

PAPINIANO CITA MARCELLO: UN (PICCOLO) PROBLEMA PALINGENETICO

Carla Masi Doria*

1. Una *quaestio* di Papiniano: *ne imagine naturae veritas adumbretur*. – Nell’ambito dell’interpretazione di una *quaestio* papiniana e dei suoi echi in Ulpiano, in un mio recente contributo¹, avevo rapidamente notato un elemento palingenetico sfuggito a Lenel, che mi piace oggi riprendere per onorare il carissimo collega e amico Laurens Winkel, cui mi lega un grande affetto e un’amicizia resa profonda da tanti ricordi comuni. L’uso costante (e critico) della *Palingenesia* leneliana è un tratto metodologico centrale nell’ambito della *Schola Johanniana* di Amsterdam che fa capo al caro Hans Ankum e della quale il nostro onorato è da tempo un esponente di spicco. In quell’ambiente scientifico è nato infatti l’importante progetto di revisione dell’opera di Lenel², con il quale questo breve saggio si può idealmente connettere³.

Questa la fattispecie discussa dal giurista severiano:

D. 28.2.23 pr. (Papin. 12 *quaest.*). Filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum adrogavit, exheredationem antea scriptam nocere dixi: nam in omni fere iure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius numquam intellegatur, ne imagine naturae veritas adumbretur, videlicet quod non translatus, sed redditus videretur ...⁴

- 1 C. MASI DORIA, *Verus filius e verus pater*, in *Liber Amicorum Guido Tsuno*, ed. F. Sturm, P. Thomas, J. Otto, H. Mori (Frankfurt am Main 2013) 211 ss., spec. 221.
- 2 Di cui dà conto proprio H. ANKUM, *Towards Additions to Lenel's Palingenesia iuris civilis*, in *RIDA* 41 (1994) 125 ss.
- 3 Sulla necessità di rivedere i *libri quaestionum* papiniani (qui in esame a partire dal frammento che segue immediatamente nel testo) si cfr. ancora H. ANKUM, *Towards Additions to Lenel's Palingenesia* cit. 135 ss.
- 4 Sul testo di recente: U. BABUSIAUX, *Papinians Quaestiones zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen* (München 2011) 223; cfr. C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem I* (Milano 1990) 379 s., con precedente bibliografia; F. LAMBERTI, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana I* (Napoli 1996) 39 ss., spec. 41 s. nt. 63; e ora A. WACKE, in un contributo che mi è stato accessibile quando questa nota era già in avanzato stato di elaborazione: *Im Zweifel enterbt? Vom Vorrang der Blutsverwandschaft vor der Adoptivkindschaft*, in *Liber amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag*, hrsg. von M. Armgardt et al. (Berlin 2013) 335 ss.

* Professore ordinario di Storia del diritto romano presso l’Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

La rappresentazione proposta da Papiniano è particolarmente interessante e – direi – elegante, nel far emergere un rapporto tra *imago* e *veritas*, tra immagine e verità. Un contrasto nel quale la *veritas* che da una “immagine” non può essere “adombrata”, risulta prevalere.

Dunque un *filius* emancipato e diseredato, era stato poi adottato (mediante *adrogatio*) dal padre stesso. Qui il movimento di restituzione del figlio alla sfera della potestà paterna viene indicato attraverso un *iterum* che potrebbe, ad un primo sguardo, far pensare ad una doppia arrogazione, ma che forse vuole alludere semplicemente al “ritorno” nella famiglia originaria. Lo stato di fatto non è semplice. Un padre ha generato un figlio; lo ha dunque escluso dalla sua potestà con una *emancipatio*. Il figlio è diventato così *sui iuris*. Da tale condizione passa nuovamente sotto la potestà paterna per effetto di un’arrogazione. Sotto il profilo successorio, il figlio prima dell’*adrogatio* era stato diseredato (verosimilmente per evitare la *bonorum possessio contra tabulas*⁵) ed evidentemente il *pater* non era tornato sul punto modificando (riscrivendo) il testamento.

2. *Iura naturalia ... praevalere*: la recezione ulpiana. – La posizione di Papiniano sul punto è ripetuta da Ulpiano, che la condivide pienamente, in uno squarcio proveniente dal suo commentario editale, ora tradito in:

D. 37.4.8.7 (40 *ad ed.*). Si quis emancipatum filium exheredaverit eumque postea adrogaverit, Papinianus libro duodecimo quaestionum ait iura naturalia in eo praevalere: idcirco exheredationem nocere.

La citazione è precisa, con indicazione esplicita del nome del giurista e del luogo dei *libri quaestionum* da cui è tratta. Nel testo ulpiano si trova scolpita un’immagine forte, ad effetto, della prevalenza dei diritti naturali, che si pone in netto contrasto con l’intrigo casistico presentato da Papiniano. *Iura naturalia ... praevalere* segue immediatamente ad *ait* e dunque potrebbe apparire parte di una citazione letterale di Papiniano, ma è forse più probabilmente una soddisfatta affermazione giusnaturalistica ulpiana⁶ che si sovrappone, esaltandone il senso generale, a *exheredationem nocere*, questo sì prestito letterale dal testo papiniano, come è facile notare da una comparazione tra i due frammenti. Per questa parte si può parlare di una vera e propria geminazione testuale.

3. *Marcelli sententia*. – Il passo di Ulpiano apre un’ulteriore prospettiva di ricerca sulla quale, come ho accennato, più in particolare intendo in questa sede soffermarmi. Continuando la lettura del frammento, si legge infatti al paragrafo 8:

5 Si v. F. SCHULZ, *The postclassical edition of Papinian’s “libri quaestionum”*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini IV* (Milano 1949) 264 s., secondo il quale il testo di Papiniano doveva originariamente appartenere a contesti relativi alla *bonorum possessio contra tabulas* (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis I* [Lipsiae 1889] 839 nr. 215), confrontandolo anche con D. 37.4.8.7 (Ulp. 40 *ad ed.*) che invece è stato giustamente collocato dai compilatori nel titolo *De bonorum possessione contra tabulas*. Secondo Schulz (p. 265) il passo avrebbe assunto: “a meaning different from that which it originally had”, spostandone l’operatività dal piano del *ius honorarium* a quello del *ius civile*. Così F. LAMBERTI, *Studi sui “postumi” I* cit. 41 nt. 63.

6 Cfr. M. BRETONE, *Labeone e l’ordine della natura*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani, A. Schiavone (Pavia 2007) 266; si v. già Id., *I fondamenti del diritto. Le cose e la natura* (Roma-Bari 1998) 120 s.

D. 37.4.8.8 (Ulp. 40 *ad ed.*). Sed in extraneo Marcelli sententiam probat, ut exheredatio ei adrogato postea non noceat.

Dunque continua la citazione di Papiniano, che solo la divisione in paragrafi del testo antico (divisione – si sa – non originaria) ha frammentato. Che il soggetto dell'avversativa introdotta dal *sed* sia Papiniano è indubbio⁷. Quindi il giurista severiano, nel caso di specie, in cui il soggetto *exheredatus* e poi *adrogatus* è invece un *extraneus*, ribalta la sua soluzione: la diseredazione non nuoce all'*extraneus*, mentre, come si è visto, nuoce al figlio proprio. Per chiarire il testo dobbiamo pensare questa volta ad una doppia adozione: l'estraneo è stato dapprima adottato dunque diseredato, poi emancipato e infine nuovamente *adrogatus*. La complessità del rapporto si evince proprio dalla *exheredatio*, istituto strettamente connesso con la posizione di *suus heres*, che l'estraneo poteva ottenere solo attraverso un'adozione.

Questa l'interpretazione del testo che ho proposto nel saggio sopra citato⁸. Il punto interessante, che qui vorrei mettere in luce, è palinogenetico, e cioè la citazione di un'opinione di Marcello da parte di Papiniano, un profilo sfuggito al grande Lenel nella sua importantissima restituzione delle opere dei giuristi romani. E il punto appare di un certo rilievo, perché non possediamo nessuna citazione diretta di Marcello in frammenti dei *Digesta* la cui *inscriptio* reca il nome di Papiniano.

Forse può essere utile uno sguardo, seppur molto rapido, ai contesti dai quali risulta un intreccio di opinioni tra i due giuristi. Non mi pare troppo interessante l'unica testimonianza tratta dalla legislazione imperiale: in una costituzione di Giustiniano, C. 4.5.10.1⁹ (risalente al 530), l'imperatore contrappone all'interpretazione di Ulpiano, che aveva citato quella consonante di Marcello, appunto, oltre che di Celso, il parere di Papiniano, corroborato da una *sententia* di Giuliano, ricordato in questo luogo come *homo summae auctoritatis* e *ordinator praetorii edicti* (e questa partizione mostra uno dei grandi spartiacque critici della storia giurisprudenziale romana, con Giuliano cui si contrappongono sia Marcello che Celso).

Ulpiano è ancora testimone, ma questa volta il testo proviene dalla compilazione degli antichi *iura* (D. 2.8.7 pr., Ulp. 14 *ad ed.*)¹⁰, di una catena formata da Pomponio, Marcello e Papiniano. I tre giuristi conservavano il ricordo di un rescritto del *divus Pius* (in materia di fideiussione). La memoria giurisprudenziale (con citazioni precise: Pomponio, *libro*

7 Anche A. WACKE, *Im Zweifel enterbt?* cit. 347, considera, a ragione, Papiniano soggetto sintattico (sottinteso) di *probat*, ma non affronta la questione palinogenetica (né il problema connesso della mancata recezione leneliana del testo nella restituzione dell'opera di Papiniano).

8 *Supra* nt. 1.

9 *Et Ulpianus quidem electionem ipsi praestat qui utrumque accepit, ut hoc reddat quod sibi placuerit, et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert. Papinianus autem ipsi qui utrumque persolvit electionem donat, qui et antequam dependat ipse habet electionem quod velit praestare, et huiusmodi sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem.* <a. 530 d. k. Aug. Constantinopoli Lampad. et Orest. vv. cc. cons.>.

10 *Si fideiussor non negetur idoneus, sed dicatur habere fori praescriptionem et metuat petitor; ne iure fori utatur videndum quid iuris sit. Et divus Pius (ut et Pomponius libro epistularum refert et Marcellus libro tertio digestorum et Papinianus libro tertio quaestionum) Cornelio Proculo rescripsit merito petitorum recusare talem fideiussorem sed si alias caveri non possit, praedicendum ei non usurum eum privilegio, si conveniatur.*

epistularum, Marcello, *libro tertio digestorum*, Papiniano, *libro tertio quaestionum*) sembra in questo caso fungere da mero deposito della decisione del principe, senza un preciso valore di orientamento interpretativo.

Di nuovo per tramite ulpiano, in D. 2.14.7.5 (4 *ad ed.*)¹¹ si trova una convergenza di pareri tra i due giuristi in questione, in un testo ricchissimo di riferimenti ad autori giuridici (e importantissimo: si tratta del noto squarcio dal commentario editale sui patti). La modalità di espressione del consenso costruita da Ulpiano è estremamente lineare: ... *Marcellus scribit ... idem responsum scio a Papiniano ...* In questo caso possiamo identificare la posizione del giurista severiano, tratta dal libro X delle *quaestiones* e conservata in D. 18.1.72¹².

Ancora Ulpiano ci riserva una citazione congiunta di Marcello e di Papiniano, ma qui non si può sapere se la menzione di Marcello risalisse a Papiniano; anche in tal caso, comunque, risulta una convergenza di pareri, apprezzata da Ulpiano attraverso il riferimento al criterio della probabilità: D. 15.1.19.1 (Ulp. 29 *ad ed.*) ... *et Marcellus ... scribit ... quae sententia probabilior est et a Papiniano probatur.*

Un ulteriore intreccio si trova in D. 49.14.18.10¹³: questa volta ne è testimone Marciano, dal *liber singularis de delatoribus*. Invero le opinioni dei due giureconsulti sono in tal caso non immediatamente avvicinate ed è difficile ipotizzare che Papiniano avesse tenuto presente la posizione di Marcello (che differiva dalla sua in tema di responsabilità del creditore che avesse accettato una soluzione da parte del debitore che

11 *Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur; sed statim hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur idem Marcellus scribit. Et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.*

12 *Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur quae vero adiciunt, credimus non inesse. Quod locum habet in his, quae adminicula sunt emptionis, veluti ne cautio duplae praestetur aut ut cum fideiussore cautio duplae praestetur. Sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. An idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emptionis substantia constituit ex pretio. Paulus notat si omnibus integris manentibus de augendo vel diminuendo pretio rursus convenit, recessum a priori contractu et nova emptio intercessisse videtur. 1. Papinianus lege venditionis illa facta "si quid sacri aut religiosi aut publici est, eius nihil venit", si res non in usu publico, sed in patrimonio fisci erit, venditio eius valebit, nec venditori proderit exceptio, quae non habuit locum.*

13 *Papinianus tam libro sexto quam undecimo responsorum scribit ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui, cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem, aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam. Sed placet omnimodo ei pecuniam auferendam esse, etiamsi ignoravit, cum consumeret et postea quidam principes directam actionem competere ablata pecunia rescripserunt, ut et Marcellus libro septimo digestorum scribit.*

contemporaneamente fosse anche *debitor publicus*; a quanto pare la prassi rispondente dei principi si conformerà all'idea di Marcello, più rigida nei confronti del creditore).

Un intrigo di rinvii si trova, poi, in FV. 75.3¹⁴, in tema di legato d'usufrutto: anche qui Papiniano e Marcello si trovano dalla stessa parte (con anche Mauriciano): il luogo del giurista severiano è richiamato con precisione (17 *quaestionum*), ma pure in questo testo non v'è alcun elemento utile a leggere una trama di citazioni precedente¹⁵.

4. Un problema palinogenetico: Papiniano e Marcello. – Giungiamo, allora, all'unica attestazione di un riferimento diretto fatto da Papiniano al giurista della generazione precedente¹⁶. Fa da mediatore testuale, ancora una volta, Ulpiano, dal libro IX del commento all'editto. Qui si nota una frattura di pensiero netta: Papiniano ritiene infatti di rigettare una interpretazione di Marcello. Nella descrizione ulpiana la distanza viene rappresentata come una sorta di rimprovero: D. 10.2.22.5. *Papinianus de re quae apud hostes est Marcellum reprehendit, quod non putat in praestationes eius rei venire in familiae erciscundae iudicium, quae apud hostes est ...* Ci troviamo di fronte a un momento della storia della giurisprudenza in cui le posizioni dei due giuristi certamente sono venute in rapporto (in conflitto), anche se la conoscenza che abbiamo è, per così dire, di secondo grado, non potendo leggere senza intermediari il luogo dell'opera papiniana che conteneva il contrasto.

Mi sembra che questa – sia pur veloce – presentazione dei contesti dia ancora maggiore importanza alla citazione dalla quale siamo partiti, che risulta essere l'unica altra testimonianza che restituisce con immediatezza il rapporto tra Papiniano e Marcello, destinati a incontrarsi altre volte – lo si è visto, soprattutto negli scritti di Ulpiano, che com'è noto abbondava di riferimenti agli autori che lo avevano preceduto –, ma rispetto ai quali l'attestazione di un confronto diretto restava limitata al secco *reprehendit* di D. 10.2.22.5. L'adesione (*probat*) alla *sententia* di Marcello in D. 37.4.8.8 (Ulp. 40 *ad ed.*), qui in esame, è significativa, tanto più perché, anche se la provenienza dell'escerto è ulpiana, il giurista di Tiro ha tagliato il testo con generosità, mettendoci a disposizione (si direbbe) un virgolettato ampio, dal quale si può chiaramente e senza ulteriore mediazione leggere la citazione.

14 *Idem ait et si communi servo et separatim Titio usus fructus legatus sit, amissam partem usus fructus non ad Titium, sed ad solum socium pertinere debere quasi solum coniunctum. Quam sententiam neque Marcellus neque Mauricianus probant; Papinianus quoque libro XVII quaestionum ab ea recedit. Quae sententia Nerati fuerit, est libro I responsorum relatum. Sed puto esse veram Iuliani sententiam; nam quamdiu vel unus utitur, potest dici usum fructum in suo esse statu.*

15 Difficile da valutare il frammento proveniente dal V libro *responsorum* di Papiniano (5.6.21, in *FIRA*.² II p. 440=L. Pap. nr. 529), ove al testo papiniano sono aggiunte una nota di Paolo e una di Ulpiano con probabile menzione di Giuliano e doppia citazione di una *sententia* di Marcello (alla quale Ulpiano mostra di aderire).

16 H. ANKUM, *Le juriste romain classique Ulpianus Marcellus sa vie et ses œuvres*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, ed. R. Ruedin (Bâle-Genève-Munich 1999) 133, aveva affermato: "Papinien ne cite jamais Marcellus". In realtà le citazioni sono due: D. 10.2.22.5 (che Ankum ben conosce: *op. ult. cit.* 135 nt. 60) e il passo qui più da vicino osservato, D. 37.4.8.8; il tramite della nostra conoscenza è, entrambe le volte, Ulpiano (cfr. subito *infra* nel testo).

5. *Quandoque bonus dormitat Lenelius*^{17?} – A questo punto ci si deve chiedere il perché della lacuna leneliana (e anche, come subito si vedrà, riflettere sulla sua portata). L'immenso lavoro, certosino, di riordinamento dei testi della giurisprudenza classica può avere – è ovvio – dei limiti, può contenere delle sviste. Questo mancato riferimento a Papiniano è forse dovuto proprio a una questione palingenetica. Se si osserva da vicino il libro XL del commentario editale di Ulpiano¹⁸, risultano ben cinque citazioni di Marcello (è interessante notare come BIA, dunque uno strumento elettronico, prezioso per ricerche di questo tipo, ne registri solo quattro¹⁹): D. 37.4.8.3, D. 37.4.8.5 (con due richiami, uno tralasciato in BIA²⁰), D. 37.4.8.6, D. 37.4.8.8. Tutte, quindi, provenienti da un unico lungo frammento. Nel trattamento palingenetico operato da Lenel, queste citazioni sono integralmente ricadute nella ricostruzione testuale del commento *ad edictum* di Ulpiano, ovviamente sotto lo stesso numero (Ulp. L. 1105). Si potrebbe allora davvero pensare a una svista, dovuta alla rilevanza del materiale di Marcello per Ulpiano, una "Hauptquelle" per il giurista severiano²¹, che abbia potuto per così dire nascondere il raccordo (anche sintattico, attraverso l'elisione del soggetto espresso nel § 8) con Papiniano. Una piccola sorpresa mostra, però, la restituzione di D. 37.4.8.8, nell'ambito della ricostruzione del libro IX dei *Digesta* di Marcello²², che riporta in apertura il lungo frammento ulpiano (qui L. nr. 119) e viene completata da due passi tratti direttamente da quell'opera: D. 37.5.25 (L. nr. 120), D. 37.8.3 (L. nr. 121). In questa parte della *Palingenesia* la matrice papiniana è fatta chiara da Lenel attraverso il riferimento al giurista tra parentesi quadre: ... *in extraneo Marcelli sententiam probat [Papinianus], ut exhereditatio ei adrogato postea non noceat*. Dunque, il grande romanista tedesco aveva perfettamente colto la genealogia testuale in questione, ma semplicemente non l'aveva poi replicata (a quanto pare, a questo punto: per una mera dimenticanza) dove ce la saremmo aspettata, e cioè lungo lo svolgimento del libro XII *quaestionum* di Papiniano, precisamente alla colonna 839 del I volume della *Palingenesia*, a seguire il nr. 215, provocando così – per quanti giustamente si fidano della sua ricostruzione – una distorsione di una certa portata sui poco conosciuti rapporti tra Papiniano e Marcello. A matita, nelle nostre edizioni, con il rispetto dovuto all'opera di quel grande studioso, possiamo aggiungere un nr. 215 bis = D. 37.4.8.8, segnalando la corrispondenza con Marcell. nr. 119 (*in fine*) e Ulp. nr. 1105 (col. 691 L.²³).

17 Il detto, notissimo, riferito a Homerus, è in Horat. *ars. poet.* 359; per una buona storia dell'adagio si v. R. TOSI, *Dizionario delle sentenze latine e greche* (Milano 1991) 214, nr. 461.

18 O. LENEL, *Palingenesia* II 690 ss., spec. nr. 1105 (c. 690 s.).

19 Attraverso la seguente interrogazione, relativa all'archivio Fontes: *Inscriptio Ulpianus libro quadragesimo ad edictum; Testo Marcell** (ho usato la II ed., del 2000).

20 Non risulta la menzione relativa al tratto *idem Marcellus putat contra tabulas bonorum possessionem semel natam competere*. La stessa lacuna risulta dalla più ampia ricerca, sempre in Fontes, *Testo Marcell**.

21 In tal senso: F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* II (München 2006) 105.

22 O. LENEL, *Palingenesia* I 608 ss., spec. nr. 119 (c. 608). Si noti come, per scrupolo filologico, Lenel enumera anche tra i "loci incerti" di Marcello i paragrafi 5 e 8 del frammento Ulpiano, perché in quelli non è espressamente significato il libro di provenienza: *Palingenesia* I cit. 640 (con ovvio rinvio al nr. Marc[ell]. 119).

23 Dove pure la citazione papiniana è ristretta al § 7; cfr. *ivi* nt. 1.

Abstract

Commencing with the interpretation of a Papinian *quaestio* (now in D. 28.2.23 pr.) relating to a strange case of disinheritance, and then considering its reception in Ulpian D. 37.4.8.7 (in terms of the prevalence of natural law), this contribution focuses on a somewhat hidden quote by Ulpian Marcellus, located in a text originally by Papinian (D. 37.4.8.8). The reference appears concealed, because the relevant narrative is by Ulpian, quoting Papinian. The recovery of this reference helps us to understand the relationship between Papinian and Marcellus, poorly attested in the sources (there is only one other direct citation of Marcellus by Papinian, in D. 10.2.22.5). The paper also tries to explain the lacuna in the discussion of book twelve of Papinian's *Quaestiones* according to the proposal in Otto Lenel's *Palingenesia iuris civilis*.