çj bohqoÝj TMn p̄pasi ka... ghrok̄Òmouj ka... Øpkotakt[ikoÝj]
[k]a... Øphk̄Òouj: œk te t̄ðn TMnant...[wn] TMn 'lik...a gegšnhsqe çnt...palo... moi æj
ka... m̄šgairoi æj TMk pe...raj œscon t̄^{3/4}n Ýspl[ag]gcnon Ømùn patrok̄tas...an ka...
çqe[t]htik[^{3/4}n] gnómhn, ~f̄Òti nosobar^{3/4}j TMgenf̄mhn par/Ømðn

Fr. IV: ...poiÒt[hti] ka... pos̄Ò[t]hti j p̄Ò poluteloàj m̄šcri çssar[...ou ~n̄Òj]
ka... ~n̄Òj ðboloà, e,, m^{3/4} t̄Ò j p̄Ò n̄Òmwn tupwq̄šn m̄Ònon falk...dion ½toi dw[dekf̄tn]
mo<ran toà Øm̄n çkl>rou, ka... oÛk TMxwn œti Øm<n toà loipoà Ñnomf̄s[ai me]
æj patšra, Óson ka... TMgè kagw Ømaj çpetaxf̄mhn ka... TMbdeluxf̄mhn j p̄Đ to[à n̄an]
ka... TMp... t̄Òn çe^ ~xAj p̄pant[a pa]n[t]elÁ cr̄Ònon æj çpobolima...ouuj k[a... n̄Òqouj] ka...
douloce...ronaj

Fr. V: korakobrws...an gen[šsq]ai ka... ðmmatwru...an toÝtu [tou]
[t]ropou Øm<çj paracar̄ttw mhdšn l^{3/4}myasqai m̄Çte Øm^{3/4}n doànai [Øpšr]
[TM]moà periÒntoj te À ka... qn>skontoj, diē t̄Ò TMmo^ Ñrq̄ij ka... dika[...wj]
ded̄Òcqai. ka... TMxork...zw p̄nta krit^{3/4}n ka... dikast^{3/4}n ka... p̄nta [qr̄Ònon]
ka... çrc^{3/4}n ka... TMxous...an çe^ fulf̄xai t̄f̄ TMp... to<j toioÝtoij çpaideÝt[oi]
u,,oj [Ø]pšr TMmoà çpagoreÝsewj gr[a]

Fr. VI: t̄Òpon. TMxork...zw dš p̄ma ka... t̄Ò[n] dhm̄Òsion [s]kr...ba ka... [t]about[fr̄ion]
[k]a... dhm̄škdikon t̄Áj te t̄Áj lampr̄çj [A]ntionošwn p̄Ò[lewj]
katf̄ toà Qeoà pr̄Ò p̄ntwn ka... t̄Áj n...khj ka... diamonÁj Qe...aj ka... oÛran...aj t̄Ýchj t̄ðn]
[o,,]koumenikùn 'mùn despotùn ka... basilšwn Flau...ou 'Io(u)[st...no(u)]
[k]a... A,,l...aj Sof...aj tùn a,,wn...wn [a]Ûtokra[t̄Òrw]n t̄^{3/4}n sun^{3/4}qh
[ç]podhm...wsin prosq̄šsqai to<j diatupwqe<si diatupwnisi parTMmoà ðrismo<j
[j]e^ brabeÝein ka... TMkfwnÁsai p̄nth çhtt>jtwj e,,j œkplhxin m̄f̄list[a]
[t]în mell̄Òntwn t̄f̄ Šsa toÝtoij to<j çsebšsi diapr̄fxasqai. œcrhn ḡf̄r [ka]
[t]f̄ t̄Òn Qe<on n̄Òmon toÝj ~aut̄ðn gone<j Ýkrwj tim̄Òn. t̄Ò TMn̄f̄ntion tounantiwn dš
[o,,] toioàtoi k̄f̄kistoi TMloidó[rhsa]n k[a]... [kate]fr̄Ònhsan t̄Òn pat[ri]k[Òn]
Qesm̄Òn ka... toàto ~xštaxa met' toà prokeim̄snou falk[id...o]u tí TMmÁ
[d]iaq>kh ka... e,,j e%odhsin p̄ntwn kur...an oàsian ka... beba...[a]n [p]antaco[à]

⁸⁴ Del P. Cair. Masp. I, 67097, v. D intitolato Di^{3/4}ghma çpok>ruxewj riportiamo le ll. 52-72 e 80-90, omettiamo la trascrizione della parte centrale del testo relativa alle formule di diseredazione ed alle parole solenni con cui veniva pronunciato il ripudio:

ll. 52-72: /Oqen e,,j taÝthn çkw pr̄Òj se to...nun t̄^{3/4}n çpobolima...an ka... çnfxion kl^{3/4}sewj Ñn̄Òmato[j]
ka... pr[o]shgor]...aj patrwnumikÁj qugatšra TMggr̄fwj t̄Çn n̄Òmimon çpotag>n ka... çpoh^{3/4}ruxin,
kaq/çn ðmologi Ñm̄nÝwn t̄Òn frikwdšstaton [Órkon çpagoreÚ]ein ka... çpo
tetf̄cqai se ka... ¼dh çpokekhrukšnai se TMk pant̄Òj nom...mou tr̄Òpou Øp̄Ò p̄san dia
tag>n 'l...ou s>meron TMp... p̄fshj çrcÁj ka... TMxousiaj ka... qr̄Ònon ka... kuriÒthtoj, ap̄Ò toà
nán TMp... t̄Òn p̄panta çe... ka... pantelÁ cr̄Ònon, iste sš t̄^{3/4}n de-na mhdšn t̄Ò kaq̄pax doàanai
Øpšr TMmoà m>te l>yasqai, zùntoj ½ ka... met' t̄^{3/4}n TMm^{3/4}n teleut^{3/4}n, çll/e...nai
se æj xšnhn diacekrwism̄šn çe... toà TMmoà a%omatoj ka... gšnouj ka... met'oàsiaj
panto...aj pragm̄f̄twn mou TMf/ú dšh m̄llon çpallotrioàsqa... se Ñrqwj ka...
dika...wj p̄fshj TMnocl̄j Øp(šr) TMmoà ka... TMnagwgÁj Øf/!...w ka... çnenar...qmioj Ýsesqai to...j
TMmoçj u,,oj p̄pasin e,,j klÁron, e<[n]a... tš se m̄f̄lista çp̄Òblhton ka... çp̄Òklhron ka... 'moiron
pantelúj

d.C.⁸⁵. I testi in questione, che presentano due separati atti di $\epsilon\text{pok}\rangle\text{ruxij}$, hanno impegnato molto la dottrina già all'indomani della loro edizione da parte di J. Maspero⁸⁶ in ordine al punto se si fosse alla presenza di documenti in grado di attestare la realtà giuridica del VI sec d.C. o di semplici esercitazioni retoriche. Inoltre, si è posta la questione dell'avvenuta romanizzazione degli atti di $\epsilon\text{pok}\rangle\text{ruxij}$ che questi papiri attestano.

Relativamente al primo dei problemi solo Lewald⁸⁷, sulla scia dell'editore dei papiri J. Maspero, ritiene i documenti opere di carattere letterario, come un modello di declamazione scolastica, mentre già Cuq ed Albertoni e più di recente Migliorini⁸⁸, con buoni argomenti⁸⁹ hanno messo in luce che i documenti in questione non possono

p[ɛ[s]h] metocÁj ka... scšsewj klhronom...aj mou, diɛ tÒ e«nai pɛnta tɛ te nà n Ònta
k[a...TMso]menɛ [mo]i [pra]gma[ta p]anto«a kinhtɛ te ka... [ɛ]k...nh[t]a ka... aÙtok...nhta, TMn pant...
e†dei ka... gšnei ka... Ûlh pɛs[h] ka... poiÒthti ka... posÒt[ht]i ste[l]lÒmena ka... diašfronta
ɛpÒ tim...ou e%odouj >wj ɛt...mou mšcri xulikoà ka... Nštr[a]k...nou ka... nikainoà ka... Øal...nou
e†douj
[to«j ..]lh.[m]šnoij u.,[o]E[j] mou ka... mÒnoij to«j [ɛe... pepeismšnoij Øpota]k[ti]k[ij]
TMn ɛpasi tÁ TMmÁ boulÁ ka... TMpakolo[Ýqw]j tÁ TMmÁ diaqšs[ei te ka... ka]t[as]tɛsei ka... tð
TMmð skopi filotimoàs in ɛe... tÒ patrikÒn ÐmÒfulon met/eÙfu†aj ka... eØsplagcne...aj
Soi dš mÒnh tÁ aØqɛdei ka... kakotrÒpw ka... ɛntipɛlw qugatr... oÙqšn toÝtwn ifeilen oÙte boÝlomain
e«nai kur...wj e., m° tÒ ɛpÒ nÒmwn prowrišmšnon Falk...dion ɛnt... toà soà kl¼rou.
ll. 80-90: ka... dhmos...ouj e.,rhnɛrcaj ɛma te pɛl[i]n tÒn logiÓ[ta(ton)] ka... lamprÒ(taton) ɛkdikon tÁj
pÒl(ewj)
[----tÁ] paroÙsh ØpotagÁ ka... ɛpokhr[Ú]xei ɛbštinat...on[i] [----]
proteqínai dš mɛlista taÙthn TMn tí dhmos...a ɛgor« ka... Ýmh meletoumšnhn parɛ
pɛntwn e.,j z ¼mšr(aj), toà pɛntaj gninai oÙtw t¼n tÁj tÒlmhj ɛseboàj ɛmoib¼n tÁj ɛsunqštou
ka... ɛsunštou Ýfronøj paidÓj, e.,j Ýkplhxin tùn mellÒntwn aÙtÁj tɛ %osa
diaprɛxasqau. /Wj gɛr TMk dialal...aj fobepwtɛtwn dikasthriÒn diɛ fwnÁj
ɛl¼ktou peremptor...aj k¼rukøj Ø[p/ TMn]do[xo]tatwn ɛrcÒntwn katɛ dekrÁton
TMk qe...wn nÒmwn t¼n paroàs[an ɛ]p[o]k¼ruxin ɛnšqhka e.,j ɛnɛgnwsin pɛntw[n]
tún parercomšnwn, ùste t¼n f¼mhn TMk fwnÁj tucÒntwn ɛna[go]reÚesqai pantcÁ taàq/oPtwj ɛe... e.,nai
bšbaia dhladÁ.

⁸⁵ Per il P. Cair. Masp. 67097 si è tentata una datazione precisa provenendo l'atto da Dioscoro, un notaio altrimenti noto (v. *infra*). Per J. BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance (4.-7- siècle) - I. Le droit impérial*, Paris 1990, p. 79, il papiro andrebbe datato negli anni 567-570 d.C., anni in cui Dioscoro ha lavorato ad Antinopoli. Per L.S.B. MAC COULL, *Dioscorus of Aphrodito. His Work and his World*, Berkley-Los Angeles-London 1988, pp. 39-40, l'atto andrebbe collocato negli anni 573-574 d.C. in cui Dioscoro ritorna ad Afrodito. Il papiro 67353 è datato nel primo frammento il 12 aprile 569, sotto il regno di Giustino.

⁸⁶ J. MASPERO, *Papyrus Grecs d'époque byzantine du Musée du Caire*, in Bull. Inst. fr. arch. orient., 7, (1913), pp. 150 ss.; per il P. Cair. Masp. 67097 cfr. le edizioni di P.M. MEYER, *Jur. Pap.*, n. 11; FIRA, *PARS TERTIA, NEGOTIA*, 15; da ultimo, J.M. DIETHART, *Papyri aus byzantinischer Zeit als Fundgrube für lexikographisches und realienkundliches Material*, in *Anacleta Papyrologica*, II, (1990), pp. 81 ss.; per il P. Cair. Masp. 67353 cfr. le edizioni di K.A. WÖRZ, *Byzantine Imperial Titulature in the Greek Documentary Papyri: the Oath Formulas*, in *ZPE*, 45, (1982), pp. 199 ss.; per un'esegesi accurata di entrambi i testi v., con indicazione di letteratura: A. ALBERTONI, *L'apoceryxis*, cit., pp. 101 ss.; M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., pp. 320 ss..

⁸⁷ H. LEWALD, Rec. a J. MASPERO, *Papyrus grecs d'époque byzantine*, I, fasc. 2; II, fasc.2, *Le Caire, 1912*, in *ZSS*, 33, (1912) *Rec. a E. Cuq, Un nouveau document*, cit., in *ZSS*, 34, (1913), pp. 441 ss.

⁸⁸ E. CUQ, *Un nouveau document*, cit., pp. 214 ss.; A. ALBERTONI, *L'apoceryxis*, cit., pp. 103 ss. il quale precisa che il papiro 67097 sarebbe semplicemente uno schema di atto, mentre il papiro 67353 rappresenterebbe un vero e proprio atto compilato in via definitiva; M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., pp. 321 ss.

⁸⁹ Sintetizzabili come segue: la mancanza del nome delle parti, sostituito con designazioni convenzionali (come il pronome t¼n de«na), cfr. P. Cair. Masp. I, 67097 v. D, l. 57, ed il frasario ridondante con cui viene pronunciato il ripudio, adottati dai fautori della prima tesi per sostenere la neatura letteraria dei papiri, vengono giustificati ritenendo che si tratta di schemi di atti che presentano

considerarsi del tutto sganciati dalla vita giuridica e pratica e viceversa testimoniano l'effettiva esistenza dell'istituto dell'ϕpok»ruxij in questo periodo.

In ordine alla questione della romanizzazione degli atti di ϕpok»ruxij presenti nei papiri rileva il dato che, nonostante il figlio ripudiato venga escluso da qualsiasi diritto sul patrimonio paterno, gli viene conservata la quota dovuta a titolo di falcidia⁹⁰ (falk...dion, cfr. il papiro 67097 ll. 56-73 e papiro 67353 Fr. IV e V) già nell'atto di ripudio, salvo poi confermare detta conseguenza nella clausola di diseredazione contenuta nel testamento.

Ora, per Wurm⁹¹, la circostanza della presenza della salvaguardia della falcidia non sarebbe il risultato di una romanizzazione dell'istituto, ma al contrario la greca ϕpok»ruxij si sarebbe accompagnata alla diseredazione testamentaria tipicamente romana, che conservava al diseredato la legittima, indicata erroneamente come falcidia.

La maggioranza degli autori⁹² si sono espressi nel senso che la salvaguardia della falcidia è un chiaro riferimento al fatto che l'ϕpok»ruxij non poteva trovare riconoscimento giuridico nel diritto giustiniano, se non rispettando i limiti imposti alla diseredazione romana dal diritto delle Novelle. Pertanto, si conclude comunemente ritenendo che l'ϕpok»ruxij abbia subito una notevole contaminazione con il diritto romano.

Sebbene ci sembri di potere condividere entrambe le conclusioni sopra riportate cui è pervenuta la dottrina maggioritaria in ordine al contenuto dei papiri che ci occupano, nondimeno, riteniamo che essi non possano gettare alcuna luce particolare sull'interpretazione di C. 8.46.6, anche riguardo alla sua portata in diritto giustiniano.

Infatti, i papiri in questione consentono solo di confermare che C. 8.46.6 non contiene alcun divieto generalizzato dell'ϕpok»ruxij.

In primo luogo, i documenti sono troppo vicini nel tempo a C. 8.46.6 per potere testimoniare degli atti di ϕpok»ruxij rispecchianti *consuetudines contra legem* affermatesi nonostante il presunto divieto diocleziano. P. Oxy. LIV, 3758⁹³ è di neanche quarant'anni successivo a C. 8.46.6, ma considerato che sul finire del III sec. d.C. la consuetudine trovava il proprio fondamento più sul decorso tempo che sul

parti volutamente lasciate in bianco per essere riempite di volta in volta con dati personali; peraltro, nel fr. II del papiro 67353 i figli ripudiati sono indicati nominativamente. Quanto allo stile ampolloso e prolisso, si è evidenziato come si tratti di uno stile tipico di questo periodo, peraltro riscontrabile anche in atti giuridici coevi (P. Cair. Masp., II, 67151). Nel caso di P. Cair. Masp. 67097, altro argomento decisivo ai fini del riconoscimento della sua giuridicità è la provenienza da Dioscoro, notaio, esperto di diritto della cui vita abbiamo diverse notizie, cfr. il lavoro di L.S.B. MAC COULL, *Dioscorus of Aphrodito*, cit., pp. 39-40.

⁹⁰ Nel testo dei papiri si fa confusione fra falcidia e legittima. Solo quest'ultima è la quota indisponibile fissata in un primo momento in 1/4 del patrimonio ereditario e perciò, forse, denominata nei papiri *falcidia*, come la quota riservata a favore dell'erede (*quarta falcidia*) nei confronti dei legatari. Con la Novella 18 la quota di legittima venne portata ad 1/3 del patrimonio ereditario quando vi fossero stati non più di quattro figli, come nel caso del papiro 67353; alla metà nel caso in cui ve ne fossero stati di più.

⁹¹ M. WURM, *Apoceryxis*, cit., pp. 117 ss.

⁹² V. ARANGIO RUIZ, *Applicazione del diritto giustiniano in Egitto*, cit., pp. 29 ss.; A. ALBERTONI, *L'apoceryxis*, cit., pp. 117-118; T. GIARO, Rec. a M. WURM, *Apoceryxis*, cit., in *JJP*, 19, (1983), pp. 203-204, il quale ha messo in luce, in particolare, come nei papiri i figli diseredati vengano definiti eredi, definizione che non poteva essere adottata ove l'*apoceryxis* si fosse conservata secondo la sua originaria struttura, che comportava l'automatica esclusione dall'eredità del ripudiato. Né, aggiunge M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 328, avrebbe avuto senso confermare la diseredazione nel testamento paterno, anche per la prevalenza della successione legittima nel diritto greco.

⁹³ Su cui v. nt. 71.

tacitus consensus omnium o utentium, tanto da essere definita “*longa consuetudo*”⁹⁴, il decorso di siffatto periodo di tempo non può essere considerato poi così lungo. I papiri Cair. Masp. 67097 e 67353 sono addirittura databili a distanza di tempo ancora inferiore rispetto alla reiterazione del divieto diocleziano, avvenuta mediante la recezione di C. 8.46.6 nel *Codex Repetitae Praelectionis*.

In secondo luogo, anche a voler considerare il dato temporale tale da potere sostenere il formarsi di una *consuetudo contra legem*, essa sembra dovere essere esclusa nel caso che ci occupa. Gli atti di ϕpok»ruxij, infatti, sono degli atti pubblici che vengono prima affissi pubblicamente (cfr. il papiro 67097 ll. 77 ss., ed il papiro 67353, fr. II e fr. VI) e poi proclamati da un araldo dopo la decisione giudiziale (cfr. papiro 67097 l. 87)⁹⁵.

Pertanto, è difficile pensare che funzionari quali i *defensores*, i prϕktorej, gli irenarchi (che compaiono nel papiro 67097, ll. 77-85) o lo scriba pubblico ed il tabulϕrioj (che compaiono nel papiro 67353 Fr. VI) avrebbero acconsentito all’attestazione di atti contrari alla legge. Forse, ciò sarebbe più facile da ammettere per atti negoziali privati quali l’u,οqes...a, l’adozione, che secondo il diritto greco si perfezionava mediante un negozio di diritto privato, che compare in alcune testimonianze⁹⁶ in forme vietate dal diritto romano; o l’TMpakolou»sij, la tutela gestita da parte delle donne, testimoniata⁹⁷ nonostante i divieti di età classica: trattandosi di negozi di diritto privato era più facile dissimularli di fronte ai divieti posti dalla legge.

Le testimonianze papiracee in questione possono, dunque, confermare sia l’interpretazione di C. 8.46.6 sostenuta da Düll, Bonfante e Migliorini, per cui il rescritto avrebbe vietato solo l’*abdicio-apoceryxis* “*ad alienandos liberos usurpata*”, sia la lettura del testo del provvedimento diocleziano che qui si propone cioè che esso avrebbe avuto l’intenzione di proibire solo l’*abdicio*, senza prendersi cura dell’ϕpok»ruxij.

⁹⁴ Il primo testo in cui compare l’espressione *longa consuetudo* è un resto epigrafico del II sec. d.C. contenuto in FIRA, I², 49, pp. 294 ss., ll. 23-25. Su cui v. P. BONFANTE, *Sunto del commento di Teodoro Mommsen al senatoconsulto sulle spese dei giuochi gladiatorii*, in *BIDR*, 3, (1890), pp. 188 ss.

⁹⁵ E. CUQ, *Un nouveau document*, cit., p. 30; ID., *Un second papyrus*, cit., p. 362, ritiene che l’atto di *apoceryxis* oltre ad essere affisso per un certo tempo, andava anche inserito fra gli atti pubblici. Una prova in tal senso sarebbe desumibile dalle parole TMn dhmos...w ka... praktikî tÏpw del Fr. II del papiro 67097 che, secondo il Cuq, significherebbero che l’atto di *apoceryxis* doveva depositarsi presso l’ufficio del *defensor* e dei prϕktorej. A. ALBERTONI, *L’apoceryxis*, cit., p. 114, nt. 6, pur non negando che ci potesse essere una doppia pubblicità come ipotizzato dal Cuq, ritiene però che le parole del Fr. II sopra riportate si riferiscano alla sola pubblicità per affissione. Essendo, infatti, connesse al precedente inciso prÏgramma ϕpokhrÛxeèj te ka^ ϕpagoreÛsewj, esse indicherebbero semplicemente l’ufficio presso cui l’affissione dell’atto di espulsione doveva avvenire, appunto TMn dhmos...w ka... praktikî tÏpw.

⁹⁶ Il P. Oxy, IX, 1206 (335 d.C.) ed il P. Lips. 28 (381 d.C.), (su cui cfr., con indicazione della letteratura precedente, C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, cit., pp. 22-52; ID., *Ancora sulla donna adottante*, in *Labeo*, 36, (1990), pp., 57-75; M. MIGLIORINI, *L’adozione*, cit., pp. 1-163 e 245-249), presentano atti di adozione negoziale, in cui rileva la autonoma capacità delle donne, accanto al marito o da sole, di essere parti attive di negozi di u,οqes...a. Non avendo in diritto greco né il padre né la madre la *patria potestas* sui figli, ma un più limitato potere di disciplina domestica, anche le donne potevano adottare liberamente dei figli.

Da questi testi si possono in effetti desumere *consuetudines contra legem* rispetto alla legislazione diocleziana ed ai principi di diritto romano in materia di adozione, in particolare quello che vieta alle donne di adottare Principi che non trovano corrispondenza nella pratica, almeno in quella egiziana cui le testimonianze di cui disponiamo si riferiscono.

⁹⁷ A tal proposito v. P. Oxy. II, 265 (a. 81-95); P. Oxy. III, 497 (II sec. d.C.); P. Oxy. III, 496 (a. 127); P. Oxy. VI, 898 (a. 123) oltre ai papiri citati da R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt* cit., pp.141 ss.. Questi documenti attestano casi di donne tutrici in età classica quando in diritto romano era indiscussa l’incapacità delle donne di divenire tutrici (cfr. C. 5.35.1).

I papiri 67097 e 67353 possono corroborare la prima delle due tesi sopra riportate perché, in effetti, presentano casi di ripudio non finalizzati alla vendita.

Allo stesso modo, i testi in questione possono confermare la nostra ipotesi che C. 8.46.6 non avrebbe affatto vietato l'ϕpok»ruxij ma solo la romana *abdicio*. Infatti, essendo stata vietata solo la forma romana di ripudio, i provinciali avrebbero potuto continuare a valersi dell'ϕpok»ruxij che, in quanto non vietata, poteva continuare a sopravvivere producendo effetti in conformità al diritto romano.

D'altra parte, a favore della tesi che qui si sostiene depone la circostanza che non può essere attribuito nessun rilievo al dato che i papiri 67097 e 67353 presentino atti di ϕpok»ruxij separatamente dalla vendita dei figli, perché nessuna testimonianza, almeno fra quelle a nostra conoscenza, contiene casi di ripudio connessi con ipotesi di vendita dei figli. Le due prassi paiono del tutto autonome sotto il profilo documentale⁹⁸ già in età classica; l'ϕpok»ruxij è sopravvissuta, dunque, al divieto diocleziano rispettando i limiti del diritto romano, altrimenti sarebbe stata senz'altro repressa in quanto uso illecito. Ciò, però, ha modificato l'istituto che nelle testimonianze papiracee si presenta privo dei suoi effetti tipici, quale innanzitutto l'immediata e completa diseredazione del ripudiato che, invece, è trattato come un *suus* essendogli riservata la legittima.

5. – Tracce del ripudio sono rinvenibili anche in un passo del Libro Siro Romano di diritto e in un breve accenno della Parafrasi di Teofilo che preferiamo analizzare insieme in quanto siamo in presenza, in entrambi i casi, di indizi e riferimenti generici all'ϕpok»ruxij, che non viene mai espressamente menzionata.

Per quanto concerne il Libro Siro Romano di diritto, riportiamo un brano del manoscritto Londinese⁹⁹, nella traduzione latina di Ferrini presente in FIRA:

§ 58: *Si scripserit quis sibi filium coram iudice et velit eicere eum, non concedunt ei nŌmoi. Ne filium quidem suum, filium naturae eius, dant ei nŌmoi ut expellat aliquis vane. Si vero velit liberare eos et solvere a potestate sua eos qui sunt sub manu sua, coram iudice, licet ei.*

Il testo fa divieto di espellere il figlio adottivo, mentre l'esclusione del figlio naturale è ammessa solo se non "vane", cioè se accompagnata da adeguato fondamento¹⁰⁰. Il testo, databile al V. sec. d.C., anche se fa inequivocabile riferimento al ripudio nella prassi della provincia della Siria, e quindi all'ϕpok»ruxij, richiamata anche dalla presenza di un giudizio pubblico, è di dibattuta attendibilità.

Albertoni¹⁰¹ considera il testo affidabile ai fini della ricostruzione dell'istituto dell'ϕpok»ruxij; Nallino¹⁰² invece nega in radice l'attendibilità del testo perché non crede che si tratti di un'opera destinata a finalità pratiche, e di conseguenza, ritiene che

⁹⁸ Cfr. le note 30 e 31.

⁹⁹ Di cui esiste una traduzione tedesca di E. SACHAU, in *Syrisch-Römisches Rechtsbuch*, Leipzig 1880, II, T. p. 18. Al § 58 del manoscritto Londinese corrisponde il § 72 del manoscritto Parigino, il § 63 del manoscritto Romano I, e con qualche differenza il § 103 del manoscritto Romano II.

¹⁰⁰ Diversamente il manoscritto Arabo § 102 e quello Armeno § 101 sembrano ammettere l'espulsione anche del figlio adottivo sempre che gli venga offerta in cambio una certa somma di denaro. Per i motivi che starebbero alla base dei diversi insegnamenti presenti nelle varie versioni delle *Leges Saeculares*: v. L. MITTEIS, *Reichsrecht*, cit., p. 214; C.A. NALLINO, *Apoceryxis e diseredazione nel "Libro Siro-Romano di diritto"*, in *Rendiconti Accademia dei Lincei*, cl. sc. mor., Sez. VI, vol. I, 1925, pp. 709 ss., (= Scritti Giuridici, diritti orientali e diritto musulmano).

¹⁰¹ A. ALBERTONI, *L'apoceryxis*, cit., pp. 94-99.

¹⁰² C.A. NALLINO, *Sul Libro Siro-Romano e sul presunto diritto siriano*, in Studi Bonfante, I, 1930, pp. 203-261.

non abbia avuto la capacità di rappresentare il diritto applicato in Siria o comunque nelle regioni orientali dell'impero. Secondo tale autore, il testo sarebbe stato redatto nel suo originale greco intorno agli anni 476-480 a fini scolastici, puramente didattici, ed esporrebbe il diritto romano tratto da rescritti e costituzioni imperiali, l'antico *ius civile* ed il *ius novum*, disinteressandosi dello *ius honorarium* e recando poche norme di diritto provinciale.

Il riferimento all'«*εpok*»ruxij sarebbe frutto di un'aggiunta successiva di diritto greco ed ellenistico, rispetto all'originale contenuto di diritto romano, come ipotizzato da Mitteis e Nallino¹⁰³. Nallino, in particolare, rileva che il Libro Siro-Romano potrebbe attestare una romanizzazione dell'«*εpok*»ruxij già un secolo prima dei papiri greci 67097 e 67353, dato che anche le *Leges Saeculares* assicurano la legittima ai figli ripudiati, come nel caso di una *exhereditio* romana.

Aderendo alla tesi di Albertoni potremmo trovare nel Libro Siro-Romano di diritto conferma del fatto che l'*apoceryxis*, non vietata da C. 8.46.6, ebbe la possibilità di sopravvivere nella prassi delle province orientali del V sec. d.C.

Il Libro Siro-Romano, del resto, certamente non contiene alcun riferimento all'*abdicatio*, come risulta evidente dalla circostanza che nel testo si presuppone che il ripudio sia avvenuto davanti ad un giudice, mentre l'*abdicatio* si svolgeva all'interno del tribunale domestico.

Un fugace accenno al ripudio esiste nella Parafrasi di Teofilo alle Istituzioni, ma anche in questo caso non ricorre alcuna menzione esplicita dell'«*εpok*»ruxij:

PT. 1.2.3: ...ελλ/οÙδῃ ἄτρωj τῶn τοιοῶτων Ἐnhbon emancipaton Δ adrogator poie<n dÝnatai e., m¾ eÙlÒgou a,,t...aj εpodeicqe...shj (t... gfr) e., TMpeboÝleue tð qetð patr... ½ ka... >terÒn ti œpraxen Óper œxion aÙtῶn TMpo...ei toà TMkblhqÁnai tÁj toâ qetoâ patrῶj ØpexousiḶthtoj; εpodidomšnwn aÙtù dhlonḶti tîn Øp/aÙtoâ projporisqšntwn pragmfwtwn tðde tð patr....

[Trad. FERRINI: *Neque alias emancipare eiusmodi pupillum adrogator potest, quam iusta causa adprobata. Quid enim si patri suo adoptivo insidias sit molitus, aut aliud quid egerit, quod eum dignum ostenderit, qui e patris adoptivi familia e i c i a t u r? Sic tamen ut bona ei reddantur, quae adoptivo patri ipse quaesierit.*]

Il parafrasaste, dopo avere chiarito il principio che l'adrogante non può emancipare il pupillo impubere adottato, se non in presenza di una giusta causa, si chiede cosa succeda nel caso in cui il figlio venga ripudiato (*eiciatur*) dalla famiglia del padre adottivo. In tal caso, si ritiene che debbano essere restituiti i beni propri del soggetto adottato, in seguito ad una specifica richiesta avanzata in tal senso dal ripudiato.

L'unico istituto romano, a parte l'*abdicatio*, che potrebbe essere richiamato (informalmente) dal verbo “*elicere*” in PT 1.2.3 - anche in virtù del riferimento al regime dei beni del figlio¹⁰⁴ - la *emancipatio*, non pare ricorrere, perché Teofilo si

¹⁰³ L. MITTEIS, *Reichsrecht*, cit., pp. 215-216; C.A. NALLINO, *Apoceryxis e diseredazione*, cit., pp. 711 ss.

¹⁰⁴ E' noto, come nel caso di *emancipatio* il *parens manumissor* acquisti sui beni dell'emancipato gli stessi diritti che il patrono ha sui beni del liberto: J. 1.12.6: *Et tunc ex edicto praetoris in huius filii vel filiae, nepotis vel neptis bonis, qui vel quae a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem iura prestantur parenti, quae tribuuntur patrono in bonis liberti...* Su questa fonte v. in particolare, E. VOLTERRA, *L'acquisto della “patria potestas”*, cit., pp. 230-231; P. VOCI, *Storia della patria potestas*,

occupa espressamente di essa sia prima di menzionare quello che per noi è un ripudio, sia nel seguito del discorso¹⁰⁵, appellando la stessa “emancipaton”.

Inoltre, nel corrispondente brano delle Istituzioni 1.11.3 manca ogni accenno alla richiesta di restituzione dei beni da parte dell’adottato espulso dalla famiglia adottiva. Quindi il parafrasista deve avere attinto il riferimento al ripudio dalla prassi esistente nel momento in cui la Parafrasi è stata redatta; prassi provinciale del V e VI secolo che noi conosciamo da testi quali il Libro Siro-Romano di diritto e documenti quali i papiri 67097 e 67353, che attestano l’operatività dell’ϕpok»ruxij.

Dal linguaggio usato nella Parafrasi non è possibile stabilire se il ripudio cui si accenna si riferisca all’*abdication* o all’ϕpok»ruxij. Ma, si può notare che in PT 1.2.3 gli istituti dell’*adrogatio*, dell’*emancipatio* e dell’*exhereditio* vengono appellati negli stessi termini presenti nelle fonti romane. Altrettanto ci si sarebbe potuti aspettare per l’*abdication*, quanto meno per coerenza linguistica.

Del resto, ad escludere che PT 1.2.3 si sia potuta riferire all’*abdication* potrebbero valere anche le riflessioni svolte¹⁰⁶ relativamente a D. 45.1.132 che, come abbiamo avuto modo di notare, esclude la riferibilità dell’*abdication* nei confronti del figlio adottivo.

Tutti i dati di cui sopra depongono nel senso che PT 1.2.3 contenga una riflessione in materia di ϕpok»ruxij.

6. – Infine, l’interpretazione di C. 8.46.6 potrebbe trovare un’indiretta conferma in B. 31.2.8 che è stato trascurato dalla letteratura in materia.

B. 31.2.8 (Hb. 3, 516) : Ka... Óti s³/4meron ϕpok³/4ruxij oÙk œsti.

[HEIMBACH: *Item hodie abdication non obtinet*].

Il testo, presente nel *Codex Ambrosianus* F 106¹⁰⁷, è ricordato solo da Wurm¹⁰⁸ il quale, peraltro, si limita a scrivere che esso è un commento di C. 8.46.6 che dimostra

cit., p. 47. Peraltro al *filius emancipatus*, una volta *sui iuris*, restava la proprietà delle *res nec mancipi* del peculio ordinario che il padre soleva lasciargli (mentre il peculio castrense già gli apparteneva).

¹⁰⁵ Il dubbio di trovare un riferimento alla *emancipatio* in PT 1.2.3 sorge anche alla luce del Libro Siro-Romano di diritto che (al § 58 del manoscritto Londinese; al § 63 del Romano I ed al § 103 del Romano II) si occupa della *emancipatio* nel contesto del discorso dedicato all’*apoceryxis* mediante la proposizione “*si vero velit liberare eos et solvere potestatem suam, quae est sub manu sua, coram iudice licet ei*”.

¹⁰⁶ Alla nt. 4.

¹⁰⁷ H.J. SCHELTEMA e N. VAN DER WAL, *Praefatio ad Basilicorum libri LX*, I, p. IX, non ritengono affidabile tale codice – databile in base alle caratteristiche delle lettere minuscole intorno al X secolo d.C. – perché non è stata tramandata integralmente la scrittura inferiore del palinsesto, concernente un ampio florilegio dei Basilici, a causa dei reagenti chimici utilizzati. Pertanto, gli autori non riportano il testo in oggetto, presente solo nell’edizione dei Basilici curata da Heimbach.

L’assenza del testo dalla totalità dei manoscritti dei Basilici tranne uno (che contiene solo un florilegio degli stessi) considerato, peraltro, poco affidabile, pone il problema della reale natura di B. 31.2.8. Infatti, potremmo essere in presenza di uno scolio piuttosto che del testo di C. 8.46.6. Se in effetti, il testo in parola fosse uno scolio le considerazioni da compiere sarebbero in parte diverse.

Ed invero, non potremmo condividere la traduzione di ϕpok»ruxij con *abdication* proposta da Heimbach. Infatti, anche se di solito gli scoliasti traslitteravano in greco dei vocaboli latini, esiste un valido motivo per ritenere che in quest’occasione ciò non sia avvenuto e che il riferimento all’ϕpok»ruxij, presente nel testo del presunto scolio, sia da intendere con riguardo all’istituto greco. Infatti, non essendo concepita per i bizantini né la desuetudine della legge scritta né la consuetudine *contra legem* [v. lo scolio 1 a B. 2.1.42 (Hb. 1, 39) (= D. 1.3.33)] cui avrebbe dato luogo l’esistenza di una prassi di *abdication* contraria al divieto imperiale, nulla vi sarebbe stato da aggiungere circa il divieto di *abdication* contenuto in C. 8.46.6 che, nell’ottica bizantina non avrebbe che potuto comportare l’estinzione del comportamento vietato. Se tale osservazione è esatta, il testo del presunto scolio non avrebbe che potuto riferirsi all’ϕpok»ruxij rimasta estranea al precetto di C. 8.46.6, relativo unicamente all’*abdication* romana.

l'esistenza dell'ϕpok»ruxij ancora in epoca bizantina, tanto che essa viene menzionata senza bisogno di essere descritta. Alle considerazioni di Wurm, alle quali peraltro si può muovere il rilievo che B. 31.2.8 menziona l'ϕpok»ruxij per constatare al contrario la sua inesistenza, si possono aggiungere alcune riflessioni che potrebbero confermare che C. 8.46.6 si sia riferita unicamente all'*abdicatio* romana.

Ed invero, se B. 31.2.8 avesse menzionato l'ϕpok»ruxij con riferimento all'istituto greco, sarebbe stato lecito attendersi un richiamo effettuato negli stessi termini in cui essa è presentata in C. 8.46.6, cioè correlata alla vendita dei figli. Quest'ultima – peraltro – viene menzionata nei testi e negli scoli relativi alle costituzioni diocleziane che hanno per oggetto tale vendita [cfr. lo sch. 1 a Bas. 48.20.36 (Hb., 4,780) (= C. 7.16.37) e lo sch. 1 a Bas. 48.20.1 (Hb., 4,769) (= C. 7.16.1)]. La circostanza che B. 31.2.8 menzioni il ripudio senza alcun riferimento alla vendita dei figli, rappresenta un indizio nel senso che il testo presente nei Basilici si riferisca all'*abdicatio* romana, ed in tal modo, del resto, Heimbach traduce l'ϕpok»ruxij di B. 31.2.8.

Più in generale, B. 31.2.8 sembra essere la sintesi di C. 8.46.6, ed in particolare del suo dispositivo – contenuto all'interno della proposizione principale – inerente all'*abdicatio* la quale, *non comprobatur* secondo C. 8.46.6, ed οὐκ αἴτι per B. 31.2.8. Risulta confermata, sotto un altro e diverso profilo, l'interpretazione di C. 8.46.6 che il presente lavoro propone.

¹⁰⁸ M. WURM, *Apoceryxis*, cit., p. 82.